



**Adrian
Bielecki**

**Przeciwdziałanie antykonkurencyjnym
uniom personalnym w organach
spółek kapitałowych w prawie polskim,
unijnym i amerykańskim**

ADRIAN BIELECKI

PRZECIWDZIAŁANIE ANTYKONKURENCYJNYM UNIOM
PERSONALNYM W ORGANACH SPÓŁEK KAPITAŁOWYCH
W PRAWIE POLSKIM, UNIJNYM I AMERYKAŃSKIM



Warszawa 2025

ISBN 978-83-64681-46-2

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład i druk:
Biznes Druk
ul. Opolska 23/2
05-270 Marki
www.biznes-druk.pl

SPIS TREŚCI

A. Wykaz aktów prawnych	6
B. Wykaz skrótów	7
1. Wprowadzenie	8
2. Unie personalne: kontekst społeczno-gospodarczy	15
2.1. Wstęp	15
2.2. Rola członków organów spółek kapitałowych	15
2.3. Powoływanie członków organów spółki	19
2.4. Przyczyny powstawania unii personalnych	20
2.5. Unie personalne w gospodarce: Polska na tle innych państw człon- kowskich Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych	21
2.6. Skutki dla konkurencji wynikające z unii personalnych	21
2.7. Ład korporacyjny a przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym	28
2.7.1. Wprowadzenie	28
2.7.2. Wpływ ładu instytucjonalnego na przeciwdziałanie antykon- kurencyjnym uniom personalnym	28
2.7.3. Korporacyjne obowiązki członków organów	31
2.7.4. Wnioski	37
3. Identyfikacja instrumentów amerykańskiego, unijnego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Rys historyczny ze szczególnym uwzględnieniem problematyki unii personalnych	39
3.1. Prawo amerykańskie	39
3.2. Prawo unijne	43
3.3. Prawo polskie	46
3.4. Podsumowanie i wnioski	51
4. Zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień	53
4.1. Wprowadzenie	53

4.2. Unia personalna jako element antykonkurencyjnego porozumienia	55
4.2.1. Prawo amerykańskie	55
4.2.2. Prawo unijne i polskie	62
4.3. Unia personalna jako element relacji zależności między przedsiębiorcami w kontekście zakazu antykonkurencyjnych porozumień .	78
4.3.1. Wprowadzenie	78
4.3.2. Unia personalna jako czynnik umożliwiający skorzystanie z wyłączenia spod zakazu porozumień antykonkurencyjnych	79
4.3.3. Unia personalna jako element mający wpływ na ustalenie odpowiedzialności za naruszenie	83
4.4. Podsumowanie i wnioski	93
5. Zakaz monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej	94
5.1. Wprowadzenie	94
5.2. Unie personalne jako okoliczność służąca ustaleniu istnienia kolektywnej pozycji dominującej w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji	95
5.3. Utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej jako przejaw naruszenia zakazu monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej	100
5.3.1. Prawo amerykańskie	100
5.3.2. Prawo unijne i polskie	101
5.4. Podsumowanie i wnioski	104
6. Kontrola koncentracji przedsiębiorców jako instrument przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym	106
6.1. Kontrola koncentracji przedsiębiorców - uwagi wprowadzające	106
6.2. Unie personalne a definicja koncentracji	109
6.2.1. Prawo amerykańskie	109
6.2.2. Prawo unijne	110
6.2.3. Prawo polskie	114
6.3. Unie personalne a przedwczesna implementacja koncentracji (gun-jumping)	121
6.3.1. Prawo amerykańskie	121

6.3.2. Prawo unijne	123
6.3.3. Prawo polskie	124
6.4. Unia personalna a kryteria ilościowe definiujące zakres obowiązku zgłoszenia	127
6.4.1. Prawo amerykańskie	127
6.4.2. Prawo unijne	127
6.4.3. Prawo polskie	129
6.5. Unia personalna a analiza konkurencyjna koncentracji	130
6.5.1. Prawo amerykańskie	130
6.5.2. Prawo unijne	133
6.5.3. Prawo polskie	138
6.6. Podsumowanie i wnioski	143
7. Zakazy tworzenia unii personalnych oraz nieuczciwych metod konkurencji w prawie amerykańskim	146
7.1. Wprowadzenie	146
7.2. Sekcja 8. ustawy Claytona	146
7.2.1. Charakter zakazu tworzenia unii personalnych	146
7.2.2. Przestanki zakazu tworzenia unii personalnych	148
7.2.3. Egzekwowanie zakazu tworzenia unii personalnych	162
7.2.4. Wnioski	164
7.3. Zakaz nieuczciwych metod konkurencji w prawie amerykańskim	165
8. Podsumowanie	167
Bibliografia	173

A. Wykaz aktów prawnych

Dyrektywa ECN+	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2019/1 z 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz. U. L 11/3, 14.01.2019)
Kodeks pracy	Ustawa z 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320, ze zm.)
KSH	Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. 2000 nr 94 poz. 1037 ze zm.)
MBCA	Model Business Corporation Act
Rozporządzenie w sprawie SE	Rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej - SE (Dz. U. L 294, 10/11/2001 P. 0001 - 0021)
Rozporządzenie nr 4064/89	Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. L z 1989 Nr 395, s. 1)
Rozporządzenie nr 139/2004	Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. L 024, 29.01.2004)
Skonsolidowane Obwieszczenie Jurysdykcyjne	Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 95/01)
TFUE	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. C 202 z 7.06.2016)
Ustawa Claytona	The Clayton Antitrust Act of 1914 (Pub. L. 63-212, 38 Stat. 730, October 15, 1914, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53)
Ustawa o Federalnej Komisji Handlu	The Federal Trade Commission Act of 1914 (15 U.S.C. §§ 41-58)
Ustawa Shermana	The Sherman Antitrust Act of 1890[1] (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7)

uokik z 2000 r.	Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2000, nr 122, poz. 1319)
uokik	Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 nr 50 poz. 331 ze zm.)
uppm	Ustawa z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1990 nr 14 poz. 88)
Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw	Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. C 31 z 5.02.2004)
Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r.	Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. U. C 11, 14.01.2011)
Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych	Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. U. C 259 z 21.07.2023)

B. Wykaz skrótów

KE	Komisja Europejska
Prezes UOKiK	Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	Sąd pierwszej instancji
SOKiK	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Trybunał	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	Unia Europejska

1. Wprowadzenie¹

Unie personalne są formą więzi międzyorganizacyjnych o długim rodowodzie. Historycznie pojęcie unii personalnych odnosiło się do związku dwóch lub więcej państw poprzez osobę wspólnego monarchy przy jednoczesnym zachowaniu odrębnych rządów² i miało przede wszystkim znaczenie polityczne³.

Współcześnie unie personalne są w przeważającej mierze formą więzi międzyorganizacyjnych łączących podmioty gospodarcze. Typowym przykładem takiej więzi są unie personalne obejmujące członków (piastunów) organów spółek. W takich wypadkach pojęcie unii personalnych odnosi się do sytuacji, w której osoba fizyczna⁴ jest jednocześnie piastunem organu w strukturach przynajmniej dwóch spółek. Pojęcie unii personalnych obejmuje zarówno sytuacje, w których większość członków organu (zarządu, rady nadzorczej lub rady dyrektorów) danej spółki stanowią osoby pełniące funkcje w organach innej spółki (tzw. większościowe unie personalne), jak i wszelkie inne sytuacje, w których członkowie organu danej spółki pełnią funkcje w organach innej spółki (tzw. mniejszościowe unie personalne).

Występowanie unii personalnych w spółkach nie jest obojętne z perspektywy prowadzenia przez te spółki działalności gospodarczej. Zjawisko to może mieć negatywny wpływ na konkurencję na rynkach, na których działają przedsiębiorcy połączeni unią – w takich wypadkach unie personalne mają charakter antykonkurencyjny. Dotyczy to w szczególności unii personalnych obejmujących konkurujących ze sobą przedsiębiorców.

W polskiej i zagranicznej doktrynie publicznego prawa ochrony konkurencji podkreśla się, że problematyka unii personalnych pozostaje niezbadana⁵. A. Bolecki w monografii dotyczącej wymiany informacji wskazał, że zagadnienie unii personalnych zasługuje na „większą uwagę badawczą w przyszłości”⁶. Z kolei J. Rosch, komisarz amerykańskiej Federalnej Komisji Handlu, problematykę przeciwdziałania m.in. antykon-

kurencyjnym uniom personalnym określił pojęciem *terra incognita*⁷. Niniejsza praca uzupełnia również debatę toczącą się w ostatnich latach w międzynarodowej nauce prawa i ekonomii konkurencji, skupiającą się na podejściu prawa ochrony konkurencji do przejęcia udziałów mniejszościowych⁸ oraz tzw. wspólnej własności (*common ownership*)⁹. W obydwu przypadkach problematyka unii personalnych jest zagadnieniem, które pozostaje na marginesie głównego nurtu dyskusji. W debatach dotyczących tych kwestii podkreśla się jednak konieczność przeprowadzenia bardziej szczegółowych analiz dotyczących problemu będącego przedmiotem niniejszej pracy¹⁰.

Rozprawa ta ma na celu przyczynić się do wypełnienia zidentyfikowanej luki w doktrynie publicznego prawa ochrony konkurencji. Przedmiotem rozprawy jest bowiem analiza roli unii personalnych w stosowaniu publicznego prawa ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej, a także sposobów na to, jak istniejące obecnie reguły publicznego prawa ochrony konkurencji mogą służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym.

Podstawowym celem badawczym jest znalezienie odpowiedzi na pytania: czy, a jeśli tak, to w jaki sposób oraz w jakim zakresie instrumenty prawne obecne w analizowanych porządkach prawnych mogą kreować bodźce przeciwdziałające tworzeniu lub funkcjonowaniu antykonkurencyjnych unii personalnych. Zagadnienie badawcze obejmuje zatem analizę podstawowych instrumentów prawa ochrony konkurencji w każdym z analizowanych porządków prawnych pod kątem ich możliwego zastosowania w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. Wyniki tej analizy pozwolą na wyciągnięcie wniosków co do tego, który z tych porządków prawnych zawiera optymalne rozwiązania służące przeciwdziałaniu zjawisku antykonkurencyjnych unii personalnych przy zachowaniu minimalizacji kosztów społecznych¹¹.

Hipoteza badawcza, która będzie poddana dogłębszej analizie w ramach niniejszej pracy, przewiduje, że instrumenty prawne obecne w każdym z analizowanych porządków mogą (przynajmniej pośrednio) służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym; jednakże prawo amerykańskie – poprzez posiadanie instrumentu prawnego skierowanego wprost przeciwko uniom personalnym między konkurentami – czyni to w szerszym zakresie.

¹ Praca jest częściowo efektem badań przeprowadzonych na Global Antitrust Institute, Antonin Scalia Law School, George Mason University w Arlington, Stany Zjednoczone, i w tym zakresie powstała dzięki wsparciu finansowemu Polsko-Amerykańskiej Komisji Fulbrighta.

² *Unia personalna*, Słownik języka polskiego PWN. Dostępny w internecie: <https://sjp.pwn.pl/sjp/unia-personalna;2532817.html>.

³ Obszerne omówienie pojęcia unii personalnych z perspektywy historycznej zostało przedstawione w: M. Schmoedel, *Personal Union of States: A General Term of International Law or a Concept for a German Schleswig-Holstein?*, Bonn 2017.

⁴ W niektórych porządkach prawnych członkiem organu może być również podmiot niebędący osobą fizyczną. Jednakże zwyczajowo zjawisko unii personalnych ogranicza się do sytuacji dotyczących członków organów będących osobami fizycznymi. Wynika to m.in. z faktu, że w niektórych porządkach prawnych, w tym w polskim porządku prawnym, funkcję członków organów mogą pełnić wyłącznie osoby fizyczne. Niniejsza analiza jest również ograniczona do sytuacji, w których unia personalna odnosi się do piastowania przez tę samą osobę fizyczną lub te same osoby fizyczne funkcji w organach kilku spółek.

⁵ A. Fletcher, M. Peitz, F. Thépot, *Introduction to Special Issue on Common Ownership and Interlocking Directorates*, „Journal of Competition Law & Economics”, Volume 18, Issue 1, March 2022, s. 1-4; A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 293.

⁶ A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 293.

⁷ J. Rosch, *Terra Incognita: Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking Directorate Law Enforcement in the United States*, Hong Kong 2009.

⁸ Zob. np. OECD, *Antitrust issues involving minority share ownership and interlocking directorates*, DAF(COMP)2008/30, Paris 2008.

⁹ Zob. w szczególności: OECD, *Common ownership by institutional investors and its impact on competition*, DAF(COMP)2017/10, Paris 2017; J. Azar, M. Schmals, I. Tecu, *Anticompetitive Effects of Common Ownership*, „Journal of Finance”, 73(4), 2018, s. 1513-1565; E. Elhauge, *Essay: Horizontal Shareholding*, „Harvard Law Review”, Vol. 129, 2016, s. 1267-1317; J. Azar, M. Schmalz, I. Tecu, *Anticompetitive Effects of Common Ownership*, „Journal of Finance”, 73(4), 2018; F. Morton, H. Hovenkamp, *Horizontal Shareholding and Antitrust Policy*, „Yale Law Journal” 127/2018; M. Anton, F. Ederer, M. Gine, M. Schmalz, *Common Ownership, Competition, and Top Management Incentives*, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Finance Working Paper No. 511/2017.

¹⁰ Takie wnioski płyną m.in. z szeregu wypowiedzi wygłoszonych podczas konferencji zorganizowanej przez grecki urząd ochrony konkurencji pt. „Common ownership, interlocking directorates & competition: a transatlantic perspective”, która odbyła się 9.12.2020 r.

¹¹ O analizie prawa ochrony konkurencji z perspektywy minimalizacji kosztów społecznych zob. F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

Niniejsza rozprawa dotyczy jedynie organów spółek kapitałowych. Spółka kapitałowa to typ spółki z dominującą rolą czynnika kapitałowego. W amerykańskiej doktrynie prawa handlowego wskazuje się, że nowoczesne spółki kapitałowe cechują się odrębną osobowością prawną, ograniczoną odpowiedzialnością, wspólną własnością inwestorów kapitałowych, delegowanym zarządzaniem w ramach struktury rady (*board*) oraz zbywalnością udziałów¹². Podobnie w polskiej doktrynie prawniczej wśród cech spółek kapitałowych wyróżnia się posiadanie przez spółkę osobowości prawnej oraz majątku, oparcie na zasadzie większości i proporcjonalności uprawnień oraz obowiązków udziałowców, wyłączenie odpowiedzialności udziałowców za zobowiązania spółki, a także swoistą strukturę zarządzania i nadzoru¹³. Mając na uwadze specyfikę spółek kapitałowych w niniejszej pracy, przyjmuję założenie, że członkowie organów powinni przede wszystkim realizować interes spółki, który należy rozumieć jako interes jej udziałowców (ekonomicznych właścicieli)¹⁴. Ponadto osoba fizyczna podejmująca określone zachowanie jako członek organu jednej spółki jest zobowiązana do realizacji interesu udziałowców tej spółki, a nie innych spółek powiązanych unią personalną¹⁵.

Ograniczenie zakresu analizy do spółek kapitałowych wynika z faktu, że są one dominującą formą prawną wykorzystywaną w celu prowadzenia działalności gospodarczej¹⁶. Ich cechy umożliwiają bowiem osiągnięcie efektywności (*efficiencies*)

w sposobie organizacji dużych organizmów gospodarczych¹⁷, które zdominowały rozwinięte gospodarki rynkowe¹⁸.

Pojęcie spółki kapitałowej jest używane przede wszystkim przez ustawodawstwo kontynentalne. W polskim prawie do tej kategorii zalicza się spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, prostą spółkę akcyjną oraz spółkę akcyjną¹⁹, a także opartą na przepisach prawa unijnego spółkę europejską²⁰. Na gruncie prawa amerykańskiego odpowiada mu w znacznej mierze pojęcie *corporation*²¹.

W niniejszej pracy wykorzystano podstawowe metody badawcze stosowane w badaniach z zakresu nauk prawnych, składające się na dominujący paradygmat metodologiczny²². Przede wszystkim wykorzystano metodę dogmatyczną, polegającą na ustaleniu i interpretacji norm prawa poprzez analizę obowiązujących przepisów (a w ograniczonym zakresie również ich funkcjonalnych poprzedników). Metoda ta wymaga również analizy wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż przepisy z zakresu prawa ochrony konkurencji mają charakter ogólny i podlegają ciągłemu doprecyzowywaniu w orzecznictwie organów antymonopolowych i sądów.

Drugą istotną metodą wykorzystywaną w niniejszej pracy jest metoda prawnoporównawcza, którą wykorzystywano do porównania polskiego, unijnego oraz amerykańskiego prawa ochrony konkurencji. W tym zakresie wykorzystano podejście funkcjonalne (funkcjonalno-instytucjonalne) polegające na identyfikacji problemu społecznego, badaniu instytucji prawnych zajmujących się tym problemem w jednym systemie prawnym oraz analizę innego systemu prawnego pod kątem instytucji zajmujących się tym samym problemem²³. Podejście funkcjonalne pozwala porównać instrumenty prawne służące podobnym celom, tak aby stwierdzić, które z nich są

12 H. Hansmann, R. Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, „Yale Law School, Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy Law and Economics Working Paper” 2000/235, s. 2. Dostęp: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf.

13 S. Soltysiński, P. Moskwa, *System Prawa Prywatnego tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, S. Soltysiński (red.), Warszawa 2015, s. 2-3.

14 Jest to tzw. koncepcja prymatu interesu akcjonariuszy (*shareholder primacy*). Zob. M. Romanowski, *Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi poci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek giełdowych a suwerenność parlamentu narodowego. Wokół idei prawa prywatnego i zasady pomocniczości*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych”, 1/37/2013, s. 66-67 i tam wskazana literatura. Choć omawiana koncepcja wywodzi się z prawa amerykańskiego, to również w polskiej doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że interes spółki stanowi jest definiowany jako wypadkowa interesów akcjonariuszy. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5.11.2009 r., I CSK 158/09; M. Romanowski, *Znaczenie sporu o metodę odczytywania pojęcia „interes spółki kapitałowej”*, „Przegląd Prawa Handlowego” 7/8/2015; K. Reszczyk-Król, *Kilka uwag o interesie spółki publicznej*, *Korporacyjnie.pl*, 3.09.2014; R. Stefanicki, *Koncepcja interesu spółki jako kluczowej konstrukcji w procesie dokonywania oceny sposobu pełnienia funkcji przez zarząd spółki*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 10/2019.

15 Oznacza to, że członek organu spółki A i B, podejmując określone działanie jako członek organu spółki A, jest zobowiązany realizować interes udziałowców spółki A, a nie spółki B.

16 R. Meyer, S. Leixnering, J. Veldman, *Rethinking The Corporation: Introduction*, [w:] *The Corporation: Rethinking the Iconic Form of Business Organization* (Research in the Sociology of Organizations, Vol. 78), Emerald Publishing Limited 2022; J. Cox, T. Hazen, *Cox & Hazen on Corporations*, New York 2003, s. 82.

17 We współczesnym obrocie gospodarczym spółki kapitałowe tworzą często bardziej złożone organizmy gospodarcze (grupy spółek). W terminologii prawa ochrony konkurencji tego typu zgrupowania określa się zwykle pojęciem grupy kapitałowej, przedsiębiorstwa czy jednego organizmu gospodarczego (*single economic unit*). Por. W. Cortenraad, *The Corporate Paradox: Economic Realities of the Corporate Form of Organization*, Amsterdam 2000; C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 12/2011, s. 30; P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 22; F. Thepot, *The Interaction Between Competition Law and Corporate Governance. Opening the „Black Box”*, Cambridge 2019.

Na potrzeby niniejszej pracy przyjmuję, że pojęcie jednego organizmu gospodarczego (grupy kapitałowej w rozumieniu uokik czy przedsiębiorstwa w TFUE) odnosi się do grupy spółek ostatecznie kontrolowanych przez jeden podmiot. Przez kontrolę rozumiem możliwość wywierania decydującego wpływu na działania spółki. W modelowej spółce kapitałowej kontrola jest sprawowana przez większościowego udziałowca, który ma decydujący wpływ na decyzje dotyczące działalności spółki, w tym obsadę organów, opracowanie planów działalności gospodarczej itp.

W przypadku nie-modelowej spółki kapitałowej podstawą kontroli mogą być inne prawa, które w modelowej spółce przynależą udziałowcowi większościowemu, np. prawo powoływania większości członków organów. Tego typu praw nie należy jednak utożsamiać z większością unią personalną. Zob. również rozdział 6 poniżej.

18 H. Hansmann, R. Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, „Yale Law School, Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy Law and Economics Working Paper” 2000/235, s. 2. Dostęp: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf.

19 Art. 4 § 1 pkt 2 KSH.

20 Art. 1a pkt 2 ustawy z 9.09.2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych.

21 S. Soltysiński, P. Moskwa, *System Prawa Prywatnego tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, S. Soltysiński (red.), Warszawa 2015, s. 2-3.

22 D. Van Kędzierski, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, „Transformacje prawa prywatnego” 3/2018, s. 5 i n.

23 G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford 2014, s. 65.

najlepszym rozwiązaniem analizowanego problemu²⁴. Analiza porównawcza została wsparta metodą analizy opartej na badaniu kosztów społecznych związanych z funkcjonowaniem norm prawa ochrony konkurencji (*error-cost approach*)²⁵ w badanych porządkach prawnych.

Wybór wskazanych porządków prawnych jest uzasadniony szeregiem argumentów. Po pierwsze, amerykańskie federalne prawo antymonopolowe ma najdłuższą historię i stanowiło pierwowzór rozwiązań prawnych mających przeciwdziałać praktykom ograniczającym konkurencję w gospodarce²⁶. Analiza w ramach niniejszej pracy jest ograniczona do prawa federalnego²⁷, co wynika m.in. z jego przewodniej roli²⁸ oraz faktu, że większość stanowych rozwiązań w tym zakresie jest wzorowana na przepisach prawa federalnego²⁹. Wybór tego prawa jest również uzasadniony tym, że ma ono bogatą historię przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym, a sekcja 8. ustawy Clayтона bywa określana jako wzorzec dla innych jurysdykcji w zakresie regulacji omawianego zjawiska³⁰.

Z drugiej strony wybór polskiego i unijnego prawa jest podyktowany faktem, że stanowią one prawo obowiązujące na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a niniejsza rozprawa jest przygotowywana w polskim ośrodku naukowym. W tym zakresie należy również zauważyć, że obecnie polskie i unijne prawo ochrony konkurencji wykazuje tak wiele podobieństw, iż zasadne jest łączne analizowanie tych porządków prawnych ze wskazywaniem ewentualnych odmienności w uzasadnionych przypadkach. Wynika to z faktu, że polskie prawo ochrony konkurencji jest zbudowane w oparciu o modelowe rozwiązania prawa unijnego³¹.

Jednakże nie da się zrozumieć istoty zjawiska unii personalnych bez odniesienia się do wybranych aspektów prawa korporacyjnego (prawa spółek). O ile prawo ochrony konkurencji reguluje relacje pomiędzy przedsiębiorcami³² (aspekt zewnętrzny), o tyle prawo spółek skupia się na aspekcie wewnętrznej organizacji przedsiębiorców. W tym kontekście pojęcie unii personalnych ma źródło w instytucjach prawa korporacyjnego i jest definiowane poprzez odniesienie do pojęcia organu spółki.

²⁴ Tamże, s. 67.

²⁵ F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

²⁶ W tym zakresie warto wspomnieć, że nawet klasyczne prace z zakresu komparatystyki prawniczej wskazują istotną rolę amerykańskiego prawa ochrony konkurencji jako obiektu badań prawnoporównawczych. Zob. K. Zweigert, H. Kotz, *Introduction to comparative law*, Oxford 1998, s. 42.

²⁷ W wielu amerykańskich stanach kwestie działalności wewnątrzstanowej są również przedmiotem regulacji stanowych przepisów prawa ochrony konkurencji. Stanowe prawo ochrony konkurencji pozostaje jednak poza zakresem niniejszej pracy. Zob. H. Langer, S. Lai, *Competition Law of the United States*, Washington 2019, s. 25.

²⁸ E. Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, 2011, s. 13.

²⁹ E. Sullivan, H. Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 2003, s. 65.

³⁰ M. Jacobs, *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, „Fordham International Law Journal”, 37/2014.

³¹ W doktrynie wskazuje się również, że unijne i polskie przepisy prawa ochrony konkurencji służą podobnym celom, w szczególności ochronie konkurencji z korzyścią dla konsumentów. Tak K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 364.

³² W polskim prawie ochrony konkurencji używa się terminu „przedsiębiorca”, podczas gdy unijne prawo ochrony konkurencji posługuje się pojęciem „przedsiębiorstwo”. Jednakże, jak zauważa się w doktrynie, pojęcia te pełnią podobną funkcję, a ich zakres podmiotowy jest zasadniczo zbliżony. Zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 159.

W Unii Europejskiej prawo spółek jest przede wszystkim domeną prawa krajowego. Rolą unijnego prawa jest harmonizacja przepisów prawa spółek państw członkowskich w celu likwidacji ograniczeń swobody przedsiębiorczości oraz ochrony interesów wspólników i osób trzecich³³. W przypadku prawa amerykańskiego prawo spółek jest z kolei domeną prawa stanowego³⁴. W związku z tym istnieje szereg porządków prawnych dotyczących kwestii organizacji spółek na terenie Stanów Zjednoczonych. W ramach niniejszej pracy amerykańskie prawo spółek będzie utożsamiane przede wszystkim z prawem stanu Delaware, które jest dominującym porządkiem prawnym w tej materii³⁵ oraz modelowymi przepisami prawnymi zawartymi w U.S. Model Business Corporation Act³⁶.

Praca została podzielona na osiem rozdziałów. W niniejszym rozdziale dokonano identyfikacji problemu badawczego, przedstawiono zarys metody oraz zakres pracy. W rozdziale drugim przeanalizowano zjawisko unii personalnych w kontekście społeczno-gospodarczym. W jego ramach przeanalizowano, jaką funkcję pełnią członkowie organów w spółce z perspektywy reguł ładu korporacyjnego, w jaki sposób są powoływani, a także jakie są przyczyny powstawania unii personalnych w świetle teorii organizacji i socjologii. Dokonano również analizy realnych danych dotyczących występowania omawianego zjawiska w gospodarce. Następnie przeanalizowano, jakie skutki dla konkurencji wywołuje omawiane zjawisko. Rozdział ten uzupełnia analiza tego, w jaki sposób reguły ładu korporacyjnego mogą wpływać na prawo i politykę ochrony konkurencji w stosunku do unii personalnych.

Rozdział trzeci obejmuje wstępną identyfikację instrumentów amerykańskiego, unijnego i polskiego prawa ochrony konkurencji, które należy poddać bardziej pogłębionej analizie pod kątem ewentualnego przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. W ramach tego rozdziału wyodrębniono grupy instrumentów prawnych obecnych we wszystkich badanych porządkach prawnych, które skategoryzowano jako zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, zakaz monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej, kontrolę koncentracji i instrumenty prawne obecne wyłącznie w prawie amerykańskim, do których należy zakaz tworzenia unii personalnych (sekcja 8. Ustawy Clayтона) oraz zakaz nieuczciwych metod konkurowania (sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu). Analiza dokonana w ramach tego rozdziału uwzględnia kontekst historyczny tych instrumentów, modele ich egzekwowania, a także wzajemne relacje pomiędzy tymi instrumentami.

Rozdziały od czwartego do szóstego dotyczą każdego z analizowanych porządków prawnych i są poświęcone analizie poszczególnych instrumentów prawa ochrony kon-

³³ J. Napierała, *Wykładnia prawa spółek Unii Europejskiej*, Warszawa 2020, s. XXXIX.

³⁴ L. Smiddy, L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems*, 2010.

³⁵ P. Molk, *Delaware’s Dominance and the Future of Organizational Law*, „Georgia Law Review” 55/2021. Potwierdzeniem dominacji prawa stanu Delaware w zakresie regulacji prawa spółek może być m.in. fakt, że większość amerykańskich spółek publicznych, nawet tych koncentrujących swoją działalność poza Delaware, została formalnie utworzona w tym stanie. W amerykańskiej doktrynie wskazuje się, że zjawisko to ma wiele przyczyn, m.in. dynamiczny rozwój nowoczesnych rozwiązań legislacyjnych w 2. połowie XX. w.; orzecznictwo sądów stanu Delaware, które uznawane jest za rozbudowane i cechujące się wysoką jakością; występowanie sieciowych efektów zewnętrznych wynikających z dużej liczby spółek zarejestrowanych w tym stanie. Szersze omówienie tego zjawiska [w:] M. Eisenberg, J. Cox, *Corporations and Other Business Organizations*, New York 2011, s. 208-213.

³⁶ MBCA to akt zawierający modelowe przepisy prawne przygotowane przez Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law w ramach American Bar Association.

kurencji z perspektywy przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. Analiza w tym zakresie obejmuje amerykańskie, polskie i unijne przepisy statuujące zakazy zawierania antykonkurencyjnych porozumień (rozdział czwarty), zakazy monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej (rozdział piąty), przepisy dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców (rozdział szósty). W rozdziale siódmym zostały przedstawione instrumenty specyficzne dla prawa amerykańskiego, tj. sekcja 8. ustawy Claytona stanowiąca podstawowy instrument prawa amerykańskiego wymierzony w przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym oraz sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu zawierająca zakaz nieuczciwych metod konkurencyjności. Całość została zakończona podsumowaniem.

2. Unie personalne: kontekst społeczno-gospodarczy

2.1. Wstęp

Aby odpowiedzieć na podstawowe pytanie badawcze, tj. w jaki sposób analizowane systemy prawne przeciwdziałają antykonkurencyjnym uniom personalnym, konieczne jest uprzednie zrozumienie istoty i kontekstu analizowanego zjawiska. W tym celu należy uzyskać odpowiedzi między innymi na następujące pytania:

- jaką rolę odgrywają członkowie organów w spółce (omówione w podrozdziale: „Rola członków organów spółek kapitałowych”);
- w jaki sposób są powoływani członkowie organów spółki (omówione w podrozdziale: „Powoływanie członków organów spółki”);
- jakie są przyczyny powstawania unii personalnych (omówione w podrozdziale: „Przyczyny powstawania unii personalnych”);
- czy występowanie unii personalnych jest powszechne w gospodarce ze szczególnym uwzględnieniem Polski (omówione w podrozdziale: „Unie personalne w gospodarce: Polska na tle innych państw członkowskich Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych”);
- jakie skutki dla konkurencji wywołują (omówione w podrozdziale: „Skutki dla konkurencji wynikające z unii personalnych”);
- w jaki sposób reguły ładu korporacyjnego mogą wpływać na prawo i politykę ochrony konkurencji w stosunku do unii personalnych (omówione w podrozdziale: „Ład korporacyjny a przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym”)?

Analiza kwestii zawartych w tych pytaniach zostanie przedstawiona poniżej.

2.2. Rola członków organów spółek kapitałowych

Organy są kluczowym elementem struktury nowoczesnych spółek kapitałowych³⁷, a identyfikacja ról ich członków była przedmiotem zainteresowania wielu badaczy zajmujących się naukami społecznymi. Przykładowo, Johnson, Daily oraz Ellstrand dokonali klasyfikacji obowiązków osób zasiadających w radach dyrektorów spółek amerykańskich, dzieląc je na trzy ogólnie zdefiniowane kategorie: kontrola (*control*), obsługa (*service*) oraz zapewnienie zasobów (*resource dependence*)³⁸. Kontrola obejmuje monitorowanie zarządzających (menedżerów). Obsługa oznacza świadczenie

³⁷ J. Macey, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton 2008, s. 52; M. Eisenberg, *Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants*, „California Law Review” 63/1975, s. 375-76; Business Roundtable, *Principles of Corporate Governance*, Harvard Law Scholarly Corporate Governance, 8.09.2016, <https://corpgov.law.harvard.edu/2016/09/08/principles-of-corporate-governance>.

³⁸ J. Johnson, C. Daily, A. Ellstrand, *Boards of Directors: A Review and Research Agenda*, „Journal of Management” 1996/22, s. 409-438.

doradztwa zarządzającym oraz formułowanie strategii. Zapewnienie zasobów polega na ułatwianiu w nabywaniu przez spółkę zasobów niezbędnych do osiągnięcia przez nią sukcesu. Adams, Hermalin oraz Weisbach, opierając się na badaniu literatury dotyczącej rad dyrektorów, wskazali na dwie główne role dyrektorów: kontrolę procesu, w którego ramach główni zarządzający są zatrudniani, monitorowani i zwalniani, oraz ustalanie strategii i selekcję projektów³⁹. Hopt i Leyens w analizie ról organów spółek w czterech europejskich jurysdykcjach: Niemczech, Wielkiej Brytanii, Francji i Włoszech, zidentyfikowali dwie główne funkcje: zarządczą i kontrolną⁴⁰. Podobna perspektywa przyjmowana jest w polskich opracowaniach z zakresu nauk prawnych⁴¹ czy teorii organizacji⁴². W innym badaniu dotyczącym Chin, Japonii i Singapuru wskazano na funkcję zarządzania i monitorowania⁴³.

Biorąc powyższe pod uwagę, można ogólnie wyróżnić dwie główne funkcje organów spółek kapitałowych: zarządzanie (funkcja menedżerska) i nadzór (funkcja kontrolna). Wykonywanie obydwu tych funkcji wymaga posiadania dostępu do informacji na temat działalności spółki⁴⁴ oraz ma wpływ na to, w jaki sposób spółka działa na rynku. Jednakże, o ile w przypadku wykonywania funkcji zarządczej mamy do czynienia z bezpośrednim wpływem na sposób działania na rynku przez członków organu, o tyle w przypadku funkcji nadzorczej wpływ na zachowanie spółki na rynku ma charakter pośredni.

Istotną cechą spółek kapitałowych jest uregulowanie systemu zarządzania i nadzoru w spółce. W modelowej spółce kapitałowej kompetencje zarządcze i nadzorcze nie spoczywają na udziałowcach (tj. ekonomicznych właścicielach spółki), lecz są wykonywane przez organy spółki takie jak zarząd, rada nadzorcza czy rada dyrektorów (*board of directors*)⁴⁵. Wiąże się to z zasadą oderwania inwestorów i kapitału od zarządzania oraz związanej z nią specjalizacją działalności polegającej na zarządzaniu przedsiębiorstwem⁴⁶.

39 R. Adams, B. Hermalin, M. Weisbach, *The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework & Survey*, „ECGI - Finance Working Paper”, 2009/228.

40 K. Hopt, P. Leyens, *Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, „ECGI - Law Working Paper” 2004/18.

41 S. Soltysieński, P. Moskwa, [w:] S. Soltysieński (red.), *System Prawa Prywatnego tom 17B. Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2016, s. 557; K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 138. W polskiej doktrynie prawa spółek oprócz funkcji zarządczych i nadzorczo-kontrolnych wyróżnia się również funkcję uchwałodawczą (stanowiącą) realizowaną przez walne zgromadzenie lub zgromadzenie wspólników. Zob. A. Szajkowski, M. Tarska, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2005, s. 664. Organy tego typu pozostają jednak poza zakresem niniejszej pracy.

42 M. Grabowska, I. Otol, *Interlocking directorates z perspektywy teorii uzależnienia zasobowego*, „E-mentor” nr 1 (78)/2019.

43 C. Tan, *The One-Tier and Two-Tier Board Structures and Hybrids in Asia - Convergence and What Really Matters for Corporate Governance*, 2011.

44 Z tego względu rozwiązaniem problemów wynikających z unii personalnych nie jest stosowanie tzw. chińskich murów (*Chinese walls*), będących formą zabezpieczenia przed wymianą informacji wykorzystywaną w praktyce gospodarczej. Zob. https://en.wikipedia.org/wiki/Chinese_wall. Istotą tego typu zabezpieczeń jest wyłączenie dostępu do informacji, które są niezbędne dla podejmowania lub oceny strategicznych decyzji dotyczących działalności spółki. Ich zastosowanie stałoby w sprzeczności z istotą funkcji członka organu.

45 A. Berle, G. Means, *The modern corporation and private property*, 1932.

46 S. Bloomfield, *Theory and practice of corporate governance: an integrated approach*, Cambridge 2013.

Struktura tych organów oraz ich kompetencje określają, w jaki sposób następuje alokacja władzy w spółce⁴⁷, w tym zarządzanie sprawami spółki (wykonywanie funkcji zarządczej) oraz nadzór (wykonywanie funkcji kontrolnej). W doktrynie prawa spółek wyróżnia się dwa modele systemu zarządzania i nadzoru w ramach spółki: monistyczny i dualistyczny⁴⁸.

Model dualistyczny jest oparty na wyraźnym strukturalnym rozdzieleniu sfer zarządzania i nadzoru między zarząd i radę nadzorczą. W ten sposób zapewniony jest instytucjonalny dystans między nadzorującym i nadzorowanym wskutek rozdzielenia kompetencji zarządczych i nadzorczych pomiędzy dwa odrębne organy spółki⁴⁹.

Model ten został wybrany przez polskiego ustawodawcę w trakcie uchwalania KSH i do dziś jest on obecny w spółkach akcyjnych, spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, a także - choć w ograniczonym zakresie - w prostej spółce akcyjnej. W ramach tego modelu kompetencje zarządcze są przede wszystkim domeną zarządu spółki⁵⁰, podczas gdy rola organu nadzorczego w tym zakresie jest ograniczona⁵¹. Organ ten jest powołany przede wszystkim do pełnienia funkcji nadzorczej⁵². Jednakże w praktyce całkowite wyłączenie rady nadzorczej z zarządzania spółką może prowadzić do asymetrii informacyjnej i osłabienia efektywności nadzoru, w związku z czym pojawił się trend silniejszego włączania rady nadzorczej w proces strategicznego zarządzania spółką⁵³.

System monistyczny zakłada koncentrację uprawnień kierowniczych i nadzorczych w jednym organie, tj. w radzie dyrektorów (*board of directors*), dzięki czemu wszyscy jego członkowie mogą uczestniczyć w strategicznym zarządzaniu spółką i mieć bezpośredni dostęp do informacji o biegu jej spraw⁵⁴. Model monistyczny cechuje się dużą elastycznością w przypisywaniu kompetencji zarządczych i nadzorczych, co umożliwia dostosowanie struktury organizacyjnej do indywidualnych uwarunkowań

47 C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013.

48 Pomimo rosnącej konwergencji różnice pomiędzy systemem monistycznym i dualistycznym odgrywają w dalszym ciągu istotną rolę w badaniach komparatystycznych. K. Hopt, P. Leyens, *Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, „ECGI - Law Working Paper” 2004/18; A. Opalski, K. Oplustil, *Zarządzanie i nadzór w spółkach akcyjnych - status quo i dylematy reformy*, „Monitor Prawniczy” 7/2014; T. Kremer, *Dualny a monistyczny system organów spółki kapitałowej*, „Monitor Prawniczy” 7/2014.

49 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - *Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw*, Druk sejmowy nr 3236, 12 lutego 2019 r., s. 63. R. Stefanicki opisuje system dualistyczny wręcz w kategoriach braku „klimatu do budowania idei ich współdziałania ze sobą w granicach wyznaczonych prawem”. Zob. R. Stefanicki, *Rada nadzorcza. Uwagi w kierunku wzmocnienia pozycji w spółkach kapitałowych*, Prokuratura i Prawo 12/2020.

50 Art. 201 § 1 KSH w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, art. 300⁶² § 1 KSH w przypadku prostej spółki akcyjnej oraz art. 368 § 1 KSH w przypadku spółki akcyjnej.

51 Przykładowo, rada nadzorcza spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i prostej spółki akcyjnej może delegować swoich członków do czasowego wykonywania czynności członków zarządu. Zob. art. 383 § 1 KSH oraz art. 300⁷⁰ § 1 KSH.

52 Zob. art. 219-220 KSH (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, art. 300⁶⁹-300⁷¹ KSH (prosta spółka akcyjna), art. 382-384 KSH (spółka akcyjna). W przypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością powołanie rady nadzorczej jest fakultatywne, a funkcja nadzorcza może być wykonywana przez komisję rewizyjną lub bezpośrednio przez wspólników.

53 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - *Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw*, Druk sejmowy nr 3236, 12 lutego 2019 r., s. 63; R. Stefanicki, *Rada nadzorcza. Uwagi w kierunku wzmocnienia pozycji w spółkach kapitałowych*, Prokuratura i Prawo 12/2020.

54 Tamże, s. 63; K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 881.

spółki i jej akcjonariuszy⁵⁵. Wadą tego modelu jest podatność na występowanie konfliktu interesów i osłabienie niezależności nadzoru wykonywanego w ramach jednego organu⁵⁶. Można jednak temu przeciwdziałać, dokonując funkcjonalnego podziału zadań poprzez delegowanie czynności prowadzenia przedsiębiorstwa spółki na dyrektorów wykonawczych (*executive directors, inside directors*) oraz tworzenie w ramach rady mniejszych gremiów, tzw. komitetów, złożonych z dyrektorów niewykonawczych (*non-executive directors, outside directors*), w których koncentrują się określone funkcje nadzorcze przypisane radzie⁵⁷. Rola dyrektorów niewykonawczych może obejmować różne formy uczestnictwa w zarządzaniu. Dyrektorzy niewykonawczy w systemie monistycznym mogą aktywnie konsultować strategię proponowaną i wdrażaną przez dyrektorów wykonawczych (menedżerów) lub jedynie monitorować prowadzenie działalności gospodarczej⁵⁸. W każdym wypadku poziom udziału dyrektorów w zarządzaniu jest niższy niż w przypadku dyrektorów wykonawczych.

System monistyczny funkcjonuje przede wszystkim w krajach anglosaskich, w tym w Stanach Zjednoczonych. W prawie stanu Delaware działalność gospodarcza i sprawy każdej spółki winny być zarządzane przez radę dyrektorów i pod jej kierunkiem⁵⁹. Podobnie w prawie modelowym MBCA wszystkie kompetencje korporacyjne, prowadzenie działalności gospodarczej i spraw spółki winno być wykonywane przez i w ramach uprawnień rady dyrektorów⁶⁰. Jednakże rada dyrektorów nie jest zobowiązana do prowadzenia bieżących spraw spółki, lecz możliwe jest ich delegowanie powiązane z nadzorem⁶¹.

Przepisy dotyczące ustroju spółki europejskiej⁶² oraz polskiej spółki akcyjnej⁶³ dają możliwość wyboru modelu monistycznego lub dualistycznego. W przypadku spółki europejskiej w systemie monistycznym organem spółki jest organ administracyjny⁶⁴. W modelu dualistycznym prowadzenie spraw spółki jest powierzone organowi zarządzającemu⁶⁵, a za nadzór odpowiada organ nadzorczy⁶⁶.

W przypadku polskiej prostej spółki akcyjnej w modelu dualistycznym ustawa przewiduje powołanie zarządu⁶⁷ oraz - fakultatywnie - rady nadzorczej⁶⁸. W przypadku wyboru modelu monistycznego w spółce ustanawia się radę dyrektorów⁶⁹. KSH umożliwia delegowanie niektórych albo wszystkich czynności prowadzenia przedsiębiorstwa

spółki na jednego dyrektora, albo niektórych dyrektorów (dyrektorzy wykonawczy)⁷⁰. Dyrektorzy niebędący dyrektorami wykonawczymi (dyrektorzy niewykonawczy) sprawują stały nadzór nad prowadzeniem spraw spółki⁷¹.

Na podstawie powyższego przeglądu regulacji w analizowanych porządkach prawnych można postawić tezę, że członkowie organów spółek w każdym z tych systemów mają za zadanie wypełnianie funkcji zarządczych lub nadzorczych. Oznacza to, że w każdym wypadku członkowie organów mają wpływ na prowadzenie przez spółkę działalności gospodarczej - bezpośrednio (funkcja zarządcza) czy pośrednio (funkcja nadzorcza).

Analizowane systemy prawne różnią się jednak pod względem tego, w jaki sposób dokonują alokacji kompetencji służących wykonywaniu tych funkcji pomiędzy poszczególnych członków organu. Może to mieć znaczenie dla oceny unii personalnych dotyczących tych członków organów. W tym miejscu warto wskazać, że zasadniczo jednocześnie wykonywanie funkcji zarządczych mające bezpośredni wpływ na decyzje rynkowe wielu przedsiębiorców wiąże się z większym ryzykiem negatywnego wpływu na konkurencję niż wykonywanie funkcji nadzorczych, które charakteryzuje się pośrednim wpływem na sposób działania spółek w otoczeniu rynkowym.

2.3. Powoływanie członków organów spółki

Co do zasady członkowie zarządu w polskich spółkach kapitałowych są powoływani i odwoływani przez zgromadzenie wspólników (w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością)⁷², akcjonariuszy⁷³ lub radę nadzorczą z możliwością odwołania albo zawieszenia przez walne zgromadzenie (w przypadku spółki akcyjnej)⁷⁴. Członkowie rady nadzorczej są z kolei powoływani przez zgromadzenie udziałowców (w zależności od typu spółki: walne zgromadzenie lub zgromadzenie wspólników)⁷⁵. Te domyślne reguły mogą być modyfikowane (np. statut spółki akcyjnej może przyznać indywidualnie oznaczonemu akcjonariuszowi osobiste uprawnienie do powoływania lub odwoływania członków zarządu albo rady nadzorczej⁷⁶).

W spółce europejskiej w modelu dualistycznym członkowie organu zarządzającego są powoływani i odwoływani przez organ nadzorczy, jednak przepisy prawa krajowego mogą wymagać lub zezwolić, by ustanowić w statucie, że członek lub członkowie organu zarządzającego są powoływani i odwoływani z funkcji przez walne zgromadzenie na tych samych warunkach, które są przewidziane w spółkach akcyjnych⁷⁷. Członkowie organu nadzorczego powoływani są przez walne zgromadzenie⁷⁸, podobnie jak członkowie organu administracyjnego w modelu monistycznym spółki europejskiej⁷⁹.

Według prawa modelowego MBCA członkowie rady dyrektorów są - co do zasady - wy-

55 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Druk sejmowy nr 3236, 12 lutego 2019 r., s. 63.

56 Tamże, s. 63.

57 Tamże, s. 63.

58 D. Block, A.-M. Gerstner, *One-Tier vs. Two-Tier Board Structure: A Comparison Between the United States and Germany*, „Comparative Corporate Governance and Financial Regulation” 2016.

59 Title 8 Delaware Code, Chapter 1. General Corporation Law, Subchapter IV. Directors and Officers, § 141: „[...] the business and affairs of every corporation [...] shall be managed by and under the direction of the Board of Directors [...]”.

60 § 8.01 (b) MBCA; L. Smiddy, L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems*, 2010.

61 L. Smiddy, L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems*, 2010.

62 Art. 38 Rozporządzenie w sprawie SE.

63 Art. 300⁵² KSH.

64 Art. 43 Rozporządzenie w sprawie SE.

65 Art. 39 Rozporządzenie w sprawie SE.

66 Art. 40 Rozporządzenie w sprawie SE.

67 Art. 300⁵² § 1 KSH.

68 Art. 300⁵² § 2 KSH.

69 Art. 300⁵² § 1 KSH.

70 Art. 300⁷⁶ § 1 KSH.

71 Art. 300⁷⁶ § 1 KSH.

72 Art. 201 § 4 KSH.

73 Art. 300⁶² § 3 KSH.

74 Art. 368 § 4 KSH.

75 Art. 385 § 1 KSH oraz art. 215 § 1 KSH.

76 Art. 354 § 1 KSH.

77 Art. 39 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie SE.

78 Art. 40 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie SE.

79 Art. 43 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie SE.

bierani przez udziałowców większością głosów na zgromadzeniu⁸⁰. W prawie Delaware zasadniczo członkowie rady dyrektorów są wybierani większością głosów podczas zgromadzenia udziałowców⁸¹. W każdym wypadku ogólne zasady mogą być modyfikowane np. umową udziałowców ograniczającą uprawnienie do powoływania członków organów⁸².

2.4. Przyczyny powstawania unii personalnych

W ciągu ostatnich kilku dekad unie personalne były przedmiotem wielu teoretycznych i empirycznych badań z obszaru nauk społecznych. Wyniki tych badań dały podstawę do postawienia szeregu teorii mających na celu wyjaśnienie tego zjawiska⁸³.

Znacząca grupa teorii opisuje unie personalne w kategoriach relacji pomiędzy podmiotami gospodarczymi (firmami). Zgodnie z teorią zależności zasobów (*resource dependency*) celem unii personalnych jest ograniczenie niepewności wynikającej ze środowiska, w jakim funkcjonuje organizacja. Unie personalne są w tym wypadku elementem strategii kooptacji⁸⁴. Polega ona na wchłanianiu nowych elementów pod wspólne przywództwo lub wspólną strukturę organizacyjną kreującą jej politykę, a jej celem jest unikanie zagrożeń dla stabilności organizacji lub jej istnienia⁸⁵. W ten sposób unie personalne umożliwiają organizacjom internalizację czynników ryzyka występujących w otoczeniu i ograniczenie źródeł niepewności⁸⁶. W naukach dotyczących organizacji powstało szereg odmian tej teorii skupionych na określonych typach zasobów: teoria hegemonii banków (*bank hegemony*) oparta na dostępie do kapitału⁸⁷, teoria transferu wiedzy (*knowledge transfer*) oparta na dostępie do informacji⁸⁸ czy teoria legitymacji (*legitimacy*) oparta na reputacji⁸⁹.

Inna grupa teorii opisuje unie personalne przede wszystkim jako środki kontroli i koordynacji między organizacjami. Zgodnie z teorią kontroli korporacyjnej (*corporate control*) unie personalne służą przede wszystkim koordynacji działalności oraz roz-

wiązywaniu konfliktów w celu poprawy zyskowności podmiotów gospodarczych⁹⁰. Relacja pomiędzy podmiotami gospodarczymi powiązanymi unią personalną może mieć charakter hierarchiczny lub niehierarchiczny. Ten pierwszy przypadek jest powiązany np. z posiadaniem udziałów przez jeden podmiot w drugim⁹¹. Z kolei w drugim przypadku unie personalne mogą służyć harmonizacji polityki podmiotów powiązanych unią w celu uzyskania wspólnej korzyści⁹². Ponadto niektórzy autorzy podkreślają fakt, że niektóre unie personalne są przede wszystkim zewnętrzną manifestacją istniejących wcześniej więzi służących koordynacji⁹³.

Kolejna grupa teorii opisuje unie personalne jako zjawisko wynikające z przyczyn związanych z samymi członkami organów i ich osobistymi motywacjami. Przykładowo, zgodnie z teorią rozwoju kariery (*career advancement*) unie personalne służą przede wszystkim celom rozwoju zawodowego członków organów zaangażowanych w unię⁹⁴.

Wydaje się, że opisane teorie należy traktować jako uzupełniające się próby wytłumaczenia zjawiska unii personalnych⁹⁵. W praktyce istnienie konkretnej unii personalnej może być wypadkową szeregu przyczyn o różnej wadze. W niektórych przypadkach unie personalne mają na celu zapewnienie korzyści podmiotom gospodarczym nimi powiązanym⁹⁶. W innych przypadkach utworzenie unii personalnej może wynikać wyłącznie z osobistych przyczyn związanych z indywidualnymi motywacjami członka organu⁹⁷. Jednakże nawet w takich wypadkach unia personalna pozostaje więzią o charakterze międzyorganizacyjnym i może wywoływać skutki na stan konkurencji pomiędzy podmiotami powiązanymi unią personalną.

2.5. Unie personalne w gospodarce: Polska na tle innych państw członkowskich Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych

Problem częstotliwości występowania unii personalnych w gospodarce został poddany badaniom w sposób najbardziej dogłębny przez amerykańskich badaczy nauk społecznych. Z badań tych wynika, że występowanie unii personalnych jest zjawiskiem powszechnym w amerykańskiej gospodarce. Przykładowo, według badania obejmującego 1500 spółek wchodzących w skład indeksu S&P, około 81% spółek posiadało

80 § 7.28 (a) MBCA.

81 § 211 (b) oraz § 216 (3) Delaware General Corporation Law.

82 M. Norton, *Shareholders' Agreements: Recent Lessons From The Delaware Courts*, „Business Visions Newsletter” 2019/5. dostęp: https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/committee_newsletters/mmsb/2019/201905/shareholders/.

83 Szersze podsumowanie tych teorii zostało przedstawione m.in. w: M. Mizruchi, *What Do Interlock Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates*, „Annual Review of Sociology” 1996/22, s. 271-298, a także w: M. Pawlak, *Interlocking directorates and their changes in Polish companies*, „Indian Journal of Economics and Business” 2012/11, s. 63-88.

84 P. Selznick, *TVA and the Grass Roots, A Study in the Sociology of Formal Organization*, Berkeley 1949.

85 Tamże.

86 M. Mizruchi, *What Do Interlock Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates*, „Annual Review of Sociology” 1996/22, s. 271-298; W. Nienhuser, *Resource dependence theory: How well does it explain behavior of organizations?*, „Management Revue”, 2008/19, s. 9-32.

87 D. Schoorman, M. Bazerman, R. Atkin, *Interlocking Directorates: A Strategy for Reducing Environmental Uncertainty*, „The Academy of Management Review” 1981/6/2, s. 243-251; B. Mintz, M. Schwartz, *Interlocking Directorates and Interest Group Formation*, „American Sociological Review” 1981/46, s. 851-869.

88 S. O'Hagan, M. Green, *Tacit Knowledge Transfer Via Interlocking Directorates: a Comparison of Canada and the United States*, „Geografiska Annaler” 2002/84, s. 49-63.

89 M. Mizruchi, *What Do Interlock Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates*, „Annual Review of Sociology” 1996/22, s. 271-298.

90 J. Caswell, *An Institutional Perspective on Corporate Control and the Network of Interlocking Directorates*, „Journal of Economic Issues” 2/XVIII/1984, s. 619-626.

91 C. Kono, D. Palmer, R. Frieland, M. Zafonte, *Lost in Space: The Geography of Corporate Interlocking Directorates*, „The American Journal of Sociology” 4/103/1998, s. 863-911.

92 J. Caswell, *An Institutional Perspective on Corporate Control and the Network of Interlocking Directorates*, „Journal of Economic Issues” 2/XVIII/1984, s. 619-626; B. Mintz, M. Schwartz, „Interlocking Directorates and Interest Group Formation”, *American Sociological Review*, Vol. 46/1981, s. 851-869.

93 J. Caswell, *An Institutional Perspective on Corporate Control and the Network of Interlocking Directorates*, „Journal of Economic Issues” 2/XVIII/1984, s. 619-626.

94 E. Zajac, *Interlocking Directorates as an Interorganizational Strategy: A Test for Critical Assumptions*, „The Academy of Management Journal”, 1988/31/2, s. 428-438.

95 J. Caswell, *An Institutional Perspective on Corporate Control and the Network of Interlocking Directorates*, „Journal of Economic Issues” 2/XVIII/1984, s. 619-626; M. Mizruchi, *What Do Interlock Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates*, „Annual Review of Sociology”, 1996/22, s. 271-98.

96 J. Szalacha-Jarmużek, *Interlocking directorates jako instytucja nieformalna zwiększająca efektywność działań korporacyjnych*, „Prakseologia”, 2012/152, s. 51-70.

97 M. Theisen, *Der Konzern. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung*. Verlag C. E. Poeschel, Stuttgart, 2000, jak zacytowano w: M. Pawlak, *Interlocking directorates and their changes in Polish companies*, „Indian Journal of Economics and Business”, Vol. 11, No. 1, s. 63-88.

w swoich organach co najmniej jedną osobę, która zasiadała w organach innej spółki prowadzącej działalność w tej samej branży⁹⁸.

W praktyce gospodarczej występowanie unii personalnych zależy od wielu czynników, takich jak otoczenie regulacyjne czy normy kulturowe⁹⁹. Biorąc pod uwagę badania przeprowadzane w ostatnich kilkunastu latach, wydaje się, że występowanie unii personalnych w Polsce było zjawiskiem nie rzadszym niż w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Według badania dotyczącego unii personalnych obejmujących spółki akcyjne w Polsce w latach 2001-2008 około 12,74% członków organów polskich spółek akcyjnych pełniło funkcje w organach kilku spółek¹⁰⁰. Dla porównania według podobnych badań (dotyczących jednakże wcześniejszego okresu) odsetek członków organów pełniących funkcje w kilku spółkach wynosił od około 1% w Austrii czy Niemczech do około 9% we Włoszech¹⁰¹. Inne badanie dotyczące unii personalnych w pięciu określonych branżach (farmaceutycznej, budowlanej, żywnościowej, energetycznej oraz bankowości) w latach 2012-2014 wskazuje, że częstotliwość występowania unii personalnych w Polsce była porównywalna z tą obserwowaną w innych państwach europejskich¹⁰². Według badania członek organu w Polsce zajmował przeciętnie 1,66 stanowiska, podczas gdy we Włoszech średnio 2 stanowiska, we Francji 2,06 stanowiska, podczas gdy w Singapurze średnio 3,05 stanowiska¹⁰³.

Ponadto badania empiryczne sugerują, że członkowie zarządu zwykle pełnią kilka funkcji w organach spółek z jednej grupy kapitałowej (rozumianej w tym wypadku jako grupa podmiotów powiązanych relacjami udziałowymi)¹⁰⁴. Innymi słowy, w przypadku menedżerów unie personalne pomiędzy spółkami z odrębnych grup kapitałowych są znacząco rzadsze i nie jest to specyfika wyłącznie jednej branży¹⁰⁵. Z kolei członkowie rad nadzorczych w różnych branżach są częściej zaangażowani w unie personalne pomiędzy podmiotami nienależącymi do jednej grupy kapitałowej¹⁰⁶.

Inną obserwacją wynikającą z badań społecznych jest fakt, iż w Polsce nie występuje korelacja pomiędzy wiekiem członka organów a liczbą stanowisk albo pomiędzy „wiekiem organu” a liczbą stanowisk na członka organu¹⁰⁷. Może to sugerować, że doświadczenie członków organów nie jest podstawową przyczyną tworzenia unii personalnych w Polsce. Wskazany brak korelacji zwiększa prawdopodobieństwo znaczenia innych przyczyn utworzenia unii personalnej, takich jak potencjalnie antykonkurencyjna koordynacja zachowań przedsiębiorców. Oczywiście jest to tylko jedna z możliwych hipotez i w tym zakresie istnieje potrzeba dalszych badań empirycznych z obszaru teorii organizacji czy socjologii.

98 Y. Nili, *Horizontal Directors*, „Northwestern University Law Review” Vol. 114/5, s. 1196.

99 L. Mac Canna, N. Brennan, E. O’Higgins, *National Networks of Corporate Power: An Irish Perspective*, „Journal of Management and Governance”, 1998/2/4, s. 357-379.

100 M. Pawlak, *An interlocking-directorates monitoring system*, „Journal for Perspectives of Economic Political and Social Integration”, 1-2/16/2012, s. 121-154.

101 L. Mac Canna, N. Brennan, E. O’Higgins, *National Networks of Corporate Power: An Irish Perspective*, „Journal of Management and Governance”, 1998/2/4, s. 357-379.

102 J. Szalacha-Jarmużek, *Między zaufaniem a elitarnością. Krzyżujące się zarządy i rady nadzorcze w Polsce - socjologiczna analiza zjawiska*, Toruń 2014, s. 175.

103 Tamże.

104 Tamże.

105 Tamże.

106 Tamże.

107 M. Pawlak, *An interlocking-directorates monitoring system*, „Journal for Perspectives of Economic Political and Social Integration”, 2012/16/1-2, s. 121-154.

2.6. Skutki dla konkurencji wynikające z unii personalnych

Unie personalne tworzą powiązanie strukturalne pomiędzy organizacjami, ale nie mają bezpośredniego wpływu (a co najwyżej wpływ pośredni, np. będący konsekwencją roli unii personalnej jako mechanizmu umożliwiającego wymianę informacji) na podstawowe parametry konkurencji, w szczególności ceny czy wielkość produkcji. Nie oznacza to jednak, że zjawisko będące przedmiotem niniejszego opracowania jest obojętne z perspektywy konkurencji. W rzeczywistości unie personalne mogą mieć pozytywne lub negatywne skutki dla procesu konkurencji pomiędzy uczestnikami gry rynkowej. Ogólna analiza tych skutków oraz mechanizmów, za których pomocą są one wywoływane, zostanie przedstawiona poniżej.

Przede wszystkim należy zauważyć, że prawdopodobieństwo negatywnego wpływu unii personalnej na konkurencję zależy w dużej mierze od tego, czy spółki powiązane unią personalną są konkurentami (horyzontalna unia personalna), czy też działają na sąsiadujących szczeblach obrotu (wertykalna unia personalna).

Horyzontalne unie personalne częściej prowadzą do antykonkurencyjnych skutków niż jakiegokolwiek inne powiązania personalne¹⁰⁸. Do tego typu unii personalnych znajduje zastosowanie większość z niżej wymienionych możliwych zagrożeń dla konkurencji; jednocześnie tego typu unie personalne w stosunkowo niewielkim stopniu wywierają pozytywne skutki dla konkurencji¹⁰⁹.

W przypadku wertykalnych unii personalnych bardziej prawdopodobne jest, że wymiana informacji nie ma negatywnego wpływu na konkurencję¹¹⁰. W tego typu relacjach główne zagrożenie negatywnego wpływu na konkurencję wiąże się z preferencyjnym traktowaniem powiązanych przedsiębiorstw, co - przy założeniu, że jedno z przedsiębiorstw ma znaczącą pozycję na rynku - może prowadzić do wykluczenia konkurentów powiązanych przedsiębiorstw na rynku wyższego lub niższego szczebla¹¹¹. Pomimo tego prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnych skutków dla konkurencji jest zdecydowanie niższe niż w przypadku horyzontalnych unii personalnych i ogranicza się głównie do sytuacji, w których przynajmniej jedna ze spółek powiązanych unią ma znaczącą pozycję rynkową¹¹².

Z perspektywy teoretycznej podstawowe zagrożenie dla konkurencji związane ze zjawiskiem unii personalnych, w tym mniejszościowych, horyzontalnych czy też (choć w mniejszym zakresie) wertykalnych, wiąże się z ich rolą jako mechanizmu umożliwiającego wymianę informacji pomiędzy niezależnymi organizmami gospodarczymi¹¹³. Wymiana informacji wpływa przede wszystkim na dwa podstawowe aspekty związane z koordynacją zachowań przedsiębiorców. Po pierwsze, wymiana informacji może ułatwiać osiągnięcie konsensusu (*common understanding*)

108 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 843-844.

109 F. Ghezzi, *Interlocking directorates in the financial sector: the Italian Job. An antitrust perspective*, 2012, s. 11-13.

110 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 844.

111 Tamże, s. 837; V. Falce, *Interlocking directorates: an Italian antitrust dilemma*, „Journal of Competition Law and Economics” 9(2)/2013, s. 458.

112 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 844.

113 DotEcon Ltd., *Minority interests in competitors. A research report*, 03/2010, OFT1218, Londyn 2010, s. 60.

co do warunków koordynacji¹¹⁴. Przykładowo osoba fizyczna pełniąca funkcję członka zarządu w spółce A i B może przekazywać informacje dotyczące polityki cenowej (np. struktury kosztów) spółki A członkom zarządu spółki B oraz podobne informacje spółki B członkom zarządu spółki A. Takie zachowanie może ułatwić ustalenie warunków koordynacji (np. określenia konkretnego poziomu cen produktów oferowanych przez każdą ze spółek). Po drugie, wymiana informacji może zapewniać lepsze mechanizmy monitorowania ewentualnych odstępstw od ustaleń koordynacyjnych, co z kolei usprawnia ewentualną reakcję pozostałych uczestników oraz zmniejsza zachęty do odstępstw od ustaleń służących koordynacji¹¹⁵. Tytułem przykładu: osoba fizyczna pełniąca funkcję członka zarządu w spółce A i B może w sposób efektywny monitorować zgodność zachowań spółki A z porozumieniem cenowym, w tym podejmowane przez innych członków zarządu spółki A decyzje dotyczące cen stosowanych przez tę spółkę, i informować innych członków organów spółki B o ewentualnych naruszeniach porozumienia.

Znaczenie unii personalnych jako zjawiska mogącego wpływać na koordynację została potwierdzona w badaniach empirycznych. Badania opierające się na danych z końca XX w., wskazujące na korelację pomiędzy istnieniem unii personalnych a koncentracją w ramach branży i zyskowością firm, mogą stanowić jedynie pośredni dowód tego wpływu¹¹⁶. Inne analizy zdają się potwierdzać jego istnienie. Przykładowo analiza T. Gonzales i M. Schmid obejmująca 225 przedsiębiorców uznanych za uczestników karteli w okresie od 1986 do 2010 r. wskazuje, że spółki z wyższym odsetkiem członków organów zaangażowanych w unie personalne z większym prawdopodobieństwem są uczestnikami zмовы¹¹⁷. Wyniki badania mogą przemawiać za tezą, zgodnie z którą unie personalne w praktyce zwiększają ryzyko antykonkurencyjnej koordynacji. Do podobnych wniosków prowadzi praca F. Thepot oparta na analizie spraw kartelowych z okresu od 1990 do 2009 r.¹¹⁸ Z kolei najnowsze badania H. Geng i in. wskazują, że unie personalne mają negatywny wpływ na inwestycje czy innowacyjność¹¹⁹, a więc aspekty działalności gospodarczej, które również są istotne z perspektywy funkcjonowania mechanizmu zdrowej konkurencji.

Do nieco odmiennych wniosków od wskazanych wyżej badań może prowadzić opracowanie dotyczące unii personalnych i spraw kartelowych w Unii Europejskiej w latach 1969-2012, wskazujące, że choć w kartele zaangażowanych było 1030 przedsiębiorstw, a pomiędzy nimi istniało 3318 unii personalnych to jednak w momencie, kiedy przedsiębiorstwa te były zaangażowane w aktywność w ramach kartelu, stwier-

dzono tylko trzy bezpośrednie i dziewięć pośrednich powiązań personalnych¹²⁰. Może to sugerować, że unie personalne mają stosunkowo niewielkie znaczenie jako instrument ułatwiający istnienie karteli¹²¹. Jednakże, jak wskazano w doktrynie, wniosek ten może być nieprawidłowy m.in. dlatego, że wspomniane badanie nie uwzględniało roli unii personalnych jako mechanizmu służącego budowaniu zaufania pomiędzy stronami, zanim właściwy kartel zaczął funkcjonować¹²². Ponadto charakter tej analizy nie uwzględniał niewykrytych karteli, podczas gdy według badań liczba niewykrytych karteli z wysokim prawdopodobieństwem znacznie przekracza liczbę wykrytych karteli¹²³.

Wymiana informacji za pośrednictwem unii personalnych, w tym mniejszościowych, teoretycznie może również prowadzić do wykluczenia z rynków podmiotów niezaangażowanych w wymianę¹²⁴. Sytuacja taka może wystąpić, gdy wymiana informacji powoduje, że przedsiębiorcy nieuczestniczący w tej wymianie znajdują się w znacznie gorszym położeniu konkurencyjnym w porównaniu z uczestnikami wymiany¹²⁵.

W teorii unie personalne mogą również prowadzić do powstania tzw. skutków jednostronnych¹²⁶ występujących nawet w braku jakiegokolwiek wymiany informacji pomiędzy konkurentami. Unie personalne jako samoistne zjawisko mogą prowadzić do złagodzenia stopnia konkurencji między powiązanymi przedsiębiorstwami¹²⁷ poprzez ograniczenie stosowania przez przedsiębiorcę powiązanego unią personalną agresywnych strategii, które byłyby ukierunkowane na rywalizację z drugim przedsiębiorcą powiązanym unią i mogłyby występować w hipotetycznym scenariuszu braku unii¹²⁸. W ten sposób zagrożenie dla konkurencji nie wynika z żadnej zмовы, lecz wiąże się ze stworzeniem bodźców dla jednej ze spółek powiązanych unią do mniej intensywnego konkurowania. W przypadku rozpowszechnienia unii personalnych mogą ograniczyć intensywność konkurencji w ramach całej branży¹²⁹.

114 Tamże, s. 62.

115 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørsgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 837-860; DotEcon Ltd., *Minority interests in competitors. A research report*, 03/2010, OFT1218, Londyn 2010, s. 62.

116 P. Carrington, *Horizontal Cooptation*, 1981; J. Pennings, *Interlocking Directorates: Origins and Consequences of Connections among Organizations' Board of Directors*, 1980; O. Chin-Huat, D. Wan, O. Kee-Sing, *An Explanatory Study on Interlocking Directorates in Listed Firms in Singapore*, „Corporate Governance” 2003/11/4, s. 322-334.

117 T. Gonzales, M. Schmid, *Corporate Governance and Antitrust Behavior*, Swiss Institute of Banking and Finance, University of St. Gallen, Working Paper, 2012.

118 F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.

119 H. Geng, H. Hau, R. Michaely, B. Nguyen, *Does Board Overlap Promote Coordination Between Firms?*, „Swiss Finance Institute Research Paper, European Corporate Governance Institute - Finance Working Paper” 803/2021.

120 H. Buch-Hansen, *Interlocking Directorates and Collusion: An Empirical Analysis*, „International Sociology”, 2014/29/3, s. 249-267.

121 W oryginale autor badania użył stwierdzenia, że unie personalne “do not appear to facilitate cartels”. H. Buch-Hansen, *Interlocking Directorates and Collusion: An Empirical Analysis*, „International Sociology”, 2014/29/3, s. 249-267.

122 V. Petersen, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument for Their Restriction*, European Business Law Review, 6/2016.

123 F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.

124 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 382-383; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 70-71.

125 Przykładowo wymiana informacji pomiędzy zintegrowanymi wertykalnie spółkami A i B może prowadzić do podwyższenia ceny komponentu oferowanego przez te spółki na rynku wyższego rzędu, czego efektem może być wykluczenie z rynku niższego rzędu spółki C.

126 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørsgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 844.

127 V. Petersen, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument for Their Restriction*, European Business Law Review, 6/2016, s. 36.

128 F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.

129 Tamże.

Próbę wyjaśnienia istoty wspomnianych zagrożeń przedstawia teoria odnosząca się do tzw. napięcia powierniczego (*fiduciary tension*)¹³⁰. Ta teoria podkreśla wagę obowiązków członków organów w stosunku do spółki. Ogólnie rzecz biorąc, obowiązki członków organów wymagają od nich działania w najlepszym interesie spółki, a celem każdej spółki jest maksymalizacja zysków. Zatem zgodnie z tą teorią członek organu zaangażowany w unię personalną ma silną motywację do opowiadania się za ograniczeniem konkurencji między powiązanymi przedsiębiorstwami, o ile takie ograniczenie może prowadzić do zwiększenia zysków dla każdego z zaangażowanych przedsiębiorstw¹³¹.

Jednakże w niektórych przypadkach mechanizmy wynagradzania członków organów mogą tworzyć bodźce do ograniczenia konkurencji, nawet jeśli konsekwencją takiego ograniczenia byłoby zmniejszenie zysków jednej ze spółek¹³². Istniejące badania empiryczne nie pozwalają jednak na postawienie jednoznacznych wniosków co do rzeczywistego znaczenia omawianych teorii w praktyce gospodarczej¹³³.

Omawiane zjawisko może również wywierać pozytywne skutki na konkurencję. W doktrynie wskazuje się, że unie personalne mogą mieć przede wszystkim pozy-

130 V. Petersen, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument for Their Restriction*, *European Business Law Review*, 6/2016, s. 39-41. Teoria ta może być pomocna również w wyjaśnieniu, dlaczego unii personalnych, w tym większościowych, nie należy samodzielnie uznawać za formę koncentracji organizmów gospodarczych ani przypisać im takich skutków, jakie przypisywane są połączeniom. Koncentracja polega na połączeniu dotychczas niezależnych organizmów gospodarczych i rodzi szereg skutków, których natura zależy od relacji pomiędzy stronami koncentracji (np. gdy strony są konkurentami podstawowym skutkiem operacji jest ustanie pomiędzy nimi rywalizacji i powstanie tzw. skutków jednostronnych koncentracji itd.). Unie personalne, w szczególności większościowe, *prima facie* mogą stanowić przejaw koncentracji, gdyż mogą towarzyszyć pełnej integracji zarządzania spółek. Jednakże w modelowych spółkach kapitałowych dotyczy to jedynie sytuacji, w której występuje tożsamość po stronie większościowych udziałowców. Członkowie organów są bowiem zobowiązani do realizacji interesu spółki, który jest definiowany przede wszystkim jako wypadkowa interesów udziałowców. W przypadku braku tożsamości udziałowców większościowe unie personalne nie zapewnią integracji zarządzania spółek i nie należy ich traktować jak koncentracji. Można to zobrazować na następującym przykładzie: spółki A i B mają jednoosobowe zarządy, których członkiem jest X. Jednocześnie całość udziałów spółki A posiada A', a spółki B - B'. Interesy A' i B' są sprzeczne. W takim wypadku X, wykonując funkcję członka zarządu A', powinien podejmować działania sprzeczne z interesem B i B'. Z kolei wykonując funkcję członka zarządu B, jest zobowiązany działać w sprzeczności z interesem A i A'. W świetle powyższego ewentualne skutki dla konkurencji wynikające z koncentracji, których elementem są m.in. unie personalne, wynikają przede wszystkim z przejęcia praw udziałowych, a nie z objęcia funkcji członków organów przez te same osoby fizyczne. Powstanie unii personalnej jest w tym wypadku wtórnym przejawem zaistnienia koncentracji.

131 Przykładowo osoba X pełni funkcje członka zarządu w spółkach A i B, które są jedynymi dostawcami danego produktu. W ramach rynku właściwego są dwie grupy klientów: A' oraz B'. Aby zwiększyć zyski spółek powiązanych unią X, w ramach wykonywania funkcji w spółce A realizuje strategię oferowania produktów A' po wyższych cenach przy powstrzymaniu się od sprzedaży grupie B'; z kolei, pełniąc funkcję w spółce B, ustala wyższe ceny dla grupy B', powstrzymując się od sprzedaży klientom A'.

132 Zob. DotEcon Ltd., *Minority interests in competitors. A research report*, 03/2010, OFT1218, Londyn 2010, s. 60-61. Przykładem takiej sytuacji jest podwyższenie cen przez spółkę A, które prowadzi do znacznego zmniejszenia wolumenu sprzedaży i zysków tej spółki; jednocześnie dotychczasowi klienci spółki A wybierają produkty spółki B (powiązanej unią personalną ze spółką A). Tego typu zjawisko może występować szczególnie w sytuacji, gdy członek organu zaangażowany w unię personalną może czerpać korzyści wynikające z lepszych wyników spółki B (np. poprzez wyższe wynagrodzenie powiązane z większą sprzedażą) przy braku ponoszenia konsekwencji związanych z gorszymi wynikami spółki A (co możliwe jest np. w przypadku istnienia słabych mechanizmów egzekwowania obowiązków powierniczych).

133 Badania empiryczne skupiają się bowiem na analizie zagrożeń związanych z koordynacją, a nie tzw. skutkach jednostronnych. Zob. T. Gonzales, M. Schmid, *Corporate Governance and Antitrust Behavior*, Swiss Institute of Banking and Finance, University of St. Gallen, Working Paper, 2012; H. Buch-Hansen, *Interlocking Directorates and Collusion: An Empirical Analysis*, „International Sociology”, 2014/29/3, s. 249-267; F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.

tywny wpływ z perspektywy efektywnego wykorzystywania zasobu umiejętności menedżerów¹³⁴. Umiejętności techniczne i zarządcze, szczególnie w wąskich branżach, mogą stanowić ograniczony zasób. Ponadto ich pozyskanie może wymagać inwestycji i wiązać się z tzw. kosztami utopionymi (tj. kosztami, które nie mogą zostać odzyskane). W związku z tym unie personalne mogą być jedyną możliwością pozyskania przez nowych lub słabszych graczy rynkowych takich umiejętności.

Z drugiej strony wskazuje się, że w dłuższym okresie ograniczenie możliwości zawierania unii personalnych może prowadzić do zwiększonych inwestycji w zasób umiejętności technicznych i zarządczych, umożliwiając tym samym zastąpienie dotychczas współdzielonych menedżerów¹³⁵. Ponadto nadmierne współdzielenie menedżerów może prowadzić do ich wyeksploatowania i zmniejszonej produktywności, ograniczając w praktyce zamierzone zyski wynikające ze współdzielenia.

Należy również zauważyć, że wymiana informacji za pośrednictwem unii personalnych może w niektórych przypadkach mieć pozytywny wpływ na konkurencję. Przykładowo, jak wspomniano powyżej, unie personalne ułatwiają wzajemne monitorowanie zachowań uczestników unii personalnych, a tym samym zmniejszają asymetrię informacji¹³⁶. Ma to znaczenie np. w przypadku unii personalnych pomiędzy przedsiębiorcą a podmiotem finansującym jego działalność, gdyż umożliwia kontrolę wydawania środków i tym samym może pośrednio zwiększać skłonność do finansowania inwestycji¹³⁷; jednocześnie uzyskanie finansowania inwestycji może umożliwić przedsiębiorcy np. wejście na nowe rynki, co prowadzić może do intensyfikacji konkurencji na tych rynkach. Podobnie pozytywne skutki wskazuje się w przypadku relacji wertykalnych¹³⁸.

Biorąc pod uwagę powyższe, zasadne wydaje się postulowanie, aby przeciwdziałanie uniom personalnym było nakierowane przede wszystkim na unie horyzontalne, gdyż tego typu powiązania wiążą się z największym prawdopodobieństwem wywołania negatywnych skutków dla konkurencji. W przypadku unii wertykalnych ryzyko negatywnego wpływu na konkurencję jest znacznie niższe i dotyczy przede wszystkim sytuacji związanych z ewentualnym wykluczeniem z rynku przedsiębiorców niebędących stronami unii personalnych.

134 F. Ghezzi, *Interlocking directorates in the financial sector: the Italian Job. An antitrust perspective*, 2012, s. 12-13.

135 Tamże, s. 12-13.

136 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 843.

137 DotEcon Ltd., *Minority interests in competitors. A research report*, 03/2010, OFT1218, Londyn 2010, s. 64.

138 Tamże, s. 63-65.

2.7. Ład korporacyjny a przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym

2.7.1. Wprowadzenie

Ład korporacyjny (*corporate governance*) jest pojęciem wieloznacznym. Określa się go jako system kontroli i kierowania spółką¹³⁹, zestaw relacji pomiędzy menedżerami spółki, jej radą, udziałowcami oraz innymi interesariuszami¹⁴⁰ bądź też strukturę, poprzez którą określa się cele spółki oraz środki służące ich osiągnięciu i monitorowaniu działań¹⁴¹. W polskiej doktrynie prawa spółek wskazuje się na rozumienie *corporate governance* jako unormowań prawnych (czy to generalnych, zawartych w ustawie, czy to konkretnych, przewidzianych w statucie spółki, czy „miękkich” regulacji zawartych w zbiorach „dobrych praktyk”), które dotyczą alokacji kompetencji i wzajemnych relacji między organami spółki, a także praw udziałowców¹⁴².

W każdym wypadku ład korporacyjny wyznacza podstawowe ramy, w jakich funkcjonują spółki kapitałowe i członkowie ich organów. W związku z tym można postawić pytanie o wpływ reguł ładu korporacyjnego na przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym. W szczególności o to, czy i ewentualnie w jakim stopniu reguły ładu korporacyjnego mogą stanowić substytut instrumentów prawa ochrony konkurencji służących przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym.

Można wyróżnić dwa obszary, w których problematyka *corporate governance* może wpływać na prawo i politykę ochrony konkurencji w stosunku do unii personalnych. Po pierwsze, znaczenie ma korporacyjny ład instytucjonalny. Ład ten definiuje rolę organu. W tym kontekście rodzi się pytanie badawcze o możliwy wpływ przyjętego modelu *corporate governance* na politykę ochrony konkurencji w zakresie oceny unii personalnych, w których zaangażowani są członkowie organów.

Drugim obszarem są obowiązki korporacyjne członków organów. Zagadnienie to obejmuje analizę wzorców zachowania oczekiwanego od członków organów spółek oraz model ich egzekwowania. W tym kontekście podstawowym pytaniem badawczym jest to, czy obowiązki te mogą skutecznie przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym. Powyższe kwestie zostaną odrębnie przedstawione w sekcjach poniżej.

2.7.2. Wpływ ładu instytucjonalnego na przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym

W ramach analizy konkurencyjnej unii personalnych - w szczególności w kontekście ryzyka antykonkurencyjnej wymiany informacji - należy wziąć pod uwagę naturę wymienianych informacji, ich treść czy wiek zgodnie z ogólną zasadą: im lepszy dostęp członka organu do konkurencyjnie istotnych informacji, tym wyższe ryzyko negatywnego wpływu na konkurencję wynikającego z unii personalnej.

139 Por. *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, London 1992.

140 OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris 2015.

141 Tamże.

142 K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. XX.

Asymetria informacji pomiędzy z jednej strony - dyrektorami wykonawczymi i członkami zarządu (posiadającymi lepszy dostęp do konkurencyjnie istotnych informacji), a z drugiej strony - dyrektorami niewykonawczymi i członkami rady nadzorczej, występuje w obydwu modelach spółek. Jednakże w modelu monistycznym większa koncentracja uprawnień kierowniczych i nadzorczych w jednym organie powoduje, że stopień uzależnienia niewykonawczych dyrektorów od dyrektorów wykonawczych w zakresie dostępu do informacji o działalności spółki jest mniejszy, niż ma to miejsce w systemie dualistycznym¹⁴³. Ponadto, według doktryny, dyrektorzy niewykonawczy w systemie monistycznym są nieco lepiej usposobieni do uczestnictwa w procesie decyzyjnym w ramach spółki niż członkowie organów nadzorczych w systemie dualistycznym¹⁴⁴. Stosunkowo większe zaangażowanie dyrektorów niewykonawczych w procesy decyzyjne w ramach spółki (w porównaniu do członków rady nadzorczej) zwiększa ich motywację do pozyskiwania wszelkich istotnych informacji¹⁴⁵. Przekłada się to na stosunkowo wyższy poziom ryzyka antykonkurencyjnej wymiany informacji za pośrednictwem dyrektorów niewykonawczych w spółkach w modelu monistycznym, niż miałyby to miejsce w przypadku członków organów nadzorczych w modelu dualistycznym.

W tym drugim systemie funkcje zarządcza i monitorująca są strukturalnie rozdzielone pomiędzy zarząd i radę nadzorczą. Członkowie zarządu są zaangażowani w bieżącą operacyjną pracę nad prowadzeniem działalności gospodarczej spółki, podczas gdy rada nadzorcza jest skupiona na monitorowaniu działań zarządu. Rozdzielenie funkcji zarządczych i monitorujących jest wzmocnione faktem, iż osoba fizyczna nie może być jednocześnie członkiem zarządu i rady nadzorczej tej samej spółki¹⁴⁶. Ponadto członkowie zarządu nie są związani poleceniami rady nadzorczej¹⁴⁷.

Jednakże istnieją czynniki, które mogą rozmywać granicę pomiędzy funkcjami zarządu i rady nadzorczej w modelu dualistycznym. Przykładowo w szczególnych przypadkach rada nadzorcza może delegować swoich członków do czasowego wykonywania funkcji członka zarządu¹⁴⁸. Ponadto, mimo że ustalanie strategii gospodarczej spół-

143 C. Tan, *The One-Tier and Two-Tier Board Structures and Hybrids in Asia - Convergence and What Really Matters for Corporate Governance*, Singapur 2011.

144 C. Tan, *The One-Tier and Two-Tier Board Structures and Hybrids in Asia - Convergence and What Really Matters for Corporate Governance*, Singapur 2011; C. Jungmann, *The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems - Evidence from the UK and Germany*, „European Company and Financial Law Review”, 2006/3.

145 C. Jungmann, *The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems - Evidence from the UK and Germany*, „European Company and Financial Law Review”, 2006/3.

146 K. Hopt, P. Leyens, *Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, „ECGI - Law Working Paper” 2004/18.

147 Art. 375¹ KSH.

148 Art. 300⁷⁰ KSH i art. 383. § 1 KSH. Zob. też K. Hopt, P. Leyens, *Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, „ECGI - Law Working Paper” 2004/18. Czasowe delegowanie członków rady nadzorczej jest możliwe również w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Przyznając radzie nadzorczej umowę spółki prawo do delegowania swoich członków, wspólnik spółki zapewnia płynne funkcjonowanie jej zarządu na wypadek nagłych zmian w jego strukturze, w szczególności w wyniku nieprzewidzianych rezygnacji lub nagłych odwołań. Delegowanie członków rady nadzorczej spółki do wykonywania czynności członków jej zarządu należy uznać za skuteczne pod warunkiem wprowadzenia odpowiednich postanowień w umowie spółki. Z uwagi jednak na zasadę niełączenia stanowisk w organach spółki, należy zwrócić uwagę, że jednocześnie z oddelegowaniem członka rady nadzorczej do zarządu spółki jego prawa do działania w strukturach rady powinny zostać zawieszone na czas oddelegowania. Ł. Śliwiński, *Delegowanie członków rady nadzorczej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Co do zasady”, 05.10.2017 (<https://codozasady.pl/p/delegowanie-czlonkow-rady-nadzorczej-spolki-z-ograniczona-odpowiedzialnoscia>).

ki leży zwykle w obszarze kompetencji zarządu, rada nadzorcza może mieć prawo do akceptowania istotnych decyzji biznesowych¹⁴⁹. Nie zmienia to jednak faktu, że w modelu dualistycznym istnieje strukturalny rozdział pomiędzy organami pełniącymi wskazane wyżej funkcje. Skutkuje to powstaniem znacznej asymetrii informacyjnej pomiędzy członkami zarządu i rady nadzorczej, która może wpływać na poziom ryzyka wymiany istotnych konkurencyjnie informacji za pośrednictwem unii personalnych obejmujących członków jednego z tych organów. Problem asymetrii informacyjnej został zauważony m.in. przez polskich twórców projektów aktów prawnych ukierunkowanych na reformę polskiego prawa spółek, które tradycyjnie reprezentowało dualistyczny model ładu instytucjonalnego¹⁵⁰.

Częstotliwość wymiany informacji jest również istotnym czynnikiem prawno-konkurencyjnej oceny praktyki polegającej na wymianie informacji. W przypadku unii personalnych obejmujących dyrektorów wykonawczych lub członków organów zarządzających częstotliwość wymiany również może być wyższa niż w przypadku dyrektorów niewykonawczych. Wynika to z większego zaangażowania dyrektorów wykonawczych czy członków organów zarządzających w działalność operacyjną spółki. Z podobnych względów częstotliwość dostępu do informacji dyrektorów niewykonawczych aktywnie wykonujących funkcje doradcze może być wyższa niż w przypadku członków rady nadzorczej. Badania empiryczne również potwierdzają, że organy kolegialne w spółkach reprezentujących model monistyczny spotykają się częściej niż organy spółek reprezentujących model dualistyczny. W badaniu z 2009 r. odnotowano średnio 10,1 posiedzeń rocznie w przypadku systemów monistycznych w porównaniu do 8,6 posiedzeń w przypadku systemów dualistycznych¹⁵¹. W badaniu z 2011 roku, pomimo zauważalnej konwergencji w tym zakresie, system monistyczny cechował się większą częstotliwością posiedzeń organów spółek¹⁵².

Podsumowując, unie personalne obejmujące dyrektorów wykonawczych i członków organów zarządzających cechują się wyższym prawdopodobieństwem antykonkurencyjnych skutków polegających na wymianie informacji niż unie personalne obejmujące dyrektorów niewykonawczych i członków organów nadzorczych. Ponadto z uwagi na co do zasady większe zaangażowanie w procesy wymagające dostępu do istotnych konkurencyjnie informacji i większą częstotliwość spotkań odpowiednich organów unie personalne obejmujące dyrektorów niewykonawczych wiążą się z wyższym prawdopodobieństwem antykonkurencyjnej wymiany informacji niż unie obejmujące członków rady nadzorczej w systemie dualistycznym. W świetle powyższego można postawić tezę, że ryzyko związane z wymianą informacji poprzez unię personalną w prawie amerykańskim jest nieco wyższe niż w prawie polskim czy unijnym z uwagi na różnice pomiędzy rolą dyrektorów niewykonawczych i członków rad nadzorczych. Może to być jedna z przyczyn, dla których amerykańskie prawo antymonopolowe jest bardziej surowe w stosunku do unii personalnych od polskiego czy unijnego odpowiednika¹⁵³.

149 K. Hopt, P. Leyens, *Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, „ECGI - Law Working Paper” 2004/18.

150 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Druk sejmowy nr 3236, 12 lutego 2019 r., s. 63.

151 Heidrick & Struggles, *Corporate Governance Report 2009. Boards in turbulent times*, Chicago 2009.

152 Heidrick & Struggles, *European Corporate Governance Report 2011. Challenging board performance*, Chicago 2011.

153 Zob. w szczególności rozdział 7 poniżej.

2.7.3. Korporacyjne obowiązki członków organów

Korporacyjne obowiązki członków organów obejmują prawnie sankcjonowane standardy zachowania, których celem jest utworzenie systemu zachęt dla piastunów organów, aby działali oni w najlepszym interesie spółki. Z perspektywy niniejszej analizy można wyróżnić dwa podstawowe i powiązane ze sobą aspekty korporacyjnych obowiązków członków organów: merytoryczny i proceduralny. Aspekt merytoryczny odnosi się do wzorców zachowań (treści obowiązku nakładanego na członka organu i określającego oczekiwania behawioralne wobec niego), podczas gdy aspekt proceduralny wiąże się z egzekucją tychże wzorców.

W zakresie aspektu merytorycznego zasadne jest osobne przeanalizowanie obowiązku działania z należytą starannością (*duty of care*), obowiązku lojalności (*duty of loyalty*), a także bardziej szczegółowych reguł ograniczających występowanie unii personalnych takich jak bezpośrednie ograniczenie liczby sprawowanych funkcji oraz obowiązek powstrzymania się od pełnienia funkcji w organach konkurującego przedsiębiorcy. Ponadto rozważana będzie problematyka egzekwowania obowiązków korporacyjnych.

2.7.3.1. Obowiązek działania z należytą starannością (*duty of care*)

Obowiązek działania z należytą starannością (*duty of care*) jest głównym obowiązkiem nakładanym na członków organów w niemal każdym systemie prawnym. Obowiązek ten gwarantuje, że członkowie organów poświęcą wystarczającą ilość czasu i uwagi na potrzeby zajmowania się sprawami spółki, będą działać na podstawie niezbędnych informacji, a także mieć niezbędne umiejętności oraz doświadczenie umożliwiające podejmowanie właściwych decyzji¹⁵⁴.

Prawodawca unijny unikał daleko idącej harmonizacji w zakresie kształtu omawianego obowiązku, pozostawiając w tym zakresie szeroki zakres swobody prawodawcom krajowym¹⁵⁵. W polskim prawie obowiązek działania z należytą starannością jest wprost wyrażony w przepisach KSH, które nakazują członkom organów dołożyć przy wykonywaniu swoich obowiązków staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności¹⁵⁶.

Z kolei w prawie amerykańskim, stosownie do MBCA, członkowie rady dyrektorów lub komitetu rady w przypadku wykonywania swoich funkcji w ramach procesów decyzyjnych albo działań nadzorczych powinni wypełniać swoje obowiązki ze starannością właściwą osobie, która w podobnym położeniu w sposób rozsądny uznałaby za właściwe w danych warunkach¹⁵⁷. W prawie Delaware obowiązki fiducyjne (*fiduciary duties*) członków organów, do których należy obowiązek działania z należytą starannością, wynikają z orzecznictwa¹⁵⁸.

154 C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013, s. 74.

155 K. Hopt, *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron*, „Law Working Paper” 1/2007, s. 449.

156 Art. 293 § 2, art. 300⁵⁴ oraz art. 483 § 2 KSH.

157 Sekcja 8.30(b) MBCA.

158 A. Regiec, *Fiduciary duties of directors and officers to the corporation and its shareholders in the United States*, „Warsaw University Law Review” 14/1/2015, s. 7.

Zasadniczo im więcej funkcji pełni dana osoba, tym mniej czasu i uwagi jest w stanie poświęcić sprawom pojedynczej spółki. W świetle powyższego obowiązek działania z należytą starannością może ograniczać występowanie unii personalnych, gdyż pełnienie funkcji w kilku spółkach w sposób zgodny z powyższymi regułami może być zbyt czasochłonne.

Jednakże z perspektywy reguł ładu korporacyjnego obowiązek działania z należytą starannością nie ogranicza pełnienia funkcji w organach kilku przedsiębiorców tak długo jak sprawowanie tych funkcji nie wpływa na poziom staranności poświęconej sprawom każdej ze spółek. Z drugiej strony, z perspektywy prawnokonkurencyjnej, nawet pojedyncza unia personalna (np. pomiędzy bliskimi konkurentami na skoncentrowanym rynku) może prowadzić do antykonkurencyjnych rezultatów. W związku z tym może zaistnieć różnica pomiędzy progiem istotności (tj. liczbą jednocześnie sprawowanych funkcji przez daną osobę fizyczną powodującą naruszenie właściwych reguł) w przypadku obowiązku działania z należytą starannością oraz przepisami prawa ochrony konkurencji. Różnicę tę można wyjaśnić na uproszczonym przykładzie unii personalnej jedyne go członka zarządu spółek A i B, które są konkurentami. Aby pełnić funkcję członka zarządu spółki A z należytą starannością, konieczne jest poświęcenie przeciętnie 4 godzin dziennie, a w przypadku spółki B przeciętnie 2 godzin dziennie. W konsekwencji z perspektywy reguł ładu korporacyjnego możliwe jest jednoczesne pełnienie funkcji członka zarządu spółki A i B przy zachowaniu obowiązku działania z należytą starannością. Z drugiej strony pełnienie funkcji członka zarządu obydwu spółek może stać w sprzeczności z prawem ochrony konkurencji, gdyż może umożliwiać antykonkurencyjną wymianę informacji.

Ponadto, skoro obowiązek działania z należytą starannością jest zorientowany na ograniczanie „zajętości” członków organów, natura unii personalnych (obejmująca m.in. takie cechy jak horyzontalny lub wertykalny charakter relacji zaangażowanych przedsiębiorców) jest mniej istotna dla oceny zachowania członka organu z perspektywy tego obowiązku. Obowiązek działania z należytą starannością znajduje zatem zastosowanie z taką samą siłą do prokonkurencyjnych oraz antykonkurencyjnych unii personalnych. Przykładowo, jeśli członek zarządu spółek A i B, które pozostają w relacji wertykalnej, musi poświęcić na prowadzenie spraw każdej z nich przeciętnie 10 godzin dziennie, to jednoczesne pełnienie funkcji w zarządach tych spółek rodzi wysokie ryzyko naruszenia obowiązku działania z należytą starannością. Fakt, że jednoczesne pełnienie tych funkcji może mieć prokonkurencyjny charakter, nie ma istotnego znaczenia dla oceny zachowania członka zarządu pod kątem zgodności z normami regulującymi ład korporacyjny.

2.7.3.2. Obowiązek lojalności (*duty of loyalty*)

Kolejnym podstawowym obowiązkiem nakładanym na członków organów jest obowiązek lojalności. Jego przedmiotem jest unikanie konfliktu interesów oraz ograniczanie możliwości wykorzystywania pozycji w ramach spółki do niezasadnego uzyskiwania prywatnych korzyści. Jednakże o ile obowiązek działania z należytą starannością jest w mniejszym lub większym stopniu podobny w różnych jurysdykcjach, o tyle różnice w zakresie obowiązku lojalności pomiędzy jurysdykcjami są bardziej znaczące¹⁵⁹.

159 C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013, s. 118.

W przypadku MBCA każdy członek rady dyrektorów podczas wykonywania swoich obowiązków powinien działać w dobrej wierze (*in good faith*) oraz w sposób, który uważa on za pozostający w najlepszym interesie spółki (*in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation*)¹⁶⁰. Przewodnik dla dyrektorów (*Corporate Directors Guidebook*) wydany przez American Bar Association również wskazuje, że obowiązek lojalności wymaga od dyrektora działania w dobrej wierze oraz w najlepszym interesie spółki, a nie w interesie własnym dyrektora lub osoby trzeciej¹⁶¹. Podobnie w prawie Delaware działanie w zgodzie z obowiązkiem lojalności wymaga od dyrektora przedłożenia interesów spółki oraz jej udziałowców przed osobiste interesy dyrektora niepodzielane ogólnie przez udziałowców¹⁶².

Wczesne orzecznictwo amerykańskie dotyczące obowiązku lojalności i unii personalnych były bardzo rygorystyczne - do tego stopnia, że samo istnienie unii personalnej mogło doprowadzić do nieważności umowy pomiędzy spółkami powiązanymi unią personalną. Jednakże dalszy rozwój orzecznictwa poluzował zastosowania obowiązku lojalności w kontekście unii personalnych i obecnie istnieje niewielkie pole do ustalenia odpowiedzialności za naruszenie obowiązku lojalności poprzez uczestnictwo w unii personalnej¹⁶³.

W polskim prawie obowiązek lojalności został nałożony *expressis verbis* na członków organów prostej spółki akcyjnej¹⁶⁴. Przed nowelizacją wprowadzającą do polskiego porządku prawnego prostą spółkę akcyjną obowiązek ten nie był wprost wyrażony w przepisach KSH, jednak jego istnienie w polskim prawie było przyjmowane w doktrynie¹⁶⁵. Istnienie rzeczono go obowiązkowi wywodziło z określonych szczegółowych obowiązków członków organów¹⁶⁶. Przykładowo członkowie organów są zobowiązani do rezygnacji z uczestnictwa w procesie decyzyjnym w przypadku wystąpienia konfliktu interesów pomiędzy członkiem organu (lub jego małżonkiem czy krewnymi) oraz spółką¹⁶⁷. Pomimo tego orzecznictwo dotyczące obowiązku lojalności w polskim prawie w kontekście unii personalnych jeszcze się nie wykształciło. Zdaniem doktryny obowiązek lojalności stanowi podstawę do twierdzenia, zgodnie z którym członkowie organów są zobowiązani do działania w interesie spółki, w której pełnią daną

160 Sekcja 8.30(a) MBCA. Wyjaśnienia zawarte w oficjalnym komentarzu do tej sekcji wskazują, że interes spółki definiują interesy udziałowców i innych podmiotów, których interes powinien być realizowany przez spółkę.

161 American Bar Association, *Corporate Director's Guidebook-Sixth Edition*, "Business Lawyer" 4/66/2011, s. 975-1064.

162 W. Lafferty, L. Schmidt, D. Wolfe, Jr., *A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law*, Penn State Law Review 3/116/2012, s. 837.

163 Zob. J. Wells, *Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation*, „John Marshall Law Review” 3/33/2000.

164 Art. 293 § 2, art. 300³⁴ oraz art. 483 § 2 KSH. Zmiany w zakresie uregulowania obowiązku lojalności wynikają również z ustawy z 9 lutego 2022 r. o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2022 poz. 807).

165 D. Wajda, *Obowiązek lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009, s. 26; R. Czerniawski, *Zarząd spółki akcyjnej*, Warszawa 2008, s. 204; C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013.

166 Zob. np. C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013; D. Wajda, *Obowiązek lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009, s. 26; R. Czerniawski, *Zarząd spółki akcyjnej*, Warszawa 2008, s. 204.

167 Art. 377 KSH.

funkcję¹⁶⁸, co ma również wpływ na wykonywanie obowiązków przez osoby pełniące kilka funkcji w organach różnych spółek.

Kwestia relacji obowiązku lojalności do unii personalnych nie była również przedmiotem szczególnego zainteresowania prawodawcy unijnego¹⁶⁹. Jednakże w niektórych porządkach prawnych Europy kontynentalnej istnieją przykłady potwierdzające, że obowiązek lojalności może obejmować ograniczenia dotyczące unii personalnych. Przykładowo francuski sąd kasacyjny (*Cour de Cassation*) wskazywał, że z uwagi na ryzyko wymiany wrażliwych informacji z konkurentem obowiązek lojalności może znaleźć zastosowanie do unii personalnych obejmujących dyrektora zarządzającego (CEO)¹⁷⁰. To orzecznictwo zostało w późniejszym czasie rozwinięte, prowadząc do nakładanego na dyrektorów zarządzających (CEO) zakazu negocjowania umów w tej samej branży¹⁷¹.

Z perspektywy teoretycznej obowiązek lojalności może tworzyć bodźce przeciwdziałające występowaniu antykonkurencyjnych skutków jednostronnych, ale nie stoi na przeszkodzie angażowania spółek objętych unią w koordynację tak długo, jak korzyści z koordynacji płyną do każdej ze spółek. Obowiązek lojalności trudno zatem uznać za instrument mogący skutecznie przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym.

2.7.3.2. Obowiązek powstrzymywania się od pełnienia funkcji w organach spółek konkurencyjnych (zakaz konkurowania)

Innym korporacyjnym obowiązkiem członków organów, który należałoby przeanalizować z perspektywy przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym, jest obowiązek powstrzymywania się od pełnienia funkcji w organach spółek konkurencyjnych (tzw. zakaz konkurowania). W terminologii prawa ochrony konkurencji tego typu regułę można określić jako zakaz horyzontalnych unii personalnych.

W przypadku prawa amerykańskiego tego typu rozwiązanie stanowi element prawa antymonopolowego¹⁷². W polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji nie ma podobnych rozwiązań; jednakże zakaz pełnienia funkcji w organach spółek konkurencyjnych stanowi element polskiego prawa spółek.

Wyartykułowany w KSH obowiązek dotyczy wprost przede wszystkim członków zarządu, a tylko w niektórych przypadkach obejmuje on również członków organów

nadzorczych¹⁷³. Takie podejście jest spójne z poczynioną wyżej obserwacją, zgodnie z którą unie personalne dotyczące członków zarządu są potencjalnie bardziej niebezpieczne dla konkurencji niż unie personalne dotyczące członków rad nadzorczych. Takie ukształtowanie zakazu konkurowania w KSH może potencjalnie świadczyć jako argument przemawiający na korzyść tezy o substytucyjności tego korporacyjnego obowiązku w stosunku do przepisów prawa ochrony konkurencji.

Z drugiej strony należy zauważyć, że korporacyjne obowiązki członków organów służą przede wszystkim interesom spółek i ich udziałowców, a nie interesowi publicznemu. W celu możliwie pełnej realizacji tych interesów przepisy KSH przewidują wyjątek od zakazu konkurowania. Zastosowanie zakazu może bowiem być w konkretnym indywidualnym wypadku uchylone przez organ uprawniony do powoływania zarządu¹⁷⁴. W konsekwencji, jeśli spółka korzysta na potencjalnej zмовie z konkurentem, uprawnienie do uchylenia zakazu konkurowania może znacząco ograniczyć jego zastosowanie i przyczyniać się do rozprzestrzeniania antykonkurencyjnych unii personalnych.

Na marginesie należy również zauważyć, że członek organu może być zatrudniony przez spółkę na podstawie umowy o pracę. W takich wypadkach instrumenty ograniczające występowanie unii personalnych mogą także wynikać z przepisów prawa pracy. Przykładowo przepisy polskiego Kodeksu pracy umożliwiają nałożenie na pracownika ograniczenia prowadzenia działalności konkurencyjnej wobec pracodawcy i świadczenia w ramach stosunku pracy lub na innej podstawie na rzecz podmiotu prowadzącego taką działalność¹⁷⁵.

Jednakże zakres zakazu konkurowania wynikającego z prawa pracy może być znacząco szerszy niż analogiczne rozwiązania z zakresu prawa spółek, gdyż może obejmować nie tylko wyższą kadrę zarządzającą (członków organów), ale również kadrę zarządzającą średniego i niższego szczebla oraz szeregowych pracowników. Wymiana informacji za pośrednictwem pracowników (zarówno tych będących, jak i niebędących członkami organów) może mieć podobnie negatywne skutki dla konkurencji. Szczegółowa analiza tego problemu pozostaje jednak poza zakresem niniejszych rozważań; w każdym wypadku jest to pole do dalszych badań.

Niezależnie od powyższego celem zakazu konkurowania na gruncie prawa pracy - podobnie jak w przypadku prawa spółek - jest ochrona indywidualnych interesów spółki (pracodawcy). W związku z tym ten instrument będzie służył realizacji interesu publicznego polegającemu na zabezpieczeniu konkurencji jedynie w przypadku, gdy ten publiczny interes będzie spójny z indywidualnym interesem spółki, podczas gdy taka spójność w rzeczywistości nie musi być regułą. W konsekwencji istnienie zakazu konkurowania trudno uznać za formę promocji celów publicznego prawa ochrony konkurencji.

168 K. Reszczyk-Król, *Kilka uwag o interesie spółki publicznej*, Korporacyjnie.pl, 3.09.2014; R. Stefanicki, *Koncepcja interesu spółki jako kluczowej konstrukcji w procesie dokonywania oceny sposobu pełnienia funkcji przez zarząd spółki*, „Wrocławsko-Lwowski Zeszyty Prawnicze” 10/2019. Interes spółki jest przy tym definiowany w doktrynie i orzecznictwie jako wypadkowa interesów akcjonariuszy. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5.11.2009 r., I CSK 158/09; M. Romanowski, *Znaczenie sporu o metodę odczytywania pojęcia „interes spółki kapitałowej”*, „Przegląd Prawa Handlowego” 7/8/2015.

169 K. Hopt, *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron*, „Law Working Paper” 1/2007, s. 457-458.

170 F. Thepot, F. Hugon, M. Luinaud, *Interlocking Directorates and Anticompetitive risks: An Enforcement Gap in Europe?*, „Concurrences” 1/2016.

171 Tamże.

172 Zob. rozdział 7 poniżej.

173 Art. 211 § 1 KSH nakładający taki obowiązek na członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, art. 300⁵⁵ § 3 KSH nakładający taki obowiązek na członków zarządu i dyrektorów prostej spółki akcyjnej, art. 380 § KSH nakładający obowiązek na członków zarządu spółki akcyjnej, art. 390 § 3 dotyczący członków rady nadzorczej spółki akcyjnej delegowanych do stałego indywidualnego wykonywania funkcji nadzoru.

174 Art. 211 § 2 KSH, art. 300⁵⁵ § 3 KSH, art. 380 § 2 KSH.

175 Art. 101¹ § 1 Kodeksu pracy.

2.7.3.4. Bezpośrednie ograniczenie liczby unii personalnych

Na marginesie analizowanych rozważań warto zauważyć, iż w niektórych porządkach prawnych ogólnym obowiązkiem dbałości o sprawy spółki czy lojalności towarzyszą szczególne ograniczenia liczby stanowisk, jakie mogą piastować dyrektorzy. Przykładowo niemiecki kodeks ładu korporacyjnego przewiduje, iż członkowie rady nadzorczej spółki są zobligowani do zapewnienia, że posiadają wystarczające zasoby czasu do wypełniania swoich funkcji¹⁷⁶. Zasada ta jest doprecyzowana rekomendacjami wskazującymi maksymalną liczbę stanowisk pełnionych w innych spółkach przez danego piastuna organu. Z kolei we Francji członkowie organów spółek z ograniczoną odpowiedzialnością mogą zasiadać w organach pięciu spółek, a w przypadku niektórych spółek publicznych - co najwyżej trzech¹⁷⁷.

Jednakże normy ograniczające liczbę stanowisk pełnionych jednocześnie przez członka organu trudno uznać za wystarczający środek do eliminacji występowania antykonkurencyjnych unii personalnych. Nawet najmniejszy wymiar unii personalnej (tj. jednoczesne pełnienie funkcji członka organu tylko dwóch spółek) jest wystarczający do zaistnienia antykonkurencyjnych skutków.

Omawiane normy służą raczej ograniczeniu problemu nadmiernej zajętości (*busyness*) członków organów mogącej negatywnie wpływać na wykonywanie obowiązków. Jak długo członek organu nie jest zbyt zajęty, aby odpowiednio wykonywać swoje obowiązki, tak długo spółka lub jej udziałowcy nie będą mieli bodźców do egzekwowania przestrzegania limitu liczby jednocześnie pełnionych funkcji, chyba że przepis tego zakazuje.

2.7.3.5. Egzekwowanie korporacyjnych obowiązków członków organów

Poza materialnymi regulacjami dotyczącymi obowiązków członków organów istotną rolę w systemie ładu korporacyjnego odgrywa również egzekwowanie tych obowiązków. Nawet bowiem jeśli obowiązki członków organów byłyby stosownie ukształtowane, tak aby ograniczać ryzyko dla konkurencji, nie miałyby to praktycznego znaczenia bez ich skutecznej egzekucji.

Istnieją dwa modele egzekwowania obowiązków członków organów: publiczny i prywatny. Model prywatny jest dominujący w większości porządków prawnych, w tym w porządkach prawnych będących przedmiotem niniejszej pracy. W ramach tego modelu egzekucja może być inicjowana przede wszystkim przez samą spółkę. Jednakże organy, których rolą jest działanie w imieniu spółki, mogą nie być skłonne działać przeciwko ich członkom z uwagi na konflikty interesów. Rozwiązaniem tego problemu może być *actio pro socio* (*derivative action*), w ramach którego udziałowcy działają w imieniu spółki. W doktrynie prawa wskazuje się na istnienie trendu wprowadzania tego typu instrumentów lub obniżania wymogów koniecznych do ich skorzystania¹⁷⁸.

176 Regierungskommission, *The Deutscher Corporate Governance Kodex*, 16.12.2019, s. 7-8. Dostęp do wersji angielskiej: <http://www.dcgk.de/en/code.html>.

177 F. Thepot, F. Hugon, M. Luinaud, *Interlocking Directorates and Anticompetitive risks: An Enforcement Gap in Europe?*, „Concurrences” 1/2016.

178 M. Siems, *Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon* [w:] S. Wróka, S. Van Uytzel, M. Siems, *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, Cambridge 2012, s. 93-116.

Model publicznego egzekwowania jest realizowany przez organy władzy publicznej stosujące sankcje cywilne lub karne. Znaczenie publicznego modelu egzekwowania korporacyjnych obowiązków członków organów jest stosunkowo niewielkie. Australia jest jedną z jurysdykcji, w których publiczny model odgrywa istotną rolę i jest on wykorzystywany jako przykładowy modelowy reżim stanowiący wzór dla innych jurysdykcji¹⁷⁹. Jednakże, patrząc z perspektywy globalnej, publiczny model odgrywa co najwyżej komplementarną rolę egzekwowania obowiązków członków organów spółek, czego potwierdzeniem może być choćby fakt, że istotne i przekrojowe badania realizowane na zlecenie Komisji Europejskiej, dotyczące kwestii odpowiedzialności członków organów z tytułu naruszenia obowiązków, skupia się wyłącznie na prywatnym modelu egzekucji¹⁸⁰. Ponadto nawet w przypadku Australii prywatne egzekwowanie odpowiada za około połowę spraw dotyczących obowiązków członków organów spółek¹⁸¹. W konsekwencji można stwierdzić, że prywatne egzekwowanie jest podstawowym modelem egzekucji obowiązków członków organów spółek.

Biorąc powyższe pod uwagę, fakt, że naruszenie obowiązków członków organów zwykle nie prowadzi do sądowego dochodzenia roszczeń przeciwko członkom organów spółek tak długo jak spółki w sposób normalny prowadzą działalność, nie jest niczym zaskakującym¹⁸². Takie stwierdzenie jest tym bardziej aktualne w odniesieniu do utworzenia unii personalnych. W wielu wypadkach wykorzystywanie unii personalnych jako instrumentu ułatwiającego znowę między przedsiębiorcami może być w interesie spółek objętych unią lub ich udziałowców. W takich wypadkach podmioty te mogą nie mieć interesu w zwalczaniu unii personalnych tak długo, jak unie te nie są dla nich szkodliwe.

2.7.4. Wnioski

W świetle powyższej analizy należy wskazać następujące wnioski: po pierwsze, ład korporacyjny może mieć wpływ na ustalenie prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych skutków wynikających z unii personalnej. W tym kontekście np. unie personalne dotyczące członków rad dyrektorów w spółkach wykorzystujących monistyczny model zarządzania cechują się wyższym ryzykiem negatywnego wpływu na konkurencję niż unie personalne łączące członków rad nadzorczych spółek wykorzystujących dualistyczny model zarządzania.

Po drugie, korporacyjne obowiązki członków organów nie stanowią wystarczającego substytutu dla unormowań publicznego prawa ochrony konkurencji. Z jednej strony normy kształtujące oczekiwania behawioralne wobec członków organów tylko częściowo odpowiadają na zagrożenia dla konkurencji wynikające z unii personalnych. Omawiane uregulowania służą bowiem przede wszystkim prywatnym interesom spółek lub ich interesariuszy. Niektóre obowiązki organów mogą służyć jako bodziec

179 Zob. J. Hedges, H. Bird, G. Gilligan, A. Godwin, I. Ramsay, *An Empirical Analysis of Public Enforcement of Directors' Duties in Australia: Preliminary Findings*. „CIFR Paper” 105/2016.

180 C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013.

181 J. Hedges, H. Bird, G. Gilligan, A. Godwin, I. Ramsay, *An Empirical Analysis of Public Enforcement of Directors' Duties in Australia*, „Working Paper. Centre for International Finance and Regulation and Melbourne Law School” 3/2015, s. 7.

182 C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013.

przeciwdziałający niektórym antykonkurencyjnym skutkom, w szczególności skutkom jednostronnym, ale mają mniejsze znaczenie jako instrument przeciwdziałania skutkom związanym z koordynacją zachowań przedsiębiorców. Z drugiej strony dominujący prywatny model egzekucji obowiązków członków organów powoduje, że podmioty, na których spoczywa ciężar przeciwdziałania ewentualnym naruszeniom korporacyjnych obowiązków członków organów (w tym naruszeniom polegającym na uczestnictwie w uniach personalnych), także nie mają bodźców do podejmowania działań przeciwko uniom personalnym w sytuacji, gdy antykonkurencyjny charakter unii wiąże się z koordynacją zachowań podmiotów gospodarczych.

3. Identyfikacja instrumentów amerykańskiego, unijnego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Rys historyczny ze szczególnym uwzględnieniem problematyki unii personalnych

3.1. Prawo amerykańskie

Historia amerykańskiego prawa ochrony konkurencji sięga końca XIX w. Amerykańskie prawo antymonopolowe było pierwszą regulacją tego typu i od powstania stanowiło wzór dla prawodawców w innych jurysdykcjach¹⁸³. Podstawowym źródłem amerykańskiego prawa ochrony konkurencji jest obowiązująca do dziś tzw. ustawa Shermana z 1890 r.

Głównym celem ustawy Shermana było przeciwdziałanie zachowaniom organizmów gospodarczych dysponujących wystarczającą siłą rynkową do tego, aby sztucznie podwyższać ceny i ograniczać produkcję¹⁸⁴. Ponadto zamiarem Kongresu było zapewnienie konkurencyjności gospodarki w celu pobudzania efektywności działania przedsiębiorców oraz ograniczenie tzw. siły korporacyjnej (*corporate power*) poprzez decentralizację ośrodków podejmowania decyzji dotyczących spraw gospodarczych, społecznych i politycznych¹⁸⁵.

Realizacji powyższych celów miały służyć dwa podstawowe instrumenty zawarte w sekcji 1. i 2. ustawy Shermana. Sekcja 1. tej ustawy delegalizuje umowy, związki w formie trustu lub w innej formie, a także tajne porozumienia ograniczające działalność gospodarczą i handel pomiędzy stanami lub z innymi państwami. Z kolei sekcja 2. ustawy Shermana delegalizuje monopolizację, próbę monopolizacji, a także zawarcie porozumień lub współpracę w celu monopolizacji działalności gospodarczej, handlu pomiędzy stanami albo z innymi państwami.

U progu XX w. w amerykańskiej debacie publicznej pojawiło się szereg głosów wskazujących na konieczność rozwoju prawa ochrony konkurencji. Przykładowo w 1908 r. amerykańska partia demokratyczna wysunęła propozycję przepisów zakazujących unii personalnych, a cztery lata później przepisy dotyczące unii personalnych były popierane przez wszystkie główne partie krajowe¹⁸⁶. W latach 1912-1913 komitety działające w ramach amerykańskiego Kongresu (*Stanley Committee* oraz *Pujo Committee*) opublikowały raporty pokazujące skalę zjawiska unii personalnych w różnych gałęziach gospodarki. Louis Brandeis, wpływowy doradca amerykańskiego prezydenta Woodrowa Wilsona, publikował artykuły krytykujące zjawisko unii personalnych¹⁸⁷. W jednym z nich użył określenia, które jest szczególnie często powoływane w lite-

183 A. Bradford, A. Chilton, K. Linos, A. Weaver, *The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law*, *Journal of Empirical Legal Studies*, VOL. 16, P. 731, 2019, s. 5.

184 E. Sullivan, H. Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 2003, s. 16.

185 E. Sullivan, H. Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 2003, s. 16-17.

186 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 3.

187 L. Brandeis, *Other People's Money And How the Bankers Use It*, New York, 1914.

raturze przedmiotu, wskazując, że „[p]raktyka unii personalnych jest źródłem mnogiego zła. Obraża prawa ludzkie i boskie. W przypadku konkurencyjnych spółek ma tendencję do tłumienia konkurencji i łamania prawa Shermana. W przypadku spółek, które ze sobą współpracują, prowadzi do niełojalności i łamania podstawowego prawa, że nikt nie może służyć dwóm panom. W każdym razie prowadzi to do nieefektywności; ponieważ usuwa motywację i niszczy rozsądek”¹⁸⁸.

Konsekwencją tej debaty było uchwalenie w 1914 r. ustawy Claytona oraz ustawy o Federalnej Komisji Handlu. Ustawa Claytona dodała do amerykańskiego porządku prawnego szczegółowe normy prawne regulujące dyskryminację cenową (sekcja 2. ustawy Claytona), wyłączności (sekcja 3. ustawy Claytona), koncentracje (fuzje i przejęcia - sekcja 7 ustawy Claytona)¹⁸⁹ oraz unie personalne (sekcja 8. ustawy Claytona)¹⁹⁰. Z kolei ustawa o Federalnej Komisji Handlu zawierała m.in. sekcję 5. zakazującą nieuczciwych metod konkurencji. Ustawa Shermana, ustawa Claytona oraz ustawa o Federalnej Komisji Handlu stanowią do dziś podstawowe filary amerykańskiego prawa ochrony konkurencji¹⁹¹.

Celem uchwalenia ustawy Claytona była delegalizacja określonych praktyk gospodarczych, które co do zasady samodzielnie nie były objęte ustawą Shermana¹⁹². W szczególności ustawa Shermana nie zawierała przepisów, które byłyby ukierunkowane wprost na przeciwdziałanie koncentracjom¹⁹³. Tego typu przepisy zostały zawarte w sekcji 7. ustawy Claytona. Pierwotnie sekcja 7. ustawy Claytona zakazywała nabycia udziałów w kapitale zakładowym spółki (*stock or other share capital*), jeśli mogło ono prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji lub utworzenia monopolu¹⁹⁴. Celem ustawodawcy było przede wszystkim ograniczenie koncentracji władzy nad

188 W oryginale: „The practice of interlocking directorates is the root of many evils. It offends laws human and divine. Applied to rival corporations, it tends to the suppression of competition and to violation of the Sherman law. Applied to corporations which deal with each other, it tends to disloyalty and to violation of the fundamental law that no man can serve two masters. In either event it tends to inefficiency; for it removes incentive and destroys soundness of judgment”. Zob. L. Brandeis, *Other People's Money And How the Bankers Use It*, New York, 1914.

189 Sekcja 7. ustawy Claytona nie operuje terminem „koncentracji”, lecz odnosi się do fuzji (połączeń) i przejęć (*mergers and acquisitions*). Pomimo różnic w zakresie tego, jakie typy operacji wchodzą w zakres omawianych pojęć, co do zasady pojęcie fuzji i przejęć odpowiada funkcjonalnie pojęciu koncentracji w rozumieniu polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji. Ponadto w międzynarodowej doktrynie prawa ochrony konkurencji pojęcia kontroli połączeń (*merger control*) i kontroli koncentracji (*control of concentrations*) bywają używane zamiennie. Zob. OECD, *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*, Paris 2013, s. 11. W związku z tym na potrzeby rozważań zawartych w niniejszej pracy pojęcie koncentracji będzie się również odnosiło do fuzji i przejęć w rozumieniu sekcji 7. ustawy Claytona.

190 E. Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, 2011, s. 10.; H. Langer, S. Lai, *Competition Law of the United States*, 2019, s. 24.

191 Amerykańskie prawo ochrony konkurencji zawiera również szereg pomniejszych aktów dotyczących określonych gałęzi gospodarki. Zob. H. Langer, S. Lai, *Competition Law of the United States*, 2019, s. 25. Przepisy zawarte w tych ustawach nie będą jednak przedmiotem analizy w ramach niniejszej pracy.

192 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom II. New York 2016, s. 8; W orzecznictwie wskazuje się, że celem uchwalenia sekcji 7. ustawy Claytona było zapobieganie zagrożeniom, które pozostawały poza zakresem ustawy Shermana. Zob. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 3.06.1957 r. w sprawie *United States przeciwko E. I. Du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 77 S. Ct. 872, 1 L. Ed. 2d 1057, 1957; wyrok Sądu Najwyższego USA z 22.06.1964 r. w sprawie *United States przeciwko Continental Can Co.*, 378 U.S. 441, 84 S. Ct. 1738, 12 L. Ed. 2d 953, 1964 Trade Cas. (CCH) 71146.

193 Pomimo tego niektóre koncentracje mogą stanowić naruszenie ustawy Shermana.

194 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 266.

spółkami sprawowanej przez udziałowców¹⁹⁵. Dopiero późniejsze nowelizacje sekcji 7. Ustawy Claytona rozszerzyły jej zakres zastosowania na transakcje polegające na nabyciu całości lub części mienia (*assets*); celem tych nowelizacji było ograniczenie luki umożliwiającej obejście ówczesnych przepisów poprzez zmianę struktury transakcji¹⁹⁶.

Ustawa Claytona była wielokrotnie nowelizowana¹⁹⁷. W zakresie kontroli koncentracji szczególne znaczenie miała nowelizacja wprowadzana tzw. ustawą Hart-Scott-Rodino¹⁹⁸ z 1976 r. modyfikującą sekcję 7. ustawy Claytona poprzez dodanie sekcji 7A, wprowadzając tym samym do amerykańskiego prawa obowiązek uprzedniej notyfikacji organom ochrony konkurencji planowanych koncentracji¹⁹⁹. Ustawa Hart-Scott-Rodino zmodyfikowała przepisy dotyczące koncentracji poprzez nałożenie na przedsiębiorców obowiązku uprzedniego zgłoszenia Federalnej Komisji Handlu i Departamentowi Sprawiedliwości zamiaru nabycia papierów wartościowych dających uprawnienie do głosowania (*voting securities*) oraz mienia (*assets*). Ustawa doprecyzowuje również obowiązek zgłoszenia, w szczególności wprowadzając kryteria ilościowe²⁰⁰ oraz wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia²⁰¹.

Podstawowym instrumentem przewidzianym w prawie amerykańskim, który służy przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym w spółkach, jest sekcja 8. ustawy Claytona. W obecnym kształcie omawiane przepisy ograniczają możliwość zaistnienia unii personalnych obejmujących dyrektorów (*directors*) lub funkcjonariuszy (*officers*) konkurujących ze sobą spółek spełniających określone w ustawie kryteria ilościowe.

Obecny kształt sekcji 8. ustawy Claytona zawdzięcza przede wszystkim nowelizacji z 1990. Wcześniejsze zmiany dotyczyły przede wszystkim unii personalnych obejmujących banki; biorąc jednak pod uwagę, że po nowelizacji z 1990 r. sekcja 8. ustawy Claytona nie obejmuje już takich unii personalnych, analiza historyczna w tym zakresie jest bezprzedmiotowa²⁰².

Nowelizacja z 1990 r. wprowadziła szereg zmian do sekcji 8. ustawy Claytona, w tym znacząco podwyższono opierające się na kapitale, nadwyżkach i niepodzielonych zyskach kryterium ilościowe określające zakres zakazu; poddano to kryterium cyklicznej waloryzacji oraz uzależniono zastosowanie zakazu od spełnienia tego kryterium przez każdą ze spółek zaangażowanych w unię personalną, dodano wyłączenia *de minimis*, a także rozszerzono zakaz na funkcjonariuszy (*officers*) spółki.

195 ABA Section of Antitrust Law, *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, Chicago 2015, s. 3.

196 Opis rozwoju sekcji 7. ustawy Claytona w tym zakresie został przedstawiony w: ABA Section of Antitrust Law, *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, Chicago 2015, s. 2-6.

197 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 1.

198 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a.

199 E. Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, 2011, s. 10.

200 Kryteria ilościowe odnoszą się do wielkości transakcji (*size of transaction test*) oraz wielkości uczestników koncentracji (*size of person test*).

201 15 U.S.C. § 18a(c). Wyłączenia obejmują m.in. nabycie produktów lub nieruchomości w toku zwykłej działalności gospodarczej (*acquisitions of goods or realty transferred in the ordinary course of business*) czy nabycie wyłącznie w celach inwestycyjnych udziałów dających prawo głosu, które nie skutkuje posiadaniem przez nabywcę posiadaniem co najmniej 10% udziałów (*acquisitions, solely for the purpose of investment, of voting securities, if, as a result of such acquisition, the securities acquired or held do not exceed 10 per centum of the outstanding voting securities of the issuer*).

202 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 5.

Sekcja 8. ustawy Claytona była również przedmiotem prac Komisji Modernizacji Antymonopolowej (*Antitrust Modernization Commission*). W ramach tych prac sekcja 8. ustawy Claytona była przedmiotem dyskusji członków Komisji i została określona jako kontrowersyjna, a nawet rozważano jej uchylenie; jednakże idea ta nie znalazła uznania z uwagi na brak pewności co do skutków przy jednoczesnym zobowiązaniu Komisji do nieczynienia zbędnych szkód²⁰³.

Obecnie egzekwowanie prawa ochrony konkurencji spoczywa w dużej mierze na dwóch agencjach rządowych: Departamencie Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych oraz Federalnej Komisji Handlu, które współdzielą kompetencje w zakresie kontroli koncentracji oraz przeciwdziałania innym praktykom antykonkurencyjnym²⁰⁴. W amerykańskim modelu egzekwowania prawa ochrony konkurencji podstawowe znaczenie mają uprawnienia wskazanych wyżej podmiotów do wszczynania postępowań cywilnych przeciwko domniemanym naruszcicielom przed właściwymi sądami²⁰⁵. Departament Sprawiedliwości ma również kompetencję do wszczynania postępowań karnych w przypadku niektórych naruszeń²⁰⁶.

W amerykańskim systemie prawa ochrony konkurencji istotne znaczenie ma egzekwowanie prawa przez podmioty prywatne (*private enforcement*) w toku postępowań cywilnych²⁰⁷. Ponadto, prawo wnoszenia powództw cywilnych dotyczących naruszeń federalnego prawa antymonopolowego przysługuje w niektórych przypadkach również prokuratorom stanowym (*state attorney general*) oraz innym organom administracji publicznej²⁰⁸.

Z perspektywy egzekwowania prawa ochrony konkurencji znaczenie ma nie tylko orzeczenie sądu, ale nawet sama groźba powództwa. W przypadku sekcji 8. ustawy Claytona tylko niewielka liczba spraw dotyczących naruszeń tego przepisu trafiała do sądów, gdyż większość spraw była rozwiązywana na wcześniejszym etapie²⁰⁹. Potwierdzeniem tezy o niewielkim zaangażowaniu sądów w sprawach dotyczących sekcji 8. ustawy Claytona jest fakt, że tylko dwa orzeczenia amerykańskiego Sądu Najwyższego dotyczą tego przepisu²¹⁰. Współcześnie egzekwowanie prawa ochrony konkurencji, w szczególności sekcji 8. ustawy Claytona, odbywa się w znacznej mierze z wykorzystaniem miękkich środków²¹¹.

Istotny z perspektywy egzekwowania amerykańskiego prawa ochrony konkurencji jest również fakt, że - pomimo wprowadzenia systemu kontroli koncentracji o charakterze *ex ante* - koncentracje (w tym te obejmujące unie personalne) w dalszym ciągu podlegają również kontroli sądowej *ex post*. Zarówno Federalna Komisja Handlu,

Departament Sprawiedliwości, jak i podmioty prywatne²¹² mają prawo wytoczenia powództwa w związku z ewentualnym naruszeniem prawa ochrony konkurencji polegającym na dokonaniu koncentracji. Dotyczy to zarówno koncentracji, które podlegały obowiązkowi zgłoszenia na podstawie ustawy Hart-Scott-Rodino, jak i koncentracji niepodlegających temu obowiązkowi²¹³.

Podsumowując, w prawie amerykańskim podstawowym instrumentem służącym przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym jest sekcja 8. ustawy Claytona²¹⁴. Jednakże w amerykańskiej doktrynie prawa ochrony konkurencji wskazuje się, że do unii personalnych zastosowanie mogą mieć przepisy ustawy Shermana²¹⁵, sekcja 7. ustawy Claytona²¹⁶ oraz sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu²¹⁷. W związku z tym bliższej analizie w ramach niniejszej pracy poddane zostaną wyżej wymienione przepisy prawa amerykańskiego.

3.2. Prawo unijne

Wśród filarów współczesnego prawa ochrony konkurencji w Unii Europejskiej należy wymienić: zakaz antykonkurencyjnych porozumień zawarty w art. 101 TFUE, zakaz nadużywania pozycji dominującej zawarty w art. 102 TFUE oraz przepisy dotyczące kontroli koncentracji zawarte przede wszystkim w Rozporządzeniu 139/2004²¹⁸.

Historycznie źródeł unijnego prawa ochrony konkurencji można upatrywać w Traktatach Rzymskich z 1957 r.²¹⁹ Zawarte w nich zakazy antykonkurencyjnych porozumień (koordynacji) i nadużywania pozycji dominującej - stanowiące funkcjonalne odpowiedniki sekcji 1. i 2. ustawy Shermana²²⁰ - nie podlegały rewolucyjnym zmianom i przetrwały w swojej zasadniczej formie jako obecne art. 101 i art. 102 TFUE²²¹. W doktrynie wskazuje się, że w teorii unie personalne mogą w niektórych sytuacjach wchodzić w zakres zastosowania wskazanych przepisów²²². Pomimo tego w praktyce

203 Tamże, s. 13.

204 E. Sullivan, H. Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 2003, s. 65.

205 Tamże.

206 Tamże, s. 66-69; H. Langer, S. Lai, *Competition Law of the United States*, 2019, s. 85-91.

207 A. Capobianco, S. Lee, *Relationship between public and private antitrust enforcement*, Note by the Secretariat, Paris 2015, s. 3; H. Langer, S. Lai, *Competition Law of the United States*, 2019, s. 66.

208 E. Sullivan, H. Hovenkamp, *Antitrust Law...*, s. 66.

209 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 4.

210 Tamże.

211 S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1141 i n.

212 Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego Dystryktu Kolumbia z 6.12.1974 r. *Martin-Trigona przeciwko Federal Reserve Bd.*, 509 F.2d 363, 166 U.S. App. D.C. 30, 1974-2 Trade Cas. (CCH) 75386, 1974 U.S. App. LEXIS 5770 (D.C. Cir. 1974).

213 OECD, *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*, Paris 2013, s. 197.

214 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 35-46; P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 334.

215 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws...*, s. 35-46; P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 332-333.

216 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws...* s. 35-46.

217 Tamże; P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 332-333.

218 Odrębnym filarem unijnego prawa ochrony konkurencji są przepisy dotyczą pomocy publicznej. Prawo pomocy publicznej pozostaje jednak poza zakresem rozważań zawartych w niniejszej pracy.

219 Omówienie źródeł współczesnego unijnego prawa ochrony konkurencji zostało przedstawione przez A. Chirita [w:] A. Chirita, *A Legal Historical Review of the EU Competition Rules*, „International & Comparative Law Quarterly”, 2/2014.

220 D. Ginsburg, *Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe*, „Journal of Competition Law and Economics” 2005 1(3), s. 427-439.

221 A. Chirita, *A Legal Historical...*

222 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 844; V. Petersen, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument for Their Restriction*, European Business Law Review, 6/2016; F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.

ich stosowania zjawisko unii personalnych odgrywało dotychczas marginalną rolę.

Aby wypełnić zidentyfikowane luki²²³, zdecydowano się uzupełnić unijne prawo ochrony konkurencji o reżim kontroli koncentracji *ex ante*. W tym celu uchwalono Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw²²⁴, które na początku XXI w. zostało zastąpione Rozporządzeniem nr 139/2004. Wskazane rozporządzenia nie zawierały istotniejszych odniesień do zjawiska unii personalnych.

Unijny model kontroli koncentracji od początku obejmował koncentracje definiowane przede wszystkim na podstawie pojęcia zmiany kontroli (wywierania decydującego wpływu) i nie odnosił się wprost do unii personalnych. W orzecznictwie również nie występowały sprawy, w których istnienie unii personalnej byłoby istotnym elementem konstytuującym koncentrację poddaną analizie Komisji Europejskiej w trybie kontroli koncentracji. Co więcej, problematyka unii personalnych w kontekście pojęcia koncentracji była w ogóle w niewielkim stopniu przedmiotem zainteresowania ze strony orzecznictwa²²⁵.

W toku rozwoju systemu kontroli koncentracji ewolucji podlegał standard oceny koncentracji²²⁶. Na żadnym etapie rozwoju systemu kontroli koncentracji standard oceny operacji stanowiących koncentrację nie wyróżniał w żaden sposób zagrożeń wynikających z unii personalnych.

W odróżnieniu od prawa amerykańskiego unijny prawodawca, wprowadzając system kontroli koncentracji o charakterze *ex ante*, ograniczył możliwość stosowania instrumentów prawa antymonopolowego stosowanych *ex post*. W tym kontekście należy wskazać w pierwszej kolejności na zawartą wprost w Rozporządzeniu nr 139/2004 zasadę, zgodnie z którą do koncentracji o wymiarze wspólnotowym nie stosuje się przepisów krajowego prawa ochrony konkurencji²²⁷, co ogranicza możliwość stosowania do koncentracji objętych tym Rozporządzeniem stosowanych *ex post* krajowych zakazów antykonkurencyjnych porozumień czy nadużywania pozycji dominującej.

Do Rozporządzenia nr 139/2004²²⁸ wprowadzono również tzw. rozwiązanie proceduralne²²⁹, polegające na wyłączeniu stosowania rozporządzeń wykonawczych regulujących kwestie proceduralne związane z egzekwowaniem unijnych zakazów antykonkurencyjnych praktyk, w szczególności Rozporządzenia nr 1/2003. Rozwiązanie to znacznie ogranicza w praktyce możliwość zastosowania art. 101 i art. 102 TFUE do koncentracji, gdyż główną rolę w egzekwowaniu unijnego prawa ochrony konkurencji odgrywa Komisja Europejska, która działa na podstawie procedur uregu-

lowanych w Rozporządzeniu nr 1/2003²³⁰. Zakres ograniczenia stosowania art. 101 i art. 102 w stosunku do stanów faktycznych będących koncentracjami jest jednak przedmiotem sporów w doktrynie unijnego prawa antymonopolowego. Z jednej strony istnieje szereg autorów wskazujących na możliwość stosowania do koncentracji unijnych zakazów antykonkurencyjnych porozumień oraz nadużywania pozycji dominującej przez sądy krajowe²³¹, a nawet organy ochrony konkurencji²³². Z drugiej strony nie brak również głosów kwestionujących możliwość stosowania w stosunku do operacji stanowiących koncentracje zakazu antykonkurencyjnych porozumień i nadużywania pozycji dominującej przez organy ochrony konkurencji²³³, a także nadużywania pozycji dominującej przez sądy krajowe²³⁴.

W każdym wypadku wydaje się, że wolą prawodawcy unijnego było co najmniej istotne ograniczenie możliwości stosowania zakazów praktyk antykonkurencyjnych do koncentracji - zarówno tych mających wymiar wspólnotowy, jak i pozbawionych takiego wymiaru²³⁵ - poprzez pozbawienie w tym zakresie odpowiednich kompetencji Komisję Europejską, która jest głównym organem odpowiedzialnym za przeciwdziałanie naruszeniom wspomnianych zakazów.

230 Na temat wiodącej roli Komisji Europejskiej zob. P. Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Oxford 2019, s. 44-49.

231 G. Hirsh, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007, s. 2430-2431; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford 2008, s. 992-994; M. Szydło, *Stosowanie art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do operacji koncentracyjnych*, Państwo i Prawo 2006/1/54-66, s. 65. Z kolei J. Cook i C. Kerse twierdzą, że rozwiązanie przyjęte w Rozporządzeniu nr 139/2004 nie wyklucza teoretycznej możliwości stosowania zakazów praktyk antykonkurencyjnych przez sądy krajowe, ale wskazują oni na szereg praktycznych ograniczeń w tym zakresie. Zob. J. Cook, C. Kerse, *EC Merger Control*, 2009, s. 20-22.

232 W tym zakresie są autorzy wskazujący na możliwość stosowania wspomnianych zakazów przez Komisję Europejską w stosunku do koncentracji niepodlegających Rozporządzeniu nr 139/2004: G. Hirsh, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007, s. 2430-2431; R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford 2012, s. 833-834. Inni wskazują na możliwość stosowania w takich wypadkach stosowanie wspomnianych zakazów przez Komisję lub krajowe organy ochrony konkurencji: A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford 2008, s. 992-994; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2008, s. 1052.

233 G. Hirsh, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007, s. 1928-1929 oraz S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 54-55 (stojący na stanowisku, zgodnie z którym po wejściu w życie unijnego systemu kontroli koncentracji Komisja Europejska oraz krajowe organy ochrony konkurencji nie mają kompetencji do stosowania art. 101 i art. 102 TFUE do koncentracji niezależnie od tego, czy dana koncentracja ma wymiar wspólnotowy, czy też nie); J. Goyder, A. Albors-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford 2009, s. 454 (wskazujący na ograniczenie możliwości stosowania zakazów praktyk jednostronnych i wielostronnych przez Komisję Europejską); P. Roth, V. Rose, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, Oxford 2013, s. 792-793 (wskazujący na ograniczenia krajowych organów ochrony konkurencji, w tym również w stosunku do koncentracji niemających wymiaru wspólnotowego).

234 J. Goyder, A. Albors-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford 2009, s. 454; P. Roth, V. Rose, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, Oxford 2013, s. 792-793. Wspomniani autorzy wskazują, że Rozporządzenie nr 139/2004 nie pozbawiło sądów krajowych kompetencji do stosowania zakazu praktyk jednostronnych to jednak praktyczne stosowanie zakazu w stosunku do koncentracji napotyka szereg utrudnień.

235 Art. 21 ust. 1 Rozporządzenia nr 139/2004 zawiera bowiem odniesienie do art. 3 Rozporządzenia nr 139/2004 definiującego koncentrację, ale nie zawiera odniesienia do art. 1 Rozporządzenia nr 139/2004 definiującego wymiar wspólnotowy. Może to sugerować, że wolą unijnego prawodawcy było ograniczenie możliwości stosowania Rozporządzenia nr 1/2003 do wszystkich transakcji stanowiących koncentrację w rozumieniu art. 3 Rozporządzenia nr 139/2004 niezależnie od ich wymiaru wspólnotowego. Gdyby bowiem wyłączenie zastosowania Rozporządzenia nr 1/2003 miało być ograniczone tylko dla koncentracji o wymiarze wspólnotowym, art. 21 ust. 1 Rozporządzenia nr 139/2004 powinien zawierać również odniesienie do art. 1 tego Rozporządzenia.

223 O. Sandrock, A. Elke van, *New Merger Control Rules in the EEC*, „The International Lawyer” 25/859/1991.

224 Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. EWG L z 1989 r. Nr 395, s. 1).

225 Potwierdza to wprost stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w toku prac nad przygotowywanym w ramach OECD raportem dotyczącym zjawiska udziałów mniejszościowych i unii personalnych w prawie konkurencji. W stanowisku przedstawionym OECD Komisja skupiła się przede wszystkim na zjawisku udziałów mniejszościowych, wskazując jednocześnie na większe doświadczenie w tym zakresie niż w przypadku unii personalnych. Zob. Komisja Europejska, *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*, DAF/COMP/WP3/WD(2008)13, 19.02.2008, s. 2.

226 Por. Art. 2 ust. 2-3 Rozporządzenia nr 4064/89 i art. 2 ust. 2-3 Rozporządzenia nr 139/2004.

227 Art. 21 ust. 3 Rozporządzenia nr 139/2004.

228 Art. 21 ust. 1 Rozporządzenia nr 139/2004. Jego odpowiednikami w Rozporządzeniu Rady (EWG) 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw były art. 22 ust. 1 i ust. 2.

229 J. Cook, C. Kerse, *EC Merger Control*, London 2009, s. 19.

Nowe światło na ten spór rzucił Trybunał Sprawiedliwości, wydając wyrok w sprawie Towercast²³⁶. Uznał w nim, że rozwiązanie proceduralne przyjęte w Rozporządzeniu nr 139/2004 nie stoi na przeszkodzie temu, by koncentracja niemająca wymiaru wspólnotowego była badana przez krajowy organ ochrony konkurencji pod kątem zgodności z unijnym zakazem nadużywania pozycji dominującej (art. 102 TFUE).

W świetle orzeczenia w sprawie Towercast unie personalne - nawet jeśli stanowią element koncentracji - mogą podlegać ocenie pod kątem zgodności z innymi przepisami prawa ochrony konkurencji, takimi jak zakaz antykonkurencyjnych porozumień i nadużywania pozycji dominującej. Tym bardziej ocenie takiej mogą podlegać unie personalne, które nie stanowią elementu koncentracji.

Podsumowując, w odróżnieniu od prawa amerykańskiego, w prawie unijnym nie istnieje instrument przeznaczony bezpośrednio do przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. Jednakże w doktrynie wskazuje się na możliwość stosowania do praktyk polegających na tworzeniu lub funkcjonowaniu unii personalnych przepisów dotyczących zakazu antykonkurencyjnych porozumień, nadużycia pozycji dominującej czy kontroli koncentracji²³⁷. W związku z tym każdy z tych instrumentów zostanie poddany bliższej analizie w dalszej części pracy.

3.3. Prawo polskie

Współczesne prawo ochrony konkurencji w Polsce jest - podobnie jak prawo unijne - oparte na trzech filarach: zakazie antykonkurencyjnych porozumień (art. 6 uokik), zakazie nadużywania pozycji dominującej (art. 9 uokik) oraz kontroli koncentracji (art. 13 i nast. uokik).

Obecnie istniejące w polskim prawie zakazy antykonkurencyjnych porozumień oraz nadużywania pozycji dominującej stanowią odzwierciedlenie unijnych odpowiedników. Podobnie jak w przypadku stosowania unijnych przepisów w tym zakresie zjawisko unii personalnych historycznie miało marginalne znaczenie z perspektywy stosowania tych zakazów.

Unie personalne odgrywały jednak dużo większą rolę w systemie kontroli koncentracji. Po dokonanej w 1995 r. nowelizacji²³⁸ ustawy z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym²³⁹ unie personalne stanowiły jedną z form koncentracji. Obowiązek zgłoszenia obejmował objęcie przez tę samą osobę funkcji dyrektora, wicedyrektora, członka zarządu, członka rady nadzorczej, członka komisji rewizyjnej albo głównego księgowego u konkurujących ze

sobą przedsiębiorców, jeżeli łączna wartość rocznej sprzedaży towarów - w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru - przekraczała określoną w ustawie wartość²⁴⁰.

Koncentracje polegające na tworzeniu unii personalnych podlegały innemu standardowi oceny niż typowe koncentracje. W przypadku typowej koncentracji polegającej na łączeniu przedsiębiorców uppm przewidywała, że organ ochrony konkurencji ma prawo zakazać operacji, jeżeli w jej wyniku przedsiębiorcy uzyskaliby lub umocnili pozycję dominującą na rynku. W odniesieniu do unii personalnych zakaz miał być wydawany, jeżeli w wyniku operacji nastąpiłoby istotne osłabienie konkurencji. Ustawa wprowadzała domniemanie, że istotne osłabienie konkurencji ma miejsce, jeżeli łączny udział w rynku przedsiębiorców objętych unią przekracza 10%.

Uppm została zastąpiona uokik z 2000 r.²⁴¹ Uchwalenie tej ustawy było związane z planowanym przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej. Prawo unijne stanowiło wyraźną inspirację dla twórców uokik z 2000 r., na co wskazuje choćby zawarcie zakazów antykonkurencyjnych porozumień i nadużycia pozycji dominującej, których brzmienie wykazywało znaczne podobieństwo do art. 101 i art. 102 TFUE.

Uokik z 2000 r. zachowała jednak odmienności w stosunku do prawa unijnego w zakresie kontroli koncentracji. W uokik z 2000 r. utworzenie unii personalnej pozostało odrębnym typem koncentracji, jednakże zakres stanowisk objętych obowiązkiem zgłoszenia został zawężony i obejmował wyłącznie członków zarządu oraz rady nadzorczej²⁴². Ponadto uchylony został odrębny standard oceny koncentracji polegających na utworzeniu unii personalnych, a wszystkie koncentracje zostały poddane hybrydowemu standardowi dominacji i istotnego ograniczenia konkurencji²⁴³.

Jednakże szeroki katalog typów transakcji podlegających zgłoszeniu organowi ochrony konkurencji był przedmiotem krytyki w doktrynie prawa konkurencji²⁴⁴. W tym kontekście argumentowano, że unia personalna nie jest koncentracją *sensu stricto*, ale stanowi „parakoncentrację”²⁴⁵. Ponadto w praktyce unie personalne nie były najpopularniejszym typem koncentracji. Analiza danych dostępnych na stronie internetowej UOKiK wskazuje, że w latach 2000-2007 Prezes UOKiK wydał 24 opublikowane decyzje dotyczące zgłoszenia unii personalnej na podstawie przepisów uokik

240 Artykuł 11 ust. 2 pkt 5 uppm z 1995 r.

241 Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2000, nr 122, poz. 1319).

242 Artykuł 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r.

243 W tym zakresie przed 2004 rokiem uokik z 2000 r. wykorzystywała hybrydowy test dominacji i istotnego ograniczenia konkurencji. Przepisy prawa wskazywały, że Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, jeśli nie doprowadzi ona do utworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej oraz nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Zatem przesłanki związane z istnieniem pozycji dominującej oraz istotnego ograniczenia konkurencji muszą być spełnione łącznie, aby zakazać dokonania koncentracji. Po nowelizacji ustawy w 2004 r. nastąpiła zmiana standardu. Prezes UOKiK wyrażał zgodę na dokonanie transakcji, jeśli nie doprowadzi ona do istotnego ograniczenia konkurencji „w szczególności przez” utworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej. Test dominacji został zatem zastąpiony testem istotnego ograniczenia konkurencji. Ilościowy próg 40% udziałów w rynku, którego przekroczenie powodowało zastosowanie domniemania pozycji dominującej, pozostał jednak nienaruszony.

244 R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001/3.

245 E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 138.

236 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16.03.2023 r. w sprawie C-449/21 Towercast SASU przeciwko Autorité de la concurrence.

237 T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 36/2011, s. 844; V. Petersen, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument for Their Restriction*, European Business Law Review, 6/2016; F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.

238 Ustawa o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym z 3 lutego 1995 r. (Dz. U. Nr 41, poz. 208).

239 Ustawa z 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1990 nr 14 poz. 88).

z 2000 r.²⁴⁶, co daje średnio poniżej 4 zgłoszeń na rok. Ponadto wszystkie decyzje miały charakter bezwarunkowej zgody na utworzenie unii personalnej.

Jednym z celów przyświecających autorom projektu nowej ustawy o ochronie konkurencji było ograniczenie wad istniejącego systemu ochrony konkurencji i skupienie zasobów organu ochrony konkurencji na sprawach, które potencjalnie były najbardziej szkodliwe dla konkurencji. Doprowadziło to m.in. do ograniczenia zakresu transakcji podlegających obowiązkowi zgłoszenia²⁴⁷ w obecnie obowiązującej uokik. W rezultacie utworzenie unii personalnych nie stanowi już odrębnego typu koncentracji po uchwaleniu uokik.

Jednakże unie personalne nie zostały całkowicie wyeliminowane z uokik. Zamiast stanowić odrębny typ koncentracji, unie personalne stanowią element definiujący koncentrację polegającą na przejęciu kontroli. Uokik definiuje „przejęcie kontroli” jako „wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców”. Uokik precyzuje katalog sytuacji, które w szczególności prowadzą do przejęcia kontroli („uprawnienia takie tworzą w szczególności: [...]”). Poza dysponowaniem większością głosów w określonych ciałach przedsiębiorców²⁴⁸, uprawnieniem do powoływania lub odwoływania większości członków organów²⁴⁹, posiadaniem prawa do aktywów²⁵⁰ oraz umowami przewidującymi zarządzanie lub przekazywanie zysku przedsiębiorcy zależnego²⁵¹, katalog ten zawiera klauzulę, zgodnie z którą decydujący wpływ nad przedsiębiorcą zależnym zachodzi w sytuacji, gdy „członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego)”²⁵². Ponadto w odróżnieniu od poprzedniczek, uokik odnosiła się do unii personalnych niezależnie od tego, czy dotyczyły one konkurentów, czy też podmiotów niebędących konkurentami.

Po wejściu w życie uokik standard oceny koncentracji oparty na teście hybrydowym pozostał aktualny, ale ilość interwencji Prezesa UOKiK w stosunku do unii personalnych znacząco spadła²⁵³. Autorowi niniejszej pracy znane są jedynie trzy decyzje, w których powstanie unii personalnych zostało uznane za koncentrację w rozumieniu

uokik. We wszystkich tych sprawach, tj. Exdrob S.A./Sadrob S.A.²⁵⁴, TERG/Electro.pl²⁵⁵ oraz Polska Żegluga Morska/Fundusz Rozwoju Spółek²⁵⁶ zgłoszenie zamiaru koncentracji nie zostało dokonane, a Prezes UOKiK został powiadomiony przez spółki powiązane unią personalną po jej utworzeniu. W konsekwencji w uzasadnieniach tych decyzji Prezes UOKiK skupiał się na karach za brak zgłoszenia zamiaru (*gun-jumping*) i w uzasadnieniu decyzji nie przywiązywał tak dużej wagi do merytorycznej oceny koncentracji, jak to mogłoby mieć miejsce w przypadku dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji, której elementem byłoby utworzenie unii personalnej.

Fakt, że niektóre unie personalne w praktyce stanowią koncentracje w rozumieniu uokik, rodzi konieczność odpowiedzi na pytanie, czy - tak jak ma to miejsce w prawie unijnym - do tych unii personalnych mają zastosowanie zakazy antykonkurencyjnych porozumień czy nadużywania pozycji dominującej. W tym zakresie należy w pierwszej kolejności wskazać, że uokik nie zawiera wprost odpowiednika unijnego tzw. rozwiązania proceduralnego. Pomimo tego wydaje się, że również w polskim prawie istnieją argumenty przemawiające przeciwko możliwości stosowania do tego samego stanu faktycznego przepisów o koncentracjach i zakazów praktyk antykonkurencyjnych.

W przypadku koncentracji podlegających obowiązkowi zgłoszenia za takim stanowiskiem pośrednio przemawiają wypowiedzi szeregu przedstawicieli polskiej doktryny prawniczej dotyczące tzw. doktryny ograniczeń akcesoryjnych (*ancillary restraints doctrine*). W świetle tej wywodzącej się z prawa unijnego doktryny zgoda organu ochrony konkurencji na dokonanie koncentracji obejmuje również klauzule antykonkurencyjne, które są bezpośrednio związane i niezbędne do przeprowadzenia koncentracji²⁵⁷. Skutkiem takiego stanowiska ma być wyłączenie stosowania do nich przepisów o zakazie porozumień ograniczających konkurencję²⁵⁸.

Jeszcze w wypowiedziach z czasów obowiązywania uokik z 2000 r. wskazywano, że wykładnia celowościowa polskich przepisów każe przyjąć interpretację, zgodnie z którą zgoda na koncentrację obejmuje również będące jej częścią ograniczenia konkurencji²⁵⁹. Stanowisko, zgodnie z którym decyzja Prezesa UOKiK legalizuje ograniczenia akcesoryjne, było wyrażone również przez przedstawicieli doktryny w odniesieniu do uokik²⁶⁰. Konsekwencją takiego stanowiska jest uznanie, że skoro zakazy antykonkurencyjnych praktyk nie mają zastosowania do dodatkowych ograniczeń konkurencji towarzyszących koncentracji będącej przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK, to tym bardziej wspomniane zakazy nie powinny mieć zastosowania do istotnych elementów tej koncentracji.

246 Obejmuje to wyłącznie decyzje, których publiczna wersja wraz z uzasadnieniem została opublikowana na stronie UOKiK. Decyzje były wyszukiwane poprzez wyszukiwarkę na stronie UOKiK. Badanie zostało ograniczone do decyzji z zakresu kontroli koncentracji. Ponadto decyzje były filtrowane przy użyciu następujących słów kluczowych: „art. 12 ust. 3 pkt 2” (tj. szczególny przepis odnoszący się do unii personalnych w uokik z 2000 r.) oraz „art. 4 pkt 4 lit. c” (tj. szczególny przepis odnoszący się do unii personalnych w uokik). Wyniki wyszukiwania były dodatkowo poddane weryfikacji polegającej na analizie treści tych decyzji, tak aby wykluczyć decyzje, które nie dotyczyły unii personalnych. Z kolei decyzje wydane w oparciu o uppm z 1995 r. nie są w pełni dostępne online i nie były przedmiotem analizy.

247 M. Szwał, *Ewolucja kontroli koncentracji w Polsce*, [w:] M. Krasnodębska-Tomkiel M. (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, UOKiK, Warszawa 2010.

248 Art. 4 pkt 4 lit. a) oraz art. 4 pkt 4 lit. d) uokik.

249 Art. 4 pkt 4 lit. b) uokik.

250 Art. 4 pkt 4 lit. e) uokik.

251 Art. 4 pkt 4 lit. f) uokik.

252 Art. 4 pkt 4 lit. c) uokik.

253 Odnosi się to do decyzji z zakresu kontroli koncentracji, w stosunku do których uzasadnienie zostało opublikowane na stronie UOKiK. Jednakże należy wskazać, że większość decyzji z zakresu kontroli koncentracji jest publikowana bez pisemnego uzasadnienia. Zatem nie można wykluczyć, że niektóre sprawy zakończone publikacją decyzji bez uzasadnienia również dotyczyły unii personalnych.

254 Decyzje Prezesa UOKiK z 18.11.2008 r. nr DKK-88/08 oraz nr DKK-89/08.

255 Decyzja Prezesa UOKiK z 22.10.2013 r. nr DKK-132/2013.

256 Decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019.

257 T. Krzyżewski, *Klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej jako ograniczenie akcesoryjne stosowane w ramach koncentracji przedsiębiorców*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 3(7)/2018, s. 67.

258 M. Kulesza, *Zakaz konkurencji obejmujący podmiot kontrolujący zbywcę w umowach transakcyjnych a komunikat i orzecznictwo KE w sprawie ograniczeń akcesoryjnych*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 5(9)/2020, s. 40.

259 P. Barczak, A. Michałowski, *Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i w polskim prawie konkurencji*, „Palestra” 1-2/2004, s. 30-43.

260 K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 538; T. Skoczny, D. Aziewicz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 649.

Warto również przywołać aktualne stanowisko Prezesa UOKiK, który - choć nie podziela stanowiska doktryny co do legalizacji ograniczeń akcesoryjnych - zdaje się zgoda inaczej traktować same elementy koncentracji. W wytycznych polski organ antymonopolowy wskazuje bowiem, że „tego rodzaju postanowienia umowne towarzyszące koncentracji nie są przedmiotem kontroli ani oceny w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców. Dlatego też zgoda Prezesa Urzędu na przeprowadzenie koncentracji nie rozciąga się na antykonkurencyjne postanowienia umowne towarzyszące koncentracji”²⁶¹. Skoro zatem elementy samej koncentracji - w przeciwieństwie do ograniczeń akcesoryjnych towarzyszących koncentracji - są przedmiotem kontroli i oceny w trakcie postępowania w ramach kontroli koncentracji, to zgoda Prezesa UOKiK rozciąga się na te elementy (np. na unie personalne) i nie mogą one być następnie kwestionowane jako np. naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

Do podobnych wniosków doszedł Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie dotyczącej telewizji mobilnej²⁶². Sprawa ta dotyczyła rzekomego antykonkurencyjnego porozumienia operatorów telekomunikacyjnych - udziałowców we wspólnym przedsiębiorcy, który był jednym z oferentów w przetargu na rezerwację częstotliwości umożliwiających m.in. odbiór telewizji w telefonie komórkowym w technologii cyfrowej. Prezes UOKiK zarzucał udziałowcom wspólnego przedsiębiorcy, że po wygraniu przetargu przez inną spółkę ustalali sposób zachowania wobec wygranej spółki, wymieniali między sobą poufne informacje oraz uzgadniali sposób publicznego kwestionowania oferty wygranej spółki²⁶³. Jednym z argumentów przywoływanym przez udziałowców wspólnego przedsiębiorcy był fakt, że jego utworzenie stanowiło koncentrację i zgodę na jej dokonanie wydał wcześniej sam Prezes UOKiK. W wyroku uchylającym decyzję Prezesa UOKiK sąd wskazał, że „dla właściwej oceny zachowania operatorów opisanego w decyzji bardzo istotne było ustalenie, czy podjęta przez nich współpraca mieściła się w granicach objętych zgodą Prezesa UOKiK na koncentrację”²⁶⁴. Sąd podkreślił jednak, że „fakt uzyskania zgody na utworzenie przez operatorów koncentracyjnego przedsiębiorcy nie jest równoznaczny ze zgodą na nieograniczoną współpracę”. Zdaniem sądu decydujące znaczenie miał jednak fakt, iż operatorzy „podejmowali tylko takie wspólne decyzje, które były dopuszczalne w świetle zgody na koncentrację”, ich zachowania „w istocie odnosiły się [...] i były zasadniczo podporządkowane” zamierzonemu przedmiotowi działalności wspólnego przedsiębiorcy, na którego utworzenie zgodę wyraził Prezes UOKiK i „nie przekraczały granic dozwolonej współpracy wyznaczonej przez zgodę UOKiK na utworzenie wspólnego operatora”. Wyrok sądu został podtrzymany przez Sąd Apelacyjny²⁶⁵ oraz Sąd Najwyższy²⁶⁶. Powyższe stanowisko

261 Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji, Warszawa 2012, s. 67.

262 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 18.05.2015 r. w sprawie XVII AmA 112/12.

263 Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r. nr DOK-8/2011.

264 Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 18.05.2015 r. w sprawie XVII AmA 112/12.

265 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15.03.2017 r., VI ACa 1620/15. W wyroku Sąd Apelacyjny wskazał m.in., że: „Sąd I instancji trafnie zauważył, że fakt uzyskania zgody na utworzenie przez operatorów koncentracyjnego przedsiębiorcy nie jest równoznaczny ze zgodą na nieograniczoną współpracę, jednakże kontakty przedsiębiorców [...] nie mogły zostać uznane za niedozwolone porozumienie, jeśli w istocie odnosiły się do świadczenia hurtowych usług telewizji mobilnej [tj. przedmiotu działalności wspólnego przedsiębiorcy, na którego zgodę wyraził Prezes UOKiK - przyp. autor] i temu były zasadniczo podporządkowane.”

266 Wyrok Sądu Najwyższego z 31.10.2019 r., I NSK 58/18.

Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów można uznać za potwierdzenie tezy, iż zgoda Prezesa UOKiK na realizację zamiaru koncentracji ogranicza późniejszą możliwość kwestionowania przez organ tejże realizacji²⁶⁷.

Taka argumentacja ze swojej istoty może jednak dotyczyć wyłącznie koncentracji, które podlegają obowiązkowi zgłoszenia. W przypadku koncentracji niepodlegających obowiązkowi zgłoszenia z powodu niespełnienia kryteriów ilościowych dookreślających obowiązek zgłoszenia argument przemawiający za niestosowaniem do nich zakazów praktyk antykonkurencyjnych wynika z istoty tych kryteriów ilościowych. W świetle stanowisk doktryny prawniczej rolą tych kryteriów jest zidentyfikowanie tzw. koncentracji bagatelnych, które z uwagi na potencjał ekonomiczny ich uczestników nie stwarzają zagrożenia wystąpienia negatywnych skutków dla konkurencji na rynku²⁶⁸ bądź też nie ograniczają konkurencji w stopniu uzasadniającym ingerencję organu antymonopolowego²⁶⁹. Racjonalną konsekwencją przyjęcia jednego z tych stanowisk jest uznanie, że koncentracje nieprzekraczające progów kryteriów ilościowych można uznać za zgodne z prawem ochrony konkurencji.

W konsekwencji zarówno w przypadku koncentracji podlegających obowiązkowi zgłoszenia, jak i koncentracji niepodlegających temu obowiązkowi istnieją argumenty przemawiające za brakiem możliwości stosowania zakazów antykonkurencyjnych praktyk. Jednakże dotyczy to jedynie unii personalnych stanowiących element koncentracji, co w świetle przepisów uokik i praktyki ich stosowania dotyczy „większościowych” unii personalnych.

Podsumowując, w przypadku polskiego prawa antymonopolowego unie personalne stanowią przede wszystkim zjawisko istotne z perspektywy stosowania przepisów o kontroli koncentracji. Nie wyklucza to jednak możliwości zastosowania do stanów faktycznych obejmujących np. mniejszościowe unie personalne, innych przepisów prawa ochrony konkurencji. W związku z tym pogłębionej analizie zostanie poddany każdy z filarów polskiego prawa konkurencji, tj. zakazy antykonkurencyjnych porozumień, nadużywania pozycji dominującej oraz przepisy o kontroli koncentracji.

3.4. Podsumowanie i wnioski

Jak wskazano we wprowadzeniu do niniejszych rozważań, kwestia ewentualnego zastosowania określonych instrumentów polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji do unii personalnych nie była przedmiotem pogłębionych analiz w doktrynie²⁷⁰.

267 W tym kontekście - jak słusznie zarzucali w postępowaniu odwoławczym od decyzji Prezesa UOKiK udziałowcy wspólnego przedsiębiorcy - ewentualne kwestionowanie przez organ antymonopolowy zachowań stanowiących realizację koncentracji zaaprobowanej przez tenże organ mogłoby stanowić naruszenie zasad postępowania administracyjnego, w szczególności wyrażonej w art. 8 KPA zasady pogłębiania zaufania obywateli do państwa. Argument ten nie dotyczy jednak ewentualnego kwestionowania praktyk przez podmioty prywatne podejmujące działania w ramach *private enforcement*. Mając na uwadze, że dotychczas prywatne egzekwowanie prawa ochrony konkurencji miało stosunkowo niewielkie praktyczne znaczenie w Polsce, kwestia ta nie będzie dalej analizowana.

268 A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 456.

269 E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 156; T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 593. C. Banasiński i E. Piontek podkreślają w tym wypadku rolę wcześniejszych doświadczeń organu ochrony konkurencji. Zob. komentarz do art. 14 ustawy, [w:] C. Banasiński (red.), E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, Lex/el.

270 Zob. rozdział I niniejszej pracy.

W związku z tym zasadne jest przeprowadzenie analiz każdego z filarów polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji pod kątem możliwego zastosowania w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. Obejmuje to zatem zakaz antykonkurencyjnych porozumień, zakaz nadużywania pozycji dominującej oraz przepisy o kontroli koncentracji.

W międzynarodowej doktrynie prawa powszechnie uznaje się, że każdy z filarów unijnego (a zatem i polskiego) prawa ochrony konkurencji stanowi funkcjonalny odpowiednik właściwych przepisów prawa amerykańskiego²⁷¹. Po pierwsze, wskazane porządku prawne zawierają przepisy o kontroli koncentracji, w szczególności przepisy Rozporządzenia nr 139/2004 na gruncie prawa unijnego, art. 13 i następne uokik czy sekcję 7. i 7A. ustawy Claytona. Po drugie, zakaz uczestnictwa w wielostronnych praktykach antykonkurencyjnych zawarty w art. 101 TFUE i art. 6 uokik odpowiada zakazowi zawartemu w sekcji 1 ustawy Shermana. Po trzecie, zakaz nadużywania pozycji dominującej zawarty w art. 102 TFUE i art. 9 uokik odpowiada zakazowi zawartemu w sekcji 2 ustawy Shermana. Mając na uwadze prawoporównawczy charakter niniejszej pracy, zasadne jest przeprowadzenie podziału analizy według tych grup instrumentów, tj. podziału na (i) zakaz antykonkurencyjnych porozumień, (ii) zakaz nadużywania pozycji dominującej oraz (iii) kontrolę koncentracji.

Ponadto osobno zostanie przeprowadzona analiza sekcji 8. ustawy Claytona oraz sekcji 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu, które nie mają swoich bezpośrednich odpowiedników w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji.

4. Zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień

4.1. Wprowadzenie

Zakazy zawierania antykonkurencyjnych porozumień należą do instrumentów prawa ochrony konkurencji z najdłuższą historią²⁷². Obecnie stanowią one filary amerykańskiego, polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji.

Unie personalne mogą pełnić dwie podstawowe funkcje w kontekście stosowania omawianych zakazów. Po pierwsze, mogą stanowić element antykonkurencyjnego porozumienia. W konsekwencji ryzyko sankcji wynikających z naruszenia zakazu może teoretycznie stanowić bodziec przeciwdziałający ich tworzeniu i funkcjonowaniu.

W praktyce znaczenie tego sposobu przeciwdziałania powiązaniom osobowym jest znacznie ograniczone przez brak rozwiniętej praktyki egzekwowania wskazanego zakazu do praktyk polegających na tworzeniu czy funkcjonowaniu unii personalnych. Przeprowadzona analiza polskiego, unijnego i amerykańskiego orzecznictwa w tym zakresie wskazuje, że nie istnieją orzeczenia organów ochrony konkurencji i sądów, w których utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej byłoby jedynym elementem zachowania mającego stanowić naruszenie zakazu antykonkurencyjnych porozumień²⁷³. W nielicznych orzeczeniach zachowanie związane z utworzeniem lub funkcjonowaniem unii personalnych stanowiło drugorzędny element praktyki stanowiącej naruszenie²⁷⁴.

Kwestia stosowania do unii personalnych zakazu antykonkurencyjnych porozumień nie była również przedmiotem pogłębionej debaty w polskiej doktrynie prawa ochrony konkurencji²⁷⁵. W europejskiej doktrynie prawa ochrony konkurencji również wskazuje się na brak rozwiniętej praktyki stosowania omawianego zakazu do unii personalnych²⁷⁶. Przyczyny tego stanu rzeczy upatruje się w tym, że zakaz antykonkurencyjnych porozumień nie jest odpowiednim narzędziem przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym m.in. z uwagi na trudności z ustaleniem, czy analizowane zachowanie stanowi porozumienie²⁷⁷. W amerykańskiej doktrynie - oprócz wspomnianej przyczyny - dodaje się, że większość antykonkurencyjnych unii personalnych jest objętych sekcją 8. Ustawy Claytona, która jest lepiej dopasowana do przeciwdziałania zagrożeniom wynikającym z omawianego zjawiska²⁷⁸.

272 Amerykańska sekcja 1. Ustawy Shermana była pierwszym na świecie przepisem z zakresu prawa ochrony konkurencji. Z kolei art. 85 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą był jednym z pierwszych przepisów wspólnotowego prawa ochrony konkurencji.

273 W zakresie prawa unijnego do podobnego wniosku doszła F. Thepot. Zob. F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.

274 Zob. pkt 4.2 poniżej.

275 Zob. A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 291-293.

276 F. Thepot, F. Hugon, M. Luinaud, *Interlocking Directorates and Anticompetitive risks: An Enforcement Gap in Europe?*, „Concurrences” 1/2016, s. 8.

277 F. Thepot, F. Hugon, M. Luinaud, *Interlocking Directorates and Anticompetitive risks: An Enforcement Gap in Europe?*, „Concurrences” 1/2016, s. 8.

278 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom VI, New York 2016.

271 D. Ginsburg, *Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe*, „Journal of Competition Law and Economics” 2005 1(3), s. 427-439.

Analiza omawianej funkcji unii personalnych w kontekście stosowania zakazów antykonkurencyjnych porozumień wymaga skupienia się na dwóch podstawowych obszarach. W ramach pierwszego z nich należy przeanalizować, jaką rolę odgrywają unie personalne w ustaleniu istnienia porozumienia oraz czy zachowanie polegające na utworzeniu lub funkcjonowaniu unii personalnej może zostać uznane za porozumienie. Innymi słowy: badanie w tym zakresie dotyczy tego, czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej przyczynia się do spełnienia przesłanki wspólnego działania wielu podmiotów (koordynacji), koniecznej do zastosowania sekcji 1. Ustawy Shermana, art. 6 uokik lub art. 101 TFUE. Spełnienie tej przesłanki jest bowiem wstępnym warunkiem umożliwiającym stwierdzenie przez organ lub sąd naruszenia dokonanego przez strony porozumienia. Po drugie, należy dokonać analizy z perspektywy przesłanki antykonkurencyjnego charakteru praktyki. Zagadnienie badawcze wymaga odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób specyfika unii personalnych wpływa na ustalenie antykonkurencyjnego celu albo skutku porozumienia w rozumieniu art. 6 uokik lub art. 101 TFUE bądź nadmiernego ograniczenia handlu w rozumieniu sekcji 1. Ustawy Shermana.

Inna podstawowa funkcja unii personalnych wiąże się z ich rolą jako elementu zwiększającego prawdopodobieństwo uznania spółek objętych unią za należące do jednego organizmu gospodarczego, co może mieć skutki zarówno motywujące, jak i zniechęcające do tworzenia unii personalnych. Z jednej strony omawiana funkcja unii personalnych zwiększałaby ryzyko przypisania jednemu przedsiębiorcy odpowiedzialności za działania innego przedsiębiorcy powiązanego z nim poprzez unie personalną²⁷⁹, co mogłoby stanowić bodziec przeciwdziałający tworzeniu takich powiązań. Dotyczy to przykładowej sytuacji, w której spółki A i B rozważają utworzenie unii personalnej; jednakże relacje handlowe spółki A ze spółką X rodzą wątpliwości co do zgodności z zakazem zawierania antykonkurencyjnych porozumień. W takich sytuacjach ryzyko wykorzystania przez organ ochrony konkurencji unii personalnych jako podstawy do obarczenia odpowiedzialnością spółki B w ewentualnym postępowaniu dotyczącym relacji pomiędzy spółkami A i X może stanowić bodziec przeciwdziałający utworzeniu takiej unii.

Z drugiej strony relacje pomiędzy podmiotami należącymi do jednego organizmu gospodarczego są co do zasady wyłączone spod zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych²⁸⁰. W związku z tym, jeśli istnienie unii personalnych miałoby znaczenie dla ustalenia, że spółki powiązane unią należą do jednego organizmu gospodarczego, to stanowiłoby to bodziec zachęcający do tworzenia unii personalnych. Przykładowo dotyczyłoby to sytuacji, w których spółka A i B utrzymywałyby relacje handlowe rodzące wątpliwości pod kątem zgodności z zakazem antykonkurencyjnych porozumień, a ewentualne utworzenie unii personalnej zwiększałoby ich szanse na skorzystanie z wyłączenia spod tego zakazu.

279 Zob. pkt 4.3.3. poniżej.

280 Zob. pkt 4.3.2. poniżej.

4.2. Unia personalna jako element antykonkurencyjnego porozumienia

4.2.1. Prawo amerykańskie

Sekcja 1. Ustawy Shermana jest podstawowym instrumentem amerykańskiego prawa ochrony konkurencji. Przepis ten zakazuje umów, związków w formie trustu lub w innej formie, a także tajnych porozumień, które prowadzą do ograniczenia w handlu. W uproszczeniu zakaz ten składa się z dwóch podstawowych elementów: wspólnego działania wielu podmiotów (element porozumienia) oraz ograniczenia w handlu (element antykonkurencyjnego charakteru).

W doktrynie wskazuje się, że aby zachowanie mogło stanowić naruszenie sekcji 1. ustawy Shermana, konieczne jest, aby polegało ono na uzgodnieniu działań więcej niż jednego podmiotu (*concerted activity involving more than one actor*)²⁸¹. Mimo że literalne brzmienie przepisu obejmuje „umowy, związki w formie trustu lub w innej formie, a także tajne porozumienia” (*contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy*), to w orzecznictwie²⁸² i doktrynie²⁸³ pojęcia umów, związków czy porozumień są używane zamiennie i oznaczają szeroko pojęte porozumienie (*agreement*) lub wspólne działanie (*concerted action*). Orzecznictwo podkreśla również, że z perspektywy formy praktyki objętej zakazem w sekcji 1. Ustawy Shermana kluczowe jest rozróżnienie pomiędzy działaniem wspólnym (porozumieniem) a niezależnym²⁸⁴.

W początkowej fazie rozwoju systemu egzekwowania sekcji 1. Ustawy Shermana pozwani rzadko kwestionowali istnienie porozumienia, gdyż opierali swoją obronę przede wszystkim na argumentach dotyczących braku antykonkurencyjnego charak-

281 W doktrynie wymóg zaangażowania wielu podmiotów (*plurality of actors*) oznacza między innymi wyłączenie spod zakresu tego przepisu porozumień pomiędzy jednostkami należącymi do jednego podmiotu stanowiącego złożony organizm gospodarczy. Zob. J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 11-1-11.30. Poza tym wymogiem do stwierdzenia naruszenia konieczne są również dodatkowe elementy, w szczególności stwierdzenie wpływu na handel międzyzastanowy lub międzyzastanowy (*an effect on interstate or foreign commerce*). Szerzej na temat: P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom VI, New York 2016.

282 Wyrok sądu apelacyjnego trzeciego okręgu z 21.06.1977 r. w sprawie Bogosian przeciwko Gulf Oil Corp., 561 F.2d 434, 445 (3d Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1086, 98 S. Ct. 1280, 55 L. Ed. 2d 791 (1978) (“We perceive no distinction between the terms combination and conspiracy. ... Our reading of §1 cases indicates that the two terms are used interchangeably”); wyrok sądu apelacyjnego jedenastego okręgu z 7.06.1991 r. w sprawie Tidmore Oil Co. przeciwko BP Oil Co./Gulf Prods. Division, 932 F.2d 1384, 1388 (11th Cir.), *cert. denied*, 502 U.S. 925, 112 S. Ct. 339, 116 L. Ed. 2d 279 (1991) (“Courts use the words contract, ‘combination,’ and ‘conspiracy’ interchangeably”); wyrok sądu apelacyjnego jedenastego okręgu z 29.01.1991 r. w sprawie Todorov przeciwko DCH Healthcare Auth., 921 F.2d 1438, 1455 (11th Cir. 1991) - “The terms ‘contract, combination ... or conspiracy’ are used interchangeably to describe the requisite agreement between two or more persons to restrain trade”.

Próbując zdefiniować pojęcie „porozumienia” jako przesłanki zastosowania zakazu praktyk wielostronnych amerykański Sąd Najwyższy we wczesnym orzecznictwie stwierdził, że sekcja 1. Ustawy Shermana wymaga zaistnienia pomiędzy co najmniej dwoma odrębnymi podmiotami jedności celu, wspólnego planu i zrozumienia bądź zgodności woli w zakresie bezprawnych ustaleń („unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement”). Zob. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 10.06.1946 r. w sprawie American Tobacco Co. przeciwko United States, 328 U.S. 781.

283 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 1102.

284 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 20.03.1984 r. w sprawie Monsanto Co. przeciwko Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 762, 104 S. Ct. 1464, 79 L. Ed. 2d 775 (1984).

teru praktyki²⁸⁵. Z czasem jednak nastąpił rozwój bardziej wyrafinowanych technik koordynacji działań przez przedsiębiorców, który spowodował, że dostęp powodów w sprawach z zakresu prawa ochrony konkurencji do bezpośrednich dowodów potwierdzających istnienie porozumienia był ograniczony. W konsekwencji organy ochrony konkurencji i sądy stanęły przed problemem identyfikacji porozumienia na podstawie innych okoliczności mogących sugerować lub ułatwiać jego istnienie.

Jedną z okoliczności mogących sugerować istnienie porozumienia są tzw. zachowania równoległe (*parallel conduct*), obejmujące np. wprowadzenie podobnych podwyżek cen przez kilku konkurentów w tym samym czasie. Jednakże w przypadku rynków oligopolistycznych zachowania równoległe mogą wynikać z niezależnych działań uczestników gry rynkowej i być konsekwencją działania przez nich w określonej strukturze rynku²⁸⁶. Mając na uwadze specyfikę omawianego problemu, orzecznictwo odrzuciło możliwość udowodnienia istnienia porozumienia wyłącznie na podstawie zachowań równoległych oraz wypracowało podejście wymagające udowodnienia tzw. czynników dodatkowych (*plus factors*)²⁸⁷. W ramach tego podejścia zachowanie równoległe stanowi dowód istnienia porozumienia tylko w przypadku, gdy towarzyszą mu określone dodatkowe okoliczności podlegające ocenie sądu, którego zakres uznania w tym zakresie jest stosunkowo szeroki²⁸⁸. W toku oceny tego typu stanów faktycznych podstawowe znaczenie mają okoliczności związane z komunikacją lub możliwością komunikacji²⁸⁹.

Znaczenie komunikacji jako kluczowego elementu dla wyróżnienia porozumienia w rozumieniu sekcji 1. Ustawy Shermana znajduje również potwierdzenie w pracach doktrynalnych z zakresu prawa i ekonomii konkurencji²⁹⁰. J. Baker argumentuje, że porozumienie w sekcji 1. Ustawy Shermana należy rozumieć jako proces obejmujący negocjacje czy wymianę zapewnień²⁹¹. Z kolei zdaniem G. Werdena przesłanki natury praktycznej powodują, że udowodnienie istnienia komunikacji między pozwany jest koniecznym warunkiem umożliwiającym wywodzenie istnienia porozumienia²⁹².

W amerykańskiej doktrynie problem przesłanki wielopodmiotowości (porozumienia) w kontekście zachowań obejmujących utworzenie unii personalnych był przedmiotem rozważań P. Areedy i H. Hovenkampa. Wskazują oni, że uzgodnienia między spółką a członkiem organu odzwierciedlają porozumienie objęte zakresem sekcji 1. Ustawy Shermana i sugerują możliwość stosowania do podobnych zachowań wspomnianego przepisu²⁹³. Jednakże, jak sami zauważają, w praktyce orzeczniczej sekcja 1. Ustawy Shermana nie była stosowana w celu przeciwdziałania uniom personalnym; ich zda-

niem przyczyną takiego stanu rzeczy był fakt, że sekcja 8. Ustawy Claytona obejmuje wszystkie najbardziej szkodliwe dla konkurencji unie personalne, a jednocześnie jest łatwiejsza w zastosowaniu niż sekcja 1. Ustawy Shermana²⁹⁴.

Powyższe stanowisko Areedy i Hovenkampa stoi w sprzeczności ze stanowiskiem amerykańskiego orzecznictwa. Amerykański Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że uczestnictwo wielu funkcjonariuszy i pracowników tego samego przedsiębiorcy nie wystarcza do spełnienia przesłanki wielopodmiotowości²⁹⁵. W orzecznictwie sądów niższych instancji wykształciła się linia orzecznicza kształtująca wyjątek od tej zasady w sytuacji, gdy funkcjonariusz spółki działa w relacjach ze spółką we własnym imieniu i ma niezależny interes w osiągnięciu celów rozważanego porozumienia²⁹⁶. Według orzecznictwa niezależny interes polega przede wszystkim na posiadaniu przez funkcjonariusza spółki udziałów w konkurencyjnej spółce²⁹⁷. W konsekwencji porozumienie członka organu i spółki bez zaistnienia dodatkowych okoliczności (takich jak posiadanie przez członka organu udziałów w drugiej spółce) nie spełnia kryterium wielości podmiotów, a tym samym nie ma do niej zastosowania sekcja 1. Ustawy Shermana.

W innej koncepcji autorstwa Areedy i Hovenkampa przejawem porozumienia może być sam fakt funkcjonowania unii personalnej²⁹⁸. Jako przykład podają oni hipotetyczny kazus pana Smitha pełniącego funkcję menedżera w konkurujących spółkach A i B. Pomimo istnienia unii personalnej pan Smith twierdzi, że w sposób niezależny ustala ceny, po jakich każda ze spółek oferuje swoje produkty. W takich wypadkach Areeda i Hovenkamp uzależniają zaistnienie porozumienia w rozumieniu sekcji 1. Ustawy Shermana od specyfiki konkurencji między spółkami A i B. Jeśli spółki są wobec siebie znaczącymi konkurentami, zdaniem przywołanych autorów zagrożenie wynikające z koordynacji oraz motywacja do koordynacji są tak silne, że należy postrzegać tę sytuację jako porozumienie. Z kolei w przypadku, gdy spółka B jest mniejszym graczem rynkowym, ich zdaniem spółka A nie ma motywacji do zawarcia porozumienia i w takich wypadkach powinno się przyjąć stanowisko pana Smitha, wskazujące na niezależne działania każdej ze spółek. Areeda i Hovenkamp motywują swoje stanowisko, opierając się na celu, jakim służy sekcja 1. Ustawy Shermana, tj. przeciwdziałaniu antykonkurencyjnej koordynacji zachowań²⁹⁹.

W świetle koncepcji Areedy i Hovenkampa rozwiązaniem problemu udowodnienia komunikacji będącej istotą wspólnego działania objętego sekcją 1. Ustawy Shermana jest utworzenie domniemania istnienia porozumienia. Domniemanie to miałooby zastosowanie jedynie do tych sytuacji, w których unia personalna wiązałaby się z wysokim ryzykiem powstania antykonkurencyjnych skutków. Jednakże koncepcja ta ma

285 A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, J. Wright, *Antitrust Law in Perspective*, St. Paul 2017, s. 279.

286 Obszerna analiza zagadnienia zachowań równoległych w kontekście pojęcia porozumienia ze szczególnym uwzględnieniem rynków oligopolistycznych została przedstawiona przez P. Areedę i H. Hovenkampa [w:] P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom VI, New York 2016, s. 225 i n.

287 A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, J. Wright, *Antitrust Law in Perspective*, St. Paul 2017, s. 370.

288 Tamże, s. 372.

289 Tamże, s. 370 oraz 380.

290 Podobne stanowisko w zakresie prawa amerykańskiego zajmuje w polskiej doktrynie A. Bolecki [w:] *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013.

291 A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, J. Wright, *Antitrust Law in Perspective*, St. Paul 2017, s. 379-382.

292 G. Werden, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, „Antitrust Law Journal” 71/2004, s. 719-780.

293 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 332.

294 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 333.

295 Wyrok Sądu Najwyższego USA z 19.06.1984 r. w sprawie Copperweld Corp. przeciwko Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

296 Wyjątek ten bywa określany jako *personal stake exception*. Zob. J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 11-1-11.30. Zob. również: wyrok sądu okręgowego w Kansas z 28.08.1989 r. w sprawie Freeman przeciwko Medevac Midamerica of Kansas, Inc., 719 F. Supp. 1014 i tam powołane orzecznictwo.

297 Wyrok sądu okręgowego w Kansas z 28.08.1989 r. w sprawie Freeman przeciwko Medevac Midamerica of Kansas, Inc., 719 F. Supp. 1014.

298 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom VII, New York 2016, s. 274.

299 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom VII, New York 2016, s. 275.

swoje wady. Po pierwsze - ani przepisy, ani orzecznictwo nie dają podstaw do utworzenia domniemania istnienia porozumienia. Przeciwnie - orzecznictwo omówione poniżej stoi na stanowisku, że nawet tam, gdzie istnieje możliwość wymiany informacji poprzez wspólnego członka organu, sam fakt istnienia powiązań personalnych nie jest wystarczający do stwierdzenia porozumienia. Po drugie - zaproponowane podejście może prowadzić do rezultatów sprzecznych z jednym z celów prawa ochrony konkurencji polegającym na promowaniu efektywności. Gdyby bowiem przyjąć, że początkowo spółka B jest małym graczem rynkowym, to jej unia ze spółką A nie stanowiłaby naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Jednakże, jeśli po pewnym czasie spółka B byłaby bardziej efektywna niż jej rywale i oferowałaby produkty po niższych cenach, mogłaby stać się liderem rynku, co w powiązaniu z unią mogłoby skutkować stwierdzeniem naruszenia tego zakazu.

W każdym wypadku powyższe rozważania wskazują, że zakaz porozumień antykonkurencyjnych nie stanowi najlepiej dopasowanego instrumentu prawnego mającego przeciwdziałać szkodzącym konkurencji praktykom polegającym na funkcjonowaniu unii personalnych i może rodzić problemy w praktycznym zastosowaniu z uwagi na trudność w udowodnieniu istnienia porozumienia. Może to być również jedną z przyczyn, dla których tego typu praktyki nie znajdowały się w głównym obszarze zainteresowania organów ochrony konkurencji.

W dotychczasowym amerykańskim orzecznictwie znaczenie unii personalnych ograniczało się raczej do roli okoliczności istotnej dla ustalenia istnienia typowego porozumienia mającego bezpośredni wpływ na konkurencję (np. bojkotu), a więc sytuacji, w których unia personalna nie była głównym elementem zachowania stanowiącego naruszenie. Jednym z przykładów starszego orzecznictwa dotyczącego unii personalnych jako okoliczności mającej służyć za dowód istnienia porozumienia jest wyrok w sprawie *Harlem River Consumers przeciwko Associated Grocers of Harlem*³⁰⁰. Sąd okręgowy rozpatrujący tę sprawę wprost wskazał, iż istnienie unii personalnej nie stanowi wystarczającej podstawy do udowodnienia zmywy. Sąd argumentował bowiem, że istnienie unii personalnej stanowi jedynie dowód na możliwość komunikacji pomiędzy podmiotami związanymi unią, ale nie jest wystarczający do udowodnienia porozumienia w rozumieniu sekcji 1. Ustawy Shermana.

W sprawie *Jicarilla Apache Tribe przeciwko Supron Energy Corp.*³⁰¹ podobne stanowisko zajął jeden z sądów apelacyjnych. Sąd potwierdził, że istnienie unii personalnej może rodzić możliwość zawarcia porozumienia, ale sam ten fakt nie pozwala na wywodzenie istnienia antykonkurencyjnego porozumienia.

Podobne stanowisko było zajmowane przez sądy w późniejszym orzecznictwie. Przykładowo było tak w sprawie *Paladin Associates, Inc. przeciwko Montana Power Co.*³⁰², w której powód wywodził zawarcie porozumienia pomiędzy spółką Entech oraz spółką MPC z faktu istnienia unii personalnej pomiędzy Entech i spółką powiązaną z MPC. Sąd wskazał, że możliwość zawarcia porozumienia przy pomocy unii personalnej nie jest równoznaczna z rzeczywistym zawarciem porozumienia, a powód nie udowodnił

300 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 5.03.1976 r. w sprawie *Harlem River Consumers Co-op przeciwko Associated Grocers of Harlem, Inc.*, No. 70 CIV. 4128, 1976 WL 1238, (S.D.N.Y. Mar. 5, 1976)

301 Wyrok sądu apelacyjnego dziesiątego okręgu z 24.02.1984 r. w sprawie *Jicarilla Apache Tribe przeciwko Supron Energy Corp.*, 728 F.2d 1555, 1561 (10th Cir. 1984).

302 Wyrok sądu okręgowego w Montanie z 4.05.2000 r. w sprawie *Paladin Associates, Inc. przeciwko Montana Power Co.*, 97 F. Supp. 2d 1013, 1014 (D. Mont. 2000).

istnienia ani jednej konkretnej sytuacji, w której osoba pełniąca funkcję w organach spółek pozyskiwała jakiegokolwiek poufne informacje MPC.

Innym przykładem jest sprawa *Bona Fide przeciwko SourceAmerica*, w której sąd rozważał zarzut dotyczący wertykalnej zmywy przetargowej pomiędzy SourceAmerica, spółką typu non-profit odpowiedzialną za przydzielanie rządowych zleceń na świadczenie usług w ramach rządowego programu wsparcia osób niepełnosprawnych, a kilkoma spółkami wykonującymi zamówienia w ramach wskazanego programu. W tej sprawie powód opierał istnienie porozumień pomiędzy SourceAmerica a wykonawcami na istniejących pomiędzy nimi uniach personalnymi. Jednakże sąd pierwszej instancji uznał, że unia personalna nie jest wystarczająca do stwierdzenia porozumienia w rozumieniu sekcji 1. Ustawy Shermana³⁰³. W uzasadnieniu sąd podkreślił konieczność udowodnienia dodatkowych okoliczności potwierdzających fakt zawarcia porozumienia. Wyrok ten został podtrzymany przez sąd apelacyjny³⁰⁴.

Również najnowsze orzecznictwo - jak np. wyrok w sprawie *PharmacyChecker.com*³⁰⁵ - potwierdza, że z samego faktu istnienia unii personalnych nie wynika istnienie porozumienia pomiędzy podmiotami związanymi unią.

Mimo że istnienie unii personalnych samo w sobie nie stanowi wystarczającej podstawy do twierdzenia, iż pomiędzy spółkami powiązanymi unią zawarte zostało porozumienie, to jednak może być jedną z okoliczności wskazujących na istnienie porozumienia. Przykładowo, w sprawie *Reading International przeciwko Oaktree Capital Management*³⁰⁶ sąd uznał istnienie unii personalnych za jeden z elementów mogących świadczyć o istnieniu porozumienia. Sprawa dotyczyła m.in. zarzutu grupowego bojkotu, w którym mieli uczestniczyć operatorzy dwóch sieci kinowych: spółki Regal i Loews. Spółka Oaktree posiadała udziały mniejszościowe obu spółkach, a także była powiązana unią personalną z każdą z nich. W postanowieniu oddalającym wniosek o oddalenie powództwa (*motion to dismiss*) sąd uznał, że okoliczność istnienia unii personalnych może sugerować istnienie porozumienia pomiędzy spółkami powiązanymi unią. W takim wypadku unia personalna może bowiem służyć jako instrument umożliwiający wywieranie wpływu na zachowania drugiego podmiotu. Sąd zastrzegł przy tym, że do stwierdzenia istnienia porozumienia konieczne jest przeprowadzenie dalszych czynności procesowych w celu zbadania natury relacji pomiędzy spółkami.

W tym zakresie bardziej wyrazistym przykładem jest jednak orzeczenie w sprawie *Ebay*³⁰⁷. Sprawa dotyczyła zarzutu porozumienia pomiędzy spółkami Ebay oraz Intuit, którego przedmiotem miał być zakaz konkurowania o pracowników. Istotnym elementem stanu faktycznego wskazującego na istnienie porozumienia była unia personalna łącząca obydwie spółki. Jednakże sąd, stwierdzając istnienie porozumienia, opierał się również na szeregu dowodów świadczących o komunikacji pomiędzy Intuit

303 Wyrok sądu okręgowego dla stanu Kalifornia z 6.01.2015 r. w sprawie *Bona Fide Conglomerate, Inc. przeciwko SourceAmerica*, (S.D. Cal. Jan. 6, 2015).

304 Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 22.05.2017 r. w sprawie *Bona Fide Conglomerate, Inc. przeciwko SourceAmerica*, 691 F. App'x 389, 391 (9th Cir. 2017).

305 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 30.03.2021 r. w sprawie *PharmacyChecker.com, LLC przeciwko Nat'l Ass'n of Boards of Pharmacy*, 530 F. Supp. 3d 301, 336 (S.D.N.Y. 2021).

306 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 10.12.2003 r. w sprawie *Reading International przeciwko Oaktree Capital Management*, 317 F. Supp. 2d 301 (S.D.N.Y. 2003).

307 Wyrok sądu okręgowego dla stanu Kalifornia z 27.03.2013 r. *United States przeciwko eBay, Inc.*, 968 F. Supp. 2d 1030, 1036-37 (N.D. Cal. 2013).

oraz Ebay, która była prowadzona za pośrednictwem wspólnego członka organów.

Podsumowując powyższe, unie personalne mogą w rzadkich wypadkach stanowić jedną z okoliczności (ale nie jedyną) służących ustaleniu istnienia porozumienia pomiędzy dwiema spółkami. W każdym wypadku orzecznictwo stoi bowiem na stanowisku, że możliwość komunikacji - wynikająca np. z istnienia unii personalnej - nie jest równoznaczna z bezpośrednio udowodnioną lub choćby wywiedzioną z innych okoliczności komunikacją, która pozwala na stwierdzenie porozumienia wchodzącego w zakres zakazu z sekcji 1. Ustawy Shermana.

Aby uznać, że dane zachowanie stanowi naruszenie sekcji 1. Ustawy Shermana - oprócz spełnienia warunków niezbędnych do uznania je za wspólne działanie - musi ono prowadzić do nadmiernego ograniczenia handlu (*an unreasonable restraint of trade*), przez co należy rozumieć jego antykonkurencyjny charakter. Jednakże Ustawa Shermana nie wskazuje, w jaki sposób ustalić taki „antykonkurencyjny” charakter³⁰⁸. Wypracowanie metod analizy antykonkurencyjnego charakteru było przedmiotem orzecznictwa.

Początkowo amerykański Sąd Najwyższy wyróżnił porozumienia, które ze względu na swój przedmiot są uznawane za naruszenie konkurencji *per se* oraz porozumienia, które podlegały analizie pod kątem zgodności z prawem ochrony konkurencji na podstawie tzw. reguły rozsądku (*rule of reason*)³⁰⁹. Porozumienia zakazane *per se* obejmowały porozumienia, które zawsze lub prawie zawsze prowadziły do podniesienia cen lub ograniczenia produkcji³¹⁰. W przypadku porozumień zaliczanych do kategorii naruszeń *per se* do stwierdzenia naruszenia wystarczające było udowodnienie istnienia porozumienia³¹¹. Pozostałe porozumienia podlegały ocenie uwzględniającej wszechstronną analizę porozumienia uwzględniającą m.in. jego skutki.

Z czasem podejście organów ochrony konkurencji i sądów ewoluowało. Przejawem tej ewolucji było orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazujące, że nie istnieje wyraźna granica oddzielająca analizę porozumień na podstawie kategoryzacji *per se* oraz analizy według reguły rozsądku³¹². Sąd Najwyższy określił ramy analizy antykonkurencyjnego charakteru porozumień przy pomocy koncepcji kontinuum (*continuum*) lub ruchomej skali (*sliding scale*)³¹³. W ramach tej koncepcji porozumienia, których antykonkurencyjny charakter jest domniemywany bez konieczności analizy (porozumienia zakazane *per se*) oraz porozumienia, których antykonkurencyjny charakter może być stwierdzony dopiero po przeprowadzeniu pełnej analizy skutków rynkowych według reguły rozsądku, znajdują się na przeciwstawnych krańcach skali możliwych sposobów oceny porozumień. Pomiędzy tymi krańcami można wyróżnić kategorię porozumień ocenianych według tzw. szybkiego oglądu (*quick look*). Tego typu porozumienia nie są zakazane *per se*, ale nie podlegają tak rozbudowanej analizie jak ma to miejsce w przypadku tradycyjnej reguły rozsądku.

308 H. Hovenkamp, *The Rule of Reason*, „Florida Law Review”, 2018/70, s. 87.

309 Tamże, s. 122.

310 Federalna Komisja Handlu, Departament Sprawiedliwości, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, Waszyngton 2000, s. 3.

311 A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, J. Wright, *Antitrust Law in Perspective*, St. Paul 2017, s. 202.

312 Wyrok Sądu Najwyższego z 27.06.1984 r. w sprawie NCAA przeciwko Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

313 Wyrok Sądu Najwyższego z 24.05.1999 r. w sprawie California Dental Assn. przeciwko FTC, 526 U.S. 756 (1999).

Współcześnie kategoria porozumień zakazanych *per se* obejmuje jedynie najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w postaci karteli cenowych, zmów przetargowych, podziału rynku, a także niektóre porozumienia obejmujące bojkot lub wiązanie produktów³¹⁴. W przypadku identyfikacji porozumienia przynależącego do kategorii porozumień zakazanych *per se* uznaje się je za antykonkurencyjne bez konieczności analizy jego rzekomych celów gospodarczych czy rzeczywistych skutków³¹⁵. Kryterium decydującym o przynależności do kategorii porozumień zakazanych *per se* jest przedmiot porozumienia.

Istnienie unii personalnych czy wymiana jakichkolwiek informacji samodzielnie nie stanowią praktyki zakazanej *per se*³¹⁶. W orzecznictwie można jednak znaleźć przykłady sytuacji, w których unie personalne były elementem stanu faktycznego uznanego za taką praktykę. Przykładowo w sprawie *Ebay*³¹⁷ osoba fizyczna pełniła funkcję członków organów dwóch spółek zawarła porozumienie uznane za podział rynku. Jednakże dla ustalenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia decydujący był przedmiot porozumienia; istnienie unii personalnej było tylko mechanizmem ułatwiającym jego zawarcie i nie miało wpływu na kwalifikację jako porozumienie zakazane *per se*.

Unie personalne mogą również stanowić element stanu faktycznego składającego się na tzw. praktykę ułatwiającą (tzw. *facilitating practice*), czyli zachowania mogącego ułatwić konkurentom eliminację strategicznej niepewności i zwiększenie efektywności koordynacji ich zachowań³¹⁸. Tego typu praktyki stanowią pośredni stopień pomiędzy typowymi kartelami podlegającymi prawnemu zakazowi a dozwoloną koordynacją oligopolistyczną³¹⁹. W braku dodatkowych okoliczności pozwalających na domniemanie antykonkurencyjnego charakteru konieczne jest przeprowadzenie analizy skutków praktyki na podstawie reguły rozsądku. W ramach tej analizy należy uwzględniać, że zjawisko unii personalnych stanowi przede wszystkim mechanizm wymiany informacji i trzeba oceniać je zgodnie z regułami mającymi zastosowanie do tego typu praktyk³²⁰.

Według wytycznych amerykańskich organów ochrony konkurencji w ocenie praktyki polegającej na wymianie informacji pod kątem ustalenia jej antykonkurencyjnego charakteru uwzględnia się głównie naturę informacji. Informacje dotyczące cen, wielkości produkcji, kosztów lub planowania strategicznego rodzą większe ryzyko naruszenia niż wymiana informacji dotyczących zmiennych mniej istotnych z perspektywy konkurencyjnej³²¹. Podobnie wymiana informacji dotyczących aktualnych

314 R. van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham/Northampton 2017, s. 227.

315 Federalna Komisja Handlu, Departament Sprawiedliwości, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, Waszyngton 2000, s. 8.

316 R. van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham/Northampton 2017, s. 227.

317 Wyrok sądu okręgowego dla stanu Kalifornia z 27.03.2013 r. United States przeciwko eBay, Inc., 968 F. Supp. 2d 1030, 1036-37 (N.D. Cal. 2013).

318 Raport OECD, *Facilitating Practices in Oligopolies*, Paris 2007, s. 9.

319 Tamże, s. 9.

320 W praktyce poza efektami skoordynowanymi wynikającymi z wymiany informacji, unie personalne mogą rodzić również ryzyko powstania tzw. skutków jednostronnych. Zob. rozdział 2.6 niniejszej pracy. Kwestia wykorzystywania sekcji 1. Ustawy Shermana do przeciwdziałania tego typu zagrożeniom nie była jednak przedmiotem zainteresowania znanego mi orzecznictwa czy wypowiedzi doktryny.

321 Federalna Komisja Handlu, Departament Sprawiedliwości, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, Waszyngton 2000, s. 15.

i przyszłych planów biznesowych rodzi większe ryzyko niż wymiana informacji historycznych³²². Ponadto dane zagregowane w sposób niepozwalający odbiorcy informacji na identyfikację indywidualnych danych konkretnego przedsiębiorcy rodzą mniejsze ryzyko naruszenia niż dane odnoszące się do indywidualnej spółki³²³.

W świetle powyższego członkowie organów, w szczególności dyrektorzy wykonawczy, co do zasady mają dostęp do informacji, których wymiana wiąże się z wysokim stopniem ryzyka naruszenia prawa ochrony konkurencji. Pomimo tego w praktyce istnienie unii personalnych jako mechanizmu wymiany informacji podlegającemu sankcjonowaniu na podstawie sekcji 1. Ustawy Shermana nie było przedmiotem zainteresowania orzecznictwa. Wynika to z faktu, że unie personalne mogące rodzić ryzyko wymiany informacji lub złagodzenia konkurencji między konkurentami nie powstają z uwagi na istnienie sekcji 8. Ustawy Clayтона. W rzadkich przypadkach, gdy tego typu unie personalne powstają, amerykańskie organy ochrony konkurencji decydują się na stosowanie miękkich środków mających na celu unicestwienie unii personalnych zamiast wydawania formalnych orzeczeń³²⁴. Potwierdzeniem tej tezy jest choćby sprawa unii personalnych pomiędzy Google i Apple, która zakończyła się przed wydaniem rozstrzygnięcia przez sąd³²⁵.

Na marginesie można zauważyć, że w tych rzadkich sprawach, w których unie personalne stanowiły element antykonkurencyjnego porozumienia, za sprawców uznawano przede wszystkim spółki będące członkami porozumienia, którego przejawem było istnienie unii personalnej³²⁶, choć możliwe jest również uznanie za sprawców antykonkurencyjnego porozumienia osób fizycznych pełniących funkcje w organach spółek uczestniczących w naruszeniu³²⁷.

4.2.2. Prawo unijne i polskie

Konstrukcja zakazów porozumień antykonkurencyjnych w unijnym i polskim³²⁸ pra-

322 Tamże.

323 Tamże.

324 S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1141 i n.

325 Oświadczenie Richarda Feinsteina, dyrektora biura konkurencji Federalnej Komisji Handlu, dotyczące ogłoszenia rezygnacji Erica Schmidta, Prezesa Google, z funkcji w radzie dyrektorów Apple, 3.08.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/08/statement-bureau-competition-director-richard-feinstein-regarding>; oświadczenie Jona Leibowitza dotyczące ogłoszenia rezygnacji Arthura D. Levinsona z funkcji w radzie dyrektorów Google, 12.10.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/10/statement-ftc-chairman-jon-leibowitz-regarding-announcement>.

326 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 10.12.2003 r. w sprawie Reading International przeciwko Oaktree Capital Management, 317 F. Supp. 2d 301 (S.D.N.Y. 2003); wyrok sądu okręgowego dla stanu Kalifornia z 27.03.2013 r. United States przeciwko eBay, Inc., 968 F. Supp. 2d 1030, 1036-37 (N.D. Cal. 2013).

327 Omówienie zagadnienia odpowiedzialności osób fizycznych pełniących funkcje członków organów zostało kompleksowo przedstawione przez B. Orbacha [w:] B. Orbach, *D&O Liability for Antitrust Violations*, „Santa Clara Law Review”, Vol. 53/2020, s. 527 i n.

328 W polskiej doktrynie podkreśla się w tym kontekście np., że pojęcia porozumienia jak i treść zakazu porozumień w prawie unijnym i polskim są identyczne. Zob. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2/12/2012, s. 33-51; T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2/2004, s. 154; A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 162-163. Z tego względu zasadne wydaje się łączne analizowanie polskich i unijnych przepisów w kontekście zagadnienia będącego przedmiotem niniejszej pracy, a ewentualne różnice będą stosownie zasygnalizowane.

wie jest podobna do konstrukcji sekcji 1. Ustawy Shermana: obejmują bowiem porozumienia, uzgodnione praktyki czy decyzje związków przedsiębiorców (element wspólnego działania decydujący o istnieniu porozumienia), których celem lub skutkiem (*object or effect*) jest ograniczenie konkurencji (element antykonkurencyjnego charakteru).

Pomimo ugruntowanego stanowiska unijnego orzecznictwa, zgodnie z którym pojęcia porozumienia³²⁹, praktyki uzgodnionej³³⁰ oraz decyzji związków przedsiębiorstw³³¹ mają wspólne korzenie, które można określić jako szeroko pojęte porozumienie lub zмова³³², w doktrynie i orzecznictwie nie wypracowano konsensusu co do ustalenia jednolitego pojęcia zmony (*unitary notion of collusion*)³³³. W tym zakresie można wyróżnić podejście skupiające się na ograniczeniu niepewności pomiędzy uczestnikami zmony (*reduction of uncertainty*)³³⁴, prawdopodobieństwa wystąpienia skutków antykonkurencyjnych (*likelihood of anticompetitive effects*)³³⁵ lub zasadzie niezależności w działaniach gospodarczych (*principle of independence of economic action*)³³⁶.

Unijne orzecznictwo – podobnie jak w prawie amerykańskim – stanęło przed koniecznością ustalenia, czy w braku bezpośrednich dowodów na istnienie porozumienia, możliwe jest wywodzenie jego istnienia na podstawie zachowań równoległych. W tym zakresie Trybunał Sprawiedliwości uznał, że ustalenie zachowań równoległych może

329 Pojęcie porozumienia koncentruje się wokół istnienia zgodności woli pomiędzy co najmniej dwoma stronami, którego forma wyrażenia jest nieistotna tak długo jak stanowi ono wierne wyrażenie zamiarów stron. Zob. Wyrok SPI z 17.12.1991 r. w sprawie T-7/89SA Hercules Chemicals przeciwko Komisji, pkt 256; wyrok SPI z 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96 Bayer AG przeciwko Komisji, pkt 69.

330 Pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje formy koordynacji pomiędzy przedsiębiorcami, które wprawdzie nie osiągnęły jeszcze etapu, w którym można by mówić o zawarciu właściwego porozumienia, ale w ramach których przedsiębiorcy w sposób świadomy zastępują konkurencję połączoną z ryzykiem praktyczną kooperacją. Ze swojej natury praktyki uzgodnione nie posiadają wszystkich elementów właściwych dla umowy (*contract*), jednakże wiążą się z koordynacją zachowań przedsiębiorstw, którą można zaobserwować na podstawie ich zachowań. Zob. wyrok Trybunału z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 65; wyrok Trybunału z 31.03.1993 r. w sprawach C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz C-125/85 do C-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 63.

331 Celem poszerzenia zakresu zakazu porozumień o tego typu akty (decyzje) związków przedsiębiorców czy ich organów jest uniknięcie sytuacji, w której przedsiębiorcy unikają zastosowania względem nich reguł konkurencji z powodu samej formy, w jakiej koordynują one swoje zachowania na rynku. Aby zagwarantować skuteczność tej zasady, zakaz porozumień antykonkurencyjnych dotyczy nie tylko bezpośrednich sposobów tej koordynacji między przedsiębiorstwami, lecz również zinstytucjonalizowanych form współpracy, czyli sytuacji, w których podmioty gospodarcze działają za pośrednictwem wspólnej struktury bądź wspólnego organu. Zob. wyrok SPI z 24.05.2012 r. w sprawie T-11/08 Mastercard, Inc. i inni przeciwko Komisji, pkt 243.

332 Według orzecznictwa wskazane w art. 101 TFUE pojęcia porozumienia, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych stanowią z subiektywnego punktu widzenia formy zmony mające taki sam charakter i różniące się od siebie jedynie intensywnością i formami, w których się ujawniają. Z perspektywy oceny zgodności z prawem rozróżnienie poszczególnych form jest drugorzędne, gdyż podstawowe znaczenie ma rozróżnienie pomiędzy niezależnym działaniem przedsiębiorcy, które jest dozwolone, a zmovą, która jest zakazana. Dokładne określenie formy współpracy nie jest konieczne, o ile nie jest to w stanie zmienić ustaleń co do tego, że wchodzi w zakres zastosowania zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Zob. wyrok Trybunału z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 T-Mobile Netherlands BV. i in. przeciwko Raad van bestuur van den Nederlandse Mededingingsautoriteit, pkt 23; podobnie wyrok Trybunału z 8.06.1999 r. w sprawie C-49/92 P Komisja przeciwko Anic Partecipazioni SpA, pkt 108 i pkt 131; wyrok Trybunału z 23.11.2006 r. w sprawie C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, Administración del Estado przeciwko Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), pkt 31-32.

333 F. Costa-Cabral, *Intent in EU Competition Law The Judicial Assessment of Anti-Competitive Strategies*, London 2014, s. 96.

334 Tamże, s. 96-99.

335 Tamże, s. 99-100.

336 Tamże, s. 100.

posłużyć jako silny dowód na to, że przedsiębiorcy stosują uzgodnioną praktykę, jeżeli w wyniku tego zachowania warunki konkurencji na rynku nie odzwierciedlają normalnych warunków rynkowych z uwzględnieniem właściwości danych towarów, wielkości rynku, liczby przedsiębiorców funkcjonujących na rynku czy też wielkości obrotu³³⁷. Jednakże przy braku innych dowodów zachowania równoległe nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do stwierdzenia istnienia uzgodnionej praktyki, jeśli uzgodnienie nie jest jedynym wiarygodnym wyjaśnieniem takiego zachowania³³⁸.

W świetle orzecznictwa zakaz porozumień antykonkurencyjnych nie pozbawia bowiem przedsiębiorców prawa do dostosowywania się do istniejącego lub przewidywanego zachowania konkurentów³³⁹. Prawo to jest jednakże ograniczone do zachowania będącego skutkiem niezależnej decyzji przedsiębiorcy, uwarunkowanej np. bodźcami wynikającymi z oligopolistycznej struktury rynku. Nie rozciąga się to na zachowania wywołane bodźcami kreowanymi przez innych przedsiębiorców. Orzecznictwo Trybunału w sposób zasadniczy wyklucza pośrednie lub bezpośrednie kontakty ukierunkowane na wywarcie wpływu na aktualne albo potencjalne zachowanie konkurenta, lub na ujawnienie konkurentowi własnego zachowania, które zdecydowali się zastosować na rynku lub którego zastosowanie rozważają³⁴⁰.

W polskim orzecznictwie zostało przyjęte podobne stanowisko. Prezes UOKiK w praktyce decyzyjnej w następstwie wyroku Sądu Najwyższego³⁴¹ stwierdził, że samodzielności zachowań zaprzeczają kontakty przedsiębiorców, których celem lub skutkiem jest wpłynięcie na zachowanie rynkowe konkurenta albo choćby informowanie go o własnych podjętych lub zamierzonych działaniach³⁴².

W orzecznictwie komunikacja służąca wymianie informacji stanowi zatem okoliczność istotną z perspektywy ustalenia istnienia praktyki uzgodnionej. W takich wypadkach zmowa może być stwierdzona nawet na podstawie pozornie jednostronnych zachowań jednego z przedsiębiorców, polegających na udostępnianiu informacji, o ile pomiędzy stronami domniemywanej praktyki występują kontakty cechujące się wzajemnością. Przesłanka ta jest rozumiana szeroko i uznaje się ją za spełnioną, gdy ujawnienie przez jednego konkurenta innemu konkurentowi swych zamiarów lub swego przyszłego zachowania na rynku zostało zażądane albo przynajmniej zaakceptowane przez tego drugiego przedsiębiorcę³⁴³. Istnienie uzgodnionej praktyki może być nawet wywodzone z faktu uczestnictwa przez przedsiębiorcę w spotkaniu, podczas którego nastąpiło jed-

nostronne ujawnienie informacji dokonane przez innego przedsiębiorcę³⁴⁴.

Zawarty w art. 6 uokik i art. 101 TFUE zakaz wielostronnych praktyk antykonkurencyjnych obejmuje swoim zakresem jedynie porozumienia, których celem (*object*) lub skutkiem (*effect*) jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji³⁴⁵. W orzecznictwie potwierdzono, że przesłanki celu lub skutku mają charakter alternatywy łącznej³⁴⁶, przy czym w praktyce stosowania zakazu w pierwszej kolejności bada się cel porozumienia, a dopiero ewentualnie w drugiej kolejności jego skutki³⁴⁷.

Jeśli dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel, nie ma potrzeby analizy skutków tego porozumienia³⁴⁸. Porozumienia zakazane ze względu na cel są bowiem szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby uznać, że nie ma konieczności badania ich skutków³⁴⁹. Aby uzasadnić zakwalifikowanie danego porozumienia jako ograniczenie konkurencji ze względu na cel, a zatem bez konieczności przeprowadzania analizy jego skutków, musi istnieć doświadczenie wystarczająco solidne i wiarygodne, aby można było uznać, że porozumienie to jest ze swej natury szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji³⁵⁰. Zakwalifikowanie praktyki do kategorii ograniczeń ze względu na cel wymaga powstania wypracowanego na przestrzeni czasu konsensusu dotyczącego natury praktyki, jej celu, potencjalnych (pro- i antykonkurencyjnych) skutków, a także utrwalenia tego konsensusu w głównym nurcie nauki ekonomii oraz praktyce orzeczniczej organów i sądów³⁵¹.

Pojęcie porozumień zakazanych ze względu na cel wymaga ścisłej wykładni³⁵². W każdym wypadku, gdy analiza danego rodzaju koordynacji między przedsiębiorcami

344 Wyrok Trybunału z 4.06.2009 r. C-8/08 T-Mobile Netherlands i inni przeciwko Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, pkt 59.

345 Podobnie jak w prawie amerykańskim uokik i TFUE nie definiują pojęć zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji, ani konkretnych sposobów mierzenia antykonkurencyjności porozumienia. Zob. P. Roth, V. Rose, Bellamy & Child: European Union Law of Competition, Oxford 2013, s. 141; T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 23.

346 Zob. wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt.

347 Wyrok Trybunału z 30.06.1966 r., w sprawie 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.); wyrok Trybunału z 26.11.2015 r. w sprawie C345/14 Maxima Latvija, pkt 16; wyrok Trybunału z 20.01.2016 r. w sprawie C373/14 P Toshiba Corporation przeciwko Komisji, pkt 24; wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt, pkt 33.

348 Wyrok Trybunału z 26.11.2015 r. w sprawie C345/14 Maxima Latvija, pkt 17; wyrok Trybunału z 20.01.2016 r. w sprawie C373/14 P Toshiba Corporation przeciwko Komisji, pkt 25; wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt, pkt 34; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.12.2007 r., VI ACa 848/07.

349 Ocena stopnia szkodliwości takich porozumień powinna brać pod uwagę jego treść, zamierzone cele, a także prawny i gospodarczy kontekst, w które się wpisuje dane porozumienie. W ramach oceny tego kontekstu należy wziąć pod uwagę charakter towarów lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i struktury badanego rynku lub rynków. Wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt, pkt 51; wyrok Trybunału z 11.09.2014 r. w sprawie C67/13 P Groupement des cartes bancaires przeciwko Komisji, pkt 53.

350 Wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt, pkt 76.

351 Podobnie P. Colomo, The 'robust and reliable experience' requirement in Budapest Bank: why it is a consequence of the case law (and why it is not relevant in pay-for-delay cases), Chilling Competition, 6.05.2020 r., dostęp: <https://chillingcompetition.com/2020/05/06/the-robust-and-reliable-experience-requirement-in-budapest-bank-why-it-is-a-consequence-of-the-case-law-and-why-it-is-not-relevant-in-pay-for-delay-cases/>.

352 Wyrok Trybunału z 11.09.2014 r. w sprawie C 67/13 P Groupement des cartes bancaires przeciwko Komisji, pkt 58; wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt, pkt 54.

337 Wyrok Trybunału z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 66; wyrok Trybunału z 14.07.1981 r. w sprawie 172/80, Gerhard Züchner przeciwko Bayerische Vereinsbank AG, pkt 21.

338 Wyrok Trybunału z 16.12.1975 r. w połączonych sprawach 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 oraz 114/73 Suiker Unie przeciwko Komisji, pkt 301; wyrok Trybunału z 31.03.1993 r. w sprawach C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz C-125/85 do C-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 71; wyrok SPI z 12.04.2013 r. w sprawie T-442/08 International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 182.

339 Wyrok Trybunału z 31.03.1993 r. w sprawach C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz C-125/85 do C-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 71.

340 Tamże, pkt 174.

341 Wyrok Sądu Najwyższego z 9.08.2006 r., III SK 6/06.

342 Decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r. nr RBG-9/2011; decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r. nr RWA-34/2011; decyzja Prezesa UOKiK z 16.03.2012 r. nr RWR 410-1/11/ZK; decyzja Prezesa UOKiK z 26.11.2012 r. nr RBG-29/2012. Zob. również pismo Prezesa UOKiK z 22.10.2020 r. nr DPK.071.4.2020.AL.

343 Wyrok SPI z 15.05.2000 r. T-25/95 i n. Cimenteries CBR przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 1849.

nie wykazuje wystarczającego stopnia szkodliwości dla konkurencji, należy zbadać skutki porozumienia³⁵³.

Jednakże konieczność analizy skutków porozumienia może również wystąpić nawet w przypadku porozumień, które przynależą do rodzaju zwykle uznawanych za porozumienia zakazane ze względu na cel, o ile analizie konkretnego porozumienia przynależącego do tej grupy towarzyszą poważne wskazówki, że stan konkurencji uległby pogorszeniu, gdyby analizowane porozumienie nie zostało zawarte³⁵⁴.

Jeżeli dane porozumienie nie stanowi naruszenia ze względu na cel, jego ocena pod kątem zgodności z prawem zależy od oceny jego skutków. W tym celu należy zbadać stan konkurencji po zawarciu porozumienia ze stanem, jaki miałby miejsce, gdyby nie było analizowanego porozumienia³⁵⁵.

W doktrynie wskazuje się, że pojęcie antykonkurencyjnego skutku ma szereg znaczeń i może obejmować szkodę po stronie konkurentów lub klientów czy też negatywne skutki dla dobrobytu (*welfare*)³⁵⁶. Antykonkurencyjny skutek nie może być czysto hipotetyczny; zachowanie stanowiące rzekome naruszenie powinno w sposób prawdopodobny (*likely*) wywoływać skutek lub być zdolne (*capable*) do jego wywołania³⁵⁷, a skutek ten powinien być odczuwalny (*appreciable*)³⁵⁸.

Unie personalne mogą zagrażać konkurencji przede wszystkim poprzez umożliwia-

nie wymiany informacji³⁵⁹. W tym zakresie, po pierwsze, unia personalna może stanowić mechanizm służący wdrożeniu innej antykonkurencyjnej praktyki. W takich wypadkach wymiana informacji odgrywa rolę służebną wobec głównego naruszenia (np. zмовы cenowej) i ocena z perspektywy zgodności z prawem ochrony konkurencji jest dokonywana w kontekście głównego przedmiotu danej praktyki³⁶⁰.

W pozostałych przypadkach praktyki związane z wymianą informacji mają charakter tzw. praktyk ułatwiających i mogą stanowić samodzielne naruszenie konkurencji ze względu na cel lub skutek. Wytyczne Komisji Europejskiej³⁶¹ i doktryna prawa antymonopolowego³⁶² wskazują pomocnicze kryteria, które służą ocenie ryzyka antykonkurencyjnego charakteru wymiany informacji. W świetle tych wytycznych i literatury przy ocenie wymiany informacji należy brać pod uwagę m.in. cechy wymienianych informacji. Wśród cech wymienianych informacji najważniejsze są: strategiczne znaczenie informacji, poziom pokrycia rynku właściwego, stopień zagregowania informacji, wiek informacji, sposób i częstotliwość ich wymiany, a także ich jawność³⁶³.

Z perspektywy antymonopolowej oceny wymiany poszczególne cechy informacji różnią się między sobą stopniem istotności. Podstawową cechą jest strategiczny charakter informacji. W przypadku pozostałych typów A. Bolecki proponuje następującą gradację relewantności: a) indywidualny lub zagregowany charakter informacji; b) wiek informacji; c) poufny lub publiczny charakter informacji i ich wymiany; d) częstotliwość wymiany; e) prawdziwość/wiarygodność informacji³⁶⁴.

Podstawową cechą informacji mającą wpływ na antymonopolową ocenę wymiany na gruncie prawa unijnego jest strategiczny charakter informacji³⁶⁵. Przesłankę strategiczności informacji interpretuje się dość szeroko. Obejmuje ona wszystkie informacje, które prowadzą do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku. Dotyczy to m.in. danych o cenach (w tym składowych cen, bonifikat, wzrostów, obniżek, rabatów), wykazów klientów, kosztów produkcji, ilości, obrotów, sprzedaży, mocy

353 Wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt, pkt 38.

354 Tamże, pkt 82-83; P. Colomo, *Case C-228/18, Budapest Bank: all the pieces are now in place (and we know what a restriction is)*, Chilling Competition, 2.04.2020 r. dostęp: <https://chillingcompetition.com/2020/04/02/case-c-228-18-budapest-bank-all-the-pieces-are-now-in-place-and-we-know-what-a-restriction-is/>. Oznacza to, że ocena konkretnego zachowania pod kątem naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych wymaga uwzględnienia okoliczności danego przypadku, w tym kontekstu praktyki. W związku z tym *a priori* niemożliwa jest ocena pełnego spektrum możliwych zachowań polegających np. na utworzeniu lub funkcjonowaniu unii personalnych. Pomimo tego na podstawie zasad prawa i ekonomii konkurencji oraz doświadczenia organów ochrony konkurencji możliwe jest wskazanie pewnych ogólnych i kierunkowych wniosków co do zgodności z prawem ochrony konkurencji zachowań polegających na utworzeniu lub funkcjonowaniu unii personalnych.

355 Wyrok Trybunału z 11.09.2014 r. sprawie C-382/12 P MasterCard Inc. i in. przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 161; wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt, pkt 55. Test, w którego ramach porównuje się okoliczności zaistniałe po dokonaniu rzekomego naruszenia oraz okoliczności, które zaistniałyby w przypadku braku jego dokonania, określa się w doktrynie prawa ochrony konkurencji angielskim terminem *counterfactual*.

356 P. Colomo, A. Lamadrid, *On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know*, s. 39, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring, *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant 2017.

357 P. Colomo, A. Lamadrid, *On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know*, s. 34, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring, *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant 2017, a także tam powołane orzecznictwo.

358 Tamże, s. 34; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24.02.2010 r., VI ACA 61/09; K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 256; T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, nb. 44.

359 W tym zakresie przyjmuję stanowisko wyrażane w europejskiej doktrynie prawa ochrony konkurencji, zgodnie z którym ewentualne tzw. efekty jednostronne pozostają poza zakresem zastosowania art. 101 TFUE. Zob. A. Ezrachi, D. Gilo, *EC Competition Law and the Regulation of Passive Investments among Competitors*, „Oxford Journal of Legal Studies”, 26/2006, s. 340-341; FF. Thepot, F. Hugon, M. Luinaud, *Interlocking Directorates and Anticompetitive risks: An Enforcement Gap in Europe?*, „Concurrences” 1/2016, s. 11; F. Thepot, *The Interaction Between Competition Law and Corporate Governance. Opening the „Black Box”*, Cambridge 2019, s. 103. Por. A. Tzanaki, *The legal treatment of minority shareholdings under EU competition law: Present and future*, [w:] Essays in Honour of Professor Panayiotis I. Kanellopoulos, Sakkoulas Publications, Athens 2015, s. 872-874; G. Pini, *Passive-Aggressive Investments: Minority Shareholdings and Competition Law*, „European Business Law Review”, 23/2012, s. 678.

360 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 369; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 56.

361 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych oraz Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r.

362 A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 152-153; A. Capobianco, *Information exchange under EC competition law*, „Common Market Law Review” 41/2014, s. 1256 i n.

363 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 384-394; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 86-94; A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 152-153.

364 A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 152-153.

365 W doktrynie wskazuje się, że wymiana danych niemających strategicznego charakteru nie rodzi ryzyka naruszenia prawa konkurencji. Zob. A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 112.

produkcyjnych, jakości, planów marketingowych, zagrożeń, inwestycji, technologii oraz programów badawczo-rozwojowych i ich wyników³⁶⁶. Strategiczna przydatność danych zależy również od ich zagregowania, wieku, a także kontekstu rynkowego i częstotliwości wymiany danych³⁶⁷.

Kolejnym cechą informacji mającą wpływ na wymianę jest stopień zagregowania danych. Dane zagregowane to takie, w których rozpoznanie informacji dotyczących indywidualnego przedsiębiorcy jest wystarczająco trudne, podczas gdy dane zindywidualizowane pozwalają na określenie przedsiębiorcy, którego dotyczy³⁶⁸. Wywołanie skutków ograniczających konkurencję przez wymianę rzeczywiście zagregowanych danych jest dużo mniej prawdopodobne niż w przypadku wymiany zindywidualizowanych informacji dotyczących konkretnych podmiotów³⁶⁹.

Wymiana informacji może wywołać antykonkurencyjne skutki, tylko jeśli pokrywa wystarczająco dużą część rynku właściwego. Stopień pokrycia wymagany do powstania antykonkurencyjnych skutków w każdym przypadku zależy od określonej sytuacji faktycznej i od rodzaju przedmiotowej wymiany informacji, jednak pewnym punktem odniesienia mogą być progi udziałów rynkowych na gruncie rozporządzeń dotyczących wyłączeń grupowych lub wyłączenia *de minimis*³⁷⁰.

Wiek informacji jest również istotnym kryterium antymonopolowej oceny wymiany informacji. Największe ryzyko antymonopolowe wiąże się z wymianą informacji przyszłych (tj. dotyczących zamiarów stron). Zdaniem Komisji Europejskiej wymiana informacji o zamierzonym zindywidualizowanym przyszłym zachowaniu przedsiębiorcy dotyczącym cen lub ilości stanowi praktykę antykonkurencyjną ze względu na cel³⁷¹. Nieco mniejsze ryzyko naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień wiąże się z wymianą tzw. danych aktualnych³⁷², a wymiana danych historycznych nie rodzi istotnego ryzyka naruszenia prawa ochrony konkurencji³⁷³.

366 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 385-386; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 86.

367 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 390; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 86.

368 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 390; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 89.

369 W wytycznych z 2011 r. Komisja Europejska wskazuje, że jest mało prawdopodobne, aby wymiana zagregowanych danych stanowiła naruszenie, jeśli nie dotyczy rynku, na którym występuje wąski oligopol. Zob. Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 89. Podobnie: Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 391.

370 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 88.

371 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 414; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 74.

372 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 393-394; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 99-100.

373 Ustalenie, czy dane mają historyczny charakter, zależy jednak w każdym wypadku od specyfiki rynku, którego dane dotyczą, przy czym, co do zasady, prawdopodobieństwo uznania konkretnych danych za historyczne jest tym większe, im dane są starsze. Komisja Europejska wskazuje, że dane są historyczne np. wtedy, gdy są kilka razy starsze niż średnia długość trwania umowy w danej branży, jeśli umowy takie wskazują na renegocjowanie cen. Zob. Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 90 oraz Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 394. Im większa jest zmienność rynku w czasie, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że dane odnoszące się do relatywnie niedawnej przeszłości będą aktualne. Istnieją orzeczenia, w których organy antymonopolowe uznały, że - w świetle specyfiki danego rynku - dane dotyczące sytuacji sprzed 6 miesięcy można uznać za historyczne. Zob. komunikat brytyjskiego Office of Fair Trading w sprawie Motor Insurers; dostęp: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402221309/http://www.oft.gov.uk/shared_of/consultations/oft1377.pdf; niemiecka sprawa Stahlgusserzeugnisse, Bericht der Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1976, s. 45-46, publikowane w Deutscher Bundestag 8. Wahlperiode, Drucksache 8/704.

Kolejnym czynnikiem mającym wpływ na ocenę jest częstotliwość wymiany informacji³⁷⁴. Im wyższa częstotliwość wymiany, tym większe ryzyko naruszenia, gdyż częsta wymiana informacji zwiększa ryzyko wystąpienia zмовы, ponieważ ułatwia lepsze wspólne rozumienie rynku i monitorowanie ewentualnych odstępstw. Im bardziej stabilny rynek, tym mniejsza częstotliwość wymiany może być wystarczająca do osiągnięcia zмовы. Jednak częstotliwość, z jaką dane powinny być wymieniane, by ułatwić zмовę, zależy także od charakteru, wieku i stopnia zagregowania danych.

Komisja Europejska bierze również pod uwagę to, czy wymieniane informacje są jawne. Przez informacje jawne należy rozumieć informacje zazwyczaj równie dostępne (jeśli chodzi o koszty dostępu) dla wszystkich konkurentów i klientów³⁷⁵. W wytycznych Komisji Europejskiej z 2011 r. podkreśla się, że fakt, iż dane są dostępne w domenie publicznej, nie oznacza automatycznie, że są one rzeczywiście jawne, w szczególności, jeśli ich zebranie wymaga poniesienia kosztów. Aby informacje były rzeczywiście jawne, uzyskanie ich nie powinno być droższe dla klientów i przedsiębiorstw, którzy nie uczestniczą w systemie wymiany, niż dla przedsiębiorstw wymieniających informacje³⁷⁶. Wymiana informacji jawnych zwykle nie stanowi naruszenia. Jednakże, nawet jeżeli dane są dostępne publicznie (np. są publikowane przez organy regulacyjne), istnienie dodatkowej wymiany informacji przez konkurentów może wywoływać skutki ograniczające konkurencję, jeśli prowadzi do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku³⁷⁷. W takim przypadku to właśnie dodatkowe informacje mogą mieć decydujące znaczenie dla zmiany równowagi rynku w stronę zмовы.

Komisja bierze również pod uwagę, czy informacje są wymieniane w sposób jawny. W doktrynie prawa i ekonomii konkurencji wskazuje się, że wymiana informacji w sposób niejawny (tj. sytuacja, w której dostęp do informacji jest ograniczony do stron praktyki polegającej na wymianie) zwiększa prawdopodobieństwo zмовы w przeciwieństwie do publicznej wymiany (tj. sytuacji, w której informacje są widoczne dla konsumentów)³⁷⁸. Jawna wymiana informacji może zmniejszyć prawdopodobieństwo zмовы na rynku w zakresie, w jakim inni uczestnicy rynku (konkurenci czy klienci) są w stanie przeciwdziałać potencjalnym skutkom ograniczającym konkurencję³⁷⁹. Jednakże w niektórych przypadkach nawet jawna wymiana informacji może ułatwiać zмовę między przedsiębiorcami, gdy umożliwia np. sygnalizację cen.

Z powyższej analizy wynika, że zasadniczo wymiana informacji może stanowić praktykę zakazaną ze względu na cel tylko w wyjątkowych okolicznościach. Dotyczy to przede wszystkim wymiany informacji o zamierzonym zindywidualizowanym przyszłym zachowaniu przedsiębiorcy dotyczącym cen lub ilości³⁸⁰. Decydujące są w tym wypadku cechy wymienianej informacji. W konsekwencji to, czy funkcjonowanie konkretnej unii personalnej stanowi element naruszenia konkurencji ze względu na cel,

374 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 405; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 91.

375 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 92.

376 Tamże.

377 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 389; Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 93.

378 A. Capobianco, *Information exchange under EC competition law*, „Common Market Law Review” 41/2014, s. 1258.

379 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 93.

380 Tamże, pkt 74.

zależy m.in. od zajmowanej przez zaangażowanego w unię członka organów pozycji w strukturze organizacyjnej przedsiębiorców. Wpływ na cechy informacji mogących podlegać wymianie mają kompetencje i zadania poszczególnych organów, a nawet konkretnych stanowisk w ramach tych organów. Zasadniczo, im lepszy dostęp posiada dany członek organu do informacji o zamiarach strategicznych spółki, tym większe ryzyko uznania, że unia personalna obejmująca piastuna organu jest elementem praktyki stanowiącej naruszenie ze względu na cel. W praktyce wyższe ryzyko w tym zakresie będzie wynikać z unii personalnych członków zarządu czy dyrektorów wykonawczych niż w przypadku członków rady nadzorczej lub dyrektorów niewykonawczych. Kształtowanie planów dotyczących strategii - a więc działania wymagające posiadania dostępu do informacji, których wymiana stanowi naruszenie konkurencji ze względu na cel - jest istotą działań osób należących do tych dwóch pierwszych kategorii. Jednakże, mimo że funkcjonowanie unii personalnych z udziałem tego typu osób wiąże się z wysokim ryzykiem antykonkurencyjnej wymiany informacji, problem ten pozostawał poza zakresem zainteresowań unijnego i polskiego organu ochrony konkurencji. Zarówno Komisja Europejska, jak i Prezes UOKiK w marginalnym stopniu zajmowali się uniami personalnymi tego typu.

Jednym z możliwych wyjaśnień jest trudność w udowodnieniu naruszenia w takich przypadkach. Aby stwierdzić naruszenie konkurencji ze względu na cel, nie wystarczy bowiem udowodnienie, że dany członek organu miał możliwość pozyskania informacji o zamierzonym zindywidualizowanym przyszłym zachowaniu przedsiębiorcy dotyczącym cen lub ilości. W takim wypadku konieczne byłoby dodatkowe wykazanie, że poprzez określoną unię personalną w rzeczywistości nastąpiła wymiana takich informacji - co w praktyce może być utrudnione.

W przypadku wymiany informacji niestanowiących naruszenia konkurencji ze względu na cel - oprócz udowodnienia wymiany konkretnych informacji - konieczne jest badanie skutków wymiany informacji na działalność podmiotów na rynku. W tym kontekście istnieje szereg czynników zwiększających ryzyko powstania negatywnych skutków. W przypadku analizy, czy zachodzi ograniczenie konkurencji ze względu na skutek, kluczowe zmienne powiązane z unią personalną dotyczą cech wymienianych informacji.

Struktura unii personalnych ma wpływ przede wszystkim na zindywidualizowanie, wiek oraz częstotliwość wymiany informacji. Członkowie zarządu z natury rzeczy dysponują najbardziej aktualnymi i szczegółowymi informacjami. Częstotliwość dostępu do tych informacji również jest bardzo wysoka. Z kolei członkowie organów nadzorczych w celu wypełniania swoich funkcji mogą dysponować rzadszym oraz mniej szczegółowym dostępem do informacji. Ponadto częstotliwość dostępu do informacji może być również znacząco niższa.

Przykładem sprawy, w której wskazane czynniki były brane pod uwagę przez organ ochrony konkurencji, stanowi sprawa zakończona decyzją Komisji Europejskiej dotyczącą przedsiębiorców Olivetti/Digital³⁸¹. Komisja uznała w tym wypadku za zgodną z prawem sytuację, w której w skład rady dyrektorów spółki Olivetti wchodził reprezentant jej konkurenta³⁸². Komisja Europejska wzięła pod uwagę fakt, że wszystkie operacyjne funkcje w spółce Olivetti zostały delegowane przewodniczącemu rady

oraz głównemu menedżerowi. Ponadto Komisja wskazała, że rada dyrektorów spotykała się jedynie cztery razy w roku, a jej zadania były ograniczone do oceny spraw finansowych (takich jak akceptacja półrocznego sprawozdania finansowego przedstawianego stosownym władzom) czy dyskusowanie ogólnych kwestii dotyczących działalności spółki. Organ podkreślił, że kompetencje rady nie obejmowały kwestii operacyjnych, takich jak decyzje dotyczące rozwoju nowych produktów czy ich cen. W konsekwencji Komisja Europejska stwierdziła, że reprezentacja konkurenta w radzie dyrektorów Olivetti nie doprowadzi do antykonkurencyjnej koordynacji czy wymiany informacji.

Jak wynika z powyższego, istotnym czynnikiem w ocenie, czy określona unia personalna stanowi naruszenie konkurencji, były kompetencje zaangażowanego w unię członka organu, w szczególności w zakresie, w jakim kompetencje te wiążą się z dostępem do informacji oraz uczestnictwem w procesie decyzyjnym spółki.

W toku oceny znaczenie mają również inne uwarunkowania, w szczególności istnienie zobowiązań wynikających z umów o zachowaniu poufności oraz wymogi prawne wynikające z innych źródeł prawa niż unijne prawo ochrony konkurencji. Przykładem sprawy, w której tego typu okoliczności podlegały analizie, jest decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Phoenix/Global One³⁸³. Sprawa ta dotyczyła transakcji, w której ramach Deutsche Telekom i France Telekom nabyły po około 10% udziałów (wraz z prawem do stosownej reprezentacji w radzie dyrektorów)³⁸⁴ w mającej siedzibę w Stanach Zjednoczonych oraz prowadzącej działalność w sektorze telekomunikacyjnym spółce Sprint. Transakcja była oceniana przez Komisję Europejską z perspektywy zgodności z zakazem zawierania antykonkurencyjnych porozumień wskazanym w ówczesnym odpowiedniku obecnego art. 101 TFUE. W decyzji dotyczącej transakcji Komisja Europejska uznała, że inwestycja Deutsche Telekom oraz France Telekom w spółkę Sprint pozostaje poza zakresem zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. W uzasadnieniu Komisja wskazała, po pierwsze, że uzgodnienia dokonane między stronami nie dawały Deutsche Telekom ani France Telekom możliwości wywierania kontrolnego wpływu (*controlling influence*) na Sprint³⁸⁵. Po drugie, Komisja wskazała na ograniczenie dostępu obydwu spółek oraz możliwości wykorzystania przez nie w nieprawidłowy sposób informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Sprint (*prevent access to and misuse of Sprint's confidential information*). Ograniczenia te miały wynikać przede wszystkim z zobowiązań do ich niewykorzystywania w sposób nieprawidłowy (*misuse*), które były zawarte w porozumieniach o zachowaniu poufności będących częścią dokumentacji transakcyjnej, a także z amerykańskiego prawa spółek oraz prawa antymonopolowego.

Decyzja Komisji Europejskiej nie sprecyzowała mechanizmu opisującego, w jaki sposób wskazane czynniki miałyby ograniczać ryzyko związane z antykonkurencyjną wymianą informacji. Można się jednak domyślać, że przez ograniczenia wynikające z amerykańskiego prawa antymonopolowego Komisja miała przede wszystkim na myśli ograniczenia wynikające z istnienia sekcji 8. Ustawy Clayтона. Przed wydaniem decyzji przez Komisję Europejską kwestia ewentualnych unii personalnych pomiędzy Deutsche Telekom, France Telekom, a Sprint była przedmiotem zainteresowania

381 Decyzja Komisji Europejskiej z 11.11.1994 r. w sprawie nr V/34.410 *Olivetti-Digital*.

382 Tamże.

383 Decyzja Komisji Europejskiej z 17.07.1996 r. w sprawie nr IV/35.617 *Phoenix/GlobalOne*.

384 Podobnie jak w sprawie BT/MCI, Komisja Europejska posłużyła się pojęciem „board representation”.

385 Decyzja Komisji Europejskiej z 17.07.1996 r. w sprawie nr IV/35.617 *Phoenix/GlobalOne*, pkt 51.

amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości, który dopatrywał się w nich naruszenia wynikającego z sekcji 8. Ustawy Clayтона zakazu tworzenia unii personalnych między konkurentami³⁸⁶.

Powyższe przykłady z orzecznictwa Komisji Europejskiej mogą stanowić potwierdzenie, że Komisja nie dostrzegała istotnego ryzyka antymonopolowego tam, gdzie ryzyko wymiany informacji pomiędzy spółkami powiązanymi unią personalną było ograniczone. Potwierdza to tezę, iż na gruncie unijnego zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień inne hipotetyczne negatywne skutki dla konkurencji, w szczególności jednostronne skutki polegające na utworzeniu struktury, która tworzy bodźce dla jednej ze spółek uczestniczących w unii personalnej do uwzględniania interesów drugiej strony, nie są objęte zakazem zawierania antykonkurencyjnych porozumień³⁸⁷. W uzasadnieniach analizowanych orzeczeń Komisja nie analizowała bowiem w ogóle takiej możliwej teorii szkody - w odróżnieniu od teorii szkody związanej z antykonkurencyjną wymianą informacji.

Należy również zauważyć, że dotychczasowa unijna praktyka orzecznicza z zakresu stosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień obejmowała sprawy, w których utworzenie czy funkcjonowanie unii personalnej było przedmiotem wyraźnej umowy; co więcej, w tych sprawach unie personalne stanowiły jedynie dodatkową okoliczność towarzyszącą innym zachowaniom, w szczególności nabyciu mniejszościowego udziału kapitałowego. W tym kontekście oprócz wspomnianych wyżej spraw *Phoenix/Global*³⁸⁸ czy *Olivetti/Digital*³⁸⁹ należy wyróżnić sprawy *Philip Morris*³⁹⁰ oraz *BT/MCI*³⁹¹.

Pierwsza z nich dotyczyła umów regulujących przejęcie przez *Philip Morris* 30,8% udziałów w *Rothmans* dających prawo do 24,9% głosów na zgromadzeniu udziałowców *Rothmans*. Transakcja została zgłoszona Komisji Europejskiej w celu oceny zgodności z zakazem antykonkurencyjnych porozumień. Komisja uznała ją za zgodną z prawem, mając na uwadze wyłączenie możliwości *Philip Morris* do posiadania reprezentacji w radzie dyrektorów *Rothmans* (a zatem wykluczenia możliwości utworzenia unii personalnej) oraz utworzenie tzw. chińskiego muru w celu przeciwdziałania przepływowi wrażliwych informacji, które mogłyby mieć wpływ na strategiczne zachowanie *Philip Morris*. Decyzja została podtrzymana przez Trybunał³⁹². Z kolei w sprawie *BT/MCI*³⁹³ Komisja analizowała umowy przewidujące m.in. nabycie przez *British Telecommunications plc* (BT) 20% udziałów oraz prawo obsadzenia trzech miejsc w piętnastoosob-

owej radzie dyrektorów jej konkurenta³⁹⁴ mającego siedzibę w Stanach Zjednoczonych - *MCI Communications Corporation* (MCI).

W dotychczasowej praktyce Prezesa UOKiK z zakresu antykonkurencyjnych porozumień nie występowały decyzje, w których stwierdzono by naruszenie polegające na utworzeniu unii personalnej pomiędzy przedsiębiorcami³⁹⁵. Dla pełności wyводу należy zauważyć, że w orzecznictwie Prezesa UOKiK istnienie unii personalnych było uznawane za dodatkową okoliczność uprawdopodobniającą koordynację zachowań przedsiębiorców³⁹⁶.

Ograniczona praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK w ramach kompetencji z zakresu przeciwdziałania porozumieniom antykonkurencyjnym nie pozwala na wysunięcie daleko idących wniosków. Biorąc jednak pod uwagę dość powszechne stanowisko przemawiające za jednolitym podejściem do wykładni zakazu porozumień antykonkurencyjnych w polskim i unijnym prawie konkurencji można stwierdzić, że polskie prawo nie powinno odbiegać od unijnych reguł w tym zakresie.

W świetle powyższej analizy nie ulega wątpliwości, że polska i unijna praktyka decyzyjna dotycząca stosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień do zachowań obejmujących unie personalne jest uboga. Przyczyną takiego stanu rzeczy może być nieadekwatność omawianego instrumentu do przeciwdziałania zagrożeniom wynikającym z unii personalnych.

Co do zasady zakaz antykonkurencyjnych porozumień nie ma zastosowania do praktyk polegających wyłącznie na utworzeniu unii personalnej. Po pierwsze, w wielu przypadkach sam akt wyboru na członka organu osoby fizycznej, która pełni już funkcję w organach innej spółki, nie stanowi porozumienia, lecz ma charakter jednostronny. Przykładowo decyzję co do wyboru członka organu może podjąć samodzielnie udziałowiec sprawujący wyłączną kontrolę w spółce.

W przypadku podejmowania uchwał w spółkach nieobjętych wyłączną kontrolą jednego przedsiębiorcy powołanie członka organu może wymagać podjęcia przez co najmniej dwa podmioty działania polegającego np. na równoległym oddaniu głosu na konkretnego kandydata na członka organu. Jednakże istnieją przynajmniej dwie potencjalne przeszkody w zastosowaniu zakazu porozumień antykonkurencyjnych do tego typu zachowań. Po pierwsze, udziałowcy dokonujący wyboru członka organu mogą nie mieć statusu przedsiębiorcy³⁹⁷. Po drugie, zachowania równoległe co do zasady nie mogą stanowić jedynego dowodu istnienia porozumienia. W konsekwencji, aby uznać podobne zachowanie za element porozumienia, konieczne byłoby wykazanie dodatkowych okoliczności.

394 Anglojęzyczna wersja decyzji posługuje się pojęciem *board representation* i nie precyzuje jego znaczenia. Pojęcie to może obejmować unię personalną lub bardziej pośrednie formy powiązań pomiędzy przedsiębiorcami (tj. reprezentantami BT w radzie MCI mogły być osoby niepełniące funkcji w organach BT).

395 Należy jednak zauważyć, że brak praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w tym zakresie może mieć związek z faktem, iż unie personalne zostały wprost wskazane w uokik jako element definicji przejęcia kontroli, a zatem jest przedmiotem przede wszystkim reżimu kontroli koncentracji. Pomimo tego wspomniana definicja obejmuje wprost wyłącznie większościowe unie personalne występujące w określonej konfiguracji, a zatem nie uniemożliwia analizy mniejszościowych unii personalnych w reżimie przeciwdziałania naruszeniom zakazu antykonkurencyjnych porozumień.

396 Decyzja Prezesa UOKiK z 14.07.2015 r. nr DOK-2/2015.

397 Udziałowiec może zostać uznany za przedsiębiorcę np. w sytuacji, gdy prowadzi niezależną działalność gospodarczą za pośrednictwem innej kontrolowanej przez siebie spółki. Zob. decyzja Komisji Europejskiej z 26.07.1976 r. w sprawie IV/28.996 - *Reuter/BASF*.

386 Wyrok sądu okręgowego Dystryktu Kolumbia z 16.02.1996 r. w sprawie *U.S. przeciwko Sprint Corp. and Joint Venture Co.*; J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation*. Volume 2, Newark 2009, s. 35-46-35-47.

387 Zob. F. Thepot, *The Interaction Between Competition Law and Corporate Governance. Opening the „Black Box”*, Cambridge 2019, s. 103. Por. A. Tzanaki, *The legal treatment of minority shareholdings under EU competition law: Present and future*, [w:] *Essays in Honour of Professor Panayiotis I. Kanellopoulos*, Sakkoulas Publications, Athens 2015, s. 872-874.

388 Decyzja Komisji Europejskiej z 27.07.1994 r. w sprawie nr IV/34.857 *BT-MCI*; decyzja Komisji Europejskiej z 17.07.1996 r. w sprawie nr IV/35.617 *Phoenix/GlobalOne*; Decyzja Komisji Europejskiej z 11.11.1994 r. w sprawie nr V/34.410 *Olivetti-Digital*.

389 Decyzja Komisji Europejskiej z 11.11. 1994 r. w sprawie nr V/34.410 *Olivetti-Digital*.

390 Wyrok Trybunału z 17.11.1987 r. w połączonych sprawach 142 oraz 156/84 *British American Tobacco Company Ltd. i R. J. Reynolds Industries, Inc. przeciwko Komisji*.

391 Decyzja Komisji Europejskiej z 27.07.1994 r. w sprawie nr IV/34.857 *BT-MCI*.

392 Wyrok Trybunału z 17.11.1987 r. w połączonych sprawach 142 oraz 156/84 *British American Tobacco Company Ltd. i R. J. Reynolds Industries, Inc. przeciwko Komisji*.

393 Decyzja Komisji Europejskiej z 27.07.1994 r. w sprawie nr IV/34.857 *BT-MCI*.

W innym ujęciu można rozważać twierdzenie, że porozumieniem jest umowa pomiędzy spółką a powołanym członkiem organu zasiadającym również w organie innej spółki. W dotychczasowych sprawach, niezwiązanych z problematyką unii personalnych, unijny organ ochrony konkurencji i sądy stanęły również przed dylematem, jak traktować umowy pomiędzy spółką a osobą fizyczną działającą w jej strukturze. W praktyce decydujące znaczenie w takich wypadkach ma to, czy dana osoba w ramach relacji poddanej analizie występuje jako podmiot niezależny od spółki³⁹⁸. Osoby fizyczne pełniące funkcje członków organów uznawane były za niezależne strony porozumienia w sytuacji, gdy prowadziły odrębną działalność gospodarczą³⁹⁹. W świetle tej praktyki istnieje wysokie ryzyko uznania przez sąd lub organ ochrony konkurencji, że bez wykazywania dodatkowych okoliczności podkreślających niezależność osoby fizycznej pełniącej funkcję członka organu analizowane zachowanie nie stanowi porozumienia wchodzącego w zakres zakazu z art. 6 uokik i art. 101 TFUE.

W każdym wypadku samo utworzenie unii personalnej tworzy kanał umożliwiającą wymianę informacji, ale nie przesądza o wymianie żadnych informacji. Sam fakt pełnienia przez osobę fizyczną funkcji w organach spółki nie pozwala na stwierdzenie antykonkurencyjnego charakteru zachowania. Dla oceny tego zachowania pod kątem zgodności z zakazem antykonkurencyjnych porozumień konieczne byłoby udowodnienie, jakiego rodzaju informacje podlegały wymianie za pośrednictwem unii, a także to, że wymiana ta wywierała negatywny wpływ na konkurencję. Konieczność ustalenia antykonkurencyjnego skutku dotyczy wszelkich informacji z wyjątkiem planów dotyczących cen lub ilości, które to są uznawane za naruszenie konkurencji ze względu na cel. Jednakże nawet w przypadku udowodnienia unii personalnej, w której ramach osoba fizyczna pełni funkcje w organach spółki, które zwykle wiążą się z dostępem do informacji dotyczących planowanych cen – a więc informacji, których wymiana stanowi naruszenie konkurencji ze względu na cel – samo udowodnienie istnienia unii nie wystarczy do stwierdzenia naruszenia. W takich wypadkach konieczne jest wykazanie dodatkowych faktów wskazujących, że wymiana konkretnych informacji miała miejsce.

Zakwestionowanie praktyki polegającej na funkcjonowaniu unii personalnych wymagałoby zatem udowodnienia istnienia konkretnej komunikacji, której przedmiotem byłyby konkretne informacje. Przedstawienie dowodu w tym zakresie może w niektórych przypadkach być niemożliwe. Prowadzić to może do sytuacji, w której funkcjonowanie unii personalnej – choć sprzeczne z celem zakazu antykonkurencyjnych porozumień – nie może zostać uznana za naruszenie z uwagi na brak praktycznej możliwości udowodnienia naruszenia.

Zasadniczo wymóg komunikacji pomiędzy stronami porozumienia ma na celu odróżnienie zachowań wynikających ze wspólnego działania stron od zachowań równole-

głych podejmowanych niezależnie przez kilku przedsiębiorców⁴⁰⁰. Podejście to opiera się na założeniu, że nadawca i adresat komunikacji stanowią wyraźnie wyodrębnione podmioty zaangażowane w komunikację. W takich wypadkach komunikacja jest uchwytna dla osób trzecich (np. organu ochrony konkurencji lub potencjalnego poszkodowanego), co ma znaczenie z perspektywy możliwości skutecznego egzekwowania prawa wobec podmiotów dokonujących ewentualnych naruszeń zakazu antykonkurencyjnych porozumień.

Jednakże w przypadku unii personalnej nie występuje żadna komunikacja we wskazanym wyżej rozumieniu. Specyficzna natura unii personalnej powoduje, że proces „komunikacji” ma miejsce wewnątrz przedsiębiorcy. Przedstawia to trudność w dopasowaniu unii personalnej do funkcjonujących ram wyznaczających zakaz porozumień antykonkurencyjnych.

W przypadku unii personalnych z jednej strony bowiem nie ulega wątpliwości, że w „komunikację” pośrednio zaangażowanych może być wielu przedsiębiorców, w których organach pełni funkcje osoba fizyczna zaangażowana w unię personalną. Z drugiej strony bezpośrednim nadawcą i adresatem „komunikacji” składającej się na wymianę informacji jest ta sama osoba fizyczna pełniąca jednocześnie kilka funkcji. W takim wypadku trudno mówić o „komunikacji”; pojęcie to bowiem zgodnie ze słownikiem języka polskiego jest definiowane jako „przekazywanie i odbieranie informacji w bezpośrednim kontakcie z drugą osobą”⁴⁰¹, podczas gdy w analizowanym przypadku przekazywanie i odbieranie informacji następuje bez kontaktu z drugą osobą.

Z perspektywy praktycznej fakt ten znacząco utrudnia, o ile nie uniemożliwia, dowodzenie podmiotom trzecim, że doszło do wymiany informacji czy uzgodnienia woli. Hipotetycznie podmioty te mogłyby próbować wywodzić istnienie porozumienia z zachowań równoległych, argumentując, że uzgodnienie jest jedynym wiarygodnym wyjaśnieniem takiego zachowania⁴⁰². Jednakże przedsiębiorcy działający na rynkach oligopolistycznych mogliby stosunkowo łatwo odeprzeć ten argument, wskazując, że ich zachowanie można łatwo wyjaśnić jako odpowiedź na bodźce wynikające ze struktury rynku⁴⁰³.

Z perspektywy teoretycznej interesujące jest również to, kogo należałoby uznać za sprawcę antykonkurencyjnego porozumienia, którego elementem byłaby unia personalna. Granice zakresu podmiotowego zakazu uczestnictwa w porozumieniach antykonkurencyjnych w unijnym i polskim prawie jest zagadnieniem podlegającym ciągłemu rozwojowi w praktyce orzeczniczej organów ochrony konkurencji i sądów. Wynika to m.in. z faktu, iż polskie i unijne prawo ochrony konkurencji są dziedzinami stosunkowo młodymi i nie doczekały się jeszcze wypracowanej i kompleksowej teorii definiującej sprawstwo⁴⁰⁴. W związku z tym określenie granic omawianego zakazu przyjmuje formę orzeczeń, w których sądy i organy ochrony konkurencji rozpatrują możliwość uznania

398 P. Van Cleynenbreugel, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, Leuven 2011, s. 30 oraz tam powołana literatura i orzecznictwo. W ocenie niezależności uwzględnia się m.in. to, czy osoba fizyczna ponosi ryzyko ekonomiczne wynikające z transakcji oraz czy jest zobowiązana do podległości spółce. Należy w szczególności podkreślić, że co do zasady umowy pomiędzy pracodawcą a pracownikiem nie są objęte zakresem zakazu; w tego typu przypadkach uznaje się, że pracodawca i pracownik stanowią jeden organizm gospodarczy. Zob. P. Van Cleynenbreugel, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, Leuven 2011, s. 30-31.

399 P. Hughes, *Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability - Adjusting the veil*, „European Competition Law Review” 35/2004; decyzja Komisji Europejskiej z 26.07.1976 r. w sprawie IV/28.996 - Reuter/BASF.

400 T. Rygus, *Środki algorytmicznej koordynacji zachowań przedsiębiorstw w świetle prawa antymonopolowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2021, s. 45.

401 Słownik Języka Polskiego, dostęp: <https://sjp.pwn.pl/sjp/komunikacja;2472911.html>.

402 Wyrok Trybunału z 31.03.1993 r. w sprawach C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz C-125/85 do C-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 71.

403 A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, J. Wright, *Antitrust Law in Perspective*, St. Paul 2017, s. 322.

404 Takie uwagi padały np. z ust prof. M. Bogomilskiej-Król podczas seminarium naukowego, które odbyło się w Zakładzie Prawa Konkurencji Polskiej Akademii Nauk 3 kwietnia 2019 r.

odpowiedzialności określonych podmiotów z uwzględnieniem ich roli w danym stanie faktycznym, obejmującym istnienie antykonkurencyjnego porozumienia.

Przykładami takich orzeczeń są decyzje i wyroki w sprawach dotyczących tzw. pomocników kartelu⁴⁰⁵. Orzecznictwo to potwierdza, że sprawcą naruszenia w postaci kartelu może być podmiot, który nie jest obecny na rynku właściwym, na którym naruszenie ma się zmaterializować⁴⁰⁶. Do poniesienia odpowiedzialności wystarczające jest istnienie po stronie domniemanego naruszcziela zamiaru przyczynienia się własnym działaniem do realizacji wspólnego antykonkurencyjnego celu uczestników niedozwolonego porozumienia oraz świadomość faktycznych planów lub działań pozostałych przedsiębiorców w zakresie realizacji wspólnych celów, a także akceptacja takiego ryzyka⁴⁰⁷.

Hipotetycznie można jednak wyróżnić trzy grupy podmiotów, które potencjalnie można byłoby rozważać w kategorii sprawców antykonkurencyjnej praktyki, której elementem jest utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej. Po pierwsze, mogą to być spółki, w których zaangażowani w unię członkowie organów pełnią swoje funkcje. Po drugie, mogą to być podmioty, które doprowadziły do utworzenia unii personalnej poprzez powołanie do organów spółki osoby pełniącej już funkcję w organach innej spółki. Po trzecie, mogą to być osoby fizyczne - członkowie organów zaangażowani w unię personalną. Poniżej zostaną zaprezentowane argumenty przemawiające za przyjęciem i przeciw przyjęciu odpowiedzialności każdej z tych grup.

Z perspektywy celów prawa antymonopolowego, za przyjęciem odpowiedzialności spółek, w których zaangażowani w unię członkowie organów pełnią swoje funkcje przemawia m.in. fakt, że szkoda dla konkurencji wynikająca z unii personalnych jest bezpośrednio powiązana z działalnością tych spółek. Informacje wymieniane za pośrednictwem unii personalnych dotyczą spółek, w których członkowie organów pełnią swoje funkcje a ich przedmiotem jest ograniczenie presji konkurencyjnej pomiędzy nimi⁴⁰⁸. Ponadto to te spółki są zwykle bezpośrednimi beneficjentami antykonkurencyjnych unii personalnych. W związku z tym, skoro spółki te odczuwają pozytywne dla nich skutki wynikające z istnienia takich unii personalnych, to z perspektywy zasady słuszności zasadne jest, aby ponosiły również negatywne konsekwencje z tym związane. Przyjęcie odpowiedzialności spółek, których organy są związane unią personalną, jest spójne z wykształconą w nauce prawa cywilnego i przyjętą również w polskim ustawodawstwie teorią organów, w której świetle działanie przez organ osoby prawnej jest traktowane jako działanie tejże osoby prawnej we własnym imieniu⁴⁰⁹. Ponadto podejście to jest spójne z koncepcją, zgodnie z którą prawo ochrony konkurencji dotyczy przedsiębiorców.

⁴⁰⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 10.12.2003 r. nr COMP/E-2/37.857; wyrok SPI z 8.07.2008 r. - AC Treuhand I, T-99/04; decyzja Komisji Europejskiej z 11.11.2009 r. nr COMP/38589; wyrok Trybunału z 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P.

⁴⁰⁶ Tak np. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 8.07.2008 r. w sprawie T 99/04 AC Treuhand AG przeciwko Komisji, pkt 122.

⁴⁰⁷ Tamże.

⁴⁰⁸ Zakaz porozumień antykonkurencyjnych jest bowiem skierowany przede wszystkim przeciwko zachowaniom podmiotów, które ograniczają wobec siebie presję konkurencyjną. Zob. Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla z 21.05.2015 r. w sprawie C-194/14 P AC-Treuhand AG przeciwko Komisji Europejskiej.

⁴⁰⁹ A. Zbiegień-Turzańska, *Reprezentacja spółek kapitałowych i spółdzielni*, Warszawa 2018, s. 2; W. Szydło, *Pojęcie reprezentacji. Uwagi teoretycznoprawne*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, No 3171, Przegląd Prawa i Administracji LXXXII, Wrocław 2010, s. 42.

Przyjęcie alternatywnej koncepcji, w której ramach odpowiedzialność za antykonkurencyjne porozumienie, którego elementem jest utworzenie unii personalnej, ponoszą podmioty powołujące członków organów⁴¹⁰, wydaje się bardziej problematyczne. Przede wszystkim wiązałoby się to z obciążaniem odpowiedzialnością (za antykonkurencyjne porozumienie polegające na wymianie informacji za pośrednictwem unii personalnej) podmiotów, które swoim zachowaniem przyczyniły się do jej utworzenia (co obejmuje np. wspomnianych wyżej udziałowców), ale nie miały bezpośredniego wpływu na sposób jej funkcjonowania (tzn. nie były bezpośrednio zaangażowane w wymianę informacji za pośrednictwem unii personalnej). Kwestia ta nie była przedmiotem żadnego ze znanych mi orzeczeń organów ochrony konkurencji lub sądów. Nie jest mi również znana sprawa, w której organ ochrony konkurencji lub powód w postępowaniu cywilnym postawiłby zarzut naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień tego typu podmiotom. W mojej ocenie przyczyną tego stanu rzeczy jest to, że podmioty te co do zasady nie ponoszą odpowiedzialności za naruszenie zakazu uczestnictwa w antykonkurencyjnym porozumieniu. Przedmiotem (celem - *object*) ich zachowania nie jest wymiana informacji o przyszłych zamiarach spółek objętych unią personalną co do cen lub ilości produktów oferowanych na rynku - a zasadniczo tylko tego typu zachowania mogą stanowić naruszenie konkurencji ze względu na cel w przypadku funkcjonujących unii personalnych. Do stwierdzenia naruszenia przez te podmioty konieczne byłoby zatem wykazanie, że skutkiem ich działań jest powstanie negatywnego wpływu na jeden z parametrów konkurencji (*parameters of competition*; np. cenę, wielkość sprzedaży, wybór konsumentów) - co również byłoby znacząco utrudnione, biorąc pod uwagę fakt, że zasadniczo samo utworzenie unii personalnej jako takie nie dotyczy parametrów konkurencji.

Kolejną grupą podmiotów potencjalnie mogących ponieść odpowiedzialność za porozumienie, którego elementem jest unia personalna służąca wymianie informacji, są zaangażowani w nią członkowie organów spółek, za których pośrednictwem następuje ta wymiana. Za przyjęciem odpowiedzialności tej grupy podmiotów przemawia fakt, iż osoby te mają najpełniejszą wiedzę na temat tego, jakie informacje i pomiędzy kim są wymieniane. W związku z tym członkowie organów zaangażowani w unię personalną są w najlepszym położeniu do tego, aby skutecznie monitorować związane z nimi ryzyko wymiany informacji i zrezygnować z pełnienia funkcji w sytuacji powstania ryzyka antykonkurencyjnej wymiany informacji. Z drugiej strony przeciwko obarczaniu tej grupy podmiotów odpowiedzialnością mógłby przemawiać fakt, że członkowie organów mogą nie mieć statusu przedsiębiorcy i zasadniczo nie są bezpośrednio uczestnikami gry rynkowej, gdyż sami nie działają na rynkach, na których mogą wystąpić negatywne skutki

⁴¹⁰ W przypadku modelowej spółki kapitałowej odpowiedzialność za utworzenie unii personalnej ponosiliby udziałowcy, gdyż to oni decydują o obsadzie organów spółki. Za przyjęciem odpowiedzialności tej konkretnej grupy przemawiałby fakt, że są oni w sensie gospodarczym właścicielami spółki, gdyż są ostatecznymi beneficjentami zysku wypracowanego przez spółkę objętą unią personalną. Zysk ten trafia do nich w postaci dywidendy lub zwiększonej wartości ich udziałów.

dla konkurencji wynikające z istnienia i funkcjonowania unii personalnych⁴¹¹.

4.3. Unia personalna jako element relacji zależności między przedsiębiorcami w kontekście zakazu antykonkurencyjnych porozumień

4.3.1. Wprowadzenie

Unie personalne mogą stanowić element relacji zależności między przedsiębiorcami i sugerować przynależność kilku przedsiębiorców do jednego organizmu gospodarczego. Praktyka decyzyjna organów antymonopolowych pokazuje, że czasami sami przedsiębiorcy uznają istnienie unii personalnych za cechę wskazującą na traktowanie spółek powiązanych unią za należące do jednego organizmu gospodarczego. Przykładowo w sprawie porozumienia na rynku hurtowego obrotu drożdżami piekarskimi⁴¹² kwestionowane przez Prezesa UOKiK porozumienie odnosiło się nie tylko do stron umowy, lecz również do ich podmiotów zależnych lub powiązanych. Przez podmioty zależne lub powiązane przedsiębiorcy będący stronami porozumienia rozumie podmioty, w których uczestnik porozumienia był współnikiem, posiadał udziały lub był członkiem władz. Podobnie w sprawie *Kronospan/Pfleiderer/Swiss Krono*⁴¹³ uczestnicy porozumienia traktowali jako jeden byt powiązane unią personalną spółki Pfleiderer Group i Pfleiderer Wieruszów należące do grupy Pfleiderer, a także powiązane unią personalną spółki Kronospan Szczecinek i Kronospan Mielec należące do grupy Kronospan.

Z perspektywy stosowania przepisów prawa ochrony konkurencji istnienie relacji zależności prowadzące do ustalenia, że kilka odrębnych podmiotów tworzy jeden organizm gospodarczy z jednej strony oznacza, że porozumienia pomiędzy tymi podmiotami nie mogą stanowić naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień⁴¹⁴. Prawo konkurencji dotyczy bowiem zewnętrznych relacji pomiędzy niezależnymi od siebie uczestnikami gry rynkowej⁴¹⁵, podczas gdy relacje pomiędzy podmiotami należącymi do jednego organizmu gospodarczego są wewnętrzną sprawą tego organizmu. W związku z tym relacje te korzystają z wyłączenia z zakresu zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Istnienie unii personalnych może mieć

wpływ na ustalenie, że podmioty powiązane unią należą do jednego organizmu gospodarczego, a relacje pomiędzy nimi korzystają z wyłączenia spod zakazu.

Z drugiej strony relacje zależności mogą mieć znaczenie z perspektywy ustalenia odpowiedzialności za naruszenie zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. W ten sposób istnienie unii personalnych może mieć wpływ na rozszerzenie zakresu podmiotowego tej odpowiedzialności. Dotyczy to m.in. przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa ochrony konkurencji podmiotom, które nie są bezpośrednio uczestnikami antykonkurencyjnego porozumienia, ale należą do jednego organizmu gospodarczego z bezpośrednimi naruszcicielami⁴¹⁶.

Mimo że w każdym z tych wypadków używane jest pojęcie jednego organizmu gospodarczego, to zasady określające zastosowanie zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień do relacji pomiędzy podmiotami należącymi do jednego organizmu gospodarczego oraz możliwość przypisania odpowiedzialności (tzw. odpowiedzialność rodzicielska; *parental liability*) nie są tożsame⁴¹⁷. Z tego powodu analiza relacji pomiędzy problematyką unii personalnych zostanie przeprowadzona osobno dla każdej z tych sytuacji⁴¹⁸.

4.3.2. Unia personalna jako czynnik umożliwiający skorzystanie z wyłączenia spod zakazu porozumień antykonkurencyjnych

4.3.2.1. Prawo amerykańskie

Początkowo przynależność spółek oskarżonych o uczestnictwo w zмовie do jednego organizmu gospodarczego nie stanowiła podstawy do automatycznego wyłączenia tego porozumienia spod zakazu antykonkurencyjnych porozumień, lecz była przedmiotem oceny w ramach reguły rozsądku⁴¹⁹. Dopiero w wyroku w sprawie *Copperweld*⁴²⁰ Sąd Najwyższy orzekł, że relacje pomiędzy spółką oraz w pełni kontrolowaną przez nią spółką zależną (*wholly owned subsidiary*) stanowią wewnętrzne relacje jednego organizmu gospodarczego i są wyłączone z zakresu zastosowania sekcji 1. Ustawy Shermana. Uzasadniając swoje stanowisko, sąd wskazał przede wszystkim na jedność interesu, wspólny cel oraz jednolitą świadomość korporacyjną.

411 Warto zauważyć, że w orzecznictwie – w kontekście odpowiedzialności pomocników kartelu – ten ostatni argument dotyczący braku obecności na rynku nie został uznany za wystarczającą podstawę do zwolnienia z odpowiedzialności. Zob. wyrok Trybunału z 22.10.2015 r. w sprawie C-194/14 P AC-Treuhand AG przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 27. W tym kontekście istnieje pole do argumentacji, że rola członków organów zaangażowanych w unię personalną i stopień ich przyczynienia dla istnienia praktyki w niektórych przypadkach może być podobny jak w przypadku pomocników. Z uwagi na wielość możliwych stanów faktycznych bardziej szczegółowa analiza tej kwestii pozostaje poza zakresem tej pracy.

Na marginesie należy jeszcze zauważyć, że na gruncie prawa polskiego podstawą odpowiedzialności członków organów z tytułu naruszenia polegającego na antykonkurencyjnej wymianie informacji, w tym następującej przy pomocy unii personalnej, nie może być art. 6a uokik. Przepis ten pozwala na nałożenie sankcji na osoby zarządzające, które w ramach sprawowania swojej funkcji dopuściły przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Tzw. praktyki nienazwane, w tym praktyki polegające na wymianie informacji, pozostają poza zakresem tego przepisu. Zob. T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 314.

412 Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2006 r. nr DOK-164/06.

413 Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2017 r. nr DOK-3/2017.

414 P. Semeniuk określa tego typu sytuacje mianem „materialnego” aspektu doktryny jednego organizmu gospodarczego.

415 S. Waller, *Corporate Governance and Competition Policy*, „George Mason Law Review” 18/2011, s. 884.

416 P. Semeniuk określa tego typu sytuacje mianem „formalnego” aspektu doktryny jednego organizmu gospodarczego.

417 O. Odudu, D. Bailey, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, „Common Market Law Review” 51/2014, s. 1738; A. Kalintiri, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, „European Law Review” 43/2018, s. 3. W doktrynie wskazuje się również m.in., że koncepcja jednego organizmu gospodarczego bywa w sposób kontrowersyjny wykorzystywana do pociągnięcia do odpowiedzialności podmioty spoza UE, ale należące do jednego organizmu gospodarczego z podmiotami z UE. Zob. O. Odudu, D. Bailey, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, „Common Market Law Review” 51/2014, s. 1722. Kwestia ta nie jest dalej bardziej szczegółowo analizowana w niniejszej pracy.

418 Inny aspekt związany z istnieniem relacji zależności w kontekście przepisów dotyczących zakazu wielostronnych praktyk antykonkurencyjnych dotyczy traktowania przedsiębiorców pozostających w relacji zależności jako jednej siły konkurencyjnej (*single competitive force*) np. na potrzeby wyliczania udziałów rynkowych w celu oceny możliwości zastosowania wyłączeń spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Problematyka ta wiąże się jednak z pojęciem kontroli i grupy kapitałowej, które zostały szerzej przeanalizowane w rozdziale 6.

419 Wyrok Sądu Najwyższego z 23.06.1947 r. w sprawie United States przeciwko Yellow Cab Co. (1947), 67 S. Ct. 1565.

420 Wyrok Sądu Najwyższego USA z 19.06.1984 r. w sprawie Copperweld Corp. przeciwko Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

Orzeczenie w sprawie *Copperweld* było przedmiotem rozbieżnych interpretacji w doktrynie i orzecznictwie. W ramach jednego stanowiska uznawano, że automatyczne (*per se*) wyłączenie spod zakazu antykonkurencyjnych porozumień dotyczy jedynie relacji pomiędzy spółką a spółką zależną podlegającą jej wyłącznej kontroli; pozostałe przypadki należy rozpatrywać w ramach reguły rozsądku⁴²¹. W świetle drugiego stanowiska automatyczne wyłączenie obejmuje również luźniejsze relacje⁴²². Dopiero w orzeczeniu w sprawie *American Needle*⁴²³ Sąd Najwyższy rozstrzygnął ten spór, opowiadając się za wąską interpretacją wyroku w sprawie *Copperweld*. W konsekwencji ocena możliwości wyłączenia relacji pomiędzy spółkami należącymi do jednego organizmu gospodarczego wymaga analizy szeregu okoliczności w ramach reguły rozsądku.

Sąd Najwyższy nie stworzył testu, według którego należy oceniać możliwość wyłączenia relacji pomiędzy powiązanymi podmiotami z zakresu zakazu antykonkurencyjnych porozumień⁴²⁴. Wskazał jednak, że w ramach tej analizy należy uwzględnić relacje kontroli (posiadanie jednego centrum decyzyjnego), interesy (brak rozbieżnych interesów gospodarczych) oraz więzi konkurencyjne (brak rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji)⁴²⁵.

W praktyce podstawowe znaczenie ma przede wszystkim własność udziałów w spółce⁴²⁶, a nie np. istnienie unii personalnych. Choć w teorii członkowie organów zaangażowani w unię personalną mogą tworzyć jedno centrum decyzyjne, to jednak według orzecznictwa samo istnienie unii nie jest wystarczające do wyłączenia spod zakazu porozumień zawartych pomiędzy powiązanymi spółkami. Potwierdza to orzeczenie w sprawie *Ebay*, w której sąd przychylił się do stanowiska Departamentu Sprawiedliwości, w którego świetle spółki, których jedynym powiązaniem była unia personalna obejmująca jednego z dyrektorów, nie stanowią jednego organizmu gospodarczego na potrzeby oceny zgodności zawartego pomiędzy nimi porozumienia⁴²⁷. W sprawie *In Re Sulfuric Acid*⁴²⁸ sąd uznał, że nawet istnienie większej ilości unii personalnych w powiązaniu m.in. z udziałami mniejszościowymi, nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia istnienia pomiędzy spółkami powiązanymi unią jednego organizmu gospodarczego.

4.3.2.2. Prawo unijne

Zakaz antykonkurencyjnych porozumień zawarty w art. 101 TFUE jest skierowany do jednostek gospodarczych, na które składa się jednolita organizacja złożona z oso-

bowych, materialnych i niematerialnych elementów, które służą konkretnemu celowi gospodarczemu w długim okresie oraz mogą przyczyniać się do popełnienia naruszenia tego zakazu⁴²⁹. Taka jednostka gospodarcza może składać się z kilku formalnie odrębnych podmiotów (np. spółek kapitałowych), które pomimo formalnej odrębności w istocie nie są niezależnymi uczestnikami rywalizacji rynkowej. W konsekwencji porozumienia zawarte pomiędzy nimi nie stanowią naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień.

Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w tym wymiarze w prawie unijnym polega na wykazaniu wspólnoty interesu po stronie dwóch podmiotów, które rzekomo przynależą do jednego organizmu gospodarczego, co ma miejsce w przypadku wykazania potencjalnego wpływu jednego podmiotu na drugi⁴³⁰. W doktrynie zarysowały się dwa stanowiska co do tego, czy wpływ konieczny do stwierdzenia istnienia jednego organizmu gospodarczego na potrzeby wyłączenia spod zakazu praktyk wielostronnych jest tożsamy z pojęciem „kontroli” (możliwością wywierania decydującego wpływu) wykorzystywanym na potrzeby przepisów o nadzorze nad koncentracjami. W świetle pierwszego stanowiska spójność pomiędzy przepisami o antykonkurencyjnych porozumieniach i reguły dotyczące kontroli koncentracji wymagają spójnego podejścia w tym zakresie⁴³¹. Zasadniczo takie stanowisko prowadziłoby do uznania za jeden organizm gospodarczy podmiotów ostatecznie kontrolowanych przez tę samą osobę. Zgodnie z konkurencyjnym stanowiskiem pojęcie kontroli na gruncie przepisów o kontroli koncentracji różni się od pojęcia kontroli wykorzystywanego na potrzeby analizy jednego organizmu gospodarczego jako podstawy do wyłączenia porozumienia spod omawianego zakazu. W świetle tego stanowiska pojęcie kontroli w rozumieniu przepisów o kontroli koncentracji obejmuje również tzw. negatywną kontrolę, podczas gdy jeden organizm gospodarczy stanowiący podstawę do wyłączenia spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień powinien być oparty na kontroli „pozytywnej”⁴³².

Niezależnie od przyjętego stanowiska w każdym wypadku w praktyce ustaleniu, czy określone podmioty tworzą jeden organizm gospodarczy na potrzeby oceny możliwości zastosowania wyłączenia, służy przede wszystkim analiza okoliczności strukturalnych⁴³³. Unie personalne w teorii mogą stanowić formę powiązania strukturalnego pomiędzy spółkami. Pomimo tego w dotychczasowej praktyce orzeczniczej na gruncie stosowania unijnego prawa ochrony konkurencji zjawisko unii personalnych nie odgrywało istotnej roli i w żadnym z analizowanych orzeczeń nie miało wpływu na zastosowanie wyłączenia spod zakazu porozumień antykonkurencyjnych.

421 P. Van Cleynenbreugel, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, Leuven 2011, s. 14.

422 Tamże.

423 Wyrok Sądu Najwyższego z 24.05.2010 r. w sprawie *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 U.S. 183 (2010).

424 P. Van Cleynenbreugel, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, Leuven 2011, s. 14.

425 Tamże.

426 J. Stone, J. Wright, *Antitrust Formalism is Dead! Long Live Antitrust Formalism! Some implications of American Needle v. NFL*, *Cato Supreme Court Review* (2010), 374.

427 Wyrok sądu okręgowego dla stanu Kalifornia z 27.03.2013 r. *United States States przeciwko eBay, Inc.*, 968 F. Supp. 2d 1030, 1036-37 (N.D. Cal. 2013).

428 Wyrok sądu okręgowego dla stanu Illinois z 24.09.2010 r. w sprawie *In re Sulfuric Acid Antitrust Litigation*, 743 F.Supp.2d 827, 884-86 (N.D. Ill. 2010).

429 Wyrok SPI z 10.03.1992 r. w sprawie T-11/89 *Shell przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, pkt 311. Podobnie wyrok Trybunału z 13.07.1962 r. w sprawie 19/61 *Mannesmann AG przeciwko Wysokiej Władzy Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali*, pkt 371 oraz wyrok Sądu w połączonych sprawach 17 i 20/61, *Klöckner-Werke AG i Hoesch AG przeciwko Wysokiej Władzy Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali*, pkt 341.

430 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 239.

431 W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, „*European Law Review*” 25/2000, s. 106-107; P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 239-240.

432 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford 2012, s. 95.

433 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 238.

4.3.2.3. Prawo polskie

Pomimo braku wyraźnego sformułowania w uokik stosownego wyłączenia, na wzór prawa unijnego w polskiej praktyce orzeczniczej⁴³⁴ i doktrynie⁴³⁵ przyjmuje się, że zakaz porozumień antykonkurencyjnych nie ma zastosowania do relacji pomiędzy podmiotami należącymi do jednego organizmu gospodarczego. Podobnie jak w prawie unijnym, w toku analizy przynależności dwóch podmiotów do jednego organizmu gospodarczego bierze się pod uwagę powiązania gospodarcze, organizacyjne i prawne⁴³⁶.

W polskiej praktyce orzeczniczej istnienie unii personalnych było przedstawiane jako jeden z czynników służących obronie przedsiębiorców na podstawie doktryny jednego organizmu gospodarczego w sprawie Telekomunikacja Polska/PTK Centertel⁴³⁷. W decyzji dotyczącej tej sprawy Prezes UOKiK uznał, że Telekomunikacja Polska oraz PTK Centertel nie są niezależnymi przedsiębiorcami, lecz należą do jednej grupy kapitałowej. W tym kontekście Prezes UOKiK powołał się m.in. na fakt, iż pomiędzy przedsiębiorcami istniały powiązania osobowe. Niejednokrotnie w skład organów PTK Centertel powoływane były bowiem osoby zajmujące w chwili powołania lub uprzednio miejsce w organach Telekomunikacji Polskiej. Unie personalne były związane z powiązaniami właścicielskimi, gdyż Telekomunikacja Polska miała 100% udziałów w PTK Centertel. W takim stanie faktycznym Prezes UOKiK uznał, że ustalenia dokonywane pomiędzy Telekomunikacją Polską oraz PTK Centertel pozostają poza zakresem zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

W sprawie Veolia/PGNiG⁴³⁸, Prezes UOKiK potwierdził, że podmioty tworzące jeden organizm gospodarczy (jedno przedsiębiorstwo) nie mogą zawrzeć między sobą porozumienia ograniczającego konkurencję. Jednocześnie, stosując analizowane wyżej zasady wypracowane w prawie unijnym do relacji pomiędzy Veolia Warszawa i Veolia Polska, stwierdził ich przynależność do jednego organizmu gospodarczego z powodu posiadania przez Veolia Polska 97% akcji Veolia Warszawa oraz o okoliczność obsadzenia organu nadzoru Veolii Warszawa członkami zarządu Veolii Polska.

Z drugiej strony w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK nie brak przykładów, w których istnienie powiązań osobowych nie zostało uznane za wystarczającą okoliczność do udowodnienia istnienia jednego organizmu gospodarczego. W decyzji Agrotur/Marko/Texpol⁴³⁹ – analizując powiązania rodzinne pomiędzy wspólnikami i członkami organów uczestników porozumienia (a więc powiązania personalne o nieco odmiennym charakterze od unii) – Prezes UOKiK stwierdził, że „same jakiegokolwiek powiązania osobowe między przedsiębiorcami nie są wystarczające, by uznać je za je-

den organizm gospodarczy”⁴⁴⁰. Taka wypowiedź odnosząca się ogólnie do „powiązań personalnych” (a nie konkretnie – unii personalnych) mogłaby sugerować, że same unie w oderwaniu od powiązań udziałowych nie są wystarczające do uznania spółek powiązanych wyłącznie unią personalną za należące do jednego organizmu gospodarczego. Wydana nieco później decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Vena Pro/Trawena⁴⁴¹ zdaje się potwierdzać, że samo istnienie „mniejszościowej” unii personalnej w braku innych powiązań kapitałowych czy prawnych nie wystarcza do stwierdzenia, że spółki powiązane unią wchodziły w skład jednego organizmu gospodarczego. W omawianej sprawie osoba fizyczna pełniła funkcję prokurenta w Vena Pro oraz była członkiem rady nadzorczej Trawena. Poza tym spółki nie były powiązane kapitałowo czy prawnie. W tych okolicznościach Prezes UOKiK uznał fakt istnienia unii personalnej za niewystarczający do zastosowania doktryny jednolitego organizmu gospodarczego.

W świetle powyższego Prezes UOKiK słusznie uznaje, że „mniejszościowe” unie personalne w oderwaniu od innych powiązań nie stanowią wystarczającej podstawy do stwierdzenia przynależności spółek powiązanych unią do jednego organizmu gospodarczego. W przypadku „większościowych” unii personalnych uznanie przez Prezesa UOKiK spółek powiązanych unią za należące do jednego organizmu gospodarczego (w kontekście innym niż ocena koncentracji, której elementem jest unia personalna) było uzasadnione dodatkowymi więzami kapitałowymi. W tym kontekście widać różnicę w podejściu, jakie prezentuje Prezes UOKiK do „większościowych” unii personalnych na potrzeby zastosowania wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień oraz w stosunku do podobnych unii personalnych jako instrumentu dającego kontrolę, jakie ten sam organ przyjął w praktyce decyzyjnej z zakresu kontroli koncentracji. W przypadku analizy możliwości zastosowania wyłączenia spod zakazu porozumień organ w każdym wypadku analizował istnienie unii personalnych w powiązaniu ze strukturą udziałową. W przypadku spraw, w których unia personalna stanowiła podstawowy element koncentracji podlegającej obowiązkowi zgłoszenia, organ co do zasady uznawał za wystarczające stwierdzenie istnienia „większościowych” unii personalnych i nie uznawał za niezbędne dokonywanie analizy dodatkowych okoliczności, np. powiązań udziałowych.

4.3.3. Unia personalna jako element mający wpływ na ustalenie odpowiedzialności za naruszenie

4.3.3.1. Prawo amerykańskie

W prawie amerykańskim zasadniczo odpowiedzialność z tytułu naruszenia sekcji 1. Ustawy Shermana ponoszą jedynie podmioty, które bezpośrednio uczestniczyły

434 Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r., nr DOK-34/07; decyzja Prezesa UOKiK z 3.12.2020 r. nr DOK-5/2020.

435 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 68 i n. oraz tam omówione źródła; C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego: 12/2011, s. 29-34.

436 Decyzja Prezesa UOKiK z 3.12.2020 r. nr DOK-5/2020.

437 Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r. nr DOK-34/07.

438 Decyzja Prezesa UOKiK z 3.12.2020 r. nr DOK-5/2020.

439 Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2014 r. nr DOK-9/2014.

440 W tym kontekście Prezes UOKiK przywołał decyzję Komisji Europejskiej z 15 maja 1991 r. w sprawie nr IV/32186 Gosmé/Martell-DMP, oraz wyrok SPI z 6.04.1995 r. w sprawie T-141/89 Tréfileurope Sales SARL przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Mimo że w żadnej z tych spraw nie była analizowana kwestia unii personalnych, to jednak stanowią one przykłady istniejących powiązań strukturalnych (przy czym jednak nie zostały uznane za wystarczające do stwierdzenia istnienia jednego organizmu gospodarczego). W decyzji w sprawie Gosmé/Martell-DMP Komisja odmówiła uznania za jeden organizm gospodarczy spółek Martell i DMP pomimo posiadania przez Martell 50% udziałów w kapitale zakładowym DMP oraz faktu, iż połowa rady nadzorczej DMP reprezentowała udziałowców Martell. Z kolei w sprawie Tréfileurope Sales SARL sąd odmówił uznania za jeden organizm gospodarczy spółki oraz akcjonariusza posiadającego 25% udziałów w tej spółce.

441 Decyzja Prezesa UOKiK z 14.07.2015 r. nr DOK-2/2015.

w naruszeniu prawa ochrony konkurencji. W rzadkich przypadkach udziałowcy spółki będącej bezpośrednim naruszcicielem mogą być pociągnięci do odpowiedzialności cywilnej na podstawie wypracowanej na gruncie prawa spółek koncepcji tzw. przebicia osłony korporacyjnej (*piercing the corporate veil*). Jednakże w odróżnieniu od prawa unijnego w amerykańskim prawie ochrony konkurencji nie istnieje ogólna zasada, zgodnie z którą spółki matki miałyby ponosić odpowiedzialność rodzicielską⁴⁴².

Ograniczenie odpowiedzialności spółek-matek dotyczy wszelkich naruszeń publiczno-prawnych zakazów. W wyroku w sprawie *Bestfoods* dotyczącym naruszeń przepisów z zakresu ochrony środowiska Sąd Najwyższy wskazał, że zgodnie z elementarną zasadą amerykańskiego prawa kontrola, jaką udziałowcy mogą sprawować nad spółką, nie tworzy podstawy odpowiedzialności wykraczającej poza aktywa spółki. Odstępstwo od tej zasady jest możliwe w wyjątkowych przypadkach zgodnie z doktryną przebicia zasłony korporacyjnej⁴⁴³. Sąd pokreślił, że fakt posiadania tych samych dyrektorów lub funkcjonariuszy nie może być ostateczną podstawą do nałożenia odpowiedzialności na powiązaną spółkę. Dyrektorzy i funkcjonariusze pełniący funkcje w dwóch spółkach, dokonując czynności, mogą występować w imieniu jednej ze spółek. Aby przypisać odpowiedzialność bezpośrednio spółce-matce powiązanej unią personalną ze spółką-córką konieczne byłoby wykazanie, że podejmując zachowanie stanowiące naruszenie, dyrektor (funkcjonariusz) działał w tym konkretnym wypadku z ramienia spółki matki. Mimo że sprawa *Bestfoods* nie dotyczyła bezpośrednio naruszenia przepisów prawa ochrony konkurencji, to w doktrynie uznaje się, że ma ona również zastosowanie do spraw antymonopolowych⁴⁴⁴.

W konsekwencji znaczenie unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy przypisania odpowiedzialności za naruszenie zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień jest znacznie ograniczone. W praktyce okoliczność unii personalnych pomiędzy spółką-córką, która niewątpliwie uczestniczyła w naruszeniu, może jedynie pośrednio wskazywać, że spółka matka również mogła być zaangażowana w naruszenie. Jednakże udowodnienie faktu istnienia unii jest w tym wypadku niewystarczające – konieczne jest bowiem dodatkowe wykazanie, że osoby fizyczne pełniące funkcje w organach obydwu spółek, podejmując zachowania stanowiące naruszenie, działali w imieniu i na rzecz spółki matki.

4.3.3.2. Prawo unijne

W prawie unijnym unia personalna może wskazywać, że obydwie spółki zaangażowane w unię personalną są bezpośrednimi uczestnikami antykonkurencyjnej praktyki (ang. *direct involvement*)⁴⁴⁵. Bezpośrednie uczestnictwo w naruszeniu może zostać

udowodnione na dwa sposoby⁴⁴⁶. Po pierwsze – poprzez wykazanie, że personel danego podmiotu prawnego (np. spółki matki) bezpośrednio uczestniczył w podejmowaniu decyzji dotyczących uczestnictwa innego podmiotu (np. spółki zależnej) należącego do tego samego przedsiębiorcy (rozumianego jako jeden podmiot gospodarczy; ang. *undertaking*) w praktyce antykonkurencyjnej⁴⁴⁷. Po drugie – poprzez wykazanie, że personel danego podmiotu prawnego (np. spółki matki) wiedział o niezgodnym z prawem zachowaniu podmiotu zależnego i „musiał je zaakceptować”⁴⁴⁸.

W świetle powyższego unie personalne pomiędzy spółką-córką i spółką matką, które obejmują członków organów bezpośrednio podejmujących decyzje dotyczące uczestnictwa w antykonkurencyjnym porozumieniu pomiędzy spółką-córką a osobą trzecią, mogą stanowić okoliczność istotną z perspektywy oceny możliwości uznania spółki matki za bezpośredniego uczestnika tego porozumienia.

Ponadto istnienie unii personalnej może służyć przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji w ramach rozwiniętej na gruncie prawa unijnego koncepcji tzw. odpowiedzialności rodzicielskiej (*parental liability*). W ramach tej koncepcji odpowiedzialność może ponieść również podmiot, który samodzielnie nie jest uczestnikiem antykonkurencyjnego porozumienia, ale tworzy jeden organizm gospodarczy (*single economic unit*) z naruszcicielem⁴⁴⁹. W takich wypadkach Komisja, rozstrzygając sprawę, ma możliwość skierowania decyzji nakładającej sankcje na spółkę kontrolującą (spółkę matkę), bez konieczności ustalania jej bezpośredniego zaangażowania w naruszenie⁴⁵⁰.

W orzecznictwie Trybunału podstawową przesłanką umożliwiającą przypisanie odpowiedzialności za naruszenie prawa ochrony konkurencji na podstawie koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej jest rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu (*actual exercise of decisive influence*)⁴⁵¹. Przedstawiony standard relacji pomiędzy przedsiębiorcami jest odmienny zarówno od standardu stosowanego w prze-

446 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 189.

447 J. Faull, A. Nikpay, *The EU law on competition*, Oxford 2014, s. 1255.

448 Por. wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-309/94 NV Koninklijke przeciwko Komisji, pkt 48. W doktrynie wskazuje się, że należy przez to rozumieć brak zapobieżenia uczestnictwu w antykonkurencyjnej praktyce. J. Faull, A. Nikpay, *The EU law on competition*, Oxford 2014, s. 1255. A. Kalintiri uznaje, że w tego typu sytuacjach spółka matka ponosi tzw. odpowiedzialność rodzicielską: A. Kalintiri, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, „European Law Review”, 43(2), 2018, s. 6.

449 Wyrok Trybunału z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Europejskiej. Jednakże według niektórych przedstawicieli doktryny koncepcja jednego organizmu gospodarczego nie stanowi podstawy przypisania odpowiedzialności (*parental liability*). O. Odudu i D. Bailey słusznie zauważają, że gdyby przypisanie odpowiedzialności opierało się na koncepcji jednego organizmu gospodarczego, to ustalenie odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji przez podmiot będący częścią jednego organizmu gospodarczego pozwalałoby na przypisanie odpowiedzialności wszystkim innym podmiotom należącym do tego organizmu; w praktyce zasady przypisania odpowiedzialności wypracowane w praktyce orzeczniczej są jednak odmienne. Zob. O. Odudu, D. Bailey, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, „Common Market Law Review”, 51/2014, s. 1747. W doktrynie proponowane są alternatywne do koncepcji jednego organizmu gospodarczego teorie uzasadniające przypisanie odpowiedzialności. Zob. A. Kalintiri, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, „European Law Review”, 43(2), 2018, s. 11-22. Pomimo tego orzecznictwo sądów unijnych uzasadnia odpowiedzialność rodzicielską, opierając się na ogólnej idei jednego podmiotu gospodarczego (*single economic unit*). Zob. wyrok SPI z 12.12.2007 r. w sprawie T-112/05 Akzo Nobel NV i inni przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 58; wyrok Trybunału z 10.04.2014 r. w sprawach połączonych od C-231/11 P do C-233/11 P Komisja Europejska przeciwko Siemens AG Österreich i inni, pkt 45.

450 Wyrok SPI z 14.07.2011 r. w sprawie T-190/06 Total SA i Elf Aquitaine SA p. Komisji.

451 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 188-189 i tam powołane orzecznictwo.

442 C. Koenig, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, „World Competition” 41/2018, s. 70.

443 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 8.06.1998 r. w sprawie United States przeciwko Bestfoods, 524 U.S. 51, 65.

444 C. Kass, *Holding Parents Liable for Their Children's Wrongs: The U.S. and EU Diverge in the Corporate Governance Context*, 12.08.2010, https://www.proskauer.com/alert/holding-parents-liable-for-their-childrens-wrongs#_ftn5.

445 J. Faull, A. Nikpay, *The EU law on competition*, Oxford 2014, s. 1255 (podkreślający, że bezpośrednio uczestnictwo oraz odpowiedzialność rodzicielska są odrębnymi pojęciami); O. Odudu, D. Bailey, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, „Common Market Law Review”, 51/2014, s. 1747.

pisach o kontroli koncentracji, gdzie podstawowe znaczenie ma relacja kontroli nad przedsiębiorcą obejmująca nie tylko rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu, ale również możliwość jego wywierania (*possibility of exercise of decisive influence*)⁴⁵², jak i od standardu stosowanego w przypadku ustalania bezpośredniego uczestnictwa w naruszeniu, gdyż pojęcie rzeczywistego wywierania decydującego wpływu na potrzeby ustalenia odpowiedzialności rodzicielskiej odnosi się ogólnie do działalności danego przedsiębiorcy, podczas gdy w przypadku bezpośredniego uczestnictwa w naruszeniu chodzi raczej konkretnie o decyzje dotyczące uczestnictwa w naruszeniu⁴⁵³.

Pojęcie decydującego wpływu obejmuje istnienie powiązań ekonomicznych, prawnych i organizacyjnych takiego rodzaju, że spółka zależna nie określa samodzielnie swojego zachowania na rynku, lecz co do zasady stosuje się do wskazówek udzielanych jej przez spółkę kontrolującą (spółkę-rodzica)⁴⁵⁴. Ponadto, jeśli spółka kontrolująca (spółka rodzic) posiada cały lub prawie cały kapitał spółki zależnej, która popełniła naruszenie unijnych zasad konkurencji, istnieje wrzuszalne domniemanie⁴⁵⁵, iż owa spółka dominująca rzeczywiście wywiera decydujący wpływ na swoją spółkę zależną⁴⁵⁶.

Istnienie rzeczywistego wywierania decydującego wpływu może być wykazane szeregiem czynników, takich jak posiadanie udziału kapitałowego czy statutowe uprawnienia dające jednemu podmiotowi prawo do wywierania wpływu na działalność innego podmiotu⁴⁵⁷. Jednym z takich czynników może być również istnienie unii personalnej pomiędzy przedsiębiorcami.

W praktyce rozróżnienie pomiędzy koncepcją bezpośredniego uczestnictwa, w szczególności w postaci przypisującej odpowiedzialność na podstawie wiedzy o zachowaniu spółki zależnej, a odpowiedzialnością rodzicielską bywa rozmyte⁴⁵⁸.

452 Zob. W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, „European Law Review” 25/2000, s. 106-107.

453 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 190.

454 Wyrok Trybunału z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji Europejskiej.

455 Tak np. w wyroku Trybunału z 10.09.2009 r. w sprawie C-97/08 P, Akzo Nobel i inni przeciwko Komisji Europejskiej.

456 Jak zauważono w uzasadnieniu projektu z 08.04.2021 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, domniemanie może być obalone, lecz w praktyce jest to niezmiernie trudne. Aby obalić domniemanie, spółki muszą dostarczyć dowody wskazujące na autonomię spółki zależnej. Bez znaczenia dla obalenia domniemania będzie wykazanie, iż spółka dominująca nie brała udziału w naruszeniu czy nawet nie wiedziała o zachowaniach noszących znamiona naruszenia prawa konkurencji. Wynika to z faktu, że domniemanie wywierania decydującego wpływu nie jest domniemaniem winy/udziału w naruszeniu (wówczas do obalenia potrzebne byłoby udowodnienie, że podmiot nie brał w nim udziału). Odpowiedzialność spółki dominującej jest niezależna od zaangażowania w kartelu czy nawet świadomości naruszenia. Dzięki domniemaniu decydującego wpływu nie udowodnimy, że spółka matka brała udział w naruszeniu, a jedynie to, że formalnie jest częścią podmiotu biorącego udział w naruszeniu. Jakakolwiek forma winy po stronie spółki matki nie jest konieczna do nałożenia sankcji ani nie leży u podstaw nałożenia sankcji na spółkę rodzica.

457 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 191.

458 Przykładowo, A. Kalintiri uznaje, że koncepcja tzw. odpowiedzialności rodzicielskiej odnosi się również do sytuacji, w których spółka matka ponosi odpowiedzialność za antykonkurencyjne działania spółki córki, o których spółka matka wiedziała, podczas gdy J. Faull i A. Nikpay uznają takie sytuacje za bezpośrednie uczestnictwo spółki matki. Por. A. Kalintiri, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, „European Law Review”, 43(2), 2018, s. 6; J. Faull, A. Nikpay, *The EU law on competition*, Oxford 2014, s. 1255.

W praktyce orzeczniczej jedną z pierwszych spraw dotyczących naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, w której uzasadnieniu przywołane było istnienie unii personalnych, była decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Moët et Chandon (London) Ltd⁴⁵⁹. Moët et Chandon (London) Ltd była spółką zależną Moët et Hennessy SA. W uzasadnieniu decyzji Komisja Europejska podkreśliła, że oprócz powiązań kapitałowych spółki należące do grupy Moët łączyły unie personalne⁴⁶⁰. Jeden z członków rady dyrektorów Moët et Hennessy SA był członkiem rady Moët et Chandon (London) Ltd.

Komisja ustaliła, że Moët et Chandon (London) Ltd. była stroną antykonkurencyjnego porozumienia. Jednakże Komisja uznała, że inne spółki z grupy Moët musiały być świadome naruszenia⁴⁶¹. W decyzji kończącej postępowanie Komisja wydała nakaz powstrzymywania się od określonych zachowań stanowiących naruszenie. Nakaz ten był skierowany wobec Moët et Hennessy SA (spółka matka) i obejmował bezpośrednio zachowanie tej spółki i jej zachowanie za pośrednictwem spółek zależnych. Komisja nałożyła również karę na spółkę matkę. Z decyzji Komisji nie wynika jednoznacznie czy uznała, że spółka matka była bezpośrednio uczestnikiem porozumienia. Niezależnie od przyjętej koncepcji jednym z czynników mających wpływ na obciążenie spółki matki negatywnymi konsekwencjami naruszenia było istnienie unii personalnych.

Unie personalne odgrywały również rolę okoliczności przywoływanej w kontekście nałożenia odpowiedzialności na spółkę Avebe w sprawie dotyczącej kartelu obejmującego producentów glukonianu sodu⁴⁶². Jednym z uczestników kartelu była Glucon - jednostka nieposiadająca osobowości prawnej i początkowo stanowiąca wspólne przedsięwzięcie spółek Avebe oraz Akzo. W decyzji kończącej postępowanie w tej sprawie Komisja Europejska nałożyła kary na Avebe i Akzo. Uzasadniając nałożenie kary na te spółki, Komisja opierała się w znacznej mierze na argumentach związanych ze strukturą organizacyjną Glucony, w tym na istnieniu unii personalnych oraz konkretnej roli osób pełniących funkcje członków organów. W szczególności Komisja podkreślała, że w zarządzie Glucony zasiadało dwóch dyrektorów, których odpowiednio powoływały Akzo i Avebe. Dyrektorzy wspólnie odpowiadali za podejmowane uchwały o charakterze ogólnym oraz za prowadzenie spraw spółki Glucon. Przedstawiciel Akzo odpowiadał za sprzedaż i politykę handlową, natomiast przedstawiciel Avebe za produkcję i działalność w dziedzinie badań naukowych i rozwoju technicznego. Glucon posiadała również radę nadzorczą, w której skład wchodziło po dwóch przedstawicieli z każdej spółki dominującej. Przedstawiciele Akzo i Avebe sprawowali na przemian stanowisko prezesa rady nadzorczej.

W odwołaniu od decyzji Komisji Avebe wskazywała m.in., że naruszenie polegało na ustalaniu cen sprzedaży, podczas gdy kwestie związane ze sprzedażą były przede wszystkim domeną Akzo i jej przedstawicieli w Gluconie. W związku z tym w ocenie Avebe to Akzo powinno być wyłącznie odpowiedzialne za zachowania Glucony. Sąd, oddalając zarzut Avebe, wskazał, że zgodnie z umową spółki Glucon kierunki polityki tej spółki były określane wspólnie przez Akzo i Avebe. W konsekwencji zda-

459 Decyzja Komisji Europejskiej z 27.11.1981 r. w sprawie IV/30.188 Moët et Chandon.

460 Tamże, pkt 3.

461 Tamże, pkt 20.

462 Decyzja Komisji Europejskiej z 2.10.2001 r. w sprawie COMP/E-1/36.756 - Glukonian sodu; wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T314/01 Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA przeciwko Komisji Europejskiej.

niem sądu Komisja mogła uznać, że wszyscy członkowie zarządu Glucony wiedzieli o antykonkurencyjnych praktykach tej spółki. Fakt istnienia unii personalnych był zatem jedną z kluczowych okoliczności uzasadniających przypisanie odpowiedzialności spółce Avebe.

Unie personalne były również jednym z elementów mających wpływ na ustalenie odpowiedzialności spółki Bolloré (zarówno na podstawie własnego uczestnictwa, jak i przypisania odpowiedzialności za działania osoby trzeciej) w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie kartelu producentów papieru samokopiującego. Jednym z uczestników porozumienia była spółka Copigraph, której 100% udziałów należało do spółki Bolloré. W decyzji Komisja Europejska uznała Bolloré odpowiedzialną za naruszenie prawa. Uzasadniając decyzję, wskazała, że Bolloré ponosi odpowiedzialność nie tylko za własne zachowanie, ale również za zachowanie Copigraph odnośnie do kartelu (*in relation to the cartel*)⁴⁶³. Komisja opierała się m.in. na istniejących pomiędzy spółkami powiązaniach personalnych. Z faktu łączenia funkcji przez pracowników Bolloré z pozycjami zarządczymi w Copigraph Komisja wywnioskowała, że spółka dominująca musiała być poinformowana o uczestnictwie spółki zależnej w kartelu⁴⁶⁴.

Na etapie rozstrzygania sprawy przez sąd ustalenie odpowiedzialności Bolloré na podstawie osobistego uczestnictwa w praktyce uznanej za naruszenie zostało podważone ze względów proceduralnych⁴⁶⁵. Sąd podtrzymał jednak decyzję Komisji w zakresie, w jakim czyniła ona odpowiedzialną spółkę Bolloré jako spółkę dominującą Copigraph⁴⁶⁶. W tym zakresie sąd uznał, że Bolloré wywierała decydujący wpływ na Copigraph, w której posiadała 100% udziałów. Sąd wskazał jednak, że fakt posiadania całości kapitału spółki zależnej, o ile stanowi poważną poszlakę wskazującą na istnienie ze strony spółki dominującej możliwości wywierania decydującego wpływu na postępowanie spółki zależnej na rynku, sam nie jest wystarczający, by przypisać spółce dominującej zachowanie spółki zależnej⁴⁶⁷. Konieczne jest ustalenie dodatkowych okoliczności np. za pomocą poszlak; ten dodatkowy element nie musi jednak polegać na wykazaniu wydawania rzeczywistych instrukcji dotyczących uczestnictwa w praktyce stanowiącej naruszenie⁴⁶⁸.

W tym zakresie sąd przywołał dwie grupy okoliczności wspierających fakt posiadania całości udziałów. Z jednej strony sąd wskazał, że Copigraph był elementem zintegrowanej pionowo organizacji kontrolowanej przez Bolloré i należał do jednego z wydziałów tak zintegrowanej struktury⁴⁶⁹. Z drugiej strony sąd przywołał szereg powiązań personalnych między spółkami. Wskazał, że w pewnym okresie Bolloré i Copigraph posiadały wspólnego członka zarządu⁴⁷⁰. Ponadto kilka innych osób z kierow-

nictwa (aczkolwiek spoza zarządu) Bolloré było członkami zarządu Copigraph⁴⁷¹, a dyrektor handlowy Copigraph pracował w dziale sprzedaży Bolloré⁴⁷². Odnosząc się do kwestii niezależności spółki zależnej, sąd stwierdził, że członkowie spółki dominującej pełniący funkcje kierownicze w spółce zależnej nie muszą konieczności być pełnomocnikami spółki dominującej, by można było stwierdzić brak niezależności polityki handlowej spółki zależnej w stosunku do spółki dominującej. Fakt, że osoba będąca członkiem spółki dominującej nie jest pełnomocnikiem tej spółki, nie uniemożliwia jej bowiem w ramach pełnienia funkcji kierowniczych w spółce zależnej dopilnowania, by linia działania na rynku przyjęta przez spółkę zależną była zgodna z kierunkami działania określonymi przez organy kierownicze spółki dominującej⁴⁷³.

Innym przykładem sprawy, w której istnienie powiązań personalnych było powoływane jako dowód służący przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie dokonane przez inny podmiot jest sprawa kartelu na rynku kabli elektrycznych⁴⁷⁴. W tej sprawie jednym z uczestników porozumienia była spółka Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l., będąca spółką zależną Prysmian S.p.A. W trakcie postępowania Komisja ustaliła, że kontrolę nad drugą z wymienionych spółek sprawowała Goldman Sachs Group, Inc. W tym celu Komisja opierała się m.in. na powiązaniach członków rady dyrektorów Prysmian S.p.A. W uzasadnieniu decyzji wskazano, że dyrektorzy zatrudnieni przez Goldman Sachs Group, Inc. lub w inny sposób z powiązani z tą spółką stanowili przynajmniej 50% składu rady dyrektorów Prysmian S.p.A., a decyzje rady dyrektorów Prysmian S.p.A. wymagały aprobaty przynajmniej części dyrektorów powiązanych z Goldman Sachs Group, Inc.⁴⁷⁵ Ponadto, reprezentanci Goldman Sachs mieli szerokie uprawnienia zarządcze w spółce⁴⁷⁶. W konsekwencji Komisja przyjęła, że Goldman Sachs Group, Inc. sprawowała decydujący wpływ nad Prysmian S.p.A., co z kolei pozwoliło na przyjęcie solidarnej odpowiedzialności Goldman Sachs Group, Inc. za naruszenia dokonane przez spółkę zależną Prysmian S.p.A.

Jak wynika z powyższego przeglądu orzecznictwa, nie ulega wątpliwości, że unie personalne mogą stanowić okoliczność przemawiającą za istnieniem relacji zależności (wywierania decydującego wpływu), co przekłada się na możliwość rozszerzenia zakresu odpowiedzialności na podmioty zaangażowane w tę relację na podstawie koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej. Jednakże w przypadku ustalenia odpowiedzialności na podstawie koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej istnienie unii personalnych stanowi raczej jedynie dodatkową okoliczność wspierającą przede wszystkim twierdzenie o sprawowaniu kontroli opartej na powiązaniach udziałowych.

Rola unii personalnych może być nieco odmienna w przypadku ustalenia bezpośredniego uczestnictwa w praktyce. W takim wypadku zaangażowany w unię członek organów może bowiem dokonywać działań stanowiących podstawę do ustalenia, że obie spółki połączone unią są bezpośrednimi uczestnikami praktyki wielostronnej. Wydaje się jednak, że w takich sytuacjach również nie powinno być wystarczające samo stwierdzenie istnienia unii personalnej dotyczącej osoby fizycznej będącej członkiem organów dwóch spółek połączonych unią. Konieczne byłoby dowiedzenie,

463 Decyzja Komisji Europejskiej z 20.12.2001 r. w sprawie nr COMP/E-1/36.212 Carbonless paper, pkt 356.

464 Tamże, pkt 354.

465 Wyrok SPI z 26.04.2007 r. w sprawach połączone T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 oraz T-136/02 Bolloré SA i inni przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 66-81.

466 Rozstrzygnięcie to zostało wprawdzie uchylone przez Trybunał, jednak podstawą uchylenia były przyczyny proceduralne, a nie kwestionowanie twierdzeń sądu co do meritum sprawy. Wyrok Trybunału z 3.09.2009 r. w sprawach połączonych C322/07 P i C327/07 P i C338/07 P Papierfabrik August Koehler AG i inni przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 34-48.

467 Wyrok SPI z 26.04.2007 r. w połączonych sprawach T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 oraz T-136/02 Bolloré SA i inni przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 132.

468 Tamże, pkt 132.

469 Tamże, pkt 145-147.

470 Tamże, pkt 136-137.

471 Tamże, pkt 138.

472 Tamże, pkt 139.

473 Tamże, pkt 140.

474 Decyzja Komisji Europejskiej z 2.04.2014 r. w sprawie nr AT. 39610 Power Cables.

475 Tamże, pkt 762.

476 Tamże, pkt 763.

że członek organu zaangażowany w unię personalną podejmował konkretne działania składające się na naruszenie lub co najmniej o nich wiedział. W takim wypadku istnienie i szczegóły funkcjonowania unii personalnej mają nieco większe znaczenie dla oceny możliwości nałożenia odpowiedzialności na spółkę.

Odnosząc się z kolei do próby rozróżnienia znaczenia okoliczności istnienia unii personalnej na ustalenie bezpośredniego uczestnictwa lub przypisania odpowiedzialności na podstawie koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej, zasadniczo można twierdzić, iż stwierdzenie bezpośredniego uczestnictwa będzie właściwe w sytuacji, gdy osoby pełniące funkcje organów, dokonując czynności składających się na naruszenie, reprezentują obydwie powiązane spółki (spółkę matkę i spółkę zależną). Z kolei przypisanie odpowiedzialności osoby trzeciej może mieć również zastosowanie w sytuacji, gdy osoby zaangażowane w unię personalną bezpośrednio nie dokonują czynności stanowiących element praktyki antykonkurencyjnej, lecz istnienie unii jest elementem stanu faktycznego składającego się na rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu. Przykładowo, spółka A posiada trzech członków zarządu: X, Y i Z, z których każdy może reprezentować spółkę samodzielnie. X oraz Y są również członkami zarządu spółki B. Członek zarządu Z zawarł antykonkurencyjne porozumienie w imieniu spółki A, ale nie poinformował o tym fakcie X i Y. W takiej sytuacji istnienie unii personalnych dotyczących członków zarządu X i Y nie powinno stanowić dowodu, że spółka B jest bezpośrednim uczestnikiem antykonkurencyjnej praktyki, jednak teoretycznie mogłoby stanowić podstawę do przypisania odpowiedzialności spółce B na podstawie koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej.

4.3.3.3. Prawo polskie

Rozwój koncepcji dotyczących ustalenia odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji w polskiej doktrynie i orzecznictwie był znacznie bardziej ograniczony w porównaniu do prawa unijnego. Kwestia przypisania odpowiedzialności na podstawie koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej była postulowana w doktrynie⁴⁷⁷, ale przez dłuższy czas nieobecna w orzecznictwie. Dotyczy to również problematyki unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy ustalenia odpowiedzialności za naruszenie.

Początkowo wyjątkiem w tym zakresie była sprawa kartelu cementowego. W tej sprawie Prezes UOKiK wszczął postępowanie m.in. przeciwko Ekocem sp. z o.o. W toku postępowania organ ustalił, że jeden z uczestników antykonkurencyjnego porozumienia – Górażdże Cement S.A. – w trakcie jego obowiązywania przejął kontrolę nad Ekocem sp. z o.o. poprzez nabycie większości udziałów w spółce. Od momentu przejęcia kontroli nad Ekocem sp. z o.o. spółki łączył również szereg powiązań personalnych. Większość członków rady nadzorczej, a w początkowym okresie nawet wszyscy jej członkowie, byli równocześnie członkami zarządu Górażdże Cement S.A. W pewnym okresie jeden z członków zarządu Ekocem sp. z o.o. był równocześnie członkiem zarządu Górażdże Cement S.A.⁴⁷⁸

Ponadto Ekocem sp. z o.o. nie uczestniczył aktywnie w żadnych antykonkurencyjnych

uzgodnieniach. Jednakże w niektórych przypadkach antykonkurencyjne ustalenia dotyczące Górażdże Cement S.A. obejmowały również Ekocem sp. z o.o., co było związane z faktem, iż pozostali uczestnicy antykonkurencyjnego porozumienia traktowali tę ostatnią jako jednostkę przynależną⁴⁷⁹.

Wskazane okoliczności stanowiły dla Prezesa UOKiK podstawę do uznania, że Ekocem sp. z o.o. nie był samodzielnym podmiotem gospodarczym decydującym o swoim zachowaniu na rynku, ale należał do jednego organizmu gospodarczego, kontrolowanego przez Górażdże Cement S.A. W konsekwencji Prezes UOKiK uznał, że zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień nie miał zastosowania do Ekocem sp. z o.o. Zdaniem organu antymonopolowego za potwierdzeniem takiego stanowiska przemawia orzecznictwo wydane na gruncie unijnego prawa ochrony konkurencji dotyczące stosunków kontraktowych pomiędzy spółkami w ramach jednej grupy kapitałowej (jednego organizmu gospodarczego), z którego wynika, że porozumienia zawarte pomiędzy podmiotami należącymi do jednej grupy nie wchodzą w zakres zakazu antykonkurencyjnych porozumień.

Opierając się na wskazanym orzecznictwie, Prezes UOKiK przedstawił stanowisko, zgodnie z którym spółka córka należąca do jednego organizmu gospodarczego ze spółką matką nie może ponosić odpowiedzialności za uczestnictwo w antykonkurencyjnym porozumieniu z uwagi na brak autonomiczności w podejmowaniu decyzji co do swojego uczestnictwa w porozumieniu. Takie stanowisko wynika z niezrozumienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego na gruncie unijnego prawa ochrony konkurencji⁴⁸⁰. Faktem bowiem jest, że w świetle zasad przypisywania odpowiedzialności na gruncie unijnego prawa ochrony konkurencji brak autonomii po stronie podmiotu zależnego (wywieranie decydującego wpływu przez podmiot dominujący) pozwala na nałożenie na podmiot dominujący sankcji z tytułu uczestnictwa podmiotu zależnego w antykonkurencyjnych praktykach. Nie oznacza to jednak, że brak autonomii po stronie podmiotu zależnego uniemożliwia nałożenie na niego sankcji z tytułu uczestnictwa w antykonkurencyjnym porozumieniu⁴⁸¹. Podejście sugerowane przez polski organ antymonopolowy, ograniczające nakładanie sankcji na takich nieautonomicznych (pasywnych) uczestników porozumienia, byłoby wręcz sprzeczne z istotą koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Jeśli antykonkurencyjna praktyka dotyczyłaby działalności całego organizmu gospodarczego (i mogłaby przynosić całemu organizmowi gospodarczemu nienależne korzyści), to niezasadne jest ograniczanie ponoszenia negatywnych konsekwencji tylko przez część tego organizmu gospodarczego. Konsekwencją takiego podejścia byłoby również uzależnienie wymiaru odpowiedzialności w zależności od struktury wewnętrznej danego organizmu gospodarczego. Przykładowo spółki dominujące grup A i B zawarłyby porozumienie obejmujące wszystkich uczestników swoich grup kapitałowych, przy czym spółka dominująca grupy A generuje 90% przychodów swojej grupy, a pozostałe 10% generuje za pośrednictwem spółek zależnych, a spółka B generuje samodzielnie 1% przychodów grupy, a pozostałe 99% za pośrednictwem spółek zależnych. W takim wypadku

479 Tamże, pkt 558 i 561.

480 Podobnie P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 226.

481 Mimo że w uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK wskazuje, że Ekocem sp. z o.o. nie uczestniczył w antykonkurencyjnym porozumieniu, to jednak treść uzasadnienia sugeruje, że nawet jeśli spółka uczestniczyłaby w porozumieniu, ale nie posiadałaby autonomii decyzyjnej w tym zakresie, to i tak kara nie mogłaby zostać na nią nałożona.

477 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 225.

478 Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r. nr DOK-7/09, pkt 52.

grupa A ponosiłaby w sposób nieuzasadniony większy ciężar wynikający z faktu, iż maksymalna kara stanowiłaby 9% przychodów całej grupy, podczas gdy w przypadku grupy B byłoby to jedynie 0,1%.

W nowszym orzecznictwie Prezesa UOKiK można zaobserwować nieco większą spójność pomiędzy polskim i unijnym prawem w zakresie koncepcji odpowiedzialności spółek matek. W sprawie Veolia/PNGiG⁴⁸² Prezes UOKiK wydał decyzję zarówno w stosunku do spółki Veolia Warszawa, która odgrywała główną rolę w zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia, jak i jej spółkę matkę - Veolia Polska. W uzasadnieniu decyzji w kontekście przypisania odpowiedzialności spółce Veolia Polska Prezes UOKiK z jednej strony powoływał się na koncepcję jednego organizmu gospodarczego, wywodząc jego istnienie z faktu posiadania przez Veolia Polska 97% akcji Veolia Warszawa oraz z okoliczności obsadzenia organu nadzoru Veolii Warszawa członkami zarządu Veolii Polska. Z drugiej strony Prezes UOKiK odnosił się do koncepcji sugerujących bezpośrednie uczestnictwo Veolia Warszawa. Wskazywał m.in., że Veolia Polska miała pełną wiedzę o funkcjonowaniu porozumienia zawartego między PNGiG Termika a Veolia Warszawa. Zdaniem Prezesa UOKiK świadczył o tym fakt, że zarówno w okresie, kiedy doszło do nawiązania współpracy między PNGiG Termika i Veolia Warszawa, jak i w okresie jej funkcjonowania członkowie zarządu Veolii Polska zasiadali w radzie nadzorczej Veolii Warszawa. Ponadto temat współpracy z PNGiG Termika był wielokrotnie poruszany na posiedzeniach rady nadzorczej Veolii Warszawa, z udziałem przedstawicieli Veolia Polska.

Obowiązek implementacji koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej w kształcie wypracowanym w unijnym orzecznictwie do polskiego prawa wynika z tzw. Dyrektywy ECN+. W punkcie 46 preambuły Dyrektywy ECN+ prawodawca unijny wskazał, że aby zapewnić skuteczne i jednolite stosowanie m.in. art. 101 TFUE, pojęcie przedsiębiorstwa zawarte w tym przepisie, które należy stosować zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, oznacza jednostkę gospodarczą, nawet jeśli składa się ona z kilku osób fizycznych lub prawnych. W związku z tym krajowe organy ochrony konkurencji powinny móc stosować pojęcie przedsiębiorstwa w celu znalezienia odpowiedzialnej spółki dominującej i nałożenia na nią kar za praktykę stosowaną w jednej z jej spółek zależnych w przypadku gdy spółka dominująca i jej spółka zależna stanowią jedną jednostkę gospodarczą. Powyższe potwierdza artykuł 13 ust. 5 Dyrektywy ECN+, który przewiduje, że państwa członkowskie zapewniają, aby do celów nakładania kar m.in. na spółki dominujące miało zastosowanie pojęcie przedsiębiorstwa. Oznaczało to konieczność wprowadzenia na grunt polskiego prawa wspomnianej koncepcji odpowiedzialności rodzicielskiej.

Dyrektywa ECN+ została implementowana ustawą z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw⁴⁸³. Po tej nowelizacji uokik przewiduje, że w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu antykonkurencyjnych praktyk wielostronnych (art. 6 uokik i art. 101 TFUE) naruszenia dopuszcza się również przedsiębiorca wywierający decydujący wpływ na tego przedsiębiorcę⁴⁸⁴. Ustawa precyzuje, że wywieranie decydującego wpływu zachodzi w sytuacji, gdy pomiędzy przedsiębiorcami istnieją takie powiązania ekonomiczne, prawne i organizacyjne, które skutkują wykonywaniem lub stosowaniem się przez

przedsiębiorcę, na którego wywierany jest decydujący wpływ, do instrukcji udzielanych mu przez przedsiębiorcę wywierającego decydujący wpływ, w sposób ograniczający lub uniemożliwiający samodzielne określanie jego zachowania na rynku⁴⁸⁵. Ponadto ustawa zawiera domniemanie, zgodnie z którym przedsiębiorca wywiera decydujący wpływ, jeżeli posiada powyżej 90% kapitału przedsiębiorcy, na którego wywiera decydujący wpływ⁴⁸⁶. Przepisy te są również uzupełnione o przepisy dotyczące bezpośrednio kar pieniężnych wskazujące, że w przypadku, gdy na przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia zakazu antykonkurencyjnych praktyk wielostronnych, był wywierany decydujący wpływ przez innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, Prezes UOKiK może nałożyć łączną karę pieniężną na tego przedsiębiorcę i na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców wywierających na niego decydujący wpływ⁴⁸⁷. Po wprowadzeniu tych rozwiązań unie personalne mogą stanowić okoliczność istotną z perspektywy ustalenia odpowiedzialności za naruszenie, podobnie jak ma to miejsce w praktyce stosowania unijnego prawa ochrony konkurencji.

4.4. Podsumowanie i wnioski

W świetle powyższej analizy zakazy zawierania antykonkurencyjnych porozumień w amerykańskim, polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji w niewielkim stopniu tworzą bodźce mogące w pewnym zakresie przeciwdziałać tworzeniu i funkcjonowaniu unii personalnych. Praktyka stosowania tych przepisów przez organy ochrony konkurencji i sądy wskazuje, że zakazy zawierania antykonkurencyjnych porozumień nie są ukierunkowane bezpośrednio na przeciwdziałanie uniom personalnym; w większości wypadków przeciwdziałanie miało charakter pośredni i wiązało się z rolą unii personalnych jako dodatkowego czynnika mogącego mieć wpływ na ustalenie naruszenia lub nałożenie odpowiedzialności na spółkę.

Ponadto w praktyce zastosowanie zakazów zawierania antykonkurencyjnych porozumień do praktyk polegających na tworzeniu lub funkcjonowaniu unii personalnych jest niemożliwe albo znacznie utrudnione. Wynika to z faktu, że praktyki polegające na tworzeniu czy funkcjonowaniu unii personalnych w wielu przypadkach trudno uznać za porozumienie⁴⁸⁸.

W teorii unie personalne mogą również stanowić okoliczność mającą wpływ na wyłączenie relacji pomiędzy spółkami spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. W tym wymiarze przepisy zatem mogą w teorii wręcz zachęcać do tworzenia unii personalnych. Jednakże, biorąc pod uwagę fakt, że w świetle orzecznictwa unie personalne nie stanowią samodzielnie okoliczności pozwalającej na stwierdzenie przynależności spółek powiązanych unią do jednego organizmu gospodarczego, to ich praktyczne znaczenie w tym kontekście jest ograniczone.

482 Decyzja Prezesa UOKiK z 3.12.2020 r. nr DOK-5/2020.

483 Dz. U. 2023 poz. 852.

484 Art. 6b ust. 1 uokik.

485 Art. 6b ust. 2 uokik.

486 Art. 6b ust. 3 uokik.

487 Art. 106c ust. 1 uokik.

488 W niektórych wypadkach ta trudność wynika z trudności w udowodnieniu porozumienia.

5. Zakaz monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej

5.1. Wprowadzenie

Zakaz nadużywania pozycji dominującej jest jednym z filarów polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji. Jego celem jest przeciwdziałanie nadużyciom wynikającym z wykorzystania siły rynkowej⁴⁸⁹. Podstawowe przesłanki zastosowania tego zakazu odnoszą się do pozycji dominującej oraz nadużycia. Pojęcie pozycji dominującej zostało zdefiniowane w unijnym orzecznictwie⁴⁹⁰ i uokik⁴⁹¹. Z kolei katalogi przykładowych praktyk stanowiących nadużycie zostały wskazane zarówno w art. 102 TFUE, jak i art. 9 uokik.

W prawie amerykańskim funkcjonalnym odpowiednikiem zakazu nadużywania pozycji dominującej jest sekcja 2. Ustawy Shermana. Przepis ten zakazuje monopolizacji, a także usiłowania lub zmawiania się w celu jej osiągnięcia⁴⁹². Amerykański ustawodawca nie zdefiniował jednak podstawowego pojęcia monopolizacji, co może rodzić problemy w ustaleniu, jakie zachowania są objęte zakresem zakazu⁴⁹³. Pomimo tego istnieje konsensus co do tego, że sekcja 2. Ustawy Shermana jest przede wszystkim ukierunkowana na zachowania jednostronne, a podmiot podejmujący te zachowania musi mieć pewien stopień dominacji na rynku⁴⁹⁴. Jednakże zakres zachowań mogących teoretycznie stanowić formę monopolizacji oraz metod ich analizy jest niezwykle szeroki i pozbawiony wyraźnych granic⁴⁹⁵. W praktyce to orzecznictwo sądów dookreśla zakres omawianego zakazu⁴⁹⁶.

W uproszczonym modelu stosowania wyżej wymienionych zakazów antykonkurencyjnych praktyk jednostronnych można wyróżnić dwa podstawowe etapy. Analiza omawianych instrumentów w kontekście przedmiotu niniejszej pracy wymaga postawienia określonych pytań badawczych odnoszących się odpowiednio do tych etapów.

W pierwszej kolejności należy ustalić, czy przedsiębiorca, w stosunku do którego wysuwa się zarzut naruszenia zakazu antykonkurencyjnych praktyk jednostronnych, ma odpowiednią pozycję na rynku (pozycję dominującą). Pytanie badawcze odnosi się do

togo, czy utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej ma wpływ na ustalenie pozycji dominującej. Analiza zagadnienia wskazuje, że unie mogą stanowić okoliczność istotną dla ustalenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej w unijnym i polskim prawie ochrony konkurencji. W konsekwencji przepisy dotyczące nadużywania pozycji dominującej mogą pośrednio zniechęcać do tworzenia unii personalnych w zakresie, w jakim stanowią okoliczność rozszerzającą zakres stosowania surowych reguł nakładanych na przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą.

W amerykańskiej doktrynie istnieje konsensus co do tego, że sekcja 2. Ustawy Shermana jest przede wszystkim ukierunkowana na zachowania jednostronne⁴⁹⁷. W odróżnieniu od prawa unijnego i polskiego sekcja 2. Ustawy Shermana nie obejmuje swoim zasięgiem kolektywnej pozycji dominującej⁴⁹⁸. Tym samym analiza unii personalnych w tym kontekście jest bezprzedmiotowa.

W drugim etapie stosowania zakazu monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej następuje analiza konkretnego zachowania przedsiębiorcy pod kątem tego, czy rzeczywiście stanowi nadużycie pozycji dominującej (monopolizację). Z perspektywy niniejszej pracy szczególnie istotna jest odpowiedź na pytanie, czy utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej może stanowić przejaw nadużycia (monopolizacji). Z przeprowadzonej analizy wynika, że pomimo stosunkowo szerokich definicji pojęcia monopolizacji i nadużycia pozycji dominującej, w orzecznictwie praktyki polegające na tworzeniu i funkcjonowaniu unii personalnych nie były przedmiotem zainteresowania orzecznictwa dotyczącego zastosowania omawianych zakazów⁴⁹⁹.

5.2 Unie personalne jako okoliczność służąca ustaleniu istnienia kolektywnej pozycji dominującej w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji

Podstawową przesłanką umożliwiającą zastosowanie analizowanego zakazu w konkretnym przypadku jest uprzednie stwierdzenie posiadania przez domniemanego naruszcziela pozycji dominującej.

Fundamentalnym orzeczeniem dla zdefiniowania pojęcia dominacji był wyrok w sprawie United Brands⁵⁰⁰. Zdefiniowano w nim pozycję dominującą jako pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez przedsiębiorstwo, która umożliwia mu zapobieganie utrzymaniu efektywnej konkurencji na rynku właściwym jako rezultatu zdolności do działania w znaczącym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i w ostateczności konsumentów⁵⁰¹. Definicja ta została utrwalona w późniejszym orzecznictwie⁵⁰².

489 P. Roth, V. Rose, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, Oxford 2013, s. 910.

490 Zob. w szczególności wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 United Brands Company oraz United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji.

491 Art. 4 pkt 10 uokik.

492 *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

493 U.S. Dep't of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, Chapter 1, Washington 2008, s. 2.

494 H. Hovenkamp, *Monopolizing and the Sherman Act*, 2021, s. 2. Sekcja 2. Ustawy Shermana odnosi się również do praktyk łączenia i zmawiania się w celu monopolizacji. Jednakże tego typu zachowania pozostają poza głównym nurtem stosowania sekcji 2. Ustawy Shermana.

495 H. Hovenkamp, *Monopolizing and the Sherman Act*, 2021, s. 2.

496 Tamże.

497 H. Hovenkamp, *Monopolizing and the Sherman Act*, 2021, s. 2.

498 American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, 2017/1/2G; K. Reinker, D. Culley, E. Kim, *The Dominance and Monopolies Review: USA*, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-dominance-and-monopolies-review/usa>.

499 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009; P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V, New York 2016, s. 332.

500 Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 United Brands Company oraz United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji.

501 W oryginale: "a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, of its customers and ultimately of its consumers".

502 Zob. w szczególności wyrok Trybunału z 13.02.1979 r. w sprawie nr 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 38-41; wyrok Trybunału z 9.12.1983 r. w sprawie nr 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 30.

Uokik definiuje pozycję dominującą jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów⁵⁰³. Definicja ta co do zasady odpowiada tej wypracowanej w orzeczeniu w sprawie United Brands. Różnica polega na zrezygnowaniu w uokik z pierwszego członu odnoszącego się do siły ekonomicznej. Ponadto w odróżnieniu od prawa unijnego uokik zawiera w swojej treści również domniemanie, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%. W przypadku prawa unijnego wysoki udział rynkowy również bywa uznawany za okoliczność wskazującą na istnienie pozycji dominującej, ale reguły w tym zakresie wypracowane w unijnym orzecznictwie są nieco odmienne⁵⁰⁴.

W każdym wypadku pozycja dominująca wynika z szeregu czynników, które – jeśli są rozpatrywane samodzielnie – niekoniecznie mają charakter decydujący⁵⁰⁵. Dla ustalenia takiej pozycji kluczowe są przede wszystkim okoliczności dotyczące struktury rynku⁵⁰⁶.

Z perspektywy przedmiotu niniejszej pracy istotne jest również wskazanie, że pozycja dominująca zazwyczaj sprawowana jest samodzielnie przez jednego przedsiębiorcę, jednak możliwa jest również sytuacja, w której kilku przedsiębiorców wspólnie ma pozycję dominującą. Takie przypadki określa się jako tzw. kolektywną pozycję dominującą.

Istnienie unii personalnych może stanowić czynnik wpływający na ustalenie kolektywnej pozycji dominującej. W konsekwencji może to przełożyć się na zastosowanie dość surowych reguł dotyczących zakazu nadużywania pozycji dominującej poprzez ich zastosowanie do kilku przedsiębiorców, spośród których żaden samodzielnie nie ma takiej pozycji, lecz którzy razem mogą być uznani za kolektywnego dominanta. Poniżej zostanie bliżej przeanalizowane pojęcie kolektywnej pozycji dominującej oraz roli unii personalnych w ustaleniu jej istnienia.

Pojęcie kolektywnej pozycji dominującej wynika z orzecznictwa dotyczącego nie tylko zakazu nadużywania pozycji dominującej, ale również w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Zasady wypracowane w sprawach koncentracyjnych znajdują zastosowanie również do postępowań dotyczących nadużycia pozycji dominującej⁵⁰⁷. Orzecznictwo zapadłe w toku postępowań należących do obydwu reżimów zostanie przedstawione zbiorczo poniżej.

Początkowo Trybunał stał na stanowisku, że zakaz nadużywania pozycji dominującej dotyczy wyłącznie zachowań pojedynczych i samodzielnych organizmów gospodar-

czych⁵⁰⁸. Pierwszym orzeczeniem potwierdzającym możliwość stwierdzenia kolektywnej dominacji w kontekście zarzutu naruszenia zakazu nadużycia pozycji dominującej było orzeczenie w sprawie Italian Flat Glass⁵⁰⁹. W tym orzeczeniu unijny sąd stwierdził, że kilku niezależnych przedsiębiorców zjednoczonych więzami gospodarczymi może razem mieć pozycję dominującą na konkretnym rynku. Jako przykład sąd wskazał na sytuację, w której przedsiębiorcy dzięki umowom lub licencjom łącznie mają technologiczną przewagę umożliwiającą w znaczącej mierze zachowywanie się w sposób niezależny od konkurentów, klientów oraz konsumentów.

Pojęcie pozycji dominującej było rozwijane w późniejszym orzecznictwie sądów UE. W wyroku w sprawie Almelo⁵¹⁰ sąd stwierdził, że do stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej konieczne są powiązania skutkujące podejmowaniem takich samych zachowań rynkowych przez przedsiębiorców składających się kolektywnego dominanta. W pierwszym etapie rozwoju orzecznictwa pojęcie powiązań ekonomicznych umożliwiających stwierdzenie pozycji dominującej było rozumiane wąsko jako powiązania strukturalne⁵¹¹. Dopiero w wyroku w sprawie Gencor – wydanym jednak w kontekście oceny koncentracji – SPI stwierdził, że do stwierdzenia wystąpienia kolektywnej pozycji dominującej wystarczające jest istnienie relacji wzajemnej zależności między członkami wąskiego oligopolu⁵¹². W wyroku w sprawie Compagnie Maritime Belge Trybunał doprecyzował, że istnienie umów lub innych więzi prawnych nie jest konieczne dla stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej; takie stwierdzenie może również być oparte na innych czynnikach łączących i będzie zależeć od analizy ekonomicznej, w szczególności badania struktury rynku⁵¹³.

Kolejnym krokiem milowym rozwoju orzecznictwa dotyczącego pojęcia kolektywnej pozycji dominującej była sprawa Airtours. W tej sprawie SPI wskazał szereg warunków pozwalających stwierdzić istnienie takiej pozycji⁵¹⁴. Po pierwsze, w świetle cech charakteryzujących właściwy rynek, każdy członek dominującego oligopolu powinien mieć zdolność poznania działania pozostałych członków, aby monitorować, czy postępują zgodnie ze wspólną strategią. Wymaga to istnienia odpowiedniej transparentności rynku. Po drugie, konieczne jest długotrwałe utrzymywanie „cichej koordynacji” (*tacit coordination*), co oznacza, iż powinny istnieć zachęty dla oligopolistów do nieodstępowania od wspólnej strategii działania. Obejmuje to istnienie środków odwetowych (*retaliation*) grożących w przypadku odstępstwa od koordynacji. Po trzecie,

508 Tak wyrok Trybunału z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 Hoffman - La Roche & Co. AG przeciwko Komisji, pkt 39.

509 Wyrok SPI z 10.03.1992 r. w połączonych sprawach T-68/89, T-77/89 oraz T-78/89, Società Italiana Vetro SpA, Fabbria Pisana SpA oraz PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. W przypadku kontroli koncentracji do pierwszych orzeczeń należały decyzja Komisji Europejskiej z 22.07.1992 r. w sprawie IV/M.190, Nestlé/Perrier; decyzja Komisji Europejskiej z 14.12.1993 r. w sprawie IV/M.308, Kali und Salz/MdK/Treuhand; wyrok Trybunału z 31.03.1998 r. w sprawach połączonych C-68/94 i C-30/95, Republika Francuska, Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) oraz Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

510 Wyrok Trybunału z 27.04.1994 r. w sprawie C-393/92 Municipality of Almelo i inni przeciwko NV Energiebedrijf IJsselmij.

511 Podobnie L. Gormsen, *Collective dominance: An overview of EU and national case law*, 17.11.2016, e-Competitions Collective dominance, Art. N° 72449; UOKiK, *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*, Warszawa 2003, s. 30.

512 Wyrok SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 Gencor Ltd, przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 273-275.

513 Wyrok Trybunału z 16.03.2000 r. w połączonych sprawach C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA oraz Dafra-Lines A/S przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 45.

514 Wyrok SPI z 6.06.2002 r. w sprawie T-342/99 Airtours plc przeciwko Komisji Europejskiej.

503 Art. 4 pkt 10 uokik.

504 Już w wyroku z 13.02.1979 r. w sprawie nr 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, pkt 41, Trybunał uznał, że bardzo duże udziały w rynku same w sobie, poza wyjątkowymi okolicznościami, stanowią dowód istnienia pozycji dominującej. Jednakże w późniejszym orzecznictwie twierdzenie to odnosiło się do sytuacji, w których udziały rynkowe wynosiły 50% lub więcej. Komisja Europejska w rzadkich przypadkach uznawała istnienie pozycji dominującej nawet przy braku przekroczenia progu 40% udziałów w rynku. Zob. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, pkt 17-18.

505 Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, 2009/C 45/02, pkt 10 oraz tam powołane orzecznictwo.

506 Tamże, pkt 12.

507 Decyzja Prezesa UOKiK z 2.01.2018 r. nr DOK-1/2018, pkt 433.

przewidywane zachowania obecnych i przyszłych konkurentów, a także konsumentów, nie mogą zagrozić wystąpieniu skutków wspólnej strategii.

Na podstawie powyższego orzecznictwa Komisja Europejska w opublikowanym w 2005 r. dokumencie dyskusyjnym⁵¹⁵ wyróżniła dwie odrębne sytuacje, w których można stwierdzić istnienie kolektywnej pozycji dominującej. Do pierwszej grupy można zaliczyć sytuacje, w których pozycję dominującą posiada grupa podmiotów powiązanych więzami kapitałowymi, umowami lub innymi więzami prawnymi⁵¹⁶. Innymi słowy, kategoria ta bazuje na powiązaniach strukturalnych (własnościowych), przy czym nie chodzi o sytuację przynależności do jednej grupy kapitałowej (organizmu gospodarczego)⁵¹⁷. Do drugiej grupy zalicza się sytuacje, w których wskazane wyżej więzy nie są konieczne; stwierdzenie kolektywnej pozycji dominującej może być rezultatem analizy czynników gospodarczych, w tym struktury rynku⁵¹⁸. Dotyczy to takich oligopolistycznych struktur rynkowych, które umożliwiają wystąpienie cichej zмовы (*tacit collusion*).

Unijny dorobek orzeczniczy został przyjęty w polskiej praktyce orzeczniczej przez Prezesa UOKiK⁵¹⁹. Polski organ antymonopolowy analizował przede wszystkim możliwość stwierdzenia kolektywnej dominacji operatorów telekomunikacji mobilnej. W postanowieniu z 15 lutego 2006 r. stwierdził posiadanie przez operatorów kolektywnej pozycji znaczącej⁵²⁰, będącej pojęciem prawa telekomunikacyjnego stanowiącym odpowiednik antymonopolowego pojęcia pozycji dominującej⁵²¹. Analizując ten rynek kilkanaście lat później pod kątem możliwego nadużycia pozycji dominującej, uznał, że w analizowanym stanie faktycznym brak było podstaw do stwierdzenia pozycji dominującej⁵²². W obydwu przypadkach organ skupiał się jednak na szeregu okoliczności rynkowych związanych raczej z istnieniem milczącej zмовы oligopolistów niż obecnością konkretnych powiązań strukturalnych, takich jak unie personalne⁵²³.

W świetle powyższego orzecznictwa, przede wszystkim unijnego, występowanie unii personalnych niewątpliwie może stanowić powiązanie gospodarcze uzasadniające uznanie kilku przedsiębiorców za posiadających kolektywną pozycję dominującą. Unia personalna jest powiązaniem strukturalnym, a tego typu powiązania były uznane za wystarczające do stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej⁵²⁴.

515 Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela, grudzień 2005 r.

516 Tamże, pkt 45.

517 Podobnie T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 183. Por. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 56.

518 Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela, grudzień 2005 r., pkt 46-50.

519 Decyzja Prezesa UOKiK z 2.01.2018 r. nr DOK-1/2018, pkt 433.

520 Postanowienie Prezesa UOKiK z 15.02.2006 r. nr DOK2-073-30/05/MKK.

521 A. Laszczyk, *Kolektywna pozycja dominująca na rynkach telekomunikacyjnych na przykładzie decyzji hiszpańskich organów ochrony konkurencji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 3(2)/2013, s. 66.

522 Decyzja Prezesa UOKiK z 2.01.2018 r. nr DOK-1/2018.

523 Nie można wykluczyć, że wynikało to ze specyfiki stanu faktycznego i ewentualnego braku występowania unii personalnych. Należy bowiem zauważyć, że jednym z obszarów analizowanych przez Prezesa UOKiK było ewentualne występowanie „różnego rodzaju nieformalnych lub innych powiązań pomiędzy danymi przedsiębiorcami”. Zob. Postanowienie Prezesa UOKiK z 15.02.2006 r. nr DOK2-073-30/05/MKK, s. 21-22.

524 L. Gormsen, *Collective dominance: An overview of EU and national case law*, 17.11.2016 r., e-Competitions Collective dominance, Art. N° 72449; UOKiK, *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*, Warszawa 2003, s. 30.

Unie personalne (*common directorships*) zostały wprost uznane za powiązanie gospodarcze uzasadniające ustalenie kolektywnej pozycji dominującej przez Rzecznika Generalnego Fennelly w sprawie *Compagnie Maritime Belge*⁵²⁵. Rzecznik Generalny podkreślił, że z perspektywy ustalenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej kluczowe jest uznanie, że rezultatem powiązań gospodarczych, w tym unii personalnych, jest powstanie sytuacji, w której niezależni przedsiębiorcy zachowują się jak jeden podmiot rynkowy.

W praktyce orzeczniczej unie personalne były jednym z czynników uzasadniających kolektywną pozycję dominującą w sprawie *Irish Sugar*⁵²⁶. Analizując posiadanie przez *Irish Sugar* pozycji dominującej, Komisja podnosiła, że dyrektor zarządzający *Irish Sugar* oraz wielu innych dyrektorów tej spółki zasiadało w radzie spółki SDL (dystrybutora cukru produkowanego przez *Irish Sugar*) oraz w radzie spółki SDH (holdingu posiadającego udziały w SDL). Uniom personalnym towarzyszyły inne okoliczności, w szczególności posiadanie przez *Irish Sugar* 51% udziałów w SDH i prawo do powoływania połowy jej rady. W tym stanie faktycznym Komisja stwierdziła, że *Irish Sugar* i SDL posiadały co najmniej kolektywną pozycję dominującą⁵²⁷.

Polska praktyka orzecznicza dotycząca kolektywnej pozycji dominującej jest zdecydowanie uboższa. Wprawdzie powiązania osobowe były jednym z czynników, na których podstawie Prezes UOKiK przypisał posiadanie pozycji dominującej dwóm spółkom z grupy PGNiG, jednak w istocie spółki te należały do jednej grupy kapitałowej, a zatem nie był to przypadek kolektywnej pozycji dominującej⁵²⁸. Nie jest mi również znane żadne polskie orzeczenie, w którym unie personalne uznane zostałyby za okoliczność stanowiącą podstawę do ustalenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej.

W świetle mojej najlepszej wiedzy ani w polskiej, ani w unijnej praktyce orzeczniczej nie zostało wydane rozstrzygnięcie, w którym unia personalna zostałaby uznana za jedyny czynnik stanowiący podstawę do stwierdzenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej. Mimo to nie można wykluczyć hipotetycznej sytuacji, że w danym stanie faktycznym istnienie unii personalnych uznane zostałoby za wystarczające powiązanie strukturalne umożliwiające stwierdzenie istnienia kolektywnej pozycji dominującej. Jest to tym bardziej prawdopodobne, że - jak pokazuje stanowisko Komisji Europejskiej - w przypadku oligopolistycznej struktury rynku nawet brak jakichkolwiek powiązań strukturalnych może nie być wystarczający do odrzucenia możliwości stwierdzenia kolektywnej dominacji⁵²⁹. Wydaje się zatem, że unia personalna jako powiązanie strukturalne może w konkretnych sytuacjach rozszerzać zakres zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej i obejmować zachowania jednego z kilku przedsiębiorców powiązanych unią personalną. Jest to tym bardziej istotne w świetle stanowiska orzecznictwa stwierdzającego, że do zaistnienia nadużycia pozycji dominującej nie jest konieczne wspólne działanie

525 Opinia Rzecznika Generalnego Fennelly z 29.10.1998 r. w połączonych sprawach C-395/96 P oraz C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge NV i Dafra-Lines przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, pkt 28.

526 Decyzja Komisji Europejskiej z 14.05.1997 r. w sprawie IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*; wyrok SPI z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar plc przeciwko Komisji*, pkt 52.

527 Decyzja Komisji Europejskiej z 14.05.1997 r. w sprawie IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*.

528 Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 25.09.2015 r. nr DOK-3/2015.

529 Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela, grudzień 2005 r., pkt 46-50.

kolektywnego dominanta; nadużycie może być skutkiem działania jednego z podmiotów składających się na takiego kolektywnego dominanta⁵³⁰.

5.3. Utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej jako przejaw naruszenia zakazu monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej

5.3.1. Prawo amerykańskie

Ustalenie naruszenia polegającego na monopolizacji wymaga przede wszystkim istnienia siły monopolistycznej po stronie naruszydźcy oraz umyślnego nabycia lub utrzymywania tej siły w sposób niewynikający ze wzrostu albo rozwoju będącego konsekwencją oferowania produktów lepszej jakości, przedsiębiorczości czy zdarzenia historycznego⁵³¹. Ustalenie usiłowania monopolizacji wymaga z kolei udowodnienia antykonkurencyjnego zachowania, zamiaru monopolizacji oraz wysokiego prawdopodobieństwa osiągnięcia siły monopolistycznej⁵³².

W odróżnieniu od monopolizacji lub usiłowania monopolizacji połączenie albo zmo-wa w celu monopolizacji obejmuje praktyki wielostronne, które często objęte są również sekcją 1. Ustawy Shermana⁵³³. W praktyce orzeczniczej sprawy oparte na zarzucie naruszenia sekcji 2. Ustawy Shermana poprzez zmo-wę w celu monopolizacji należą do rzadkości⁵³⁴. W tego typu sprawach to sekcja 2. ustawy Shermana stanowi dodatkową podstawę prawną mającą wzmocnić pozycję powoda powołującego się na naruszenie sekcji 1. ustawy Shermana, która jest głównym narzędziem służącym przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym praktykom wielostronnym⁵³⁵.

Unie personalne w orzecznictwie odgrywały marginalną rolę jako element przywoły-wany przez powoda jako dowód istnienia zmo-wy w celu monopolizacji. Przykładem takiej sprawy było orzeczenie w sprawie EGH⁵³⁶. Powód twierdził, że istnienie zmo-wy pomiędzy dwoma podmiotami - BCBSO i SOP - jest prawdopodobne z uwagi na istnie-nie unii personalnych obejmujących członków rad dyrektorów tych podmiotów oraz podejmowanie podobnych zachowań w zakresie lobbingu. Choć sąd nie wykluczył całkowicie możliwości dowodzenia istnienia zmo-wy w celu monopolizacji w oparciu m.in. o unie personalne, to jednak jego zdaniem te okoliczności rozpatrywane od-dzielnie i łącznie były w tym wypadku niewystarczające do stwierdzenia istnienia zmo-wy⁵³⁷.

530 Wyrok SPI z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97 Irish Sugar plc przeciwko Komisji, pkt 66.

531 Wyrok Sądu Najwyższego USA z 13.06.1966 r. w sprawie United States przeciwko Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 57071 (1966).

532 Wyrok Sądu Najwyższego USA z 30.03.1993 r. Spectrum Sports, Inc. przeciwko McQuillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).

533 American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, 2017/1/2G.

534 Przykładowo analiza orzecznictwa z lat 2000-2007 wskazywała na istnienie 60 spraw dotyczących zarzutu monopolizacji oraz tylko 2 spraw dotyczących zarzutu połączenia lub zmo-wy w celu monopolizacji. W. Adkinson, K. Grimm, C. Bryan, *Enforcement of section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice*, 2008, Appendix s. 1.

535 Zob. np. wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 7.04.1994 r. w sprawie EGH Inc. przeciwko Blue Cross & Blue Shield, 1994 U.S. App.

536 Zob. np. wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 7.04.1994 r. w sprawie EGH Inc. przeciwko Blue Cross & Blue Shield, 1994 U.S. App.

537 Więcej na temat roli unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy istnienia porozumie-nia - zob. 4.2 powyżej.

Z analizy orzecznictwa wynika zatem, że unie personalne odgrywały jedynie mar-ginalną rolę w ustaleniu istnienia naruszenia sekcji 2. Ustawy Shermana. Rola unii personalnych wiązała się ze znaczeniem unii personalnych jako okoliczności mogącej mieć wpływ na ustalenie istnienia porozumienia pomiędzy spółkami objętymi unią. W tym zakresie odpowiednie zastosowanie mają zasady wypracowane na gruncie sto-sowania sekcji 1. Ustawy Shermana⁵³⁸.

5.3.2. Prawo unijne i polskie

Polski i unijny prawodawca, formułując analizowany zakaz, nie zawarł w przepisach ogólnej definicji wskazującej, czym jest nadużycie. W doktrynie wskazuje się, że ta-kie podejście poważnie utrudnia określenie granicy między legalnymi a nielegalnymi zachowaniami podmiotu dominującego⁵³⁹.

Zarówno art. 9 uokik, jak i art. 102 TFUE zawierają jednak przykładowe katalogi praktyk stanowiących nadużycie pozycji dominującej. W świetle tych przepisów po-jęcie to obejmuje w szczególności praktyki polegające na narzucaniu nieuczciwych lub uciążliwych warunków w relacjach handlowych⁵⁴⁰, ograniczaniu produkcji, zbytu czy rozwoju technicznego⁵⁴¹, dyskryminacji⁵⁴² czy wiązania świadczeń⁵⁴³.

W doktrynie i orzecznictwie prawa ochrony konkurencji wskazuje się, że pojęcie nadużycia obejmuje dwa rodzaje praktyk: wykluczające (*exclusionary*) oraz eksploa-tacyjne (*exploitative*)⁵⁴⁴. Praktyki wykluczające określa się jako jednostronne zacho-wania przedsiębiorców powodujące wykluczenie innych przedsiębiorców z rynku⁵⁴⁵. Z kolei praktyki eksploatacyjne określa się jako jednostronne działania przedsiębior-ców skutkujące wyrządzeniem szkody interesom kontrahentów (klientów), nawet jeśli mechanizm konkurencji nie jest przez to zakłócony⁵⁴⁶.

Co do zasady samo funkcjonowanie unii personalnych z udziałem dominanta nie sta-nowi nadużycia. Potwierdza to również fakt, że zjawisko unii personalnych nie było przedmiotem szczególnego zainteresowania orzecznictwa z zakresu stosowania za-kazu nadużycia pozycji dominującej. Jednakże unie personalne są formą powiązania

538 Pkt 4.2.1 powyżej.

539 A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 330.

540 Wyrok Sądu Najwyższego z 13.07.2012 r., III SK 44/11; wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 United Brands Company oraz United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji.

541 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 27.03.2008 r., VI ACa 957/07; wyrok Trybunału z 6.04.1995 r. w sprawie C-241/91 P i C-242/91 P, Radio Telefís Éireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) przeciwko Komisji.

542 Wyrok Sądu Najwyższego z 10.05.2007 r. w sprawie III SK 24/06; wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 United Brands Company oraz United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji.

543 Wyrok SPI z 12.12.1991 r. w sprawie T-30/89 Hilti AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich; decyzja Komisji Europejskiej z 24.05.2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 - Microsoft; wyrok SOKiK z 16.04.2003 r., XVII Ama 42/02.

544 C. Banasiński, M. Bychowska [w:] C. Banasiński (red.), *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2018, s. 126; wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06. W polskiej doktrynie niektórzy autorzy wyodrębniają kategorię tzw. praktyk strukturalnych. Zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012, s. 96 oraz s. 140; T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, [w:] T. Skoczny (red.), *Usta-wa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 436. Kategoria ta nie jest jednak wyodrębniana we współczesnej międzynarodowej doktrynie prawa ochrony konkurencji.

545 T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 436.

546 Tamże, s. 436.

strukturalnego, a praktyki dotyczące tego typu powiązań były przedmiotem zainteresowania orzecznictwa unijnego od początków stosowania przepisów o zakazie nadużycia pozycji dominującej.

Orzecznictwo to narodziło się w momencie wydania przez Trybunał wyroku w sprawie nabycia przez dominanta, spółkę Continental Can, około 80% udziałów w konkurencyjnej spółce⁵⁴⁷. Trybunał uznał, że nadużycie może polegać na wzmocnieniu pozycji dominującej w taki sposób, że poziom osiągniętej dominacji w sposób istotny krępuje konkurencję, tj. oznacza pozostanie na rynku tylko przedsiębiorców, których zachowanie jest zależne od dominanta⁵⁴⁸. Zdaniem Trybunału środki i procedura, w ramach której dominant wzmacnia swoją pozycję, są bez znaczenia, o ile jego działania prowadzą do wyżej wymienionych skutków⁵⁴⁹.

Stanowisko Trybunału zostało rozwinięte w sprawie Philip Morris⁵⁵⁰. Analizując transakcję polegającą na nabyciu udziałów w spółce, Trybunał stwierdził, że nadużycie pozycji dominującej może mieć zastosowanie jedynie (*can only arise*) wtedy, gdy skutkuje przejęciem kontroli nad tą spółką albo co najmniej uzyskaniem jakiegoś wpływu na jej politykę handlową (*some influence on its commercial policy*)⁵⁵¹. Trybunał nie doprecyzował, jak należy wyznaczyć granicę relewantności tego wpływu, aby można było uznać dane zachowanie za nadużycie. Pomimo tego wydaje się, że pojęcie to jest szersze niż np. zakres później wprowadzonych przepisów dotyczących kontroli koncentracji⁵⁵².

Potwierdza to również decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Gillette⁵⁵³. Sprawa dotyczyła transakcji o skomplikowanej strukturze, w ramach której Gillette – dominant na rynku produktów do golenia – nabyło 22% udziałów w spółce Eemland (właściciela konkurencyjnej marki Wilkinson). Gillette było jednak pozbawione szeregu praw przysługujących udziałowcom, w tym prawa głosu na zgromadzeniu udziałowców czy prawa powoływania członków organów, a także miało ograniczony dostęp do informacji. Gillette stało się również głównym wierzycielem Eemland oraz posiadało prawa opcji i pierwokupu, które ograniczały możliwość przejęcia spółki przez konkurentów Gillette. W tym stanie faktycznym Komisja uznała, że wskutek transakcji nastąpi zmiana w strukturze rynku produktów do golenia wynikająca z powstałego powiązania pomiędzy Gillette i jej głównym konkurentem⁵⁵⁴. Nawiązując do stanowiska Trybunału wypracowanego w sprawie Philip Morris, Komisja wskazała, że dzięki pozyskaniu statusu głównego udziałowca, wierzyciela oraz uzyskaniu praw opcji i pierwokupu Gillette uzyskało co najmniej pewien wpływ na politykę handlową (*at least some influence on commercial policy*) konkurenta⁵⁵⁵. Komisja zauważyła

547 Wyrok Trybunału z 21.02.1973 r. w sprawie 6-72 Europemballage Corporation oraz Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

548 Tamże, pkt 26.

549 Tamże, pkt 27.

550 Wyrok Trybunału z 17.11.1987 r. British-American Tobacco Company Ltd and R. J. Reynolds Industries Inc. przeciwko Commission of the European Communities. Joined cases 142 and 156/84.

551 Tamże, pkt 65.

552 Podobnie T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørsgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 2011/36, s. 853.

553 Decyzja Komisji Europejskiej z 10.10.1992 r. w sprawie IV/33.440 Warner-Lambert/Gillette and Others oraz IV/33.486 BIC/Gillette and Others.

554 Tamże, pkt 23.

555 Decyzja KE nr 93/252/EEC z 10.10.1992 r. w sprawie IV/33.440 Warner-Lambert/Gillette and Others oraz IV/33.486 BIC/Gillette and Others, pkt 24.

m.in., że w praktyce, podejmując decyzje biznesowe, zarząd Eemland będzie zmuszony do uwzględniania interesów głównego udziałowca i wierzyciela. Ponadto prawa opcji i pierwokupu przysługujące Gillette w praktyce uniemożliwiały innym konkurentom przejęcie marki Wilkinson, a tym samym ograniczyło innym konkurentom możliwość uzyskania przewagi konkurencyjnej poprzez przejęcie marki Wilkinson lub inną formę współpracy z Eemland. Specyficzny kontekst transakcji, w tym zadłużenie Eemland wobec Gillette, wpływał również na osłabienie rynkowej pozycji Eemland w stosunku do Gillette.

Wskazane wyżej orzecznictwo dotyczyło stanów faktycznych zaistniałych przed wejściem w życie wspólnotowego systemu administracyjnoprawnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. Od momentu wprowadzenia nowego reżimu zagrożenia dla konkurencji wynikające z przejęcia kontroli nad spółką zostały objęte kontrolą koncentracji⁵⁵⁶. Zakres zastosowania reżimu kontroli koncentracji nie obejmuje jednak transakcji nieprowadzących do przejęcia kontroli, w szczególności do nabycia niedających kontroli udziałów mniejszościowych.

Jak wskazał Trybunał w wyroku w sprawie Philip Morris, pozyskanie wpływu, który nie urasta do rangi decydującego, również może stanowić nadużycie pozycji dominującej. Przykładu praktycznego zastosowania przez Komisję Europejską zakazu nadużycia pozycji dominującej poprzez uzyskanie niedecydującego wpływu dostarcza wyżej wymieniona sprawa Gillette. Za możliwością stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej do operacji odnoszących się do struktury przedsiębiorstw, które jednak nie urastają do rangi przejęcia kontroli, pozytywnie wypowiedziało się również późniejsze sądownictwo wspólnotowe. W sprawie Aer Lingus SPI wskazał, że przejęcie mniejszościowego pakietu udziałów może stanowić nadużycie pozycji dominującej poprzez ingerowanie w strategię biznesową swego bezpośredniego konkurenta lub poprzez korzystanie z udziału mniejszościowego w przedsiębiorstwie bezpośrednio konkurującym w celu osłabienia jego pozycji⁵⁵⁷. Komisja Europejska w Białej Księdze dotyczącej reformy reżimu kontroli koncentracji podkreśliła jednak, że zakaz nadużywania pozycji dominującej ma zastosowanie w stosunkowo rzadkich przypadkach nabycia udziałów mniejszościowych⁵⁵⁸.

Zakres zastosowania reżimu kontroli koncentracji nie obejmuje także transakcji, które nie spełniają progów obrotowych. W przypadku tego typu transakcji możliwość zastosowania do nich zakazu nadużywania pozycji dominującej została potwierdzona w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Towercast⁵⁵⁹.

Choć powyższe sprawy nie dotyczyły unii personalnych, nie można wykluczyć zastosowania powyższych rozważań w sposób analogiczny do powiązań osobowych. Przemawia za tym fakt, że unie personalne – podobnie jak analizowane wyżej praktyki – również odnoszą się do struktury przedsiębiorstw. W konsekwencji – stosując odpowiednio stanowisko sądu w sprawie Aer Lingus – należałoby uznać, że unie personalne mogą stanowić okoliczność wykorzystywaną w celu udowod-

556 Na temat relacji pomiędzy tymi systemami zob. pkt 6.4 poniżej.

557 Postanowienie Prezesa Sądu Pierwszej Instancji z 18.03.2008 r. T-411/07 Aer Lingus przeciwko Komisji Europejskiej [2010] ECR II-3691, pkt 104.

558 Komisja Europejska, Biała Księga: W kierunku skuteczniejszej unijnej kontroli łączenia przedsiębiorstw, COM/2014/0449 final, 9.07.2014 r., pkt 40.

559 Wyrok Trybunału z 16.03.2023 r. w sprawie C-449/21 Towercast SASU przeciwko Autorité de la concurrence.

nienia nadużycia polegającego na ingerowaniu w strategię konkurenta lub podejmowanie działań mających służyć osłabieniu jego pozycji. Samo utworzenie unii personalnej z konkurentem nie powinno jednak być wystarczające, gdyż zasadniczo nie powoduje ono konkretnej ingerencji w strategię konkurenta ani nie osłabia jego pozycji. W takich wypadkach do stwierdzenia nadużycia konieczne byłoby wskazanie dodatkowych okoliczności potwierdzających spełnienie wyżej wymienionych przesłanek, np. mających na celu udowodnienie, że unia personalna stanowiła w istocie mechanizm, za którego pośrednictwem dominant wpływał na strategię konkurenta.

5.4. Podsumowanie i wnioski

Teoretycznie w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji zakaz nadużycia pozycji dominującej może pośrednio zniechęcać do tworzenia unii personalnych na dwa sposoby.

Po pierwsze, istnienie unii personalnych może być wykorzystane w celu ustalenia kolektywnej pozycji dominującej w prawie unijnym, co potwierdza unijna praktyka orzecznicza. Pomimo braku podobnej polskiej praktyki orzeczniczej należy uznać, że unie personalne również na gruncie uokik mogą stanowić okoliczność wskazującą na możliwość stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej.

Ewentualny skutek polegający na zniechęcaniu do tworzenia unii personalnych w prawie unijnym i polskim dotyczyłby w tym wypadku rzadkich sytuacji. Występowałby jedynie w przypadku, gdy konkurenci rozważający utworzenie unii nie mieliby samodzielnie pozycji dominującej, ale ich łączna pozycja pozwalałaby na stwierdzenie kolektywnej pozycji dominującej. W takich wypadkach spółki mogłyby nie zdecydować się na utworzenie unii z obawy przed jej wykorzystaniem przez organ ochrony konkurencji jako okoliczności wskazującej na kolektywną pozycję dominującą (co wiązałoby się z ograniczeniem swobody ich działania i konieczności przestrzegania stosownych ograniczeń). Jednakże zarówno wąska kategoria stanów faktycznych, do których miałby zastosowanie omawiany bodziec, jak i słabo rozwinięta praktyka orzecznicza w omawianym zakresie powodują, że praktyczne znaczenie omawianego skutku jest ograniczone.

Po drugie, unie personalne mogą stanowić mechanizm, za którego pośrednictwem dominant ma możliwość ingerencji w strategię konkurenta lub podejmowania działań służących osłabieniu jego pozycji. Fakt, że podobne działania stanowią nadużycie, mógłby potencjalnie zniechęcać dominant do tworzenia unii z konkurentami, tak aby uniknąć zarzutu naruszenia art. 102 TFUE lub art. 9 uokik. Jednakże znaczenie takiego potencjalnego bodźca przeciwdziałającego powstawaniu unii jest ograniczone z kilku powodów. Po pierwsze, nie ma praktyki decyzyjnej, która jednoznacznie potwierdzałaby możliwość stwierdzenia nadużycia w takich przypadkach. Po drugie, ewentualny bodziec występowałby tylko w przypadku unii pomiędzy dominantem a jego konkurentami. Po trzecie, udowodnienie istnienia samej unii pomiędzy dominantem a jego konkurentem nie jest wystarczające do stwierdzenia nadużycia. Ewentualny bodziec zniechęcający do tworzenia unii miałby zatem znaczenie tylko w takich sytuacjach, w których pozostałe okoliczności towarzyszące unii pozwoliłyby organowi ochrony konkurencji lub powodowi uznać,

że członek organu zaangażowany w unię był instrumentem dominanta i dokonywał określonych działań (np. podejmował decyzje w imieniu konkurenta, które miały na celu osłabienie jego pozycji).

W prawie amerykańskim znaczenie zakazu monopolizacji jako instrumentu mogącego przeciwdziałać uniom personalnym jest jeszcze mniejsze. W odróżnieniu od funkcjonalnego odpowiednika w prawie unijnym i polskim - zakaz monopolizacji w ogóle nie obejmuje swoim zakresem kolektywnej pozycji dominującej (monopolistycznej). Ponadto poza rzadkimi przypadkami dotyczącymi zмовы w celu monopolizacji zjawisko unii personalnych nie było przedmiotem orzecznictwa dotyczącego zakazu z sekcji 2. Ustawy Shermana. Tym samym w prawie amerykańskim nie powstają skutki polegające na przeciwdziałaniu tworzeniu unii personalnych między konkurentami, tak jak ma to miejsce w polskim i unijnym prawie ochrony konkurencji.

6. Kontrola koncentracji przedsiębiorców jako instrument przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym

6.1. Kontrola koncentracji przedsiębiorców - uwagi wprowadzające

Trzecim filarem amerykańskiego, polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji jest system kontroli koncentracji⁵⁶⁰. W prawie amerykańskim podstawowymi przepisami kształtującymi system kontroli koncentracji są sekcje 7. i 7A. ustawy Claytona. W prawie unijnym podstawowe znaczenie w tym obszarze mają przepisy Rozporządzenia 139/2004 oraz przepisy wykonawcze⁵⁶¹. Z kolei w prawie polskim przepisy dotyczące kontroli koncentracji są zawarte przede wszystkim w uokik i przepisach wykonawczych⁵⁶².

Rolą przepisów składających się na system kontroli koncentracji jest zapobieżenie nadmiernej koncentracji gospodarczej⁵⁶³ i powstaniu struktury rynku, która nie sprzyja istnieniu efektywnej konkurencji⁵⁶⁴. W nauce ekonomii wskazuje się, że podstawowe cechy wyróżniające poszczególne struktury rynku obejmują liczbę niezależnych firm (jednostek gospodarczych) działających na rynku oraz ich siłę rynkową⁵⁶⁵.

Próbując przenieść te koncepcje na grunt prawa ochrony konkurencji, prawodawcy stworzyli systemy kontroli koncentracji. Kontrola koncentracji w prawie amerykańskim, polskim i unijnym ma przede wszystkim charakter instrumentu *ex ante*⁵⁶⁶. Obejmuje ona prewencyjny nadzór nad reorganizacjami korporacyjnymi będącymi skutkiem rozwoju zewnętrznego (nieorganicznego) jednostek gospodarczych, (tj. zwiększania produkcji lub zasięgu biznesowego za pomocą zasobów i zdolności, które nie zostały wytworzone wewnętrznie przez ten podmiot, ale zostały nabyte poprzez zewnętrzne działania takie jak połączenia czy przejęcia)⁵⁶⁷. Poza zakresem kontroli koncentracji pozostaje ocena działań będących skutkiem rozwoju wewnętrznego (organicznego),

⁵⁶⁰ Polska i międzynarodowa doktryna prawa konkurencji tradycyjnie określa omawiany system mianem „kontroli koncentracji” (*control of concentration*) lub „kontroli połączeń” (*merger control*). Pojęcie „kontrola koncentracji” zostało przyjęte również przez polskiego ustawodawcę w tytule Rozdziału I w Dziale III uokik. Należy jednak zauważyć, że używając siatki pojęciowej prawa administracyjnego w praktyce, omawiany system przewiduje nadzór administracyjnoprawny wykonywany przez organy ochrony konkurencji. Zob. również M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, „Studia Prawa Prywatnego”, 2012/02. Jednakże, mając na uwadze powszechnie przyjęty zwyczaj w zakresie terminologii odnoszącej się do omawianego instrumentu, w niniejszej pracy będę używał pojęcia „kontrola koncentracji”.

⁵⁶¹ W szczególności Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 802/2004 z 7.04.2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. L 133, 30.04.2004 r., s. 1).

⁵⁶² W szczególności Rozporządzenie Rady Ministrów z 23.12.2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz. U. 2018 poz. 367 t.j.); Rozporządzenie Rady Ministrów z 23.12.2014 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz. U. 2015 poz. 79).

⁵⁶³ E. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, St. Paul 2012, s. 358-359.

⁵⁶⁴ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 50.

⁵⁶⁵ G. Schneider, *Economic Principles and Problems: A Pluralist Introduction*, Routledge 2021, s. 12.

⁵⁶⁶ W prawie amerykańskim system kontroli koncentracji ma charakter mieszany obejmujący instrumenty o charakterze *ex ante* i *ex post*.

⁵⁶⁷ E. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, St. Paul 2012, s. 358-359.

które co do zasady podlegają instrumentom prawa ochrony konkurencji stosowanym *ex post*. Takie podejście jest oparte na założeniu, że strategie rozwoju organicznego są domyślnie oparte na efektywnościach i pozostają w zgodzie z mechanizmem konkurencji. Ponadto nie są trwałe, a ich skutki mogą być relatywnie łatwe do odwrócenia⁵⁶⁸. Z drugiej strony w przypadku strategii rozwoju zewnętrznego jest bardziej prawdopodobne, że służą one usunięciu z rynku czynników wywołujących presję konkurencyjną. W konsekwencji zasadne jest dokonywanie *ex ante* oceny działań służących implementacji tego typu strategii⁵⁶⁹. W przypadku tego typu operacji ocena *ex ante* jest bardziej efektywna niż nakładanie kar *ex post* czy - tym bardziej - wymaganie rozwiązania podmiotu gospodarczego powstałego w wyniku koncentracji, w szczególności biorąc pod uwagę możliwe problemy z implementacją tego ostatniego środka⁵⁷⁰. Ponadto stosowanie reżimu *ex ante* w stosunku do koncentracji może zwiększać pewność prawną po stronie uczestników koncentracji, gdyż może ograniczać ewentualne późniejsze kwestionowanie danej transakcji jako niezgodnej z prawem konkurencji⁵⁷¹.

Zgodnie z hipotezą badawczą przepisy dotyczące kontroli koncentracji mogą przeciwdziałać tworzeniu się unii personalnych na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, unie personalne mogą stanowić okoliczność istotną z perspektywy zdefiniowania koncentracji (zdarzenia podlegającego nadzorowi). W ten sposób przepisy definiujące pojęcie koncentracji umożliwiają organom ochrony konkurencji lub sądom ocenę unii personalnej pod kątem jej wpływu na konkurencję, a w przypadku stwierdzenia negatywnego wpływu - zakazania jej dokonania lub nałożenia sankcji za jej dokonanie. Objęcie zakresem nadzoru unii personalnych może zatem prowadzić do powstania po stronie przedsiębiorców bodźców zniechęcających do tworzenia antykonkurencyjnych unii personalnych, gdyż ewentualny zamiar utworzenia takiej unii nie mógłby zostać zrealizowany zgodnie z prawem z uwagi na brak zgody organu antymonopolowego. Niezależnie od tych bodźców uznanie unii personalnych za okoliczność stanowiącą koncentrację (element koncentracji) wiąże się z nałożeniem dodatkowych obowiązków związanych z koniecznością przeprowadzenia postępowania w sprawie koncentracji, co również może wywoływać bodźce przeciwdziałające tworzeniu się unii personalnych (niezależnie od ich pro- czy antykonkurencyjnego charakteru).

Po drugie, unie personalne mogą stanowić przejaw przedwczesnej implementacji koncentracji (*gun-jumping*). Reżim kontroli koncentracji ma bowiem przede wszystkim charakter *ex ante*, co oznacza, że zawiadomienie organu antymonopolowego powinno zostać dokonane przed dokonaniem koncentracji. Ponadto w zależności od systemu prawnego uczestnicy koncentracji mogą być zobowiązani do powstrzymywania się od podejmowania określonych kroków zmierzających do dokonania koncentracji przez określony okres oczekiwania (jak ma to miejsce w prawie amerykańskim⁵⁷²) lub do czasu uzyskania zgody organu antymonopolowego strony powinny wstrzymać

⁵⁶⁸ International Competition Network, *ICN Recommended practices for merger notification and review procedures*, 2017, s. 1; dostęp: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>.

⁵⁶⁹ I. Kokkoris, *Merger Control in Europe: The Gap in the ECR and National Merger Legislations*, London and New York, 2010, s. 9.

⁵⁷⁰ J. Faull, A. Nikpay, *The EU law on competition*, Oxford 2014, s. 544.

⁵⁷¹ Tamże, s. 544.

⁵⁷² W prawie amerykańskim koncentracja może być dokonana dopiero po upływie okresu oczekiwania (*waiting period*), który co do zasady wynosi 30 dni od dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji Federalnej Komisji Handlu oraz Departamentowi Sprawiedliwości. Zob. Sekcja 7A. ustawy Claytona.

się od jej dokonania (jak ma to miejsce w prawie polskim czy unijnym⁵⁷³). W przeciwnym wypadku powstanie ryzyko zarzutu przedwczesnej implementacji koncentracji, co może rodzić negatywne konsekwencje dla uczestników koncentracji. Ewentualne uznanie utworzenia lub funkcjonowania unii personalnych za przejaw przedwczesnej implementacji koncentracji może również wywoływać efekt przeciwdziałający uniom personalnym (niezależnie od ich pro- czy antykonkurencyjnego charakteru).

Po trzecie, unie personalne mogą stanowić okoliczność istotną z perspektywy stosowania tzw. kryteriów ilościowych doprecyzowujących zakres zdarzeń podlegających nadzorowi. Objęcie zdarzenia zakresem nadzoru w amerykańskim, polskim i unijnym systemie kontroli koncentracji jest uzależnione od spełnienia kryteriów ilościowych dotyczących m.in. obrotu uczestników koncentracji. Rolą tych kryteriów jest wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia koncentracji, które nie uzasadniają ingerencji organu ochrony konkurencji. W ramach unijnego systemu kontroli koncentracji kryteria ilościowe oddzielają koncentracje mające tzw. wymiar wspólnotowy, w których przypadku zasadne jest zajęcie się sprawą przez Komisję Europejską, oraz koncentracji niemających takiego wymiaru, w których przypadku co do zasady właściwe jest zajęcie się sprawą przez krajowe organy ochrony konkurencji⁵⁷⁴. Z kolei w ramach polskiego systemu kontroli koncentracji kryteria ilościowe wyróżniają koncentracje podlegające obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK oraz tzw. koncentracje bagatelne, które z uwagi na potencjał ekonomiczny ich uczestników nie stwarzają zagrożenia wystąpienia negatywnych skutków dla konkurencji na rynku⁵⁷⁵ bądź też nie ograniczają konkurencji w stopniu uzasadniającym ingerencję organu antymonopolowego⁵⁷⁶. Tym samym organ ochrony konkurencji może skoncentrować swoją uwagę na takich działaniach przedsiębiorców, które stwarzają ryzyko ograniczenia konkurencji⁵⁷⁷.

Kryteria ilościowe opierające się na wielkości generowanych obrotów są stosunkowo łatwe do stosowania i umożliwiają osiągnięcie jednoznacznych rezultatów⁵⁷⁸. W toku oceny spełnienia kryteriów obrotowych przepisy dotyczące kontroli koncentracji nie ograniczają się jednak do obrotów spółek (osób prawnych) będących bezpośrednimi uczestnikami koncentracji, ale obejmują również obroty podmiotów pozostających z nimi w określonych relacjach, uzasadniających traktowanie ich jako jedną grupę dysponującą odpowiednim potencjałem ekonomicznym.

Na etapie oceny spełnienia kryteriów ilościowych unie personalne mogą zatem skutkować uwzględnieniem danych obrotowych bezpośrednich uczestników koncentracji, jak i podmiotów powiązanych z nimi uniami personalnymi. W konsekwencji uwzględ-

nienie tych dodatkowych podmiotów może powodować przekroczenie progów obowiązku zgłoszenia i stanowić okoliczność przesądzającą, że dana koncentracja podlega nadzorowi konkretnego organu, co wiąże się z dodatkowymi obowiązkami. W takich wypadkach bodziec przeciwdziałający tworzeniu unii personalnych (zarówno pro-, jak i antykonkurencyjnych) wynikać może z chęci uniknięcia ciężarów związanych z koniecznością spełnienia tych obowiązków notyfikacyjnych.

Po czwarte, unie personalne mogą stanowić okoliczność mającą wpływ na ocenę koncentracji niezwiązanej bezpośrednio z istnieniem unii (np. przejęcia kontroli na podstawie większościowych udziałów w podmiocie, który jest powiązany unią z innym przedsiębiorcą niebędącym uczestnikiem koncentracji). W takich wypadkach przepisy dotyczące kontroli koncentracji mogą przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym w zakresie, w jakim umożliwiają wykazanie negatywnego wpływu koncentracji na konkurencję. W konsekwencji istnienie unii personalnych może pośrednio zwiększać prawdopodobieństwo wydania zakazu dokonania koncentracji.

Aby potwierdzić przedstawioną hipotezę, konieczne jest dokładniejsze zbadanie wpływu unii personalnych na poszczególne elementy procesu składającego się na kontrolę koncentracji. Kwestie te będą przedmiotem analizy poniżej.

6.2. Unie personalne a definicja koncentracji

6.2.1. Prawo amerykańskie

Sekcja 7. Ustawy Clayтона stanowi rdzeń amerykańskiego systemu kontroli koncentracji. Przepis ten zakazuje nabycia akcji lub innych udziałów w kapitale zakładowym, a także całości lub części mienia, które mogą istotnie ograniczać konkurencję lub prowadzić do utworzenia monopolu. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że amerykański ustawodawca celowo nie doprecyzował pojęcia „nabycia” i nie jest ono ograniczone jedynie do przeniesienia własności udziałów czy mienia, ale obejmuje również najem, licencję czy utworzenie wspólnego przedsięwzięcia (*joint venture*)⁵⁷⁹. Istnieje linia orzecznicza, zgodnie z którą pojęcie nabycia obejmuje nawet nieformalne porozumienia przenoszące kontrolę nad procesem decyzyjnym w spółce⁵⁸⁰.

W celu zwiększenia skuteczności egzekucji sekcji 7. ustawy Clayтона⁵⁸¹ ustawa Hart-Scott-Rodino wprowadziła do ustawy Clayтона sekcję 7A., która nakłada obowiązek zgłoszenia właściwym organom zamiaru nabycia papierów wartościowych dających uprawnienie do głosowania (*voting securities*) oraz mienia (*assets*). Obowiązek zgłoszenia rozciąga się na połączenia, konsolidacje, nabycia mienia służącego prowadzeniu działalności gospodarczej, utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, a także

573 Zob. art. 106 ust. 1 pkt 3 oraz art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004. Dla uzupełnienia warto wspomnieć, że istnieją jurysdykcje, w których reżim nadzoru nad koncentracjami *ex ante* funkcjonuje bez nakładania obowiązku powstrzymania się od implementacji transakcji przed uzyskaniem zgody (*standstill*). Dotyczy to np. prawa włoskiego czy łotewskiego. Zob. opinia Rzecznika Generalnego Wahla z 18.01.2018 r. w sprawie C633/16 Ernst & Young P/S v Konkurrenserådetthere, pkt 33.

574 J. Cook, C. Kerse, *EC Merger Control*, London 2009, s. 79.

575 A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 456.

576 E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 156; T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 593.

577 A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 456.

578 Tamże, s. 457.

579 Tak: J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 29-13-29-15 i tam powołane orzecznictwo; *ABA Premerger Notification Practice Manual*, Chicago 2015, § 24.

580 Wyrok sądu okręgowego dla południowej Kalifornii z 16.01.1975 r. w sprawie Nelson przeciwko Pacific Southwest Airlines, 399 F. Supp. 1025, 1975-1 Trade Cas. (CCH) 60124, 1975 U.S. Dist. (S.D. Cal. 1975); wyrok Sądu Okręgowego dla okręgu wschodniej Pensylwanii z 29.12.1987 r. w sprawie McTamney przeciwko Stolt Tankers and Terminals, 678 F. Supp. 118 (E.D. Pa. 1987).

581 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 34-2.

konwersje papierów wartościowych niedających prawa głosu (*nonvoting securities*) na papiery wartościowe uprawniające do głosowania (*voting securities*)⁵⁸². Nabycie *convertible securities*, tj. papierów wartościowych niedających prawa głosu, które jednakże mogą zostać zmienione na papiery wartościowe uprawniające do głosowania, nie zostały uznane przez Federalną Komisję Handlu za podlegające obowiązkowi zgłoszenia. Analizując tę kwestię, FTC uznała, że posiadacz *convertible securities* może wywierać pewien wpływ na zarządzanie spółką, ale wpływ ten jest zbyt spekulatywny i nie uzasadnia zastosowania do tego typu operacji obowiązku uprzedniego zgłoszenia⁵⁸³.

Nawet mając na uwadze stosunkowo szeroką interpretację pojęcia „nabycia” udziałów i mienia, należy zauważyć, że unie personalne jako takie pozostają poza zakresem tego pojęcia. Zjawisko unii personalnych ma inny charakter niż instytucje prawne uznawane w orzecznictwie za formy „nabycia” udziałów lub mienia. Cechą własności jest istnienie relacji pomiędzy dwoma obiektami, w której ramach tylko jeden z nich jest podmiotem sprawującym władztwo (kontrolę) i wykonującym swoją wolę, natomiast drugi jest przedmiotem, nad którym jest sprawowane władztwo. Relacja wynikająca z unii personalnej nie ma takiego charakteru. Ponadto ewentualny wpływ jednej ze spółek powiązanych unią na drugiego uczestnika unii jest znacznie bardziej „spekulatywny” niż wpływ wywierany przy pomocy uprawnień właścicielskich, co w świetle stanowiska amerykańskich organów również może przemawiać przeciwko uznaniu unii personalnych za okoliczność uzasadniającą powstanie obowiązku zgłoszenia.

W konsekwencji unie personalne jako takie nie stanowią operacji stanowiącej koncentrację objętą zakresem sekcji 7. i 7A. ustawy Claytona. Taki wniosek znajduje potwierdzenie w oficjalnym stanowisku rządu Stanów Zjednoczonych wystosowanym w związku z kwerendą OECD, której przedmiotem była definicja transakcji w kontekście kontroli koncentracji. W stanowisku tym potwierdzono, że unie personalne nie stanowią nabycia udziałów dających prawo głosu lub mienia oraz nie rodzą obowiązku zgłoszenia w ramach amerykańskiego systemu kontroli koncentracji⁵⁸⁴.

6.2.2. Prawo unijne

Fundamentem definicji koncentracji w unijnym prawie dotyczącym kontroli koncentracji jest pojęcie trwałej zmiany kontroli (pozyskania możliwości wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo)⁵⁸⁵. Kontrola jest w tym wypadku rozumiana jako zdolność ustalania strategii działalności gospodarczej przedsiębiorstwa⁵⁸⁶. Chodzi przede wszystkim o wpływ na kluczowe zagadnienia z perspektywy prowadzenia działalności takie jak budżet, plan działalności gospodarczej, poważne inwestycje czy mianowanie kierownictwa wyższego szczebla⁵⁸⁷.

Podstawę kontroli stanowią prawa, umowy lub wszelkie inne środki, które oddzielnie bądź wspólnie i uwzględniając okoliczności faktyczne lub prawne, dają możliwość

wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo⁵⁸⁸. W szczególności podstawą kontroli może być własność, ewentualnie prawo użytkowania całego lub części aktywów przedsiębiorstwa albo prawa⁵⁸⁹ lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa⁵⁹⁰.

Uprawnienie daje kontrolę w rozumieniu unijnego prawa konkurencji jedynie, jeśli możliwość wywierania decydującego wpływu za jego pośrednictwem jest rzeczywista, a nie hipotetyczna. W doktrynie wskazuje się przykładowo, że nawet nabycie uprawnień zdolnych (*capable*) do zagwarantowania ich nabywcy kontroli nad innym przedsiębiorcą - w sytuacji, gdy nabywca nie jest w stanie z nich skorzystać - nie skutkuje przejęciem kontroli⁵⁹¹.

Kontrola może być wyłączna lub wspólna. W przypadku kontroli wyłącznej możliwość wywierania decydującego wpływu ma samodzielnie jeden przedsiębiorca. Z kolei wspólna kontrola charakteryzuje się tym, że wymaga współdziałania przedsiębiorców posiadających możliwość wywierania decydującego wpływu. W braku współdziałania każdy z współkontrolujących miałby bowiem możliwość zablokowania działań (prawo weta), które wyznaczają strategiczne zachowanie gospodarcze przedsiębiorstwa⁵⁹². Aby stanowić podstawę kontroli, prawo weta musi mieć szerszy zakres niż prawo weta, które jest zwykle przyznawane mniejszościowym udziałowcom lub akcjonariuszom w celu ochrony ich interesów finansowych w spółce (a zatem musi wykaczać poza możliwość zablokowania sprzedaży czy zakończenia działalności przez spółkę)⁵⁹³.

Ustalenie istnienia kontroli następuje w toku analizy, w której ramach uwzględnia się nie tylko czynniki mające charakter uprawnień, ale również okoliczności faktyczne istotne z perspektywy możliwości wywierania decydującego wpływu (np. historyczny przebieg dotychczasowych głosowań podczas zgromadzeń udziałowców)⁵⁹⁴.

Rozporządzenie 139/2004 nie wskazuje unii personalnych jako czynnika istotnego z perspektywy definicji koncentracji. Z praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej wynika, że kwestia unii personalnych może być czynnikiem mającym wpływ na ustalenie istnienia kontroli. Jego rola w tym zakresie jest jednak znacząco ograniczona⁵⁹⁵.

Przed wszystkim w świetle orzecznictwa istnienie unii personalnej nie stanowi samodzielnej podstawy do stwierdzenia istnienia kontroli, lecz jest uwzględniane jako

582 Tamże, s. 34-5-34-6.

583 Tamże, s. 34-6-34-7.

584 OECD, *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*, Paris 2013, s. 197.

585 Art. 3 ust. 1 i 2 Rozporządzenia 139/2004.

586 J. Cook, C. Kerse, *EC Merger Control*, London 2009, s. 36.

587 Komisja Europejska, Skonsolidowane Obwieszczenie Jurysdykcyjne, s. 17.

588 Art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004.

589 Art. 3 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia 139/2004.

590 Art. 3 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia 139/2004.

591 J. Cook, C. Kerse, *EC Merger Control*, London 2009, s. 38.

592 Komisja Europejska, Skonsolidowane Obwieszczenie Jurysdykcyjne, s. 17.

593 Tamże, s. 18.

594 Tamże, s. 17.

595 Warto również zauważyć, że w publicznej debacie dotyczącej unijnego prawa ochrony konkurencji zjawisko unii personalnych jest zwykle analizowane wraz ze zjawiskiem udziałów mniejszościowych, a kontekst tej dyskusji wskazuje na to, że zjawiska te co do zasady nie są objęte zakresem unijnego reżimu nadzoru nad koncentracjami. Zob. np. E. Moaveri Milanesi, A. Winterstein, *Minority shareholdings, interlocking directorships and the EC Competition Rules - Recent Commission practice*, „Competition Policy Newsletter”, 1/2002, s. 15 i n.; Komisja Europejska, *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*, DAF/COMP/WP3/WD(2008)13, 19.02.2008; T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørsgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „European Law Review” 2011/36, s. 856. Na takie podejście unijnego prawa konkurencji do zjawiska unii personalnych wskazywał również szereg wypowiedzi podczas konferencji zorganizowanej przez grecki urząd ochrony konkurencji pt. „Common ownership, interlocking directorates & competition: a transatlantic perspective”, która odbyła się 9.12.2020 r.

element analizy wieloczynnikowej uwzględniającej również np. prawa udziałowe. Warto przywołać przede wszystkim wydaną jeszcze w czasie obowiązywania Rozporządzenia nr 4064/89 decyzję Komisji Europejskiej w sprawie Haniel/Cementbouw⁵⁹⁶. W tej sprawie Komisja przyznała, że posiadanie w składzie zarządów (*management boards*) przedsiębiorstw tych samych osób fizycznych może w niektórych okolicznościach być wykorzystane wraz z innymi elementami (*together with other elements*) do ustalenia istnienia kontroli⁵⁹⁷. Jednakże w ocenie Komisji brak unii personalnych nie stanowi okoliczności przesądzającej o braku kontroli w sytuacji, gdy inne właściwe kryteria wskazują na istnienie takowej⁵⁹⁸.

W doktrynie również podkreśla się, że przypisywanie istnieniu unii personalnych roli w ustaleniu stosunku kontroli powinno być dokonywane z ostrożnością. Sam fakt, że większość członków organów dwóch spółek stanowią te same osoby, niekoniecznie odzwierciedla stosunek kontroli⁵⁹⁹. W związku z tym istnienie unii personalnych może odgrywać rolę jednego z - ale nie jedyne - czynników w toku ustalenia, czy istnieje stosunek kontroli łączący spółki powiązane unią personalną.

Uwzględnianie w toku wieloczynnikowej analizy mającej na celu ustalenie istnienia kontroli nad jednym przedsiębiorcą zaangażowanym w unię personalną przez innego uczestnika unii było również przedmiotem sprawy dotyczącej kartelu na rynku kabli - Goldman Sachs/Prysmian⁶⁰⁰. Mimo że decyzja nie została wydana w trybie kontroli koncentracji, lecz w trybie przeciwdziałania wielostronnym praktykom antykonkurencyjnym, to jednak w analizowanym zakresie - z uwagi na posługiwanie się tożsamym pojęciem wywierania decydującego wpływu - może mieć przełożenie również na analizę pod kątem systemu kontroli koncentracji.

W omawianej decyzji Komisja Europejska uznała, że spółka Prysmian była kontrolowana przez Goldman Sachs Group na podstawie powiązań udziałowych oraz personalnych⁶⁰¹. W kontekście uzasadnienia kontroli na podstawie powiązań personalnych Komisja podkreślała fakt istnienia unii personalnych, wysoki odsetek członków organów spółki zależnej zaangażowanych w unię personalną ze spółką matką oraz zakres kompetencji tych członków organów. Komisja wskazała, że dyrektorzy zatrudnieni przez Goldman Sachs Group lub w inny sposób z powiązani z tą spółką stanowili przynajmniej 50% składu rady dyrektorów Prysmian, a decyzje rady dyrektorów Prysmian wymagały aprobaty przynajmniej części dyrektorów powiązanych z Goldman Sachs Group⁶⁰². Ponadto reprezentanci Goldman Sachs Group mieli szerokie uprawnienia zarządcze w spółce⁶⁰³.

⁵⁹⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.2002 r. w sprawie COMP/M.2650 Haniel/Cementbouw/JV (CVK).

⁵⁹⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.2002 r. w sprawie COMP/M.2650 Haniel/Cementbouw/JV (CVK), pkt 27.

⁵⁹⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.2002 r., Case COMP/M.2650 Haniel/Cementbouw/JV (CVK), pkt 27: "the fact that the members of managing bodies are the same persons may, depending on the pattern of the case, be used, together with other elements, to establish control, the opposite conclusion should not be drawn from this, namely that where the persons are not the same there is no control, even if it exists when the other relevant criteria apply".

⁵⁹⁹ G. Hirsh, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007, s. 2140.

⁶⁰⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 2.04.2014 r., Case AT.39610 - Power Cables, pkt 761-763; wyrok SPI z 12.07.2018 r. w sprawie T-419/14; wyrok Trybunału z 27.01.2021 r. w sprawie C-595/18 P.

⁶⁰¹ Decyzja Komisji Europejskiej z 2.04.2014 r. w sprawie nr AT. 39610 - Power Cables, pkt 751-788.

⁶⁰² Decyzja Komisji Europejskiej z 2.04.2014 r. w sprawie nr AT. 39610 - Power Cables, pkt 762.

⁶⁰³ Tamże, pkt 763.

Po zaskarżeniu decyzji Komisji sprawa trafiła ostatecznie do Trybunału. W wyroku Trybunał stwierdził, że powiązania personalne mogą zostać uznane za stanowiące jeden z elementów, na których Komisja może się oprzeć, aby wykazać wywieranie decydującego wpływu na zachowanie spółki⁶⁰⁴. W ocenie Trybunału znaczenie powiązań personalnych, w tym unii personalnych, polega na fakcie, że mogą one sugerować, iż dana osoba, mimo że działa na rzecz danej spółki, rzeczywiście realizuje - ze względu na jej powiązania z inną spółką - interesy tej innej spółki⁶⁰⁵.

W kontekście analizy powiązań personalnych jako metody służącej ustaleniu istnienia kontroli Trybunał podkreślił jednak, że rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu przez spółkę dominującą na zachowanie spółki zależnej może zostać wywiedzione ze zbioru zgodnych okoliczności, nawet jeśli żadna z tych okoliczności rozpatrywana odrębnie nie wystarcza do stwierdzenia istnienia takiego wpływu⁶⁰⁶. Tym samym Trybunał zasugerował, że unie personalne i podobne powiązania nie stanowią samodzielnej okoliczności służącej udowodnieniu istnienia decydującego wpływu, a w konsekwencji istnienia kontroli, lecz mogą być elementem analizy wieloczynnikowej służącej takim ustaleniom.

Wyrok Trybunału pozostawił otwartą kwestię tego, czy powiązania personalne - aby stanowić czynnik istotny dla analizy kontroli sprawowanej za pośrednictwem powiązań personalnych - muszą obejmować więcej niż połowę członków organów. Nie zmienia to faktu, że Komisja i sądy przykładają znacznie większą wagę do sytuacji, w których omawiane powiązania dotyczą większości członków organów. Potwierdza to choćby fakt, że w toku postępowania przed SPI jednym z przedmiotów sporu było to, czy powiązania personalne mające potwierdzać sprawowanie przez Goldman Sachs Group kontroli nad Prysmian dotyczyły w istocie większości członków organów spółki zależnej⁶⁰⁷.

Podsumowując, z analizy orzecznictwa wynika, że unie personalne mogą stanowić czynnik uwzględniany w toku wieloczynnikowej oceny, czy w danym stanie faktycznym występuje przejęcie kontroli. Jednakże unie personalne są w tego typu sytuacjach czynnikiem o drugorzędym charakterze. Za tą tezę zdaje się przemawiać zarówno wyrok Trybunału w sprawie Goldman Sachs Group⁶⁰⁸, jak i stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w decyzji w sprawie Haniel/Cementbouw⁶⁰⁹.

O ograniczonym znaczeniu unii personalnych w kontekście definiowania koncentracji świadczy również fakt, że problematyka unii personalnych nie została w ogóle poruszona w definicji koncentracji zawartej w Rozporządzeniu nr 139/2004. Ponadto problematyka ta jedynie wyjątkowo pojawia się w orzecznictwie.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że - w braku innych okoliczności typowych dla koncentracji - samo utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnych nie stanowi operacji podlegającej nadzorowi Komisji Europejskiej. Unie personalne tylko w wyjątkowych okolicznościach mogą odgrywać rolę dodatkowego (pomocniczego) czynnika w toku analizy ukierunkowanej na ustalenie, czy w danym stanie faktycznym ma miejsce zmiana kontrola mogąca podlegać reżimowi kontroli koncen-

⁶⁰⁴ Wyrok Trybunału z 27.01.2021 r. w sprawie C-595/18 P, pkt 89.

⁶⁰⁵ Tamże, pkt 94.

⁶⁰⁶ Tamże, pkt 90.

⁶⁰⁷ Wyrok SPI z 12.07.2018 r. w sprawie T-419/14, pkt 103-109.

⁶⁰⁸ Wyrok Trybunału z 27.01.2021 r. w sprawie C-595/18 P, pkt 90.

⁶⁰⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.2002 r., Case COMP/M.2650 Haniel/Cementbouw/JV (CVK).

tracji. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których unie personalne dotyczą więcej niż połowy członków organu spółki kontrolowanej.

Oznacza to, że unijny system kontroli koncentracji co do zasady nie przeciwdziała antykonkurencyjnym uniom personalnym w sposób bezpośredni. Warunkiem wstępnym takiego bezpośredniego przeciwdziałania jest bowiem objęcie unii personalnych zakresem tego nadzoru. W prawie unijnym unie personalne mogą stanowić tylko dodatkowy element stanu faktycznego składającego się na koncentrację i w praktyce służą tylko jako okoliczność podkreślająca zmianę kontroli wynikającą w istocie z innych okoliczności typowych dla przejęcia kontroli takich jak np. nabycie praw udziałowych. Nawet w takich sytuacjach Komisja i sądy zdają się preferować wykorzystywanie w roli czynnika w toku analizy wieloczynnikowej takich unii personalnych, które dotyczą więcej niż połowy członków organu spółki kontrolowanej i dają przedstawicielom spółki kontrolującej szerokie uprawnienia zarządcze.

Powyższe pośrednio potwierdza, że w unijnym systemie kontroli koncentracji unie personalne mają znaczenie jako okoliczność istotna dla ustalenia, czy doszło do integracji zarządzania spółki kontrolującej i kontrolowanej. Unie personalne, którym nie towarzyszą dodatkowe czynniki prowadzące do takiej integracji (czyli, innymi słowy, do przejęcia kontroli), a które jedynie umożliwiają wymianę informacji pomiędzy nadal niezależnymi przedsiębiorstwami, nie stanowią koncentracji podlegającej nadzorowi i do ich dokonania nie jest konieczne uzyskanie zgody Komisji Europejskiej. Oznacza to, że w tym zakresie unijny system kontroli koncentracji nie przeciwdziała zagrożeniom dla konkurencji specyficznym dla unii personalnych związanych w szczególności z wymianą informacji.

6.2.3. Prawo polskie

Mimo że konstrukcja obecnego polskiego systemu kontroli koncentracji jest wzorowana na prawie unijnym, przepisy uokik dotyczące unii personalnych w kontekście definicji koncentracji wykazują znaczące różnice w porównaniu do prawa unijnego. Może to mieć związek z faktem, że w odróżnieniu od unijnych przepisów definiujących koncentrację, w polskich przepisach unie personalne stanowiły formę koncentracji już od wejścia w życie nowelizacji uppm z 1995 r.

Po nowelizacji uppm z 1995 r. unie personalne stanowiły jedną z form koncentracji. Obowiązek zgłoszenia obejmował unie personalne obejmujące nie tylko członków organów, ale również inne stanowiska (np. stanowisko głównego księgowego), których piastowanie wiązało się raczej z dostępem do wrażliwych informacji dotyczących spółki niż z konkretnymi uprawnieniami władczymi istotnymi dla podejmowania strategicznych decyzji dotyczących jej działalności. Ponadto w początkowym stadium rozwoju reżimu nadzoru nad uniami personalnymi nie tworzone kryteriów związanych z liczbą osób zaangażowanych w unie personalne lub konfiguracją stanowisk.

W świetle powyższego można stwierdzić, że na gruncie uppm atrybut dostępu do informacji wynikający z unii personalnych był istotniejszy od władzy korporacyjnej. Posiadanie kontroli nad działaniami jednego członka organu jest wystarczające do wymienia informacji, ale może nie być wystarczające do podejmowania decyzji w ramach korporacyjnego procesu decyzyjnego (co jest istotne z perspektywy koncentracji polegającej na przejęciu kontroli w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004 czy uokik).

W uokik z 2000 r. pojęcie koncentracji podlegającej obowiązkowi zgłoszenia zostało ograniczone do członków organów. Jednakże przepisy definiujące koncentrację w dalszym ciągu dotyczyły w tym samym stopniu unii personalnych obejmujących członków zarządu, którzy w sposób bezpośredni zajmują się prowadzeniem działalności spółki, oraz członków organów kontrolnych, których rola w prowadzeniu bieżących spraw spółki ma charakter pośredni. Na gruncie uokik z 2000 r. definicja koncentracji polegającej na utworzeniu unii personalnej - podobnie jak to miało miejsce wcześniej - nie odnosiła się jednak do proporcji pomiędzy zaangażowanymi w unie członkami organów a członkami organów, którzy nie pełnili funkcji w organach więcej niż jednego przedsiębiorcy.

Wejście w życie obecnie obowiązującej uokik wiązało się ze zmianami w definicji koncentracji. uokik definiuje cztery typy transakcji stanowiących koncentrację. Jednym z nich, w praktyce mającym podstawowe znaczenie dla funkcjonowania systemu kontroli koncentracji, jest przejęcie kontroli. Ogólna definicja kontroli przyjęta w uokik jest co do zasady wzorowana na analogicznej definicji w prawie unijnym, tj. na przesłance możliwości wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę zależnego.

W świetle uokik kontrola jest rozumiana jako wszelkie formy uzyskanych przez przedsiębiorcę bezpośrednio lub pośrednio uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Ponadto uokik zawiera katalog „uprawnień”, które w szczególności są uznawane za przejęcie kontroli. Uprawnienia te obejmują m.in. okoliczności uznawane za podstawę kontroli również na gruncie Rozporządzenia nr 139/2004, przede wszystkim dysponowanie większością głosów na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu akcjonariuszy spółki (art. 4 pkt 4 lit. a) uokik). Jednakże w odróżnieniu od uregulowań unijnych uokik wprost wskazuje, że uprawnienie dające kontrolę tworzy w szczególności istnienie określonych unii personalnych (art. 4 pkt 4 lit. c) uokik).

W rozumieniu uokik definicja przejęcia kontroli odnosi się do unii personalnych spełniających określone warunki. Po pierwsze, osoby fizyczne, za których pośrednictwem przedsiębiorca kontrolujący ma sprawować kontrolę nad innym przedsiębiorcą, muszą być członkami zarządu lub rady nadzorczej. Innymi słowy, aby zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik przypisać przedsiębiorcy sprawującemu kontrolę działania danej osoby fizycznej nie ma znaczenia konkretna pozycja tej osoby w strukturze korporacyjnej spółki kontrolującej pod warunkiem, że osoba ta jest członkiem organu tej spółki (zarządu lub rady nadzorczej). Autorzy uokik nie przedstawili powodów, jakimi się kierowali, ustalając taką regułę. Jednakże takie uregulowanie może być uzasadnione istnieniem szczególnych obowiązków nakładanych przez prawo spółek na członków organów, takich jak obowiązek dochowania należytej staranności⁶¹⁰ lub obowiązek

610 Według art. 293 § 2 KSH (w stosunku do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz art. 483 § 2 KSH (w stosunku do spółek akcyjnych) członkowie zarządu i rady nadzorczej przy wykonywaniu swoich obowiązków powinni dążyć do należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności.

lojalności⁶¹¹. W świetle powyższego, skoro członek organu jest zobowiązany do działania w sposób lojalny i w najlepszym interesie spółki, interesy tego członka organu oraz interes spółki są ujednolicone. W przypadku naruszenia wyżej wymienionych obowiązków członek organu może bowiem ponieść osobistą odpowiedzialność. Jednakże takie podejście zakłada, że członkowie organów spółki kontrolującej będą realizować jej interesy nie tylko podczas wykonywania ich funkcji w tej spółce, ale również podczas wykonywania funkcji w spółce kontrolowanej. Problem w tym, że interesy spółek rzekomo kontrolującej i kontrolowanej na podstawie większościowych unii personalnych może być rozbieżny, a tym samym powyższe założenie może nie odpowiadać rzeczywistości⁶¹².

Po drugie, aby doprowadzić do przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą, członkowie organu objęci unią personalną muszą stanowić większość członków zarządu przedsiębiorcy zależnego. Ani z przepisów uokik, ani z uzasadnienia projektu tej ustawy⁶¹³ nie wynika jednoznacznie, dlaczego ustawa ogranicza w tym wypadku zakres stanowisk objętych unią personalną do członków zarządu. Jednakże w świetle mechanizmów zarządzania spółkami można stwierdzić, że takie rozwiązanie wynika z roli, jaką odgrywają członkowie zarządu w prowadzeniu działalności gospodarczej przedsiębiorcy. Są oni bowiem kluczowymi osobami mającymi wpływ na strategię przedsiębiorcy na rynku. W rezultacie unia personalna obejmująca członków zarządu może stanowić formę instrumentu, za którego pośrednictwem przedsiębiorca będzie wywierał decydujący wpływ na przedsiębiorcę zależnego. Zgodnie z ogólnymi zasadami polskiego prawa korporacyjnego, każdy członek zarządu jest domyślnie upoważniony do prowadzenia zwykłych czynności spółki⁶¹⁴. Uchwała zarządu jest wymagana, jeżeli co najmniej jeden z członków zarządu sprzeciwi się przeprowadzeniu takiej czynności lub sprawa przekracza zakres zwykłych czynności spółki⁶¹⁵. Uchwały zarządu są przyjmowane większością głosów⁶¹⁶. Biorąc to pod uwagę, przedsiębiorca wykorzystujący członków zarządu objętych unią personalną teoretycznie może być pewien, że interesująca go decyzja dotycząca spraw przedsiębiorcy zależnego będzie podjęta tylko wtedy, jeśli ma kontrolę nad działaniami osób fizycznych zaangażowanych w unią personalną⁶¹⁷, a osoby te stanowią większość zarządu przedsiębiorcy zależnego.

611 Obowiązek lojalności początkowo nie był wprost wyartykułowany w KSH. Jednakże w doktrynie prawa wywodziło się go z niektórych szczegółowych obowiązków nakładanych na członków organów. Zob. D. Wajda, *Obowiązek lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009, s. 26; R. Czerniawski, *Zarząd spółki akcyjnej*, Warszawa 2008, s. 204. Wprowadzenie obowiązku lojalności członków organów było jednym z elementów ustawy z 9.02.2022 r. o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2022 poz. 807).

612 Można to zaprezentować na poniższym przykładzie: spółka A posiada 100% udziałów w spółce B. W skład jednoosobowego zarządu spółki B wchodzi pan X, który jest jednocześnie członkiem trzyosobowego zarządu spółki C. Zgodnie z wykładnią art. 4 pkt 4 lit. c) uokik przyjmowaną przez Prezesa UOKiK, spółka C „kontroluje” spółkę B. Takie podejście całkowicie pomija fakt, że pan X, wykonując swoje obowiązki jako członek zarządu spółki B, powinien brać pod uwagę przede wszystkim interes spółki B, który jest wyznaczany jako wypadkowa interesu jej współników (co w przypadku posiadania całości udziałów spółki B przez spółkę A sprowadza się do interesu spółki A).

613 Uzasadnienie projektu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Druk sejmowy nr 1110, 26.10.2006 r., dostępny: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/06AED0325C1F3B3FC125722600445A4A/\\$file/1110.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/06AED0325C1F3B3FC125722600445A4A/$file/1110.pdf) (data dostępu: 10.07.2019 r.).

614 Art. 208 § 1 oraz art. 371 § 1 KSH.

615 Art. 208 § 3-4 KSH.

616 Art. 208 § 5 oraz art. 371 § 2 KSH.

617 Jednakże problem „kontroli nad członkami organów” jest dyskusyjny i będzie analizowany bardziej szczegółowo w dalszej części rozważań.

Brzmienie art. 4 pkt 4 uokik sugeruje, że unie personalne spełniające powyższe warunki mają takie znaczenie dla ustalenia istnienia przejęcia kontroli jak uprawnienia wynikające z posiadania większości udziałów. Omawiany przepis nie wskazuje bowiem na żadne różnice w zakresie znaczenia każdej z okoliczności wskazanych w tym przepisie dla ustalenia kontroli, w tym nie wprowadza żadnej gradacji tych sytuacji.

Na marginesie należy zauważyć, że polski ustawodawca nie jest w swoim podejściu odosobniony. Podobne podejście, sugerujące, że unie personalne mogą być odpowiednikiem praw udziałowych w zakresie instrumentu, przy którego pomocy wykonywana jest kontrola, zostało zaprezentowane w publikacji OECD skierowanej do państw Europy Środkowej i Wschodniej w okresie transformacji gospodarki z systemu socjalistycznego na rynkowy⁶¹⁸. Nie można wykluczyć, że dokument ten był jednym ze źródeł inspiracji dla polskiego ustawodawcy.

W każdym wypadku istotą koncentracji na gruncie uokik, w szczególności polegającej na przejęciu kontroli, jest integracja zarządzania uprzednio niezależnych jednostek gospodarczych. Twierdzenie, że unie personalne mogą stanowić zjawisko towarzyszące integracji zarządu nad wieloma przedsiębiorcami (którego najlepszą formą jest całkowita integracja polegająca na pełnym połączeniu przedsiębiorców) znajduje oparcie w naukach społecznych⁶¹⁹.

Potwierdza to również analiza stanów faktycznych rozpatrywanych przez Prezesa UOKiK w jego praktyce decyzyjnej powstałej na gruncie uokik z 2000 r., która wskazuje, że tworzenie unii personalnych stanowi nierzadko element strategii ukierunkowanej na pełną integrację spółek powiązanych unią. Przykładowo w sprawie *Vistula/Wólczańska*⁶²⁰ prezes zarządu Wólczańska S.A. został powołany na prezesa zarządu Vistula S.A. - konkurenta na rynkach związanych ze sprzedażą odzieży formalnej. Strony notyfikowały Prezesowi UOKiK utworzenie unii personalnej podczas następującego później procesu pełnego połączenia Wólczańska S.A. i Vistula S.A. W sprawie *Simon Holding S.L./Kontakt Simon S.A.*⁶²¹ utworzenie unii personalnej zostało dokonane jednocześnie z nabyciem przez Simon Holding S.L. niemal 50% udziałów w Kontakt Simon S.A. Obydwie operacje zostały łącznie notyfikowane Prezesowi UOKiK. W sprawie *ABG S.A./Ster-Projekt S.A.*⁶²², Ster-Projekt S.A. zgłosił Prezesowi UOKiK zamiar powołania prezesa zarządu ABG S.A. na członka zarządu Ster-Projekt S.A. Zamiarem stron było utworzenie unii personalnej, a następnie dokonanie transferu aktywów ABG S.A. na rzecz Ster-Projekt S.A. w zamian za akcje w Ster-Projekt S.A.

618 OECD, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, 1993: *Control over enterprises is generally viewed to be exercised when an individual or group of investors hold more than 50 per cent of the common voting stock of the enterprise or firm. However, "effective control" maybe exercised when the investor(s) holds a large block of voting stock even when it is less than 50 per cent but the remaining shares are widely held by many smaller investors. Control of enterprises may also be exercised through interlocking directorates and inter-corporate ownership links between firms as in the case of conglomerates.*

619 J. Caswell, *An Institutional Perspective on Corporate Control and the Network of Interlocking Directorates*, „Journal of Economic Issues” 2/XVIII/1984, s. 619-626; C. Kono, D. Palmer, R. Frieland, M. Zafonte, *Lost in Space: The Geography of Corporate Interlocking Directorates*, „The American Journal of Sociology” 4/103/1998, s. 863-911.

620 Decyzja Prezesa UOKiK z 9.08.2006 r. nr RKR-37/2006.

621 Decyzja Prezesa UOKiK z 30.08.2005 r. nr RKT-45/2005.

622 Decyzja Prezesa UOKiK z 18.03.2005 r. nr RWA-8/2005.

Na podstawie analizy orzecznictwa Prezesa UOKiK z okresu obowiązywania uokik z 2000 r. można zidentyfikować wyraźną korelację pomiędzy utworzeniem unii personalnej a posiadaniem udziałów, tj. modelową formą instrumentu stanowiącego podstawę kontroli. Przynajmniej w 13 z 25 analizowanych spraw (52%) utworzeniu unii personalnej towarzyszyły istniejące lub planowane więzi udziałowe pomiędzy konkurentami objętymi unią. Jednakże fakt, że unie personalne stanowią w praktyce stosunkowo często okoliczność towarzyszącą posiadaniu kontroli na podstawie udziałów, nie oznacza, że (jak wydaje się sugerować polski prawodawca w obecnie obowiązującej uokik) unie personalne i posiadanie praw udziałowych mają taką samą naturę.

Istotą przejęcia kontroli jest istnienie jednostronnej relacji, w której przedsiębiorca kontrolujący ma kontrolę (władztwo) nad kontrolowanym przy jednoczesnym braku posiadania przez kontrolowanego kontroli nad kontrolującym. Udziały kapitałowe są klasycznym przykładem takiego scenariusza: udziałowcy, korzystając ze swoich uprawnień, mogą decydować o sprawach spółki, a spółka jest prawnie zobowiązana respektować ich wolę. W konsekwencji doktryna prawa i organy ochrony konkurencji stosują domniemanie, zgodnie z którym nabycie większościowego udziału daje nabywcy kontrolę nad spółką⁶²³.

W przypadku unii personalnych czynnikiem mającym stanowić instrument wykorzystywany przez spółkę do sprawowania kontroli na gruncie uokik są odrębne podmioty – osoby fizyczne pełniące funkcje w organach spółki kontrolującej i kontrolowanej. Ze swojej natury podmioty te nie stanowią instrumentów poddanych całkowicie woli którejkolwiek ze spółek, w których sprawują swoje funkcje. Ponadto, o ile w przypadku praw udziałowych istnieje wyraźna różnica pomiędzy spółką kontrolującą i kontrolowaną, to w przypadku unii personalnych osoba fizyczna mająca stanowić instrument, za którego pośrednictwem sprawowana jest kontrola, jest powiązana taką samą więzią z każdą ze spółek, w których ta osoba sprawuje swoje funkcje.

Pomimo tego brzmienie art. 4 pkt 4 uokik nie daje jednoznacznych podstaw do odmiennego traktowania większościowych praw udziałowych i określonych w przepisie unii personalnych⁶²⁴. W konsekwencji trzymanie się literalnej wykładni tego przepisu wymagającej tożsamego traktowania wspomnianych sytuacji nakazywałoby również ich tożsame lub co najmniej podobne traktowanie w zakresie domniemania przejęcia kontroli.

Takie podejście – odmienne od tego stosowanego przez organy i sądy stosujące unijne przepisy dotyczące pojęcia kontroli, które były pierwowzorem uokik – przyjmuje również Prezes UOKiK w praktyce decyzyjnej. We wszystkich decyzjach dotyczących problematyki przejęcia kontroli poprzez unię personalną wydanych przez Prezesa UOKiK na podstawie uokik nie została przeprowadzona analiza żadnych dodatkowych

czynników mogących mieć wpływ na ustalenie przejęcia kontroli, a Prezes UOKiK wydawał się opierać swoje twierdzenie o wystąpieniu przejęcia kontroli wyłącznie na podstawie wystąpienia unii personalnej⁶²⁵. Jednocześnie, gdyby unie personalne nie oznaczały automatycznie przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą, to aby ustalić, że rzeczywiście nastąpiło przejęcie kontroli, konieczne byłoby przeanalizowanie takich dodatkowych czynników.

Warto szczególnie wyróżnić decyzję Prezesa UOKiK w sprawie Polska Żegluga Morska/Fundusz Rozwoju Spółek⁶²⁶. Z jednej strony w uzasadnieniu tej decyzji Prezes UOKiK stwierdził, iż katalog uprawnień zawarty w art. 4 pkt 4 lit. a-f uokik „stanowi w praktyce listę z pytaniami skierowanymi do przedsiębiorcy – w przypadku pozytywnej odpowiedzi na którekolwiek z sześciu pytań sformułowanych na podstawie wskazanego katalogu należy przejść do oceny, czy występujące uprawnienie jest wystarczające do wywierania decydującego wpływu”. Takie podejście zdaje się sugerować, że nawet w przypadku stwierdzenia zaistnienia sytuacji wskazanej, w jednym z punktów z omawianego katalogu istnieje możliwość udowodnienia braku kontroli. W tym kontekście PŻM rzekomo przejmująca kontrolę wskazywała, że „poza samym faktem objęcia przez Pana [...] funkcji członka zarządu FRS nie nastąpiło uzyskanie przez PŻM jakichkolwiek uprawnień, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu”. Nie stanowiło to jednak przeszkody dla organu do stwierdzenia przejęcia kontroli wyłącznie na podstawie brzmienia art. 4 pkt 4 lit. c) uokik bez analizy żadnych dodatkowych czynników mogących wskazywać na przejęcie kontroli. Prezes UOKiK ograniczył się w zasadzie jedynie do wskazania, że dana osoba fizyczna pełniła funkcje zarządcze w przedsiębiorcy kontrolującym i kontrolowanym, nie precyzując mechanizmu umożliwiającego oddziaływanie przedsiębiorcy kontrolującego na spółkę kontrolowaną.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że – według Prezesa UOKiK – wystąpienie unii personalnych spełniających warunki wskazane w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik rodzi domniemanie, że nastąpiło przejęcie kontroli⁶²⁷. Utworzenie unii personalnej powoduje zaistnienie przesłanki domniemania, a wnioskiem domniemania jest przejęcie kontroli. W takim wypadku ciężar dowodu, że kontrola nie została przejęta na podstawie istniejącej unii personalnej spoczywałby na przedsiębiorcach zaangażowanych w unię.

Takie podejście zasługuje na krytykę z uwagi na to, że całkowicie pomija specyficzną naturę unii personalnych. Jak wskazują nauki społeczne, utworzenie unii personalnych może być związane z indywidualnymi motywacjami osób fizycznych zaangażowanych w unię⁶²⁸. Ponadto fakt istnienia unii personalnych nie stanowi instrumentu przysługującego jakimkolwiek podmiotowi (czy też – używając terminologii uokik – unie personalne nie stanowią „uprawnień”). Ta unikalna natura unii personalnych, w szczególności fakt, że obejmują niezależne osoby fizyczne, powoduje, że unie personalne nie mieszczą się w ramach instytucji przejęcia kontroli.

623 Zob. np. G. Hirsh, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007, s. 2137 („Whoever holds the majority of voting rights in a company will generally exercise a decisive influence over the company's decisions. However, an exception may apply [...]”). Zob. również wkład Unii Europejskiej do OECD Policy Roundtable, Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, 2013, s. 80 („Sole control [...]. It is normally acquired on a legal basis where an undertaking acquires a majority of the voting rights of a company. In the absence of other elements, an acquisition which does not include a majority of the voting rights does not normally confer control even if it involves the acquisition of a majority of the share capital.”)

624 Takiej podstawy można ewentualnie upatrywać w kolejności, w jakiej art. 4 pkt 4 uokik wymienia poszczególne uprawnienia mające stanowić podstawę kontroli.

625 Decyzje Prezesa UOKiK z 18.11.2008 r. nr DKK-88/08 oraz nr DKK-89/08; decyzja Prezesa UOKiK z 22.10.2013 r. nr DKK-132/2013; decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019.

626 Decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019.

627 Podobnie jak ma to miejsce w przypadku nabycia większościowego pakietu udziałów. Zob. np. G. Hirsh, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007, s. 2137; wkład Unii Europejskiej do OECD Policy Roundtable, Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, 2013, s. 80

628 Zob. pkt 2.4 niniejszej pracy.

W świetle językowej interpretacji uokik teoretycznie jest możliwa sytuacja, że spółka A wywiera decydujący wpływ na spółkę B, a spółka B w tym samym czasie wywiera decydujący wpływ na spółkę A. Taka sytuacja może wystąpić np. gdy spółka A i spółka B posiadają tego samego członka jednoosobowego zarządu. Opisana wyżej sytuacja w doktrynie bywa określana jako relacja wzajemnej kontroli⁶²⁹. Pojęcie wzajemnej kontroli wydaje się jednak sprzeczne z istotą kontroli mającej charakter relacji jednostronnej. W praktyce podobne scenariusze są bliższe połączeniu *sensu stricto* niż przejściu kontroli. W każdym wypadku z perspektywy celów prawa ochrony konkurencji znaczenie ma przede wszystkim istnienie relacji pomiędzy dwoma przedsiębiorcami (tj. czy stanowią oni jeden organizm gospodarczy zdolny do wymiany informacji lub koordynowania swoich zachowań). Przy porządkowanie koncentracji do określonego typu jest kwestią drugorzędną, choć niepozbawioną całkowicie znaczenia⁶³⁰.

Z podobnym scenariuszem do omawianego powyżej polski organ ochrony konkurencji zmierzył się w sprawie Sadrob S.A./Exdrob S.A.⁶³¹ W tamtej sprawie zarządy Sadrob S.A. oraz Exdrob S.A. składały się z trzech członków. Spółki pierwotnie były związane unią personalną obejmującą jednego z członków zarządu każdej ze spółek, a zatem unia personalna nie miała większościowego charakteru i nie wypełniała przesłanek z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik. Następnie członek zarządu Sadrob S.A. (inny niż ten uprzednio zaangażowany w unię personalną) został powołany na członka zarządu Exdrob S.A. w miejsce osoby nieobjętej unią personalną.

Operacja została zgłoszona Prezesowi UOKiK po dokonaniu powołania. Organ stanął przed problemem identyfikacji, która ze spółek powinna ponieść odpowiedzialność za dokonanie koncentracji przed uzyskaniem stosownej zgody. W ocenie Prezesa UOKiK zamiar uzyskania decydującego wpływu mógł być przypisany wyłącznie Sadrob S.A. gdyż, przed dokonaniem koncentracji osoba zaangażowana w unię personalną była członkiem zarządu tej spółki. Innymi słowy, zamiar koncentracji nie mógł być przypisany Exdrob S.A., gdyż przed utworzeniem unii, przyszły członek zarządu Exdrob S.A. nie był z nią powiązany. W konsekwencji wcześniejsza relacja pomiędzy przedsiębiorcą a daną osobą fizyczną została uznana za przesłankę wskazującą na zamiar utworzenia unii personalnej przez tego przedsiębiorcę.

Takie podejście nie jest teoretycznie pozbawione podstaw. Co do zasady uprzednio istniejące relacje mogą mieć wpływ na decyzję przedsiębiorcy czy wykorzystać daną osobę w celu utworzenia unii personalnej. Istniejące relacje mogą (choć nie muszą) zwiększać zaufanie pomiędzy członkiem organu a przedsiębiorcą lub udziałowcami (właścicielami) przedsiębiorcy zamierzającego przejąć kontrolę nad innym przedsiębiorcą. Zatem uprzednio występujące relacje mogą zwiększać prawdopodobieństwo, że członek organu będzie wypełniał założenia strategiczne tego przedsiębiorcy. Jed-

629 Pojęcie wzajemnej kontroli zostało przyjęte przez: E. Modzelewska-Wachal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 41; A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 113; M. Będkowski-Kozioł, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa, 2014, s. 121; C. Banasiński (red.), E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009.

630 Kwestia ta ma znaczenie np. z uwagi na ustalenie kręgu podmiotów zobowiązanych do dokonania zgłoszenia. Przykładowo, wszystkie strony koncentracji są zobowiązane do notyfikowania połączenia *sensu stricto* podczas gdy obowiązek zgłoszenia przejścia kontroli spoczywa wyłącznie na przejmującym. Por. art. 94 ust. 2 i ust. 3 uokik.

631 Decyzje Prezesa UOKiK z 18.11.2008 r. nr DKK-88/08 oraz nr DKK-89/08.

nakże takie podejście nie znajduje żadnego oparcia w przepisach. Ponadto powyższa zasada nie może być stosowana w przypadkach, gdy osoba zaangażowana w unię personalną nie była powiązana z którymkolwiek z przedsiębiorców przed utworzeniem unii⁶³².

Porównując z kolei uokik do wcześniej obowiązujących polskich przepisów regulujących kontrolę koncentracji, można wskazać, że obecne podejście uokik do roli unii personalnych jako zdarzenia podlegającego nadzorowi Prezesa UOKiK wskazuje, że kontrola koncentracji jest ukierunkowana na zagrożenia wynikające z pełnej integracji zarządzania, a nie samą wymianę informacji. Gdyby ustawodawca uznał, że zagrożenia dla konkurencji związane z wymianą informacji poprzez unie personalne zasługują na objęcie nadzorem *ex ante*, powinien wprowadzić odrębny typ koncentracji obejmujący unie personalne. W takim wypadku konieczne byłoby jednak odejście od ilościowych kryteriów wskazanych w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik i uznanie za koncentrację nawet unii personalnych obejmujących pojedynczych członków organów (jak to miało miejsce np. w uppm). Jak zostało bowiem zasygnalizowane powyżej, nawet unia personalna obejmująca jedną osobę fizyczną stanowi wystarczający instrument zapewniający możliwość skutecznej wymiany informacji.

Obecna uokik traktuje jednak unie personalne głównie jako mechanizm wywierania władzy nad spółką przez inną spółkę. W tym aspekcie - jak zostało wspomniane powyżej - całkowicie pomija specyficzną naturę unii personalnych i dlatego zasługuje na krytykę. *De lege ferenda* należy postulować wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z definicji przejścia kontroli. Taka zmiana legislacyjna w dalszym ciągu pozwalałaby na uwzględnianie istniejących unii personalnych w toku analizy mającej na celu ustalenie, czy w danym stanie faktycznym występuje koncentracja w postaci przejścia kontroli bądź połączenia przedsiębiorców - tak jak ma to miejsce w praktyce stosowania prawa unijnego. W każdym wypadku taka analiza powinna jednak traktować unie personalne jako dodatkowy, a nie podstawowy czynnik wskazujący na istnienie relacji kontroli.

6.3. Unie personalne a przedwczesna implementacja koncentracji (*gun-jumping*)

6.3.1. Prawo amerykańskie

Amerykańskie organy ochrony konkurencji uznają za przedwczesną implementację koncentracji każdą sytuację, w której następuje przejście rzeczywistej własności (*beneficial ownership*) przed upływem ustawowego terminu⁶³³. Szukając odpowiedzi na pytanie, czy doszło do przejścia rzeczywistej własności, organy analizują, kto ponosi ryzyko straty lub może realizować zyski z danego przedmiotu, nad którym sprawowana jest własność, kto podejmuje decyzje w toku zwykłej działalności gospodarczej oraz kto sprawuje kontrolę nad mieniem czy umowami.

632 Taki scenariusz może wystąpić, gdy członkowie organów zaangażowani w unię personalną są jednocześnie powołani na swoje stanowiska w obydwu spółkach.

633 W. Blumenthal, *The Rethoric of Gun Jumping*, New York 2005, s. 9; <https://www.ftc.gov/public-statements/2005/11/rhetoric-gun-jumping>; ABA *Premiermer Notification Practice Manual*, Chicago 2015, § 30.

W praktyce orzeczniczej istnienie unii personalnych obejmujących członków organów nie było wykorzystywane jako dowód przedwczesnej implementacji koncentracji. Jednakże za dowód takiego zdarzenia w orzecznictwie uznawano zaistnienie okoliczności pokrewnych uniom personalnym, w szczególności praktyk wiążących się z wymianą informacji czy podejmowaniem decyzji zarządczych dotyczących przejmowanego przedsiębiorcy przez osoby powiązane z przedsiębiorcą przejmującym. Przykładowo, w sprawie Input/Output Departament Sprawiedliwości zaskarżył działania spółki Input/Output w związku z przejęciem przez nią spółki Digicourse. Zarzuty dotyczyły reorganizacji działalności Digicourse polegającej na przeniesieniu części pracowników i menedżerów Digicourse do struktury Input/Output przed upływem okresu oczekiwania. Jednym z elementów reorganizacji było powołanie dotychczasowego prezesa Digicourse na stanowisko szefa działu w spółce Input/Output. Sprawa zakończyła się ugodą, na mocy której Input/Output była zobowiązana do zapłaty kary pieniężnej⁶³⁴.

Podobny wątek stanowił element sprawy związanej z przedwczesną implementacją koncentracji polegającej na przejęciu przez Computer Associates International spółki Platinum Technology⁶³⁵. Departament Sprawiedliwości uznał w tym wypadku, że jedną z okoliczności stanowiących przejaw przedwczesnej implementacji koncentracji było utworzenie w ramach przejmowanej spółki komitetu zajmującego się aprobowaniem wybranych działań tej spółki i umieszczenie w tym Komitecie wiceprezesa Computer Associates.

Analiza amerykańskiego orzecznictwa w zakresie *gun-jumpingu* prowadzi do kilku wniosków. Z jednej strony nie ulega wątpliwości, że utworzenie powiązań personalnych, podobnych do unii personalnych obejmujących członków organów, stanowi przejaw przedwczesnej implementacji koncentracji. Nie ma również powodów, aby uznać, że unie personalne obejmujące członków organów miałyby być traktowane inaczej.

Nie oznacza to jednak, że samo istnienie unii personalnej jest wystarczającą okolicznością pozwalającą na stwierdzenie, że doszło do przedwczesnej implementacji koncentracji. W każdym wypadku orzecznictwo uznawało powiązania personalne za jeden z elementów mogących świadczyć o przedwczesnej implementacji koncentracji; jednakże w żadnym przypadku istnienie unii personalnej lub analogicznych powiązań personalnych nie stanowiło wyłącznego elementu. Analizując całokształt działalności amerykańskich organów ochrony konkurencji, należy stwierdzić, że unie personalne analizowane w oderwaniu od innych elementów mogących świadczyć o przedwczesnej implementacji koncentracji, w szczególności porozumień regulujących przeniesienie własności udziałów czy mienia, nie stanowią przedwczesnej implementacji koncentracji. Istnienie powiązań personalnych pomiędzy spółkami może zatem stanowić dodatkowy, a nie podstawowy argument za uznaniem stanu faktycznego za przedwczesną implementację koncentracji.

Wniosek taki pośrednio potwierdza stanowisko amerykańskich organów odnoszące się do czasowych umów o zarządzanie (*interim management agreement*), w których ramach właściciel czasowo przekazuje prawo do zarządzania działalnością gospodarczą danego przedsiębiorstwa innemu podmiotowi. Zdaniem organów nawet przekaza-

nie operacyjnej kontroli nad spółką na podstawie takich umów nie stanowi przedwczesnej implementacji koncentracji, o ile umowie tej nie towarzyszy przeniesienie innych atrybutów faktycznej własności (*beneficial ownership*)⁶³⁶. Mając na uwadze podobieństwo takich umów do unii personalnych, polegające przede wszystkim na tym, że wywołują podobne skutki polegające na utworzeniu kanału umożliwiającego wymianę informacji oraz wpływające na proces decyzyjny dotyczący jednej ze stron bez przenoszenia własności składników majątkowych służących prowadzeniu działalności gospodarczej, zasadne wydaje się stosowanie tych samych zasad w obydwu przypadkach.

6.3.2. Prawo unijne

Unijne przepisy dotyczące przedwczesnej implementacji koncentracji nie odnoszą się w ogóle do problematyki unii personalnych. Kwestia *gun-jumpingu* w kontekście unii personalnych nie była również przedmiotem zainteresowania orzecznictwa na poziomie unijnym. Jednakże pewne wnioski w tym zakresie można wyciągnąć z orzeczeń dotyczących ogólnie problematyki *gun-jumpingu*.

Kamieniem milowym rozwoju orzecznictwa w tym zakresie jest sprawa Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet, zakończona wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości⁶³⁷. W tym wyroku Trybunał przesądził, że naruszeniem obowiązku wstrzymania się od dokonania koncentracji jest jedynie takie zachowanie, które w całości lub częściowo, pod względem prawnym lub faktycznym przyczynia się do zmiany kontroli nad przejmowanym przedsiębiorstwem.

W tej sprawie Komisja Europejska przedstawiła stanowisko wskazujące, że częściowa implementacja koncentracji może wystąpić między innymi w odniesieniu do czynności, które: (i) składają się z czynności przygotowawczych w toku procedury prowadzącej do zmiany kontroli lub (ii) umożliwiają stronie obejmującej kontrolę uzyskanie wpływu na strukturę albo zachowanie rynkowe przejmowanego przedsiębiorstwa, lub (iii) w inny sposób wyprzedzają skutki połączenia, lub w istotny sposób wpływają na panujące warunki konkurencji⁶³⁸. Trybunał nie zgodził się z taką argumentacją, podkreślając m.in., że transakcje, które nie są konieczne do uzyskania kontroli nad przedsiębiorstwem, lecz mają charakter pomocniczy lub przygotowawczy w stosunku do koncentracji, nie stanowią naruszenia obowiązku powstrzymywania się od dokonania koncentracji przed uzyskaniem zgody⁶³⁹.

W świetle powyższego wyroku dla oceny *gun-jumpingu* kluczowe jest zatem to, czy dane zachowanie było konieczne do przejęcia kontroli nad innym przedsiębiorstwem. Odnosząc te zasady do unii personalnych, można wskazać, że do stwierdzenia uznania utworzenia unii personalnej za *gun-jumping* konieczne byłoby przeprowadzanie analizy wieloczynnikowej podobnej do tej przeprowadzanej w celu identyfikacji przejęcia kontroli.

636 W. Blumenthal, *The Rethoric of Gun Jumping*, New York 2005, s. 9. <https://www.ftc.gov/public-statements/2005/11/rhetoric-gun-jumping>; *ABA Premerger Notification Practice Manual*, Chicago 2015, § 30.

637 Wyrok Trybunału z 31.05.2018 r. w sprawie C-633/16 Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet.
638 Stanowisko Komisji Europejskiej za: Opinia Rzecznika Generalnego N. Wahla z 18.01.2018 w sprawie C-633/16 Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet.

639 Wyrok Trybunału z 31.05.2018 r. w sprawie C-633/16 Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet, pkt 49.

634 <https://www.justice.gov/atr/case-document/proposed-final-judgment-154>.

635 <https://www.justice.gov/atr/case/united-states-v-computer-associates-international-inc-and-platinum-technology-international-0>.

Kwestia *gun-jumpingu* była również przedmiotem decyzji Komisji Europejskiej w sprawie koncentracji Altice/PT Portugal⁶⁴⁰. W decyzji tej - wydanej kilka miesięcy po wydaniu przez Trybunał wyroku w sprawie EY/KPMG - Komisja stwierdziła, że Altice dokonała przedwczesnej implementacji koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad PT Portugal, a uzasadniając swoje stanowisko, Komisja przywołała szereg okoliczności. Z jednej strony katalog okoliczności przywoływanych przez Komisję obejmował okoliczności zwyczajowo analizowane w celu ustalenia istnienia kontroli, np. uprawnienia dające przejmującemu przedsiębiorcy możliwość wywierania decydującego wpływu na powoływanie kadry zarządzającej przedsiębiorcy przejmowanego⁶⁴¹ czy wpływ na jego politykę cenową⁶⁴².

Jednakże, uzasadniając naruszenie (*gun-jumping*), Komisja przywołała również okoliczność wymiany wrażliwych konkurencyjnie informacji⁶⁴³. W kontekście analizowanego zagadnienia unii personalnych stanowisko Komisji jest istotne z uwagi na fakt, iż unie personalne są przede wszystkim mechanizmem umożliwiającym wymianę informacji. Co do zasady unie personalne umożliwiają wymianę informacji między przedsiębiorcami powiązanymi unią, choć oczywiście zakres informacji podlegających wymianie zależy od szeregu okoliczności, w tym charakteru stanowisk piastowanych przez członka organu zaangażowanego w unię. W związku z tym zrozumienie roli okoliczności wymiany informacji w kontekście zarzutu *gun-jumpingu* jest istotne również z perspektywy oceny pod tym kątem unii personalnych.

Kwestia znaczenia wymiany informacji na ustalenia dotyczące przedwczesnej implementacji koncentracji była przedmiotem sporu przed SPI. Ten zgodził się ze stanowiskiem Komisji, według której wymiana informacji nie stanowiła okoliczności „wystarczającej do wykazania” naruszenia zakazu przedwczesnej implementacji, lecz była okolicznością „przyczyniającą się” do wykazania wywierania decydującego wpływu, a tym samym przedwczesnej implementacji koncentracji polegającej na przejęciu kontroli⁶⁴⁴. W związku z tym wydaje się, że praktyki polegające na wymianie informacji (w tym za pośrednictwem unii personalnych) mogą pełnić funkcję jednej z okoliczności służącej udowodnieniu przejęcia kontroli przed uzyskaniem zgody Komisji Europejskiej, ale nie stanowią jedynej okoliczności.

6.3.3. Prawo polskie

Dokonanie koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK stanowiło naruszenie uokik z 2000 r. w wersji obowiązującej od 1 maja 2004 r.⁶⁴⁵ i stanowi również naruszenie uokik⁶⁴⁶. Oznacza to, że koncentracje - w tym te polegające na utworzeniu

większościowych unii personalnych - powinny zostać zgłoszone przed dokonaniem, a ponadto przedsiębiorcy zamierzający ich dokonać powinni wstrzymać się z realizacją swoich zamiarów do momentu uzyskania zgody Prezesa UOKiK.

W praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK na gruncie uokik znaczenie unii personalnych jako przejawu przedwczesnej implementacji koncentracji miało przede wszystkim znaczenie w sprawach, w których podstawa kontroli była wywodzona z samego faktu istnienia unii personalnych⁶⁴⁷. W tego typu sytuacjach utworzenie większościowych unii personalnych stanowiło całkowitą implementację koncentracji polegającej na przejęciu kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik i stanowiło podstawę do nałożenia kar na uczestników koncentracji. Jednakże w żadnej z tych spraw Prezes UOKiK nie stwierdził, aby w wyniku przedwcześnie utworzonej unii personalnej konkurencja została istotnie ograniczona. W takich wypadkach ryzyko sankcji za przedwczesną implementację koncentracji aktualizuje się jednak również w przypadkach prokonkurencyjnych lub neutralnych dla konkurencji unii personalnych.

Z analizy polskiej praktyki orzeczniczej dotyczącej unii personalnych wynika, że właściwy moment dokonania zgłoszenia ma kluczowe znaczenie. Z jednej strony - jak pokazują wspomniane wyżej decyzje - konieczne jest dokonanie zgłoszenia przed implementacją koncentracji. Z drugiej strony zgłoszenie nie może zostać złożone do organu antymonopolowego przedwcześnie. Co do zasady Prezes UOKiK wymaga, aby zamiar koncentracji miał charakter realny i sprecyzowany⁶⁴⁸. Zgłoszenie musi w tym zakresie zawierać potwierdzenie zamiaru. Przykładowo w przypadku nabycia udziałów sama jednostronna deklaracja przedsiębiorcy wyrażająca intencję nabycia większościowego pakietu udziałów u innego przedsiębiorcy nie jest wystarczająca - konieczne jest przedstawienie warunkowej umowy sprzedaży udziałów. Uzasadnieniem takiej regulacji jest dbałość o zasoby organu ochrony konkurencji i chęć ograniczenia wykorzystywania tych zasobów do oceny transakcji, których wystąpienie jest wysoce prawdopodobne, a nie transakcji mających wyłącznie hipotetyczny charakter.

W związku z tym system nadzoru nad koncentracjami wymaga ustalenia takiego momentu na dokonanie zgłoszenia, w którym z jednej strony zgłoszenie nie jest przedwczesne (a zatem nie prowadzi do zwrotu zgłoszenia przez Prezesa UOKiK⁶⁴⁹), a z drugiej strony nie jest spóźnione (a zatem rodzi ryzyko stwierdzenia dokonania koncentracji przed uzyskaniem zgody).

Interpretacja zakazu dokonywania koncentracji przed uzyskaniem zgody w kontekście unii personalnych była przedmiotem kilku orzeczeń. W decyzji w sprawie Simon Holding S.L./Kontakt Simon S.A. Prezes UOKiK rozpatrywał zgłoszenie dokonane na podstawie uokik z 2000 r.⁶⁵⁰ Walne zgromadzenie Kontakt Simon S.A. podjęło uchwałę powołującą p. Javiera T.B. na stanowisko członka rady nadzorczej. W trakcie powołania p. Javier T.B. pozostawał prezesem zarządu Simon Holding S.L., konkurenta Kontakt Simon S.A. Simon Holding S.L. notyfikował koncentrację Prezesowi UOKiK po przyjęciu uchwały. Jednakże p. Javier T.B. zobowiązał się do niewykonywania funkcji

640 Decyzja Komisji Europejskiej z 28.04.2018 r. w sprawie M.7993 - ALTICE/PT PORTUGAL.

641 Tamże, s. 19.

642 Tamże, s. 20.

643 Tamże, s. 75-96.

644 Wyrok SPI z 22.09.2021 r. w sprawie T-425/18 Altice Europe NV przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 221 i n. W tym zakresie Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 9.11.2023 r. w sprawie C746/21 P Altice Group Lux Sàrl przeciwko Komisji Europejskiej wskazał, że zostało wykazane, że wymiana informacji przyczyniła się do wprowadzenia w życie koncentracji - zob. pkt 185 wyroku.

645 Art. 101 ust. 1 pkt 3 uokik z 2000 r. w wersji po nowelizacji ustawą z 16 kwietnia 2004 r. o zmianie Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dziennik Ustaw nr 93, poz. 891), która weszła w życie z dniem uzyskania przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej.

646 Art. 106 ust. 1 pkt 3 uokik.

647 Zob. decyzje Prezesa UOKiK z 18.11.2008 r. nr DKK-88/08 oraz nr DKK-89/08; decyzja Prezesa UOKiK z 22.10.2013 r. nr DKK-132/2013; Decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019.

648 Zob. UOKiK, Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji, Warszawa 2015, s. 46.

649 UOKiK, Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji, Warszawa 2015, s. 46.

650 Decyzja Prezesa UOKiK z 30.08.2005 r. nr RKT-45/2005 Simon Holding S.L./Kontakt Simon S.A.

członka rady nadzorczej Kontakt Simon S.A. przed uzyskaniem zgody Prezesa UOKiK. W takim stanie faktycznym organ antymonopolowy nie zdecydował się nałożyć kary na przedsiębiorcę.

Takie podejście może zostać uznane za zapewniające pewien poziom komfortu przedsiębiorcom zaangażowanym w unię personalną, gdyż ogranicza ryzyko nałożenia kary z tytułu *gun-jumpingu*. Ponadto zapobiega ono podstawowym negatywnym skutkom wynikającym z istnienia unii personalnych tak długo, jak zobowiązanie do niewykonywania obowiązków jest przestrzegane. Jednakże jednostronne zobowiązanie do niewykonywania obowiązków może być w praktyce trudne do monitorowania i prawidłowego egzekwowania.

W decyzji w sprawie TERG/Electro.pl⁶⁵¹ Prezes UOKiK z kolei stwierdził, że zgłoszenie powinno zostać dokonane przed podjęciem uchwały zgromadzenia wspólników, które powoływało danego członka organu. Organ ochrony konkurencji zwrócił uwagę na fakt, że uchwała o powołaniu na członka zarządu spółki miała charakter konstytutywny. Oznacza to, że w momencie podjęcia uchwały osoba wskazana w uchwale w tym samym momencie stawała się członkiem organu i zamiar koncentracji został zrealizowany.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w decyzji Prezesa UOKiK w sprawie Polska Żegluga Morska/Fundusz Rozwoju Spółek⁶⁵². W tej sprawie strony argumentowały, że w zaistniałej sytuacji istniał szereg okoliczności wymagających natychmiastowego powołania członka organu jednej ze spółek takie jak nagła rezygnacja jedyne go członka zarządu, specyficzna procedura wyłaniania członków zarządu jednego z podmiotów, a także brak możliwości podjęcia uchwały o powołaniu członka zarządu pod warunkiem zawieszającym. Jednocześnie osoba fizyczna powołana na prezesa zarządu Funduszu Rozwoju Spółek - które to powołanie było zdarzeniem wypełniającym znamiona koncentracji - faktycznie powstrzymała się od wykonywania swojej funkcji. Argumenty te nie przekonały Prezesa UOKiK za odstąpieniem od stwierdzenia naruszenia, lecz stanowiły jedynie okoliczności łagodzące mające wpływ na miarkowanie kary.

Powyższe orzecznictwo Prezesa UOKiK wskazuje po pierwsze, że przepisy dotyczące przedwczesnej implementacji koncentracji mogą przeciwdziałać przede wszystkim tworzeniu się unii personalnych objętych wprost zakresem art. 4 pkt 4 lit. c) uokik. Po drugie, do naruszenia obowiązku powstrzymywania się od dokonania koncentracji w postaci utworzenia unii personalnej dochodzi w momencie skutecznego powołania osoby fizycznej na członka organu. Wydaje się, że preferowany przez Prezesa UOKiK model postępowania obejmuje dokonanie powołania jako czynności, której skuteczność jest ograniczona warunkiem zawieszającym odnoszącym się do uzyskania zgody organu antymonopolowego - podobnie jak ma to miejsce np. w przypadku umów odnoszących się do przejęcia kontroli za pomocą nabycia udziałów. Jednakże w przypadku, gdy dokonanie koncentracji polega na utworzeniu unii personalnych między przedsiębiorcami, którzy jeszcze przed utworzeniem tych unii byli powiązani więziami personalnymi, warunek zawieszający z istoty rzeczy musi być ograniczony jedynie do nowo tworzonej unii.

651 Decyzja Prezesa UOKiK z 22.10.2013 r. nr DKK-132/2013 TERG/Electro.pl.

652 Decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019 Polska Żegluga Morska/Fundusz Rozwoju Spółek.

6.4 Unia personalna a kryteria ilościowe definiujące zakres obowiązku zgłoszenia

6.4.1. Prawo amerykańskie

Obowiązek notyfikacyjny na podstawie sekcji 7A. ustawy Clayтона jest uzależniony od spełnienia kryteriów ilościowych odnoszących się do rozmiaru transakcji (*size of transaction*) lub rozmiaru uczestników koncentracji (*size of person*). W pierwszym przypadku znaczenie ma wartość udziałów lub mienia przejmowanego podmiotu, nad którym podmiot przejmujący będzie sprawował władztwo po dokonaniu transakcji⁶⁵³. W drugim przypadku decydująca jest wartość sprzedaży lub mienia uczestników koncentracji⁶⁵⁴.

Ocena spełnienia progów odnoszących się do kryteriów ilościowych wymaga uwzględnienia danych wszystkich podmiotów podlegających kontroli podmiotu ostatecznie sprawującego kontrolę (*ultimate parent entity*). Pojęcie kontroli jest jednak zdefiniowane inaczej, niż ma to miejsce na gruncie prawa polskiego czy unijnego. W przypadku spółek kontrola jest zdefiniowana jako posiadanie 50% lub więcej udziałów uprawniających do głosowania albo posiadanie umownego uprawnienia do powoływania 50% lub większej liczby dyrektorów⁶⁵⁵. Oznacza to, że unie personalne jako takie nie stanowią okoliczności istotnej z perspektywy oceny spełnienia tych przesłanek, gdyż znaczenie ma uprawnienie do powoływania dyrektorów, a nie tożsamość czy powiązania osób powołanych na stanowisko dyrektorów.

6.4.2. Prawo unijne

Kryteria ilościowe dookreślające zakres obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w Rozporządzeniu nr 139/2004 są oparte na danych finansowych uczestników koncentracji. W zakresie ustalania kręgu podmiotów, których dane finansowe są uwzględniane na potrzeby oceny spełnienia kryteriów ilościowych, unijne prawo opiera się na założeniu, że na wstępnym etapie analizy właściwości organu ochrony konkurencji kluczowe znaczenie ma precyzja i pewność kryteriów stosowanych do obliczania obrotu⁶⁵⁶. Pojęcie kontroli, które jest decydujące z perspektywy definicji koncentracji⁶⁵⁷ zdaniem Komisji Europejskiej nie zapewnia takiej pewności i precyzji⁶⁵⁸. Z drugiej strony uwzględnianie na etapie oceny spełnienia kryteriów ilościowych jedynie podmiotów będących bezpośrednimi uczestnikami (zainteresowanymi przedsiębiorstwami) nie spełniałoby funkcji polegającej na uchwyceniu całkowitej wielkości zasobów ekonomicznych połączonych w wyniku operacji bez względu na to, czy działalność gospodarczą prowadziło bezpośrednio przedsiębiorstwo uczestniczące, czy też pośrednio poprzez inne przedsiębiorstwa⁶⁵⁹.

653 Sekcja 7A(a)(2)(A) ustawy Clayтона.

654 Sekcja 7A(a)(2)(B) ustawy Clayтона.

655 801.1(b) Coverage Rules.

656 Komisja Europejska, Skonsolidowane Obwieszczenie Jurysdykcyjne, s. 41-42.

657 Art. 3 ust. 1-4 Rozporządzenia nr 139/2004.

658 Komisja Europejska, Skonsolidowane Obwieszczenie Jurysdykcyjne, s. 41-42.

659 Komisja Europejska, Skonsolidowane Obwieszczenie Jurysdykcyjne, s. 39.

W związku z tym w Rozporządzeniu nr 139/2004 krąg podmiotów, których obroty są uwzględniane w analizie kryteriów ilościowych, został wyznaczony przez określenie zamkniętego katalogu relacji, które obejmują posiadanie większości kapitału lub aktywów, dysponowanie większością głosów, posiadaniem uprawnienia do mianowania większości członków rady nadzorczej, organu zarządzającego lub organów upoważnionych do reprezentacji prawnej przedsiębiorstw oraz posiadaniem prawa do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa⁶⁶⁰. Istnienie lub funkcjonowanie unii personalnych nie zostało zawarte w tym katalogu.

Jednakże punkt 22 preambuły do Rozporządzenia nr 139/2004 zawiera dodatkowe reguły dotyczące obliczania obrotu przedsiębiorstw w sektorze publicznym. Reguły te przewidują, że obliczanie obrotu uczestniczącego w koncentracji przedsiębiorstwa z sektora publicznego wymaga uwzględniania przedsiębiorstw stanowiących jednostkę gospodarczą mającą niezależne kompetencje decyzyjne niezależnie od stosunków własnościowych lub zasad sprawowanego nad nimi nadzoru administracyjnego. Reguła ta pozwala na odrębne traktowanie grup kapitałowych, które - mimo iż są ostatecznie kontrolowane przez to samo państwo - to jednak wykazują pewną niezależność i funkcjonują jak odrębne ośrodki decyzyjne.

W decyzjach Komisji Europejskiej unie personalne były jednym z czynników uwzględnianych w toku analizy spełniania kryteriów ilościowych przez podmioty z sektora publicznego. Jedną z pierwszych decyzji, w których Komisja Europejska podkreśliła znaczenie unii personalnych jako czynnika istotnego z perspektywy analizy ukierunkowanej na ustalenie, czy przedsiębiorcy państwowi stanowią niezależne organizmy gospodarcze była sprawa DSM/Sinochem⁶⁶¹. W uzasadnieniu decyzji Komisja Europejska rozważała, czy do obrotu grupy Sinochem, która była bezpośrednio zaangażowana w analizowaną koncentrację, należy dodać obroty innych podmiotów kontrolowanych przez chińską administrację państwową. Powołując się na praktykę decyzyjną w zakresie oceny niezależności przedsiębiorstw państwowych na potrzeby analizy rynkowej transakcji⁶⁶², Komisja - w ramach analizy spełniania kryteriów ilościowych - podniosła, iż oceny niezależności kompetencji decyzyjnych dokonuje się między innymi poprzez analizę możliwości wpływania przez państwo na strategię handlową spółek oraz prawdopodobieństwo koordynowania przez to państwo ich działalności handlowej poprzez narzucanie lub ułatwianie takiej koordynacji⁶⁶³. Aby ocenić, czy państwo ma kompetencje do koordynowania działalności handlowej spółek, Komisja brała pod uwagę między innymi poziom występowania unii personalnych pomiędzy podmiotami będącymi własnością tego samego państwa.

Jednakże czynnik w postaci (braku) występowania unii personalnych pomiędzy przedsiębiorcami państwowymi ma ograniczone znaczenie. W omawianej sprawie podnoszony przez Sinochem argument braku unii personalnych pomiędzy tą grupą a innymi spółkami kontrolowanymi przez chińską administrację nie został uznany za wystarczający do stwierdzenia niezależności grupy Sinochem. Może to sugerować, że istnienie unii personalnych jest czynnikiem o charakterze „dodatnim” - tj. takim, którego wystąpienie stanowi przesłankę przemawiającą za istnieniem zależności przedsię-

biorców państwowych, ale którego brak nie ma lustrzanego przełożenia na możliwość udowodnienia istnienia niezależności.

Istnienie unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy niezależności w kontekście spełniania kryteriów ilościowych było również przedmiotem zainteresowania Komisji w decyzji EDF/CGN/NNB Group of Companies⁶⁶⁴. Omawiając ogólne ramy stosowania art. 5 ust. 4 i paragrafu 22 preambuły Rozporządzenia nr 139/2004, Komisja wskazała, że właściwe kryteria oceny niezależności kompetencji decyzyjnych obejmują po pierwsze ocenę autonomii przedsiębiorstwa państwowego w stosunku do państwa w zakresie decydowania o strategii, biznesplanie i budżecie, a po drugie możliwość koordynowania przez państwo ich zachowania poprzez narzucanie lub ułatwianie koordynacji. Co znamienne, to drugie kryterium zostało rozszerzone w stosunku do wyżej omawianej i wydanej kilka lat wcześniej decyzji DSM/Sinochem⁶⁶⁵, gdyż „prawdopodobieństwo” koordynacji zostało zastąpione przez samą „możliwość” koordynacji.

Omawiając czynniki służące analizie spełnienia drugiego kryterium, Komisja wskazała m.in. na poziom występowania unii personalnych. Jednakże, odnosząc się do argumentu strony, zgodnie z którym CGN - podmiotu bezpośrednio uczestniczącego w koncentracji - nie łączą unie personalne z chińską administracją państwową odpowiedzialną za działalność przedsiębiorstw państwowych, Komisja stwierdziła brak przesłanek do stwierdzenia niezależności CGN. Komisja podkreśliła, że brak występowania unii personalnych z innymi przedsiębiorstwami państwowymi oraz istnienie zobowiązań do zachowania poufności nie stanowią wystarczającej przeszkody dla administracji państwowej do wpływania na strategię gospodarczą CGN z uwagi na istnienie szeregu innych uprawnień przynależnych tejże administracji.

Znaczenie unii personalnych jako czynnika mogącego wpłynąć na ustalenie kręgu podmiotów uwzględnianych na potrzeby oceny spełniania kryteriów ilościowych przez przedsiębiorców państwowych zostało potwierdzone również w innych sprawach⁶⁶⁶ i wskazuje, że mamy do czynienia z ustaloną linią orzecniczą w tym zakresie. Jednakże fakt, że dotyczy ona wyłącznie przedsiębiorców państwowych, znacząco osłabia potencjalny efekt przeciwdziałający tworzeniu unii personalnych.

6.4.3. Prawo polskie

W polskim reżimie kontroli koncentracji zasadniczo dla oceny spełnienia kryteriów obrotowych uwzględnia się bezpośrednich uczestników koncentracji oraz podmioty należące do ich grup kapitałowych⁶⁶⁷. Z kolei pojęcie grupy kapitałowej obejmuje podmioty bezpośrednio lub pośrednio kontrolowane przez jednego przedsiębiorcę⁶⁶⁸. Istotą grupy kapitałowej jest zatem posiadanie przez jeden podmiot kontroli (możliwości wywierania decydującego wpływu) nad poszczególnymi członkami grupy.

Pojęcie kontroli stosowane na potrzeby oceny kryteriów obrotowych jest tożsame z pojęciem kontroli stosowanym na potrzeby definiowania koncentracji. W związku

660 Art. 5 ust. 4 Rozporządzenie nr 139/2004.

661 Decyzja Komisji Europejskiej z 19.05.2011 r. w sprawie nr COMP/M.6113 - DSM/SINOCHM/JV.

662 O której to praktyce będzie mowa w podrozdziale 6.4.2 poniżej.

663 Decyzja Komisji Europejskiej z 19.05.2011 r. w sprawie nr COMP/M.6113 - DSM/SINOCHM/JV, pkt 11.

664 Decyzja Komisji Europejskiej z 10.03.2016 r. w sprawie nr M.7850 - EDF/CGN/NNB GROUP OF COMPANIES.

665 Decyzja Komisji Europejskiej z 19.05.2011 r. w sprawie nr COMP/M.6113 - DSM/SINOCHM/JV.

666 Decyzja Komisji Europejskiej z 8.03.2013 r. nr COMP/M.6801 - ROSNEFT/ TNK-BP; decyzja Komisji Europejskiej z 15.06.2018 r. w sprawie nr M.8660 - FORTUM/UNIPER.

667 Art. 16 ust. 1 uokik.

668 Art. 4 pkt 14 uokik.

z tym odpowiednie zastosowanie znajdują tutaj zawarte powyżej teoretyczne rozważania dotyczące znaczenia okoliczności polegającej na istnieniu unii personalnych dla ustalenia relacji kontroli.

Podejście przyjęte przez polskiego ustawodawcę na potrzeby analizy kryteriów ilościowych pozwala na uwzględnienie potencjału ekonomicznego podmiotów powiązanych z bezpośrednimi uczestnikami koncentracji niezależnie od formalnego charakteru powiązań. Podejście to jest zatem odmienne od analizowanego wyżej podejścia przyjętego na gruncie Rozporządzenia nr 139/2004. Powiązania uwzględniane w toku analizy spełniania kryteriów ilościowych na gruncie uokik obejmują zarówno najbardziej typowe relacje w ramach struktur kapitałowych, takie jak posiadanie większościowych udziałów, jak i mniej typowe relacje, takie jak unie personalne.

Jednakże w praktyce decyzyjnej poddanej analizie w ramach niniejszej pracy problematyka unii personalnych jako czynnika istotnego z perspektywy analizy spełniania kryteriów ilościowych nie była bliżej analizowana przez polski organ ochrony konkurencji.

6.5. Unia personalna a analiza konkurencyjna koncentracji

6.5.1. Prawo amerykańskie

Utworzenie czy funkcjonowanie unii personalnych - jak zostało to omówione w punkcie 6.2.1 powyżej - nie stanowi koncentracji (fuzji lub przejęcia). Tym samym zdarzenie polegające na samym utworzeniu lub funkcjonowaniu unii personalnych nie podlega ocenie pod kątem wpływu na konkurencję w trybie stosowania sekcji 7. ustawy Claytona. Jednakże unie personalne mogą stanowić powiązanie uwzględniane w toku analizy wpływu na konkurencję innych zdarzeń podlegających ocenie pod kątem zgodności z sekcją 7. ustawy Claytona.

Organy ochrony konkurencji wyróżniają dwa typy koncentracji⁶⁶⁹. Do pierwszej grupy należą typowe koncentracje, w których efekcie uczestnicy stają się własnością i podlegają kontroli jednego podmiotu⁶⁷⁰. Istotą tego typu koncentracji jest zupełna eliminacja konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji. W praktyce stosowania sekcji 7. ustawy Claytona w tego typu sprawach unie personalne nie odgrywały dotychczas istotniejszej roli.

Drugi typ koncentracji obejmuje przejęcia udziałów mniejszościowych niedające nabywcy efektywnej kontroli nad podmiotem, którego udziały są przejmowane (tzw. koncentracje częściowe - *partial acquisitions*)⁶⁷¹. Tego typu transakcje nie skutkują połączeniem uczestników koncentracji w jeden organizm gospodarczy i uczestnicy w dalszym ciągu mogą ze sobą konkurować. Jednakże takie koncentracje mogą zagrażać konkurencji na trzy podstawowe sposoby. Po pierwsze, mogą umożliwiać wpływanie na zachowanie przejmowanego podmiotu skutkujące mniej agresywną konkurencją w stosunku do przejmującego lub koordynacją zachowań uczestników

koncentracji. Po drugie, nawet w braku pozyskania przez przejmującego możliwości wpływania na zachowania przejmowanego, koncentracje częściowe mogą prowadzić do mniej agresywnego konkurowania ze strony podmiotu przejmującego. Po trzecie, omawiane koncentracje mogą umożliwiać wymianę informacji między uczestnikami koncentracji.

Z analizy orzecznictwa dotyczącego stosowania sekcji 7. ustawy Claytona wynika, że unie personalne mogą stanowić okoliczność istotną z perspektywy oceny wpływu koncentracji częściowych na konkurencję. W praktyce orzeczniczej podkreślana jest przede wszystkim rola unii personalnych jako mechanizmu umożliwiającego wymianę informacji i wpływanie na proces decyzyjny konkurentów.

Przykładowo w sprawie *Comcast*⁶⁷² Departament Sprawiedliwości zakwestionował - jako niezgodną z sekcją 7. ustawy Claytona - koncentrację polegającą na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez spółkę Comcast, największego dystrybutora treści wizualnych na amerykańskim rynku, oraz spółkę GE, posiadającą m.in. mniejszościowy udział w spółce Hulu prowadzącej działalność w zakresie internetowej dystrybucji treści wizualnych. W ocenie Departamentu Sprawiedliwości transakcja mogła zagrażać konkurencji m.in. dlatego, że umożliwiała Comcast powołanie członków rady dyrektorów Hulu. Posiadanie wpływu na obsadę członków organu, w tym umożliwienie tworzenia unii personalnych, pozwalałoby Comcast wpływać na sposób zarządzania Hulu, co mogło w szczególności prowadzić do ograniczenia rozwoju produktów konkurujących z oferowanymi przez Comcast usługami dystrybucji treści wizualnych i prowadzić do naruszenia zakazu antykonkurencyjnych koncentracji.

Jednakże zakaz antykonkurencyjnych koncentracji zawarty w sekcji 7. ustawy Claytona co do zasady nie stanowi wyłącznej podstawy, na której podstawie organy kwestionowały transakcje związane z utworzeniem unii personalnych. W większości analizowanych spraw organy jako podstawę prawną swoich działań powoływały - zamiast lub w powiązaniu z sekcją 7. ustawy Claytona - sekcję 8. ustawy Claytona zakazującą unii personalnych między konkurentami lub sekcję 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu zakazującą nieuczciwych metod konkurowania.

Przykładowo w sprawie *In the Matter of TC Group, L.L.C. et al.*⁶⁷³ Federalna Komisja Handlu dopatrzyła się naruszenia sekcji 7. Ustawy Claytona oraz sekcji 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu w związku z planami nabycia udziałów w spółce KMI przez Carlyle oraz Riverstone. Komisja zauważyła, że przed dokonaniem tej koncentracji Carlyle i Riverstone posiadały udziały w spółce Magellan, która była konkurentem KMI. W efekcie dokonania koncentracji Carlyle i Riverstone miałyby prawo do reprezentacji w radzie dyrektorów obu konkurencyjnych spółek oraz dostęp do ich wrażliwych informacji. W ramach ugody Federalna Komisja Handlu zgodziła się na dokonanie koncentracji m.in. pod warunkiem powstrzymania się przez Carlyle i Riverstone od tworzenia unii personalnych oraz wdrożenia środków zapobiegających przepływowi informacji.

669 Departament Sprawiedliwości, Federalna Komisja Handlu, *Horizontal Merger Guidelines*, 19.08.2010 r., s. 33.

670 Tamże, s. 33.

671 Tamże, s. 33-34.

672 Komunikat Departamentu Sprawiedliwości z 18.01.2011 r.: *Justice Department Allows Comcast-NBCU Joint Venture to Proceed with Conditions, Companies Agree to License Programming to Online Distributors and Comply with Anti-Retaliation Provisions and Open Internet Requirements*, 11-061.

673 Decyzja Federalnej Komisji Handlu nr 0610197 z 25.01.2007 r. w sprawie *In the Matter of TC Group, L.L.C. et al.*

W sprawie *Lockheed Martin Corporation*⁶⁷⁴ Federalna Komisja Handlu zezwoliła spółce Lockheed Martin dokonać koncentracji obejmującej m.in. nabycie 20% udziałów jej konkurenta - spółki Loral Space. Elementem transakcji było również utworzenie unii personalnej pomiędzy Lockheed Martin i Loral Space; unia ta jednak nie wchodziła w zakres zakazu z sekcji 8. ustawy Claytona z uwagi na spełnienie warunków wyłączenia *de minimis* na gruncie tego przepisu⁶⁷⁵. Komisja zezwoliła na utworzenie unii personalnej pod warunkiem nałożenia na spółkę Lockheed Martin oraz członka organu zaangażowanego w unię zobowiązań ukierunkowanych na ograniczenie wpływu informacji pomiędzy konkurentami.

Z kolei w sprawie *CommScope*⁶⁷⁶ Departament Sprawiedliwości rozpatrywał zamiar przejęcia przez CommScope całości udziałów Andrew Corporation, która to spółka posiadała mniejszościowy udział oraz prawo do powoływania jednego z trzech dyrektorów w spółce Andes Industries - konkurencie CommScope na rynku sprzedaży przyłączy kablowych. Departament Sprawiedliwości zarzucił, że dokonanie koncentracji stanowi naruszenie zarówno sekcji 7. jak i sekcji 8. ustawy Claytona⁶⁷⁷.

W sprawie *Tullett Prebon*⁶⁷⁸ Departament Sprawiedliwości zakwestionował element koncentracji, powołując się wyłącznie na sekcję 8. ustawy Claytona. Transakcja zawarta pomiędzy Tullett Prebon i ICAP, podmiotami świadczącymi usługi z zakresu obrotu papierami wartościowymi, obejmowała nabycie przez Tullett Prebon części przedsiębiorstwa ICAP zajmującego się świadczeniem głosowych usług pośrednictwa w obrocie papierami wartościowymi. W zamian za to ICAP uzyskałby m.in. uprawnienie do powołania jednego członka rady dyrektorów Tullett Prebon. Jednocześnie ICAP kontynuowałby działalność w zakresie elektronicznego pośrednictwa w obrocie papierami wartościowymi. Zdaniem przedstawicielki Departamentu Sprawiedliwości umożliwienie utworzenia unii personalnej w efekcie koncentracji naruszałoby zasadę niezależnego działania konkurentów, tworzyłoby „przyjazne więzi” między konkurentami i naruszałoby sekcję 8. ustawy Claytona.

W sprawie *Sprint*⁶⁷⁹ Departament Sprawiedliwości zakwestionował planowaną transakcję obejmującą m.in. nabycie przez Deutsche Telekom i France Telekom około 20% udziałów w spółce Sprint. Zastrzeżenia organu opierały się na sekcji 7. i 8. Ustawy Claytona⁶⁸⁰. Planowana transakcja umożliwiała Deutsche Telekom i France Telekom utworzenie unii personalnej ze Sprint. Jednocześnie przed dokonaniem transakcji Deutsche Telekom i France Telekom były powiązane więzami kapitałowymi oraz uniami personalnymi ze spółką Infonet - jednym z głównych konkurentów spółki Sprint. Ostatecznie Deutsche Telekom i France Telekom zostały zobowiązane

do nadelegowania swoich dyrektorów do rady dyrektorów Sprint.

Analiza orzecznictwa pozwala na wyciągnięcie kilku podstawowych wniosków. Z jednej strony unie personalne stanowią okoliczność wykorzystywaną przez organy ochrony konkurencji w celu wykazania negatywnego wpływu koncentracji na konkurencję. Z drugiej strony przedstawione orzecznictwo podkreśla znaczenie unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy analizy konkurencyjnej koncentracji dotyczy tylko stosunkowo wąskiej grupy koncentracji obejmującej przejęcia udziałów mniejszościowych. Ponadto w większości wypadków podstawa prawna działań organów obejmowała inne przepisy niż sekcja 7. ustawy Claytona. Może to sugerować, że sam zakaz antykonkurencyjnych koncentracji nie został uznany za wystarczającą podstawę do oparcia na nim twierdzeń o negatywnym wpływie unii personalnych na konkurencję.

6.5.2. Prawo unijne

W praktyce stosowania unijnych przepisów z zakresu kontroli koncentracji unie personalne nie odgrywały pierwszoplanowej roli z perspektywy analizy konkurencyjnej koncentracji. Wynika to poniekąd z faktu, że - jak zostało przedstawione w punkcie 6.2.2 - samo utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnych nie stanowi koncentracji w rozumieniu Rozporządzenia nr 139/2004. W konsekwencji Komisja Europejska nie może uznać tego typu zjawisk za antykonkurencyjną koncentrację ani ich zakazać na podstawie Rozporządzenia nr 139/2004⁶⁸¹.

Pomimo tego unie personalne mogą stanowić okoliczność mającą wpływ na ocenę koncentracji zgłaszanej Komisji Europejskiej w toku administracyjnoprawnej kontroli koncentracji. Wskazuje na to już samo brzmienie formularza zgłoszenia zamiaru koncentracji na podstawie Rozporządzenia nr 139/2004⁶⁸². Formularz pozwala Komisji pozyskać od zgłaszających informacje o wzajemnych powiązaniach co do kierownictwa⁶⁸³.

Znaczenie unii personalnych dla oceny koncentracji przez Komisję Europejską znajduje również potwierdzenie w Wytycznych w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych⁶⁸⁴. W części wytycznych dotyczącej oceny efektów skoordynowanych wynikają-

674 Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 20.09.1996 r. w sprawie *Lockheed Martin Corporation*, nr C-3685.

675 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 35-46.

676 Wyrok sądu okręgowego Dystryktu Kolumbia z 20.06.2008 r. w sprawie, U.S. przeciwko *CommScope, Inc. and Andrew Corp.*, 07-2200.

677 Skarga Departamentu Sprawiedliwości z 6.12.2007 r. w sprawie U.S. przeciwko *CommScope, Inc. and Andrew Corp.*, 1:07-cv-02200.

678 Komunikat Departamentu Sprawiedliwości z 14.07.2016 r.: *Tullett Prebon and ICAP Restructure Transaction after Justice Department Expresses Concerns about Interlocking Directorates*.

679 Wyrok sądu okręgowego Dystryktu Kolumbia z 16.02.1996 r. w sprawie U.S. przeciwko *Sprint Corp. and Joint Venture Co.*

680 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 35-46-35-47.

681 Nie dotyczy to sytuacji, w których unie personalne stanowią dodatkowy element koncentracji, w ramach której następuje przejęcie kontroli wynikające z innych czynników (np. przejęcia praw z udziałów). W takich wypadkach Komisja Europejska byłaby uprawniona do zakazania dokonania koncentracji, w tym utworzenia unii personalnej.

682 Załącznik II do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2023/914 z dnia 20.04.2023 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw oraz uchylające rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004; zob. też Załącznik I do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 1269/2013 z 5.12.2013 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

683 Załącznik II do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2023/914 z dnia 20.04.2023 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw oraz uchylające rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004. Zob. też Załącznik I do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) nr 1269/2013 z 5.12.2013 r. zmieniającego rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, który odnosił się do listy członków zarządu będących również członkami zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorstwa, które prowadzi działalność na rynkach, na które koncentracja wywiera wpływ, a także wykaz członków rad nadzorczych będących również członkami zarządu innego przedsiębiorstwa, które prowadzi działalność na rynkach, na które koncentracja wywiera wpływ.

684 Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw.

cych z koncentracji pomiędzy konkurentami Komisja wymienia „kierowanie różnymi przedsiębiorstwami” (*cross-directorship*) jako jedną z praktyk ułatwiających monitorowanie odejścia od warunków koordynacji⁶⁸⁵.

W praktyce decyzyjnej dotyczącej stosowania unijnego prawa kontroli koncentracji przedsiębiorców znaczenie unii personalnych w toku oceny zgłaszanych koncentracji sprowadza się przede wszystkim do roli powiązań między przedsiębiorcami, które mogą mieć wpływ na strukturę konkurencji, co z kolei może wpływać na ocenę danej transakcji.

Unie personalne mogą pełnić funkcję czynnika wykorzystywanego w celu ustalenia, że przedsiębiorcy powiązani unią personalną stanowią jeden organizm gospodarczy, co może mieć wpływ np. na ustalenie wielkości udziałów rynkowych i prawdopodobieństwo uzyskania zgody na dokonanie koncentracji. W praktyce unie personalne były wykorzystywane w toczących się przed Komisją Europejską sprawach przedsiębiorców z sektora publicznego do oceny tego, czy spółki z udziałem skarbu państwa stanowią odrębne organizmy podejmujące decyzje gospodarcze w sposób niezależny od innych podmiotów z udziałem państwa.

Istnienie unii personalnych było okolicznością rozważaną w toku oceny mającej służyć ustaleniu tego, czy chińskie przedsiębiorstwa państwowe stanowią jeden organizm gospodarczy. W sprawie China National Bluestar/Elkem Komisja Europejska potwierdziła, że w przypadku chińskich przedsiębiorców z udziałem państwa występowanie unii personalnych również może być czynnikiem wskazującym na to, czy stanowią oni niezależne organizmy gospodarcze⁶⁸⁶. Ostatecznie Komisja pozostawiła otwartą kwestię niezależności przedsiębiorców państwowych w tej konkretnej sprawie.

Opierając się na omawianym stanowisku Komisji podkreślającym znaczenie unii personalnych, strony transakcji w sprawach CNRC/PIRELLI⁶⁸⁷, DSM/Sinochem⁶⁸⁸ czy EDF/CGN/NNB Group of Companies⁶⁸⁹ podnosiły brak istnienia unii personalnych jako okoliczność mającą przemawiać za niezależnością poszczególnych przedsiębiorców państwowych. Pomimo tego Komisja nie podjęła ostatecznej decyzji co do niezależności w oparciu o tę okoliczność. W świetle takiego podejścia istnienie unii personalnych można interpretować jako czynnik, którego wystąpienie stanowi przesłankę przemawiającą za istnieniem zależności przedsiębiorców państwowych, ale którego brak nie ma lustrzanego przełożenia na możliwość udowodnienia istnienia niezależności.

Podobnie istnienie unii personalnych było czynnikiem uwzględnianym przez Komisję Europejską w sprawie ROSNEFT/TNK-BP⁶⁹⁰. Komisja analizowała w tym wypadku m.in., czy Rosneft oraz inni przedsiębiorcy kontrolowani przez państwo rosyjskie stanowią jeden organizm gospodarczy na potrzeby analizy konkurencyjnej zgłoszonej koncentracji. Biorąc pod uwagę m.in. istnienie szeregu unii personalnych pomiędzy Rosneft i innymi przedsiębiorcami kontrolowanymi przez rosyjskie państwo, Komisja analizowała transakcję na podstawie założenia, że Rosneft oraz inne rosyjskie spółki

kontrolowane przez państwo stanowią jeden organizm gospodarczy dysponujący potencjałem gospodarczym i udziałami rynkowymi wynikającymi z sumy potencjałów i udziałów poszczególnych spółek skarbu państwa.

W sprawie zakończonej decyzją Komisji Europejskiej w sprawie EDF/Segebel⁶⁹¹ jedną z okoliczności rozważanych w tej decyzji był fakt, iż państwo francuskie posiadało większościowy udział w EDF (uczestnik koncentracji) i znaczący (35%) udział w GDF Suez (konkurent). W takim stanie faktycznym belgijski krajowy organ ochrony konkurencji - zainteresowany rozstrzygnięciem z uwagi na aktywność uczestników koncentracji w Belgii - postawił zarzut, iż z faktu zaangażowania państwa francuskiego w obydwu spółkach istnieje ryzyko koordynacji strategicznych decyzji dotyczących działalności gospodarczej pomiędzy uczestnikiem koncentracji a podmiotem trzecim. Komisja uznała, że w takim stanie faktycznym należy zbadać, czy spółki są niezależne w decydowaniu o planach, budżecie czy strategii gospodarczej. W toku analizy tej niezależności zdaniem Komisji należy brać pod uwagę m.in. występowanie unii personalnych pomiędzy przedsiębiorcami czy istnienie stosownych zabezpieczeń przed antykonkurencyjną wymianą informacji⁶⁹². Komisja zauważyła, że żaden z reprezentantów państwa francuskiego w radzie dyrektorów EDF nie zasiadał w radzie GDF Suez i vice versa. Ponadto, członkowie organów tych spółek na podstawie odpowiednich reguł *corporate governance* mających zastosowanie w tej sprawie byli zobowiązani do zachowania obowiązku poufności oraz niezależności. Okoliczności te pozwoliły Komisji uznać, że EDF i GDF Suez stanowią niezależne podmioty.

Z kolei w sprawie Fortum/Uniper Komisja Europejska analizowała relacje pomiędzy Fortum a innymi spółkami energetycznymi z udziałem fińskiego państwa⁶⁹³. W toku analizy niezależności Fortum w stosunku do innych przedsiębiorców kontrolowanych przez fińskie państwo Komisja zauważyła istnienie kilku powiązań personalnych. Po pierwsze, Prezes (CEO) kontrolowanej przez fińskie państwo spółki Neste był członkiem rady Fortum. Argumentując, że powiązanie to nie niweczy niezależności Neste i Fortum, Komisja wskazała na zbliżający się upływ kadencji prezesa Neste. Po drugie, Komisja analizowała powiązanie personalne polegające na tym, iż menedżer Fortum pełnił funkcję w radzie innej spółki należącej do fińskiego sektora publicznego - Kemijoki. Komisja nie uznała jednak również tego powiązania za podważające niezależność Fortum. W tym wypadku zdaniem Komisji na brak wpływu osłabiającego niezależność miał wpływać fakt, że Fortum był tylko jednym z udziałowców Kemijoki.

Biorąc pod uwagę m.in. wyżej wymienione okoliczności, Komisja uznała, że Fortum stanowi samodzielny podmiot. Decyzja ta potwierdza tezę o stosunkowo ograniczonym znaczeniu unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy oceny niezależności przedsiębiorców kontrolowanych przez państwo. Stanowi ona bowiem przykład sytuacji, w której wystąpienie unii personalnych łączących różne organy spółek skarbu państwa nie zostało uznane za wystarczającą okoliczność pozwalającą stwierdzić zależność tychże spółek. Oznacza to, że znaczenie unii personalnych jako czynnika „dodatniego” jest również ograniczone.

Rola unii personalnych w toku oceny koncentracji nie ogranicza się jednak do ustaleń w zakresie istnienia jednego organizmu gospodarczego. Unie personalne mogą

685 Pkt 51 wytycznych.

686 Decyzja Komisji Europejskiej z 31.03.2011 r. w sprawie nr COMP/M.6082 CHINA NATIONAL BLUESTAR/ELKEM.

687 Decyzja Komisji Europejskiej z 1.07.2015 r. w sprawie nr M.7643 CNRC/PIRELLI.

688 Decyzja Komisji Europejskiej z 19.05.2011 r. w sprawie nr COMP/M.6113 DSM/SINOCHEN/JV.

689 Decyzja Komisji Europejskiej z 10.03.2016 r. w sprawie nr M.7850 EDF/CGN/NNB GROUP OF COMPANIES.

690 Decyzja Komisji Europejskiej z 8.03.2013 r. w sprawie nr COMP/M.6801 ROSNEFT/TNK-BP.

691 Decyzja Komisji Europejskiej z 12.11.2009 r. w sprawie nr COMP/M.5549 EDF/SEGEBEL.

692 Decyzja Komisji Europejskiej z 12.11.2009 r. w sprawie nr COMP/M.5549 EDF/SEGEBEL, pkt 93.

693 Decyzja Komisji Europejskiej z 15.06.2018 r. w sprawie nr M.8660 FORTUM/UNIPER.

pełnić funkcję strukturalnych powiązań, które nie powodują, że mamy do czynienia z jednym organizmem gospodarczym, ale tworzą bardziej swobodną strukturę, którego istnienie ma jednak wpływ na strukturę konkurencji.

Przykładem takiej sprawy była koncentracja pomiędzy Thyssen i Krupp. Krupp posiadał mniejszościowy udział oraz prawo powoływania członka rady dyrektorów w spółce Kone, będącej konkurentem na jednym z rynków wspólnych dla Thyssen i Krupp. Komisja Europejska uznała, że relacje pomiędzy Krupp i Kone nie są wystarczające, aby kwalifikować Kone jako spółkę zależną Krupp.

Jednakże Komisja zauważyła, że w toku oceny koncentracji należy brać pod uwagę współzależności między konkurentami⁶⁹⁴. Zdaniem organu powiązania między Krupp i Kone rodziły obawy, że może dojść do znacznego ograniczenia konkurencji między Thyssen i Kone. Podmiot powstały w wyniku koncentracji oraz Kone łącznie dysponowałyby udziałem rynkowym na poziomie 49-59%, a analizowany rynek cechował się m.in. wysokimi barierami wejścia.

W toku oceny koncentracji Komisja wskazała, iż po połączeniu Thyssen uzyskałby dostęp do istotnych z punktu widzenia konkurencji informacji o przyszłej polityce biznesowej za pośrednictwem swojego przedstawiciela w zarządzie Kone, w szczególności o strategiach biznesowych, rozwoju produktów i działalności operacyjnej. W związku z tym Komisja wyraziła swoje obawy, że Kone podporządkuje się strategicznemu wpływowi podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. Ponadto zdaniem Komisji nie można wykluczyć, że podmiot powstały w wyniku koncentracji jednostronnie uwzględni strategiczne interesy Kone lub obie spółki będą w dużej mierze podejmować zachowania równoległe ze względu na powiązania między nimi.

W związku z zastrzeżeniami Komisji Krupp zobowiązał się m.in. nieodwołalnie i na stałe zrzec się praw do powoływania członka rady dyrektorów Kone oraz do wysyłania swojego przedstawiciela do tego organu. Komisja uznała zobowiązania przedstawione przez Krupp za wystarczające do rozwiania obaw i wydała zgodę na dokonanie koncentracji.

Unie personalne były czynnikiem odgrywającym rolę w analizie szeregu koncentracji na rynkach finansowych. Przykładowo w toku oceny koncentracji w sektorze ubezpieczeniowym polegającej na przejęciu przez Generali spółki INA⁶⁹⁵ obawy Komisji wzbudził fakt, że Generali oraz Ina łączył szereg unii personalnych z innymi spółkami działającymi w branży ubezpieczeniowej. W związku z tym Komisja przyjęła zobowiązanie Generali do m.in. powstrzymywania się od powoływania osób pełniących funkcje operacyjne lub korporacyjne w konkurencyjnych towarzystwach ubezpieczeniowych na członków swojego komitetu wykonawczego, a także komitetu wykonawczego i rady dyrektorów INA. W ocenie Komisji przedstawione zobowiązania ograniczające personalne powiązania pomiędzy konkurentami zmniejszają ryzyko dostępu do wrażliwych informacji i ich wymiany, co pozwoliło rozwiać obawy i wydać zgodę na dokonanie koncentracji.

Innym przykładem podobnej sprawy z branży finansowej była sprawa przejęcia przez AXA kontroli nad GRE⁶⁹⁶. GRE posiadało znaczący mniejszościowy udział (34,8%) oraz reprezentację w organach spółki Le Foyer będącej konkurentem AXA i trzecią siłą na rynku, na którym AXA była liderem. Drugim znaczącym udziałowcem posiada-

jącym taki sam udział w spółce Le Foyer była Groupe L. Ponadto GRE i Groupe L były stronami porozumienia przewidującego m.in. taką samą reprezentację w organach Le Foyer; strony argumentowały jednak, że porozumienie to nie zostało implementowane. Pozostawiając kwestię tego, czy GRE i Groupe L sprawowały wspólną kontrolę nad Le Foyer, Komisja wskazała, że nie ma przeszkód, aby nowy udziałowiec dokonał implementacji porozumienia, natomiast AXA - z uwagi na swój profil działalności - będzie mieć dodatkowe bodźce do implementacji tego porozumienia i zapewnienia sobie wspólnej kontroli nad Le Foyer.

Nawet jednak, gdyby AXA nie sprawowała wspólnej kontroli nad Le Foyer, przejęcie przez AXA uprawnień GRE w Le Foyer doprowadziłoby do powstania strukturalnych powiązań pomiędzy konkurentami będącymi numerem jeden i trzy na rynku. AXA miałaby znaczący interes finansowy w Le Foyer. Ponadto AXA byłaby reprezentowana w zarządzie swojego konkurenta, co według Komisji oznaczałoby uczestnictwo w podejmowaniu strategicznych decyzji dotyczących działalności Le Foyer. Zdaniem Komisji prowadziłyby to do powstania po stronie AXA silnych bodźców do powstrzymywania się od atakowania pozycji rynkowej Le Foyer.

W celu pozyskania zgody Komisji AXA zaproponowała m.in. ograniczenie powiązań personalnych poprzez doprowadzenie do rezygnacji członków rady dyrektorów Le Foyer powołanych przez GRE i zastąpienie ich osobą fizyczną zaakceptowaną przez Komisję i niebędącą pracownikiem AXA. Zdaniem Komisji wskazane ograniczenie powiązań personalnych wyeliminowałoby bodźce AXA do powstrzymywania się od konkurencyjności z Le Foyer.

Kolejnym przykładem sprawy, w której powiązania personalne miały wpływ na ocenę koncentracji, była operacja przejęcia przez Nordbanken kontroli nad Postgirot Bank⁶⁹⁷. Komisja wyraziła obawy w związku z faktem, iż po dokonaniu koncentracji Nordbanken byłby powiązany z oboma operatorami usług giro, jacy funkcjonowali w tamtym czasie na szwedzkim rynku. Z jednej strony przed dokonaniem koncentracji Nordbanken posiadał mniejszościowy udział oraz szereg uprawnień, w tym prawo do powoływania jednego z sześciu członków rady dyrektorów, w spółce Bankgirot. Z drugiej strony po dokonaniu koncentracji Nordbanken kontrolowałby jedyne konkurenta, którym był Postgirot.

Zdaniem Komisji Nordbanken poprzez reprezentację w radzie Bankgirot oraz uczestnictwo w spotkaniach komitetów mógłby m.in. pozyskiwać poufne informacje dotyczące działalności gospodarczej konkurenta swojej przyszłej spółki zależnej i wywierać znaczący wpływ (*significant influence*) na decyzje strategiczne dotyczące obydwu konkurentów oferujących systemy giro.

Komisja wyraziła również zastrzeżenia wynikające z faktu, iż Nordbanken posiadał silny wpływ wynikający z udziałów oraz reprezentacji w organach Privatgirot, głównego konkurenta Postgirot na rynku określonych usług technicznych. Zdaniem Komisji koncentracja rodziła w tym wypadku poważne ryzyko powstania kolektywnej pozycji dominującej.

W związku z powyższym Komisja wyraziła zgodę na koncentrację pod warunkami. Obejmowały one m.in. eliminację powiązań personalnych w postaci reprezentacji Nordbanken w organach i innych ciałach Bankgirot i Privatgirot. Zdaniem Komisji usunięcie

694 Decyzja Komisji Europejskiej z 2.06.1998 r. w sprawie nr IV/M.1080 THYSSEN/KRUPP, pkt 33.

695 Decyzja Komisji Europejskiej z 12.01.2000 r. w sprawie nr COMP/M.1712 GENERALI/INA.

696 Decyzja Komisji Europejskiej z 8.04.1999 r. w sprawie nr COMP/M.1453 AXA/GRE.

697 Decyzja Komisji Europejskiej z 8.11.2001 r. w sprawie nr COMP/M.2567 NORDBANKEN/POSTGIROT.

strukturalnych powiązań pomiędzy Nordbanken z jednej strony, a Bankgirot i Privatgirot z drugiej strony, zapewniłoby kontynuację rywalizacji konkurencyjnej pomiędzy spółkami i pozwoliło na wydanie zgody na dokonanie zgłoszonej koncentracji.

Nieco inny scenariusz od przedstawionych powyżej miał miejsce w sprawie dotyczącej koncentracji polegającej na przejęciu przez Allianz spółki AGF⁶⁹⁸. Przed dokonaniem transakcji AGF posiadało większościowy udział w podlegającej jej wyłącznej kontroli spółce Coface. Jednym z elementów transakcji będącej przedmiotem decyzji było wyzbycie się przez AGF większości swoich udziałów w Coface na rzecz pozostałych udziałowców, co skutkowało utratą przez AGF wyłącznej kontroli nad Coface.

Jednakże Komisja wskazała na szereg powiązań pomiędzy AGF i Coface, w tym istnienie unii personalnych obejmujących członków zarządów i rad nadzorczych spółek. W ocenie Komisji z uwagi na akumulację tych powiązań pomiędzy AGF i Coface istniało ryzyko, że spółki te nie będą ze sobą konkurować, lecz będą działać w sposób komplementarny, dokonując podziału rynków.

W konsekwencji w celu uzyskania zgody AGF zaproponowało warunki obejmujące m.in. dalsze wyzbycie się udziałów w Coface, odejście przez członków zarządu AGF z zarządu Coface oraz eliminację wszystkich powiązań personalnych pomiędzy stronami transakcji będącej przedmiotem zgłoszenia, Coface oraz ich spółkami zależnymi. Komisja uznała te warunki za właściwy środek prowadzący do usunięcia zidentyfikowanych zagrożeń dla konkurencji.

Podsumowując, unie personalne wpływają w praktyce na analizę konkurencyjną koncentracji na kilku płaszczyznach. Z jednej strony stanowią okoliczność mogącą wskazywać na przynależność spółek z sektora publicznego powiązanych unią do jednego organizmu gospodarczego, co może mieć wpływ np. na ustalenie wielkości udziałów rynkowych uczestników koncentracji. Jednakże w praktyce znaczenie unii personalnych w tym kontekście jest ograniczone. Z drugiej strony unie personalne stanowią relacje, które w powiązaniu z koncentracją mogą prowadzić do stworzenia takiej sieci powiązań pomiędzy konkurentami, która ma negatywny wpływ na konkurencję. Wpływ ten wiąże się przede wszystkim z możliwością wymiany informacji pomiędzy podmiotami powiązanymi unią. W tego typu sytuacjach działania Komisji pozwoliły na wyeliminowanie antykonkurencyjnych unii personalnych. Realna możliwość wykorzystywania tego typu powiązań jako argumentu przemawiającego za tezą o negatywnym wpływie ocenianej koncentracji na rynek właściwy może tworzyć po stronie podmiotów, którym zależy na uzyskaniu zgody na dokonanie koncentracji, bodźce przeciwdziałające tworzeniu się antykonkurencyjnych unii personalnych lub motywujące do zakończenia istniejących unii personalnych.

6.5.3. Prawo polskie

W praktyce decyzyjnej polskiego organu ochrony konkurencji unie personalne odgrywały inną rolę niż w przypadku unijnego reżimu nadzoru nad koncentracjami. Polski dorobek orzeczniczy obejmuje decyzje, w których unie personalne odgrywały pierwszoplanową rolę - były głównym elementem operacji stanowiącej koncentrację⁶⁹⁹. Z analizowanego orzecznictwa nie wynika jednak żadne szczególne

podejście stosowane do oceny koncentracji polegających na utworzeniu i funkcjonowaniu unii personalnych. Ocena koncentracji, w ramach której dochodzi do utworzenia unii personalnych, jest dokonywana w ten sam sposób co w przypadku innych typów koncentracji - tj. pod kątem tego, czy w ich wyniku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej.

Tym, co zasługuje na podkreślenie, jest jednak fakt, że z samego brzmienia definicji przejęcia kontroli, w szczególności z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik, wynika, że nie wszystkie unie personalne traktowane są jednakowo na gruncie tej ustawy. W konsekwencji unie personalne spełniające przesłanki z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik i prowadzące do przejęcia kontroli są poddane łagodniejszemu traktowaniu niż unie personalne niespełniające przesłanek wskazanych w wymienionym przepisie (np. unie personalne obejmujące jednego członka zarządu w sytuacji, gdy zarząd składa się z wielu członków).

Głównym zagrożeniem dla konkurencji wynikającym z pojedynczych unii personalnych jest wymiana informacji. Z formalnego punktu widzenia przedsiębiorcy powiązani unią personalną mogą pozostawać odrębnymi graczami rynkowymi. Unie personalne mogą wpływać na proces decyzyjny w ramach takich przedsiębiorców, jednakże wpływ ten co do zasady nie umożliwia stwierdzenie posiadania przez spółkę decydującego wpływu na zachowanie innej spółki. W konsekwencji takie pojedyncze unie personalne nie stanowią koncentracji.

Takie unie personalne mogą jednak zostać uznane za mechanizm wymiany informacji będący antykonkurencyjną praktyką w rozumieniu art. 6 uokik czy art. 101 TFUE⁷⁰⁰. Członek organu objęty unią personalną ma dostęp do wszelkich informacji dostępnych spółce, w tym do zindywidualizowanych zamiarów dotyczących przyszłego zachowania w zakresie cen czy wielkości produkcji. Wymiana informacji tego typu co do zasady stanowi antykonkurencyjną praktykę ze względu na cel, co oznacza, że aby ustalić naruszenie, organ nie musi badać skutków danej praktyki⁷⁰¹. Jednakże w polskim prawie, nawet jeśli wymiana informacji zostanie uznana za naruszenie ze względu na cel, może skorzystać z wyłączenia *de minimis*⁷⁰², o ile spełniony jest warunek dotyczący udziału w rynku⁷⁰³. W konsekwencji horyzontalne unie personalne skutkujące antykonkurencyjną wymianą informacji mogą stanowić ograniczenie konkurencji, gdy łączny udział konkurentów objętych nimi przekracza 5% (w przypadku stosowania unijnego prawa próg ten wynosi 10%)⁷⁰⁴.

Z drugiej strony koncentracje - w tym koncentracje obejmujące utworzenie unii personalnych pomiędzy uprzednio niezależnymi przedsiębiorcami - są poddane

700 Skonsolidowana wersja Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, OJ C 326, 26.10.2012 r., s. 47-390.

701 Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych z 2011 r., pkt 73. *Pomimo że Wytyczne nie są aktem prawnym obowiązującym w Polsce, są wykorzystywane w praktyce przez Prezesa UOKiK. Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r. nr DOK -8/2011.*

702 W uokik przyjęto zamkniętą listę praktyk wykluczonych z zakresu zastosowania wyłączenia *de minimis*. Obejmuje to ustalanie cen, ograniczanie produkcji, podział rynku czy zmonopolizowanie, ale nie obejmuje wymiany informacji.

703 Art. 7 ust. 1 uokik.

704 Komunikat Komisji, Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis* 2014/C 291/01), s. 2.

698 Decyzja Komisji Europejskiej z 8.05.1998 r. w sprawie nr IV/M.1082 ALLIANZ/AGF.

699 Decyzje Prezesa UOKiK z 18.11.2008 r. nr DKK-88/08 oraz nr DKK-89/08; decyzja Prezesa UOKiK z 22.10.2013 r. nr DKK-132/2013; decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019.

znacznie łagodniejszemu standardowi oceny⁷⁰⁵. Zgodnie z uokik koncentracja może być zakazana, jeśli prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności utworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej.

W toku oceny koncentracji i ryzyka wystąpienia negatywnego wpływu na konkurencję analizowany jest szereg czynników, takich jak udziały rynkowe uczestników koncentracji i innych podmiotów funkcjonujących w ich otoczeniu czy czynniki związane z barierami wejścia. W praktyce stosowania prawa ochrony konkurencji przez polski organ antymonopolowy udziały rynkowe uczestników transakcji mają decydujące znaczenie⁷⁰⁶. Dał temu wyraz sam ustawodawca, umieszczając w uokik domniemanie posiadania pozycji dominującej, której to powstanie lub umocnienie stanowi podstawę powstania negatywnego wpływu na konkurencję. Domniemanie to ma zastosowanie do sytuacji, w których przedsiębiorca ma udział rynkowy na poziomie przekraczającym 40%. W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK przypadki zakazu dokonania koncentracji w przypadku, gdy wyżej wymieniony próg udziału rynkowego nie został osiągnięty, są wyjątkowe⁷⁰⁷.

Udziały rynkowe uczestników koncentracji są również kryterium, według którego ustawodawca wyodrębnił sytuacje, w których koncentracja wywiera wpływ na rynek właściwy i konieczne jest przedstawienie w zgłoszeniu bardziej szczegółowych informacji i dokumentów⁷⁰⁸. Progi udziałów rynkowych zależą od tego, czy na dany rynek koncentracja wywiera wpływ horyzontalny, wertykalny czy konglomeratowy.

Rynkiem, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym, jest rynek produktowy, na którym zaangażowani są co najmniej dwaj przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji i gdzie koncentracja prowadzi do uzyskania łącznego udziału w rynku geograficznym w wysokości większej niż 20%⁷⁰⁹. Z kolei rynkiem, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym, jest każdy rynek właściwy, jeżeli działa na nim co najmniej jeden przedsiębiorca uczestniczący w koncentracji i jest on równocześnie rynkiem zakupu lub sprzedaży, na którym działa którykolwiek z pozostałych przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, o ile udział w rynku przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji na którymkolwiek z tych rynków przekracza 30%⁷¹⁰. Natomiast rynkiem, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie konglomeratowym, jest każdy rynek produktowy, na którym między przedsiębiorcami uczestniczącymi w koncentracji nie istnieją żadne powiązania horyzontalne i wertykalne, o ile udział

rynkowy któregośkolwiek uczestnika koncentracji przekracza 40%⁷¹¹.

W świetle powyższego można przyjąć, że według ustawodawcy, aby uznać daną koncentrację za wywierającą wpływ na rynek właściwy, konieczne jest posiadanie przez uczestników koncentracji łącznych udziałów rynkowych powyżej 20%. W praktyce koncentracje z udziałem podmiotów, których udziały rynkowe nie przekraczają wyżej wymienionych progów, są poddawane mniej szczegółowej analizie i przyjmuje się, że nie rodzą one ryzyka z perspektywy konkurencji.

Porównując analizowane powyżej standardy oceny koncentracji do standardów oceny porozumień, należy zauważyć, że koncentracje są oceniane dużo łagodniej. W przypadku antykonkurencyjnych porozumień ustawodawca uznał, że porozumienia mogą naruszać ustawowy zakaz już w sytuacji, gdy łączny udział uczestników porozumienia wynosi 5%, jeśli strony są konkurentami⁷¹². W przypadku porozumień pomiędzy przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami próg udziału rynkowego odnoszący się do każdego z przedsiębiorców został ustalony na poziomie 10%⁷¹³.

Z czysto teoretycznego punktu widzenia takie ogólnie łagodne podejście do koncentracji może być uzasadnione faktem, iż szkoda dla konkurencji wynikająca z dokonania koncentracji jest równoważona efektywnościami (*efficiencies*) związanymi z daną operacją⁷¹⁴. Jednakże w ostatnim czasie pojawiają się głosy kwestionujące zasadność takiego odmiennego traktowania koncentracji czy też podkreślające trudności w empirycznym udowodnieniu zasadności takiego rozróżnienia⁷¹⁵.

Konsekwencją różnych standardów oceny koncentracji i zmwów jest odmienne (łagodniejsze) traktowanie unii personalnych, które stanowią element koncentracji od unii personalnych niestanowiących koncentracji i mogących co najwyżej podlegać analizie pod kątem zgodności z art. 6 uokik⁷¹⁶. Jednakże w kontekście unii personalnych takie odmienne traktowanie nie wydaje się usprawiedliwione.

Obrazuje to następujący przykład, w którym spółki A i B są konkurentami. Każda z nich ma udział rynkowy na poziomie 10% oraz zarząd składający się z trzech członków. Spółki A i B zamierzają utworzyć unie personalne obejmujące dwóch członków zarządu. Ich zamiar wchodzi w zakres definicji przejęcia kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik. W rezultacie operacja będzie podlegać obowiązkowi zgłoszenia i będzie oceniana pod kątem standardów skierowanych do koncentracji. Biorąc pod uwagę, że ich udział rynkowy jest znacząco poniżej progu 40%, jest wysoce praw-

705 N. Levy, *Article 101 and the Merger Regulation: a Single Analytical Framework?*, „Bruylant”, 1/2017, s. 326-328. Por. C. Esteva Mosso, *The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition*, luty 2016. Dostęp: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_03_en.pdf.

706 Por. D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2018.

707 Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r. nr DKK-12/2011 Empik/Merlin; decyzja Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DKK-1/2021 Agora/Eurozet.

708 Część II Wykazu Informacji i Dokumentów stanowiącego Załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z 23 grudnia 2014 r. (poz. 80).

709 §2 pkt 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców.

710 §2 pkt 4 Rozporządzenia Rady Ministrów z 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców.

711 §2 pkt 5 Rozporządzenia Rady Ministrów z 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców.

712 Art. 7 ust. 1 pkt 1 uokik.

713 Art. 7 ust. 1 pkt 2 uokik.

714 C. Esteva Mosso, *The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition*, luty 2016. Dostęp: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_03_en.pdf.

715 C. Esteva Mosso, *The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition*, luty 2016. Dostęp: https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2016_03_en.pdf; N. Levy, *Article 101 and the Merger Regulation: a Single Analytical Framework?*, Bruylant 1/2017, s. 330; N. Rose, J. Sallet, *The Dichotomous Treatment of Efficiencies in Horizontal Mergers: Too Much? Too Little? Getting it Right*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 168/2021, s. 1941-1984.

716 W przypadku przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą ewentualnie możliwe byłoby również zastosowanie art. 9 uokik. Szerzej na temat problematyki unii personalnych w kontekście przepisów dotyczących pozycji dominującej zob. rozdział 5. powyżej.

dopodobne, że organ antymonopolowy wyda zgodę na dokonanie koncentracji i nie będzie kwestionował przedmiotowych unii personalnych *ex post*⁷¹⁷.

Gdyby jednak unia personalna obejmowała wyłącznie jednego członka zarządu spółek A i B, ich zamiar nie urastałby do rangi przejęcia kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik. Jednakże wymiana informacji będąca skutkiem funkcjonowania tej unii personalnej mogłaby zostać uznana za antykonkurencyjne porozumienie. Biorąc pod uwagę fakt, że spółki A i B posiadają wspólnego członka zarządu, każda z nich ma pełen dostęp do informacji strategicznych swoich konkurentów, w tym do ich planów na przyszłość. Funkcjonowanie unii personalnej rodzi zatem ryzyko uznania unii za element praktyki antykonkurencyjnej ze względu na cel. Ponadto z uwagi na udziały rynkowe stron praktyka, której elementem jest wymiana informacji za pośrednictwem wspólnego członka zarządu, nie będzie podlegała wyłączeniu *de minimis*. Oznacza to, że jest wysoce prawdopodobne, iż praktyka zostałaby uznana za sprzeczną z prawem.

Powyższy przykład jednoznacznie pokazuje, że polskie prawo w zakresie traktowania unii personalnych może prowadzić do paradoksalnych konsekwencji. Mimo że unie personalne w pierwszym scenariuszu mogą prowadzić do bardziej stabilnej koordynacji (a zatem są groźniejsze dla konkurencji) niż w drugim scenariuszu, to pierwszy scenariusz prawdopodobnie zostałby uznany za zgodny z prawem, podczas gdy drugi zostałby uznany za naruszenie prawa ochrony konkurencji.

Istnieje kilka potencjalnych rozwiązań tego problemu. Z jednej strony - aby nie tworzyć luki regulacyjnej - prawo mogłoby określać jeden standard oceny unii personalnych z perspektywy prawa ochrony konkurencji niezależnie od charakteru tej unii. Pewna forma takiego podejścia została przyjęta w uppm po nowelizacji z 1995 r. Unie personalne były oceniane według odmiennego - zarówno ilościowo, jak i jakościowo - standardu merytorycznej oceny w porównaniu do innych typów koncentracji. Domyślny standard merytorycznej oceny koncentracji obejmował test dominacji powiązany z domniemaniem, zgodnie z którym udział rynkowy powyżej 40% stanowił podstawę do uznania wystąpienia pozycji dominującej. Zatem, co do zasady, głównym ryzykiem, przeciw któremu zaprojektowano system nadzoru nad koncentracjami, było ograniczenie możliwości utworzenia jednego podmiotu dysponującego znaczącą siłą rynkową. Z drugiej strony utworzenie unii personalnej mogło być zakazane, jeśli doprowadziłoby do „istotnego osłabienia konkurencji”. Jednocześnie istniało domniemanie, że istotne osłabienie konkurencji ma miejsce, jeżeli łączny udział przedsiębiorców objętych unią personalną w rynku przekraczał 10%.

Komplementarnym rozwiązaniem, które choć w ograniczonym stopniu mogłoby złago-

⁷¹⁷ W prawie unijnym zgodnie z art. 21 ust. 1 Rozporządzenia nr 139/2004 zastosowanie przepisów dotyczących antykonkurencyjnych porozumień czy nadużywania pozycji dominującej koncentracje do koncentracji w rozumieniu tego rozporządzenia jest ograniczone. W pewnym zakresie pojęcie koncentracji wyznacza granicę pomiędzy tymi podsystemami norm. Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 7.09.2017 r. w sprawie C-248/16 Austria Asphalt GmbH & Co OG przeciw Bundeskartellamt. Twierdzenie, iż zgoda na dokonanie koncentracji eliminuje możliwość późniejszego kwestionowania transakcji na podstawie zastrzeżeń co do jej wpływu na konkurencję, została również potwierdzona przez europejską doktrynę prawniczą. Zob. J. Faull, A. Nikpay, *The EU law on competition*, Oxford 2014, s. 544. W polskim prawie nie ma dokładnego odpowiednika art. 21 ust. 1 Rozporządzenia nr 139/2004. Jednakże, biorąc pod uwagę całość systemu prawa ochrony konkurencji, stanowisko sądów oraz Prezesa UOKiK, wydaje się potwierdzać istnienie podobnej normy w polskim prawie. Zob. np. wyrok SA w Warszawie z 15.03.2017 r., sygn. VI ACa 1620/15; wyrok SO z 18.06.2015 r., sygn. XVII AmA 112/12; decyzja Prezesa UOKiK z 23.11. 2011 r. nr DOK-8/2011.

dzić omawiany problem, jest uznanie unii personalnych za drugorzędny czynnik brany pod uwagę przy analizie, czy doszło do uzyskania możliwości wywierania decydującego wpływu (tak jak ma to miejsce w prawie unijnym). W takim wypadku unie personalne służące wyłącznie wymianie informacji bez pełnej integracji przedsiębiorców skutkującej utworzeniem jednego organizmu gospodarczego (tj. bez utworzenia pola dla uzyskania korzyści w postaci efektywności wynikających z koncentracji) podlegałyby bardziej rygorystycznemu traktowaniu. Z drugiej strony unie personalne, którym towarzyszą inne elementy wystarczające do uznania, że doszło do przejęcia kontroli, byłyby poddane standardowi skierowanemu wobec koncentracji. W każdym wypadku kluczowe byłoby określenie granicy pomiędzy samodzielną unią personalną a koncentracją obejmującą unię personalną - przy czym określenie takiej granicy w każdym wypadku byłoby zależne od konkretnych okoliczności danej sprawy, np. stopnia integracji aktywów przedsiębiorców objętych unią personalną. Wydaje się, że takie podejście wymagałoby zmiany praktyki Prezesa UOKiK i odejście od mechanicznego stosowania art. 4 pkt 4 lit. c) uokik w kierunku bardziej zbieżnym z podejściem unijnym w zakresie roli unii personalnych w definicji koncentracji.

6.6. Podsumowanie i wnioski

Powyższa analiza wskazuje, że w prawie amerykańskim znaczenie przepisów dotyczących kontroli koncentracji jako instrumentu przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym jest stosunkowo niewielkie. Unie personalne nie stanowią bowiem zdarzenia objętego zakresem nadzoru organów antymonopolowych, a tym samym ich utworzenie i funkcjonowanie nie jest bezpośrednio uzależnione od uzyskania aprobaty organów ochrony konkurencji. Ewentualne bodźce przeciwdziałające tworzeniu unii personalnych mogą wiązać się z ich rolą jako okoliczności uwzględnianej w kontekście stwierdzania oceny wpływu koncentracji na rynek czy przedwczesnej implementacji koncentracji. Praktyczne znaczenie przepisów dotyczących kontroli koncentracji w tych kontekstach jest jednak ograniczone. W tym pierwszym wypadku wynika to z faktu, iż bodźce odnoszą się tylko do niektórych antykonkurencyjnych unii personalnych towarzyszących przejęciu udziałów mniejszościowych. Z kolei w tym drugim wypadku istnienie unii personalnych może zostać wykorzystane jedynie jako dodatkowy, a nie podstawowy, argument przemawiający za przedwczesną implementacją koncentracji. Ponadto ewentualny skutek odstraszaający przedsiębiorców od tworzenia unii personalnych w tym kontekście nie ma bezpośredniego związku z pro- lub antykonkurencyjnym charakterem unii personalnej.

W prawie unijnym unie personalne jako takie również nie stanowią koncentracji podlegającej nadzorowi Komisji Europejskiej. Mogą jednak być jednym z elementów świadczących o przejęciu kontroli, tym samym wpływając na uznanie zamiaru ich utworzenia za element zachowania składającego się na zamiar koncentracji, a ewentualne jej dokonanie bez zgody organu ochrony konkurencji za element zachowania składającego się na przedwczesną implementację koncentracji. Fakt, że istnienie unii personalnych nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia dokonania koncentracji, a okoliczności związane z utworzeniem unii personalnej stanowią drugorzędny czynnik w toku analizy spełnienia przesłanek definicji koncentracji lub jej przedwczesnej implementacji, znacząco osłabia ewentualny skutek polegający na przeciwdziałaniu zjawisku unii personalnych (niezależnie od ich pro- czy antykonku-

rencyjnego charakteru). Uwzględnianie unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy oceny kryteriów ilościowych doprecyzowujących obowiązek zgłoszenia również ma bardzo ograniczone znaczenie, przede wszystkim dlatego, że dotyczy unii personalnych pomiędzy spółkami z sektora państwowego. W dotychczasowej praktyce decyzyjnej dotyczącej przedwczesnej implementacji koncentracji unie personalne również nie odgrywały istotniejszej roli, co ogranicza powstanie ewentualnych bodźców przeciwdziałających uniom personalnym w tym obszarze.

W przypadku unijnego prawa dotyczącego kontroli koncentracji ewentualny skutek przeciwdziałający uniom personalnym może wynikać przede wszystkim z roli, jaką unie personalne odgrywają z punktu widzenia procesu oceny wpływu koncentracji na konkurencję. Przepisy dotyczące kontroli koncentracji mogą realnie przeciwdziałać występowaniu antykonkurencyjnych unii personalnych, gdyż zwiększają prawdopodobieństwo zgłoszenia przez organ ochrony konkurencji zastrzeżeń do koncentracji, których uczestnicy są powiązani uniami personalnymi z innymi podmiotami. W praktyce tego typu skutek występuje przede wszystkim w przypadku unii personalnych łączących jednego z uczestników koncentracji oraz konkurentów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. W tego typu sytuacjach Komisja Europejska w sposób właściwy definiuje istotę zagrożeń związanych z funkcjonowaniem unii personalnych, które wiążą się przede wszystkim z wymianą informacji pomiędzy konkurentami. Takie przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym przez przepisy dotyczące kontroli koncentracji dotyczy tylko sytuacji, w których podmiot powiązany antykonkurencyjną unią dokonuje czynności składających się na koncentrację.

W polskim systemie kontroli koncentracji większościowe unie personalne są uznawane za formę przejęcia kontroli stanowiącą koncentrację podlegającą obowiązkowi zgłoszenia i ocenie pod kątem wpływu na konkurencję. Zgodnie z tym podejściem osoby fizyczne pełniące funkcje w organach spółki przejmowanej stanowią narzędzie spółki przejmującej do wywierania wpływu w sposób bezpośredni na podejmowanie decyzji dotyczących strategii spółki przejmowanej. W ten sposób zespół norm definiujących koncentrację, przeciwdziałających przedwczesnej implementacji oraz określających zasady oceny koncentracji tworzy stosunkowo silne bodźce przeciwdziałające stosunkowo wąskiej grupie unii personalnych i jest ukierunkowany na ryzyka związane z pełną integracją zarządzania spółek powiązanych uniami personalnymi.

Podejście polskiego ustawodawcy do omawianego problemu można również analizować z perspektywy ewolucji polskiego prawa dotyczącego kontroli koncentracji w zakresie adresowania zagrożeń wynikających z unii personalnych. Na początkowym etapie rozwoju kontrola koncentracji polegających na tworzeniu unii personalnych w Polsce była skierowana przeciwko tworzeniu unii personalnych jako takich i skupiała się na ryzykach związanych z wymianą informacji. W tym celu obowiązek zgłoszenia obejmował szeroki zakres stanowisk związanych z dostępem do informacji przedsiębiorcy, nawet jeśli część z tych stanowisk nie wiązała się z konkretnymi kompetencjami władczymi w strukturze przedsiębiorcy (dotyczy to np. głównego księgowego). Zatem atrybut dostępu do informacji był istotniejszy od władzy korporacyjnej. Ponadto w początkowym stadium rozwoju reżimu nadzoru nad uniami personalnymi nie tworzone kryteriów związanych z liczbą osób zaangażowanych w unie personalne lub konfiguracją stanowisk. W tym kontekście można wskazać, że posiadanie władzy nad działaniami jednego członka organu jest wystarczające do wymieniania informacji,

ale może nie być wystarczające do podejmowania decyzji w ramach korporacyjnego procesu decyzyjnego.

Ruch w kierunku ograniczenia zakresu stanowisk oraz rozróżnieniu wymagań w stosunku do przedsiębiorcy przejmującego kontrolę i zależnego w późniejszym okresie mógł być związany z faktem, iż w świetle mechanizmów zarządzania spółkami kontrola nad większością członków zarządu jest konieczna do pełnego nadzorowania spółki (wywierania decydującego wpływu nad nią). Jednakże twierdzenie, iż samo istnienie unii personalnej daje podmiotowi trzeciemu (tj. przedsiębiorcy przejmującemu kontrolę) możliwość wywierania decydującego wpływu, jest oparte o (w mojej ocenie błędne⁷¹⁸) założenie, zgodnie z którym przedsiębiorca kontroluje działania członków swoich organów w podobny sposób, w jaki dysponuje uprawnieniami wynikającymi z praw udziałowych. W tym zakresie podejście przyjmowane w prawie unijnym - podkreślające ograniczoną rolę unii personalnych w kontekście ustalania przejęcia kontroli - jest bliższe uchwyceniu rzeczywistej natury unii personalnych.

Z jednej strony podejście przyjęte przez polskiego ustawodawcę zwiększa znaczenie przepisów o kontroli koncentracji jako instrumentu mogącego służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym. Wynika to przede wszystkim z faktu, że uzależnia funkcjonowanie „większościowych” unii personalnych od uzyskania uprzedniej aprobaty Prezesa UOKiK.

Z drugiej strony, jak zostało to przeanalizowane w punkcie 6.5.3. powyżej, obecne podejście do unii personalnych w polskim prawie dotyczącym kontroli koncentracji powoduje wewnętrzną niespójność systemu prawa ochrony konkurencji. W związku z tym należy postulować odejście od dotychczasowych zasad poprzez wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik lub zmianę jego wykładni w kierunku interpretacji pojęcia kontroli w duchu zgodnym z podejściem przyjmowanym w prawie unijnym. W każdym wypadku zasadne jest odejście od automatycznego uznawania spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie za przejęcie kontroli na rzecz bardziej dogłębnej analizy każdego przypadku, co pociągałoby konieczność uwzględniania innych czynników niż same unie personalne.

718 Aby zaprezentować wadliwość rozwiązania przyjętego w polskim systemie kontroli koncentracji można wskazać następujący przykład: spółka A posiada 100% udziałów w spółce B. W skład jednoosobowego zarządu spółki B wchodzi pan X, który jest jednocześnie członkiem trzyosobowego zarządu spółki C. Zgodnie z wykładnią art. 4 pkt 4 lit. c) uokik przyjmowaną przez Prezesa UOKiK, spółka C „kontroluje” spółkę B. Takie podejście całkowicie pomija fakt, że pan X, wykonując swoje obowiązki jako członka zarządu spółki B, powinien brać pod uwagę przede wszystkim interes spółki B, który jest wyznaczany jako wypadkowa interesu jej współników (co w przypadku posiadania całości udziałów spółki B przez spółkę A sprowadza się do interesu spółki A).

7. Zakazy tworzenia unii personalnych oraz nieuczciwych metod konkutowania w prawie amerykańskim

7.1. Wprowadzenie

W prawie amerykańskim przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym w spółkach służy przede wszystkim sekcja 8. ustawy Claytona. W obecnym kształcie omawiany przepis ogranicza możliwość zaistnienia unii personalnych obejmujących dyrektorów (*directors*) lub funkcjonariuszy (*officers*) spółek, które z racji przedmiotu i obszaru prowadzenia działalności gospodarczej (*their business and location of operation*) są konkurentami.

Ponadto w ograniczonym zakresie przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym może służyć sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu. Przepis ten zakazuje nieuczciwych metod konkutowania.

Poniżej zostanie zaprezentowana bardziej szczegółowa analiza poszczególnych aspektów zakazu tworzenia unii personalnych wynikającego z sekcji 8. ustawy Claytona. W pierwszej kolejności omówię charakter tego zakazu. Następnie przeanalizuję przesłanki omawianego zakazu i kwestie związane z jego egzekwowaniem, a także przedstawię wnioski dotyczące sekcji 8. ustawy Claytona. W dalszej kolejności dokonam analizy zastosowania do unii personalnych zakazu nieuczciwych metod konkutowania.

7.2. Sekcja 8. ustawy Claytona

7.2.1. Charakter zakazu tworzenia unii personalnych

Jedną z podstawowych kwestii istotnych z perspektywy oceny sekcji 8. ustawy Claytona jako instrumentu służącego przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym jest charakter omawianego zakazu. Kluczowe jest następujące pytanie badawcze: czy zakaz tworzenia unii personalnych między konkurentami ma bezwzględny charakter, czy też (oprócz wskazanych w sekcji 8. ustawy przesłanek odnoszących się do specyfiki unii personalnej, w szczególności stosunku konkurencji pomiędzy spółkami objętymi unią) konieczne jest wykazywanie negatywnego wpływu na konkurencję (np. w formie analizy podobnej do tej przeprowadzanej w przypadku koncentracji).

Literalne brzmienie sekcji 8. ustawy Claytona wskazuje, że zakaz dotyczy spółek, które są „konkurentami tak, że eliminacja konkurencji między nimi stanowiłaby naruszenie któregoś z przepisów prawa antymonopolowego”⁷¹⁹. W kontekście tego sformułowania w przeszłości pojawiały się wątpliwości dotyczące charakteru

719 “[...] competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws [...]”.

analizowanego zakazu. W świetle jednej koncepcji, aby stwierdzić naruszenie tego przepisu, nie wystarczy samo utworzenie unii personalnej między konkurentami, lecz konieczne jest dodatkowe wykazanie naruszenia innych przepisów antymonopolowych, w szczególności sekcji 7. ustawy Claytona, zakazującej fuzji i przejęć mogących znacząco ograniczać konkurencję lub prowadzić do monopolu. Przyjęcie takiej koncepcji uzależniałoby możliwość zastosowania sekcji 8. ustawy Claytona od każdorazowej analizy wpływu unii personalnej na konkurencję.

W sprawie *United States przeciwko Sears, Roebuck & Co.*⁷²⁰ Departament Sprawiedliwości w pozwie zarzucał, że pełnienie przez tę samą osobę fizyczną funkcji w radach dyrektorów spółek Sears oraz Goodrich stanowiło naruszenie zakazu zawartego w sekcji 8. ustawy Claytona. W odpowiedzi na zarzuty organu obydwie spółki przyznały, że konkurują m.in. w zakresie sprzedaży różnorodnych produktów gospodarstwa domowego na określonych obszarach geograficznych w Stanach Zjednoczonych. Jednakże spółki argumentowały, że ustalenie istnienia pomiędzy nimi stanu konkurencji nie jest wystarczające do stwierdzenia naruszenia sekcji 8. ustawy Claytona. Ich zdaniem naruszenie może być stwierdzone wyłącznie wtedy, gdy istnieje rozsądne prawdopodobieństwo, że spółki objęte unią, działając razem, mogą w sposób istotny ograniczyć handel lub utworzyć monopol. Innymi słowy, w świetle tej koncepcji w toku stosowania sekcji 8. ustawy Claytona należy stosować analogiczne zasady co w przypadku połączeń (koncentracji) na podstawie sekcji 7. ustawy Claytona. Sąd rozpatrujący sprawę nie zgodził się z takim podejściem i przychylił się do stanowiska Departamentu Sprawiedliwości.

W sprawie *Protectoseal Co przeciwko Barancik*⁷²¹ sąd również odrzucił argumentację pozwanych mającą na celu ograniczenie pojęcia konkurentów objętych omawianym zakazem. W tej sprawie sąd także odniósł się negatywnie do twierdzenia pozwanego dyrektora w spółce *Protectoseal*, który kontrolował jednocześnie spółkę zajmującą się sprzedażą konkurencyjnych wobec produktów sprzedawanych przez *Protectoseal*. Obrona pozwanego opierała się na tezie, jakoby naruszenie sekcji 8. ustawy Claytona następowało wyłącznie w sytuacji, gdy udowodniono, że połączenie spółek powiązanych unią personalną naruszałoby sekcję 7. ustawy Claytona. Sąd, odrzucając wspomnianą tezę, wskazał, że sekcja 8. ustawy Claytona ustala stosunkowo proste i obiektywne kryteria oceny zgodności z prawem unii personalnych. Sąd zasugerował również, że zamiarem ustawodawcy nie było uzależnienie zgodności z prawem unii personalnej od przeprowadzenia tak rozbudowanego postępowania dowodowego, jak to ma miejsce w przypadku analizy koncentracji. Ponadto sąd wskazał, że do stwierdzenia naruszenia sekcji 8. ustawy Claytona nie jest konieczna analiza konkurencji obejmująca cały rynek właściwy. Podobnie w sprawie *United States przeciwko Crocker National Corp.*⁷²² sąd uznał, że unie personalne pomiędzy konkurującymi spółkami były zakazane *per se* bez konieczności analizy, czy miały one istotny wpływ na konkurencję⁷²³.

720 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 28.04.1953 r. w sprawie *United States przeciwko Sears, Roebuck Co.*, 111 F. Supp. 614, 615 (S.D.N.Y. 1953).

721 Wyrok sądu apelacyjnego siódmego okręgu z 5.09.1973 r. w sprawie *Protectoseal Company przeciwko Barancik*, 484 F.2d 585, 587 (7th Cir. 1973).

722 Wyrok sądu okręgowego w Kalifornii z 27.08.1976 r. w sprawie *United States przeciwko Crocker National Corp.*, 422 F. Supp. 686, 703 (N.D.Cal. 1976).

723 Wspomniane wyroki zostały wydane przed nowelizacją z 1990 r. dotyczącą wyłączenia *de minimis*.

Organy administracji federalnej stały na stanowisku zbieżnym z orzecznictwem sądów. Warto szczególnie wspomnieć o stanowisku Federalnej Komisji Handlu w sprawie Borg-Warner Corp., w której wskazano, że rolą analizy konkurencji w przypadku spraw dotyczących naruszeń sekcji 8. ustawy Clayтона nie jest ocena siły rynkowej lub szacowanie skutków na rynku⁷²⁴.

Kwestia ograniczenia zakazu z sekcji 8. ustawy Clayтона do przypadków, w których unia personalna dotyczyłaby podmiotów, których koncentracja stanowiłaby naruszenie sekcji 7. ustawy Clayтона, była również przedmiotem dyskusji w amerykańskim Kongresie przy okazji prac nad nowelizacją ustawy Clayтона z 1990 r. Poprawka wprowadzająca taką zmianę została jednak odrzucona⁷²⁵.

W obecnym stanie prawnym nie ulega zatem wątpliwości, że zakaz unii personalnych ma charakter bezwzględny (*per se*) w tym sensie, że do jego zastosowania nie jest konieczne każdorazowe analizowanie wpływu unii personalnej na konkurencję. Zdaniem ustawodawcy samo istnienie relacji konkurencyjnej pomiędzy spółkami zaangażowanymi w unię personalną jest wystarczające do uznania wystarczającego wpływu na konkurencję. Niewątpliwą zaletą takiego rozwiązania jest ułatwienie egzekucji zakazu tworzenia unii personalnych, gdyż unika się w ten sposób wymagających analiz możliwego wpływu na konkurencję w przypadku każdego stanu faktycznego – wpływ ten jest domniemywany z faktu istnienia stosunku konkurencji między spółkami.

7.2.2. Przestanki zakazu tworzenia unii personalnych

7.2.2.1. Cechy członków organów zaangażowanych w unię personalną

Obecne brzmienie sekcji 8. ustawy Clayтона zakazuje unii personalnych obejmujących dyrektorów lub funkcjonariuszy (*officers*) spółki. Unie z udziałem dyrektorów były objęte zakresem zakazu od momentu uchwalenia ustawy Clayтона. Nowelizacja z 1990 r. rozszerzyła zakres zakazu na funkcjonariuszy spółki wybranych przez radę dyrektorów. Rozszerzenie zakresu zakazu było motywowane opinią jednej z komisji w Kongresie, zgodnie z którą unie personalne obejmujące funkcjonariuszy spółki mają równy lub nawet większy potencjał wywołania antykonkurencyjnych skutków⁷²⁶.

Według ścisłej wykładni sekcja 8. ustawy Clayтона dotyczy sytuacji, w której ta sama osoba fizyczna pełni funkcje w organach konkurujących ze sobą spółek. Jednakże organy amerykańskiej administracji, w szczególności Departament Sprawiedliwości⁷²⁷, w wielu przypadkach forsowały tzw. teorię „deputyzacji” (*deputisation theory*) lub „reprezentacji” (*representative theory*). Teoria ta umożliwia objęcie zakresem sekcji 8. ustawy Clayтона w sytuacjach, w których funkcje w organach dwóch spółek pełnią różne osoby fizyczne, które jednak z racji na powiązania z określoną osobą

trzecią są uznawane za jej „zastępców” (*deputies*) lub „agentów” (*agents*)⁷²⁸. Podejście wskazujące zagrożenia dla konkurencji wynikające z praktyk polegających na wykorzystywaniu zastępców były wyrażane również w amerykańskiej doktrynie⁷²⁹.

W doktrynie wskazuje się kilka argumentów za przyjęciem omawianej teorii deputyzacji. Po pierwsze, podkreśla się, że sekcja 8. ustawy Clayтона zakazuje osobie (*person*) pełnienia funkcji w organach konkurujących spółek, a pojęcie osoby jest definiowane szeroko i obejmuje spółki oraz związki (*corporations and associations*). Mogłoby to sugerować, że zamiarem prawodawcy było objęcie zakresem zakazu również sytuacji, w których osoba trzecia (np. spółka) pełni funkcje dyrektora za pośrednictwem swoich zastępców (reprezentantów)⁷³⁰. Jednocześnie, gdyby ustawodawca zamierzał ograniczyć omawiane przepisy wyłącznie do osób fizycznych, to znalazłoby to wyraźne odzwierciedlenie w brzmieniu ustawy⁷³¹.

Ponadto teoria deputyzacji jest spójna z celami sekcji 8. ustawy Clayтона. Warto przypomnieć wyrażony w orzecznictwie pogląd, iż sekcja 8. ustawy Clayтона ma „cel profilaktyczny”, który obejmuje chęć „zduśnienia w zarodku rozpoczynających się naruszeń przepisów antymonopolowych, usuwając możliwość lub pokusę do takich naruszeń za pośrednictwem unii personalnych”⁷³². W związku z tym odrzucenie teorii deputyzacji ułatwiłoby obejście sekcji 8. ustawy Clayтона⁷³³.

Teoria deputyzacji była przywoływana w kilku sprawach jako podstawa twierdzenia, że określone osoby fizyczne pełniły funkcje w organach konkurencyjnych spółek jako zastępcy (reprezentanci) osoby trzeciej takiej jak bank⁷³⁴, związek⁷³⁵ czy firma zarządzająca aktywami (*asset management*)⁷³⁶. Jednakże podejście sądów do tej teorii było ostrożne i dopiero w wyroku w sprawie Reading International przeciwko Oaktree Capital Management⁷³⁷ sąd potwierdził możliwość skutecznego powołania teorii deputyzacji. Sąd wskazał, że każdy, kto kontroluje miejsce w radzie dyrektorów poprzez agenta lub zastępcę, *służy w radzie dyrektorów (serves on the board)*. Sąd zasugerował również, że przeciwna interpretacja sekcji 8. ustawy Clayтона byłaby nadmiernym formalizmem.

728 Co oznacza, że pomiędzy tymi spółkami nie występują unie personalne w rozumieniu przyjętym na potrzeby niniejszej pracy, lecz sytuacje mające charakter podobny do unii personalnych. Przykładowo teoria deputyzacji mogłaby mieć zastosowanie w następującej sytuacji: spółka A posiada w swoich organach osoby X i Y. Jednocześnie X zasiada w zarządzie spółki B, a Y zasiada w zarządzie spółki C. Spółka B i C są wobec siebie konkurentami, ale spółka A nie jest ich konkurentem. W konsekwencji unie personalne łączące spółki A i B oraz A i C nie wchodzi w zakres sekcji 8. ustawy Clayтона. Jednocześnie spółki B i C nie wiążą bezpośrednia unia personalna. Jednakże zgodnie z teorią deputyzacji osoby X i Y mogłyby zostać uznane za reprezentantów spółki A. W takim wypadku doszłoby do unii personalnej pomiędzy B i C, a „dyrektorem” łączącym te spółki byłaby A.

729 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 85; P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, United States of America 2003, s. 334.

730 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 84.

731 Tamże, s. 84.

732 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 28.04.1953 r. w sprawie United States przeciwko Sears, Roebuck Co., 111 F. Supp. 614, 621 (S.D.N.Y. 1953); American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 84.

733 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 84-85.

734 Wyrok sądu okręgowego w Ohio z 30.06.1974 r. w sprawie United States przeciwko Cleveland Trust Company, 392 F. Supp. 699, 701 (N.D. Ohio 1974).

735 Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 23.11.1986 r. w sprawie United States przeciwko International Association of Machinists & Aerospace Workers, 94-0690, 1994, U.S. Dist. Lexis 20224 (D.D.C. 1994).

736 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 10.12.2003 r. w sprawie Reading International przeciwko Oaktree Capital Management, 317 F. Supp. 2d 301 (S.D.N.Y. 2003).

737 Tamże.

724 Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 23.06.1983 r. w sprawie Borg-Warner Corporation et. al., 101 F.T.C., s. 863 i n.

725 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 55.

726 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 12.

727 Tamże, s. 83.

Sąd wyznaczył jednak granice zastosowania teorii deputyzacji. Wskazał, że aby udowodnić naruszenie, nie wystarczy wykazać, że dyrektorzy pracowali dla osoby trzeciej. Konieczne jest również wykazanie, że pełnienie przez tych dyrektorów funkcji w radzie nie było realizowane w ich własnym imieniu (*in their individual capacities*), lecz jako zastępcy osoby trzeciej działający jako marionetki lub narzędzia podlegające woli spółki (*puppets or instrumentalities of the corporation's will*) w ten sposób, że można zasadnie stwierdzić, iż to osoba trzecia „pełni funkcję dyrektora”, a nie dyrektorzy działający jako odrębne osoby.

Podejście przyjęte przez sąd wydaje się spójne ze stanowiskiem - wyrażanym wcześniej przez Departament Sprawiedliwości⁷³⁸ czy sądy⁷³⁹ - podkreślającym znaczenie charakteru relacji pomiędzy dyrektorami a osobą trzecią. Warto szczególnie przytoczyć stanowisko wyrażone przez sąd w sprawie *United States przeciwko Cleveland Trust Company*⁷⁴⁰ odnoszące się do rzekomego zastępcy spółki (osoby trzeciej), który był emerytowanym funkcjonariuszem tej spółki. W takim stanie faktycznym sąd uznał, że nieformalne powiązania związane z przywiązaniem wynikającym z głębokiego poczucia dobrych relacji oraz utrzymywania bliskiego kontaktu z personelem spółki nie wystarcza do stwierdzenia trwającej relacji pomiędzy pryncypałem i agentem (*principal-agent relationship*). Jak wynika z powyższego, do zastosowania teorii deputyzacji nie jest wystarczające istnienie jakiejkolwiek relacji między rzekomym zastępcą a osobą trzecią; relacja ta musi mieć taki charakter, że możliwe jest stwierdzenie, iż to osoba trzecia, a nie rzekomi zastępcy w istocie „pełnią” funkcję dyrektora⁷⁴¹.

W praktyce stosowania teorii deputyzacji bierze się pod uwagę to, czy osoba trzecia ma interes w sposób prowadzenia działalności przez konkurencyjne spółki. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że interes ten może polegać na możliwości uzyskania bezpośredniego zysku finansowego⁷⁴² i pośrednich korzyści (np. pośrednia korzyść związku przedsiębiorców polegająca na uzyskaniu zysków przez niektórych członków tego związku)⁷⁴³. Jednakże w obecnym stanie rozwoju doktryny i orzecznictwa niejasny jest charakter tych okoliczności, w szczególności to, czy ich wystąpienie jest warunkiem koniecznym do skutecznego zastosowania teorii deputyzacji.

Teoria ta ma również swoich przeciwników. Zarzuca się jej, że ma charakter „sztucznej teoretycznej konstrukcji nieznajdującej oparcia w literze ustawy”⁷⁴⁴, a także, że przeciwko jej przyjęciu przemawiają argumenty wynikające z wykładni historycznej⁷⁴⁵. Warto również zauważyć, że przeciwko jednoznacznemu przyjęciu teorii deputyzacji przemawiać może niejednolita praktyka samego amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości. Z jednej strony organ ten sam wielokrotnie for-

sował teorię deputyzacji⁷⁴⁶. Z drugiej strony Departament Sprawiedliwości uznał za zgodną z prawem sytuację, w której jedna spółka posiadałaby reprezentantów w kilku spółkach z branży telekomunikacyjnej, o ile w radzie każdej ze spółek zasiadałaby inna osoba fizyczna oraz zapewnione zostałyby środki służące ograniczeniu przepływu wrażliwych konkurencyjnie informacji pomiędzy tymi osobami⁷⁴⁷. Fakt, że w takim stanie faktycznym organ nie dopatrzył się naruszenia sekcji 8. ustawy Clayтона, może rodzić wątpliwości co do szczegółowego przebiegu granic teorii deputyzacji.

7.2.2.2. Cechy spółek powiązanych unią personalną

Sekcja 8. ustawy Clayтона uzależnia zakaz unii personalnych od spełnienia szeregu przesłanek dotyczących spółek powiązanych unią personalną. Przesłanki te mają charakter jakościowy (prowadzenie działalności określonego typu; istnienie stosunku konkurencji pomiędzy spółkami powiązanymi unią) i ilościowy (kryterium wartości netto; wyłączenia *de minimis*). Szczegółowa analiza tych przesłanek zostanie przedstawiona poniżej.

7.2.2.2.1. Przesłanki jakościowe

Sekcja 8. ustawy Clayтона w obecnym kształcie zakazuje tej samej osobie jednocześnie pełnienia funkcji dyrektora lub funkcjonariusza w dwóch spółkach prowadzących działalność gospodarczą (komercyjną; *engaged in whole or in part in commerce*). W doktrynie wskazuje się, że zakresem zakazu mogą być również objęte podmioty niedziałające dla zysku (*nonprofit corporate entities*), prowadzące szeroko rozumianą działalność gospodarczą⁷⁴⁸. Pojęcie działalności gospodarczej (komercyjnej; *commerce*) jest interpretowane szeroko⁷⁴⁹; w amerykańskim prawie jest ono określane jako działalność polegająca na wymianie dóbr i usług⁷⁵⁰.

Dla zupełności wyводу należy jednak zauważyć, że z zakresu zakazu wyłączone są unie personalne obejmujące banki, związki banków i spółki trustowe. Obecnie istniejące wyłączenie sektora bankowego z zakresu zakazu unii personalnych zostało wprowadzone w 1990 r. i z perspektywy historycznej stanowiło znaczące odejście od dotychczasowego kształtu sekcji 8.⁷⁵¹ Znaczna część spośród wcześniejszych wersji tej regulacji dotyczyła unii personalnych obejmujących banki, a wiele z nowelizacji dotyczyło wyłącznie modyfikacji reguł dotyczących banków⁷⁵².

Istnienie stosunku konkurencji jest kluczową przesłanką określającą zakres zakazu zawartego w sekcji 8. ustawy Clayтона. Omawiany zakaz nie obejmuje zatem

738 Pismo Departamentu Sprawiedliwości z 26.02.1981 r., 5 Trade Regulation Reporter, s. 425.

739 Wyrok sądu okręgowego w Ohio z 30.06.1974 r. w sprawie *United States przeciwko Cleveland Trust Company*, 392 F. Supp. 699, 710 (N.D. Ohio 1974).

740 Tamże.

741 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 90.

742 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 10.12.2003 r. w sprawie *Reading International przeciwko Oaktree Capital Management*, 317 F. Supp. 2d 301 (S.D.N.Y. 2003); American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 87.

743 Pismo Departamentu Sprawiedliwości z 26.02.1981 r., 5 Trade Regulation Reporter, s. 425.

744 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 85.

745 Tamże, s. 85-86.

746 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 86; pismo Departamentu Sprawiedliwości z 26.02.1981 r., 5 Trade Regulation Reporter, s. 425; zob. również wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 10.12.2003 r. w sprawie *Reading International przeciwko Oaktree Capital Management*, 317 F. Supp. 2d 301 (S.D.N.Y. 2003).

747 Pismo Departamentu Sprawiedliwości z 12.11.2002 r., dostęp: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/200455.pdf>

748 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 66.

749 Tamże, s. 80.

750 B. Garner (red.), *Black's Law Dictionary*, United States of America 2011, s. 129.

751 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 76.

752 Tamże, s. 76.

np. spółek pozostających w relacji wertykalnej. Potwierdza to m.in. wyrok w sprawie *United States przeciwko Crocker National Corp.*⁷⁵³.

Sekcja 8. ustawy Clayтона obejmuje jedynie unie pomiędzy rzeczywistymi, a nie wyłącznie potencjalnymi, konkurentami. Taki wniosek wynika zarówno z orzecznictwa, jak i historii prac nad nowelizacją sekcji 8. ustawy Clayтона. Przykładem orzeczenia potwierdzającego powyższe stanowisko jest wyrok w sprawie *Paramount Pictures Corp. przeciwko Baldwin-Montrose Chemical Co., Inc.*⁷⁵⁴, w którym sąd stanął na stanowisku, że sekcja 8. Ustawy Clayтона nie ma zastosowania do unii personalnych pomiędzy spółkami, które nie są lub nie były konkurentami, ale mogą być nimi w przyszłości. Zdaniem sądu fakt, że jedna ze spółek ma plany lub zamiar zaangażowania się w produkcję danego produktu nie czyni z niej konkurenta w rozumieniu sekcji 8. Ustawy Clayтона.

Stanowisko, zgodnie z którym wyłącznie unie personalne pomiędzy rzeczywistymi, a nie potencjalnymi konkurentami wchodzi w zakres zakazu z sekcji 8. Ustawy Clayтона pośrednio potwierdziła nowelizacja z 1990 r. Wprowadzone wtedy kryterium *de minimis* w sposób jednoznaczny wskazuje, że do zastosowania omawianych przepisów konieczne jest rzeczywiste zaistnienie sprzedaży konkurencyjnych produktów lub usług (a tym samym istnienie rzeczywistej, a nie potencjalnej konkurencji).

Inny istotny problem dotyczy tego, jaką metodologię ustalenia stosunku konkurencji należy przyjąć na potrzeby oceny możliwości zastosowania omawianych przepisów. W szczególności, biorąc pod uwagę stosunkowo ubogą praktykę orzecniczą, odnoszącą się do sekcji 8. Ustawy Clayтона w porównaniu do praktyki dotyczącej innych obszarów prawa ochrony konkurencji, istotną kwestią jest to, czy pojęcie konkurenta jest rozumiane w ten sam sposób, jak w przypadku innych przepisów antymonopolowych.

We wcześniejszych orzeczeniach w sprawach *United States przeciwko Sears, Roebuck Co.*⁷⁵⁵ oraz *Protectoseal Company przeciwko Barancik*⁷⁵⁶ sądy nie przesądziły jednoznacznie, jak należy rozumieć pojęcie konkurenta na gruncie sekcji 8. ustawy Clayтона. W przypadku pierwszej ze wspomnianych spraw mogło to wynikać z faktu, iż strony nie kwestionowały istnienia pomiędzy nimi stosunku konkurencji. W drugiej ze spraw sąd stwierdził, że analizy konkurencji obejmujące całość rynku (*market-wide analysis of competition*) nie są konieczne. W doktrynie wypowiedź ta jest interpretowana jako uznanie, iż analiza definicji rynku wykonywana na potrzeby postępowania w sprawie fuzji i przejęć w kontekście sekcji 7. ustawy Clayтона nie znajduje zastosowania do definicji konkurentów na potrzeby oceny zastosowania sekcji 8. ustawy Clayтона⁷⁵⁷. Podkreśla się również, że sąd zdawał się przychylić do podejścia akcentującego szerszy zakres uznaniowości w ustalaniu istnienia stosunku konkurencji, niż ma to miejsce w sprawach dotyczących koncentracji⁷⁵⁸.

753 Wyrok sądu okręgowego w Kalifornii z 27.08.1976 r. w sprawie *United States przeciwko Crocker National Corp.*, 422 F. Supp. 686, 703 (N.D.Cal. 1976).

754 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 1966 r. w sprawie *Paramount Pictures Corp. przeciwko Baldwin-Montrose Chemical Co., Inc.*, CCH Trade Cas. 71,678 (S.D.N.Y. 1966).

755 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 28.04.1953 r. w sprawie *United States przeciwko Sears, Roebuck Co.*, 111 F. Supp. 614, 615 (S.D.N.Y. 1953).

756 Wyrok sądu apelacyjnego siódmego okręgu z 5.09.1973 r. w sprawie *Protectoseal Company przeciwko Barancik*, 484 F.2d 585, 587 (7th Cir. 1973).

757 B. Gerber, *Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act*, „Yale Journal on Regulation” 24/2007, s. 122.

758 Tamże, s. 122.

Z kolei w sprawie *American Bakeries Co. przeciwko Gourmet Bakers, Inc.*⁷⁵⁹ sąd rozpatrujący sprawę zasugerował, że w ramach analizy czy spółki połączone unią personalną są konkurentami konieczne jest zastosowanie dwóch testów tradycyjnie wykorzystywanych w sprawach z zakresu prawa antymonopolowego. Po pierwsze, w celu ustalenia, czy podmioty są konkurentami, ocenie podlega to, czy produkty oferowane przez obydwie podmioty są w dostatecznym stopniu zamienne z perspektywy ich zastosowania. Po drugie, czy pomiędzy produktami oferowanymi przez te podmioty występuje wysoka elastyczność krzyżowa popytu ze strony części konsumentów. Każdy z tych testów służy ustaleniu, czy produkty są substytucyjne: w pierwszym przypadku z perspektywy ich zastosowania, w drugim z perspektywy reakcji konsumentów⁷⁶⁰. Jak wskazuje się w doktrynie, taka metodologia oceny stanu konkurencji jest podobna do tej występującej w przypadku oceny transakcji przejęć i fuzji pod kątem zgodności z przepisami sekcji 7. ustawy Clayтона⁷⁶¹.

Nieco odmienne stanowisko wyraził sąd rozpatrujący sprawę *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*⁷⁶². Sprawa dotyczyła unii personalnej pomiędzy spółkami działającymi w rodzącej się wówczas branży usług autoryzacji w punktach sprzedaży i elektronicznych transferów funduszy. Wiele zapytań ofertowych od potencjalnych klientów było kierowanych do obydwu spółek. Z drugiej strony, pomimo tego, że spółki były gotowe wprowadzać modyfikacje w celu dopasowania swoich produktów do potrzeb poszczególnych klientów, w większości wypadków tylko jedna z nich była w stanie zaoferować rozwiązania rzeczywiście spełniające wymagania klienta.

W argumentacji przemawiającej za uznaniem opisanych spółek za konkurentów Federalna Komisja Handlu wskazała, że takie uznanie musi być oparte na przesłankach ekonomicznych i zasadne jest opieranie się na analogicznych instytucjach do tych używanych np. na potrzeby oceny koncentracji. Nie oznacza to jednak, że w przypadku stosowania sekcji 8. ustawy Clayтона konieczne jest dokonywanie takich samych analiz dotyczących całego rynku (*market-wide analysis*) i wymagających podobnego jego definiowania⁷⁶³. Komisja zauważyła, że dowody dotyczące krzyżowej elastyczności popytu czy zamienności z perspektywy zastosowania produktu (tj. dowody wykorzystywane w sprawach z zakresu kontroli koncentracji) są w wysokim stopniu istotne, jednak interakcje pomiędzy wszystkimi konkurencyjnymi produktami nie są w pełni badane w toku postępowania dotyczących sekcji 8. ustawy Clayтона. W analizowanym stanie faktycznym Federalna Komisja Handlu wskazywała na szereg czynników mających przemawiać za twierdzeniem, że spółki połączone unią personalną są konkurentami, w tym m.in. fakt, iż produkty oferowane przez spółki pełniły te same ogólne funkcje, czy to, że spółki rywalizowały o podobnych nabywców. Komisja podkreśliła również, że znaczenie miało oferowanie przez strony dopasowania produktów, aby zaspokoić potrzeby potencjalnych klientów. Jednocześnie fakt, że spółki w rzeczywistości nie dokonywały sprzedaży do tych samych nabywców, nie oznacza, że nie są one konkurentami. Zdaniem Komisji istotne było bowiem to, że rywalizowały o tych samych potencjalnych klientów.

759 Wyrok sądu okręgowego w Maryland z 6.05.1981 r. w sprawie *American Bakeries Co. przeciwko Gourmet Bakers, Inc.*, 515 F. Supp. 977 (D. Md. 1981).

760 Tamże.

761 Zob. *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 51-52.

762 Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 8.06.1981 r. w sprawie *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*, 647 F.2d 942, 949 (9th Cir. 1981).

763 Wyrok sądu hrabstwa Nassau z 29.03.1979 r. w sprawie *In re TRW Credit Data*, 98 Misc. 2d 940, (N.Y. Cnty. Ct. 1979).

Z drugiej strony spółka i dyrektor argumentowali, że aby uznać dwie spółki za konkurentów, konieczny jest większy stopień podobieństwa produktów. W ich ocenie konkurentami są jedynie spółki dokonujące sprzedaży do tych samych klientów lub grup klientów, a ich produkty muszą zazwyczaj realizować podobne potrzeby, a różnice powinny dotyczyć zasadniczo wyłącznie ceny albo jakości produktów. W świetle argumentacji tych stron pytanie o to, czy spółki są konkurentami, powinno być oceniane na podstawie miary elastyczności krzyżowej popytu oraz rozsądną zamienną użytkową, tj. metody zwykle przyjmowane w innych sprawach z zakresu ochrony konkurencji i oceny koncentracji rozstrzyganych na podstawie ustawy Shermana oraz sekcji 7. ustawy Claytona.

Rozstrzygając spór, sąd odwołał się do wykładni celowościowej sekcji 8. ustawy Claytona. W tym kontekście sąd przywołał pogląd wyrażony przez sąd w sprawie *United States przeciwko Crocker National Corp.*⁷⁶⁴, stosownie do którego celem sekcji 8. ustawy Claytona było „zduszenie w zarodku rozpoczynających się naruszeń przepisów antymonopolowych, usuwając możliwość lub pokusę do takich naruszeń za pośrednictwem unii personalnych”. Biorąc to pod uwagę, sąd rozpatrujący sprawę *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*⁷⁶⁵ zgodził się z argumentacją Komisji wskazującą, że wymóg udowodnienia wysokiej krzyżowej elastyczności popytu czy zamienności użytkowej sprzeciwiałby się temu celowi. Sąd wskazał m.in., że w odróżnieniu od definicji rynku (a zatem - pośrednio - definicji konkurenta) stosowanych na potrzeby egzekwowania innych przepisów prawa ochrony konkurencji (ustawy Shermana czy sekcji 7. ustawy Claytona) przepisy sekcji 8. nie wymagają określenia płaszczyzny konkurencji (*locus of competition*), na której można ocenić antykonkurencyjne skutki praktyki lub koncentracji. W przypadku sekcji 8. ustawy Claytona nie ma konieczności ustalenia antykonkurencyjnego skutku unii personalnej, a wystarczające jest zaangażowanie konkurentów w unię personalną.

Sąd wskazał również, że w ramach ustalenia istnienia stosunku konkurencji na potrzeby stosowania sekcji 8. ustawy Claytona - oprócz oceny stopnia zamienności produktów rzekomych konkurentów - znaczenie może mieć ocena tego, w jakim zakresie branża oraz klienci uznają produkty za konkurencyjne, w jakim zakresie zachodzi podobieństwo pomiędzy sposobami produkcji określonych produktów oraz to, w jakim zakresie produkty są kierowane do odrębnych grup klientów. Na marginesie sąd zauważył, że opieranie się wyłącznie na dowodach dotyczących krzyżowej elastyczności popytu czy zamienności produktów może być zawodne szczególnie w przypadku rynków w fazie rozwojowej (co miało miejsce w analizowanej sprawie).

Wyrok ten jest uznawany za reprezentujący podejście jakościowe do problemu definiowania konkurentów⁷⁶⁶. Podejście to może w niektórych przypadkach zwiększać niepewność co do spełnienia analizowanej przesłanki oraz - jak przyznał sam sąd w uzasadnieniu wyroku - utrudniać proces kontrolowania przez zainteresowane podmioty zgodności z przepisami. Podejście jakościowe nie jest bowiem oparte na twardych danych, lecz opiera się w większym stopniu na uznaniu (intuicji) podmiotu stosującego prawo.

764 Wyrok sądu okręgowego w Kalifornii z 27.08.1976 r. w sprawie *United States przeciwko Crocker National Corp.*, 422 F. Supp. 686, 703 (N.D.Cal. 1976)

765 Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 8.06.1981 r. w sprawie *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*, 647 F.2d 942, 949 (9th Cir. 1981).

766 M. Jacobs, *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, „Fordham International Law Journal”, 37/2014, s. 669.

Kwestia istnienia stosunku konkurencji pomiędzy spółkami zaangażowanymi w unię personalną była również przedmiotem rozważań w sprawie *Borg-Warner*⁷⁶⁷. W tej sprawie Federalna Komisja Handlu, opierając się na wcześniejszym orzecznictwie sądowym, stwierdziła, że rola analizy konkurencyjnej w trakcie stosowania sekcji 8. ustawy Claytona różni się od tej dokonywanej na potrzeby stosowania innych przepisów prawa konkurencji. W przypadku sekcji 8. ustawy Claytona rolą tej analizy nie jest wstęp do badania żadnych antykonkurencyjnych skutków. Chodzi w tym wypadku raczej o określenie splotu konkurencyjnych interesów spółek wystarczającego do uzasadnienia obaw o wejście w zmoję w sytuacji, w której dyrektorzy bezpośrednio uczestniczący w unii personalnej mogą dokonywać wymiany informacji. W związku z tym udowodnienie stosunku konkurencji nie wymaga tak skomplikowanych analiz jak ma to miejsce w innych sprawach z zakresu ochrony konkurencji, jednak koncepcje i instrumenty analizy ekonomicznej wykorzystywane w tych sprawach mogą być stosowane analogicznie również w sprawach dotyczących stosowania sekcji 8. ustawy Claytona. Przenosząc te zasady na grunt rozważanego stanu faktycznego, Komisja posługiwała się argumentami dotyczącymi m.in. substytucyjności produktów stron czy percepcji konkurencji z perspektywy branży, w której działają spółki powiązane unią personalną.

Kwestia stosunku konkurencji pomiędzy spółkami powiązanymi unią personalną była również przedmiotem zainteresowania sądu w późniejszej sprawie *Paladin Associates, Inc. przeciwko Montana Power Co.*⁷⁶⁸. Sąd rozpatrujący sprawę w orzeczeniu przywołał sprawy *American Bakeries Co. przeciwko Gourmet Bakers, Inc.*⁷⁶⁹ oraz *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*⁷⁷⁰, ale nie sprecyzował, według jakich reguł należy oceniać spełnienie przesłanki konkurencji i ograniczył się do wskazania przedmiotu działania każdej ze spółek. W doktrynie stanowisko sądu przyjęte w tej sprawie uznaje się za kolejny przykład podejścia akcentującego uznaniowość⁷⁷¹.

Z powyższej analizy orzecznictwa wynika, iż ustalenie istnienia stosunku konkurencji nie wymaga przyjęcia tak rygorystycznej metodologii jak ta przyjmowana w innych sprawach z zakresu prawa ochrony konkurencji. Analiza stanu konkurencji w sprawach z zakresu stosowania sekcji 8. ustawy Claytona opiera się przede wszystkim na analizie jakościowej, a nie ilościowej⁷⁷². Takie podejście powoduje ograniczenie kosztów związanych z egzekwowaniem zgodności z przepisami (*enforcement costs*), gdyż nie wymaga przeprowadzania kosztownych analiz ilościowych, a także jest zgodne z naturą zakazu *per se* zawartego w sekcji 8. ustawy Claytona⁷⁷³.

767 Wyrok sądu apelacyjnego drugiego okręgu z 3.10.1984 r. w sprawie *Borg-Warner Corp. przeciwko F.T.C.*, 746 F.2d 108, (2d Cir. 1984).

768 Wyrok sądu okręgowego w Montanie z 4.05.2000 r. w sprawie *Paladin Associates, Inc. przeciwko Montana Power Co.*, 97 F. Supp. 2d 1013, 1014 (D. Mont. 2000).

769 Wyrok sądu okręgowego w Maryland z 6.05.1981 r. w sprawie *American Bakeries Co. przeciwko Gourmet Bakers, Inc.*, 515 F. Supp. 977 (D. Md. 1981).

770 Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 8.06.1981 r. w sprawie *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*, 647 F.2d 942, 949 (9th Cir. 1981).

771 B. Gerber, *Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act*, „Yale Journal on Regulation” 24/2007, s. 125.

772 Tamże, s. 136.

773 M. Jacobs, *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, „Fordham International Law Journal” 37/2014, s. 669-670.

Przyjęcie podejścia uproszczonego i opartego raczej na uznaniu (intuicji) niż analizie ilościowej nie jest jednak pozbawione wad. Zarzuca się mu m.in. nieuwzględnianie faktu, że istnienie konkurencji nie jest kwestią zero-jedynkową, lecz podlega stopniowaniu; pominięcie tego faktu może w niektórych sytuacjach zbytnio rozszerzać zakres sekcji 8. ustawy Claytona na unie personalne pomiędzy spółkami, które nie konkurują ze sobą w istotnym zakresie, a w innych przypadkach zakazywać unii personalnych w przypadku, gdy spółki konkurują ze sobą jedynie w niewielkim zakresie⁷⁷⁴. Zagrożenie objęcia zakresem zakazu unii pomiędzy podmiotami konkurującymi jedynie w marginalnym stopniu zostało ograniczone wraz z wprowadzeniem wyłączenia *de minimis*.

W konsekwencji obecnie sądy i organy w sprawach dotyczących sekcji 8. ustawy Claytona posługują się uproszczonym podejściem do przesłanki istnienia konkurencji pomiędzy spółkami powiązanymi unią personalną. Z powyższym zagadnieniem powiązane jest również inne pytanie badawcze o to, czy na potrzeby oceny pod kątem tego, czy spółki powiązane unią personalną są konkurentami, analizowana jest działalność wyłącznie spółek bezpośrednio zaangażowanych w unię personalną, czy również ich spółek powiązanych.

We wczesnym orzecznictwie - w sprawie Paramount Pictures Corp. przeciwko Baldwin-Montrose Chemical Co. - sąd rozpatrujący sprawę wyraził pogląd, jakoby spółki matki czy spółki córki podmiotów bezpośrednio zaangażowanych w unię personalną nie powinny być uwzględniane w analizie pod kątem tego, czy pomiędzy spółkami bezpośrednio połączonymi unią istnieje stan konkurencji. W doktrynie wskazuje się jednak, że znaczenie tego poglądu jest ograniczone przez fakt, iż został wyrażony na uboczu głównych rozważań⁷⁷⁵.

Na początku lat 70. XX w. Departament Sprawiedliwości podejmował działania w kilku sprawach dotyczących unii personalnych w branży paliwowej, w których forsował odmienne podejście, zgodnie z którym sekcja 8. ustawy Claytona miała zastosowanie do unii personalnych pomiędzy spółkami, nawet jeśli stosunek konkurencji nie zachodził bezpośrednio pomiędzy tymi spółkami, lecz pomiędzy jednym z uczestników unii oraz spółką powiązaną z drugim uczestnikiem unii⁷⁷⁶. W tych sprawach Departament Sprawiedliwości podkreślał jednak znaczenie wywierania przez spółkę matkę znaczącej kontroli nad działaniami spółek zależnych⁷⁷⁷.

Kwestia stosunku konkurencji pomiędzy spółkami córkami była również rozważana w sprawie Kennecott Cooper Corp. przeciwko Curtiss-Wright Corp. Analizowana przez sąd unia personalna miała obejmować spółki Kennecott Cooper oraz Curtiss-Wright. Obydwie spółki posiadały większościowe udziały w konkurencyjnych spółkach. W takim stanie faktycznym sąd odrzucił tezę, jakoby sekcja 8. ustawy Claytona zawierała ogólną regułę zakazującą unii personalnych pomiędzy spółkami-

-matkami, których spółki córki są konkurentami⁷⁷⁸. Wskazał przy tym, że taka reguła nie znajduje uzasadnienia w wykładni językowej, historycznej czy ówczesnym orzecznictwie⁷⁷⁹.

Z kolei w sprawie United States przeciwko Crocker National Corp.⁷⁸⁰ ta sama osoba fizyczna pełniła funkcję dyrektora w spółce ubezpieczeniowej i banku, który posiadał spółkę zależną prowadzącą działalność w branży ubezpieczeń. Sąd rozpatrujący sprawę stwierdził, że spółka matka nie jest konkurentem innej spółki wyłącznie dlatego, że jej spółka zależna ma status konkurenta. Z drugiej strony sąd odrzucił interpretację sekcji 8. ustawy Claytona, zupełnie pozbawiającej znaczenia zakresu działalności spółki w toku analizy zgodności z prawem unii personalnej. Zdaniem sądu takie podejście umożliwiłoby skorzystanie z prostych i oczywistych środków obejścia przepisów. W związku z tym sąd uznał, że to, czy dla celów sekcji 8. ustawy Claytona działalność spółki zależnej powinna być przypisywana spółce matce przy ustalaniu, czy zachodzi stosunek konkurencji z inną spółką połączoną unią personalną, zależy od zakresu kontroli sprawowanej nad działalnością spółki zależnej przez spółkę matkę. Jeżeli spółka matka w znacznym stopniu kontroluje politykę swojej spółki zależnej, działalność spółki matki powinna być uwzględniana na potrzeby zastosowania sekcji 8. ustawy Claytona.

Omawiany problem był również poruszony w sprawie Borg-Warner⁷⁸¹, w której Federalna Komisja Handlu zakwestionowała unię personalną pomiędzy Borg-Warner oraz Bosch GmbH. Obydwie spółki prowadziły działalność w branży sprzedaży części motoryzacyjnych, jednak bezpośrednim konkurentem spółki Borg-Warner nie była Bosch GmbH, lecz jej spółka zależna - Bosch U.S.

Uzasadniając decyzję, Komisja podkreśliła niewielką liczbę i wyłącznie elementarny charakter ogólnie przyjętych zasad przypisywania spółkom matkom zachowań spółek zależnych. Zgodnie z podstawową zasadą wypracowaną we wcześniejszym orzecznictwie Komisja przyznała, że prowadzenie przez spółkę-córkę działalności konkurencyjnej wobec działalności osoby trzeciej nie oznacza automatycznie, że spółka matka jest również konkurentem tej osoby.

Komisja zauważyła, że w każdym wypadku kryteria służące ustaleniu tego, czy działalność spółki zależnej może być przypisana spółce matce, zależą od celów analizowanych przepisów. W przypadku sekcji 8. ustawy Claytona celem jest ograniczenie ryzyka zmowy lub antykonkurencyjnego transferu informacji pomiędzy konkurentami. W związku z tym w analizowanym wypadku kluczowe jest ustalenie, czy pozycja dyrektora zaangażowanego w unię personalną umożliwia mu wywieranie kontroli albo znaczącego wpływu na proces decyzyjny konkurujących spółek, tak aby móc ograniczyć presję konkurencyjną pomiędzy nimi⁷⁸².

774 B. Gerber, *Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act*, „Yale Journal on Regulation” 24/2007, s. 125.

775 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 67-68.

776 Tamże, s. 68 i tam powołane orzecznictwo.

777 Zob. również wyrok sądu okręgowego w Ohio z 30.06.1974 r. w sprawie United States przeciwko Cleveland Trust Company, 392 F. Supp. 699, 712 (N.D. Ohio 1974), w którym sąd przywołał pogląd, zgodnie z którym w przypadku, gdy główne polityki spółek zależnych są dyktowane przez spółki rodziców, istnieje silny argument za uznaniem unii personalnej za naruszenie sekcji 8. Ustawy Claytona.

778 Wyrok sądu apelacyjnego drugiego okręgu z 28.09.1978 r. w sprawie Kennecott Copper Corp przeciwko Curtiss-Wright Corp., 584 F.2d 1195, 1205 (2d Cir. 1978; „a general rule that section 8 prohibits interlocking directorships between parent companies whose subsidiaries are competitors”).

779 Wyrok sądu apelacyjnego drugiego okręgu z 28.09.1978 r. w sprawie Kennecott Copper Corp przeciwko Curtiss-Wright Corp., 584 F.2d 1195, 1205 (2d Cir. 1978; „This general rule is not supported by the language of the statute, its legislative history, or the few pertinent cases”).

780 Wyrok sądu okręgowego w Kalifornii z 27.08.1976 r. w sprawie United States przeciwko Crocker National Corp. 656 F.2d 428, 450 (9th Cir. 1981).

781 Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 23.06.1983 r. w sprawie Borg-Warner Corporation et. al., 101 F.T.C. s. 863 i n.

782 Tamże.

Komisja wskazała również, że w przypadku spraw o naruszenie sekcji 8. ustawy Claytona można wykorzystywać wypracowane na gruncie *common law* zasady przypisywania odpowiedzialności oparte na teorii „kontroli” lub „przebijania zasłony korporacyjnej” (*piercing the corporate veil*). Zasady te uwzględniają odrębną podmiotowość spółek zależnych z wyjątkiem sytuacji, gdy spółka matka staje się zaangażowana w działalność spółki zależnej w takim stopniu, że traktowanie tej odrębnej podmiotowości jest nieakceptowalną fikcją. Analiza wiążąca się ze stosowaniem tych zasad kładzie duży nacisk na formalności korporacyjne (*corporate formalities*) oraz stopień bieżącego wpływu na zarządzanie spółką zależną (*degree of day-to-day interference in a subsidiary's management*). Zdaniem Komisji fakt, że Bosch GmbH utworzyła Bosch U.S., posiadała większość jej udziałów i mianowała dyrektorów, odbierała raporty z jej działalności oraz umożliwiała posługiwanie się swoimi znakami towarowymi, uzasadniał uznanie kontroli spółki matki nad spółką córką. Za możliwością przebicia zasłony korporacyjnej przemawiał też fakt przeprowadzenia przez Bosch GmbH i Borg-Warner rozmów dotyczących biznesu Bosch U.S. i możliwej kooperacji w tym zakresie. Komisja brała również pod uwagę występowanie szeregu unii personalnych pomiędzy spółkami z grupy Bosch, które umożliwiały wymianę informacji pomiędzy nimi i ułatwiały zarządzanie spółce matce sprawami spółki córki.

W świetle powyższego orzecznictwa unie personalne zawarte pomiędzy spółkami, które nie zajmują się bezpośrednio działalnością konkurencyjną, lecz posiadają spółki powiązane zajmujące się taką działalnością, mogą stanowić naruszenie sekcji 8. ustawy Claytona. Do stwierdzenia naruszenia w takim wypadku nie jest jednak wystarczające stwierdzenie istnienia powiązania pomiędzy spółką uczestniczącą w unii personalnej a spółką prowadzącą działalność konkurencyjną. Konieczne jest dodatkowe wykazanie, że takie powiązanie w połączeniu z unią personalną może przyczynić się do osiągnięcia przez zaangażowanych przedsiębiorców antykonkurencyjnych skutków.

Na marginesie należy również zauważyć, że w zakres zakazu zawartego w sekcji 8. ustawy Claytona nie wchodzi unie personalne łączące podmioty należące do jednego organizmu gospodarczego⁷⁸³. W doktrynie wskazuje się, że do sekcji 8. Ustawy Claytona analogiczne zastosowanie znajduje zasada wyrażona przez amerykański Sąd Najwyższy w sprawie *Copperweld*⁷⁸⁴. Zgodnie z tym orzeczeniem spółka matka i będąca w pełni jej własnością spółka zależna (*wholly owned subsidiary*) nie stanowią niezależnych podmiotów mogących naruszyć zakaz zмовы ustanowiony w ustawie Shermana. Sąd zauważył, że spółki te cechuje całkowita jedność interesów i celów. Zasada ta została zastosowana na gruncie sekcji 8. ustawy Claytona w sprawie *Healthamerica*⁷⁸⁵, w której analizowano unie personalne łączące szpitale oraz utworzony przez te szpitale związek, który był odpowiedzialny za większość decyzji gospodarczych. Sąd rozpatrujący tę sprawę uznał szpitale oraz związek za jeden podmiot; tym samym poszczególne jednostki wchodzące w skład tego podmiotu nie są konkurentami, a unie personalne pomiędzy nimi nie wchodzi w zakres zastosowania

sekcji 8. ustawy Claytona⁷⁸⁶. W podobnym duchu wypowiedział się sąd rozpatrujący sprawę *Pocahontas*⁷⁸⁷, stwierdzając, że unie personalne pomiędzy spółkami zależnymi wspólnej spółki matki nie stanowią podstawy do stwierdzenia naruszenia sekcji 8. ustawy Claytona, przynajmniej w braku zarzutu, że spółki zależne stanowią odrębne jednostki gospodarcze.

W tym kontekście pojawiła się również linia orzecznicza wytworzona przez niektóre sądy, w której świetle w zakres zakazu nie wchodzi unie personalne pomiędzy spółką zależną, która jednak nie jest w pełni własnością spółki matki (*non-wholly-owned subsidiary*) a spółką matką lub powiązanymi podmiotami⁷⁸⁸. W tym celu sądy opierały się na różnych argumentach, takich jak możliwość wywierania przez jeden podmiot wpływu na drugi, prowadzenie działalności jako „jedno przedsiębiorstwo” (*single enterprise*) czy posiadanie wspólnego źródła siły ekonomicznej⁷⁸⁹. W każdym wypadku celem było ustalenie, czy spółka matka kontroluje spółkę zależną, a zatem czy jest możliwe przypisanie działalności spółki zależnej spółce-matce (i *vice versa*)⁷⁹⁰. Z drugiej strony niektóre sądy stosowały bardziej rygorystyczne podejście do sytuacji, w których podmioty zaangażowane w praktykę nie cechowały się „kompletną jednością interesów” (*complete unity of interest*)⁷⁹¹. Przykładowo w sprawie *American Vision Centers*⁷⁹² sąd uznał za konkurentów będących odrębnymi podmiotami spółki Cohen Fashion oraz American Vision Centers pomimo faktu, iż trzech bracia Cohen posiadali odpowiednio 100% udziałów w pierwszej spółce oraz 54% udziałów w drugiej. Sąd, argumentując swoje stanowisko, wskazał, że interes każdej ze spółek wyznaczają ekonomiczne interesy ich udziałowców. W związku z tym fakt, że 46% akcji American Vision Center jest w posiadaniu osób niezwiązanych ze spółką Cohen Fashion powoduje, że bracia Cohen nie mogą traktować obydwu spółek jako jednego organizmu gospodarczego.

Z powyższego orzecznictwa wynika zatem, że w przypadku, gdy pomiędzy spółkami powiązanymi unią personalną występują różnice w składzie udziałowców, zastosowanie sekcji 8. ustawy Claytona jest kwestią kontrowersyjną i zależy od okoliczności konkretnego przypadku.

7.2.2.2.2. Przesłanki ilościowe

Zastosowanie sekcji 8. ustawy Claytona jest również uzależnione od spełnienia przesłanek ilościowych. Przesłanki te mają charakter pozytywny (to znaczy ustalają próg,

783 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 71.

784 Wyrok Sądu Najwyższego USA z 19.06.1984 r. w sprawie *Copperweld Corp.* przeciwko *Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, (1984).

785 Wyrok sądu okręgowego Pensylwanii z 21.06.2003 r. w sprawie *Healthamerica Pennsylvania* przeciwko *Susquehanna Health System*, 278 F. Supp. 2d 423, (M.D. Pa. 2003).

786 W doktrynie (American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 73) wskazuje się, że przed wydaniem orzeczenia w sprawie *Copperweld* problem stosowania zakazu z sekcji 8. ustawy Claytona do unii personalnych pomiędzy spółkami kontrolowanymi przez jeden podmiot była przedmiotem rozbieżności w orzecznictwie. W sprawie *In re Penn Central Securities Litigation*, 367 F. Supp. 1158, 1168 (E.D. Pa. 1973) sąd wyraził pogląd, iż nie jest przekonany co do tezy, jakoby sekcja 8. nie miała zastosowania do unii personalnych pomiędzy spółkami zależnymi tej samej spółki matki. Z drugiej strony w sprawie *Las Vegas Sun, Inc. przeciwko Summa Corp.*, 610 F.2d 614, 615 (9th Cir. 1980) uznano, że sześć hoteli kontrolowanych przez jedną osobę stanowiło jeden organizm gospodarczy i nie konkurowało między sobą, a zatem unie personalne między nimi nie były zakazane przez przepisy sekcji 8. ustawy Claytona.

787 Za: American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 73.

788 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 74.

789 Tamże, s. 74.

790 Tamże.

791 Tamże.

792 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 26.04.1989 r. w sprawie *American Vision Centers* przeciwko *Cohen*, 711 F. Suppl. 721 (E.D.N.Y. 1989).

który musi być spełniony przez spółki, tak aby unia personalna między nimi wchodziła w zakres zakazu) oraz charakter negatywny (to znaczy ustalają progi wyłączeń *de minimis*). Celem analizowanych przesłanek jest ograniczenie zakresu zakazu unii personalnych wyłącznie do sytuacji, które mogą wywierać odczuwalny wpływ na konkurencję⁷⁹³.

Po pierwsze, zakres zakazu jest wyznaczony kryterium ilościowym odnoszącym się do kapitału, nadwyżek i nierozdzielonych zysków. Ma ono na celu ustalenie wartości netto spółki⁷⁹⁴ (wartości aktywów spółki⁷⁹⁵) oraz pozwala na objęcie zakresem zakazu wyłącznie spółek, które cechują się znaczącą skalą działalności.

W świetle doktryny i orzecznictwa omawiane kryterium ilościowe odnosi się do spółki bezpośrednio objętej unią personalną, a nie spółek powiązanych⁷⁹⁶. W sprawie *Protectoseal Co. przeciwko Barancik* sąd odrzucił możliwość sumowania wartości dotyczących spółek kontrolowanych przez tę samą osobę (spółki siostry) na potrzeby omawianego kryterium ilościowego. Pozwany w tej sprawie kontrolował cztery inne spółki, ale sąd odmówił uznania ich za jedno przedsiębiorstwo wyłącznienu podstawie powiązań własnościowych. Każda ze spółek była odrębnie założona i posiadała własne zasoby, rachunki bankowe i klientów. W tym stanie faktycznym dane dotyczące tych spółek uznane zostały za nieistotne z perspektywy analizy omawianej przesłanki.

W doktrynie jednocześnie wskazuje się, że orzecznictwo nie wypowiedziało się do tychczas w sposób równie jednoznaczny co do tego, czy w podobny sposób należy traktować spółki matki oraz ich wyłącznie posiadane spółki zależne (*wholly owned subsidiaries*)⁷⁹⁷. Jednakże doktryna uznaje, że stanowisko wyrażone przez sąd w sprawie *Protectoseal* odnosi się również do relacji między spółkami matkami i ich spółkami zależnymi⁷⁹⁸.

Warto również zwrócić uwagę na fakt, że omawiane kryterium wartości netto podlega waloryzacji. W praktyce zmiany wielkości progu zastosowanego w ramach tego kryterium mogą spowodować swego rodzaju legalizację unii personalnej. Podobna sytuacja miała miejsce w sprawie *Protectoseal*⁷⁹⁹. W tym wypadku zmiana progu wartości netto spółek spowodowała, że dotychczasowy zakaz tworzenia unii personalnych pomiędzy *Protectoseal* i jej konkurentem nie miał dalszego zastosowania.

Druga grupa przesłanek ilościowych zawarta w sekcji 8. ustawy Claytona jest określana jako wyłączenia *de minimis*. Przyczyną ich wprowadzenia było niejednoczne orzecznictwo w zakresie tego, czy zakaz obejmuje unie personalne pomiędzy spółkami, których działalność pokrywa się jedynie w minimalnym zakresie⁸⁰⁰. Z jednej strony

w czasach sprzed wprowadzenia wyłączenia *de minimis* do sekcji 8. ustawy Claytona w sprawie *Paramount Pictures Corp. przeciwko Baldwin Montrose Chemical Co.*⁸⁰¹ sąd przyjął istnienie obrony opartej na koncepcji *de minimis*. Jednakże w szeregu innych spraw sądy prezentowały przeciwne stanowisko. W sprawie *United States przeciwko Sears, Roebuck Co.*⁸⁰² sąd rozpatrujący sprawę wskazał, że dla ustalenia naruszenia sekcji 8. ustawy Claytona kluczowy jest charakter naruszenia, a nie skala konkurencyjnej działalności spółek powiązanych unią. Z kolei w sprawie *United States przeciwko Crocker Nat. Corp.*⁸⁰³ sąd podkreślił, że celem amerykańskiego ustawodawcy było objęcie wszelkich unii personalnych między konkurentami niezależnie od tego, czy skutkowały one istotnym, czy tylko minimalnym ograniczeniem konkurencji.

Kwestia wyłączenia zakazu unii personalnych na podstawie koncepcji *de minimis* była również przedmiotem orzeczenia w sprawie *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*⁸⁰⁴. Sąd odrzucił argumentację strony wskazującej, że poziom rzeczywistej konkurencji (*amount of actual competition*) pomiędzy stronami miał charakter *de minimis* zarówno pod względem absolutnej wartości wyrażonej w pieniądzu, jak i pod względem wartości procentowej sprzedaży konkurencyjnej do całkowitej wartości sprzedaży każdej ze spółek objętych unią personalną. Sąd zauważył, że ustawa nie zawierała wymogu znaczącego poziomu konkurencji (*substantial quantum of competition*) pomiędzy stronami ani odniesień do wielkości działalności (*amount of commerce*), której dotyczy naruszenie, a sam zakaz ma charakter *per se*.

Federalna Komisja również stała na stanowisku, że nie istnieje możliwość obrony opartej na koncepcji *de minimis*; jednakże w decyzjach pozwalała na istnienie unii personalnych pomiędzy konkurentami, o ile nie zostały spełnione progi ilościowe ustalane przez Komisję⁸⁰⁵. Przykładowo w sprawie *Hughes Tool Co.* Komisja zakazała tworzenia unii personalnych pomiędzy dwiema spółkami pod warunkiem, że wartość konkurencyjnych linii biznesowych obydwu spółek objętych unią była nie niższa niż 5 milionów dolarów⁸⁰⁶.

W konsekwencji wskazanych rozbieżności interpretacyjnych wiele amerykańskich spółek miało trudności w rekrutowaniu kadry zarządzającej spośród osób pełniących funkcje dyrektorskie w spółkach, których zakres działalności pokrywał się w niewielkim stopniu⁸⁰⁷. Aby złagodzić ten problem, wprowadzono wyłączenie *de minimis*. Wyłączenie oparte jest o stosunkowo łatwo identyfikowalne kryteria ilościowe odnoszące się do tzw. konkurujących produktów (tj. produktów, które są konkurencyjnie w stosunku do produktów drugiego uczestnika unii). Aby skorzystać z wyłączenia, należy spełnić przynajmniej jeden z trzech warunków. Po pierwsze, sprzedaż konkurencyjnych produktów przez przynajmniej jedną ze spółek powinna być mniejsza od wskazanej w ustawie wartości. Po drugie, w przypadku przynajmniej jednej ze

793 Wyrok Sądu Najwyższego USA z 8.06.1983 r. w sprawie *Bankamerica Corp. przeciwko United States*, 462 U.S. 122, 130-32.

794 Wyrok sądu apelacyjnego siódmego okręgu z 5.05.1994 r. w sprawie *Protectoseal Company przeciwko Barancik* 23 F.3d 1184, (7th Cir. 1994); *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 56.

795 *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 57.

796 *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 57-59; wyrok sądu apelacyjnego siódmego okręgu z 5.05.1994 r. w sprawie *Protectoseal Company przeciwko Barancik* 23 F.3d 1184, (7th Cir. 1994).

797 *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 58-59.

798 G. Miller, *Interlocking Directorates and the Antitrust Laws*, *Colorado Lawyer*, 26/1997; *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 58-59.

799 Wyrok sądu apelacyjnego siódmego okręgu z 5.05.1994 r. w sprawie *Protectoseal Company przeciwko Barancik* 23 F.3d 1184, (7th Cir. 1994).

800 *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 10.

801 Za: *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 10.

802 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 28.04.1953 r. w sprawie *United States przeciwko Sears, Roebuck Co.*, 111 F. Supp. 614, 621 (S.D.N.Y. 1953); "It is the character of the restraint and not the amount of commerce affected that taints the transactions".

803 Wyrok sądu okręgowego w Kalifornii z 27.08.1976 r. w sprawie *United States przeciwko Crocker National Corp.* 422 F. Supp. 686, 703 (N.D. Cal. 1976); "Congress sought to avoid questions as to whether the competition which interlocking directorates could potentially restrain was substantial or de minimus".

804 Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 8.06.1981 r. w sprawie *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*, 647 F.2d 942, 948 (9th Cir. 1981).

805 *American Bar Association, Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 10.

806 Tamże, s. 10.

807 Tamże.

spółek sprzedaż produktów konkurujących powinna stanowić mniej niż 2% całkowitej sprzedaży tej spółki. Po trzecie, w przypadku każdej ze spółek sprzedaż konkurujących produktów stanowi mniej niż 4% ich całkowitej sprzedaży.

7.2.3. Egzekwowanie zakazu tworzenia unii personalnych

Inicjatywę w zakresie egzekwowania sekcji 8. ustawy Claytona mają organy antymonopolowe działające na szczeblu federalnym, tj. Federalna Komisja Handlu oraz Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych oraz ich odpowiedniki na szczeblu stanowym⁸⁰⁸. Ponadto zapewnienie zgodności z omawianymi przepisami stosunkowo często jest dokonywane z inicjatywy podmiotów prywatnych (*private enforcement*). W praktyce tego typu inicjatywy są podejmowane przez spółki, w których radzie zasiada dyrektor pełniący podobną funkcję w organach konkurenta (np. jako element strategii mającej na celu przeciwdziałanie przejęciu kontroli nad spółką⁸⁰⁹ czy po prostu usunięcie określonego dyrektora z rady⁸¹⁰), udziałowców takiej spółki⁸¹¹, jej klientów lub dostawców⁸¹² bądź konkurentów niezaangażowanych w unię⁸¹³.

W praktyce orzeczniczej za naruszciciela sekcji 8. ustawy Claytona początkowo uznawano przede wszystkim osoby fizyczne zaangażowane w unię personalną⁸¹⁴. Jednakże obarczanie odpowiedzialnością wyłącznie osób fizycznych mogłoby ograniczyć skuteczną egzekucję omawianych przepisów, gdyż w przypadku pozwania określonej osoby fizycznej spółka mogłaby w stosunkowo prosty sposób zastąpić tę osobą inną osobą będącą członkiem organów obydwu spółek objętych unią personalną⁸¹⁵. W związku z tym w orzecznictwie przyjął się pogląd, że również spółki powiązane unią personalną mogą zostać uznane za sprawcę naruszenia sekcji 8. ustawy Claytona. Kwestia ta była przedmiotem wyroku m.in. w sprawie *SCM Corp. przeciwko Federal Trade Commission*⁸¹⁶. W orzeczeniu sąd rozpatrujący sprawę uznał, że spółki objęte unią personalną mogą zostać uznane za sprawcę sekcji 8. ustawy Claytona. W tym kontekście sąd odwołał się m.in. do wykładni celowościowej. Podobne stanowisko zostało przyjęte m.in. w orzeczeniu w sprawie *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*⁸¹⁷.

W teorii środki prawne przysługujące podmiotom inicjującym postępowanie w związku z naruszeniem sekcji 8. ustawy Claytona obejmują przede wszystkim zabezpieczenie roszczeń w drodze nakazu sądowego (*injunctive relief*)⁸¹⁸, nakaz zaprzestania istnienia unii personalnej (*cease and desist order*)⁸¹⁹, działania mające na celu docho-

dzenie odszkodowań⁸²⁰, a także inne działania mające na celu eliminację istniejących lub mogących powstać w przyszłości unii personalnych⁸²¹ czy też restrukturyzację transakcji związanych z powstaniem takowych⁸²².

W praktyce do sądów trafia stosunkowo niewiele spraw dotyczących rzekomych naruszeń zakazu ustanowionego w sekcji 8. ustawy Claytona⁸²³. Wynika to z faktu, iż znaczna część spraw zainicjowanych przez organy antymonopolowe jest zakończonych ugodą⁸²⁴ lub miękkimi środkami prowadzącymi do usunięcia kwestionowanych unii personalnych⁸²⁵. Obecnie egzekwowanie sekcji 8. ustawy Claytona odbywa się w znacznej mierze z wykorzystaniem miękkich środków⁸²⁶.

Jednocześnie w dotychczasowej praktyce orzeczniczej sądy wstrzymywały się od przyznawania odszkodowań w związku z naruszeniem wspomnianego zakazu⁸²⁷. W tym zakresie warto wspomnieć stanowisko sądu w sprawie *Jicarilla Apache Tribe przeciwko Supron Energy*⁸²⁸, w której sąd podkreślił, iż samo istnienie unii personalnych (określone przez sąd jako „techniczne naruszenie”) nie jest wystarczające do zasądzenia odszkodowania. Konieczne jest udowodnienie negatywnego wpływu

820 L. Wilkinson, *Interlocking Directorates*, Practical Law, 2-3/2017, s. 61 - jak zauważa wspomniana autorka, pomimo teoretycznej możliwości sądy w dotychczasowej praktyce nie przyznawały odszkodowań za naruszenie sekcji 8. ustawy Claytona.

821 L. Wilkinson, *Interlocking Directorates*, Practical Law, 2-3/2017, s. 61. Warto szczególnie wskazać przykład głośnej medialnie sprawy obejmującej unię personalną z udziałem członków rad dyrektorów Google, Apple i Genentech. Zob. Oświadczenie Richarda Feinsteina, dyrektora biura konkurencji Federalnej Komisji Handlu, dotyczące ogłoszenia rezygnacji Erica Schmidta, Prezesa Google, z funkcji w radzie dyrektorów Apple, 3.08.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/08/statement-bureau-competition-director-richard-feinstein-regarding>; Oświadczenie Jona Leibowitza dotyczące ogłoszenia rezygnacji Arthura D. Levinsona z funkcji w radzie dyrektorów Google, 12.10.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/10/statement-ftc-chairman-jon-leibowitz-regarding-announcement>.

822 L. Wilkinson, *Interlocking Directorates*, Practical Law, 2-3/2017, s. 61. W sprawie *Tullet Prebon Group/ICAP* amerykański Departament Sprawiedliwości wniósł zastrzeżenia do transakcji, której skutkiem miało być posiadanie przez ICAP 19,9% udziałów oraz prawo do powoływania jednego członka rady dyrektorów w konkurencyjnej spółce *Tullet Prebon*. Zdaniem Departamentu Sprawiedliwości transakcja doprowadziła do naruszenia sekcji 8. ustawy Claytona. Zob. Komunikat Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych, *Tullett Prebon and ICAP Restructure Transaction after Justice Department Expresses Concerns about Interlocking Directorates*, 14.07.2016, <https://www.justice.gov/opa/pr/tullett-prebon-and-icap-restructure-transaction-after-justice-department-expresses-concerns>.

823 R. Preminger, *Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act*, „Washington University Law Quarterly” 59/1981, s. 952; S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1169.

824 Według amerykańskiej doktryny zajmującej się tym problemem dotyczy to przede wszystkim spraw rozpatrywanych przez Federalną Komisję Handlu. Zob. R. Preminger, *Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act*, „Washington University Law Quarterly” 59/1981, s. 953-954; S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1169.

825 R. Preminger, *Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act*, „Washington University Law Quarterly” 59/1981, s. 954-955; S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1169.

826 S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1141 i n. Zob. również Oświadczenie Richarda Feinsteina, dyrektora biura konkurencji Federalnej Komisji Handlu, dotyczące ogłoszenia rezygnacji Erica Schmidta, prezesa Google, z funkcji w radzie dyrektorów Apple, 3.08.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/08/statement-bureau-competition-director-richard-feinstein-regarding>; oświadczenie Jona Leibowitza dotyczące ogłoszenia rezygnacji Arthura D. Levinsona z funkcji w radzie dyrektorów Google, 12.10.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/10/statement-ftc-chairman-jon-leibowitz-regarding-announcement>.

827 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 36-37.

828 Wyrok sądu apelacyjnego dziesiątego okręgu z 30.03.1984 r. w sprawie *Jicarilla Apache Tribe przeciwko Supron Energy*, 728 F.2d 1555, 1561 (10th Cir. 1984).

808 L. Wilkinson, *Interlocking Directorates*, Practical Law, 2-3/2017, s. 57.

809 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 20-22 i tam powołane orzecznictwo.

810 Tamże, s. 22-23 i tam powołane orzecznictwo.

811 Tamże, s. 23-24 i tam powołane orzecznictwo.

812 Tamże, s. 26-27 i tam powołane orzecznictwo.

813 Tamże, s. 24-26 i tam powołane orzecznictwo.

814 Tamże, s. 15.

815 American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 17-18.

816 Wyrok sądu apelacyjnego drugiego okręgu z 26.09.1977 r. w sprawie *SCM Corp. przeciwko Federal Trade Commission*, 565 F.2d 807, 808 (2d Cir. 1977).

817 Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 8.06.1981 r. w sprawie *TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission*, 647 F.2d 942, 948 (9th Cir. 1981).

818 L. Wilkinson, *Interlocking Directorates*, Practical Law, 2-3/2017, s. 61.

819 Uprawnienie do wydania takiego nakazu przysługuje Federalnej Komisji Handlu. Zob. American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011, s. 36.

na konkurencję lub istnienia naruszenia *per se* ustawy Shermana (w tym wypadku dookreślonego przez sąd jako naruszenie, którego jedynym celem jest zdławienie konkurencji).

Wyżej opisana praktyka egzekwowania sekcji 8. ustawy Claytona była przedmiotem krytyki w doktrynie. Wskazuje się bowiem, że sam nakaz usunięcia unii personalnej nie odstrasza od dokonywania naruszeń⁸²⁹. Podstawową ideą dotyczącą przestrzegania nakazu jest to, że spółki mają bodźce do jego przestrzegania, jeśli spodziewany koszt naruszenia przewyższa oczekiwane zyski⁸³⁰. Na podstawie wniosków z dotychczasowej praktyki orzeczniczej niektórzy autorzy wskazują, że szacowane koszty naruszenia są znikome⁸³¹. Z drugiej strony spółki mogą czerpać z wymiany informacji dokonywanej za pomocą unii personalnej zyski i mają motywację do ich czerpania do czasu, gdy wkroczy organ ochrony konkurencji lub sąd⁸³².

7.2.4. Wnioski

Zakaz unii personalnych ustanowionych w sekcji 8. ustawy Claytona jest instrumentem niewątpliwie mogącym służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym. Instrument ten ma szereg zalet. W tym zakresie największym atutem tej regulacji jest to, że skupia się na uniach personalnych, które cechują się największym ryzykiem negatywnego wpływu na konkurencję⁸³³ w sposób umożliwiający jednocześnie stosunkowo prostą i generującą stosunkowo niewielkie koszty egzekucję⁸³⁴. W związku z tym sekcja 8. ustawy Claytona bywa określana jako wzorzec dla innych jurysdykcji⁸³⁵.

Wśród wad tej regulacji należy wymienić problem niedostatecznych sankcji⁸³⁶. Na uwagę zasługuje również krytyka akcentująca fakt, iż sekcja 8. ustawy Claytona może w niektórych przypadkach prowadzić do zakazania unii personalnych, które z uwagi na okoliczności danej sprawy wywierają pozytywne skutki społeczne⁸³⁷. Jednakże w doktrynie wskazuje się, że ryzyko wystąpienia takich sytuacji może zostać ograniczone np. poprzez stosowne wyłączenia *de minimis*⁸³⁸.

Stosunkowa prostota reguł wynikających z sekcji 8. ustawy Claytona z natury rzeczy rodzi jednak ryzyko występowania zarówno tzw. fałszywych pozytywów (*false positive*), jak i fałszywych negatywów (*false negative*), tj. sytuacji, w których unie personalne nie zostaną objęte zakazem, mimo że mogą mieć negatywne skutki dla konkurencji oraz sytuacji, w których unie personalne zostaną zakazane pomimo pro-

konkurencyjnego charakteru. Wskazuje się jednak, że nie ma empirycznych badań potwierdzających hipotezę, jakoby sekcja 8. ustawy Claytona skutkowałą znaczącą ilością fałszywych pozytywów⁸³⁹. Zakładając istnienie omawianego problemu, zdaniem niektórych autorów jego rozwiązaniem mogłoby być odejście od prostych reguł na rzecz bardziej zbilansowanego podejścia analizującego istotę konkretnej unii personalnej w oparciu o regułę rozsądku⁸⁴⁰. Krytycy takiego rozwiązania wskazują jednak, że zmiana sekcji 8. ustawy Claytona w kierunku bardziej szczegółowej analizy pod kątem skutków wynikających z konkretnej unii personalnej spowodowałaby m.in. nadmierny wzrost kosztów związanych z egzekucją zakazu⁸⁴¹.

7.3. Zakaz nieuczciwych metod konkurencji w prawie amerykańskim

Instrumentem amerykańskiego publicznego prawa ochrony konkurencji mogącym przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym jest również sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu, która zakazuje m.in. nieuczciwych metod konkurencji⁸⁴². W amerykańskiej doktrynie prawa podkreśla się, że ustawodawca nie zdefiniował tego pojęcia, a kwestia ta została pozostawiona orzecznictwu organów i sądów⁸⁴³. Według orzecznictwa sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu pełni rolę swego rodzaju „poświaty” wokół pozostałych przepisów federalnego prawa ochrony konkurencji i obejmuje praktyki, które są sprzeczne z podstawowymi wartościami poddanymi ochronie przez ustawę Shermana lub ustawę Claytona⁸⁴⁴. Naruszenie przepisu będącego przedmiotem niniejszego rozdziału może być stwierdzone nawet w przypadku praktyk, które - choć nie spełniają niektórych warunków koniecznych do uznania je za naruszenia innych przepisów prawa antymonopolowego - to są sprzeczne z ich duchem⁸⁴⁵.

W orzecznictwie Federalnej Komisji Handlu⁸⁴⁶ omawiany przepis pełnił przede wszystkim funkcję dodatkowej podstawy prawnej w sprawach, w których unia personalna

839 S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1173.

840 Tamże, s. 1170.

841 S. Waller, *Corporate Governance and Competition Policy*, „George Mason Law Review” 18/2011, s. 884; M. Jacobs, *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, „Fordham International Law Journal”, 37/2014, s. 683.

842 Pomimo tego, że definicja „przepisów prawa antymonopolowego” (*antitrust law*) zawarta w ustawie o Federalnej Komisji Handlu nie obejmuje sekcji 5. tej ustawy, zakaz nieuczciwych metod konkurencji tradycyjnie uznawany jest za element publicznego prawa ochrony konkurencji. Realizuje ona bowiem interes publiczny. Ponadto nie może ona stanowić podstawy roszczeń ze strony podmiotów prywatnych, a za jej egzekwowanie jest odpowiedzialny organ administracji publicznej - Federalna Komisja Handlu. Zob. J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 5-3 oraz s. 5-17. *Prima facie* pojęcie „nieuczciwych metod konkurencji” może sugerować podobieństwo z polskimi przepisami dotyczącymi zwalczania nieuczciwej konkurencji, w szczególności ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211 ze zm.). Analiza wspomnianych przepisów pozostaje poza zakresem niniejszej pracy. Jednakże, dla zupełności należy wskazać, że przepisy te nie odnoszą się w jakikolwiek sposób do problematyki unii personalnych, ani nie były w praktyce wykorzystywane w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym.

843 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 5-17.

844 Wyrok sądu apelacyjnego czwartego okręgu z 9.02.1987 r. w sprawie *Chuck's Feed Seed Co. v. Ralston Purina*, 810 F.2d 1289, 1291 (4th Cir. 1987).

845 Tamże.

846 Federalna Komisja Handlu jest organem odpowiedzialnym za egzekwowanie sekcji 5. omawianej ustawy.

829 S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1170. Podobnie R. Preminger, *Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act*, „Washington University Law Quarterly” 59/1981, s. 956.

830 S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1170.

831 Tamże, s. 1171.

832 Tamże.

833 M. Jacobs, *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, „Fordham International Law Journal”, 37/2014, s. 680.

834 Tamże, s. 680.

835 Tamże.

836 S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1171.

837 Tamże, s. 681.

838 Tamże, s. 681.

naruszała sekcję 8. ustawy Clayтона⁸⁴⁷. W wyjątkowych przypadkach sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu była wykorzystywana jako samodzielna podstawa prawna działań Komisji⁸⁴⁸. Przykładowo w sprawie Perpetual⁸⁴⁹ Federalna Komisja Handlu zakwestionowała unie personalne łączące banki i niebędące bankami towarzystwa oszczędnościowo-kredytowe, mimo że możliwość zastosowania do tych unii sekcji 8. Ustawy Clayтона była wątpliwa z uwagi na wyłączenie z zakresu tego przepisu unii personalnych łączących banki.

Sprawa Perpetual była przyczynkiem do rozważań dotyczących ewentualnej możliwości stosowania sekcji 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu m.in. do wertykalnych unii personalnych. Według jednego poglądu tego typu unie mogą wchodzić w zakres omawianego przepisu⁸⁵⁰, jednak takie podejście jest również przedmiotem krytyki⁸⁵¹. Przeciwnicy takiego podejścia wskazują, że przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym jest przede wszystkim przedmiotem sekcji 8. Ustawy Clayтона, a celem tego przepisu jest zakazanie jedynie horyzontalnych unii personalnych⁸⁵². Według tych autorów objęcie zakresem sekcji 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu unii łączących banki i konkurujące z nimi podmioty niebędące bankami było zgodne z duchem ustawy Clayтона⁸⁵³. Z drugiej strony ewentualne objęcie wertykalnych unii personalnych zakresem zakazu z sekcji 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu stanowiłoby zaprzeczenie przedstawionemu wyżej celowi sekcji 8. ustawy Clayтона⁸⁵⁴. Jednocześnie zdaniem tych autorów w przypadkach, gdy wertykalne unie personalne wywołują antykonkurencyjne skutki, możliwe jest stosowanie ustawy Shermana⁸⁵⁵. W praktyce omawiany przepis był jedynie wyjątkowo wykorzystywany przez Federalną Komisję Handlu do przeciwdziałania wertykalnym uniom personalnym⁸⁵⁶. Sądownictwo dotychczas nie wypowiedziało się na temat tej praktyki⁸⁵⁷.

Podsumowując, sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu służy jako samodzielna podstawa prawna działań skierowanych przeciwko antykonkurencyjnym uniom personalnym jedynie w wyjątkowych przypadkach. Na bodźce wynikające z ryzyka zastosowania tego przepisu są narażone przede wszystkim te unie personalne, które -mimo że nie wchodzą w zakres sekcji 8. ustawy Clayтона - mają tak rażąco antykonkurencyjny charakter, że uzasadnione jest ich zablokowanie na podstawie ogólnego zakazu nieuczciwych metod konkurowania.

847 Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 23.06.1983 r. w sprawie Borg-Warner Corporation et. al., 101 F.T.C., s. 863 i n; J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 35-45. Zob. również rozdział 7 powyżej.

848 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 35-45.

849 Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 6.12.1977 r. w sprawie In the Matter of Perpetual Federal Savings & Loan Association, 90. F.T.C. 608 (1977).

850 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 35-45.

851 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom V. New York 2016, s. 344.

852 Tamże.

853 Tamże.

854 Tamże.

855 Tamże.

856 J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009, s. 35-46.

857 Tamże.

8. Podsumowanie

Przedstawione w tej pracy badanie amerykańskiego, polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji potwierdza wskazaną na wstępie tezę, zgodnie z którą instrumenty prawne obecne w każdym z analizowanych porządków mogą służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym. Powyższa analiza pokazuje jednak wiele różnic dotyczących zarówno mechanizmów ich działania, jak i charakterystyki unii personalnych, których występowaniu przeciwdziałają te instrumenty.

W amerykańskim prawie ochrony konkurencji przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym służy przede wszystkim sekcja 8. Ustawy Clayтона. Instrument tego typu, oparty na stosunkowo prostym mechanizmie zakazu skierowanego przeciwko (większościowym i mniejszościowym) uniom personalnym między konkurentami, jest nieobecny w prawie unijnym czy polskim. Zaletą tego instrumentu jest ukierunkowanie na powiązania osobowe, które cechują się największym ryzykiem wywierania negatywnego wpływu na konkurencję. Z kolei wadą jest niewielkie ryzyko nałożenia dotkliwych sankcji na naruszcycieli zakazu.

Dopełnieniem powyższego instrumentu jest sekcja 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu, która zakazuje nieuczciwych metod konkurowania. Nie ulega wątpliwości, że przepis ten może mieć zastosowanie do antykonkurencyjnych unii personalnych. Jednakże jedynie wyjątkowo stanowi on samodzielną podstawę prawną naruszenia, co powoduje, że nie należy przeceniać jego znaczenia jako instrumentu ograniczającego występowanie powiązań osobowych. Należy postrzegać go raczej jako wentyl bezpieczeństwa uzupełniający pozostałe instrumenty amerykańskiego prawa ochrony konkurencji, w szczególności sekcję 8. Ustawy Clayтона.

Przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym mogą również służyć instrumenty obecne w każdym z analizowanych porządków prawnych, tj. zakazy antykonkurencyjnych porozumień, nadużycia pozycji dominującej (monopolizacji) czy kontrola koncentracji.

W teorii zakazy antykonkurencyjnych porozumień zawarte w art. 101 TFUE, art. 6 uokik oraz sekcja 1. ustawy Shermana mogą przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym na dwa podstawowe sposoby. Po pierwsze, mogą zniechęcać do tworzenia unii poprzez zwiększanie ryzyka stwierdzenia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy spółkami powiązanymi unią. Ryzyko to wiąże się przede wszystkim z rolą powiązań personalnych jako mechanizmu służącego wymianie informacji. Po drugie, omawiane przepisy mogą ograniczać motywacje do tworzenia unii poprzez zwiększanie ryzyka nałożenia odpowiedzialności na spółkę niebędącą bezpośrednim uczestnikiem antykonkurencyjnego porozumienia, lecz posiadającą z takim uczestnikiem wspólnego członka organu. W tym wypadku znaczenie ma przede wszystkim rola unii personalnych jako relacji sugerującej przynależność spółek do jednego organizmu gospodarczego.

W praktyce znaczenie zakazów antykonkurencyjnych porozumień jako instrumentów mogących służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym jest ograniczone. W prawie amerykańskim unie personalne mogą wprawdzie zostać wykorzy-

stane w procesie dowodzenia istnienia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy spółkami powiązanymi unią. Jednakże w takim wypadku samo istnienie unii nie jest wystarczające. Konieczne jest udowodnienie innych okoliczności towarzyszących powiązaniom personalnym, np. konkretnej komunikacji pomiędzy spółkami. W praktyce to te dodatkowe okoliczności decydują w głównej mierze o antykonkurencyjnym charakterze praktyki. Oznacza to, że zasadniczo waga unii personalnych jako okoliczności decydującej o zastosowaniu sekcji 1. ustawy Shermana do konkretnego stanu faktycznego jest niewielka. Samo istnienie unii personalnych nie ma również decydującego znaczenia z perspektywy przypisania odpowiedzialności spółce posiadającej wspólnych członków organów ze spółką uznaną za bezpośredniego naruszciciela omawianego zakazu. W takich wypadkach konieczne jest dodatkowe wykazanie, że osoby pełniące funkcje członków organów działały w imieniu i na rzecz każdej ze spółek.

W prawie unijnym i polskim istnienie unii personalnych, w szczególności obejmujących członków zarządu czy dyrektorów wykonawczych, teoretycznie mogłoby rodzić wysokie ryzyko uznania za element praktyki naruszającej konkurencję ze względu na cel. Jednakże w praktyce udowodnienie naruszenia w takich przypadkach jest stosunkowo trudne, gdyż wymaga wykazania rzeczywistego przepływu informacji między spółkami. W przypadku wymiany informacji poprzez członka organu zaangażowanego w unię możliwe jest jej dokonanie w sposób w znacznej mierze niewidoczny dla zewnętrznych obserwatorów (np. organu ochrony konkurencji), co utrudnia udowodnienie takiego przepływu i ogranicza ryzyko stwierdzenia naruszenia przez organ lub sąd. Za ograniczeniem znaczenia ewentualnych bodźców mogących przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym przemawia również fakt, że w rzadkich przypadkach, gdy unie byłyby uznawane za element porozumienia czy uzgodnionej praktyki, powiązania personalne miałyby drugorzędne znaczenie dla ustalenia naruszenia.

W prawie unijnym i polskim unie mogą także stanowić okoliczność przemawiającą za uznaniem spółki za bezpośredniego uczestnika porozumienia lub przypisaniem spółce odpowiedzialności na podstawie koncepcji tzw. odpowiedzialności rodzicielskiej. W każdym wypadku samo istnienie unii personalnej jest jednak niewystarczające do nałożenia sankcji na spółkę.

Przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym mogą służyć również zakazy nadużycia pozycji dominującej zawarte w art. 102 TFUE i art. 9 uokik. W tym wypadku zakazy te mogą przede wszystkim zniechęcać do tworzenia unii pomiędzy konkurentami, którzy samodzielnie nie mają pozycji dominującej, ale połączenie ich potencjałów pozwalałoby na stwierdzenie kolektywnej dominacji. W takim wypadku przeciwdziałanie tworzeniu unii personalnych wynikałoby z chęci uniknięcia przez konkurentów ryzyka wykorzystania przez organ ochrony konkurencji powiązań osobowych jako podstawy do stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej. Zakaz z art. 102 TFUE i art. 9 uokik mógłby także teoretycznie zniechęcać do tworzenia unii personalnych łączących dominanta i jego konkurentów w zakresie, w jakim rodziłby ryzyko uznania ich przez organ ochrony konkurencji za element nadużycia polegającego na ingerencji w strategię konkurenta lub podejmowanie działań służących osłabieniu jego pozycji. W praktyce znaczenie takiego efektu przeciwdziałającego jest znacznie ograniczone m.in. przez brak rozwiniętej praktyki decyzyjnej w podobnych sprawach, a także potencjalne zastosowanie jedynie do relacji pomiędzy dominantem a jego konkurentami.

Znaczenie amerykańskiego odpowiednika powyższych zakazów jako instrumentu mogącego przeciwdziałać uniom personalnym jest jeszcze mniejsze. Sekcja 2. ustawy Shermana nie obejmuje swoim zakresem kolektywnej pozycji monopolistycznej, a tworzenie czy funkcjonowanie unii nie było przedmiotem orzecznictwa dotyczącego zakazu monopolizacji. Wyjątkiem są rzadkie przypadki zarzutów zмовy w celu monopolizacji, do których odpowiednie zastosowanie mają regulacje sekcji 1. Ustawy Shermana.

Analizowane porządki prawne różnią się także, jeśli chodzi o możliwość wykorzystania systemów kontroli koncentracji w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. W prawie amerykańskim znaczenie tego obszaru prawa ochrony konkurencji jest stosunkowo niewielkie. Unie personalne nie stanowią bowiem zdarzenia objętego zakresem nadzoru organów antymonopolowych, a tym samym ich utworzenie i funkcjonowanie nie jest bezpośrednio uzależnione od uzyskania aprobaty organów ochrony konkurencji. Ewentualne bodźce przeciwdziałające tworzeniu unii personalnych mogą wiązać się z rolą powiązań osobowych jako okoliczności uwzględnianej w kontekście stwierdzenia oceny wpływu koncentracji na rynek czy przedwczesnej implementacji koncentracji. Praktyczne znaczenie przepisów dotyczących kontroli koncentracji w tych kontekstach jest jednak ograniczone. W tym pierwszym wypadku wynika to z faktu, iż bodźce odnoszą się tylko do antykonkurencyjnych unii personalnych towarzyszących przejęciu udziałów mniejszościowych. Z kolei w tym drugim wypadku istnienie unii personalnych może zostać wykorzystane jako jedynie dodatkowy, a nie podstawowy argument przemawiający za przedwczesną implementacją koncentracji. Ponadto ewentualny skutek odstraszający przedsiębiorców od tworzenia unii personalnych w tym kontekście nie ma bezpośredniego związku z pro- lub antykonkurencyjnym charakterem unii personalnej.

W prawie unijnym unie personalne jako takie również nie stanowią koncentracji podlegającej nadzorowi Komisji Europejskiej. Mogą jednak być jednym z elementów świadczących o przejęciu kontroli - tym samym wpływając na uznanie planów ich utworzenia za element zachowania składającego się na zamiar koncentracji, a ewentualne jej utworzenie bez zgody organu ochrony konkurencji za element zachowania składającego się na przedwczesną implementację koncentracji. Jednakże fakt, że okoliczności związane z utworzeniem unii personalnej stanowią drugorzędny czynnik dla ustalenia wystąpienia zamiaru koncentracji lub jej przedwczesnej implementacji, znacząco osłabia ewentualny skutek polegający na przeciwdziałaniu zjawisku unii personalnych (niezależnie od ich pro- czy antykonkurencyjnego charakteru). Uwzględnianie unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy oceny kryteriów ilościowych doprecyzowujących obowiązek zgłoszenia również ma bardzo ograniczone znaczenie, przede wszystkim dlatego, że dotyczy unii personalnych pomiędzy spółkami z sektora państwowego. W dotychczasowej praktyce decyzyjnej dotyczącej przedwczesnej implementacji koncentracji unie personalne również nie odgrywały istotniejszej roli, co ogranicza powstanie ewentualnych bodźców przeciwdziałających uniom personalnym w tym obszarze.

W przypadku unijnego prawa dotyczącego kontroli koncentracji ewentualny skutek przeciwdziałający uniom personalnym może wynikać przede wszystkim z roli, jaką unie personalne odgrywają w procesie oceny wpływu koncentracji na konkurencję. Przepisy dotyczące kontroli koncentracji mogą realnie przeciwdziałać występowaniu antykonkurencyjnych unii personalnych, gdyż zwiększają prawdopodobieństwo zgło-

szenia przez organ ochrony konkurencji zastrzeżeń do koncentracji, których uczestnicy są powiązani uniami personalnymi z innymi podmiotami. W praktyce tego typu skutek występuje przede wszystkim w przypadku unii personalnych łączących jednego z uczestników koncentracji oraz konkurentów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. W tego typu sytuacjach Komisja Europejska w sposób właściwy definiuje istotę zagrożeń związanych z funkcjonowaniem unii personalnych, które wiążą się przede wszystkim z wymianą informacji pomiędzy konkurentami. Takie przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym przez przepisy dotyczące kontroli koncentracji dotyczy tylko sytuacji, w których podmiot powiązany antykonkurencyjną unią dokonuje czynności składających się na koncentrację.

W polskim systemie kontroli koncentracji większościowe unie personalne są uznawane za formę przejęcia kontroli stanowiącą koncentrację podlegającą obowiązkowi zgłoszenia i ocenie pod kątem wpływu na konkurencję. Zgodnie z tym podejściem osoby fizyczne pełniące funkcje w organach spółki przejmowanej stanowią narzędzie spółki przejmującej do wywierania wpływu w sposób bezpośredni na podejmowanie decyzji dotyczących strategii spółki przejmowanej. W ten sposób zespół norm definiujących koncentrację, przeciwdziałających przedwczesnej implementacji oraz określających zasady oceny koncentracji tworzy stosunkowo silne bodźce przeciwdziałające stosunkowo wąskiej grupie unii personalnych i jest ukierunkowany na ryzyka związane z pełną integracją zarządzania spółek powiązanych uniami personalnymi. Podejście to jednak nie uwzględnia złożonej natury powiązań personalnych.

Mając na uwadze powyższe, można pokusić się o próbę całościowej oceny amerykańskiego, polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji jako zespołów norm służących przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym. Zgodnie z modelem wypracowanym w amerykańskiej nauce prawa i ekonomii konkurencji ocena instrumentów prawnych ukierunkowanych na ochronę konkurencji powinna dążyć do minimalizacji kosztów społecznych⁸⁵⁸. W toku analizy norm należy uwzględnić trzy rodzaje tych kosztów. Po pierwsze, są to koszty wynikające z ograniczenia występowania praktyk, które nie szkodzą konkurencji (tzw. fałszywe pozytywy)⁸⁵⁹. Po drugie, są to koszty wynikające z braku ograniczenia występowania praktyk, które mają negatywny wpływ na konkurencję (tzw. fałszywe negatywy). Po trzecie, są to koszty związane z działaniem systemu prawnego (tzw. koszty administracyjne)⁸⁶⁰.

Z tej perspektywy wydaje się, że amerykański model przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym jest najbliższy optymalnemu. Na model ten składa

858 Określanym niekiedy jako *error cost approach*. F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

859 Reprezentanci tzw. konserwatywnych środowisk w amerykańskiej doktrynie uznawali unikanie tego typu kosztów za priorytet. Ich zdaniem tego typu koszty mogą zostać ograniczone przez mechanizm rynkowy. Zob. F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; G. Manne, J. Wright, *Innovation and the Limits of Antitrust*. George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-54, Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-26. Skuteczność takiego mechanizmu korygującego jest jednak kwestionowane w doktrynie: J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

860 Niektórzy autorzy określają tę kategorię jako koszty transakcyjne. Zob. J.J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n. Kategoria kosztów administracyjnych wykracza poza koszty bezpośrednio związane z prowadzeniem postępowań. Obejmuje również m.in. koszty związane z niepewnością co do treści norm powstające po stronie potencjalnych powodów w sprawach dotyczących możliwych naruszeń i podmiotów rozstrzygających spory w tym zakresie.

się przede wszystkim sekcja 8. ustawy Clayтона, która charakteryzuje się niskimi kosztami administracyjnymi oraz niskimi kosztami związanymi z występowaniem fałszywych negatywów przy jednoczesnym braku wysokich kosztów związanych z ewentualnym występowaniem fałszywych pozytywów. W przypadku omawianego instrumentu niskie koszty administracyjne wynikają ze stosunkowo prostej konstrukcji przepisu i braku konieczności każdorazowego analizowania wpływu unii personalnych na konkurencję. Jednocześnie zakres tego instrumentu - obejmujący horyzontalne unie personalne, które cechują się najwyższym ryzykiem negatywnego wpływu na konkurencję - w dużym stopniu ogranicza pole do powstania ewentualnych kosztów związanych z fałszywymi negatywami. Ryzyko powstania tych kosztów jest w dalszym stopniu ograniczane przez pozostałe przepisy amerykańskiego prawa ochrony konkurencji, w szczególności sekcję 5. ustawy o Federalnej Komisji Handlu (która może mieć zastosowanie do antykonkurencyjnych unii personalnych innych niż horyzontalne) czy przepisy dotyczące kontroli koncentracji (które ograniczają unie personalne towarzyszące tzw. koncentracjom częściowym). Pozostałe przepisy amerykańskiego prawa ochrony konkurencji mają stosunkowo niewielkie znaczenie jako instrument przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym.

Sekcja 8. ustawy Clayтона może rodzić ryzyko powstania kosztów fałszywych pozytywów wynikające z zakazania funkcjonowania horyzontalnych unii personalnych w sytuacji braku wystarczającego zasobu odpowiednio wykwalifikowanej kadry zarządczej. Jednakże ryzyko to powstaje głównie w perspektywie krótkoterminowej. W dłuższym terminie sekcja 8. ustawy Clayтона może bowiem tworzyć bodźce do inwestycji w zasób umiejętności technicznych i zarządczych⁸⁶¹.

Unijne prawo ochrony konkurencji nie zawiera instrumentów ukierunkowanych wprost na przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym. Pomimo tego każdy z podstawowych instrumentów unijnego prawa ochrony konkurencji może w ograniczonym zakresie przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym. Jednakże stosowanie tych instrumentów wiąże się ze stosunkowo wysokimi kosztami fałszywych negatywów. W przypadku zakazu antykonkurencyjnych porozumień koszty te wynikają przede wszystkim z unii personalnych, co do których trudno jednoznacznie udowodnić istnienie porozumienia. W przypadku zakazu nadużywania pozycji dominującej koszty te wynikają głównie z unii personalnych łączących spółki nieposiadające potencjału pozwalającego na ustalenie kolektywnej pozycji dominującej. W przypadku kontroli koncentracji koszty te są wynikiem unii personalnych, które funkcjonują w oderwaniu od zdarzeń stanowiących koncentrację w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004. Stosowanie do unii personalnych każdego z tych instrumentów unijnego prawa ochrony konkurencji wiąże się także z wyższymi kosztami administracyjnymi niż w przypadku sekcji 8. ustawy Clayтона. Jednocześnie wysokie koszty fałszywych negatywów i koszty administracyjne nie są kompensowane odpowiednio niższymi kosztami fałszywych pozytywów.

W polskim prawie ochrony konkurencji podstawowym instrumentem służącym przeciwdziałaniu większościowym antykonkurencyjnym uniom personalnym jest reżim kontroli koncentracji⁸⁶². Większościowe unie personalne stanowią koncentrację, na

861 Zob. pkt 2.6 powyżej.

862 W przypadku przeciwdziałania mniejszościowym uniom personalnym różnice pomiędzy polskim i unijnym prawem ochrony konkurencji są na tyle niewielkie, że odpowiednie zastosowanie mają wnioski z analizy kosztów społecznych dotyczącej instrumentów prawa unijnego.

której dokonanie konieczne jest uzyskanie uprzedniej zgody Prezesa UOKiK. Takie podejście z jednej strony może zmniejszyć koszty związane z fałszywymi negatywami w zakresie tego typu unii. Z drugiej strony rodzi to ryzyko kosztów związanych z fałszywymi pozytywami, gdyż może tworzyć bodźce przeciwdziałające tworzeniu się unii personalnych, które mają prokonkurencyjny charakter. Ponadto podejście to skutkuje wewnętrzną niespójnością polskiego systemu ochrony konkurencji⁸⁶³ przy jednoczesnym zwiększeniu kosztów administracyjnych.

Źródłem omawianych problemów w polskim prawie ochrony konkurencji jest przyjmowana przez Prezesa UOKiK interpretacja art. 4 pkt 4 lit. c) uokik. Jak zostało wskazane w rozdziale 6. powyżej, Prezes UOKiK w praktyce decyzyjnej dotyczącej tego przepisu przyjmuje, że osoby pełniące funkcję w organach spółki automatycznie stanowią narzędzie (instrument), za którego pośrednictwem spółka może wywierać decydujący wpływ na inną spółkę, ustanawiając określone rodzaje unii personalnych z wykorzystaniem tych osób fizycznych. *De lege ferenda* należy postulować wykreślenie tego przepisu lub zmianę jego wykładni w duchu zgodnym z pojęciem kontroli przyjętym w prawie unijnym.

Ponadto zasadne jest rozważenie przez prawodawców wprowadzenia do polskiego i unijnego porządku prawnego instrumentu podobnego do sekcji 8. ustawy Clayтона. Ewentualna implementacja takiego instrumentu powinna jednak uwzględniać problemy wynikające z jego stosowania w prawie amerykańskim, w tym problemy dotyczące sankcji za jego naruszenie⁸⁶⁴.

W przypadku prawa amerykańskiego zasadne jest postulowanie zmiany sekcji 8. ustawy Clayтона skutkującej zwiększeniem ryzyka nałożenia na naruszcycieli dotkliwych sankcji. Zmiana taka mogłaby polegać na przyznaniu organom ochrony konkurencji lub sądom kompetencji do nakładania sankcji karnych⁸⁶⁵ lub administracyjnych kar finansowych. Dalszej poprawie w zakresie skuteczności przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym mogłoby służyć również zwiększenie aktywności organów ochrony konkurencji w sprawach dotyczących naruszeń sekcji 8. ustawy Clayтона. Inicjatywę w tym zakresie ogłosił w ostatnich latach np. J. Kanter, przewodniczący sekcji prawa ochrony konkurencji Departamentu Sprawiedliwości⁸⁶⁶. Takie deklaracje pokazują, że temat przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym pozostaje aktualny.

⁸⁶³ Zob. pkt 6.5.3 powyżej.

⁸⁶⁴ S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1141 i n.

⁸⁶⁵ Takie rozwiązanie proponuje S. Rakib. Zob. S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1141 i n.

⁸⁶⁶ Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Opening Remarks at 2022 Spring Enforcers Summit, Washington, DC, 4.04.2022 (<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-opening-remarks-2022-spring-enforcers>).

Bibliografia

1. R. Adams, B. Hermalin, M. Weisbach, *The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework & Survey*, „ECGI - Finance Working Paper”, 2009/228.
2. W. Adkinson, K. Grimm, C. Bryan, *Enforcement of section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice*, 2008.
3. P. Akman, *Exploitative Abuse in Article 82 EC: Back to Basics?*, „CCP Working Paper” 09/2008.
4. American Bar Association, *Corporate Director's Guidebook - Sixth Edition*, „Business Lawyer” 4/66/2011.
5. M. Anton, F. Ederer, M. Gine, M. Schmalz, *Common Ownership, Competition, and Top Management Incentives*, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 511/2017.
6. P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, United States of America 2003.
7. P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, New York 2016.
8. J. Azar, M. Schmalz, I. Tecu, *Anticompetitive Effects of Common Ownership*, „Journal of Finance”, 73(4), 2018, s. 1513-1565.
9. D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2018.
10. J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015.
11. C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015.
12. C. Banasiński (red.), *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2018.
13. C. Banasiński (red.), E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009.
14. C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego: 12/2011, s. 9-34.
15. P. Barczak, A. Michałowski, *Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i w polskim prawie konkurencji*, „Palestra” 1-2/2004, s. 30-43.
16. A. Berle, G. Means, *The modern corporation and private property*, 1932.
17. M. Bennett, P. Collins, *The law and economics of information exchange: The good, the bad and the ugly*, „European Competition Journal” 6/2010.
18. D. Block, A.-M. Gerstner, *One-Tier vs. Two-Tier Board Structure: A Comparison Between the United States and Germany*, „Comparative Corporate Governance and Financial Regulation” 2016.

19. S. Bloomfield, *Theory and practice of corporate governance: an integrated approach*, Cambridge 2013.
20. W. Blumenthal, *The Rethoric of Gun Jumping*, New York 2005, s. 9. <https://www.ftc.gov/public-statements/2005/11/rhetoric-gun-jumping>; *ABA Premerger Notification Practice Manual*, Chicago 2015, § 30.
21. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012.
22. A. Bradford, A. Chilton, K. Linos, A. Weaver, *The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law*, *Journal of Empirical Legal Studies*, VOL. 16, P. 731, 2019.
23. L. Brandeis, *Other People's Money And How the Bankers Use It*, New York, 1914.
24. A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013.
25. H. Buch-Hansen, *Interlocking Directorates and Collusion: An Empirical Analysis*, „*International Sociology*”, 2014/29/3.
26. T. Büthe, G. Swank, *The Politics of Antitrust and Merger Review in the European Union: Institutional Change and Decisions from Messinato 2004*, „Center for European Studies Working Paper” 142/2007.
27. P. Carrington, *Horizontal Cooptation*, 1981; J. Pennings, *Interlocking Directorates: Origins and Consequences of Connections among Organizations' Board of Directors*, 1980.
28. A. Capobianco, *Information exchange under EC competition law*, „*Common Market Law Review*” 41/2014.
29. A. Capobianco, S. Lee, *Relationship between public and private antitrust enforcement, Note by the Secretariat*, Paris 2015, s. 3.
30. J. Caswell, *An Institutional Perspective on Corporate Control and the Network of Interlocking Directorates*, „*Journal of Economic Issues*” 2/XVIII/1984, s. 619-626.
31. O. Chin-Huat, D. Wan, O. Kee-Sing, *An Explanatory Study on Interlocking Directorates in Listed Firms in Singapore*, „*Corporate Governance*” 2003/11/4.
32. A. Chirita, *A Legal Historical Review of the EU Competition Rules*, „*International & Comparative Law Quarterly*”, 2/2014.
33. P. Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Oxford 2019.
34. P. Colomo, *The 'robust and reliable experience' requirement in Budapest Bank: why it is a consequence of the case law (and why it is not relevant in pay-for-delay cases)*, *Chilling Competition*, 6.05.2020.
35. P. Colomo, A. Lamadrid, *On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know*, s. 39, [w:] D. Gerard, M. Merola, B. Meyring, *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant 2017.
36. J. Cook, C. Kerse, *EC Merger Control*, London 2009.
37. F. Costa-Cabral, *Intent in EU Competition Law The Judicial Assessment of Anti-Competitive Strategies*, London 2014.
38. W. Cortenraad, *The Corporate Paradox: Economic Realities of the Corporate Form of Organization*, Amsterdam 2000.
39. P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2008.
40. R. Czerniawski, *Zarząd spółki akcyjnej*, Warszawa 2008.
41. S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
42. F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „*Texas Law Review*” 63/1984.
43. M. Eisenberg, *Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants*, „*California Law Review*” 63/1975.
44. E. Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, 2011.
45. E. Elhauge, *Essay: Horizontal Shareholding*, „*Harvard Law Review*, Vol. 129, 2016, s. 1267-1317.
46. A. Esteva Mosso, *The Contribution of Merger Control to the Definition of Harm to Competition*, luty 2016.
47. A. Ezrachi, D. Gilo, *EC Competition Law and the Regulation of Passive Investments among Competitors*, „*Oxford Journal of Legal Studies*”, 26/2006.
48. J. Faull, A. Nikpay, *The EU law on competition*, Oxford 2014.
49. V. Falce, *Interlocking directorates: an Italian antitrust dilemma*, „*Journal of Competition Law and Economics*” 9(2)/2013.
50. A. Fletcher, M. Peitz, F. Thépot, *Introduction to Special Issue on Common Ownership and Interlocking Directorates*, „*Journal of Competition Law & Economics*”, Volume 18, Issue 1, March 2022.
51. N. Fligstein, P. Brantley, *Bank Control, Owner Control, or Organizational Dynamics: Who Controls the Large Modern Corporation?* „*American Journal of Sociology*” 1992/98.
52. E. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, St. Paul 2012.
53. T. Gabrielsen, E. Hjelmeng, L. Sørgard, *Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention*, „*European Law Review*” 36/2011.
54. A. Garner (red.), *Black's Law Dictionary*, United States of America 2011.
55. A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, J. Wright, *Antitrust Law in Perspective*, St. Paul 2017.
56. H. Geng, H. Hau, R. Michaely, B. Nguyen, *Does Board Overlap Promote Coordination Between Firms?*, „*Swiss Finance Institute Research Paper, European Corporate Governance Institute - Finance Working Paper*” 803/2021.

57. B. Gerber, *Enabling Interlock Benefits While Preventing Anticompetitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act*, „Yale Journal on Regulation” 24/2007.
58. A. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission*, London 2013.
59. D. Gilo, *The Anticompetitive Effect of Passive Investment*, „Michigan Law Review” 99/2000.
60. D. Ginsburg, *Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe*, „Journal of Competition Law and Economics” 2005 1(3), s. 427-439.
61. T. Gonzales, M. Schmid, *Corporate Governance and Antitrust Behavior*, Swiss Institute of Banking and Finance, University of St. Gallen, Working Paper, 2012.
62. L. Gormsen, *Collective dominance: An overview of EU and national case law*, 17.11.2016, e-Competitions Collective dominance, Art. N° 72449.
63. J. Goyder, A. Albors-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford 2009.
64. A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford 2008.
65. A. Ghezzi, *Interlocking directorates in the financial sector: the Italian Job. An antitrust perspective*, 2012.
66. H. Hansmann, R. Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, „Yale Law School, Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy Law and Economics Working Paper” 2000/235.
67. A. Hay, *Facilitating Practices*, ABA Competition Law and Policy, Cornell Legal Studies Research Paper No. 05-029.
68. R. Hedges, H. Bird, G. Gilligan, A. Godwin, I. Ramsay, *An Empirical Analysis of Public Enforcement of Directors' Duties in Australia*, „Working Paper. Centre for International Finance and Regulation and Melbourne Law School” 3/2015, s. 7.
69. G. Hirsh, F. Montag, F. Sacker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2007.
70. K. Hopt, P. Leyens, *Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, „ECGI - Law Working Paper” 2004/18.
71. K. Hopt, *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron*, „Law Working Paper” 1/2007, s. 449.
72. H. Hovenkamp, *The Rule of Reason*, „Florida Law Review”, 2018/70.
73. H. Hovenkamp, *Monopolizing and the Sherman Act*, 2021.
74. M. Jacobs, *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, „Fordham International Law Journal”, 37/2014.
75. R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001/3.
76. J. Johnson, C. Daily, A. Ellstrand, *Boards of Directors: A Review and Research Agenda*, „Journal of Management” 22/1996.
77. C. Jungmann, *The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems - Evidence from the UK and Germany*, „European Company and Financial Law Review”, 2006/3.
78. A. Kalintiri, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, „European Law Review” 43/2018.
79. C. Kass, *Holding Parents Liable for Their Children's Wrongs: The U.S. and EU Diverge in the Corporate Governance Context*, 12.08.2010.
80. C. Koenig, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, „World Competition” 41/2018.
81. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014.
82. I. Kokkoris, *Merger Control in Europe: The Gap in the ECMR and National Merger Legislations*, London and New York, 2010.
83. C. Kono, D. Palmer, R. Frieland, M. Zafonte, *Lost in Space: The Geography of Corporate Interlocking Directorates*, „The American Journal of Sociology” 4/103/1998, s. 863-911.
84. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji Skutki dla Polski*, Warszawa 2006.
85. T. Krzyżewski, *Klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej jako ograniczenie akcesoryjne stosowane w ramach koncentracji przedsiębiorców*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 3(7)/2018, s. 67.
86. M. Kulesza, *Zakaz konkurencji obejmujący podmiot kontrolujący zbywcę w umowach transakcyjnych a komunikat i orzecznictwo KE w sprawie ograniczeń akcesoryjnych*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 5(9)/2020, s. 40.
87. W. Lafferty, L. Schmidt, D. Wolfe, Jr., *A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law*, Penn State Law Review 3/116/2012.
88. H. Langer, S. Lai, *Competition Law of the United States*, Washington 2019.
89. A. Laszczyk, *Kolektywna pozycja dominująca na rynkach telekomunikacyjnych na przykładzie decyzji hiszpańskich organów ochrony konkurencji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 3(2)/2013, s. 66.
90. N. Levy, *Article 101 and the Merger Regulation: a Single Analytical Framework?*, „Bruylant”, 1/2017.
91. A. Lindsay, A. Berridge, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 2012.
92. L. Mac Canna, N. Brennan, E. O'Higgins, *National Networks of Corporate Power: An Irish Perspective*, „Journal of Management and Governance”, 1998/2/4.

93. J. Macey, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton 2008.
94. G. Manne, J. Wright, *Innovation and the Limits of Antitrust*. George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-54, Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-26.
95. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009.
96. R. Meyer, S. Leixnering, J. Veldman, *Rethinking The Corporation: Introduction, [w:] The Corporation: Rethinking the Iconic Form of Business Organization* (Research in the Sociology of Organizations, Vol. 78), Emerald Publishing Limited 2022.
97. G. Miller, *Interlocking Directorates and the Antitrust Laws*, Colorado Lawyer, 26/1997.
98. M. Minkiewicz, *Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 3(3)/2014.
99. B. Mintz, M. Schwartz M., *Interlocking Directorates and Interest Group Formation*, “American Sociological Review”, Vol. 46, 1981.
100. M. Mizuchi, *What Do Interlock Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates*, „Annual Review of Sociology” 1996/22.
101. E. Moaveri Milanesi, A. Winterstein, *Minority shareholdings, interlocking directorships and the EC Competition Rules - Recent Commission practice*, „Competition Policy Newsletter”, 1/2002.
102. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002.
103. P. Molk, *Delaware's Dominance and the Future of Organizational Law*, „Georgia Law Review” 55/2021.
104. F. Morton, H. Hovenkamp, *Horizontal Shareholding and Antitrust Policy*, „Yale Law Journal” 127/2018.
105. J. Napierała, *Wykładnia prawa spółek Unii Europejskiej*, Warszawa 2020.
106. W. Nienhuser, *Resource dependence theory: How well does it explain behavior of organizations?*, „Management Revue”, 2008/19.
107. Y. Nili, *Horizontal Directors*, „Northwestern University Law Review” Vol. 114/5.
108. A. Nolan, *Unijne prawo konkurencji. Efektywność systemu odwołań spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2015.
109. M. Norton, *Shareholders' Agreements: Recent Lessons From The Delaware Courts*, „Business Visions Newsletter” 2019/5.
110. O. Odudu, D. Bailey, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, „Common Market Law Review” 51/2014.
111. S. O'Hagan, M. Green, *Tacit Knowledge Transfer Via Interlocking Directorates: a Comparison of Canada and the United States*, „Geografiska Annaler” 2002/84.
112. K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010.
113. B. Orbach, *D&O Liability for Antitrust Violations*, „Santa Clara Law Review”, Vol. 53/2020, s. 527 i n.
114. M. Pawlak, *Interlocking directorates and their changes in Polish companies*, „Indian Journal of Economics and Business” 2012/11, s. 63-88.
115. M. Pawlak, *An interlocking-directorates monitoring system*, „Journal for Perspectives of Economic Political and Social Integration”, 1-2/16/2012.
116. V. Petersen, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument for Their Restriction*, European Business Law Review, 6/2016.
117. G. Pini, *Passive-Aggressive Investments: Minority Shareholdings and Competition Law*, „European Business Law Review”, 23/2012.
118. R. Preminger, *Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act*, „Washington University Law Quarterly” 59/1981.
119. S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020.
120. A. Regiec, *Fiduciary duties of directors and officers to the corporation and its shareholders in the United States*, „Warsaw University Law Review” 14/1/2015.
121. A. Reindl, *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*, OECD, Paris 2013.
122. K. Reinker, D. Culley, E. Kim, *The Dominance and Monopolies Review: USA*, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-dominance-and-monopolies-review/usa>.
123. J. Rosch, *Terra Incognita: Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking-Directorate Law Enforcement in the United States*, Hong Kong 2009.
124. P. Roth, V. Rose, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, Oxford 2013.
125. O. Sandrock, A. Elke van, *New Merger Control Rules in the EEC*, „The International Lawyer” 25/859/1991.
126. G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford 2014.
127. G. Schneider, *Economic Principles and Problems: A Pluralist Introduction*, Routledge 2021.
128. M. Schmoeckel, *Personal Union of States: A General Term of International Law or a Concept for a German Schleswig-Holstein?*, Bonn 2017.
129. D. Schoorman, M. Bazerman, R. Atkin, *Interlocking Directorates: A Strategy for Reducing Environmental Uncertainty*, „The Academy of Management Review”

- 1981/6/2, s. 243-251; B. Mintz, M. Schwartz, *Interlocking Directorates and Interest Group Formation*, „American Sociological Review” 1981/46, s. 851-869.
130. P. Selznick, *TVA and the Grass Roots, A Study in the Sociology of Formal Organization*, Berkeley 1949.
131. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015.
132. M. Siems, *Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon* [w:] S. Wróbk, S. Van Uytsel, M. Siems, *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, Cambridge 2012.
133. T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji - także w Polsce - po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r., „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2/2004.*
134. T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
135. A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016.
136. E. Sullivan, H. Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 2003.
137. E. Sullivan, J. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New Providence 2014.
138. J. Szalacha-Jarmużek, *Interlocking directorates jako instytucja nieformalna zwiększająca efektywność działań korporacyjnych*, „Prakseologia”, 2012/152.
139. J. Szalacha-Jarmużek, *Między zaufaniem a elitarnością. Krzyżujące się zarządy i rady nadzorcze w Polsce - socjologiczna analiza zjawiska*, Toruń 2014.
140. M. Sz waj, *Ewolucja kontroli koncentracji w Polsce*, [w:] M. Krasnodebska-Tomkiel M. (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, UOKiK, Warszawa 2010.
141. L. Smiddy, L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems*, 2010.
142. J. Stone, J. Wright, *Antitrust Formalism is Dead! Long Live Antitrust Formalism! Some implications of American Needle v. NFL*, Cato Supreme Court Review 2010.
143. *System Prawa Prywatnego tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, S. Sołtysiński (red.), Warszawa 2015.
144. *System Prawa Prywatnego tom 17B. Prawo spółek kapitałowych*, S. Sołtysiński (red.), Warszawa 2016.
145. W. Szydło, *Pojęcie reprezentacji. Uwagi teoretycznoprawne*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, No 3171, Przegląd Prawa i Administracji LXXXII, Wrocław 2010.
146. M. Szydło, *Stosowanie art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do operacji koncentracyjnych*, Państwo i Prawo 2006/1/54-66.
147. C. Tan, *The One-Tier and Two-Tier Board Structures and Hybrids in Asia - Convergence and What Really Matters for Corporate Governance*, 2011.
148. F. Thepot, *The Interaction Between Competition Law and Corporate Governance. Opening the „Black Box”*, Cambridge 2019.
149. F. Thepot, *Interlocking directorates in Europe - an enforcement gap?*, [w:] M. Corradi, J. Nowag, *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge 2021.
150. F. Thepot, F. Hugon, M. Luinaud, *Interlocking Directorates and Anticompetitive risks: An Enforcement Gap in Europe?*, „Concurrences” 1/2016.
151. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2/12/2012.
152. B. Turno, Leniency. *Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2013.
153. A. Tzanaki, *The legal treatment of minority shareholdings under EU competition law: Present and future*, [w:] Essays in Honour of Professor Panayiotis I. Kanellopoulos, Sakkoulas Publications, Athens 2015.
154. UOKiK, *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*, Warszawa 2003.
155. D. Wajda, *Obowiązek lojalności w spółkach handlowych*, Warszawa 2009.
156. S. Waller, *Corporate Governance and Competition Policy*, „George Mason Law Review” 18/2011.
157. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford 2012.
158. L. Wilkinson, *Interlocking Directorates*, Practical Law, 2-3/2017.
159. J. Wells, *Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation*, „John Marshall Law Review” 3/33/2000.
160. G. Werden, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, „Antitrust Law Journal” 71/2004, s. 719-780.
161. Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne aspekty wielostronnej pozycji dominującej w prawie konkurencji*, PPH nr 7/2011.
162. M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, „Studia Prawa Prywatnego”, 2012/02.
163. T. Wilson, *The EU OECD paper on gun-jumping*, „Competition Law Blog”, 25.02.2019.
164. W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, „European Law Review” 25/2000.

165. P. Van Cleynenbreugel, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, Leuven 2011.
166. R. van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham/Northampton 2017.
167. D. Van Kędzierski, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, „Transformacje prawa prywatnego” 3/2018, s. 5 i n.
168. J. von Kalinowski, P. Sullivan, M. McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation. Volume 2*, Newark 2009.
169. E. Zajac, *Interlocking Directorates as an Interorganizational Strategy: A Test for Critical Assumptions*, „The Academy of Management Journal”, 1988/31/2, s. 428-438.
170. A. Zbiegień-Turzańska, *Reprezentacja spółek kapitałowych i spółdzielni*, Warszawa 2018.
171. K. Zweigert, H. Kotz, *Introduction to comparative law*, Oxford 1998.

Raporty

1. American Bar Association, *Corporate Director's Guidebook - Sixth Edition*, „Business Lawyer” 4/66/2011, s. 975-1064.
2. American Bar Association, *Interlocking Directorates Handbook*, 2011.
3. American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, Chicago 2015, s. 3.
4. American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, 2017/1/2G.
5. Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, London 1992.
6. DotEcon Ltd., *Minority interests in competitors. A research report*, 03/2010, OFT1218, Londyn 2010.
7. Komisja Europejska, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruksela, grudzień 2005 r.
8. Komisja Europejska, *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*, DAF/COMP/WP3/WD(2008)13, 19.02.2008 r.
9. Komisja Europejska, Biała Księga: *W kierunku skuteczniejszej unijnej kontroli łączenia przedsiębiorstw*, COM/2014/0449 final, 9.07.2014 r.
10. Komisja Europejska, *Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, SWD(2020) 338.
11. Heidrick & Struggles, *Corporate Governance Report 2009. Boards in turbulent times*, Chicago 2009.
12. Heidrick & Struggles, *European Corporate Governance Report 2011. Challenging board performance*, Chicago 2011.
13. International Competition Network, *ICN Merger Guidelines Workbook*, kwiecień 2006.
14. International Competition Network, *ICN Recommended practices for merger notification and review procedures*, 2017.
15. OECD, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, Paris 1993.
16. OECD, *Substantive Criteria used for Merger Assessment*, Paris 2002.
17. OECD, *Facilitating Practices in Oligopolies*, Paris 2007.
18. OECD, *Antitrust issues involving minority share ownership and interlocking directorates*, DAF(COMP)2008/30, Paris 2008.
19. OECD, *Standard for Merger Review*, Paris 2009.

20. OECD, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, Paris 2010.
21. OECD, *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*, Paris 2013.
22. OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris 2015.
23. OECD, *Common ownership by institutional investors and its impact on competition*, DAF(COMP)2017/10, Paris 2017.
24. UOKiK, *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*, Warszawa 2003.

Orzecznictwo Prezesa UOKiK

1. Decyzja Prezesa UOKiK z 12.06.2002 r. nr RKT-22/2002.
2. Decyzja Prezesa UOKiK z 18.03.2005 r. nr RWA-8/2005.
3. Decyzja Prezesa UOKiK z 30.08.2005 r. nr RKT-45/2005.
4. Postanowienie Prezesa UOKiK z 15.02.2006 r. nr DOK2-073-30/05/MKK.
5. Decyzja Prezesa UOKiK z 28.02.2006 r. nr RLU-3/2006.
6. Decyzja Prezesa UOKiK z 9.08.2006 r. nr RKR-37/2006.
7. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2006 r. nr DOK-164/06.
8. Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r. nr DOK-34/07.
9. Decyzja Prezesa UOKiK z 18.11.2008 r. nr DKK-88/08.
10. Decyzja Prezesa UOKiK z 18.11.2008 r. nr DKK-89/08.
11. Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r. nr DOK-7/09.
12. Decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r. nr DKK-12/2011.
13. Decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., nr RBG -9/2011.
14. Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r. nr DOK -8/2011.
15. Decyzja Prezesa UOKiK z 22.10.2013 r. nr DKK-132/2013.
16. Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2014 r. nr DOK-9/2014.
17. Decyzja Prezesa UOKiK z 14.07.2015 r. nr DOK-2/2015.
18. Decyzja Prezesa UOKiK z 25.09.2015 r. nr DOK -3/2015.
19. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2017 r. nr DOK-3/2017.
20. Decyzja Prezesa UOKiK z 2.01.2018 r. nr DOK-1/2018.
21. Decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019.

22. Decyzja Prezesa UOKiK z 3.12.2020 r. nr DOK-5/2020.
23. Decyzja Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DKK-1/2021.

Orzecznictwo sądów polskich

1. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15.03.2017 r. w sprawie VI ACa 1620/15.
2. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 18.06.2015 r. w sprawie XVII AmA 112/12.
3. Wyrok Sądu Najwyższego z 9.08.2006 r. w sprawie III SK 6/06.
4. Wyrok Sądu Najwyższego z 19.10.2006 r. w sprawie III SK 15/06.
5. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 10.09.2003 r. w sprawie XVII Ama 136/02.

Orzecznictwo sądów unijnych

1. Wyrok Trybunału z 13.07.1962 r. w połączonych sprawach 17 i 20/61 Klöckner-Werke AG i Hoesch AG przeciwko Wysokiej Władzy Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali.
2. Wyrok Trybunału z 13.07.1962 r. w sprawie 19/61 Mannesmann AG przeciwko Wysokiej Władzy Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali.
3. Wyrok Trybunału z 30.06.1966 r., w sprawie 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) przeciwko Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)
4. Wyrok Trybunału z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji.
5. Wyrok Trybunału z 21.02.1973 r. w sprawie 6-72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji.
6. Wyrok Trybunału z 16.12.1975 r. w połączonych sprawach 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 oraz 114/73 Suiker Unie przeciwko Komisji.
7. Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 United Brands Company oraz United Brands Continentaal BV przeciwko Komisji.
8. Wyrok Trybunału z 13.02.1979 r. w sprawie nr 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji.
9. Wyrok Trybunału z 9.12.1983 r. w sprawie nr 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji.
10. Wyrok Trybunału z 17.11.1987 r. w połączonych sprawach 142 i 156/84 British-American Tobacco Company Ltd and R. J. Reynolds Industries Inc. przeciwko Komisji.
11. Wyrok SPI z 17.12.1991 r. w sprawie T-7/89 SA Hercules Chemicals przeciwko Komisji.
12. Wyrok SPI z 10.03.1992 r. w sprawie T-11/89 Shell przeciwko Komisji.
13. Wyrok SPI z 10.03.1992 r. w połączonych sprawach T-68/89, T-77/89 oraz T-78/89, Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA oraz PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji.
14. Wyrok Trybunału z 31.03.1993 r. w sprawach C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 oraz C-125/85 do C-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji.
15. Wyrok Trybunału z 27.04.1994 r. w sprawie C-393/92 Municipality of Almelo i inni przeciwko NV Energiebedrijf IJsselmij.
16. Wyrok SPI z 6.04.1995 r. w sprawie T-141/89 Tréfileurope Sales SARL przeciwko Komisji.
17. Wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-309/94 NV Koninklijke przeciwko Komisji.
18. Wyrok Trybunału z 31.03.1998 r. w sprawach połączonych C-68/94 i C-30/95, Republika Francuska, Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) oraz Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji.
19. Wyrok SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T 102/96 Gencor Ltd, przeciwko Komisji.
20. Wyrok Trybunału z 8.06.1999 r. w sprawie C-49/92 P Komisja przeciwko Anic Partecipazioni SpA.
21. Wyrok SPI z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97 Irish Sugar plc przeciwko Komisji.
22. Wyrok SPI z 15.05.2000 r. T-25/95 i n. Cimenteries CBR przeciwko Komisji.
23. Wyrok SPI z 26.10.2000 r. w sprawie T-41/96 Bayer AG przeciwko Komisji.
24. Wyrok Trybunału z 16.03.2000 r. w połączonych sprawach C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA oraz Dafra-Lines A/S przeciwko Komisji.
25. Wyrok SPI z 6.06.2002 r. w sprawie T-342/99 Airtours plc przeciwko Komisji.
26. Wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T 314/01 Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA przeciwko Komisji Europejskiej.
27. Wyrok Trybunału z 23.11.2006 r. w sprawie C 238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, Administración del Estado przeciwko Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc).
28. Wyrok SPI z 26.04.2007 r. w połączonych sprawach T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 oraz T-136/02 Bolloré SA i inni przeciwko Komisji.
29. Wyrok SPI z 12.12.2007 r. w sprawie T-112/05 Akzo Nobel NV i inni przeciwko Komisji.
30. Postanowienie Prezesa SPI z 18.03.2008 r. T-411/07 Aer Lingus przeciwko Komisji.
31. Wyrok SPI z 8.07.2008 r. w sprawie T 99/04 AC Treuhand AG przeciwko Komisji.
32. Wyrok Trybunału z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 T-Mobile Netherlands BV. i in. przeciwko Raad van bestuur van den Nederlandse Mededingingsautoriteit.
33. Wyrok Trybunału z 3.09.2009 r. w sprawach połączonych C 322/07 P, C 327/07 P i C 338/07 P Papierfabrik August Koehler AG i inni przeciwko Komisji.
34. Wyrok Trybunału z 10.09.2009 r. w sprawie C-97/08 P, Akzo Nobel i inni przeciwko Komisji.
35. Wyrok SPI z 14.07.2011 r. w sprawie T 190/06 Total SA i Elf Aquitaine SA przeciwko Komisji.
36. Wyrok SPI z 24.05.2012 r. w sprawie T-11/08 Mastercard, Inc. i inni przeciwko Komisji.
37. Wyrok Trybunału z 10.04.2014 r. w sprawach połączonych od C 231/11 P do C 233/11 P Komisja Europejska przeciwko Siemens AG Österreich.

38. Wyrok Trybunału z 11.09.2014 r. w sprawie C 67/13 P Groupement des cartes bancaires przeciwko Komisji.
39. Wyrok Trybunału z 22.10. 2015 r. w sprawie C 194/14 P AC-Treuhand AG przeciwko Komisji.
40. Wyrok Trybunału z 26.11.2015 r. w sprawie C 345/14 Maxima Latvija.
41. Wyrok Trybunału z 20.01.2016 r. w sprawie C 373/14 P Toshiba Corporation przeciwko Komisji.
42. Wyrok Trybunału z 7.09.2017 r. w sprawie C-248/16 Austria Asphalt GmbH & Co OG przeciwko Bundeskartellanwalt.
43. Wyrok Trybunału z 31.05.2018 r. w sprawie C-633/16 Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet.
44. Wyrok SPI z 12.07.2018 r. w sprawie T 419/14 Goldman Sachs Group przeciwko Komisji.
45. Wyrok Trybunału z 30.01.2020 r. w sprawie C 307/18 Generics (UK) Ltd i in. przeciwko Competition Markets Authority.
46. Wyrok Trybunału z 2.04.2020 r. w sprawie C 228/18 Gazdasági Versenyhivatal przeciwko Budapest Bank Nyrt.
47. Wyrok Trybunału z 27.01.2021 r. w sprawie C 595/18 P Goldman Sachs Group przeciwko Komisji.
48. Wyrok SPI z 22.09.2021 r. w sprawie T-425/18 Altice Europe NV przeciwko Komisji Europejskiej.
49. Wyrok Trybunału z 16.03.2023 r. w sprawie C-449/21 Towercast SASU przeciwko Autorité de la concurrence.
50. Wyrok Trybunału z 9.11.2023 r. w sprawie C 746/21 P Altice Group Lux Sàrl przeciwko Komisji Europejskiej.

Orzecznictwo Komisji Europejskiej

1. Decyzja Komisji Europejskiej z 27.11.1981 r. w sprawie IV/30.188 Moët et Chandon.
2. Decyzję Komisji Europejskiej z 15.05.1991 r. w sprawie IV/32186 Gosmé/Martell-DMP.
3. Decyzja Komisji Europejskiej z 22.07.1992 r. w sprawie IV/M.190 Nestlé/Perrier.
4. Decyzja Komisji Europejskiej z 10.10.1992 r. w sprawie IV/33.440 Warner-Lambert/Gillette and Others oraz IV/33.486 BIC/Gillette and Others.
5. Decyzja Komisji Europejskiej z 14.12.1993r. w sprawie IV/M.308, KaliundSalz/MdK/Treuhand.
6. Decyzja Komisji Europejskiej z 27.07.1994 r. w sprawie IV/34.857 BT-MCI.
7. Decyzja Komisji Europejskiej z 11.11.1994 r. w sprawie V/34.410 Olivetti-Digital.
8. Decyzja Komisji Europejskiej z 17.07.1996 r. w sprawie IV/35.617 Phoenix/GlobalOne.
9. Decyzja Komisji Europejskiej z 14.05.1997 r. w sprawie IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc.
10. Decyzja Komisji Europejskiej z 8.05.1998 r. w sprawie IV/M.1082 ALLIANZ/AGF.
11. Decyzja Komisji Europejskiej z 2.06.1998 r. w sprawie IV/M.1080 THYSEN/ KRUPP.
12. Decyzja Komisji Europejskiej z 8.04.1999 r. w sprawie COMP/M.1453AXA/GRE.
13. Decyzja Komisji Europejskiej z 12.01.2000 r. w sprawie COMP/M.1712 GENERALI/INA.
14. Decyzja Komisji Europejskiej z 2.10.2001 r. w sprawie COMP/E-1/36.756 - Glukonian sodu.
15. Decyzja Komisji Europejskiej z 8.11.2001 r. w sprawie COMP/M.2567 NORDBANKEN/POSTGIROT.
16. 124 Komisji Europejskiej z 20.12.2001 r. w sprawie COMP/E-1/36.212 Carbonless paper.
17. Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.2002 r. w sprawie COMP/M.2650 Haniel/Cementbouw/JV (CVK).
18. Decyzja Komisji Europejskiej z 10.12.2003 r. COMP/E-2/37.857 - Organic peroxides.
19. Decyzja Komisji Europejskiej z 11.11.2009 r. COMP/38589 - Heat Stabilizers.

20. Decyzja Komisji Europejskiej z 12.11.2009 r. w sprawie COMP/M.5549 EDF/ SEGEBEL.
21. Decyzja Komisji Europejskiej z 31.03.2011 r. w sprawie COMP/M.6082 CHINA NATIONAL BLUESTAR/ ELKEM.
22. Decyzja Komisji Europejskiej z 19.05.2011 r. w sprawie COMP/M.6113-DSM/ SINOCHEN/JV.
23. Decyzja Komisji Europejskiej z 8.03.2013 r. COMP/M.6801 - ROSNEFT/ TNK-BP.
24. Decyzja Komisji Europejskiej z 2.04.2014 r. w sprawie AT.39610 - Power Cables.
25. Decyzja Komisji Europejskiej z 1.07.2015 r. w sprawie M.7643 CNRC/PIRELLI.
26. Decyzja Komisji Europejskiej z 10.03.2016 r. w sprawie M.7850 - EDF/CGN/ NNB GROUP OF COMPANIES.
27. Decyzja Komisji Europejskiej z 28.04.2018 r. w sprawie M.7993 - ALTICE/PT PORTUGAL.
28. Decyzja Komisji Europejskiej z 15.06.2018 r. w sprawie M.8660 FORTUM/ UNIPER.

Orzecznictwo sądów amerykańskich

1. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 10.06.1946 r. w sprawie American Tobacco Co. przeciwko United States, 328 U.S. 781.
2. Wyrok Sądu Najwyższego z 23.06.1947 r. w sprawie United States przeciwko Yellow Cab Co.(1947), 67 S. Ct. 1565.
3. Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 28.04.1953 r. w sprawie United States przeciwko Sears, Roebuck Co., 111 F. Supp. 614, 615 (S.D.N.Y. 1953).
4. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 3.06.1957 r. w sprawie United States przeciwko E. I. Du Pont de Nemours & Co., 353 U.S. 586, 77 S. Ct. 872, 1 L. Ed. 2d 1057, 1957.
5. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 22.06.1964 r. w sprawie United States przeciwko Continental Can Co., 378 U.S. 441, 84 S. Ct. 1738, 12 L. Ed. 2d 953, 1964 Trade Cas. (CCH) 71146.
6. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 13.06.1966 r. w sprawie United States przeciwko Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966).
7. Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 1966 r. w sprawie Paramount Pictures Corp. przeciwko Baldwin-Montrose Chemical Co., Inc., CCH Trade Cas. 71,678 (S.D.N.Y. 1966).
8. Wyrok sądu apelacyjnego siódmego okręgu z 5.09.1973 r. w sprawie Protectoseal Company przeciwko Barancik, 484 F.2d 585, 587 (7th Cir. 1973).
9. Wyrok sądu okręgowego w Ohio z 30.06.1974 r. w sprawie United States przeciwko Cleveland Trust Company, 392 F. Supp. 699, 701 (N.D. Ohio 1974).
10. Wyrok Sądu Apelacyjnego Dystryktu Kolumbia z 6.12.1974 r. Martin-Trigona przeciwko Federal Reserve Bd., 509 F.2d 363, 166 U.S. App. D.C. 30, 1974-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 75386, 1974 U.S. App. LEXIS 5770 (D.C. Cir. 1974).
11. Wyrok sądu okręgowego dla południowej Kalifornii z 16.01.1975 r. w sprawie Nelson przeciwko Pacific Southwest Airlines, 399 F. Supp. 1025, 1975-1 Trade Cas. (CCH) 60124, 1975 U.S. Dist. (S.D. Cal. 1975).
12. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 16.06.1975 r. w sprawie Goldfarb przeciwko Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975).
13. Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 5.03.1976 r. w sprawie Harlem River Consumers Co-op przeciwko Associated Grocers of Harlem, Inc., No. 70 CIV. 4128, 1976 WL 1238, (S.D.N.Y. Mar. 5, 1976).
14. Wyrok sądu okręgowego w Kalifornii z 27.08.1976 r. w sprawie United States przeciwko Crocker National Corp., 422 F. Supp. 686, 703 (N.D.Cal. 1976).
15. Wyrok sądu apelacyjnego trzeciego okręgu z 21.06.1977 r. w sprawie Bogosian przeciwko Gulf Oil Corp., 561 F.2d 434, 445 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086, 98 S. Ct. 1280, 55 L. Ed. 2d 791 (1978).
16. Wyrok sądu apelacyjnego drugiego okręgu z 26.09.1977 r. w sprawie SCM Corp. przeciwko Federal Trade Commission, 565 F.2d 807, 808 (2d Cir. 1977).

17. Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 25.04.1978 r. w sprawie National Soc'y of Prof. Engineers przeciwko United States, 435 U.S. 679 (1978).
18. Wyrok sądu apelacyjnego drugiego okręgu z 28.09.1978 r. w sprawie Kennecott Copper Corp przeciwko Curtiss-Wright Corp., 584 F.2d 1195, 1205 (2d Cir. 1978).
19. Wyrok sądu hrabstwa Nassau z 29.03.1979 r. w sprawie In re TRW Credit Data, 98 Misc. 2d 940, (N.Y. Cnty. Ct. 1979).
20. Wyrok sądu okręgowego w Maryland z 6.05.1981 r. w sprawie American Bakeries Co. przeciwko Gourmet Bakers, Inc., 515 F. Supp. 977 (D. Md. 1981).
21. Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 8.06.1981 r. w sprawie TRW, Inc. przeciwko Federal Trade Commission, 647 F.2d 942, 949 (9th Cir. 1981).
22. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 8.06.1983 r. w sprawie BankamericaCorp. przeciwko UnitedStates, 462 U.S. 122, 130-32.
23. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 20.03.1984 r. w sprawie Monsanto Co. przeciwko Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 762, 104 S. Ct. 1464, 79 L. Ed. 2d 775 (1984).
24. Wyrok sądu apelacyjnego dziesiątego okręgu z 30.03.1984 r. w sprawie Jicarilla Apache Tribe przeciwko Supron Energy, 728 F.2d 1555, 1561 (10th Cir. 1984).
25. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 19.06.1984 r. w sprawie Copperweld Corp. przeciwko Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, (1984).
26. Wyrok Sądu Najwyższego z 27.06.1984 r. w sprawie NCAA przeciwko Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).
27. Wyrok sądu apelacyjnego drugiego okręgu z 3.10.1984 r. w sprawie Borg-Warner Corp. przeciwko F.T.C., 746 F.2d 108, (2d Cir. 1984).
28. Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 23.11.1986 r. w sprawie United States przeciwko International Association of Machinists & Aerospace Workers, 94-0690, 1994, U.S. Dist. Lexis 20224 (D.D.C. 1994).
29. Wyrok sądu apelacyjnego czwartego okręgu z 9.02.1987 r. w sprawie Chuck's Feed Seed Co. v. Ralston Purina, 810 F.2d 1289, 1291 (4th Cir. 1987).
30. Wyrok Sądu Okręgowego dla okręgu wschodniej Pensylwanii z 29.12.1987 r. w sprawie McTamney przeciwko Stolt Tankers and Terminals, 678 F. Supp. 118 (E.D. Pa. 1987).
31. Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 26.04.1989 r. w sprawie American Vision Centers przeciwko Cohen, 711 F. Suppl. 721 (E.D.N.Y. 1989).
32. Wyrok sądu okręgowego w Kansas z 28.08.1989 r. w sprawie Freeman przeciwko Medevac Midamerica of Kansas, Inc., 719 F. Supp. 1014.
33. Wyrok sądu apelacyjnego jedenastego okręgu z 29.01.1991 r. w sprawie Todorov przeciwko DCH Healthcare Auth., 921 F.2d 1438, 1455 (11th Cir. 1991).
34. Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 28.03.1991 r. w sprawie Square D Co. przeciwko Schneider S.A., 760 F. Supp. 362, 366 (S.D.N.Y. 1991).
35. Wyrok sądu apelacyjnego jedenastego okręgu z 7.06.1991 r. w sprawie Tidmore Oil Co. przeciwko BP Oil Co./Gulf Prods. Division, 932 F.2d 1384, 1388 (11th Cir.), cert. denied, 502 U.S. 925, 112 S. Ct. 339, 116 L. Ed. 2d 279 (1991).
36. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 30.03.1993 r. Spectrum Sports, Inc. przeciwko McQuillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).
37. Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 7.04.1994 r. w sprawie EGH Inc. przeciwko Blue Cross & Blue Shield, 1994 U.S. App.
38. Wyrok sądu apelacyjnego siódmego okręgu z 5.05.1994 r. w sprawie Protectoseal Company przeciwko Barancik 23 F.3d 1184, (7th Cir. 1994).
39. Wyrok sądu okręgowego Dystryktu Kolumbia z 16.02.1996 r. w sprawie U.S. przeciwko Sprint Corp. and Joint Venture Co.
40. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 8.06.1998 r. w sprawie United States przeciwko Bestfoods, 524 U.S. 51, 65.
41. Wyrok Sądu Najwyższego z 24.05.1999 r. w sprawie California Dental Assn. przeciwko FTC, 526 U.S. 756 (1999).
42. Wyrok sądu okręgowego w Montanie z 4.05.2000 r. w sprawie Paladin Associates, Inc. przeciwko Montana Power Co., 97 F. Supp. 2d 1013, 1014 (D. Mont. 2000).
43. Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 10.12.2003 r. w sprawie Reading International przeciwko Oaktree Capital Management, 317 F. Supp. 2d 301 (S.D.N.Y. 2003).
44. Wyrok sądu okręgowego Pensylwanii z 21.06.2003 r. w sprawie Healthamerica Pennsylvania przeciwko Susquehanna Health System, 278 F. Supp. 2d 423, (M.D. Pa. 2003).
45. Wyrok sądu okręgowego Dystryktu Kolumbia z 20.06.2008 r. w sprawie, U.S. przeciwko CommScope, Inc. and Andrew Corp., 07-2200.
46. Wyrok Sądu Najwyższego z 24.05.2010 r. w sprawie American Needle, Inc. v. National Football League, 560 U.S. 183 (2010).
47. Wyrok sądu okręgowego dla stanu Illinois z 24.09.2010 r. w sprawie In re Sulfuric Acid Antitrust Litigation, 743 F.Supp.2d 827, 884-86 (N.D. Ill. 2010).
48. Wyrok sądu okręgowego dla stanu Kalifornia z 27.03.2013 r. United States przeciwko eBay, Inc., 968 F. Supp. 2d 1030, 1036-37 (N.D. Cal. 2013).
49. Wyrok sądu okręgowego dla stanu Kalifornia z 6.01.2015 r. w sprawie Bona Fide Conglomerate, Inc. przeciwko SourceAmerica, (S.D. Cal. Jan. 6, 2015).
50. Wyrok sądu apelacyjnego dziewiątego okręgu z 22.05.2017 r. w sprawie Bona Fide Conglomerate, Inc. przeciwko SourceAmerica, 691 F. App'x 389, 391 (9th Cir. 2017).
51. Wyrok sądu okręgowego w Nowym Jorku z 30.03.2021 r. w sprawie PharmacyChecker.com, LLC przeciwko Nat'l Ass'n of Boards of Pharmacy, 530 F. Supp. 3d 301, 336 (S.D.N.Y. 2021).

Pozostałe

1. Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 6.12.1977 r. w sprawie In the Matter of Perpetual Federal Savings & Loan Association, 90. F.T.C. 608 (1977).
2. Pismo Departamentu Sprawiedliwości USA z 26.02.1981 r., 5 Trade Regulation Reporter.
3. Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 23.06.1983 r. w sprawie Borg-Warner Corporation et. al., 101 F.T.C.
4. Decyzja Federalnej Komisji Handlu z 20.09.1996 r. w sprawie Lockheed Martin Corporation, nr C-3685.
5. Opinia Rzecznika Generalnego Fennelly z 29.10.1998 r. w połączonych sprawach C-395/96 P oraz C-396/96 P Compagnie Maritime Belge NV i Dafra-Lines przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.
6. Federalna Komisja Handlu, Departament Sprawiedliwości, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, Washington 2000.
7. Pismo Departamentu Sprawiedliwości z 12.11.2002 r., dostęp: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/200455.pdf>
8. Skarga Departamentu Sprawiedliwości z 6.12.2007 r. w sprawie U.S. przeciwko CommScope, Inc. and Andrew Corp., 1:07-cv-02200.
9. Departament Sprawiedliwości, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, Chapter 1, Washington 2008.
10. Oświadczenie Richarda Feinsteina, dyrektora biura konkurencji Federalnej Komisji Handlu, dotyczące ogłoszenia rezygnacji Erica Schmidta, Prezesa Google, z funkcji w radzie dyrektorów Apple, 3.08.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/08/statement-bureau-competition-director-richard-feinstein-regarding>.
11. Oświadczenie Jona Leibowitza dotyczące ogłoszenia rezygnacji Arthura D. Levinsona z funkcji w radzie dyrektorów Google, 12.10.2009 r., dostęp: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/10/statement-ftc-chairman-jon-leibowitz-regarding-announcement>.
12. Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, 2009/C 45/02.
13. Departament Sprawiedliwości, Federalna Komisja Handlu, *Horizontal Merger Guidelines*, 19.08.2010 r.
14. Komunikat Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych z 18.01.2011 r.: Justice Department Allows Comcast-NBCU Joint Venture to Proceed with Conditions, Companies Agree to License Programming to Online Distributors and Comply with Anti-Retaliation Provisions and Open Internet Requirements, 11-061.
15. Komunikat Komisji, Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie de minimis) (2014/C 291/01).
16. Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla z 21.05.2015 r. w sprawie C-194/14 P AC-Treuhand AG przeciwko Komisji Europejskiej.
17. Komunikat Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych, Tullett Prebon and ICAP Restructure Transaction after Justice Department Expresses Concerns about Interlocking Directorates, 14.07.2016 r., <https://www.justice.gov/opa/pr/tullett-prebon-and-icap-restructure-transaction-after-justice-department-expresses-concerns>.
18. Opinia Rzecznika Generalnego N. Wahla z 18.01.2018 r. w sprawie C 633/16 Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet.
19. *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw*, Druk sejmowy nr 3236, 12.02.2019 r., s. 63.

Wydawnictwo w ramach serii „Biblioteka UOKiK”

Adrian Bielecki – laureat I miejsca w konkursie Prezesa UOKiK w edycji 2024/25 na najlepszą rozprawę doktorską w obszarze ochrony konkurencji. Pracę napisał pod kierunkiem prof. ucz. dra hab. Cezarego Banasińskiego. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Ukończył Podyplomowe Studia Prawa Konkurencji w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Jako stypendysta Polsko-Amerykańskiej Komisji Fulbrighta prowadził badania naukowe jako Visiting Researcher w Global Antitrust Institute na George Mason University (USA). Od 2023 r. członek zarządu Stowarzyszenia Prawa Konkurencji. W 2024 r. uzyskał stopień doktora nauk prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Specjalizuje się w prawie ochrony konkurencji i prawie konsumenckim; posiada wieloletnie doświadczenie we współpracy z wiodącymi międzynarodowymi kancelariami prawnymi. Od 2023 r. związany z kancelarią Taylor Wessing.



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

ISBN 978-83-64681-46-2



9 788364 681462