

Nowoczesne Systemy Zarządzania
Zeszyt 18 (2023), nr 3 (lipiec-wrzesień)
ISSN 1896-9380, s. 121-140
DOI: 10.37055/nsz/183872

Modern Management Systems
Volume 18 (2023), No. 3 (July-September)
ISSN 1896-9380, pp. 121-140
DOI: 10.37055/nsz/183872



Instytut Organizacji i Zarządzania
Wydział Bezpieczeństwa, Logistyki i Zarządzania
Wojskowa Akademia Techniczna
w Warszawie

Institute of Organization and Management
Faculty of Security, Logistics and Management
Military University of Technology
in Warsaw

Grupa kapitałowa w rozumieniu przepisów dotyczących ochrony konkurencji i innych regulacji prawnych. Wybrane przypadki

A capital group within the meaning of competition protection regulations and other legal regulations. Selected cases

Bartosz Kozicki

Wojskowa Akademia Techniczna w Warszawie
bartosz.kozicki@wat.edu.pl; ORCID: 0000-0001-6089-952X

Monika Bychowska

Menedżerska Akademia Nauk Stosowanych w Warszawie
mbychowska@instytutkonkurencji.pl; ORCID: 0000-0003-0959-8136

Norbert Malec

Uniwersytet w Siedlcach
norbert.malec@uph.edu.pl; ORCID: 0000-0003-0119-2705

Abstrakt. Pojęcie grupy kapitałowej jest określeniem zarazem prostym i złożonym. Mając na względzie literalne brzmienie definicji tego pojęcia, można przychylić się do tezy, że grupa kapitałowa to proste posiadanie władztwa przez jednego przedsiębiorcę nad innymi przedsiębiorcami. Jeżeli jednak zajdzie konieczność rozważania konkretnych przypadków pozostawiania w grupie kapitałowej na użytek konkretnych przepisów, to z uwagi na stopień skomplikowania analizowanych stanów faktycznych, istniejącej doktryny oraz orzecznictwa, stan pozostawiania w jednej grupie kapitałowej nie musi być jednoznaczny. W przypadkach gdy pozostawianie w grupie kapitałowej nie jest oczywiste z uwagi na niejednoznaczne uprawnienia spółki dominującej, konieczne może okazać się badanie konkretnych jednostkowych czynności podejmowanych przez wspólników wobec domniemanej spółki zależnej celem przesądzenia, czy jest ona faktycznie zależna (pozostaje w analizowanej grupie kapitałowej).

Słowa kluczowe: konkurencja, grupa kapitałowa, zależności kapitałowe, zależności osobowe, bezpieczeństwo ekonomiczne

Abstract. The concept of a capital group is both, simple and complex. Taking into account the literal definition of this concept, we can agree with the thesis that a capital group is a simple situation when one entrepreneur having power over other entrepreneurs. However, if it is necessary to consider specific cases of staying in a capital group for the purposes of specific regulations, then due to the complexity of the analyzed facts, existing doctrine and case law, the status of staying in one capital group does not have to be unambiguous and obvious. In cases where staying in the capital group is not obvious due to the ambiguous rights of the parent company, it may be necessary to examine specific individual actions taken by the partners towards the alleged subsidiary in order to determine whether it is an actual subsidiary (stays in the analyzed capital group).

Keywords: competition, capital group, capital dependencies, personal dependencies, economic security

Wstęp

W XXI wieku bezpieczeństwo ekonomiczne (Piwowarski, Kozicki, Jurgilewicz, Malec, 2021; Jurgilewicz, Kozicki, Piwowarski, Grabowska, 2022; Kozicki, 2022), odnoszące się do kwestii związanych z zarządzaniem środkami finansowymi w grupach kapitałowych w aspekcie regulacji prawnych, odgrywa szczególną rolę i jest różnie interpretowane.

Definicja grupy kapitałowej zawarta w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako: UOKK) jest definicją szeroką, obejmującą wiele stanów faktycznych konstytuujących grupę przedsiębiorców, którzy pozostają w relacji dominacji i zależności. Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 14 UOKK grupa kapitałowa to wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również ten przedsiębiorca. Zasadnicze znaczenie w tym przepisie ma wyraz „kontrolowani”, który należy rozumieć jako wywieranie decydującego wpływu przez jednego przedsiębiorcę na innego przedsiębiorcę. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie definiuje sprawowania kontroli (kontrolowania), a jedynie pojęcie przejęcia kontroli. W myśl art. 4 pkt 4 UOKK przejęcie kontroli to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Ustawodawca w tym przepisie wskazał otwarty (w szczególności) katalog uprawnień, które prowadzą do przejęcia kontroli, a więc do skutku w postaci kontrolowania innego przedsiębiorcy. Do tych uprawnień należą:

- dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), również na podstawie porozumień z innymi osobami;
- uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami;

- członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego);
- dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami;
- prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego);
- umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Wskazane uprawnienia w ich większości, w sposób oczywisty, tworzą relacje zależności i dominacji pomiędzy przedsiębiorcami. Do takich należy prosta kontrola kapitałowa, czyli posiadanie nieuprzywilejowanych aktywów innego przedsiębiorcy w liczbie, która daje możliwość wywierania wpływu decydującego podczas głosowania w organach statutowych (więcej niż 50% aktywów), oraz kontrola osobowa w spółkach kapitałowych, czyli tożsamość osobowa członków organów zarządzających lub nadzorczych dwóch przedsiębiorców albo prawo do powoływania większości członków organów zarządzających lub nadzorczych przedsiębiorcy zależnego przez przedsiębiorcę dominującego. Te relacje generujące grupę kapitałową są najczęściej spotykanymi w praktyce i najrzadziej budzą wątpliwości. W zasadzie jednak zdarzają się też inne, mniej oczywiste stany faktyczne, co do których, na użytek obowiązujących przepisów, zachodzi konieczność przesądzenia pozostawania przedsiębiorców w jednej grupie kapitałowej. Te rzadziej spotykane i mniej oczywiste stany relacji dominacji i zależności rodzą najwięcej problemów orzeczniczych i chyba można zaryzykować tezę, że w niektórych przypadkach pewne i jednoznaczne przesądzenie kwestii przynależności przedsiębiorców do grupy kapitałowej z jednoczesnym przesądzeniem relacji dominacji i zależności jest praktycznie niemożliwe. Nie należy też zapominać, że dyspozycja art. 4 pkt 4 UOKK wskazuje tylko przykładowe stany przejęcia kontroli, kładąc przede wszystkim nacisk na kryterium wywierania decydującego wpływu, które to kryterium jest z jednej strony pojęciem niedookreślonym i pojemnym, z drugiej zaś rodzącym doniosłe konkretne konsekwencje dla przedsiębiorców zobowiązanych do przestrzegania przepisów nawiązujących do pojęcia grupy kapitałowej. Problemem badawczym w publikacji jest zagadnienie związane z definicją grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów dotyczących ochrony konkurencji w interesie publicznym. Celem artykułu jest wykazanie złożoności problematyki i wskazanie różnorodności podejść do tej samej ustawowej definicji oraz orzeczniczych tego konsekwencji.

Na potrzeby przyjętego problemu badawczego i celu pracy sformułowano hipotezę badawczą: przypuszcza się, że zagadnienie grupy kapitałowej i jej rozumienie jest złożone. Niejednokrotnie przesądzenie pozostawania przedsiębiorców w grupie kapitałowej może być jedynie „statystyczne”, a nie jednoznaczne.

W publikacji zastosowano analizę przepisów i stosownego orzecznictwa jako metodę wykorzystywaną w badaniach naukowych.

Przejęcie i sprawowanie kontroli nad innym przedsiębiorcą

Kontrola kapitałowa (większość aktywów) i kontrola osobowa (tożsamość osobowa członków organów zarządzających lub nadzorczych) mogą istnieć równolegle, co wymaga rozważenia, który przejaw kontroli powinien być traktowany jako konstytuujący grupę kapitałową i którego wystąpienie powinno być przede wszystkim badane. Większym jednak problemem jest sytuacja, w której kontrola kapitałowa wskazuje na inną kontrolę nad spółką niż kontrola osobowa. Chodzi o sytuacje, w których jeden przedsiębiorca kontroluje innego wskutek tożsamości członków organów zarządzających lub nadzorczych albo przez uprawnienie do powoływania większości członków organów zarządzających lub nadzorczych, a inny przedsiębiorca posiada nominalnie większość aktywów przedsiębiorcy zależnego i tym samym kontroluje go kapitałowo. W takich sytuacjach należy odwołać się do przesłanki decydującego wpływu i przesądzić o tym, jak i kto *de facto* podejmuje kluczowe decyzje względem spółki zależnej. Intuicyjnie można uznać, że większą wagę przypisać należy kontroli kapitałowej niż osobowej, traktując tę pierwszą jako stabilniejsze powiązanie między dwoma przedsiębiorcami.

Innym problemem w kontekście kontroli osobowej polegającej na tożsamości członków organów zarządzających dwóch przedsiębiorców jest ustalenie, który przedsiębiorca, którego kontroluje. Tożsamość członków organów zarządzających lub nadzorczych kilku przedsiębiorców generuje sytuację uprawnień wzajemnych i żadne z nich formalnie nie konstytuuje uprawnień przedsiębiorcy dominującego względem zależnego; w takiej sytuacji brak jest jasnej relacji spółka dominująca – spółka zależna. W tego rodzaju przypadkach na użytek prawa ochrony konkurencji można poprzestać na stwierdzeniu, że przedsiębiorcy ci należą do jednej grupy kapitałowej bez rozstrzygania, który jest podmiotem dominującym, a który zależnym, albo – jeśli jest to niezbędne – dokonywać analizy konkretnych czynności podejmowanych względem spółek przez członków organów zarządzających lub nadzorczych i w ten sposób ustalać rzeczywiste wpływy jednego przedsiębiorcy na drugiego. W praktyce można byłoby przykładowo przyjąć, że w relacji dwóch spółek z tożsamością członków w organach zarządzających lub nadzorczych przedsiębiorcą dominującym jest ten, który powstał wcześniej; teza taka może być uprawniona szczególnie w przypadkach, gdy tożsamość członków organów zarządzających lub nadzorczych wynika z powiązań właścicielskich (dwaj przedsiębiorcy powołani do życia przez ten sam podmiot, który później stracił nad nimi kontrolę kapitałową). W takim przypadku można założyć, że drugi w kolejności przedsiębiorca został utworzony w celu wykonywania określonych czynności dla tego pierwszego utworzonego podmiotu. Przykładowo utworzenie spółki produkcyjnej, a następnie utworzenie spółki dystrybucyjnej, która prowadzi działalność usługową na rzecz tej pierwszej, może sugerować, że spółka produkcyjna jest spółką dominującą, spółka dystrybucyjna zaś spółką zależną. Co do zasady jednak relacja dominacji i zależności oparta

na powiązaniach jedynie w zakresie tożsamości członków organów zarządzających lub nadzorczych musi być ustalana *a casu ad casum*.

W praktyce orzeczniczej prezesa UOKiK dotyczącej kontroli koncentracji przedsiębiorców, w przeważającej liczbie przypadków, do przejścia kontroli dochodzi wskutek nabycia większościowego pakietu aktywów przedsiębiorcy przejmowanego. Przykładowo decyzją z dnia 9 października 2023 r. (Decyzja nr DKK-236/2023) prezes UOKiK wyraził zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez Orlen S.A. kontroli nad Systemem Gazociągów Tranzytowych „Europol Gaz” S.A. wskutek nabycia aktywów dających Orlen S.A. decydujący wpływ nad Systemem Gazociągów Tranzytowych „Europol Gaz” S.A. Z kolei decyzją z dnia 2 października 2023 r. organ antymonopolowy wydał zgodę na przejście przez Bolttech Holdings SARL kontroli nad Digital Care Asset Holdings Limited (Decyzja nr DKK-226/2023). Przykłady takie można by mnożyć. Przejmowanie zaś kontroli osobowej w spółkach kapitałowych, niezwiązane z równoczesnym przejściem kontroli kapitałowej, jest relatywnie rzadkie.

Wątpliwości dotyczące sprawowania kontroli przez jednego przedsiębiorcę nad innym (pozostawania w grupie kapitałowej) może budzić przepis art. 4 pkt 4 lit. d UOKK, stanowiący, że przejściem kontroli jest dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej z uwagi na fakt, że sprawowanie władztwa w spółce osobowej nie wynika z liczby posiadanych aktywów, rozumianych tak jak w spółkach kapitałowych, czyli w ten sposób, że liczba akcji/udziałów (co do zasady) odpowiada liczbie głosów. Niezależnie od – być może mało fortunnego – sformułowania tego przepisu UOKK w praktyce orzeczniczej w przypadku spółek osobowych konieczne jest dokonanie analizy kontroli opartej na przesłance faktycznego decydującego wpływu. Przykładowo w spółce komandytowej jako kontrolujących spółkę przyjmuje się wspólników – komplementariuszy. Konstrukcja spółki komandytowej przewiduje podział wspólników na komplementariuszy oraz komandytariuszy. Ci pierwsi odpowiadają za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem – art. 102 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (dalej jako: KSH). To komplementariusze są wspólnikami aktywnymi, prowadzącymi sprawę spółki i reprezentującymi spółkę na zewnątrz. Komandytariusze są wspólnikami, co do zasady, biernymi, którzy z reguły nie prowadzą spraw spółki i nie reprezentują jej na zewnątrz; ich rola sprowadza się do wniesienia kapitału do spółki oraz nadzorowania działań zarządczych komplementariusza. Z tego wynika, że to komplementariusze są wspólnikami zarządzającymi w spółce komandytowej, choć nie jest to zarząd w rozumieniu przepisów dotyczących spółek kapitałowych. W konkluzji należy stwierdzić, że wspólnicy zarządzający spółką komandytową i reprezentujący ją na zewnątrz (komplementariusze) *de facto* i *de iure* kontrolują tę spółkę.

W przypadku spółek cywilnych trudniej jest ustalić relacje dominacji i zależności pomiędzy przedsiębiorcami. Jest to spółka, w której każdy ze wspólników jest odrębnym przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą. W przypadku

spółek cywilnych – w jeszcze większym stopniu – analizując przynależność do grupy kapitałowej, konieczne jest wskazanie współnika lub współników, którzy wywierają w sposób rzeczywisty decydujący wpływ na tę spółkę i dopiero na tej podstawie ustalić, czy spółka jest w grupie kapitałowej. W praktyce może się to sprowadzać do analizy konkretnych czynności podejmowanych względem spółki celem ostatecznego przesądzenia, kto tę spółkę kontroluje i czy w ogóle taka samodzielna kontrola jest nad nią sprawowana. Egzemplifikacją zagadnienia kontroli w tego rodzaju sytuacjach jest stan, w którym jedna osoba jest inicjatorem powstania dwóch organizmów gospodarczych (spółek cywilnych), jest ich współnikiem i faktycznie – co znajduje potwierdzenie w działaniach podejmowanych przez spółki – odgrywa decydującą rolę w czynnościach operacyjnych tych spółek. W takich przypadkach nadal jednak trudno przesądzić, która ze spółek jest spółką zależną, a która dominującą i czy jest nią spółka, czy współnik, który wszakże jest odrębnym przedsiębiorcą. Jakkolwiek z punktu widzenia postępowań prezesa UOKiK może mieć to drugorzędne znaczenie, zasadnicze jest bowiem pozostawanie w jednej grupie powiązanych osobowo przedsiębiorców, można przyjąć co do zasady, że dominantem jest spółka utworzona jako pierwsza, chyba że stan faktyczny wskazuje coś ewidentnie przeciwnego (np. czynności operacyjne spółki utworzonej wcześniej są w sposób jednoznaczny podporządkowane spółce utworzonej później).

Sposobem sprawowania kontroli jest uprawnienie do całego albo do części mienia przedsiębiorcy zależnego (art. 4 pkt 4 lit. e UOKK). W praktyce jest to stan kontroli trudny do jednoznacznej oceny w rozumieniu sprawowania (nie przejęcia) kontroli. Podążając za zamysłem ustawodawcy, należy uznać, że w dyspozycji przepisu art. 4 pkt 4 lit. e UOKK chodzi o sytuacje, w których przedsiębiorca rozumiany podmiotowo wykonuje swoją działalność, wykorzystując mienie (przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym) będące własnością innego przedsiębiorcy. Podstawą prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia innego przedsiębiorcy może być umowa dzierżawy (przykładowo linii produkcyjnej). Takie stany faktyczne wymagają ustalenia, czy właściciel dzierżawionego mienia z samego faktu, że jest jego właścicielem, kontroluje przedsiębiorcę wykonującego działalność gospodarczą z wykorzystaniem tego mienia. W tym miejscu ponownie konieczne jest odwołanie się do przesłanki wywierania decydującego wpływu, w tym również zdefiniowania jej zakresu znaczeniowego. Skoro prawo prowadzenia działalności z wykorzystaniem mienia innego przedsiębiorcy wynika z umowy, to umowa określa warunki wykorzystania tego mienia. W praktyce trudno sobie wyobrazić, że prowadzący działalność gospodarczą na cudzym mieniu, umownie (nie przymuszony) został zobowiązany do poddania się kontroli wydzierżawiającego w zakresie prowadzenia własnej działalności gospodarczej. Nawet jednak przyjmując taki hipotetyczny stan, to przerwaniem tej rzekomej relacji dominacji i zależności będzie wypowiedzenie umowy. Zakładając, że każda ze stron, w tym przedsiębiorca „zależny”, może wypowiedzieć umowę, to raczej nie istnieje podstawa do stwierdzenia, że przedsiębiorców

łączy relacja dominacji i zależności; taka relacja daje uprawnienia władcze tylko przedsiębiorcy dominującemu, który z zależnym może uczynić wszystko według własnego uznania. Niezależnie od tego wypowiedzenie umowy upoważniającej do dysponowania mieniem innego przedsiębiorcy przez właściciela tego mienia nie jest już wywieraniem decydującego wpływu na działalność innego przedsiębiorcy, lecz zakończeniem możliwości jej prowadzenia. Nie występuje tu zatem kierownictwo, rola sprawcza, odpowiedzialność za działania rynkowe podmiotu zależnego, lecz (ewentualne) wyeliminowanie go z gry rynkowej. Jeśli uznamy, że prawo wypowiedzenia umowy i skutek tego pozbawienie możliwości wykonywania działalności przez przedsiębiorcę zależnego jest przejawem wykonywania nad nim kontroli w rozumieniu antymonopolowym, to faktycznie można byłoby uznać, że występują w tym przypadku relacje dominacji i zależności. Jednak słuszniejsze jest przychylenie się do tezy, że dominacja nad innym przedsiębiorcą daje uprawnienia jednostronne dominantowi, które polegają na wpływaniu na decyzje biznesowe przedsiębiorcy zależnego, a nie tylko na możliwości wyeliminowania go z gry rynkowej. Teza przeciwna prowadziłaby do konkluzji, że każda umowa pomiędzy przedsiębiorcami rodzi relacje dominacji i zależności, jeśli jej wypowiedzenie wiązałoby się z zaprzestaniem jednej ze stron prowadzenia działalności.

Uprawnienie do całego albo do części mienia przedsiębiorcy zależnego jako determinujące stan kontroli jest koherentne z rodzajem koncentracji wskazanym w art. 13 ust. 2 pkt 4 UOKK, który stanowi, że zgłoszeniu zamiaru koncentracji podlega nabycie mienia innego przedsiębiorcy. Niemniej jednak nabycie mienia innego przedsiębiorcy jest w istocie przejściem kontroli nad częścią rynku (nabywanym mieniem i w konsekwencji obrotem generowanym na rynku przez nabywane mienie), a nie nad przedsiębiorcą rozumianym podmiotowo. Prezes UOKiK wydał kilka decyzji wyrażających zgody na koncentracje polegające na nabyciu całości albo części mienia innego przedsiębiorcy. Przykładowo, w dniu 18 sierpnia 2023 r. (Decyzja nr DKK-177/2023) wydano zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na nabyciu przez Huta Stalowa Wola S.A. części mienia Liugong Dressta Machinery sp. z o.o., w dniu 8 sierpnia 2023 r. (Decyzja nr DKK-169/2023) wydano zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na nabyciu przez Grupę Cichy-Zasada sp. z o.o. sp.j. części mienia Inter-Welm sp. z o.o. W wyniku takich transakcji nabyte mienie staje się własnością kupującego i jego sprawowanie władzy nad tym mieniem jest już sprawowaniem jej z pozycji właściciela, a nie prawem kontrolowania mienia innego przedsiębiorcy, o czym mówi art. 4 pkt 4 lit. e UOKK.

Ostatnią wymienioną w art. 4 pkt 4 UOKK formą przejścia kontroli jest umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę. Ta forma kontrolowania innego przedsiębiorcy, a tym samym pozostawania z nim w grupie kapitałowej zasadniczo podkreśla jedynie znaczenie przesłanki wywierania decydującego wpływu. W pewnym sensie jest to rodzaj małej klauzuli generalnej, w tym znaczeniu, że jeśli kontrola

jednego przedsiębiorcy nad innym nie wynika z relacji kapitałowych, osobowych lub rzeczowych, to decydujący wpływ można jeszcze wywodzić z umów łączących przedsiębiorców, które mogą przybierać różnoraki charakter.

Podsumowując, grupa kapitałowa na użytek prawa ochrony konkurencji to stan, w którym jeden przedsiębiorca, niezależnie od sposobu, w jaki to czyni, wywiera bezpośrednio lub pośrednio decydujący wpływ na działalność innych przedsiębiorców.

Grupa kapitałowa w kontekście powiązań rodzinnych

Prezes UOKiK stoi na stanowisku, że powiązania rodzinne nie determinują jednej grupy kapitałowej (Decyzja nr RGD-6/2021, Decyzja nr RGD-12/2022). Stanowisko to nie wynika z przepisów UOKK, a stanowi jedynie ich interpretację, niemniej orzecznictwo organu antymonopolowego jest dotychczas jednoznaczne w tym zakresie. Przykładowo, decyzją nr RGD-12/2022 prezes UOKiK dowodzi istnienia zмовы przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami, zauważył relacje istniejące między Józefem Czekieryło i Mariuszem Czekieryło, ustalając, że łączą ich więzy rodzinne. Nie doprowadziło to jednak organu antymonopolowego do konstatacji, że podmioty te pozostają w jednej grupie kapitałowej i w konsekwencji do umorzenia postępowania. Prezes UOKiK stwierdził w tej sprawie stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję i nałożył na uczestników porozumienia, uznanych za niezależnych przedsiębiorców, kary pieniężne. Decyzją nr RGD-6/2021 organ antymonopolowy uznał za zakazane porozumienie przetargowe zawarte pomiędzy AQUA-EXPRES Ryszard Milczarek a Milczarek Mateusz – MATEX. Przedsiębiorców tych łączyły więzy rodzinne. Prezes UOKiK, wydając decyzję stwierdzającą stosowanie niedozwolonej praktyki ograniczającej konkurencję, potwierdził, że występujące w sprawie relacje ojciec – syn nie tworzą grupy kapitałowej.

Powiązania rodzinne postrzegane były inaczej przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO) na potrzeby odwołań od decyzji w sprawach postępowań przetargowych. Warto przy tym odnotować, że przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych odwołują się, w zakresie rozumienia pojęcia grupy kapitałowej, do UOKK. W orzeczeniu z dnia 4 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 885/19, Krajowa Izba Odwoławcza rozważała, czy małżonkowie składający odrębne oferty w postępowaniu przetargowym mogą być uznani za grupę kapitałową w rozumieniu UOKK. W stanie faktycznym małżonkowie prowadzący odrębne działalności gospodarcze złożyli niezależne oferty. KIO uznała w sprawie, że błędne jest utożsamianie faktu przynależności do grupy kapitałowej tylko z racji powiązania kapitałowego wykonawców (spółek kapitałowych). Przez przyjęcie racji przynależności do grupy kapitałowej należy rozumieć każdą więź między wykonawcami, która może prowadzić do zakłócenia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu. Niewątpliwie taką sytuacją jest fakt pozostawiania wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu, w związku małżeńskim. Zdaniem KIO

małżeństwo to nie tylko więź personalna, lecz także więź majątkowa. W konsekwencji małżonkowie, pomiędzy którymi istnieje małżeńska wspólność majątkowa, składając odrębne oferty w tym samym postępowaniu, należą do tej samej grupy kapitałowej, gdyż mogą wywierać na siebie wpływ (GJW, 2019). Należy jednak zauważyć, że już w kolejnym wyroku Izby (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2017 r., sygn. akt KIO 283/17) uznano, że same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą przez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Jak podnosi KIO, aby kontrola jednego przedsiębiorcy nad innym w relacjach rodzinnych miała miejsce, konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej. Przy dwóch równych podmiotach nie można ustalić wyłącznie na podstawie relacji rodzinnych, iż istnieje zależność wynikająca, np. z większościowego udziału głosu czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formie pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe.

Z tego można wnioskować, że różne organy powołane do egzekwowania prawa, bazując na tych samych przepisach, mogą inaczej oceniać powiązania rodzinne w kontekście przynależności do grupy kapitałowej. Niezależnie od tych rozbieżności prezes UOKiK dotychczas, w ramach swojego orzecznictwa, nie dokonał rewizji stanowiska w odniesieniu do podejścia do powiązań rodzinnych w aspekcie pojmowania grupy kapitałowej na użytek prawa ochrony konkurencji.

Grupa kapitałowa w kontekście art. 56 § 2 KSH

Zgodnie z dyspozycją art. 56 § 2 KSH wspólnik nie może, bez wyraźnej lub domniemanej zgody pozostałych wspólników, zajmować się interesami konkurencyjnymi, w szczególności uczestniczyć w spółce konkurencyjnej jako wspólnik spółki cywilnej, spółki jawnej, partner, komplementariusz lub członek organu spółki. Regulacja ta znajduje się w części KSH odnoszącej się do zasad funkcjonowania spółki jawnej, jednakże zgodnie z art. 103 § 1 KSH ma również zastosowanie do spółek komandytowych. Ustawodawca wprowadził ten przepis w celu ochrony interesów wspólników spółek osobowych, które to interesy oparte są na szczególnych powiązaniach personalnych. Jednakże ochrona ta skupia się jedynie wokół zakazu zajmowania się przez wspólnika interesami konkurencyjnymi, a nie dotyczy zakazu podejmowania działalności w ogóle.

W KSH nie zdefiniowano pojęcia interesów konkurencyjnych, zatem w kwestiach interpretacyjnych należy odwoływać się do doktryny i orzecznictwa. Naruszenie zakazu z art. 56 § 2 KSH ma miejsce wtedy, gdy pomiędzy działalnością jednej spółki a działalnością innej, w którą dodatkowo zaangażowany jest wspólnik, istnieje stan konkurencji. W doktrynie przyjmuje się wąskie znaczenie tego pojęcia, obejmujące sytuację rywalizacji przedsiębiorców działających na tym samym rynku terytorialnym

w tym samym czasie i oferujących tożsame lub substytucyjne, bądź podobne towary lub usługi (Romanowski, 2023). Co więcej, pomiędzy spółką a innym podmiotem gospodarczym musi istnieć rzeczywisty stan konkurencji (Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, 2001). Konkurencja pomiędzy dwoma niezależnymi podmiotami polega na rywalizowaniu na rynku właściwym i realizacji odmiennych interesów gospodarczych. W przypadku jednej grupy kapitałowej zaś nie mamy do czynienia w ogóle z relacją konkurent – konkurent.

Według stanowiska Sądu Apelacyjnego w Szczecinie (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt I ACA 752/13) zakaz konkurencji, sformułowany w art. 56 § 2 KSH, polega na zabronieniu dokonywania wszelkich czynności, które można uznać za godzące w interesy spółki, ale tylko takich, które wiążą się z konkurencyjnym współuczestnictwem na rynku. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 4 lipca 2013 r. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt III APa 9/13), za działalność konkurencyjną należy uznać wszelką działalność, która w obiektywnym rozumieniu mogłaby negatywnie oddziaływać na interesy danego podmiotu, tj. naruszać te interesy lub im zagrażać, przy czym to naruszenie lub zagrożenie musi być rzeczywiste. Należy podkreślić, za Sądem Apelacyjnym w Gdańsku, że negatywne oddziaływanie na interesy przedsiębiorcy musi mieć charakter obiektywny, nie może zatem wynikać jedynie z subiektywnej oceny współlnika. Działalność konkurencyjna narusza zakaz określony w dyspozycji art. 56 § 2 KSH, jeżeli według obiektywnych reguł rynkowych uzna się, że wpływa ona negatywnie na interesy chronionego podmiotu. W doktrynie wskazuje się, że celem art. 56 § 2 KSH jest zakaz podejmowania działań, które szkodzą współlnikom i spółce (Sołtysiński, 2001).

Mając powyższe na względzie, zasadne jest – w kontekście pojęcia grupy kapitałowej – rozważenie szczególnego przypadku, w którym komplementariusze spółki komandytowej tworzą nową spółkę. Spółka komandytowa jest spółką osobową, a zatem – co do zasady – trudniej jest wykazać sprawowanie nad nią kontroli, nie ma bowiem w tym względzie miejsca prosty podział głosów na zgromadzeniu współlników albo akcjonariuszy. Jak już wskazano, konstrukcja spółki komandytowej przewiduje podział współlników na komplementariuszy oraz komandytariuszy. Ci pierwsi odpowiadają za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem. Komplementariusz jest współlnikiem aktywnym, prowadzącym sprawy spółki i reprezentującym spółkę na zewnątrz. Komandytariusz jest współlnikiem biernym, który z reguły nie prowadzi spraw spółki i nie reprezentuje jej na zewnątrz. Współlnik zarządzający spółką komandytową i reprezentujący ją na zewnątrz (komplementariusz) traktowany jest zasadniczo jako kontrolujący spółkę komandytową. W konsekwencji stwierdzić należy, że jeśli komplementariusze utworzą nową spółkę, to spółka ta będzie pozostawała w jednej grupie kapitałowej z dotychczas istniejącą spółką komandytową i w konsekwencji – z racji pozostawania w jednej grupie kapitałowej – komplementariusze, tworząc nową spółkę, pozostają w zgodzie z dyspozycją art. 56 § 2 KSH.

Przepis art. 4 pkt 4 UOKK daje podstawy do stwierdzenia, że kontrola jednego przedsiębiorcy nad innym rozumiana jest bardzo szeroko. Należy przy tym dodatkowo wskazać na art. 4 § 1 pkt 4 KSH, który – podobnie jak UOKK definiuje pojęcie przejęcia kontroli – definiuje pojęcie podmiotu dominującego. Zgodnie z art. 4 § 1 pkt 4 lit. e KSH podmiot dominujący względem innego podmiotu to taki, który dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami.

Jak już wskazano, grupy kapitałowe to organizmy, które składają się z grup przedsiębiorców ze sobą powiązanych relacjami dominacji i zależności. Powiązania te mogą być różnego rodzaju i o różnej mocy. Zawsze jednak, aby uznać, że określony przedsiębiorca należy do grupy kapitałowej, konieczne jest wykazanie, że albo ten przedsiębiorca posiada decydujący wpływ na innego przedsiębiorcę/innych przedsiębiorców albo inny przedsiębiorca posiada decydujący wpływ na jego decyzje biznesowe. Innymi słowy, istnieje pewien próg graniczny powiązań pomiędzy przedsiębiorcami, którego przekroczenie wiąże się z uznaniem, że określona grupa przedsiębiorców należy do jednej grupy kapitałowej. Kluczowe znaczenie ma fakt, że przedsiębiorca dominujący (posiadający kontrolę) odpowiada za działania rynkowe podejmowane przez przedsiębiorców kontrolowanych (zależnych) (Skoczny, 2009, s. 274). Odpowiada, a zatem również decyduje o tych działaniach, co w konsekwencji pozwala na stwierdzenie, że w ramach grupy kapitałowej nie można mówić o relacjach konkurencji, takich jakie mają miejsce pomiędzy przedsiębiorcami samodzielnymi (niezależnymi) działającymi w otoczeniu rzeczywiście konkurencyjnym. Powyższe miało wpływ na wypracowanie na gruncie orzecznictwa doktryny *single economic unit*, czyli doktryny grupy kapitałowej, jako jednego organizmu gospodarczego, który mimo że składa się z wielu oddzielnych bytów prawnych, ekonomicznie stanowi jeden podmiot. Trybunał Sprawiedliwości UE potwierdził to w wielu orzeczeniach (sprawa 6/72 Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko KE, sprawa 16/74 Centrafarm BV i Adriaan de Peijper przeciwko Sterling Drug Inc, sprawa C-73/95P Viho Europe BV przeciwko KE). Jest to oczywiste dla przedstawicieli doktryny antymonopolowej (Skoczny, 2009, s. 276). Również orzecznictwo polskiego sądu właściwego do spraw ochrony konkurencji i konsumentów, a także Sądu Najwyższego wskazuje na respektowanie doktryny *single economic unit* w kontekście prawa ochrony konkurencji. Orzeczenia te wskazują, że przedsiębiorcy kontrolowani nie mogą samodzielnie kierować swoim postępowaniem na rynku, lecz muszą stosować się do wytycznych i poleceń wydawanych przez przedsiębiorcę dominującego (XVII Amr 54/95, XVII Ama 38/04, I CKN 1036/98, I CKN 1200/00).

Mając na względzie doktrynę *single economic unit*, należy stwierdzić, że nawet w przypadku, gdy przedsiębiorca dominujący w grupie kapitałowej zacząłby rozszerzać swoją działalność o produkty konkurencyjne albo przejął kontrolę nad konkurentem (wówczas nie byłby to już konkurent ani produkty konkurencyjne), to nie

powinno być to rozpatrywane jako naruszenie zakazu zawartego w art. 56 § 2 KSH w stosunku do wspólników mniejszościowych, a jedynie jako biznesowa decyzja kontrolującego (przedsiębiorcy dominującego) w przedmiocie kierunków rozwoju własnych spółek zależnych. Przepis art. 56 § 2 KSH stanowi o interesach konkurencyjnych, które w grupie kapitałowej z jej istoty – mając na względzie powołane powyżej orzecznictwo i doktrynę – nie występują, co powoduje brak spełnienia tego warunku przepisu art. 56 § 2 KSH (zajmowanie się interesami konkurencyjnymi).

Konkludując powyższe, należy stwierdzić, że nie jest możliwe złamanie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, jeśli jest ona w istocie podejmowana przez zobowiązanego do przestrzegania tego zakazu wobec działalności prowadzonej de facto przez niego samego, z zastrzeżeniem oczywiście zakazu działania na niekorzyść spółki/spółek, o którym mowa w art. 56 § 1 KSH.

Grupa kapitałowa w kontekście umów franczyzowych

Kwestie związane z pojęciem grupy kapitałowej były przedmiotem szczegółowych rozważań w kontekście rynku farmaceutycznego. W myśl art. 99 ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (dalej jako: prawo farmaceutyczne) zezwolenia na prowadzenie apteki (w szczególności) nie wydaje się, jeżeli podmiot ubiegający się o zezwolenie jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych.

Dodatkowo, zgodnie z art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego zezwolenia na prowadzenie apteki nie wydaje się, jeżeli wnioskodawca, wspólnik lub partner spółki będącej wnioskodawcą (w szczególności) prowadzi co najmniej 4 apteki ogólnodostępne albo podmiot lub podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmiot lub podmioty zależne w rozumieniu przepisów UOKK, prowadzi lub prowadzą co najmniej 4 apteki ogólnodostępne, lub jest członkiem, w rozumieniu UOKK, grupy kapitałowej, której członkowie prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępne.

Z powyżej cytowanych regulacji nasuwa się jednoznaczny wniosek, że mają one na celu zapobieżenie nadmiernej koncentracji aptek powiązanych właścicielsko na określonym rynku lokalnym. Są to więc szczególne przepisy regulacyjne dotyczące rynku farmaceutycznego. Przepisy prawa farmaceutycznego nakazują rozumieć grupę kapitałową zgodnie z definicją tego pojęcia zawartą w UOKK.

Odesłanie prawa farmaceutycznego do UOKK powoduje, że pojęcie grupy kapitałowej powinno być rozumiane tak, jak definiuje je UOKK, wraz z uwzględnieniem stosownego i obszernego orzecznictwa w tym zakresie. Jednak orzeczenia sądów administracyjnych wydawane w ostatnim czasie na gruncie przepisów prawa farmaceutycznego wskazują, że pojęcie to rozumiane jest w sposób odmienny, niż

rozumie je prezes UOKiK, czyli de facto „gospodarz” UOKK, do której odsyła prawo farmaceutyczne. Doszło zatem do wykreowania dwóch rozbieżnych linii orzeczniczych przez dwa różne organy administracji (prezesa UOKiK oraz wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych), a także sądów rozpatrujących odwołania od rozstrzygnięć tych organów (Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz sądów administracyjnych, czyli NSA i WSA). Wojewódzcy inspektorzy farmaceutyczni – co do zasady – traktują apteki prowadzone na zasadzie umów franczyzowych jako należące do grupy kapitałowej, na której czele stoi franczyzodawca, podczas gdy prezes UOKiK na użytek swojego orzecznictwa relacje franczyzobiorca – franczyzodawca traktuje jako relacje niezależnych przedsiębiorców. Wynika z tego, że – co ma doniosłe znaczenie – ci sami przedsiębiorcy na użytek postępowań administracyjnych jednego organu traktowani są jako niezależni przedsiębiorcy, na użytek innego zaś jako należący do tej samej grupy kapitałowej, na podstawie tych samych regulacji prawnych.

Jak zauważył Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Wyrok z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt VI SA/Wa 707/20), umowa franczyzowa należy do nienazwanych i objętych swobodą umów. Zakłada ona, że strony stosunku zobowiązaniowego mogą ukształtować go swobodnie, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak zauważa sąd, duża dowolność w formułowaniu postanowień umowy franczyzy powoduje, że umowy te bywają różnie redagowane. W doktrynie i orzecznictwie wyodrębnia się wiele kategorii franczyzy, w zależności od specyfiki sytuacji kontraktowej. Z tezą taką trzeba się absolutnie zgodzić. Należy jednak mieć na uwadze, że niezależnie od poziomu swobody ukształtowania stosunku franczyzy zawsze pozostaje ona jedynie umową między przedsiębiorcami, którą można rozwiązać w różnych – przewidzianych prawem i samym stosunkiem zobowiązaniowym – trybach i terminach.

Tymczasem sądy administracyjne w wielu orzeczeniach wskazują, że w tej sprawie stosunki zobowiązaniowe generują taki zakres i charakter jej obowiązków (franczyzodawcy – przyp. autorów) względem (franczyzobiorcy – przyp. autorów), że utraciła ona wymaganą przez art. 99 ust. 3a pkt 3 prawa farmaceutycznego samodzielność rynkową i zaliczona ona być musi w poczet grupy kapitałowej. Przy czym, w ostatnim czasie, w większości spraw relacje franczyzodawca – franczyzobiorca na rynku farmaceutycznym ocenione zostały przez właściwe organy i sądy jako relacje przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Umowy franczyzowe na rynku farmaceutycznym są – co do zasady i co wynika z orzecznictwa (Wyrok z dnia 1 czerwca 2022 r., sygn. akt V SA/Wa 3375/21, wyrok z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt VI SA/Wa 707/20) – podobne. Oprócz umów franczyzy *per se* relacje pomiędzy franczyzobiorcą i franczyzodawcą łączą umowy dodatkowe (np. umowy o usługi centralne, umowy pożyczki). Nadal jednak są to relacje zobowiązaniowe, które mogą zostać zakończone przez każdą ze stron. Franczyzodawca nie dysponuje żadnymi narzędziami, za pomocą których mógłby zmusić franczyzobiorcę

do zachowań, które wskazywałyby na dominację i zależność, w szczególności do pozostania z nim w relacjach kontraktowych (pozostania w sieci franczyzowej). W przypadku pozostawania przedsiębiorców w jednej grupie kapitałowej jeden przedsiębiorca (dominujący) ma uprawnienia jednostronne, a to oznacza, że jedynie on posiada uprawnienia do decydowania o sprawach swoich przedsiębiorców zależnych, w tym do dysponowania aktywami tych przedsiębiorców. Z tytułu relacji łączących przedsiębiorcę dominującego z jego przedsiębiorcami zależnymi ten pierwszy może przykładowo zdecydować o sprzedaży samej spółki zależnej (jej akcji albo udziałów) lub jej majątku innemu przedsiębiorcy. Żadna umowa franczyzy nie przewiduje takich uprawnień.

Zauważyć też należy, że sądy administracyjne nie uznają za nieprawidłowe, że organy właściwe do spraw regulacji rynku farmaceutycznego (Główny Inspektorat Farmaceutyczny, wojewódzkie inspektoraty farmaceutyczne) nie współpracują z prezesem UOKiK, co mogłoby zapobiec powstałemu dualizmowi pojęciowemu w orzecznictwie. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Wyrok z dnia 1 czerwca 2022 r., sygn. akt V SA/Wa 3375/21) uznał, że o ile w postępowaniu administracyjnym, którego przedmiotem jest udzielenie/przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki, wojewódzki inspektor farmaceutyczny musi rozstrzygnąć kilka tego rodzaju kwestii, które mieszczą się w zakresie zadań (lub zainteresowań) prezesa UOKiK i przy których rozstrzyganiu specjalistyczna merytoryczna wiedza prezesa UOKiK z zakresu konkurencji mogłaby być dla wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego pomocna (chodzi o kwestie związane z koncentracją na rynku aptek ogólnodostępnych), to jednak przepisy prawa farmaceutycznego nie przewidują żadnych form sformalizowanego współdziałania wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego przy udzielaniu/przenoszeniu zezwoleń na prowadzenie aptek z prezesem UOKiK. Nie sposób zatem czynić organowi zarzutów w tym zakresie. Tezę taką należy uznać za błędną. Nie istnieją wprawdzie sformalizowane formy współdziałania organów do spraw rynku farmaceutycznego z organem antymonopolowym w tym zakresie, nie oznacza to jednak, że organy administracji nie powinny podejmować działań oficjalnych, choć nie sformalizowanych, prowadzących ostatecznie do jednej interpretacji tych samych przepisów. Z orzecznictwa sądów administracyjnych wynikać może, że oba organy mają świadomość rozbieżności w pojmowaniu relacji franczyzowych w kontekście interpretacji definicji grupy kapitałowej zawartej w UOKK, jednak daleko im do podjęcia prób ich ujednoczenia.

Tymczasem te rozbieżności niosą za sobą daleko idące konsekwencje dla uczestników rynku farmaceutycznego. Z jednej bowiem strony apteka (franczyzobiorca) nie otrzyma zezwolenia na prowadzenie apteki, jeśli prowadziłyby to do przekroczenia dopuszczalnego limitu liczby aptek na danym terytorium, z tego powodu, że – według dominującego orzecznictwa organów i sądów administracyjnych – pozostaje w grupie kapitałowej z franczyzodawcą. Z drugiej strony ci sami przedsiębiorcy na użytek postępowań prowadzonych przez prezesa UOKiK są traktowani jako nienależący do

jednej grupy kapitałowej. I przykładowo, w przypadku zamiaru dokonania koncentracji, franczyzobiorca i franczyzodawca nie mogą skorzystać z wyłączenia obowiązku zgłoszenia na podstawie art. 14 pkt 5 UOKK (nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej), w świetle orzecznictwa antymonopolowego bowiem nie należą do jednej grupy kapitałowej.

W dotychczasowym orzecznictwie prezesa UOKiK dotyczącym kontroli koncentracji trudno odnotować przypadek, w którym organ uznałby, że franczyzodawca i franczyzobiorca należą do jednej grupy kapitałowej i w konsekwencji koncentracja z udziałem franczyzodawcy i franczyzobiorcy zwolniona byłaby z obowiązku notyfikacji zamiaru jej dokonania prezesowi UOKiK. Istnieje za to wiele decyzji organu antymonopolowego, w których stwierdzono, że franczyzodawca i franczyzobiorca nie należą do jednej grupy kapitałowej. Orzecznictwo prezesa UOKiK w tym zakresie jest jednoznaczne i należy ocenić je jako prawidłowe. W jego świetle relacja franczyzodawca – franczyzobiorca nie jest relacją konstytuującą jedną grupę kapitałową. Przykładowo, w decyzji z 10 listopada 2021 r. (nr DKK-246/2021) prezes UOKiK stwierdził, że spółki zależne DOZ są właścicielami aptek własnych i punktów aptecznych w Polsce. DOZ prowadzi też program franczyzowy dla niezależnych przedsiębiorców prowadzących apteki. W decyzji z dnia 27 października 2011 r. (nr DKK-128/2011) prezes UOKiK uznał, że uczestnicy zgłoszonego zamiaru koncentracji zaopatrują sklepy prowadzące działalność w zakresie sprzedaży detalicznej powiązane z nimi umowami franczyzowymi lub partnerskimi, a także sklepy własne. Jak wynika z powyższych przykładów, organ antymonopolowy jednoznacznie i konsekwentnie stawia granicę pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na podstawie umów franczyzowych, traktując ich jako niezależnych od franczyzodawców, a przedsiębiorcami własnymi franczyzodawców. W orzeczeniu z dnia 14 grudnia 2016 r. (nr DKK-180/2016) organ antymonopolowy skonstatował, że sklepy zrzeszone w sieciach partnerskich i franczyzowych Grupy Eurocash nie są sklepami własnymi Grupy Eurocash i są prowadzone przez niezależnych od Grupy Eurocash przedsiębiorców. Eurocash nie sprawuje nad przedsiębiorcami prowadzącymi te sklepy kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 UOKK.

Również, mając na względzie regulacje dotyczące zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, pojęcie grupy kapitałowej oraz doktryna jednego organizmu gospodarczego ma duże znaczenie. Zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję – co do zasady – stosuje się tylko wobec przedsiębiorców nienależących do jednej grupy kapitałowej (przedsiębiorców niezależnych) (Bellamy, Child, 1987, s. 46). *A contrario*, jeżeli w porozumieniu uczestniczą przedsiębiorcy, których łączą relacje dominacji i zależności, przepisy dotyczące zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień nie będą miały zastosowania (Weatherill, Beaumont, 1995, s. 674). Podkreślić przy tym należy, że powyższe nie wynika bezpośrednio z przepisów, ale z od lat ugruntowanego i niezmiennego w tym zakresie orzecznictwa (Wyrok Trybunału z 25 listopada 1971 r. w sprawie 22/71).

Organy antymonopolowe, w kontekście ewentualnych naruszeń przepisów o zakazie zawierania porozumień ograniczających konkurencję, oceniają relacje w ramach umowy franczyzy jako relacje dwóch niezależnych przedsiębiorców. Gdyby bowiem relacje te były utożsamiane z przynależnością do jednej grupy kapitałowej, to – co do zasady – nie stwierdzono by, iż doszło do zawarcia pomiędzy francyzodawcą a francyzobiorcami porozumień ograniczających konkurencję. Takie natomiast rozstrzygnięcia (tj. identyfikujące zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia w ramach sieci francyzowej) znajdują się w istniejącym orzecznictwie.

Konsekwentne orzecznictwo polskiego organu antymonopolowego, odnoszące się do przedsiębiorców będących w relacji franczyzy w kontekście grupy kapitałowej, istnieje już od lat 90. ubiegłego wieku. Już wtedy Urząd Antymonopolowy, wydając decyzję, uznawał, że francyzobiorca i francyzodawca nie należą do jednej grupy kapitałowej (Decyzja z dnia 27 lutego 1992 r. nr UA/DŁ/500-92/JG/92). Potwierdza to również późniejsze orzecznictwo prezesa UOKiK. Decyzją z dnia 16 lipca 2010 r. (nr DOK-6/2010) prezes UOKiK uznał za zakazane zawarcie porozumienia pomiędzy Polskim Koncernem Naftowym ORLEN S.A. i Stacją Paliw Kogut Sp.j., polegającego na ustalaniu cen odsprzedaży benzyn i oleju napędowego. Stacja Paliw Kogut Sp.j. należała do sieci stacji francyzowych PKN ORLEN i była prowadzona pod marką ORLEN. Decyzja została podtrzymana przez sądy kolejnych instancji (VI Aca 1615/2012, XVII Ama 46/2011, XVII Ama 23/2012). Decyzją z dnia 25 czerwca 2013 r. (nr DOK-1/2013) prezes UOKiK uznał za zakazane zawarcie przez Sfinks Polska S.A. z przedsiębiorcami prowadzącymi na zasadzie franczyzy restauracje pod marką Sphinx porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnych rynkach restauracji na terenie kraju, polegającego na ustalaniu sztywnych cen sprzedaży produktów oferowanych w restauracjach działających pod marką Sphinx (Semiński, 2013). W tej sprawie prezes UOKiK zwrócił uwagę na bardzo ścisłe relacje łączące kontrahentów (francyzodawcę i francyzobiorcę), jednak fakt ten wpłynął na uznanie, że należą oni do jednej grupy kapitałowej. W decyzji organ antymonopolowy stwierdził, że w zakresie umów franczyzy Sfinks Polska S.A. jest organizatorem systemu francyzowego, natomiast podmiotami prowadzącymi restauracje są niezależni przedsiębiorcy, którzy działają na własny rachunek i ryzyko na podstawie umów zawartych ze Sfinks Polska S.A. Organ skonstatował, że restauracje marki Sphinx funkcjonują na zasadzie franczyzy rozumianej jako system, który oparty jest na ścisłej i ciągłej współpracy pomiędzy prawnie oraz finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorstwami, tj. pomiędzy francyzodawcą, którym jest Sfinks Polska S.A., a francyzobiorcami, którymi są niezależni przedsiębiorcy. Francyzobiorcy prowadzą placówki gastronomiczne i świadczą usługi we własnym imieniu i na własne ryzyko z prawnym wykorzystaniem znaku towarowego francyzodawcy. Uwadze organu antymonopolowego nie uszło przy tym, że organizator systemu wybiera lokalizację restauracji, a także pomaga francyzobiorcom w opracowaniu oryginalnego charakteru lokalu. Sfinks Polska S.A. przekazuje także poszczególnym

franczyzobiorcom opracowane pod względem treści i grafiki cenniki dań i napoi. Oprócz wydrukowanych kart menu franczyzobiorcy otrzymują tzw. gazetkę, która oprócz treści karty dań i napojów zawiera informacje dotyczące różnorodnych wydażeń i kulinariów. Podstawowym obowiązkiem franczyzobiorców jest prowadzenie restauracji z wykorzystaniem know-how Sfinks Polska S.A. w sposób zgodny z postanowieniami zawartych umów oraz zapisami wewnętrznych procedur obowiązujących w sieci. Decyzja prezesa UOKiK została ostatecznie podtrzymana przez Sąd Najwyższy (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt I NSK 89/18).

Orzecznictwo unijne również potwierdza, że relacja franczyzy nie konstytuuje grupy kapitałowej. Komisja Europejska i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uważały tę kwestię w swoim orzecznictwie za oczywistą. Trybunał uznawał od lat, że porozumienia franczyzowe nie są, co do zasady, sprzeczne z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jednak ich ocena zależy od zawartych w nich postanowień. Trybunał tym samym potwierdzał, iż należy *a priori* zakładać, iż relacje pomiędzy franczyzodawcą i franczyzobiorcą są relacjami pomiędzy dwoma niezależnymi podmiotami i jako takie powinny podlegać ocenie na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE. Przedmiotem ważenia mogą być jedynie konkretne postanowienia umowy franczyzy w zakresie przesądzenia, czy stanowią one ograniczenie konkurencji. Przykładowo przedmiotem zainteresowania organów unijnych były postanowienia w umowach franczyzowych, które dotyczyły podziału rynku, ustalania cen czy też wyłączności terytorialnej (Bellamy, Child, 1987, s. 83).

Mając na względzie powyższe, nie sposób uznać, że organy antymonopolowe traktują franczyzobiorców i franczyzodawców jako należących do jednej grupy kapitałowej, w innym bowiem wypadku rozstrzygnięcia w omawianych sprawach uniewinniałyby uczestników zarzuczanych porozumień jako działających na zasadzie Intra-Enterprise Conspiracy.

Obszarem prawa ochrony konkurencji, który traktuje umowy franczyzowe jako umowy zawarte pomiędzy dwoma niezależnymi przedsiębiorcami, jest instytucja wyłączeń porozumień ograniczających konkurencję spod zakazu porozumień. O potwierdzenie przez Komisję Europejską wyłączenia spod zakazu mogły (w poprzednim systemie prawnym UE obowiązującym do 2004 r.) ubiegać się tylko takie podmioty, których relacje spełniały przesłanki zakazanego porozumienia i jednocześnie ich porozumienia generowały korzyści dla rynku. Komisja Europejska, dostrzegając liczne zalety współdziałania między przedsiębiorcami, wydała – w poprzednim systemie prawnym – wiele decyzji udzielających zgody na wyłączenia indywidualne umów franczyzowych spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję i zalegalizowała tym samym te umowy *ex ante*. Do takich decyzji należą w szczególności: decyzja z 1986 r. w sprawie Pronuptia de Paris – dotycząca sieci franczyzowej prowadzącej dystrybucję sukien ślubnych, decyzja z 1986 r. w sprawie Yves Rocher – dotycząca sieci franczyzowej zajmującej się dystrybucją kosmetyków, decyzja z 1988 r. w sprawie Service Master – dotycząca

sieci franczyzowej usług porządkowych związanych z gospodarstwem domowym, decyzja z 1986 r. w sprawie Computerland – dotycząca sieci franczyzowej zajmującej się dystrybucją sprzętu komputerowego (Whish, Bailey, 2003, s. 611).

Komisja Europejska, orzekając, nie miała wątpliwości, że relacje franczyzy to relacje między niezależnymi przedsiębiorcami. Powodem wydawania zgód na funkcjonowanie porozumień nie było uznanie, że franczyzodawca i franczyzobiorca należą do jednej grupy kapitałowej i tym samym nie stosuje się do zawieranych przez nich porozumień zakazu, lecz ocena merytoryczna tych porozumień i w konsekwencji uznanie, że postanowienia w nich zawarte kompensowały ewentualne negatywne skutki ograniczające konkurencję.

Jak wynika z powyższego, słuszne jest stwierdzenie, że zawarcie umowy franczyzy – w rozumieniu przepisów dotyczących ochrony konkurencji – nie oznacza powstania pomiędzy przedsiębiorcami relacji podporządkowania, która mogłaby świadczyć o przynależności franczyzodawcy i franczyzobiorcy do jednej grupy kapitałowej.

Zakończenie

Zagadnienie pozostawiania przedsiębiorców w jednej grupie kapitałowej jest złożone. Z jednej bowiem strony typowe i najczęściej występujące powiązania spółka dominująca – spółka zależna nie pozostawiają wątpliwości co do ich kwalifikacji w kontekście definicji grupy kapitałowej. Z drugiej zaś strony w rzeczywistości rynkowej zdarzają się przypadki, w których trudno jest jednoznacznie przesądzić, czy dwa podmioty lub więcej podmiotów należą do jednej grupy kapitałowej. W tego rodzaju sytuacjach często jedynym sposobem ustalenia zgodnego z rzeczywistością stanu faktycznego jest analiza konkretnych i szczegółowych decyzji podejmowanych względem przedsiębiorcy i na tej podstawie ustalenie, kto faktycznie wywiera na nią decydujący wpływ. Mając powyższe na względzie, należy stwierdzić, że założony cel publikacji został osiągnięty, a hipoteza zweryfikowana. Zagadnienie grupy kapitałowej i jej rozumienie jest złożone i niejednokrotnie przesądzenie pozostawiania przedsiębiorców w grupie kapitałowej może być jedynie „statystyczne”, a nie jednoznaczne.

BIBLIOGRAFIA

- [1] BELLAMY, CH., CHILD, G., 1987. *Common Market Law of Competition*, London: Sweet & Maxwell.
- [2] BOLECKI, A., 2013. Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 7(2).
- [3] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 2 października 2023 r., nr DKK-226/2023.
- [4] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 sierpnia 2023 r., nr DKK-169/2023.
- [5] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 9 października 2023 r., nr DKK-236/2023.
- [6] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 10 listopada 2021 r., nr DKK-246/2021.
- [7] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 18 sierpnia 2023 r., nr DKK-177/2023.
- [8] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 19 listopada 2021 r., nr RGD-6/2021.
- [9] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 22 grudnia 2022 r., nr RGD-12/2022.
- [10] Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 27 lutego 1992 r., nr UA/DŁ/500-92/JG/92.
- [11] Decyzje Prezesa UOKiK, https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf (dostęp: 13.09.2023).
- [12] Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2003 r., nr RGD-18/2003-RDG-28/2003.
- [13] GJW, 2019. *Czy wykonawcy będący małżonkami mogą być uznani za grupę kapitałową?*, <https://gjw.pl/blog-zamowienia/wykluczenie-wykonawcy-odrzuconie-oferty/czy-wykonawcy-bedacy-malzonkami-moga-byc-uznani-za-grupe-kapitalowa/> (dostęp: 13.09.2023).
- [14] JURGILEWICZ, M., KOZICKI, B., PIWOWARSKI, J., GRABOWSKA, S., 2022. Contemporary Challenges for the Economic Security of Enterprises in Poland, *Journal of Security and Sustainability Issues*, vol. 12, nr 1, s. 71-80.
- [15] KOZICKI, B., 2022, *Model planowania potrzeb Sił Zbrojnych RP wobec aktualnych wyzwań bezpieczeństwa narodowego w XXI wieku*, Warszawa: Wojskowa Akademia Techniczna.
- [16] Opinie rzecznika generalnego Trybunału Trabucchi przedstawione w dniu 18 września 1974 r. w sprawie 16/74 Centrafarm BV i Adriaan de Peijper przeciwko Sterling Drug Inc.
- [17] PIWOWARSKI, J., KOZICKI, B., JURGILEWICZ, M., MALEC, N., 2021. Managing the Financial Security of Organizations During the COVID-19 Pandemic – Multivariate Analysis, *Journal of Security and Sustainability Issues*, vol. 11, nr 1, s. 537-546.
- [18] ROMANOWSKI, M. (red.), 2023. *Prawo spółek osobowych. System prawa prywatnego. Tom 16B*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- [19] SEMENIUK, P., 2013. *Kiedy franczyza narusza prawo konkurencji? Kara nałożona na Sphinx i nowe trendy w polskim prawie konkurencji*, <https://korporacyjnie.pl/kiedy-franczyza-narusza-prawo-konkurencji-kara-nalozona-na-sphinx-i-nowe-trendy-w-polskim-prawie-konkurencji/> (dostęp: 13.09.2023).
- [20] SKOCZYŃ, T. (red.), 2009. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- [21] SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMAŃSKI, A., SZWAJA, J., 2001. *Kodeks spółek handlowych. Tom I. Komentarz do artykułów 1-150*, Warszawa: Wolters Kluwer.
- [22] WEATHERILL, S., BEAUMONT, P., 1995. *EC Law*, London: Penguin Book.
- [23] WHISH, R., BAILEY, D., 2003. *Competition Law*, Oxford University Press.
- [24] Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko KE.
- [25] Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 października 1996 r. w sprawie C-73/95P Viho Europe BV przeciwko KE.

- [26] Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 listopada 1971 r. w sprawie 22/71, Beguelin Import Co. i inni *przeciwko* S.A.G.L. Import Eksport i inni.
- [27] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2017 r., sygn. akt KIO 283/17.
- [28] Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 17 stycznia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 54/95.
- [29] Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 21 lipca 1992 r., sygn. akt XVII Amr 12/92.
- [30] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt III APa 9/13.
- [31] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt I ACa 752/13.
- [32] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r., sygn. akt I NSK 89/18.
- [33] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2000 r., sygn. akt I CKN 1036/98.
- [34] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2003 r., sygn. akt I CKN 1200/00.
- [35] Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 października 2005 r., sygn. akt XVII Ama 38/04.
- [36] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 czerwca 2022 r., sygn. akt V SA/Wa 3375/21.
- [37] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt VI SA/Wa 707/20.