

Wprowadzenie

Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa (ang. *joint venture*) jest uznawane za jedno z najtrudniejszych i najbardziej skomplikowanych zagadnień prawa konkurencji¹. Wątpliwości budzi już samo pojęcie wspólnego przedsiębiorstwa, gdyż trudno je jednoznacznie zdefiniować². Z ekonomicznego punktu widzenia stanowi ono formę aliansu strategicznego. Można je traktować również jako syndykat. Natomiast z prawnego punktu widzenia, obejmuje zarówno porozumienia mające ułatwić współpracę np. w obszarze badawczo-rozwojowym, produkcyjnym, dystrybucyjnym itp., jak i koncentrację zasobów wniesionych przez partnerów handlowych (założycieli) i podlegających ich wspólnej kontroli³.

¹ W literaturze słusznie wskazuje się, że na gruncie ustawy z 17.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 229) pojęcie *joint venture* ma węższe znaczenie niż w innych systemach prawnych, gdyż obejmuje wyłącznie te formy kooperacji, które są tworzone przez przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy. Nie obejmuje ono przykładowo umów o współpracy, których nie można zakwalifikować jako utworzenia wspólnego przedsiębiorcy – zob. J. Lenart, T. Kaczyńska, Kiedy utworzenie nowej spółki nie będzie kwalifikowane jako utworzenie nowego przedsiębiorcy (*joint venture*)? Praktyczne rozważania dotyczące problematyki *joint venture* w polskim prawie konkurencji, iKAR 2016, vol. 1(5), s. 37 i n.; por. A.K. Jazdzewski, Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego – uwagi teoretycznoprawne, RPEiS 2000, z. 2, s. 87–89. W pracy dla uproszczenia pojęcie *joint venture* i wspólne przedsiębiorstwo (wspólny przedsiębiorca na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) będą używane zamiennie. Zob. G. Materna, Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie konkurencji, Warszawa 2009, s. 44–70; M. Szydło, Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji, Warszawa 2010, s. 11–61.

² W celu uniknięcia posługiwania się różnymi pojęciami wykorzystywanymi w prawie krajowym i unijnym (np. przedsiębiorstwo i przedsiębiorca) w opracowaniu będzie używane pojęcie przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym, a nie przedmiotowym. Jednak w przypadku, gdy omawiane będą wyłącznie przepisy ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów będzie używane pojęcie przedsiębiorcy. Zob. G. Materna, Pojęcie przedsiębiorcy, s. 44–70; M. Szydło, Nadużywanie pozycji dominującej, s. 11–61.

³ Wspólne przedsiębiorstwo podlega wspólnej kontroli co najmniej dwóch podmiotów, które w literaturze są określane jako spółki dominujące. W niniejszym opracowaniu użyto pojęcia „założyciele wspólnego przedsiębiorstwa”, a nie „spółki dominujące”, ponieważ pojęcie założycieli (rodziców) jest szersze niż spółki dominującej. Wspólne przedsiębiorstwo jest kontrolowane przez co najmniej dwóch założycieli. W praktyce może być więcej niż dwóch założycieli, przy czym nie wszyscy muszą posiadać prawa udziałowe uprawniające do kontroli *joint venture*. Nie każdy założyciel posiada bowiem prawa głosu na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) uprawniające do wywierania decydującego wpływu na wspólne przedsiębiorstwo (zob. rozdz. III).

Wspólne przedsiębiorstwo, z jednej strony, stanowi formę kooperacji założycieli, a z drugiej, założyciele posiadają prawa udziałowe zapewniające im możliwość wywierania decydującego wpływu na *joint venture*. W takiej sytuacji zachodzi stan faktyczny koncentracji pomimo, że stosunki między założycielami nie mają charakteru koncentracyjnego, jeśli pozostają oni prawnie i gospodarczo niezależni. Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa nie wpływa bowiem na zmianę struktury własności kapitału zakładowego założycieli. Z tych względów wspólne przedsiębiorstwo jest hybrydą prawno-organizacyjną. Takie *joint venture* stanowi formę koncentracji zasobów przez założycieli, a jednocześnie może prowadzić do koordynacji ich zachowań rynkowych. Obejmuje ono zatem różne sposoby współdziałania gospodarczego partnerów handlowych, które należy oceniać zarówno w kontekście strukturalnym, jak i behawioralnym. Z tego względu niektóre wspólne przedsiębiorstwa są objęte reżimem rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej: rozporządzenie Nr 139/2004 lub RKK)⁴, a inne reżimem art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), zawierającym zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję⁵. Jest to uzależnione od spełnienia (lub nie) kryterium pełnego zakresu funkcji⁶. Zróżnicowanie wspólnych przedsiębiorstw pod względem ich materialnoprawnej oceny determinuje pogląd, że koncentracje naruszają strukturę rynku właściwego, podczas gdy porozumienia między przedsiębiorstwami kształtują ich zachowania na rynku właściwym. Na gruncie polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wspólny przedsiębiorca jest traktowany jako strukturalne połączenie zasobów przez założycieli, ponieważ ustawodawca nie wyodrębnił poszczególnych typów wspólnych przedsiębiorców i każdy przypadek utworzenia wspólnego przedsiębiorcy stanowi stan faktyczny koncentracji⁷.

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych problemów, tak na gruncie rozporządzenia Nr 139/2004, jak i ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ustalenie, kiedy utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowi stan faktyczny koncentracji. W świetle przepisów rozporządzenia Nr 139/2004 głównym problemem jest dokonanie we-

⁴ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE 2004, L 24, s. 1. Zastąpiło ono rozporządzenie Rady (EWG) Nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. WE 1997, L 180, s. 1 (dalej też jako: pierwsze rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji).

⁵ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 115, s. 4).

⁶ Zob. rozdz. II.

⁷ Taki pogląd jest także prezentowany w literaturze. Zob. *T. Skoczny* (red.), w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 614; *A. Wierciński*, *Komentarz do art. 13 OKiKU*, w: *A. Stawicki, E. Stawicki* (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 425–426; *C. Banasiński, E. Piontek* (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 341; *K. Kohutek, M. Sieradzka*, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 484; *A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madala, T. Wardyński*, *Prawo konkurencji. Prawo w praktyce*, Warszawa 2011, s. 427.

ryfikacji, które wspólne przedsiębiorstwo rzeczywiście kwalifikuje się do postępowania w trybie tego rozporządzenia. W Polsce na gruncie OKiKU problem ten ma zupełnie inny wymiar. Ustawa nie przewiduje bowiem podziału wspólnych przedsiębiorców na pełno- i niepełnofunkcyjnych. W świetle art. 13 ust. 1 i 2 OKiKU, notyfikacji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy. W Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK⁸ wyrażono pogląd, że zakres podmiotowy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje wszystkich wspólnych przedsiębiorców bez względu na ich charakter (koncentracyjny lub kooperacyjny)⁹. Artykuł 13 OKiKU obejmuje jednak wyłącznie koncentrację. Oznacza to, że obowiązek notyfikacji wspólnych przedsiębiorców Prezesowi UOKiK powinien dotyczyć tylko operacji koncentracyjnych. Zatem wykładnia art. 13 ust. 2 pkt 3 OKiKU powinna ograniczać się do sytuacji, gdy utworzenie wspólnego przedsiębiorcy stanowi stan faktyczny koncentracji. Problem zasadności (lub nie) wyodrębniania różnych typów wspólnych przedsiębiorców oraz doboru narzędzi wykorzystywanych w tym celu ma poważne konsekwencje praktyczne, zarówno z punktu widzenia jakości prewencyjnego nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi, jak i z punktu widzenia pewności prawnej przedsiębiorców.

Uzasadniając wybór tematu, należy podkreślić, że wspólne przedsiębiorstwo stanowi obok przejęcia kontroli najczęściej wykorzystywaną formę koncentracji, choć może ono stanowić także porozumienie w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE oraz art. 6 OKiKU. Wiele wspólnych przedsiębiorstw łączy elementy kooperacji (koordynacji) i koncentracji. Taka hybrydowa natura wspólnego przedsiębiorstwa wymusza jego wielopoziomową ocenę przez organy antymonopolowe zarówno pod kątem koordynacji zachowań rynkowych założycieli, jak też nadużycia pozycji dominującej. Zagadnienia te są niezwykle istotne zarówno z punktu widzenia teroretycznego, jak i praktycznego. Tymczasem dotychczas brak jest kompleksowych badań nad wspólnym przedsiębiorstwem tak na gruncie prawa europejskiego, jak i polskiego. W Polsce dorobek doktryny obejmuje zaledwie kilkanaście artykułów naukowych oraz rozdziały w podręcznikach i komentarzach z zakresu prawa konkurencji, w których wspólny przedsiębiorca stanowi jedynie wycinek w badaniach nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi. Prezentowana monografia zawiera pierwszą w Polsce analizę koncentracji w formie *joint venture* i może stanowić przyczynek do dalszych badań oraz do dyskusji nad pożądanym modelem nadzoru nad tworzeniem wspólnych przedsiębiorców w świetle przepisów OKiKU. Jednocześnie uwypukla ona potrzebę dyskusji nad rewizją przepisów rozporządzenia Nr 139/2004, z jednej strony, i OKiKU z drugiej, w celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych i ryzyka niejednorodnych rozstrzygnięć podobnych przypadków przez Prezesa UOKiK i Komisję Europejską.

⁸ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania koncentracji Prezesowi UOKiK, UOKiK, Warszawa 2015, <https://uokik.gov.pl/download.php?id=1269> (dostęp: 28.12.2016 r.).

⁹ *Ibidem*, pkt 2.4.

Problemy z zakresu prawa konkurencji dotyczą przede wszystkim relacji *joint venture* z założycielami. Wspólne przedsiębiorstwo w przeciwieństwie do fuzji nie wpływa na ekonomiczną niezależność założycieli. Założyciele pod względem prawnym i ekonomicznym pozostają dalej niezależnymi przedsiębiorstwami, ale ich wspólne związki ze wspólnym przedsiębiorstwem mogą prowadzić do wzajemnej koordynacji zachowań rynkowych. Wspólne przedsiębiorstwo rodzi ryzyko ograniczenia aktualnej lub potencjalnej konkurencji między założycielami oraz między nim samym i założycielami. Wynika to często z oligopolistycznej struktury rynku, która implikuje strategiczne działania między niewielką liczbą przedsiębiorstw.

Celem pracy jest analiza różnych obszarów ryzyka ograniczenia konkurencji generowanego poprzez koncentrację w formie wspólnego przedsiębiorstwa zarówno z prawnego, jak i z ekonomicznego punktu widzenia. Obszar badań został ograniczony do wspólnych przedsiębiorstw stanowiących formę koncentracji i nie obejmuje innych ich typów (np. badawczo-rozwojowych, specjalizacyjnych, handlowych), ponieważ podlegają one odrębnym regulacjom. Realizacja tak zakreślonego celu sprowadza się do weryfikacji głównej hipotezy, że podział na pełnofunkcyjne i niepełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwa nie jest wyczerpującym narzędziem rozróżnienia wspólnych przedsiębiorstw stanowiących koncentrację lub porozumienie ograniczające konkurencję. Nie pozwala on na wychwycenie ryzyka ograniczenia konkurencji¹⁰. Wprowadzone w pierwszym rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji rozróżnienie wspólnych przedsiębiorstw kooperacyjnych (koordynacyjnych) i koncentracyjnych jest nadal istotne, zwłaszcza z punktu widzenia oceny ryzyka zakłócenia konkurencji.

Aktualnie obszary ryzyka ograniczenia konkurencji poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa wyznacza treść art. 2 ust. 3–5 rozporządzenia Nr 139/2004 oraz art. 18 i 20 ust. 1 OKiKU. Na gruncie prawa UE niezwykle istotną rolę z punktu widzenia ich badania w postępowaniu dotyczącym wspólnego przedsiębiorstwa pełni art. 3 ust. 4 w zw. z art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Nr 139/2004. W świetle tych przepisów pojęcie utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa nie jest bowiem tożsame z pojęciem jego powstania. Obejmuje ono wiele sytuacji prawnych budzących wątpliwości co do kwalifikacji ich jako stanu faktycznego koncentracji i konieczności notyfikacji. Z tego względu treść pracy uwzględnia też zagadnienia przejęcia kontroli nad wspólnym przedsiębiorstwem w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jakich sytuacjach utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowi stan faktyczny koncentracji. Rozważania te mogą być użyteczne w przyszłości w Polsce w przypadku ewentualnej nowelizacji OKiKU, w zakresie dotyczącym koncentracji w formie wspólnego przedsiębiorcy.

¹⁰ Ryzyko ograniczenia konkurencji zostało zdefiniowane w rozdz. I. Pojęcie „ryzyko ograniczenia konkurencji” będzie używane zamiennie z terminem „ryzyko zakłócenia konkurencji” oraz „ryzyko konkurencyjne”. W przepisach OKiKU (art. 18 i 20 ust. 1) ustawodawca posługuje się pojęciem „ograniczenie konkurencji”. Natomiast w anglojęzycznej wersji rozporządzenia Nr 139/2004 używane jest pojęcie *impede* oznaczające zakłócenie konkurencji.

Realizacja celu pracy wymagała podzielenia problemów badawczych na trzy obszary obejmujące siedem hipotez cząstkowych. Pierwszy stanowi próbę zdefiniowania wspólnego przedsiębiorstwa i wyodrębnienia poszczególnych jego typów, w tym pełno- i niepełnofunkcyjnego, koncentracyjnego i kooperacyjnego (koordynacyjnego), a także ustalenia, w jakich sytuacjach prawnych powstaje obowiązek zgłoszenia zamiaru jego utworzenia. W kontekście tych zagadnień problematyczna jest już sama weryfikacja charakteru wspólnego przedsiębiorstwa sprowadzająca się do oceny pełnego zakresu funkcji. Przepisy rozporządzenia Nr 139/2004 budzą bowiem wątpliwości jak należy traktować zmianę zakresu działalności wspólnego przedsiębiorstwa, wniesienie aportu przez założyciela do wspólnego przedsiębiorstwa w toku jego działalności czy zmianę składu lub tożsamości kontrolujących je udziałowców (akcjonariuszy). Zasadne jest też pytanie o stosunek art. 3 ust. 4 i art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Nr 139/2004. Pierwszy z tych przepisów stanowi, że utworzenie pełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa oznacza koncentrację w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Nr 139/2004. Z kolei w świetle art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Nr 139/2004 stan faktyczny koncentracji stanowi przejście kontroli nad całym lub częścią przedsiębiorstwa. Analiza tych zagadnień pozwoli na zweryfikowanie pierwszej hipotezy cząstkowej, że art. 3 ust. 4 nie ogranicza art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Nr 139/2004, gdyż oba te przepisy obejmują odrębne zdarzenie prawne wymagające notyfikacji.

Drugi obszar badań obejmuje zakres przedmiotowy art. 2 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004. W świetle tego przepisu ryzyko ograniczenia konkurencji wynika z koordynacji zachowań konkurencyjnych założycieli wspólnego przedsiębiorstwa przy czym koordynacja taka jest utożsamiana z porozumieniem ograniczającym konkurencję. Podstawę jej materialnoprawnej oceny stanowi art. 101 TFUE. Ten obszar badań będzie obejmował również art. 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/2004, który zawiera istotną przesłankę wystąpienia ryzyka koordynacji. W świetle tego przepisu ryzyko powstaje, gdy założyciele wspólnego przedsiębiorstwa prowadzą działalność w znacznym stopniu na tym samym rynku, co wspólne przedsiębiorstwo lub na rynku wyższego, bądź niższego szczebla. Wykładnia gramatyczna skłania do przyjęcia założenia, że założyciele muszą być jednocześnie obecni na tym samym rynku właściwym. Z uwagi na brak jednoznacznych regulacji istotne będzie dokonanie wykładni funkcjonalnej art. 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/2004, aby ustalić, czy obawy o koordynację obejmują także relacje między jednym z założycieli i wspólnym przedsiębiorstwem.

Realizacja tego obszaru badań wymaga postawienia czterech kolejnych hipotez cząstkowych. Po pierwsze, art. 2 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004 nie obejmuje koordynacji w stosunkach założycieli – wspólne przedsiębiorstwo, ale obejmuje ją art. 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/2004. Po drugie, art. 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/2004 zakłada jednoczesną obecność założycieli na rynku właściwym. Uwzględnia on zatem wyłącznie ryzyko koordynacji horyzontalnej między założycielami. Ryzyko koordynacji wertykalnej w świetle tego przepisu ogranicza się do relacji między co najmniej jednym z założycieli i wspólnym przedsiębiorstwem. Po trzecie, w oparciu o założenia teorii oligopolu w świetle art. 2 ust. 3 rozporządzenia Nr 139/2004 można domniemywać,

że kilka przedsiębiorstw razem ze wspólnym przedsiębiorstwem prawie jednolicie wykorzystuje siłę rynkową w sposób sprzeczny z regułami konkurencji (wspólna pozycja dominująca). W efekcie rodzi się ryzyko nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia Nr 139/2004, przy czym prawdopodobieństwo paralelnych zachowań obejmuje zarówno art. 2 ust. 3 jak i art. 2 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004. Po czwarte, z uwagi na to, że zachodzi prawdopodobieństwo paralelnych zachowań, na gruncie art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 zastosowanie ma teoria oligopolu. Przepis ten zawiera bowiem tylko odesłanie do art. 101 TFUE. Strukturalne podejście w kontroli koncentracji raczej nie pozwala używać art. 2 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 jako środka kontroli zachowań.

Trzeci etap badań zawiera ryzyko wystąpienia antykonkurencyjnych skutków utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa (tzw. efekty rozlewania, do których zalicza się efekty skoordynowane i nieskoordynowane). Punktem wyjścia są tutaj przepisy prawa konkurencji (szczególnie art. 2 ust. 3, 4 i 5 rozporządzenia Nr 139/2004 oraz art. 18 OKiKU), a także judykatura w zakresie indywidualnej i zbiorowej pozycji dominującej. Niezbędne jest także zbadanie możliwości zastosowania teorii oligopolu do analizy efektów rozlewania. Przyjęto tutaj hipotezę (szósta hipoteza cząstkowa), że zarówno art. 2 ust. 3, jak i art. 2 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004 obejmuje ryzyko efektów skoordynowanych oraz, że nie można dokonać subsumpcji efektów nieskoordynowanych pod koordynację. W ramach tego obszaru badań ujęto także ograniczenia akcesoryjne. W tym kontekście zostanie zweryfikowana kolejna hipoteza cząstkowa, że umowa założycielska wspólnego przedsiębiorstwa *ex definitione* wywołuje skutki strukturalne. Nie reguluje natomiast żadnych zachowań konkurencyjnych założycieli. Zachowania takie mogą być uzgadniane w odrębnych klauzulach umownych stanowiących ograniczenia akcesoryjne. Jeżeli natomiast klauzule zawarte w umowie założycielskiej nie spełniają przesłanek pozwalających uznać je za akcesoryjne, będą kwalifikowane jako odrębne porozumienia.

Tak zarysowany obszar badań podzielono na mniejsze części obejmujące sześć rozdziałów pracy, w których będzie weryfikowana wymieniona wyżej hipoteza główna i hipotezy cząstkowe.

W rozdziale pierwszym zdefiniowano pojęcie ryzyka ograniczenia konkurencji, jakie może wynikać z utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa. Ukazano w nim różnice między fuzją i wspólnym przedsiębiorstwem oraz podjęto próbę zdefiniowania ryzyka w przepisach antymonopolowych i jednocześnie w różnych typach wspólnych przedsiębiorstw. W tej części pracy ukazano także znaczenie struktury rynku właściwego z punktu widzenia wychwycenia ryzyka ograniczenia konkurencji. W tym celu uwzględniono tutaj strategie gry realizowane przez oligopolistów. Na tej podstawie wyodrębniono następujące obszary ryzyka ograniczenia konkurencji obejmujące:

- 1) koordynację zachowań rynkowych założycieli wspólnego przedsiębiorstwa;
- 2) koordynację zachowań rynkowych założycieli i wspólnego przedsiębiorstwa;

- 3) wykluczenie konkurentów wspólnego przedsiębiorstwa z rynku (aktualnych lub potencjalnych);
- 4) efekty skoordynowane i nieskoordynowane.

W rozdziale drugim podjęto próbę zdefiniowania wspólnego przedsiębiorstwa i usystematyzowania kryteriów jego podziału na pełno- i niepełnofunkcyjne. Już samo ustalenie czy wspólne przedsiębiorstwo realizuje tzw. pełen zakres funkcji okazuje się być problematyczne. W ramach pojęciowych wspólnego przedsiębiorstwa tradycyjnie mieści się rozróżnienie kooperacyjnych (koordynacyjnych) i koncentracyjnych wspólnych przedsiębiorstw. Wprawdzie nie ma ono żadnego znaczenia prawnego, ale jest efektem zróżnicowania oceny materialnoprawnej poszczególnych typów *joint ventures*. Koordynacyjne pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwa podlegają tzw. podwójnej kontroli. Są one oceniane w oparciu o art. 2 ust. 3, a także art. 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia Nr 139/2004. Przyjęto tutaj hipotezę, że podział na kooperacyjne (koordynacyjne) i koncentracyjne wspólne przedsiębiorstwa utrzymuje się nadal i ułatwia wychwycenie różnych obszarów ryzyka, jakie generuje utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa. Podział taki należałoby przyjąć na gruncie polskiej OKiKU. Ułatwia on odróżnienie porozumienia od koncentracji w formie wspólnego przedsiębiorstwa i jednocześnie pozwala oszacować prawdopodobieństwo ryzyka, jakie może generować utworzenie *joint venture*. W tej części pracy skonstruowano także katalog narzędzi służących do ustalenia „pełnofunkcyjności” wspólnego przedsiębiorstwa i zweryfikowano hipotezę, że istnieje sprzeczność między jego samodzielnością operacyjną i strategiczną.

Rozdział trzeci obejmuje analizę różnych przypadków zmiany kontroli wspólnego przedsiębiorstwa oraz zmiany zakresu jego działalności, w tym przekształcenia niepełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa w pełnofunkcyjne, z punktu widzenia nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi. Istota wspólnego przedsiębiorstwa tkwi w tym, że przy jego utworzeniu założyciele wnoszą dotychczas odrębnie kontrolowane przez nich zasoby i wszyscy kontrolujący akcjonariusze (udziałowcy) przejmują nad nimi wspólną kontrolę. Przejęcie zasobów wniesionych w związku z utworzeniem wspólnego przedsiębiorstwa będzie zatem stanowiło przejęcie kontroli w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Nr 139/2004.

W tym rozdziale podjęto próbę weryfikacji hipotezy, że pojęcie utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa w świetle art. 3 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004 nie jest tożsame z pojęciem jego powstania. Należy zwrócić uwagę, że pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwo może powstać również w związku z restrukturyzacją niepełnofunkcyjnego *joint venture*. Oznacza to, że wraz z przekształceniem istniejącego niepełnofunkcyjnego wspólnego przedsiębiorstwa w pełnofunkcyjne – to drugie powstaje po raz pierwszy. Istotne wątpliwości budzi jednak wniesienie aportu przez założyciela w toku działalności wspólnego przedsiębiorstwa i zmiana składu lub tożsamości założycieli w związku ze zbyciem (lub nabyciem) praw udziałowych uprawniających do kontroli spółki, a także zmiana zakresu działalności wspólnego przedsiębiorstwa. Wątpliwości te sprowadzają się do pytania czy w takich sytuacjach następuje zmiana jakości kontroli i zmiana struktury rynku wymagająca notyfikacji. Przepisy rozporządzenia

Nr 139/2004 nie są jednoznaczne w tym zakresie i skłaniają do pytania o relacje między art. 3 ust. 4 i art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Nr 139/2004. W rozdziale tym przyjęto hipotezę, że przepisy te obejmują odrębne zdarzenie prawne podlegające prewencyjnemu nadzorowi Komisji.

Rozdział czwarty poświęcono analizie ryzyka koordynacji w świetle art. 2 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004 i art. 101 TFUE. W szczególności konieczne jest tutaj zbadanie, czy już sama umowa założycielska wspólnego przedsiębiorstwa ma charakter porozumienia ograniczającego konkurencję. Istotna będzie także analiza stosunków między wspólnym przedsiębiorstwem i jego założycielami pod kątem sprzecznej z przepisami prawa konkurencji koordynacji zachowań rynkowych. W rozdziale tym przyjęto hipotezę, że art. 2 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004 ogranicza się do koordynacji zachowań rynkowych między założycielami. Treść tego przepisu obejmuje ryzyko ograniczenia konkurencji poprzez koordynację zachowań konkurencyjnych założycieli wspólnego przedsiębiorstwa, przy czym koordynacja taka jest utożsamiana z porozumieniem ograniczającym konkurencję. Podstawę jej materialnoprawnej oceny stanowi bowiem art. 101 TFUE.

W dalszej części rozdziału głównym punktem rozważań jest treść art. 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/2004 w kontekście koordynacji między założycielami i wspólnym przedsiębiorstwem. Wprawdzie dyspozycja art. 2 ust. 4 rozporządzenia Nr 139/2004 wyklucza badanie ryzyka takiej koordynacji (tj. między założycielami i *joint venture*), ale treść art. 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/2004 pozwala na sformułowanie hipotezy, że możliwa jest koordynacja między założycielem (-ami) i wspólnym przedsiębiorstwem. Wykładnia gramatyczna skłania do przyjęcia założenia, że założyciele muszą być jednocześnie obecni na rynku wspólnego przedsiębiorstwa razem z tym przedsiębiorstwem, na wyższym lub niższym szczeblu tego rynku bądź na rynku sąsiednim. Artykuł 2 ust. 5 rozporządzenia Nr 139/2004 nie obejmuje koordynacji wertykalnej między założycielami. W świetle tego przepisu założyciele „utrzymują w znacznym stopniu działalność” na tym samym rynku właściwym. Koordynacja wertykalna obejmuje zatem wyłącznie relacje między wspólnym przedsiębiorstwem i założycielem (-ami). Artykuł 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia Nr 139/2004 traktuje wspólne przedsiębiorstwo jako narzędzie służące do koordynacji zachowań rynkowych przez założycieli i jednocześnie zawiera przesłankę powstania ryzyka takiej koordynacji. Generuje je znaczna i jednoczesna obecność założycieli na ww. rynkach.

Ryzyko ograniczenia konkurencji poprzez koncentrację w formie wspólnego przedsiębiorstwa obejmuje też efekty skoordynowane i nieskoordynowane będące treścią rozdziału piątego. Pierwsze z nich wynikają z indywidualnych zachowań przedsiębiorstwa posiadającego siłę rynkową. Drugie skutkują powstaniem lub wzmocnieniem zbiorowej pozycji dominującej. Ryzyko wystąpienia takich efektów wynika z faktu, że samo istnienie wspólnego przedsiębiorstwa wywiera wpływ na zachowania konkurencyjne założycieli. Przykładowo będą oni ujednolicali swoje zachowania. Punktem wyjścia będą tutaj przepisy dotyczące kontroli koncentracji (art. 2 ust. 3, 4 i 5 rozporządzenia Nr 139/2004 oraz art. 18 OKiKU), a także judykatura w zakresie indywidualnej

i zbiorowej pozycji dominującej. W wąskim ujęciu można przyjąć, że efekty skoordynowane występują poza rynkiem wspólnego przedsiębiorstwa. Istotne jest zatem pytanie, kiedy należy się obawiać takich efektów jako bezpośredniej konsekwencji utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa. Na gruncie przepisów rozporządzenia Nr 139/2004 powstają wątpliwości, czy efekty te wchodzą w zakres art. 2 ust. 4, czy art. 2 ust. 3 rozporządzenia Nr 139/2004. W niniejszym rozdziale podjęto próbę wyznaczenia linii demarkacyjnej między tymi przepisami i sformułowano wnioski *de lege ferenda* dotyczące ich rewizji.

Ryzyko ograniczenia konkurencji w związku z koncentracją w formie wspólnego przedsiębiorstwa obejmuje również ograniczenia akcesoryjne, które mogą służyć koordynacji zachowań rynkowych przez założycieli. Tym aspektem poświęcono ostatni rozdział pracy. Dodatkowe ograniczenia umowne z definicji stanowią porozumienia ograniczające konkurencję. Nie tworzą one żadnej odrębnej kategorii porozumień w świetle rozporządzenia Nr 139/2004, lecz są integralną częścią koncentracji. Zostały one wyraźnie wymienione w art. 6 ust. 1 lit. b) zd. 2, art. 8 ust. 1 zd. 2, art. 8 ust. 2 zd. 3 rozporządzenia Nr 139/2004. Są to ograniczenia bezpośrednio związane z koncentracją i niezbędne dla jej realizacji. Trudno jednak, szczególnie w odniesieniu do zakazu konkurencji i porozumień licencyjnych, dokonać rozróżnienia w jakich przypadkach stanowią one integralny składnik koncentracji w formie wspólnego przedsiębiorstwa. Z tego względu budzą one poważne wątpliwości co do ich materialnoprawnej oceny tak na gruncie rozporządzenia Nr 139/2004, jak i OKiKU. Pomimo że OKiKU nie reguluje problemu dodatkowych ograniczeń umownych w operacjach koncentracyjnych i nie są one przedmiotem postępowania w sprawie koncentracji, praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK potwierdza, że ewentualne ograniczenia są sygnalizowane stronom transakcji w toku postępowania. Celem takich działań Prezesa UOKiK jest umożliwienie stronom transakcji wyeliminowania wątpliwych klauzul umownych i w efekcie uniknięcie wszczęcia nowego postępowania na podstawie art. 6 OKiKU, po wydaniu zgody na koncentrację.

W związku ze zróżnicowaniem systemów prawa konkurencji na poziomie unijnym i krajowym w poszczególnych państwach UE, z jednej strony, oraz nadrzędnością rozumianą jako pierwszeństwo europejskiego prawa konkurencji wobec krajowego z drugiej, w pracy przeprowadzona została analiza wspólnego przedsiębiorstwa w oparciu o prawo UE z uwzględnieniem rozwiązań przyjętych przez polskiego ustawodawcę w prawie krajowym. Ze względu na fakt, że cele obu regulacji są zbieżne, a przepisy polskiego prawa materialnego dotyczące kontroli koncentracji (art. 13–23 OKiKU) są raczej skromne, Prezes UOKiK wykorzystuje akty prawa wtórnego UE w zakresie kontroli koncentracji (rozporządzenie Nr 139/2004) oraz wytyczne Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) w zakresie prewencyjnego nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi¹¹. Z tego względu głównym filarem podjętych badań są przepisy rozporządzenia

¹¹ Zasadność takiego podejścia jest wskazywana także w literaturze. Tak np. *K. Kohutek, M. Siemradzka*, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 525; *T. Skoczny* (red.), Ustawa, s. 653;

Nr 139/2004. Analiza przepisów prawa krajowego koncentruje się natomiast na ukazaniu różnic występujących w obu porządkach prawnych.

Wielowątkowość i wielopłaszczyznowość tytułowego zagadnienia wymagała wykorzystania kilku metod badawczych. W pracy wykorzystano przede wszystkim metodę formalno-dogmatyczną, której istotą jest ustalenie znaczenia norm prawnych rozporządzenia Nr 139/2004 oraz OKiKU w zakresie prewencyjnego nadzoru nad tworzeniem wspólnych przedsiębiorców¹². Realizacja założonych celów badawczych wymagała analizy aktów prawa europejskiego (pierwotnego i wtórnego) oraz prawa polskiego. Dlatego też metoda ta została uzupełniona przez badania komparatystyczne, oparte na metodzie prawnoporównawczej. Pozwoliło to, z jednej strony, wychwycić rozbieżności między przepisami prawa krajowego i europejskiego, a z drugiej, rozbieżności pomiędzy zróżnicowanym traktowaniem poszczególnych typów wspólnych przedsiębiorstw przez organy antymonopolowe – głównie przez Komisję Europejską i Prezesa UOKiK. W analizie prawnoporównawczej uwzględniono, choć w mniejszym zakresie, przepisy prawa amerykańskiego dotyczące *joint venture* (ustawę *Shermana*¹³, *Claytona*¹⁴ oraz ustawę *Hart Scott Rodino*)¹⁵.

Badania nad tytułowym zagadnieniem wymagały zastosowania także metody historycznej obejmującej przepisy pierwszego rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji (rozporządzenie Rady (WE) Nr 4064/89) oraz już nieobowiązujących wytycznych Komisji Europejskiej dotyczących, m.in. pojęcia koncentracji oraz wyodrębnienia kooperacyjnych i koncentracyjnych wspólnych przedsiębiorstw, a także polskiej ustawy antymonopolowej z 2000 r.¹⁶ Zakreślenie różnych obszarów ryzyka zakłócenia konkurencji przez wspólne przedsiębiorstwo wymagało odwołania się do wykładni funkcjonalnej obejmującej pozajęzykowe reguły wykładni. Umożliwiła ona uwzględnienie kontekstu ekonomicznego, co ma kluczowe znaczenie przy wykładni przepisów prawa konkurencji. Istota prawa konkurencji sprowadza się bowiem do regulacji realnych procesów ekonomicznych. Z tego względu wykładnię funkcjonalną uzupełniła ekonomiczna analiza prawa w odniesieniu do skutków utworzenia wspólnego przedsiębior-

A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, s. 455; C. Banasiński, Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym, Warszawa 2015, s. 386 i 400.

¹² Metoda ta jest także określana mianem logiczno-językowej. Zob. Z. Ziemiński, Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa, Warszawa 1974, s. 100 i n.; *tenże*, Problemy podstawowe prawoznawstwa, Warszawa 1980, s. 69, 197–201; J. Nowacki, Z. Tabor, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 2007, s. 195–197; L. Morawski, Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 2006, s. 159.

¹³ Ustawa z 2.7.1890 r. (ch. 647,26 Stat. 209, 15 U.S.C.).

¹⁴ Ustawa z 15.10.1914 r. (15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53).

¹⁵ Ustawa z 30.9.1976 r. 15 U.S.C. § 18a zmieniająca ustawę *Claytona* w zakresie kontroli koncentracji.

¹⁶ Ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.).

stwa na rynku, będących przedmiotem rozważań głównie w rozdziale piątym¹⁷. Brak unormowań prawnych w wielu obszarach podejmowanych badań wymusił położenie nacisku na analizę bogatej praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwa sądów UE. W niniejszej publikacji uwzględniono także praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK i skromny dorobek orzecznicy polskiej judykatury w zakresie nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi. Wykorzystano również orzecznictwo sądów amerykańskich, choć w mniejszym zakresie.

Ukazanie ewolucji nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi i podejścia organów antymonopolowych do wspólnych przedsiębiorstw wymagało wykorzystania historycznych już decyzji w sprawach koncentracji, wydanych jeszcze przed wejściem w życie obecnie obowiązujących przepisów. Odwołanie się do decyzji Komisji wydanych w początkowym okresie obowiązywania przepisów w sprawie kontroli koncentracji w wielu przypadkach było wręcz niezbędne, gdyż w treści najnowszych decyzji trudno wychwycić sposób analizy i interpretacji przepisów dotyczących nadzoru nad operacjami koncentracyjnymi, zwłaszcza w przypadku wspólnych przedsiębiorstw. Podobne tendencje występują w praktyce Prezesa UOKiK, który w wielu najnowszych decyzjach nie zamieszcza uzasadnienia i ogranicza się wyłącznie do sentencji.

Publikacja obejmuje stan prawny na dzień 31.1.2017 r.

¹⁷ A. Bator, Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa, w: J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 25 i n.; W. Gromski, Law and Economics jako teoria polityki prawa, w: J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza*, s. 51–63; J. Kaczor, Law and Economics a liberalny porządek prawny, w: J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza*, s. 67, 70; B. Brożek, W. Załuski, J. Stelmach, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 17 i n.