

K

Kiedy utworzenie nowej spółki nie będzie kwalifikowane jako utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture)?

Praktyczne rozważania dotyczące problematyki joint venture w polskim prawie konkurencji

A

R

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy – problemy i rozbieżności definicyjne w polskim i unijnym prawie konkurencji
- III. Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji
- IV. Alternatywne możliwości kwalifikacji prawnej utworzenia nowej spółki
- V. Kwestia pewności prawnej
- VI. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest analiza problematyki związanej z utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy (joint venture) w polskim prawie ochrony konkurencji, w tym analiza stanów faktycznych, które – zdaniem autorek – w praktyce Prezesa UOKiK powinny lub nie powinny być kwalifikowane jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. W niniejszym artykule autorki przedstawiają rozważania dotyczące problemów i rozbieżności definicyjnych w polskim i unijnym prawie konkurencji, mających istotne znaczenie w praktyce. Ponadto, szczegółowo omówiono kwestię obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji oraz wynikające z niej trudności praktyczne, z którymi na co dzień muszą mierzyć się przedsiębiorcy. Poczynione rozważania stanowią asumpt do omówienia alternatywnych możliwości kwalifikacji prawnej utworzenia nowej spółki i rozważań na temat potrzeby zapewnienia jak największej pewności prawnej w zakresie stosowania przepisów dotyczących utworzenia joint venture. W podsumowaniu niniejszego artykułu zawarte zostały wnioski i postulaty *de lege ferenda* dotyczące polskich przepisów antymonopolowych regulujących tworzenie wspólnych przedsiębiorców.

Słowa kluczowe: wspólny przedsiębiorca; joint venture; kontrola koncentracji.

JEL: K21

* LL.M. (Maastricht University), aplikantka adwokacka w Izbie Warszawskiej, prawnik w kancelarii Allen & Overy; e-mail: joanna_lenart@gazeta.pl.

** Doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, aplikantka adwokacka w Izbie Warszawskiej, młodszy prawnik w kancelarii Allen & Overy; e-mail: teresa_kaczynska@wp.pl.

I. Wprowadzenie

Przedsiębiorcy, dostrzegając liczne korzyści płynące z łączenia swoich potencjałów ekonomicznych z innymi uczestnikami rynku, bardzo często podejmują decyzję, aby rozpocząć współpracę z innymi, nierzadko konkurencyjnymi, podmiotami. Z ekonomicznego punktu widzenia taka decyzja stanowi kolejny krok na ścieżce rozwoju przedsiębiorcy i jego biznesu.

Decydującymi czynnikami przemawiającymi za kooperacją podmiotów gospodarczych są efekty synergii i ekonomia skali, które pozwalają na redukcję kosztów w ujęciu jednostkowym, a tym samym umożliwiają prowadzenie działalności w sposób bardziej efektywny. Fuzje i przejęcia w tradycyjnym ujęciu mogą jednak prowadzić do konsolidacji potencjalnie ograniczających konkurencję, gdyż skutkują trwałymi zmianami w strukturze rynku. Alternatywą dla tego typu działań jest wspólne tworzenie, przez działających już na rynku przedsiębiorców, nowych podmiotów gospodarczych. Jak wskazuje praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK, utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (joint venture) jest jedną z najczęściej występujących – obok przejęcia kontroli – form koncentracji przedsiębiorców. Z publicznie dostępnych informacji, tj. decyzji Prezesa UOKiK opublikowanych na stronie internetowej UOKiK do dnia 4 stycznia 2016 r., wynika, że w 2015 r. na 206 decyzji Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących kontroli koncentracji, 33 dotyczyło zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. W 2014 r. takich decyzji było 20 w ogólnej liczbie 174 decyzji koncentracyjnych wydanych przez Prezesa UOKiK w tym roku. Czy jednak zawiązanie nowej spółki przez niezależnie działające na rynku podmioty zawsze wymaga uprzedniej zgody organu antymonopolowego? I czy tylko utworzenie nowego podmiotu gospodarczego uznawane jest w doktrynie i praktyce prawa konkurencji za joint venture? W niniejszym artykule zostanie podjęta próba udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania.

II. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy – problemy i rozbieżności definicyjne w polskim i unijnym prawie konkurencji

Pochodzącym z języka angielskiego terminem „joint venture” określa się co do zasady utworzenie nowego podmiotu gospodarczego poprzez połączenie komplementarnych zasobów co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców (Targański, 2010). Z językowego punktu widzenia pojęcie „joint venture” może jednak oznaczać każde wspólne przedsięwzięcie, niezależnie od formy jaką przyjmuje. Z tej perspektywy polski termin „wspólny przedsiębiorca” ma węższy zakres znaczeniowy, ponieważ wyraźnie ogranicza wspólne przedsięwzięcia objęte dyspozycją art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹ (dalej: uokik) do tych, które zakładają działanie w ramach (definicji) przedsiębiorcy. Oznacza to, że inne rodzaje wspólnych przedsięwzięć, takie jak np. umowy o współpracy nieuwzględniające instytucjonalnego elementu przedsiębiorcy, tj. jego odrębności prawnej, nie będą kwalifikowane jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Nie wyklucza to jednak możliwości zakwalifikowania ich jako innych form koncentracji, np. jako przejęcie kontroli.

Utworzenie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców nowego podmiotu gospodarczego stanowi jedną z form koncentracji przewidzianych zarówno w polskich, jak i unijnych przepisach dotyczących kontroli koncentracji. Joint venture zakłada zaangażowanie dwóch lub więcej

¹ T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184, z późn. zm.

przedsiębiorców, którzy zachowują odrębną osobowość prawną. Zaangażowanie to, w zależności od liczby tych przedsiębiorców, posiadanych przez nich udziałów/akcji oraz uregulowań korporacyjnych joint venture, może skutkować tzw. wspólną kontrolą sprawowaną przez ww. przedsiębiorców. W praktyce podmioty takie powstają często w celu wspólnego przeprowadzenia dużej inwestycji, prowadzenia badań zmierzających do poprawy innowacyjności produktów i rozwoju technologicznego (Sendrowicz i Sz waj, 2007, s. 11), prowadzeniu produkcji lub dystrybucji produktów (Kohutek, 2014, s. 482). Jak wskazano we wstępie do niniejszego artykułu, tworzenie joint venture – jako jedna z form aliansów strategicznych pomiędzy przedsiębiorcami – stanowi jeden z dominujących trendów w zakresie aktywności podmiotów gospodarczych w ramach rozwoju gospodarki światowej (Oczkowska, 2006, s. 121).

W prawie polskim utworzenie wspólnego przedsiębiorcy następuje zazwyczaj poprzez zawiązanie spółki prawa handlowego (z ograniczoną odpowiedzialnością, akcyjnej, jawnej, komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej) lub utworzenie spółdzielni². W praktyce polskiego organu ochrony konkurencji, za joint venture uznaje się:

- 1) przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną;
- 2) utworzenie nowej spółki przez jednego przedsiębiorcę, a następnie nabycie lub objęcie w niej udziałów/akcji przez innych przedsiębiorców (uczestników koncentracji);
- 3) utworzenie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców nowej spółki;
- 4) zmianę lub rozszerzenie działalności przez już istniejącego wspólnego przedsiębiorcę.

Uokik nie przewiduje w stosunku do wspólnego przedsiębiorcy szczególnych kryteriów, a w szczególności nie wymaga – tak jak ma to miejsce w przypadku unijnej regulacji dotyczącej kontroli koncentracji przedsiębiorców – by ów wspólny przedsiębiorca pełnił w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego³. Oznacza to, że taki wspólny przedsiębiorca nie musi posiadać samodzielności operacyjnej, aby zamiar jego utworzenia pociągał za sobą powstanie obowiązku zgłoszenia do Prezesa UOKiK. Nie musi zatem prowadzić działalności w zakresie produkcji lub sprzedaży towarów bądź świadczenia usług na rzecz podmiotów trzecich albo realizować zakupów od takich podmiotów. Do powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK wystarczającym będzie również zamiar utworzenia takiego wspólnego przedsiębiorcy (najczęściej odrębnej spółki), który będzie posiadał relacje handlowe wyłącznie z podmiotami–założycielami lub z przedsiębiorcami należącymi do ich grup kapitałowych.

W prawie UE problematyka utworzenia joint venture uregulowana została postanowieniami rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁴ (dalej: Rozporządzenie 139/2004) oraz skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁵ (dalej: Obwieszczenie). Koncentrację w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004 stanowi utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa spełniającego następujące warunki:

² Por. Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, UOKiK, Warszawa 2015, s. 19; dokument dostępny pod adresem https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php (31.01.2016).

³ Zob. Wyjaśnienia w sprawie kryteriów..., s. 20–21.

⁴ Dz. Urz. UE z 2004 r. L 24/1.

⁵ Dz. Urz. UE z 2008 r. C 95/1.

- 1) posiadanie pełnego zakresu funkcji wspólnego przedsiębiorstwa,
- 2) istnienie wspólnej kontroli przedsiębiorców–założycieli nad wspólnym przedsiębiorstwem oraz
- 3) trwałość funkcjonowania wspólnego przedsiębiorstwa.

W prawie UE utworzenie joint venture stanowi koncentrację pod warunkiem, iż wspólne przedsiębiorstwo pełni w sposób trwały wszystkie funkcje autonomicznej jednostki gospodarczej na płaszczyźnie operacyjnej. Oznacza to, że wspólne przedsiębiorstwo – co do zasady – musi działać na rynku, pełniąc funkcje zwykle realizowane przez przedsiębiorców działających na tym samym rynku. W tym celu zawiązane joint venture musi mieć kierownictwo zajmujące się jego codziennymi operacjami oraz dostęp do wystarczających zasobów, w tym środków finansowych, kadr i aktywów (materialnych i niematerialnych), które pozwolą temu podmiotowi prowadzić w sposób trwały swoją działalność gospodarczą na obszarze określonym w umowie o utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa⁶. Tak więc stwierdzenie, że utworzone joint venture będzie pełniło w sposób trwały wszystkie podstawowe funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego, będzie możliwe jedynie w sytuacji, gdy przedsiębiorca ten:

- 1) będzie posiadał wystarczające zasoby do samodzielnego działania;
- 2) będzie wykonywał określone działania wykraczające poza jedną funkcję pełnioną na rzecz przedsiębiorców–założycieli;
- 3) zostanie powołany do działania w sposób trwały⁷.

Czynnikiem, który również należy rozważyć w celu ustalenia czy wspólny przedsiębiorca ma pełny zakres funkcji, jest istnienie wyraźnej obecności przedsiębiorców–założycieli w poprzednim lub następnym ogniwie łańcucha produkcyjnego danego rynku, jeżeli ta obecność pociąga za sobą znaczące transakcje sprzedaży lub kupna pomiędzy przedsiębiorcami–założycielami a joint venture⁸. Zwykle obecność przedsiębiorców–założycieli jest znacząca, a nawet dominująca w początkowym okresie działalności joint venture. Nie przesądza to jednak o braku pełnofunkcyjności wspólnego przedsiębiorcy, o ile wspólny przedsiębiorca jest nastawiony na odgrywanie czynnej roli na rynku i po upływie początkowego okresu działalności rozpocznie funkcjonowanie na rynku, tj. będzie realizować sprzedaż/świadczyc usługi na rzecz podmiotów trzecich.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej sprawowania wspólnej kontroli przez przedsiębiorców–założycieli nad joint venture, należy wskazać, że wspólna kontrola istnieje wtedy, gdy dwóch lub większa liczba przedsiębiorców lub dwie lub większa liczba osób mają możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę⁹. Wspólna kontrola może występować nawet wtedy, gdy występują więcej niż dwie spółki dominujące¹⁰. Warunkiem jest jednak wówczas dysponowanie przez udziałowców mniejszościowych dodatkowymi prawami, pozwalającymi „im zawetować decyzje mające zasadnicze znaczenie dla strategicznych zachowań handlowych wspólnego przedsiębiorstwa”. Do decyzji mających wpływ na takie strategiczne zachowania, zgodnie z treścią Obwieszczenia, zalicza się decyzje dotyczące:

⁶ Pkt 94 i n. Obwieszczenia.

⁷ Pkt 91–105 Obwieszczenia; por. również Wierzbowski i in., 2012, s. 22.

⁸ Pkt 97 i n. Obwieszczenia.

⁹ Pkt 62 Obwieszczenia.

¹⁰ Pkt 65 Obwieszczenia.

- 1) budżetu,
- 2) planu działalności gospodarczej,
- 3) kluczowych inwestycji oraz
- 4) mianowania kierownictwa wyższego szczebla.

Niemniej jednak w literaturze przedmiotu przedstawiony został również pogląd, zgodnie z którym w praktyce możliwa jest sytuacja, w której żaden z podmiotów tworzących wspólne przedsiębiorstwo nie będzie posiadał uprawnień koniecznych do sprawowania wspólnej kontroli (szerzej na ten temat: Semeniuk, 2015, s. 138 i n.).

Zgodnie z definicją pojęcia „koncentracja” zawartą w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004, uprzedniej notyfikacji do KE podlegają wyłącznie takie zdarzenia/operacje gospodarcze, które „prowokują trwałą zmianę kontroli uczestniczących przedsiębiorstw oraz (...) trwałą zmianę w strukturze rynku”¹¹. Przedsiębiorcy–założyciele muszą zatem przewidywać, że wspólne przedsiębiorstwo będzie działać w sposób trwały¹². Brak jest legalnej definicji użytego przez ustawodawcę unijnego pojęcia „trwałość”. Rozporządzenie 139/2004 nie określa bowiem ram czasowych, których nieprzekroczenie pozwalałoby uznać, że przesłanka trwałości nie została spełniona i tym samym nie zachodzi koncentracja. Pewnych wskazówek w tym zakresie dostarcza Obwieszczenie, precyzując, że uwzględnienie nieprzewidzianych okoliczności, np. niepowodzenia wspólnego przedsiębiorstwa czy sporów między spółkami dominującymi w sprawach zasadniczych, nie wyklucza możliwości uznania wspólnego przedsiębiorstwa za działające w sposób trwały. Wspólne przedsiębiorstwo nie będzie jednak uznawane za działające na zasadzie długotrwałej, jeżeli jest powoływane na określony krótki czas. Taka sytuacja będzie miała miejsce na przykład wtedy, gdy wspólne przedsiębiorstwo powołuje się w celu realizacji konkretnej inwestycji, tj. zbudowania takiego konkretnego obiektu, jak elektrownia, i nie będzie ono uczestniczyć w prowadzeniu działalności tego zakładu po zakończeniu jego budowy¹³.

Jak słusznie zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu, z uwagi na trudności związane ze wskazaniem generalnej definicji „trwałości” (odnoszącej się do zmiany kontroli), istnieje potrzeba, a wręcz konieczność, dokonywania oceny poszczególnych przypadków indywidualnie i uwzględnienia towarzyszących im okoliczności faktycznych i prawnych (por. Kohutek, 2013, i przywołana tam praktyka decyzyjna KE).

W literaturze przedmiotu słusznie akcentuje się doniosłą rolę pojęcia wspólnego przedsiębiorcy w prawie ochrony konkurencji. Pojęcie to występuje bowiem na pograniczu przepisów regulujących kontrolę koncentracji oraz norm dotyczących antykonkurencyjnych porozumień (Semeniuk, 2015, s. 119). Z punktu widzenia skutków rynkowych, joint venture może mieć charakter kooperacyjny albo koncentracyjny. Taki podział jest zgodny z językowym znaczeniem pojęcia joint venture, które oznacza każde wspólne przedsięwzięcie. Joint ventures kooperacyjne porównywane są niekiedy z kartelami lub innymi rodzajami porozumień antykonkurencyjnych, gdyż w niektórych przypadkach mogą skutkować koordynacją zachowań konkurencyjnych tworzących je przedsiębiorców, którzy zachowują odrębny byt prawny. Z kolei koncentracyjne joint ventures, tworzone są wówczas, gdy nowy przedsiębiorca ma pełnić wszystkie podstawowe funkcje samodzielnego

¹¹ Pkt 28 i n. Obwieszczenia.

¹² Pkt 103 Obwieszczenia.

¹³ Pkt 103 i 104 Obwieszczenia.

przedsiębiorcy, a równocześnie nie występuje koordynacja zachowań rynkowych jego założycieli (Kalus, 2011). W praktyce granica pomiędzy obydwoma rodzajami wspólnych przedsiębiorstw bywa płynna i – jak podkreślają przedstawiciele doktryny – podział na przedsiębiorstwa kooperacyjne i koncentracyjne nie jest zasadny. W praktyce mamy do czynienia ze wspólnymi przedsiębiorstwami o przewadze cech kooperacyjnych lub koncentracyjnych. W wielu przypadkach trudno jest natomiast jednoznacznie rozstrzygnąć, jakie cechy przeważają w danym wspólnym przedsiębiorcy (Szydło, 2005, s. 84 oraz przywołana tam literatura przedmiotu).

Podsumowując, należy podkreślić, że regulacją Rozporządzenia 139/2004 objęty jest wyłącznie zamiar tworzenia joint ventures o charakterze koncentracyjnym. Natomiast joint ventures o charakterze kooperacyjnym, tj. niespełniające ww. cech autonomicznych jednostek gospodarczych, podlegają ocenie w świetle art. 101 ust. 1 i 3 TFUE (Stankiewicz, 2007, s. 12–17)¹⁴.

Rozbieżności definicyjne w polskim i unijnym prawie konkurencji wymagają od przedsiębiorców pogłębionej analizy struktury transakcji w celu określenia prawidłowej formy koncentracji, która powinna zostać notyfikowana do organu antymonopolowego. Niekiedy bowiem transakcja polegająca na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy może mieć wymiar unijny z punktu widzenia wysokości osiąganych obrotów. Jednak ze względu na fakt, że planowany przedsiębiorca nie będzie kontrolowany wspólnie przez przedsiębiorców–założycieli (np. w przypadku, gdy przedsiębiorców tych będzie sześciu, a ich udziały we wspólnym przedsiębiorcy i prawa z nich wynikające będą równe), na brak pełnego zakresu funkcji lub powołanie wspólnego przedsiębiorcy wyłącznie do realizacji określonego ograniczonego w czasie przedsięwzięcia czy też inwestycji, koncentracja nie będzie wymagała zgłoszenia do KE. Mimo to, transakcja taka, w przypadku spełnienia progów obrotowych, będzie wymagała uprzedniego zgłoszenia do Prezesa UOKiK. Może to mieć dla przedsiębiorców niekorzystne skutki z ekonomicznego punktu widzenia. Może bowiem okazać się, że transakcja zamiast zgłoszenia do jednego organu ochrony konkurencji, tj. do KE, będzie wymagała zgłoszenia do kilku krajowych organów ochrony konkurencji. Poza Polską, zamiar utworzenia joint ventures, nad którymi przedsiębiorcy–założyciele nie sprawują wspólnej kontroli, a także joint ventures, które nie mają pełnego zakresu funkcji, mogą podlegać obowiązkowi zgłoszenia również w Austrii¹⁵ i w Niemczech¹⁶.

III. Obowiązek zgłoszenia koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji

Chociaż w doktrynie prawa ochrony konkurencji można spotkać się z poglądem, że utworzenie joint venture jest niejako przejawem (następstwem) współpracy podejmowanej przez podmioty założycielskie, które chcąc sformalizować sposób ich wzajemnego współdziałania, zawierają w tym celu pomiędzy sobą stosowną umowę (Szydło, 2005, s. 83), to należy podkreślić, że zgłoszeniu do odpowiedniego organu antymonopolowego – odpowiednio do KE lub do Prezesa UOKiK – podlega już sam zamiar utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. Poddanie uprzedniej

¹⁴ Zob. także art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004, zgodnie z którym „[w] stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3, ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań koordynacyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja ta oceniana jest zgodnie z kryteriami art. 101 ust. 1 i 3 TFUE, w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem”.

¹⁵ Pod warunkiem, że: (i) przedsiębiorcy–założyciele nabadą co najmniej 25% akcji w utworzonym wspólnym przedsiębiorcy oraz (ii) mienie wniesione do joint venture stanowi przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa austriackiego, tzn. np. posiada pozycję rynkową i generuje obroty.

¹⁶ Należy jednak zwrócić uwagę na bardzo rozbudowaną koncepcję doktryny skutku (*effect doctrine*) w federalnym prawie antymonopolowym co daje asumpt do zwolnienia z obowiązku notyfikacji utworzenia joint ventures, które m.in. nie będą generować obrotu i nie będą prowadzić działalności na terytorium Niemiec.

(*ex ante*) kontroli administracyjnej aktywności przedsiębiorców skierowanej na tworzenie joint ventures związane jest z przekonaniem organów antymonopolowych, iż ta forma koncentracji interesów gospodarczych może w pewnych sytuacjach wywierać istotny wpływ na stan konkurencji (Stankiewicz, 2007, s. 12–17).

Zgodnie z art. 13 ust. 2 pkt 3 uokik obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK dotyczy zamiaru utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy, niezależnie od charakteru tworzonego joint venture, o ile uczestniczący w koncentracji przedsiębiorcy–założyciele spełniają kryteria ustawowe dotyczące progów obrotowych przewidzianych w art. 13 ust. 1 uokik. Chociaż w doktrynie od dawna zwraca się uwagę, iż „istnieje możliwość takiej interpretacji przepisu art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy [uokik – dop. aut.] przy pomocy wykładni celowościowej i systemowej, dzięki której należałoby uznać, iż celem ustawodawcy konstruującego powyższy przepis było poddanie nadzorowi oceniającemu zamiar dokonania koncentracji wyłącznie wspólnych przedsiębiorców o charakterze koncentracyjnym” (Stankiewicz, 2007, s. 12–17), to pogląd ten nie spotkał się z aprobatą po stronie ustawodawcy na etapie nowelizacji uokik.

W toku prac legislacyjnych nad nowelizacją uokik nie zostały uwzględnione uwagi zgłoszone m.in. przez Centrum Studiów Antymonopolowych Regulacyjnych i Stowarzyszenie Prawa Konkurencji, dotyczące ograniczenia kontroli koncentracji polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy tylko do tzw. w pełni funkcjonalnych joint ventures. Jak wyjaśniono w projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (projekt z 19 października 2012 r.), w ocenie UOKiK oba typy koncentracji, tj. koncentracyjny i kooperacyjny (koordynacyjny), mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym¹⁷.

W większości państw członkowskich UE zasady dotyczące obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy są bardzo zbliżone do tych obowiązujących na szczeblu unijnym. Dotyczy to przede wszystkim kwestii sprawowania wspólnej kontroli przez przedsiębiorców–założycieli. Takie rozwiązanie – w ocenie auterek – należy ocenić pozytywnie jako przejaw trendu polegającego na ujednoczeniu krajowych regulacji w zakresie prawa ochrony konkurencji na obszarze całej UE, wspierającego rozwój wspólnego rynku. Ponadto, przyjęcie regulacji w takim kształcie świadczy również o implementacji – przynajmniej w pewnym stopniu – podejścia ekonomicznego do oceny zjawisk rynkowych. Obowiązywanie zbliżonych reguł i regulacji prawnych w większości państw członkowskich zwiększa poczucie bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców i zachęca do rozszerzania ich działalności na terytorium tych państw.

Mając na uwadze treść obowiązujących w Polsce przepisów dotyczących koncentracji przedsiębiorców, należy podkreślić, że kwestia trwałości joint venture ma charakter całkowicie irrelevantny dla oceny obowiązku notyfikacji takiej operacji gospodarczej Prezesowi UOKiK¹⁸. Powyższy pogląd prezentowany jest również przez część przedstawicieli doktryny, którzy wskazują, że skoro uokik nie przewiduje warunku trwałego pełnienia wszystkich funkcji samodzielnego podmiotu gospodarczego przez wspólnie utworzonego przedsiębiorcę, to „jej reżimowi podlegają zarówno joint venture o charakterze (tylko) koncentracyjnym (co jest oczywiste), jak i joint venture o charakterze (tylko) koordynacyjnym, czyli także wówczas, gdy utworzony wspólny przedsiębiorca nie spełnia (...) przesłanek traktowania go jako trwale wykazującego wszystkie cechy samodzielności

¹⁷ Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Projekt z 19.10.2012 r., s. 34; dokument dostępny pod adresem <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=12486> (22.12.2015).

¹⁸ Wyr. SOKiK z 13.10.2011 r., VI ACa 381/11, za: Skoczny, 2014, s. 596.

gospodarczej” (Kohutek, 2014, s. 484). Co więcej, w literaturze podnosi się, iż zgodnie z treścią art. 13 ust. 2 pkt 3 uokik, „jedynym wymaganym przez ten przepis (a zarazem wystarczającym) warunkiem uznania danej operacji za operację podlegającą obowiązkowi uprzedniej notyfikacji Prezesowi UOKiK jest „utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy”, czyli podmiotu cechującego się już „tylko” samodzielnością prawną, a niekoniecznie gospodarczą (...)” (Kohutek, 2014, s. 485).

Pojawiają się jednak głosy krytyki, zgodnie z którymi – mając na uwadze literalne brzmienie art. 13 ust. 2 pkt 2 – uokik „poddaje obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK „utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy” (...) jako samodzielny stan faktyczny niezdefiniowanej legalnie „koncentracji”, tj. niewymagającej, żeby polegała ona na „trwałej zmianie kontroli”. Powyższe w ocenie T. Skoczego skutkuje tym, iż „[w] tej sytuacji uprawnione (...) jest (...) twierdzenie, że w Polsce tworzenie „wspólnych przedsiębiorców” poddane było (...) [i nadal jest – dop. aut.] kontroli prewencyjnej (*ex ante*) w zakresie prawie nieograniczonym, a w każdym razie daleko wykraczającym poza aksjologię art. 1 [uokik z 2007 – przyp. autorek] i poza odpowiednie regulacje wspólnotowe” (Skoczny, 2006). Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tak szerokiej regulacji.

W proces tworzenia wspólnego przedsiębiorcy zawsze zaangażowanych jest co najmniej dwóch niezależnych przedsiębiorców¹⁹. Co to oznacza w praktyce? Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji nie powstaje w sytuacji tworzenia przedsiębiorcy:

- 1) wyłącznie przez jednego przedsiębiorcę;
- 2) przez jednego przedsiębiorcę i podmiot lub podmioty niebędące przedsiębiorcami;
- 3) przez podmioty niebędące przedsiębiorcami w rozumieniu uokik lub
- 4) przez przedsiębiorców należących do jednej i tej samej grupy kapitałowej (tzw. koncentracja wewnątrzgrupowa).

Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy odnosi się zarówno do sytuacji, kiedy uczestnicy koncentracji (przedsiębiorcy–założyciele) tworzą w tym celu nowego przedsiębiorcę, jak i do sytuacji, kiedy np. w celu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy jeden z uczestników tworzy nową spółkę, a następnie pozostali uczestnicy nabywają lub obejmują w niej udziały/akcje. Do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy uczestnicy koncentracji mogą wykorzystać również już istniejącego przedsiębiorcę (wspólny przedsiębiorca zostaje utworzony np. na bazie spółki funkcjonującej w ramach grupy kapitałowej jednego z założycieli), o czym szerzej w dalszej części niniejszego artykułu.

Co więcej, (ponowna) notyfikacja Prezesowi UOKiK wymagana jest w przypadku „zmiany lub rozszerzenia działalności” już istniejącego joint venture²⁰. Stwierdzając swoją właściwość do oceny tego typu operacji gospodarczych, Prezes UOKiK nawiązuje – chociaż nie wprost – do zmiany w działalności wspólnego przedsiębiorcy w prawie unijnym²¹. Dokonując oceny obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na zmianie działalności funkcjonującego joint venture, w tym jej rozszerzeniu, należy odnosić tę zmianę do jego pierwotnego celu, który podlegał ocenie Prezesa UOKiK (Skoczny, 2014, s. 618) albo – jeżeli pierwotnie utworzenie

¹⁹ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów..., s. 19.

²⁰ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów..., s. 20.

²¹ Por. pkt 106 i n. Obwieszczenia.

przedsiębiorcy nie podlegało zgłoszeniu – do dotychczas prowadzonej działalności przez tego wspólnego przedsiębiorcę.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję Prezesa UOKiK, który w swoich Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji (dalej: Wyjaśnienia) rozważa „**istotną** (podkr. aut.) zmianę lub rozszerzenie przedmiotu działalności” w kontekście utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w oparciu o już istniejącą spółkę oraz o „zmianę lub rozszerzenie przedmiotu działalności” bez użycia przymiotnika „istotna” w odniesieniu do działalności już istniejącego wspólnego przedsiębiorcy. W ocenie autorek w obu przypadkach, tj. zarówno zmiany lub rozszerzenia działalności już istniejącego joint venture, jak i spółki istniejącej w ramach grupy kapitałowej jednego z założycieli (nieprowadzącej dotychczas działalności lub której przedmiot działalności ulegnie zmianie, lub zostanie rozszerzony w wyniku koncentracji), ocenie podlegać powinny wyłącznie zmiany o charakterze istotnym. Wyjaśnienia wymagałyby zatem doprecyzowania w tym zakresie. O ile przykład podany w Wyjaśnieniach dotyczący rozszerzenia działalności przez istniejącego wspólnego przedsiębiorcę z produkcji soków również na produkcję dżemów, tj. na odrębny rynek produktowy, jest dość oczywisty i nie budzi wątpliwości, o tyle scenariusze tworzone przez przedsiębiorców bywają o wiele bardziej skomplikowane. Przykładowo, jeżeli przedsiębiorca prowadzi działalność w zakresie oferowania klientom ubezpieczeń na życie, to czy rozszerzenie oferty tego przedsiębiorcy o nowe kategorie ubezpieczeń na życie będzie traktowane jako istotne rozszerzenie działalności tego przedsiębiorcy? Czy rozszerzenie skali działalności ww. przedsiębiorcy prowadzonej dotychczas w trzech państwach członkowskich UE na inne państwo/państwa członkowskie będzie traktowane jako istotne rozszerzenie działalności? Jak wskazują powyższe przykłady, jednoznaczne określenie, na czym polegają zmiany o charakterze „istotnym”, może niejednokrotnie okazać się bardzo trudne. W związku z odrębnymi zasadami odnoszącymi się do tworzenia wspólnych przedsiębiorców w Polsce i w UE, w tym przypadku trudno się posiłkować wyjaśnieniami KE przedstawionymi w Obwieszczeniu. Zgodnie z Obwieszczeniem, jeżeli rozszerzenie zakresu wspólnego przedsiębiorstwa odbywa się bez przeniesienia dodatkowych aktywów, praw z umów, know-how lub innych praw, to nie występuje koncentracja²². Koncentracja w rozumieniu przepisów UE będzie jednak występować w przypadku, gdy jej rezultatem będzie np. zyskanie przez wspólnego przedsiębiorcę niepełnofunkcyjnego pełnego zakresu funkcji²³.

Wobec trudności towarzyszących przesądzeniu o tym, jakiego typu działania będą uważane za istotną zmianę lub rozszerzenie działalności, przedstawienie przez Prezesa UOKiK w Wyjaśnieniach dodatkowych bardziej szczegółowych wskazówek w tym zakresie byłoby pożądane m.in. z perspektywy pewności prawa.

Interesującą z punktu widzenia praktyki prawa ochrony konkurencji jest również kwestia umiejscowienia operacji gospodarczych polegających na utworzeniu joint ventures w transakcjach określanych jako koncentracje wieloetapowe²⁴. Problematyka ta była przedmiotem rozważań Prezesa UOKiK w toku analizy sprawy dotyczącej niezgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez Remondis Gliwice sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

²² Pkt 108 Obwieszczenia.

²³ Pkt 109 Obwieszczenia.

²⁴ Por. pkt II.1.8 Wyjaśnień w sprawie kryteriów..., s. 44.

oraz Przedsiębiorstwo Składowania i Utylizacji Odpadów sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach²⁵. Ww. przedsiębiorcy–założyciele nie zgłosili zamiaru utworzenia joint venture w formie spółki pod firmą Śląskie Centrum Recyklingu sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: SCR).

Argumentując brak zgłoszenia zamiaru koncentracji przed wpisaniem utworzonego wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, przedsiębiorcy–założyciele podnieśli m.in., że:

- 1) pomimo powstania, SCR nie prowadzi działalności gospodarczej, a jej aktywność sprowadza się do przygotowań związanych z budową instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych;
- 2) SCR pozostaje w „uśpieniu” do czasu zaistnienia faktycznej i prawnej możliwości rozpoczęcia działalności, tj. do momentu uzyskania przez instalację statusu regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych – w przypadku nieuzyskania takiego statusu, spółka będzie musiała ulec rozwiązaniu (likwidacji);
- 3) dokonana koncentracja ma charakter wieloetapowy²⁶, przy czym ostatni etap ma nastąpić wraz z opublikowaniem planów funkcjonowania regionów gospodarki odpadami oraz przepisów wykonawczych w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów²⁷.

Prezes UOKiK nie podzielił stanowiska przedsiębiorców–założycieli co do wieloetapowego charakteru przedmiotowej koncentracji²⁸. W uzasadnieniu omawianej decyzji Prezes UOKiK podkreślił, że „w przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorcy zgłoszenie zamiaru koncentracji powinno zostać dokonane przed zarejestrowaniem spółki (wpisem do rejestru)”, a „[w]ieloetapowość transakcji nie zmienia tej reguły, gdyż powoduje jedynie, że zobowiązany przedsiębiorca co prawda notyfikuje ostatni etap koncentracji, ale jeszcze przed rozpoczęciem realizacji pierwszego etapu”²⁹.

Na temat momentu notyfikacji zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, Prezes UOKiK, SOKiK i Sąd Apelacyjny wypowiedzieli się w związku z analizą sprawy dotyczącej utworzenia przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie i Samorząd Województwa Podkarpackiego wspólnego przedsiębiorcy pod firmą Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie³⁰ (dalej: Port Lotniczy). W toku postępowania przed Prezesem UOKiK przedsiębiorcy–założyciele podnosili, iż przedmiotowa koncentracja ma charakter wieloetapowy, wskazując, że:

- 1) celem pierwszego etapu było umożliwienie podjęcia przez Port Lotniczy jedynie podstawowej działalności, przede wszystkim w sferze jej wewnętrznej organizacji, nakierowanej na przygotowanie realizacji drugiego etapu; ponadto w ocenie przedsiębiorców–założycieli etap ten mógł być traktowany jako niestanowiący w ogóle przypadku koncentracji w rozumieniu funkcjonalnym³¹;
- 2) dopiero drugi etap, tj. wniesienie do nowo powstałej spółki aportów w postaci majątku lotniczego, infrastruktury oraz nieruchomości, na których zlokalizowane jest lotnisko, miało

²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2012 r., nr DKK-138/2012.

²⁶ Ibidem, s. 2.

²⁷ Ibidem, s. 2–3.

²⁸ Ibidem, s. 6.

²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2012 r., nr DKK-138/2012, s. 5–6.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.06.2009 r., nr DKK-37/09; wyr. SOKiK z 29.10.2010 r., XVII Ama 153/09; wyr. SA w Warszawie z 13.10.2011 r., VI ACa 381/11.

³¹ Przedsiębiorcy–założyciele podnosili, że „[j]eżeli (...) funkcją Portu Lotniczego jest działalność lotniskowa, to po pierwszym etapie transakcji nie mogła ona oczywiście zostać podjęta z powodu braku niezbędnych aportów i zezwoleń”.

umożliwić podjęcie przez spółkę Port Lotniczy działalności podstawowej, do realizacji której została ona powołana³².

Również w tej sprawie Prezes UOKiK nie przychylił się do przedstawionych przez uczestników koncentracji argumentów. Prezes UOKiK w uzasadnieniu decyzji wskazał, że „[w]pis do rejestru jest (...) ostatnią czynnością, konieczną do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością”. Ponadto, w swoich rozważaniach Prezes UOKiK podkreślił, że „[w]pis ten ma charakter konstytutywny, co oznacza, iż spółka powstaje z chwilą jego dokonania i z tym momentem uzyskuje osobowość prawną”. Tak więc w ocenie Prezesa UOKiK, którego stanowisko w tym zakresie zostało następnie podtrzymane przez SOKiK i Sąd Apelacyjny w Warszawie, „zamiar koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy (...) zgłosić najpóźniej przed dokonaniem wpisu do rejestru”³³.

Na zakończenie rozważań dotyczących obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy należy wskazać, że obecnie do takich koncentracji może mieć zastosowanie wyłączenie obowiązku zgłoszenia zamiaru takiej transakcji. Zgodnie z art. 14 pkt 1a uokik, wprowadzonym nowelizacją ustawy, która weszła w życie w dniu 18 stycznia 2015 r., zamiar koncentracji nie podlega zgłoszeniu, jeżeli obrót żadnego z przedsiębiorców – założycieli wspólnego przedsiębiorcy nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10.000.000 euro. Ze względu na interpretację tego przepisu stosowaną przez Prezesa UOKiK, przepis ten nie ma obecnie szerokiego zastosowania, o czym mowa w pkt IV.

IV. Alternatywne możliwości kwalifikacji prawnej utworzenia nowej spółki

Granice pomiędzy przejściem (wspólnej) kontroli nad przedsiębiorcą przez dwóch lub więcej przedsiębiorców a utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy są czasami trudne do jednoznacznego wyznaczenia. Zastosowanie odpowiedniej kwalifikacji prawnej może mieć jednak ogromne znaczenie z punktu widzenia możliwości zastosowania wyłączenia obowiązku zgłoszenia przewidzianego w art. 14 uokik. O ile od 18 stycznia 2015 r., tj. od wejścia w życie nowelizacji uokik, która wprowadziła znaczące zmiany w zakresie prawa konkurencji, w tym kontroli koncentracji, wyłączeniem objęte jest również utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, o tyle wyłączenie to jest bardziej restrykcyjne niż wyłączenia dotyczące nabycia mienia i przejęcia kontroli. W przypadku zarówno nabycia mienia, jak i przejęcia kontroli, próg 10.000.000 euro odnosi się wyłącznie do odpowiednio obrotu zrealizowanego przez nabywane mienie³⁴ oraz obrotu przedsiębiorcy, nad którym ma nastąpić przejęcie kontroli³⁵ w każdym z ostatnich dwóch lat obrotowych poprzedzających rok zgłoszenia zamiaru koncentracji. W odniesieniu do zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, zgodnie z art. 14 pkt 1a uokik zgłoszeniu nie podlega zamiar koncentracji, jeżeli obrót żadnego z przedsiębiorców nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10.000.000 euro. Zgodnie z dotychczasową praktyką Prezesa UOKiK, obrót uwzględniany na potrzeby tego przepisu obejmuje jednak nie

³² Decyzja Prezesa UOKiK z 18.06.2009 r., nr DKK-37/09, s. 4.

³³ Ibidem.

³⁴ Art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik.

³⁵ Art. 14 pkt 1 uokik.

tylko osiągnięty na terytorium Polski obrót przedsiębiorców będących bezpośrednimi uczestnikami koncentracji, a również osiągnięty w Polsce obrót wszystkich pozostałych podmiotów należących do grup kapitałowych tych przedsiębiorców, część obrotu podmiotów wspólnie kontrolowanych przez ww. grupy kapitałowe oraz podmiotów wspólnie kontrolujących grupy kapitałowe proporcjonalnie do liczby podmiotów sprawujących kontrolę (analogicznie jak na potrzeby art. 13 ust. 1 uokik). Taka interpretacja art. 14 pkt 1a pozbawia wyłączenie przewidziane w tym przepisie praktycznego znaczenia i nadal nie wyłącza spod jurysdykcji Prezesa UOKiK koncentracji eksterytorialnych, w których jedynym łącznikiem z Polską jest fakt, iż niektóre podmioty z grup kapitałowych uczestników koncentracji generują w Polsce obrót o wysokości przekraczającej 10.000.000 euro, choćby na rynkach niezwiązanych z rynkami właściwymi zdefiniowanymi na potrzeby danej koncentracji, tj. z rynkami, na których działalność będzie prowadził wspólny przedsiębiorca. Tym samym, polska doktryna skutku, zgodnie z którą przesłanka skutku na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest spełniona, jeżeli co najmniej jeden z uczestników koncentracji (tj. grupa kapitałowa, do której należy) osiąga obrót na terytorium RP³⁶, wciąż należy do bardzo restrykcyjnych w UE (na tle rozwiązań przyjętych w innych państwach członkowskich).

W kontekście kwalifikacji prawnej koncentracji polegającej na utworzeniu nowej spółki lub kapitałowym zaangażowaniu przedsiębiorcy w spółkę już istniejącą wraz z innym przedsiębiorcą/innymi przedsiębiorcami zasadnym jest – w ocenie auterek – kierowanie się wykładnią teleologiczną, tj. odpowiedzią na pytanie, co jest rzeczywistym celem przedsiębiorców będących uczestnikami koncentracji. Jeżeli celem przedsiębiorców jest zaangażowanie się w nowe wspólne przedsięwzięcie, tj. w przedsięwzięcie tworzące wartość dodaną w stosunku do dotychczas prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, to takie działanie co do zasady powinno być kwalifikowane jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Jeżeli jednak przedsiębiorcy prowadzili już wspólnie działalność o tym samym profilu w tym samym zakresie w ramach odrębnego przedsiębiorcy, to np. zamiar wyodrębnienia części prowadzonej już działalności i przeniesienia jej do innego przedsiębiorcy nie powinien być kwalifikowany jako utworzenie joint venture. Dyskusyjne byłoby w takiej sytuacji stosowanie również alternatywnej kwalifikacji prawnej, tj. przejęcia kontroli, ponieważ przedsiębiorcy *de facto* sprawują już kontrolę nad prowadzoną dotychczas działalnością. W takim przypadku można by ewentualnie rozważać przyjęcie kwalifikacji prawnej koncentracji w postaci wspólnego nabycia mienia. Dotychczasowa praktyka decyzyjna wyraźnie wskazuje, że Prezes UOKiK aprobuje stosowanie kwalifikacji prawnej koncentracji w postaci wspólnego nabycia mienia przez dwóch lub więcej przedsiębiorców³⁷. Możliwość zastosowania konkretnej kwalifikacji prawnej wymaga dokładnej analizy każdego przypadku indywidualnie.

Pewne pytania interpretacyjne mogą generować również sytuacje, w których przedsiębiorcy nabywają mniejszościowe pakiety udziałów/akcji w już istniejącej spółce, kontrolowanej wyłącznie przez innego przedsiębiorcę lub wspólnie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Czy taką sytuację należy kwalifikować jako nabycie udziałów/akcji niedających kontroli czy jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy? Zgodnie z Wyjaśnieniami, zgłoszeniu nie podlegają tzw. quasi-koncentracje, polegające na nabyciu lub objęciu udziałów lub akcji, które nie prowadzą jednak do

³⁶ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów..., s. 12.

³⁷ Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 26.11.2010 r., nr DKK-123/2010; decyzja Prezesa UOKiK z 21.11.2012 r., nr DKK-126/2012.

przejęcia kontroli³⁸. Formalnie więc takie sytuacje nie powinny podlegać zgłoszeniu do Prezesa UOKiK. Aby zachować wewnętrzną spójność regulacji, jaką jest uokik, zasadnym byłoby również w takich sytuacjach rozważanie transakcji z celowościowego punktu widzenia, tj. czy poprzez dokonanie transakcji przedsiębiorcy zamierzają zaangażować się w nowe wspólne przedsięwzięcie, wnoszące rzeczywistą wartość dodaną w stosunku do dotychczas prowadzonej działalności. Pogląd ten może budzić kontrowersje, jednak ze względu na fakt, iż zgłoszeniu podlegają również transakcje polegające na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez kilku przedsiębiorców, niedające wspólnej kontroli, nie można wykluczyć, że Prezes UOKiK mógłby kwalifikować pewne szczególne sytuacje polegające na nabyciu udziałów mniejszościowych jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Kwalifikacja taka wymagałaby jednak dogłębnej analizy, a w przypadku uznania, iż dana koncentracja podlega obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK, wymagałaby również szczegółowego uzasadnienia.

W odniesieniu do rozróżnienia pomiędzy utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy w oparciu o już istniejącą spółkę a koncentracją polegającą na przejściu z kontroli wyłącznej na wspólną Wyjaśnienia dostarczają pewnych wskazówek. Do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dojdzie mianowicie w przypadku, gdy spółka już istniejąca w ramach grupy kapitałowej jednego z uczestników koncentracji nie prowadziła dotychczas działalności lub też, gdy po dokonaniu koncentracji spółka ta zamierza istotnie zmienić lub rozszerzyć przedmiot dotychczas prowadzonej działalności³⁹. Wskazówki te zdają się potwierdzać stosowanie przez Prezesa UOKiK wykładni celowościowej, zgodnie z którą podstawowym kryterium wyboru prawidłowej kwalifikacji prawnej koncentracji jest rzeczywisty cel uczestniczących przedsiębiorców, tj. ustalenie czy zamierzają oni zaangażować się w nowe wspólne przedsięwzięcie, tj. w przedsięwzięcie wnoszące jakąś wartość dodaną w stosunku do dotychczas prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

V. Kwestia pewności prawnej

Pomimo przeprowadzonej nowelizacji uokik, podjętych przez UOKiK starań w zakresie m.in. wypracowania zaktualizowanych Wyjaśnień i możliwości zasięgnięcia interpretacji UOKiK, nadal nie udało się wypracować jasnej, kompleksowej i jednoznacznej regulacji w zakresie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy. Zgłaszane na etapie nowelizacji uokik wnioski, postulaty i propozycje praktyków (m.in. wspomniany już wcześniej postulat dotyczący poddania ocenie wyłącznie joint ventures o charakterze koncentracyjnym) w większości przypadków nie znalazły odzwierciedlenia w aktualnym brzmieniu uokik. Przedsiębiorcy nadal muszą się mierzyć z pytaniami dotyczącymi różnych form i procesów koncentracyjnych, których obowiązek notyfikacji bądź brak tego obowiązku nie wynika wprost z przepisów. Można pokusić się o stwierdzenie, że pomysłowość i elastyczność przedsiębiorców w tym zakresie zdecydowanie wykracza poza regulację prawną w zakresie kontroli koncentracji w jej aktualnym kształcie.

Jednym z podstawowych, nadal nierozwiązanych problemów kładących się cieniem na regulację uokik w jej znowelizowanym kształcie jest kwestia szerokiego katalogu operacji gospodarczych, które kwalifikowane są jako utworzenie joint venture. Jednoznacznie negatywnie należy

³⁸ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów..., s. 13.

³⁹ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów..., s. 20.

ocenić obecną sytuację, w której poszczególne typy operacji gospodarczych kwalifikowanych przez Prezesa UOKiK jako sposoby utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, zostały wskazane w niemających charakteru prawa powszechnie obowiązującego Wyjaśnieniach, a nie w akcie normatywnym, jakim jest uokik.

Z praktycznego punktu widzenia, najbardziej jednak problematyczna pozostaje kwestia braku przesłanki trwałości tworzonego wspólnego przedsiębiorcy, co obliguje przedsiębiorców–założycieli do zgłaszania zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu joint venture, które z założenia będzie miało charakter czasowy. Co prawda można, jak wskazują przedstawiciele doktryny, interpretować pojęcie „wspólnego przedsiębiorcy” przez pryzmat zawartej w art. 4 pkt 7 uokik definicji „przedsiębiorcy” i próbować wywodzić z tego wniosek, iż przedmiotem zgłoszenia na gruncie art. 13 ust. 2 pkt 3 jest tylko tworzenie „wspólnych przedsiębiorców pełniących w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego” (Szydło, 2002, s. 45–46), niemniej jednak z całą pewnością nie jest to rozwiązanie zgodne z zasadą pewności prawa (Skoczny, 2006). Co więcej, stanowisko to nie spotkało się z aprobatą Prezesa UOKiK w utrwalonej praktyce decyzyjnej, a jakiegokolwiek dotychczasowe próby argumentacji w tym zakresie poczynione przez przedsiębiorców zakończyły się fiaskiem (por. np. rozważania dotyczące transakcji wieloetapowych w pkt III niniejszego artykułu).

Ponadto, Wyjaśnienia w nowym, zaktualizowanym brzmieniu z roku 2015, wciąż wskazują na istnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy bez względu na liczbę głosów, jaką będą mieli ostatecznie założyciele joint venture (Skoczny, 2006, s. 21). Zgodnie z treścią cytowanych Wyjaśnień, koncentrację taką należy zatem zgłosić jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (obowiązek zgłoszenia ciąży więc na wszystkich przedsiębiorcach–założycielach), nawet jeżeli jeden z założycieli będzie posiadał udziały/akcje w ilości dającej mu prawo kontroli nad wspólnie utworzonym przedsiębiorcą, a pozostali założyciele udziały mniejszościowe. Istniejącą sytuację należy ocenić krytycznie, gdyż skutkuje ona stanem niepewności prawnej co do istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Ważną kwestią z perspektywy zasady pewności prawa jest omówiona szczegółowo powyżej problematyka związana z użytymi w Wyjaśnieniach sformułowaniami „istotna zmiana lub rozszerzenie przedmiotu działalności” w kontekście utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w oparciu o już istniejącą spółkę oraz „zmiana lub rozszerzenie przedmiotu działalności” bez użycia przymiotnika „istotna” w odniesieniu do działalności już istniejącego wspólnego przedsiębiorcy. Ta drobna różnica językowa w praktyce niesie za sobą konsekwencję w postaci niepewności przedsiębiorców–założycieli w zakresie warunków podejmowania przez nich decyzji gospodarczych dotyczących wspólnego przedsiębiorcy. W świetle Wyjaśnień trudno jest jednoznacznie ocenić czy i kiedy decyzja przedsiębiorców–założycieli względem joint venture kwalifikuje się do zgłoszenia zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy Prezesowi UOKiK. Z tego względu działaniem pożądanym byłoby uzupełnienie przez Prezesa UOKiK Wyjaśnień o dodatkowe, bardziej szczegółowe wskazówki i przykłady dotyczące zmiany lub rozszerzenia działalności wspólnego przedsiębiorcy.

VI. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Powyższe rozważania mogą niestety prowadzić do wniosku, iż polska regulacja w zakresie obowiązku notyfikacji Prezesowi UOKiK zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy nie zachęca do podejmowania tego rodzaju wspólnych inicjatyw. Co więcej, w praktyce bardzo często zarówno zagraniczni przedsiębiorcy, jak i ich pełnomocnicy nie kryją zaskoczenia restrykcyjnością i formalizmem polskiej regulacji. Polskie przepisy antymonopolowe dotyczące utworzenia joint venture wyróżniają się na tle regulacji unijnej i regulacji obowiązujących w pozostałych krajach członkowskich. Podstawowa różnica odnosi się przede wszystkim do definiowania pojęcia wspólnego przedsiębiorcy. W praktyce orzeczniczej polskich organów antymonopolowych (Prezesa UOKiK i SOKiK) pomijane są aspekty wspólnej kontroli, trwałości i pełnofunkcyjności joint ventures, tak silnie akcentowane w prawie UE i wielu państw członkowskich. Autorki niniejszego artykułu w pełni aprobuje postulowany w doktrynie i wielokrotnie powtarzany przez praktyków pogląd w sprawie konieczności pełnego/większego dostosowania zakresu obowiązku zgłoszeniowego dotyczącego utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie antymonopolowym do rozwiązań przyjmowanych w prawie unijnym.

Z perspektywy przedsiębiorców zainteresowanych połączeniem swoich potencjałów gospodarczych w ramach struktury joint venture, kluczowe znaczenie ma wypracowanie przez polskie organy ochrony konkurencji zdecydowanie mniej rygorystycznego podejścia w zakresie tzw. doktryny skutku, tak aby odpowiadało ono obecnym realiom gospodarczym i podążało w tym zakresie za mechanizmami wypracowanymi przez KE i inne krajowe organy ochrony konkurencji, które korzystają z analizy ekonomicznej w kontekście oceny poszczególnych koncentracji. Podejście polskich organów antymonopolowych winno być ukierunkowane na dokonywanie oceny wyłącznie takich transakcji, które rzeczywiście – w trwały i istotny sposób – mogą mieć wpływ na konkurencję na danym rynku właściwym. Dlatego też, w ocenie auterek, wyłączeniem *de minimis* przewidzianym w art. 14 pkt 1a uokik powinien zostać objęty zdecydowanie szerszy krąg podmiotów, co umożliwi wyłączenie spod jurysdykcji Prezesa UOKiK tzw. koncentracji eksterytorialnych, w których – jak wskazano wcześniej – jedynym łącznikiem z Polską jest fakt, iż niektóre podmioty z grup kapitałowych uczestników koncentracji osiągają w Polsce obrót o wysokości przekraczającej 10.000.000 euro, choćby na rynkach zupełnie niezwiązanych z rynkami właściwymi zdefiniowanymi na potrzeby danej koncentracji. Powyższy postulat nie dotyczy jednak sytuacji, w których wspólny przedsiębiorca tworzony byłby wyłącznie przez wehikuły korporacyjne lub spółki celowe, a wskazane podmioty byłyby tworzone jedynie na potrzeby obejścia prawa przez spółki dominujące w danych grupach kapitałowych.

Z punktu widzenia pewności prawa wysoce pożądanym jest, aby przepisy dotyczące tworzenia wspólnych przedsiębiorców zostały doprecyzowane w akcie o randze ustawowej. Pomoże to uniknąć wielu problemów interpretacyjnych, a Wyjaśnieniom przywróci *stricte* charakter dokumentu typu *soft law*.

Bibliografia

- Kalus, S. (red.). (2011). *Ochrona prawna obrotu gospodarczego*. Warszawa: Lexis Nexis
- Kohutek, K. (2013). *Komentarz do rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji*. Pozyskano z: <http://sip.lex.pl/#/commentary/587343794/141234> (31.01.2016).
- Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Oczkowska, R. (2006). Joint venture jako alians przedsiębiorstw na rynku międzynarodowym – rozważania terminologiczno-definicyjne. *Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie*, 720.
- Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Sendrowicz, M. i Sz waj, M. (2007). *Prawo konkurencji. Podstawowe pojęcia*. Warszawa: UOKiK.
- Skoczny, T. (2006). Opinia o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (druk sejmowy nr 1110). Pozyskano z: [http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/\(\\$All\)/9764EA3DFEE2C4F5C125722F003DD4D7/\\$File/i2677_06.rtf?OpenElement](http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/($All)/9764EA3DFEE2C4F5C125722F003DD4D7/$File/i2677_06.rtf?OpenElement) (31.01.2016).
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Stankiewicz, R. (2007). Joint ventures w prawie antymonopolowym. *Przegląd Prawa Handlowego*, 8.
- Szydło, M. (2002). Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint ventures) w prawie antymonopolowym. *Prawo Spółek*, 12.
- Szydło, M. (2005). Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne. *Studia Europejskie*, 4. Pozyskano z: http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/4-2005_Szydlo.pdf (31.01.2016).
- Targański, B. (2010). *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wierzbowski, M., Karasiewicz, K. i Stankiewicz, R. (2012). Kontrola koncentracji przedsiębiorców. *Studia Prawa Prywatnego*, 2.