



KR-48-18/23/JPD

Warszawa, 5 października 2023 roku

W/...

Sąd Apelacyjny w Warszawie
VII Wydział Gospodarczy i Własności Intelektualnej
ul. Inflancka 4C bud. D
00-189 Warszawa

Sygn. akt: VII AGa 1/23

Pogląd
Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej
istotny dla sprawy apelacji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
od wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział XVII Sąd Ochrony Konkurencji
i Konsumentów z 21 listopada 2022 r.

Działając na podstawie art. 15 ustawy z 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturze Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej¹, przedstawiam następujący pogląd istotny dla sprawy rozpoznawanej przez Sąd Apelacyjny w Warszawie na skutek apelacji wniesionych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („Prezes UOKiK”) od wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział XVII Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 listopada 2022 r. w sprawach z odwołań od decyzji nr DKK-170/2020 z 6 października 2020 r.:

Przesłanka utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, o której mowa w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów² obejmuje nie tylko utworzenie nowego przedsiębiorcy (np. formalny akt zawiązania nowej spółki), ale również utworzenie wspólnego przedsiębiorcy na bazie już istniejącego podmiotu, tj. podjęcie działań umożliwiających realizację przez kilku istniejących przedsiębiorców wspólnego przedsięwzięcia (działalności) w oparciu o istniejącego już przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 tej ustawy.

¹ Dz. U. z 2023 r. poz. 1109.

² Dz. U. z 2023 r. poz. 1689; dalej: u.o.k.i.k.

Uzasadnienie

1. Wprowadzenie

Wyrokami z 21 listopada 2022 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyniku wniesionych odwołań, uchylił decyzję Prezesa UOKiK z 6 października 2020 r. nr DKK-170/2020 oraz stwierdził jej wydanie z rażącym naruszeniem prawa.

Zaskarżoną decyzją Prezes UOKiK, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania w sprawie koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez: PJSC Gazprom z siedzibą w Moskwie (Federacja Rosyjska), Uniper Gas Transportation & Finance B.V. z siedzibą w Rotterdamie (Holandia), Engie Energy Management Holding Switzerland AG z siedzibą w Zug (Szwajcaria), OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. z siedzibą w Amstelveen (Holandia), Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze (Holandia) oraz Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V. z siedzibą w Rijswijk (Holandia), bez zgody Prezesa UOKiK, stwierdził naruszenie przez te podmioty obowiązku określonego w art. 13 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. W związku z tym nałożył na te podmioty karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 u.o.k.i.k. Ponadto, na podstawie art. 21 ust. 2 i 4 u.o.k.i.k. nakazał tym podmiotom rozwiązanie zawartych przez nie umów związanych z finansowaniem budowy gazociągu Nord Stream 2, tj.: umowy finansowania Mezzanine dotyczącej projektu Nord Stream 2, umowy kredytu pomostowego dotyczącej projektu Nord Stream 2, umowy kredytu na pokrycie luki finansowej dotyczącej projektu Nord Stream 2, umowy zastawu na akcjach Nord Stream 2 AG oraz umowy przelewu na zabezpieczenie praw z umowy przesyłu gazu ziemnego.

W uzasadnieniu wyroków Sąd Okręgowy stwierdził, że art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. jest jasny, przez co podlega zasadzie *clara non sunt interpretanda*. Dodatkowo, jako przepis ograniczający konstytucyjnie chronioną wolność działalności gospodarczej winien być interpretowany ściśle.

Sąd przyjął, że art. 13 ust. 2 pkt 3 wymaga, aby koncentrujący się przedsiębiorcy zamierzali utworzyć nowy samodzielny podmiot prawa, tj. przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. Musi być to zatem – jak przyjął Sąd – przedsiębiorca nieistniejący wcześniej. Przemawiać ma za tym przede wszystkim okoliczność, że określając przejawy koncentracji wymagające zgłoszenia do Prezesa UOKiK w art. 13 ust. 2, ustawodawca odróżnił przypadek, w którym koncentracja następuje w ramach istniejącego już przedsiębiorcy i polega na przejęciu bezpośredniej albo pośredniej kontroli, od sytuacji opisanej w art. 13 ust. 2 pkt 3 polegającej na „utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy”.

Sąd ocenił, że przedmiotem żadnej z umów zawartych przez ukaranych przedsiębiorców nie był zamiar utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. Umowy nie prowadziły bowiem do utworzenia nowego podmiotu prawa w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. Były to umowy określające zasady wzajemnej współpracy w realizacji przedsięwzięcia, lecz nie tworzyły przedsiębiorcy. Zdaniem Sądu, skoro spółka Nord Stream 2 istniała w dacie domniemanej koncentracji, to nie można mówić o utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k.

Prokuratoria, prezentując niniejszy pogląd, podziela zarzuty apelacji w szczególności co do naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k., przez jego błędną wykładnię.

W opinii Prokuratorii błędne jest przyjęte przez sąd rozumienie przesłanki utworzenia wspólnego przedsiębiorcy zakładające, że w zakresie zastosowania tego przepisu mieści się wyłącznie utworzenie nowego przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. tj. powołanie do życia przedsiębiorcy nieistniejącego przed podjęciem przez przedsiębiorców wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego.

Istota kluczowego w niniejszej sprawie zagadnienia sprowadza się do tego, że art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. obejmuje dwa stany faktyczne:

- (a) utworzenie wspólnego **nowego** podmiotu, który do tej pory nie istniał – w takiej sytuacji nowy podmiot musi być przedsiębiorcą i w tym zakresie przytoczone w uzasadnieniu przez sąd uwagi³ znajdują zastosowanie;
- (b) utworzenie wspólnego przedsiębiorcy **na bazie już istniejącego przedsiębiorcy** – (tu: istniejącej już spółki – wówczas również dochodzi do koncentracji przedsiębiorców, którzy do tej pory nie realizowali wspólnego celu gospodarczego (tu: wręcz byli konkurentami), a który – z chwilą jego pojawienia się – będzie miał wpływ na ich zachowania rynkowe.

Prawo konkurencji drugiej formie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy poświęca sporo uwagi, zalecając przeprowadzenie analizy całokształtu okoliczności towarzyszących temu procesowi, w szczególności celu inwestycji, sposobu finansowania, zabezpieczenia i rozliczenia inwestycji itp.

Tymczasem w zaskarżonym wyroku Sąd Okręgowy swoje rozważania ograniczył tylko do stwierdzenia, że zawartych przez przedsiębiorców umów nie można utożsamiać z utworzeniem nowego podmiotu. Istotą zakwestionowanych przez Prezesa UOKiK działań przedsiębiorców było natomiast ich „przyłączenie” się do istniejącej już spółki, połączenie potencjałów gospodarczych poprzez współfinansowanie określonego wspólnego przedsięwzięcia (a zatem koncentrację kapitału). Sąd nie dokonał zatem w opinii Prokuratorii pełnej analizy całokształtu okoliczności sprawy, do czego jest zobowiązany jako sąd pierwszej instancji.

Zastosowana przez sąd wykładnia przedmiotowej przesłanki prowadziłaby do nieakceptowalnego wniosku, że obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na podjęciu wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego przez kilku istotnych graczy na danym rynku (a zatem z dużym stopniem prawdopodobieństwa oddziałującego istotnie na ten rynek), można w sposób niezwykle prosty uniknąć. Wystarczy wykorzystać podmiot utworzony formalnie (zarejestrowany) wcześniej, nie prowadzący wcześniej działalności na szerszą skalę, co z kolei pozwala uniknąć obowiązku zgłoszenia z uwagi na przejście nad nim kontroli (w przypadku koncentracji polegającej na przejściu kontroli koncentracja podlega obowiązkowi notyfikacji, jeżeli przedsiębiorca przejmowany osiąga obrót przekraczający na terenie RP równowartość 10 mln euro, co wynika z art. 14 pkt 1 u.o.k.i.k.).

³ W sytuacji kiedy utworzona przez przedsiębiorców struktura prawna nie będzie stanowiła przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zamiar jej dokonania nie będzie objęty zakresem art. 13 ust. 2 pkt 3 tej ustawy - nawet jeśli struktura ta będzie posiadała funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego. Tak może być w szczególności np. w razie zawarcia przez przedsiębiorców (założycieli) umowy spółki cywilnej, w ramach której zorganizowany zostanie nowy "przedsiębiorca" (a ściślej nowe przedsiębiorstwo). We wskazanym przypadku przedsiębiorcy uczestniczący w takiej operacji nie będą zobligowani do zgłoszenia zamiaru jej dokonania Prezesowi UOKiK, zgodnie z art. 13 ust. 1 u.o.k.i.k., z powodu braku spełnienia warunku utworzenia "wspólnego przedsiębiorcy".

Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy oznacza, w opinii Prokuratorii, również podjęcie przez przedsiębiorców takich czynności, np. polegających na zawarciu szeregu umów, które umożliwiają im podjęcie nowego jakościowo, wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego (działalności) w oparciu o istniejący podmiot odpowiadający definicji przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k. Tym samym wspólnym przedsiębiorcą może być istniejąca wcześniej spółka założona i kontrolowana dotąd przez inny podmiot lub podmioty, jeżeli przez tę spółkę dwóch lub więcej istniejących przedsiębiorców zamierza podjąć nowe, wspólne przedsięwzięcie gospodarcze.

2. Brak jednoznaczności art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. w świetle wykładni językowej

2.1. Sąd w zaskarżonych apelacją wyrokach przyjął założenie, że zawarte w art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. wyrażenie „utworzenie wspólnego przedsiębiorcy” stanowiące koncentrację podlegającą obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK nie wymaga interpretacji. Jest to założenie nietrafne już ze względu na wątpliwości jakie budzi zasada *clara non sunt interpretanda*⁴ (zob. szerzej w pkt 2.4).

Co więcej, pojęcie *wspólnego przedsiębiorcy* (wspólnego przedsiębiorstwa, ang. *joint venture*) budzi w praktyce zasadnicze wątpliwości interpretacyjne, przez co nie sposób wyjaśnić go wyłącznie przez odwołanie się do znaczenia tego terminu w języku powszechnym.

Ponadto, Sąd zbyt duży nacisk położył na okoliczność, że art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. jest przepisem ograniczającym konstytucyjnie chronioną wolność działalności gospodarczej i nietrafnie wywiódł z tego automatycznie, że wykluczone jest stosowanie przy jego wykładni pozajęzykowych metod wykładni, zwłaszcza wykładni celowościowej. Tak restrykcyjne stanowisko Sądu nie znajduje uzasadnienia ani na gruncie aprobowanej obecnie w polskiej nauce prawa i orzecznictwie teorii wykładni ani w świetle akceptowanej w unijnym prawie konkurencji reguły wykładni przepisów dotyczących koncentracji nakazującej uwzględniać m.in. cele wprowadzonych rozwiązań.

Przyjęte przez Sąd Okręgowy stanowisko prowadzi do niedającego się zaakceptować osłabienia ochrony konkurencji w kontekście kontroli koncentracji oraz zdolności efektywnego zapobiegania przez organy władzy publicznej praktykom antykonkurencyjnym. W konsekwencji – osłabia ochronę konsumentów, których ochrona przed praktykami naruszającymi ich interesy jest konstytucyjnym obowiązkiem władzy publicznej (art. 76 Konstytucji). Wartości te muszą być na płaszczyźnie wykładni przepisów uwzględniane przez organy administracji publicznej i sądy na równi z wolnością działalności gospodarczej (zob. szerzej w pkt 3.2.).

2.2. Zgodnie z art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK podlega zamiar *utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy*. Ustawodawca w art. 4 pkt 1 zawarł definicję przedsiębiorcy, odsyłając do *ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców*. Nie sprecyzował natomiast jakie zdarzenia (sytuacje) mieszczą się w pojęciu *utworzenie wspólnego przedsiębiorcy*.

W celu rekonstrukcji treści normatywnej tego przepisu należy odwołać się w pierwszej kolejności do znaczenia użytych przez ustawodawcę słów w języku powszechnym, czyli

⁴ Zob. szerzej: M. Zirk-Sadowski [w:] R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, System Prawa Administracyjnego Tom 4, Warszawa 2015, s. 166 i n.

dokonać wykładni językowej. Sąd jednak takiej wykładni zaniechał, a przynajmniej nie dał jej wyrazu w uzasadnieniu zaskarżonych apelacją orzeczeń.

Wykładnia językowa dąży do ustalenia właściwego znaczenia interpretowanego tekstu prawnego z punktu widzenia języka, w jakim tekst ten jest sformułowany. Wymaga to sięgnięcia w szczególności do przyjętych w danym języku reguł semantycznych, syntaktycznych i gramatycznych. Stosowanie tych reguł w celu ustalenia znaczenia użytych w tekście prawnym zwrotów jest niezbędne zwłaszcza, kiedy interpretowane zwroty nie zostały przez ustawodawcę zdefiniowane (np. w słowniczku aktu normatywnego).

Kierując się powyższymi dyrektywami wykładni językowej, należy wskazać, że słowo utworzyć w języku polskim oznacza: „zorganizować, założyć coś, co do tej pory nie istniało”, „spowodować powstanie czegoś”, „uformować się w pewien sposób”⁵. Bezspornie chodzi o takie działania (czynności), w następstwie których dojdzie do powstania czegoś innego niż istniało do tej pory. Utworzony przedsiębiorca musi być przy tym „wspólny”, tj. – jak wynika z językowego znaczenia – „tworzony razem z innymi” lub „należący do wielu osób”⁶.

Z zestawienia słów użytych przez ustawodawcę w art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. można wyprowadzić wstępny wniosek, że zwrot ten obejmuje niewątpliwie zawiązanie nowej spółki i powołanie do życia nowego podmiotu prawa (przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k.) przez co najmniej dwa podmioty mające status przedsiębiorcy. Jednak, zdaniem Prokuraturii, **nie wyczerpuje się na ścisłym rozumieniu powołania nowego podmiotu w znaczeniu formalnym. Potencjalnie może obejmować również i inne operacje między przedsiębiorcami powodujące powstanie (zorganizowanie) nowego jakościowo podmiotu, także na bazie istniejącego podmiotu prawa**, w tym w wyniku zmiany zakresu jego działalności i potencjału gospodarczego przez przystąpienie do niego przedsiębiorcy za pomocą instrumentów kontraktowych, a bez formalnego objęcia akcji/udziałów, tj. w formule niestanowiącej przejęcia kontroli w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k.

Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy nie jest tym samym, jak wydaje się przyjmować Sąd, równoznaczne wyłącznie z zawiązaniem spółki lub innego przedsiębiorcy. **Brzmienie przepisu nie daje podstaw do tak wąskiego rozumienia utworzenia wspólnego przedsiębiorcy.**

Podkreślenia wymaga, że przepis nie posługuje się sformułowaniem „nowy przedsiębiorca”. Literalne brzmienie przepisu uzasadnia więc stanowisko, że z punktu widzenia analizowanej przesłanki istotne jest nie to, czy utworzony zostaje **nowy** podmiot prawa, ale to, czy ma dojść do połączenia potencjałów gospodarczych istniejących przedsiębiorców, tj. do podjęcia **wspólnego** przedsięwzięcia.

2.3. Pojęcie wspólnego przedsiębiorcy (wspólnego przedsiębiorstwa – ang. *Joint venture*) to jedno z najbardziej wieloznacznych pojęć prawa konkurencji. Trudności z dokładnym i jednoznacznym zdefiniowaniem tego terminu powodują, że jest ono określane jako „kameleon” prawa i polityki konkurencji⁷. Konstrukcja *joint venture* jest generalnie wykorzystywana, gdy co najmniej dwaj przedsiębiorcy współdziałają w dowolnym wspólnym celu, którego nie mogą osiągnąć samodzielnie, a więc koncentrują swoje potencjały. Może być to konstrukcja ukierunkowana na realizację ich wspólnych interesów i integrację zasobów ekonomicznych, dzięki czemu tworzy się nowa jakość produkcyjna albo ekspansja

⁵ <https://sjp.pwn.pl/sjp/utworzyc;2533885.html>

⁶ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wsp%C3%B3lny.html>

⁷ A.L. Puckett, *European Competition Law: Managing the „Chameleon” of Antitrust – Technology Joint Ventures*, MJIL 1995, vol. 19, Nr 1, s. 47.

rynkowa. Jak dostrzega się w doktrynie, *joint venture* **nie zawsze przyjmuje postać sformalizowaną i nie zawsze stanowi odrębny podmiot prawny (spółka, spółdzielnia)**. Występują wspólne przedsiębiorstwa będące spółkami podlegającymi wspólnej kontroli założycieli, ale także wspólne przedsiębiorstwa oparte wyłącznie na umowie o współpracy partnerów handlowych czy wspólne przedsiębiorstwa kapitałowe polegające na udziale kapitałowym w przedsięwzięciu gospodarczym bez możliwości wpływu na zarządzanie⁸. Stwarza to podstawy do wyodrębnienia formy umownej wspólnego przedsiębiorstwa, nieobjętej utworzenia nowego podmiotu i formy strukturalnej, polegającą na utworzeniu nowego przedsiębiorstwa⁹. *Joint venture* są to zatem takie porozumienia między przedsiębiorcami, które ukierunkowane są na wspólne działanie i realizację interesów ekonomicznych tych podmiotów.

2.4. Skoro brzmienie przepisu nie wyklucza innych zdarzeń bądź czynności mogących stanowić utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, a pojęciem *joint venture* obejmowane są porozumienia między przedsiębiorcami nietworzące nowego podmiotu prawa, niezbędne jest zweryfikowanie uzyskanego wstępnie rezultatu językowej wykładni art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. za pomocą pozostałych rozpoznanych w kulturze prawnej metod interpretacji, czego Sąd Okręgowy zaniechał.

Wedle dominującej obecnie w prawoznawstwie koncepcji wykładni prawa¹⁰, aprobowanej również w orzecznictwie¹¹, należy kontynuować wykładnię nawet po uzyskaniu jednoznaczności językowej interpretowanego tekstu¹². Dotyczy to nawet przypadków, w których przepis pozornie nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, gdyż jest jasny. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy: „*Współczesne koncepcje wykładni prawa nakazują, zgodnie z regułą omnia sunt interpretanda, w każdym zasadniczo przypadku uwzględnianie różnych metod wykładni. Odrzuca się zatem regułę clara non sunt interpretanda. Sama okoliczność, że wykładnia językowa nie prowadzi do różnych wyników nie stanowi wystarczającej podstawy do zaniechania poszukiwania właściwego sensu normy prawnej poprzez odwołanie się do pozajęzykowych metod wykładni*”¹³. W praktyce zatem **dopiero zastosowanie wszystkich dostępnych metod wykładni (językowej, systemowej i funkcjonalnej) prowadzi albo co najmniej może prowadzić do zrekonstruowania jednoznacznej normy prawnej**.

Odwołanie się do wykładni systemowej i funkcjonalnej (celowościowej) powinno wchodzić w grę szczególnie wówczas, kiedy na gruncie językowym tekst przepisu jest nierozstrzygujący. Pozajęzykowe metody pełnią w tym wypadku rolę naprawczą, umożliwiając ujednoznaczenie treści interpretowanego przepisu, a w konsekwencji – rekonstrukcję normy. Celowościowe reguły wykładni zakładają jednocześnie preferowanie takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, które uwzględnia cel, do którego osiągnięcia zmierza ustawodawca. Zastosowanie pozajęzykowych metod interpretacji prawa, w tym wykładni celowościowej, jest dopuszczalne nawet w odniesieniu do przepisów represyjnych

⁸ D. Kostecka-Jurczyk, *Koncentracja w formie wspólnego przedsiębiorstwa a ryzyko konkurencyjne w świetle prawa antymonopolowego*, Warszawa 2017, s. 45-46.

⁹ M. Szydło, *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint venture) w prawie antymonopolowym*, „Prawo Spółek”, 2002, nr 12, s. 41.

¹⁰ Zob. także M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni, jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2006, nr 3, s. 100.

¹¹ Zob. wyrok TK z 16.07.2020 r., P 19/19, OTK-A 2020, nr 32; wyrok TK z 9.10.2012 r., P 27/11, OTK-A 2012, nr 9, poz. 104.

¹² M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, „Państwo i Prawo”, 2009, nr 6, s. 3-10.

¹³ Wyrok SN z 22.06.2023 r., II CSKP 1589/22, LEX nr 3573594.

(karnych), co potwierdzał Trybunał Konstytucyjny¹⁴. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że może ono dotyczyć regulacji odnoszących się do prowadzenia działalności gospodarczej.

Jak ponadto wskazuje orzecznictwo sądowe, sięgnięcie do pozajęzykowych metod wykładni może nie tylko służyć ujednoznacznieniu przepisów wieloznacznych językowo, ale również w określonych warunkach może uzasadniać odstępianie od wyniku wykładni opartej wyłącznie na brzmieniu tekstu prawnego, jeżeli przemawia za tym preferowana przez ustawodawcę aksjologia¹⁵, w tym normy, zasady i wartości konstytucyjne.

2.5. Należy podkreślić, że w innych ustawach, a w szczególności w *ustawie z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców*, do której odsyła wprost definicja z art. 4 pkt 1 u.o.k.i.k., próżno także szukać definicji *utworzenia przedsiębiorcy*, czy *utworzenia wspólnego przedsiębiorcy*. W rezultacie niezbędne stają się dalsze zabiegi interpretacyjne i uwzględnienie treści innych aktów normatywnych, a także aksjologii konstytucyjnej i założeń prawa UE oraz celu regulacji. Te zaś w opinii Prokuraturii przemawiają za poglądem, że w zakresie znaczeniowym zwrotu *utworzenie wspólnego przedsiębiorcy* mieszczą się również inne zdarzenia (czynności) niż zawiązanie nowej spółki czy formalne zarejestrowanie przedsiębiorcy mającego działać w innej formie niż spółka, a nieistniejącego wcześniej.

3. Kontekst normatywny i cel regulacji

3.1. Zawarta w art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. przesłanka znana jest polskiemu systemowi prawnemu od blisko 25 lat. Analogiczne niemalże brzmienie posiadał bowiem poprzednio obowiązujący art. 12 ust. 2 pkt 3 *ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*¹⁶. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu projektu u.o.k.i.k.¹⁷ pojęcie koncentracji, którego desygnatami są łączenie przedsiębiorców, przejęcie kontroli oraz utworzenie wspólnego przedsiębiorcy oznacza sytuację **łączenia potencjałów i interesów gospodarczych przedsiębiorców, powodujących zmianę ich siły i pozycji rynkowej, a także wpływających na ich zachowania rynkowe**. Wprowadzenie mechanizmu uprzedniej kontroli koncentracji ma zapobiegać ewentualnym ograniczeniom konkurencji na rynku przez dokonywanie koncentracji, których skutkiem byłoby ograniczenie konkurencji na rynku poprzez uzyskanie bądź umocnienie pozycji dominującej. Utworzenie *joint venture* przez przedsiębiorców może ułatwić założycielom wejście na rynek, na który trudno byłoby im wejść odrębnie bądź zwiększyć efektywność dotychczasowej działalności i uzyskanie korzyści skali¹⁸. Z tego powodu polski prawodawca zdecydował się na nałożenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji nie tylko wówczas, kiedy zawierane przez przedsiębiorców porozumienie (*joint venture*) polega na powołaniu do życia nowej spółki. W świetle u.o.k.i.k. nie wyodrębnia się wspólnych przedsiębiorców koordynacyjnych i koncentracyjnych ani pełno- i niepełnofunkcyjnych. Utworzenie więc każdego wspólnego przedsiębiorcy, bez względu na jego charakter gospodarczy, podlega prewencyjnemu nadzorowi Prezesa UOKiK, jeżeli tylko spełnione jest ilościowe kryterium określone w art. 13 ust. 1 i nie zachodzą wyjątki z art. 14 u.o.k.i.k.¹⁹.

¹⁴ Wyrok TK z 16.07.2020 r., P 19/19, OTK-A 2020, nr 32; analogicznie: wyrok TK z 9.10.2012 r., P 27/11, OTK-A 2012, nr 9, poz. 104; Wyrok NSA z 18.12.2013 r., I OSK 2320/12; wyrok NSA z 28.11.2018 r., II OSK 19/17; uchwała SN z 7.04.2006 r., III CZP 24/06, OSNC 2007, nr 2, poz. 24; wyrok SN z 30.06.2021 r., I CSKP 71/21.

¹⁵ Wyrok SN z 30.06.2021 r., I CSKP 71/21.

¹⁶ Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

¹⁷ Rządowy projekt ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, druk nr 1996, III kadencja Sejmu.

¹⁸ Zob. D. Kostecka-Jurczyk, *Obowiązek notyfikacji zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, 2020, t. 116, s. 67.

¹⁹ Zob. D. Kostecka-Jurczyk, *Koncentracja w formie wspólnego przedsiębiorstwa a ryzyko konkurencyjne w świetle prawa antymonopolowego*, Warszawa 2017, s. 35.

3.2. Za objęciem zakresem zastosowania art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. również innych sytuacji niż powołanie do życia nowego podmiotu prawa przemawia nakaz urzeczywistnienia modelu gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji), której integralnym elementem jest zasada wolnej konkurencji²⁰, a także wynikający z art. 76 Konstytucji obowiązek ochrony konsumentów. Nie powinno budzić zatem wątpliwości, że ochrona konkurencji rozumianej jako mechanizm ekonomiczny, prowadzący do optymalnej alokacji zasobów oraz stymulujący innowację²¹ wymaga podejmowania przez władze publiczne działań zmierzających do skutecznego eliminowania negatywnych dla konkurencji zachowań na rynku. Do takich należy też kontrola koncentracji. Jak wskazuje Komisja Europejska w kontekście celów kontroli koncentracji, *„skuteczna konkurencja daje konsumentom korzyści, np. niskie ceny, wysokiej jakości produkty, duży wybór produktów i usług oraz innowacje. Poprzez kontrolę połączeń Komisja zapobiega takim połączeniom, które mogłyby pozbawić klientów tych korzyści poprzez znaczne wzmocnienie siły rynkowej przedsiębiorstw. Poprzez „wzmocnioną siłę rynkową” rozumie się zdolność jednego lub więcej przedsiębiorstw do opłacalnego podnoszenia cen, zmniejszania produkcji, wyboru lub jakości produktów i usług, zmniejszenie innowacyjności lub wpływanie w inny sposób na parametry konkurencji”*²².

Sąd Okręgowy w zaskarżonych wyrokach upraszcza przy tym konstytucyjną perspektywą tego unormowania, ujmując je jako ograniczenie wolności działalności gospodarczej. Nie dostrzega natomiast, że rozwiązanie to wprowadzono w celu realizacji innych konstytucyjnych zasad i wartości, które muszą być uwzględnione w równym stopniu w toku wykładni.

Na marginesie jedynie należy zaznaczyć, że nie jest prawidłowe ujmowanie – jak czyni to Sąd Okręgowy w Warszawie – zawartego w art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji jako wyjątku od wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji), przez co przepis ten wymagać ma wykładni ścisłej. Przepis art. 13 ust. 2 u.o.k.i.k. nie zakazuje bowiem realizowania zamierzeń gospodarczych, w tym nie zakazuje podejmowania określonych rodzajów działalności. Nie wprowadza więc wyjątku od wolności. Natomiast ustanawia czysto formalny obowiązek zgłoszenia zamiaru dokonania określonych czynności cywilnoprawnych Prezesowi UOKiK. Kształtuje tym samym zasady wykonywania działalności, które wiążą się z pewną uciążliwością, ale nie stanowią ograniczenia, o którym mowa w art. 22 Konstytucji²³.

3.3. Wreszcie szerszy niż przyjęty przez Sąd Okręgowy zakres desygnatów wspólnego przedsiębiorcy przyjmuje prawo UE. Chociaż w świetle przepisów unijnych obowiązkowi zgłoszenia Komisji Europejskiej podlega tylko zamiar utworzenia wspólnych przedsiębiorstw pełnofunkcyjnych, to nie budzi wątpliwości, że wykładnia przesłanek koncentracji może być uzasadniona celem regulacji. Jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

²⁰ Zob. *Komentarz do art. 20 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Nb 83.

²¹ Wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337; podobnie: *Komentarz do art. 1 [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, red. E. Stawicki, Warszawa 2016.

²² *Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03)*.

²³ Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, „właściwe ograniczenia wolności prowadzenia działalności gospodarczej to takie regulacje prawne, które formułują bezwzględne lub względne zakazy podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej.” Natomiast rozmaite regulacje prawne, niekiedy stawiające wymagania i nakładające obowiązki o uniwersalnym charakterze, nie mają na celu ograniczenia wolności przedsiębiorczości, przez co art. 22 Konstytucji jest nieadekwatnym wzorcem kontroli tych regulacji. Zob. wyrok TK z 19.01.2010 r., SK 35/08, OTK-A 2010, nr 1, poz. 2.

w wyroku z 7 września 2017 r.²⁴, dokonując wykładni pojęcia *utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa* występującego w art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004²⁵, na podstawie samego tylko brzmienia przepisu nie można ustalić, czy w zakresie znaczeniowym tego pojęcia mieszczą się operacje podlegające na zmianie kontroli nad istniejącym przedsiębiorstwem z wyłącznej na wspólną. **TSUE stwierdził, że w sytuacji, gdy przyjmując literalną wykładnię danego przepisu prawa Unii, nie można ocenić jego dokładnego zakresu, dane uregulowanie należy interpretować z uwzględnieniem celów i ogólnej systematyki rozpatrywanego aktu**²⁶.

Dokonując rekonstrukcji celów rozporządzenia nr 139/2004, TSUE wskazał, że z motywów 5, 6 i 8 rozporządzenia wynika, iż zmierza ono do zapewnienia, **by proces reorganizacji nie spowodował trwałej szkody dla konkurencji**. Tak więc zgodnie z tymi motywami prawo Unii musi zawierać przepisy regulujące te koncentracje, które mogą znacząco przeszkadzać w skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części czy też umożliwiają sprawowanie skutecznej kontroli nad wszystkimi koncentracjami z punktu widzenia ich wpływu na strukturę konkurencji w Unii. Nawiązując do wydanej w sprawie Opinii Rzecznik Generalnej, TSUE odnotował, że w motywach rozporządzenia nr 139/2004 nie wprowadzono żadnego rozróżnienia między wspólnymi przedsiębiorstwami utworzonymi na nowo wskutek danej operacji, a takimi, które powstały w wyniku zmiany kontroli nad istniejącym przedsiębiorstwem ze sprawowanej wyłącznie przez jeden koncern na sprawowaną wspólnie przez kilka koncernów.

Analizując cele regulacji, Trybunał Sprawiedliwości doszedł do wniosku, że:

„biorąc pod uwagę cele realizowane za pomocą rozporządzenia nr 139/2004, jego art. 3 ust. 4 należy interpretować jako odnoszący się do utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa, czyli operacji, po przeprowadzeniu której **na rynku pojawia się przedsiębiorstwo kontrolowane wspólnie przez co najmniej dwa przedsiębiorstwa, i bez znaczenia jest przy tym to, czy to kontrolowane od tej pory wspólnie przedsiębiorstwo wcześniej istniało**”²⁷.

W konsekwencji, w świetle prawa Unii Europejskiej, przesłanka *utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa* nie zawęża się do założenia (powołania do życia) nowego podmiotu prawa, ale także obejmuje sytuacje, w której dochodzi do wykorzystania istniejącego już podmiotu.

3.4. Mając na uwadze cel regulacji, nie sposób podzielić stanowiska zajętego przez Sąd Okręgowy. Prowadzi ono do nieakceptowalnego systemowo i aksjologicznie ograniczenia zakresu uprzedniej kontroli koncentracji tylko do pewnych rozumianych formalnie sposobów (metod) realizacji celu gospodarczego. Tymczasem z punktu widzenia istoty i celu kontroli koncentracji istotne jest nie to, jakimi środkami formalnymi przedsiębiorcy realizują wspólne przedsięwzięcie, ale to, czy wspólne zamierzenia gospodarcze tych podmiotów wzmacniają siłę rynkową tych podmiotów. Jeżeli taki potencjalny wpływ występuje, to przedsięwzięcie powinno być poddane uprzedniej kontroli organu antymonopolowego.

²⁴ Zob. wyrok TSUE z 7.09.2017 r. w sprawie Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt, C-248/16, ECLI:EU:C:2017:643.

²⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. 2004, L 24, s. 1 - wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 3, s. 40).

²⁶ Zob. wyrok TSUE z 7.09.2017 r. w sprawie Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt, C-248/16, ECLI:EU:C:2017:643, pkt 20 uzasadnienia.

²⁷ Zob. wyrok TSUE z 7.09.2017 r. w sprawie Austria Asphalt GmbH & Co OG v Bundeskartellamt, C-248/16, ECLI:EU:C:2017:643; pkt 28 uzasadnienia.

Z taką sytuacją mamy natomiast do czynienia wtedy, gdy kilku przedsiębiorców łączy swoje potencjały rynkowe w celu podjęcia nowego jakościowo, wspólnego przedsięwzięcia, choćby formalnie nie tworzyły w tym celu nowego podmiotu prawa.

3.5. Przyznając uprzedniemu istnieniu spółki rolę determinującą brak spełnienia przesłanki *utworzenia wspólnego przedsiębiorcy* (i to sposobem zdaniem Sądu „oczywisty”), Sąd pomija ugruntowany w doktrynie pogląd przeciwny. W literaturze przedmiotu trafnie wskazuje się, że:

„[p]ojęcie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy powinno być rozumiane szeroko i nie może sprowadzać się wyłącznie do literalnego rozumienia utworzenia nowego przedsiębiorcy. [...] Z koncentracją taką będziemy mieli do czynienia, kiedy w celu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy uczestnicy koncentracji uzgodnią, że jeden z nich utworzy nową spółkę, a następnie drugi z nich nabędzie lub obejmie w niej udziały lub akcje. Analogicznie należy potraktować sytuację, kiedy w celu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy uczestnicy **wykorzystują istniejącego przedsiębiorcę, który nie prowadzi działalności gospodarczej lub w istotny sposób mają zamiar zmienić profil lub zakres prowadzonej przez tego przedsiębiorcę działalności.”²⁸**

Analogiczny pogląd podziela przeważająca część przedstawicieli doktryny, którzy analizują to zagadnienie. Przyjmują, że jednym z przypadków, gdy na bazie istniejącej spółki dochodzi do *utworzenia wspólnego przedsiębiorcy*, jest **porozumienie przedsiębiorców wspólnie zmieniających istotnie profil lub zakres działalności istniejącego podmiotu** (zwłaszcza poprzez zapewnienie nowych aktywów lub know-how)²⁹.

Poszukując dyrektyw pozwalających w sposób możliwie pewny zakreślić granice tej formy koncentracji, wprost wskazano na potrzebę odwoływania się do wykładni teleologicznej „tj. odpowiedzi [...] 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.”³⁰. W sytuacji, w której istotą systemu porozumień było zapewnienie finansowania nowego wielkoskalowego projektu oraz określenie zasad jego realizacji, zastosowanie wskazanej metody wykładni musi doprowadzić do przyjęcia, że doszło do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu Ustawy. Tym bardziej, jeśli cel analizowany w ramach tej wykładni Sąd odtworzyłby prawidłowo z całości okoliczności sprawy, zwłaszcza umieszczając porozumienia w kontekście zdarzeń historycznych wskazywanych przez Prezesa UOKiK.

²⁸ C. Banasiński, E. Piontek [w:] C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, art. 13, Nb 11.

²⁹ T. Skoczny, W. Podlasin [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, Art. 13 Nb. 146, tak też np. A. Madała, 2.4. *Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy* [w:] *Prawo konkurencji*, A. Bolecki i in., Warszawa 2012; M. Dyl, R. Stankiewicz, *Przejęcie wspólnej kontroli*, s. 14; zob. także *Uwagi Stowarzyszenia Prawa Konkurencji do projektu Wyjaśnień w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji* Prezesowi UOKiK, s. 24; M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 15, s. 1055;

³⁰ T. Kaczyńska, J. Lenart, *Kiedy utworzenie nowej spółki nie będzie kwalifikowane jako utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture)? Praktyczne rozważania dotyczące problematyki joint venture w polskim prawie konkurencji*, IKA 2016, nr 1, s. 36-51.

Powyższe wypowiedzi utwierdzają w przekonaniu, że z punktu widzenia przesłanki utworzenia wspólnego przedsiębiorcy **kluczowy jest cel i zakres współpracy – charakter przedsięwzięcia, a nie forma, w jakiej jest ono realizowane.**

Analizując cel przedsięwzięcia (czego Sąd Okręgowy jako sąd pierwszej instancji zupełnie zaniechał) należy w ocenie Prokuratury wziąć pod uwagę zwłaszcza to, czy podjęte przez przedsiębiorców działania, na przykład dokonane czynności prawne i nawiązane relacje, są ukierunkowane na utworzenie wartości dodanej w stosunku do indywidualnej działalności każdego z przedsiębiorców, oraz czy cechuje je odmiennosc w stosunku do dotychczasowej działalności (przykładowo, czy udzielanie pożyczek pod zastaw akcji mieści się w dotychczasowym przedmiocie działalności przedsiębiorcy). Należy również wziąć pod uwagę, że łączenie potencjałów gospodarczych z poważnymi skutkami dla konkurencji może następować za pomocą różnych konstrukcji prawnych – mechanizmów inwestycyjnych o charakterze kontraktowym, korporacyjnym czy finansowym. Utworzenie spółki albo objęcie nowoutworzonych akcji w istniejącej spółce to tylko najprostsze przykłady takich mechanizmów. W praktyce rynkowej analogiczne skutki są niejednokrotnie osiągnięte poprzez zastosowanie przez samodzielnych, współpracujących przedsiębiorców bardziej skomplikowanych narzędzi, zwłaszcza instrumentów kontraktowych.

Z przyczyn szeroko opisanych wyżej, rodzaj narzędzi prawnych użytych w celu podjęcia wspólnego przedsięwzięcia nie powinien mieć w ocenie Prokuratury przesądzającego znaczenia dla oceny spełnienia przesłanki utworzenia wspólnego przedsiębiorcy.

3.6. Objęcie przesłanką utworzenia wspólnego przedsiębiorcy jedynie przypadków powołania do życia nowego podmiotu prawa prowadziłyby do nieakceptowalnego i podważającego racjonalność ustawodawcy wniosku, że obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w postaci utworzenia wspólnego przedsiębiorcy można w sposób niezwykle prosty uniknąć. Zamiast zakładać nowe spółki wymagające zgłoszenia w świetle art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k., współpracujący przedsiębiorcy mogliby wykorzystać istniejące, zarejestrowane wcześniej spółki, by na ich podstawie realizować wspólne przedsięwzięcie mające znaczenie dla struktury rynku. Kierując się przyjętą przez Sąd Okręgowy wykładnią art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k., o ile wspólne przedsięwzięcie nie polegałoby na przejęciu kontroli nad istniejącym przedsiębiorcą (a wystarczy, że wykorzystywana spółka nie osiągnęłaby wysokich obrotów, o jakich mowa w art. 14 pkt 1 u.o.k.i.k.), przeprowadzona operacja nie podlegałaby kontroli uprzedniej. **Wystarczyłoby zatem wykorzystać podmiot utworzony formalnie (zarejestrowany) przed rozpoczęciem współpracy, nieprowadzący dotychczas znaczącej działalności (spółkę „z półki”).** Stawia to pod znakiem zapytania możliwość efektywnej realizacji zadań Prezesa UOKiK w zakresie kontroli koncentracji.

3.7. Podsumowując, w opinii Prokuratury Sąd Okręgowy błędnie przyjął, że okolicznością, która pozwala wyodrębnić przypadki podlegające zgłoszeniu w trybie kontroli koncentracji w ramach przesłanki utworzenia wspólnego przedsiębiorcy jest to, czy dany podmiot prawa, w oparciu o który ma być realizowane przedsięwzięcie, istniał przed jego podjęciem (wejściem przedsiębiorców we współpracę).

Prokuratura nie twierdzi przy tym, że każdy rodzaj kooperacji kilku przedsiębiorców będzie spełniał przesłankę utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. Jeżeli jednak przedsiębiorcy spełniający kryteria wielkości obrotu z art. 13 ust. 1 u.o.k.i.k. podejmują nowe jakościowo wspólne przedsięwzięcie (działalność) w oparciu o zarejestrowaną już spółkę (przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 u.o.k.i.k.), to taka działalność wymaga zgłoszenia na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 3 u.o.k.i.k. Okolicznością, która w świetle prawidłowej wykładni

tego przepisu powinna determinować obowiązek zgłoszenia jest nie sama forma podejmowanej współpracy, a to, czy poprzez działania przedsiębiorców stworzona została możliwość podjęcia wspólnie nowego jakościowo przedsięwzięcia gospodarczego.

Działania te mogą w opinii Prokuraturii polegać na stworzeniu między przedsiębiorcami relacji gospodarczej, zwłaszcza relacji złożonej, na którą składa się kilka stosunków prawnych wykreowanych na podstawie umów, tworzących między przedsiębiorcami powiązania finansowe, decyzyjne, organizacyjne itp. Będzie to, jak się wydaje, szczególnie widoczne wówczas, gdy za pomocą relacji kontraktowych kreowane są uprawnienia czy ekspektatywy uprawnień o analogicznej treści, jaką mają typowe uprawnienia inwestorów (np. udziałowców czy akcjonariuszy spółki). Z przyczyn opisanych wyżej, Sąd Okręgowy zaniechał jednak zbadania tych okoliczności, co w opinii Prokuraturii powinno prowadzić do uchylenia zaskarżonego wyroku.

Mając powyższe na uwadze Prokuratoria prezentuje pogląd sformułowany na wstępie.

„

Załączniki:

- 3 odpisy pisma zawierającego Pogląd Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej istotny dla sprawy