

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Zakład Prawa Administracyjnego Gospodarczego i Bankowego

Adrian Bielecki

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

Autoreferat rozprawy doktorskiej

Promotor: **prof. UW dr hab. Cezary Banasiński**

Recenzenci: **prof. dr hab. Andrzej Powałowski**

prof. dr hab. Czesław Martysz

Warszawa, 4 grudnia 2023 r.

1. Wybór tematu pracy

Pojęcie unii personalnej odnosi się do sytuacji, w której osoba fizyczna jest jednocześnie piastunem organu w strukturach przynajmniej dwóch spółek. Występowanie unii personalnych w spółkach nie jest obojętne z perspektywy prowadzenia przez te spółki działalności gospodarczej.

Zjawisko to może mieć negatywny wpływ na konkurencję na rynkach, na których działają przedsiębiorcy połączeni unią – w takich wypadkach unie personalne mają charakter antykonkurencyjny. Dotyczy to w szczególności unii personalnych obejmujących konkurujących ze sobą przedsiębiorców. W związku z tym zasadna wydaje się analiza tego zjawiska z perspektywy prawa ochrony konkurencji.

Pomimo tego, w polskiej i zagranicznej doktrynie publicznego prawa ochrony konkurencji podkreśla się, że problematyka unii personalnych pozostaje niezbadana¹. A. Bolecki w monografii dotyczącej wymiany informacji w prawie ochrony konkurencji wskazał, że zagadnienie unii personalnych zasługuje na „większą uwagę badawczą w przyszłości”². Z kolei J. Rosch, komisarz amerykańskiej Federalnej Komisji Handlu, problematykę przeciwdziałania m.in. antykonkurencyjnym uniom personalnym określił pojęciem *terra incognita*³. Rozprawa doktorska ma na celu przyczynić się do wypełnienia tej zidentyfikowanej luki w doktrynie publicznego prawa ochrony konkurencji.

Przygotowana przeze mnie rozprawa uzupełnia również debatę, toczącą się w ostatnich latach w międzynarodowej nauce prawa i ekonomii konkurencji, skupiającą się na podejściu prawa ochrony konkurencji do przejęcia udziałów mniejszościowych⁴ oraz tzw. wspólnej własności (*common ownership*)⁵. W obydwu przypadkach problematyka unii

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

² A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, s. 293.

³ J. Rosch, *Terra Incognita: Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking Directorate Law Enforcement in the United States*, Hong Kong 2009.

⁴ Zob. np. OECD, *Antitrust issues involving minority share ownership and interlocking directorates*, DAF(COMP)2008/30, Paris 2008.

⁵ Zob. w szczególności: OECD, *Common ownership by institutional investors and its impact on competition*, DAF(COMP)2017/10, Paris 2017; J. Azar, M. Schmalz, I. Tecu, *Anticompetitive Effects of Common Ownership*, „Journal of Finance”, 73(4), 2018, s. 1513-1565; E. Elhauge, *Essay: Horizontal Shareholding*, „Harvard Law Review”, Vol. 129, 2016, s. 1267-1317; J. Azar, M. Schmalz, I. Tecu, *Anticompetitive Effects of Common Ownership*, „Journal of Finance”, 73(4), 2018; F. Morton, H. Hovenkamp, *Horizontal Shareholding and Antitrust Policy*, „Yale Law Journal” 127/2018; M. Anton, F. Ederer, M. Gine, M. Schmalz, *Common Ownership, Competition, and Top Management Incentives*, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 511/2017.

personalnych jest zagadnieniem, które pozostaje na marginesie głównego nurtu dyskusji. W debatach dotyczących tych kwestii podkreśla się jednak konieczność przeprowadzenia bardziej szczegółowych analiz dotyczących problemu unii personalnych⁶.

Przedmiotem rozprawy jest analiza roli unii personalnych w stosowaniu publicznego prawa ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej, a także sposobów w jaki istniejące obecnie reguły publicznego prawa ochrony konkurencji mogą służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym.

Przedmiot rozprawy doktorskiej obejmuje analizę unii personalnych, w które zaangażowani są członkowie organów spółek kapitałowych. Pojęcie spółki kapitałowej jest używane przede wszystkim przez ustawodawstwo kontynentalne. W polskim prawie do tej kategorii zalicza się spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, prostą spółkę akcyjną oraz spółkę akcyjną⁷, a także opartą na przepisach prawa unijnego spółkę europejską⁸. Na gruncie prawa amerykańskiego odpowiada mu w znacznej mierze pojęcie *corporation*⁹. Ograniczenie zakresu analizy do spółek kapitałowych wynika z faktu, że są one dominującą formą prawną wykorzystywaną w celu prowadzenia działalności gospodarczej¹⁰. Ich cechy umożliwiają bowiem osiągnięcie efektywności (*efficiencies*) w sposobie organizacji dużych organizmów gospodarczych, które zdominowały rozwinięte gospodarki rynkowe¹¹.

2. Cel rozprawy doktorskiej

Podstawowym celem badawczym jest znalezienie odpowiedzi na pytanie czy, a jeśli tak – to w jaki sposób oraz w jakim zakresie, instrumenty prawne obecne w prawie ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej mogą kreować bodźce przeciwdziałające tworzeniu lub funkcjonowaniu antykonkurencyjnych unii personalnych. Zagadnienie badawcze obejmuje zatem analizę

⁶ Takie wnioski płyną m.in. z szeregu wypowiedzi podczas konferencji zorganizowanej przez grecki urząd ochrony konkurencji pt. „Common ownership, interlocking directorates & competition: a transatlantic perspective”, która odbyła się 9.12.2020 r.

⁷ Art. 4 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity Dz.U. 2022, poz. 1467 ze zm.).

⁸ Art. 1a pkt 2 ustawy z dnia 9.09.2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (tekst jednolity Dz.U.2023.0.170).

⁹ S. Sołtysiński, P. Moskwa, *System Prawa Prywatnego tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, S. Sołtysiński (red.), Warszawa 2015, s. 2-3.

¹⁰ R. Meyer, S. Leixnering, J. Veldman, Rethinking The Corporation: Introduction, [w:] *The Corporation: Rethinking the Iconic Form of Business Organization* (Research in the Sociology of Organizations, Vol. 78), Emerald Publishing Limited 2022; J. Cox, T. Hazen, *Cox & Hazen on Corporations*, New York 2003, s. 82.

¹¹ H. Hansmann, R. Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, „Yale Law School, Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy Law and Economics Working Paper” 2000/235, s. 2.

podstawowych instrumentów prawa ochrony konkurencji w każdym ze wskazanych porządków prawnych pod kątem ich możliwego zastosowania w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym oraz ustalenie, który z tych porządków prawnych zawiera optymalne rozwiązania służące przeciwdziałaniu zjawisku antykonkurencyjnych unii personalnych przy zachowaniu minimalizacji kosztów społecznych¹². Analiza ta pozwoli na spojrzenie na problematykę unii personalnych z szerszej perspektywy i może stanowić inspirację do działań ukierunkowanych na poprawę unormowania tego zjawiska.

Zgodnie z podstawową ogólną tezą badawczą, która została poddana dogłębszej analizie w ramach przygotowanej rozprawy, instrumenty prawne obecne w każdym z analizowanych porządków mogą (przynajmniej pośrednio) służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym; jednakże prawo amerykańskie – poprzez posiadanie instrumentu prawnego skierowanego wprost przeciwko uniom personalnym między konkurentami – czyni to w szerszym zakresie.

3. Metody badawcze

W pracy wykorzystałem podstawowe metody badawcze stosowane w badaniach z zakresu nauk prawnych składające się na dominujący paradygmat metodologiczny¹³. Przede wszystkim wykorzystałem metodę dogmatyczną polegającą na ustaleniu i interpretacji norm prawa poprzez analizę obowiązujących przepisów (a w ograniczonym zakresie również ich funkcjonalnych poprzedników). Metoda ta wymaga również analizy wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. Jest to szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż przepisy prawa ochrony konkurencji mają charakter ogólny i podlegają ciągłemu doprecyzowywaniu w orzecznictwie organów antymonopolowych i sądów.

Drugą wiodącą metodą jest metoda porównawcza, którą wykorzystywałem do porównania polskiego, unijnego oraz amerykańskiego prawa ochrony konkurencji. W tym zakresie oparłem się na podejściu funkcjonalnym (funkcjonalno-instytucjonalnym) polegającym na identyfikacji problemu społecznego, badaniu instytucji prawnych zajmujących się tym problemem w jednym systemie prawnym oraz analizie innego systemu prawnego pod kątem instytucji zajmujących się tym samym problemem¹⁴. Podejście funkcjonalne pozwala porównać instrumenty prawne służące podobnym celom tak, aby

¹² O analizie prawa ochrony konkurencji z perspektywy minimalizacji kosztów społecznych zob. F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

¹³ D. Van Kędziński, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, „Transformacje prawa prywatnego” 3/2018, s. 5 i n.

¹⁴ G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford 2014, s. 65.

stwierdzić, które z nich są najlepszym rozwiązaniem analizowanego problemu¹⁵. Analiza porównawcza została wsparta metodą analizy opartej na badaniu kosztów społecznych związanych z funkcjonowaniem norm prawa ochrony konkurencji (tzw. *error-cost approach*)¹⁶ w badanych porządkach prawnych.

Wybór wskazanych porządków prawnych jest uzasadniony szeregiem argumentów. Po pierwsze, amerykańskie federalne prawo antymonopolowe ma najdłuższą historię i stanowiło pierwowzór rozwiązań prawnych mających przeciwdziałać praktykom ograniczającym konkurencję w gospodarce¹⁷. Analiza w ramach rozprawy jest ograniczona do prawa federalnego¹⁸, co wynika m.in. z jego wiodącej roli¹⁹ oraz faktu, że większość stanowych rozwiązań w tym zakresie jest wzorowana na przepisach prawa federalnego²⁰. Wybór tego prawa jest również uzasadniony tym, że posiada ono bogatą historię przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym, a sekcja 8. Ustawy Claytona²¹ bywa określana jako wzorzec dla innych jurysdykcji w zakresie regulacji omawianego zjawiska²².

Z drugiej strony wybór polskiego i unijnego prawa jest podyktowany faktem, że stanowią one prawo obowiązujące na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a niniejsza rozprawa jest przygotowywana w polskim ośrodku naukowym. W tym zakresie należy również zauważyć, że obecnie polskie i unijne prawo ochrony konkurencji wykazuje tak wiele podobieństw, że zasadne jest łączne analizowanie tych porządków prawnych ze wskazywaniem ewentualnych odmienności w uzasadnionych przypadkach. Wynika to z faktu, że polskie prawo ochrony konkurencji jest zbudowane w oparciu o modelowe rozwiązania prawa unijnego²³.

¹⁵ G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford 2014, s. 67.

¹⁶ F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

¹⁷ W tym zakresie warto wspomnieć, że nawet klasyczne prace z zakresu komparatystyki prawniczej wskazują istotną rolę amerykańskiego prawa ochrony konkurencji jako obiektu badań prawnoporównawczych. Zob. K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford 1998, s. 42.

¹⁸ W wielu amerykańskich stanach kwestie działalności wewnątrzstanowej są również przedmiotem regulacji stanowych przepisów prawa ochrony konkurencji. Stanowe prawo ochrony konkurencji pozostaje jednak poza zakresem niniejszej pracy. Zob. H. Langer, S. Lai, *Competition Law of the United States*, Washington 2019, s. 25.

¹⁹ E. Elhauge, *United States Antitrust Law and Economics*, 2011, s. 13.

²⁰ E. Sullivan, H. Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 2003, s. 65.

²¹ The Clayton Antitrust Act of 1914 (Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730, October 15, 1914, 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53).

²² M. Jacobs, *Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies*, „Fordham International Law Journal”, 37/2014.

²³ W doktrynie wskazuje się również, że unijne i polskie przepisy prawa ochrony konkurencji służą podobnym celom, w szczególności ochronie konkurencji z korzyścią dla konsumentów. Tak K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, s. 364..

Rozprawa dotyczy przede wszystkim prawa ochrony konkurencji. Pomocniczo i w ograniczonym zakresie analizie poddano wybrane aspekty prawa korporacyjnego (prawa spółek), gdyż pojęcie unii personalnych ma źródło w instytucjach prawa korporacyjnego i jest definiowane poprzez odniesienie do pojęcia organu spółki. Odniesienia do prawa spółek były jednak ograniczone wyłącznie do wybranych kwestii, które uznałem za najbardziej istotne z perspektywy celów rozprawy.

4. Struktura rozprawy doktorskiej

Praca została podzielona na osiem rozdziałów, przy czym rozdział pierwszy pełni funkcję wprowadzenia, zaś ostatni zawiera podsumowanie analizy. W celu zachowania przejrzystości wyводу pozostałe rozdziały są poprzedzone krótkim wprowadzeniem (z wyjątkiem rozdziału drugiego), a kończą je syntetyczne uwagi końcowe pozwalające dokonać ponownego przeglądu najważniejszych problemów i zagadnień postawionych wcześniej w ramach danego rozdziału. Taka struktura pracy służy znalezieniu odpowiedzi na postawione pytanie badawcze.

W rozdziale pierwszym dokonałem identyfikacji problemu badawczego i uzasadniłem wybór tematu rozprawy wskazując m.in. na wypowiedzi przedstawicieli doktryny podkreślające konieczność analizy zjawiska unii personalnych pod kątem prawa ochrony konkurencji. Ponadto, w rozdziale tym przedstawiłem zarys wykorzystywanych metod badawczych, z których wiodące znaczenie mają metody dogmatyczna oraz prawno-porównawcza wsparta metodą analizy opartej na badaniu kosztów społecznych związanych z funkcjonowaniem norm prawa ochrony konkurencji (tzw. *error-cost approach*). Rozdział ten zawiera również uzasadnienie ograniczenia zakresu analizy do organów spółek kapitałowych oraz wskazanych w tytule porządków prawnych.

W rozdziale drugim przeanalizowałem zjawisko unii personalnych w kontekście społeczno-gospodarczym. W jego ramach przeanalizowałem jaką rolę pełnią członkowie organów w spółce z perspektywy reguł ładu korporacyjnego, w jaki sposób są powoływani, a także jakie są przyczyny powstawania unii personalnych w świetle teorii organizacji i socjologii. Przeprowadziłem również analizę realnych danych dotyczących występowania omawianego zjawiska w gospodarce. Następnie przeanalizowałem jakie skutki dla konkurencji wywołuje omawiane zjawisko. Rozdział ten uzupełniłem o analizę tego w jaki sposób reguły ładu korporacyjnego mogą wpływać na prawo i politykę ochrony konkurencji w stosunku do unii personalnych.

Rozdział trzeci obejmuje wstępną identyfikację instrumentów amerykańskiego, unijnego i polskiego prawa ochrony konkurencji, które należy poddać bardziej pogłębionej analizie pod kątem ewentualnego przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. W ramach tego rozdziału wyodrębniłem grupy instrumentów prawnych obecnych we wszystkich badanych porządkach prawnych, które skategoryzowałem jako zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, zakaz monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej, kontrola koncentracji. Ponadto, wyodrębniłem instrumenty prawne obecne wyłącznie w prawie amerykańskim, do których należy zakaz tworzenia unii personalnych (sekcja 8. Ustawy Claytona) oraz zakaz nieuczciwych metod konkurencji (sekcja 5. Ustawy o Federalnej Komisji Handlu²⁴). Analiza dokonana w ramach tego rozdziału uwzględnia kontekst historyczny tych instrumentów, modele ich egzekwowania, a także wzajemne relacje pomiędzy tymi instrumentami.

Rozdziały od czwartego do szóstego dotyczą każdego z analizowanych porządków prawnych i są poświęcone analizie poszczególnych instrumentów prawa ochrony konkurencji z perspektywy przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym.

W rozdziale czwartym przeanalizowałem przepisy statuujące zakazy zawierania antykonkurencyjnych porozumień, tj. art. 6 UOKIK²⁵, art. 101 TFUE²⁶, a także sekcji 1. amerykańskiej Ustawy Shermana²⁷. Analizując problem z perspektywy celów niniejszej pracy można założyć, że ryzyko sankcji wynikających z naruszenia omawianych zakazów mogłoby teoretycznie stanowić bodziec przeciwdziałający ich tworzeniu i funkcjonowaniu. W celu weryfikacji tej tezy w ramach omawianego rozdziału w pierwszej kolejności skupiłem się na dwóch podstawowych obszarach. W ramach pierwszego z nich przeanalizowałem jaką rolę odgrywają unie personalne w ustaleniu istnienia porozumienia oraz czy zachowanie polegające na utworzeniu lub funkcjonowaniu unii personalnej może zostać uznane za porozumienie. Innymi słowy badanie w tym zakresie dotyczy tego czy, a jeśli tak – w jakim zakresie utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej przyczynia się do spełnienia przesłanki wspólnego działania wielu podmiotów (koordynacji), koniecznej do zastosowania sekcji 1. Ustawy Shermana, art. 6 UOKIK lub art. 101 TFUE. Spełnienie tej przesłanki jest bowiem wstępnym warunkiem umożliwiającym stwierdzenie przez organ lub sąd naruszenia dokonanego przez strony porozumienia. Po drugie, dokonałem analizy z perspektywy

²⁴ The Federal Trade Commission Act of 1914 (15 U.S.C. §§ 41-58).

²⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1689, 1705).

²⁶ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (tekst skonsolidowany Dz. U. C 202 z 7.06.2016).

²⁷ The Sherman Antitrust Act of 1890 (26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7).

przesłanki antykonkurencyjnego charakteru praktyki. Zagadnienie badawcze wymaga odpowiedzi na pytanie w jaki sposób specyfika unii personalnych wpływa na ustalenie antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia w rozumieniu art. 6 UOKIK lub art. 101 TFUE, bądź nadmiernego ograniczenia handlu w rozumieniu sekcji 1. Ustawy Shermana. Uzupełnieniem tej części pracy jest analiza ukierunkowana na odpowiedź na pytanie kogo można uznać za sprawcę ewentualnej niedozwolonej praktyki wielostronnej, której elementem byłaby antykonkurencyjna unia personalna.

Ponadto, w ramach tego rozdziału zbadałem zjawisko unii personalnej jako elementu zwiększającego prawdopodobieństwo uznania spółek objętych unią za należące do jednego organizmu gospodarczego. Ewentualne stwierdzenie, że unie personalne stanowią taki element mogłoby mieć skutki zarówno motywujące jak i zniechęcające do ich tworzenia. Z jednej strony omawiana funkcja unii personalnych zwiększałaby ryzyko przypisania jednemu przedsiębiorcy odpowiedzialności za działania innego przedsiębiorcy powiązanego z nim poprzez unię personalną, co mogłoby stanowić bodziec przeciwdziałający tworzeniu takich powiązań. Z drugiej strony, relacje pomiędzy podmiotami należącymi do jednego organizmu gospodarczego są co do zasady wyłączone spod zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych. W związku z tym jeśli istnienie unii personalnych miałyby znaczenie dla ustalenia, że spółki powiązane unią należą do jednego organizmu gospodarczego, to stanowiłyby to bodziec zachęcający do tworzenia unii personalnych.

W rozdziale piątym przeanalizowałem przepisy zakazujące monopolizacji i nadużywania pozycji dominującej. Teoretycznie przepisy te mogą zniechęcać do tworzenia unii personalnych w zakresie w jakim stanowią okoliczność rozszerzającą zakres stosowania surowych reguł nakładanych na przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą. W tym zakresie przeprowadziłem analizę przede wszystkim pod kątem tego czy utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej ma wpływ na ustalenie pozycji dominującej oraz czy utworzenie lub funkcjonowanie unii personalnej może stanowić przejaw nadużycia (monopolizacji).

Rozdział szósty dotyczy analizy przepisów regulujących system kontroli koncentracji przedsiębiorców. W rozdziale tym dokonałem weryfikacji hipotezy badawczej zgodnie z którą przepisy dotyczące kontroli koncentracji mogą przeciwdziałać tworzeniu się unii personalnych na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, w świetle tej hipotezy unie personalne mogą stanowić okoliczność istotną dla ustalenia czy wystąpiła koncentracja (zdarzenie podlegające nadzorowi). Objęcie zakresem nadzoru nad koncentracjami unii personalnych

mogłoby prowadzić do powstania po stronie przedsiębiorców bodźców zniechęcających do tworzenia antykonkurencyjnych unii personalnych, gdyż ewentualny zamiar utworzenia takiej unii nie mógłby zostać zrealizowany zgodnie z prawem z uwagi na brak zgody organu antymonopolowego. Niezależnie od tych bodźców, uznanie unii personalnych za okoliczność stanowiącą koncentrację (element koncentracji) wiązałoby się z nałożeniem dodatkowych obowiązków związanych z koniecznością przeprowadzenia postępowania w sprawie koncentracji, co również mogłoby wywoływać bodźce przeciwdziałające tworzeniu się unii personalnych (niezależnie od ich pro- czy antykonkurencyjnego charakteru). Po drugie, unie personalne mogą stanowić przejaw przedwczesnej implementacji koncentracji (tzw. *gun-jumping*). Ewentualne uznanie utworzenia lub funkcjonowania unii personalnych za przejaw przedwczesnej implementacji koncentracji mogłoby również wywoływać efekt przeciwdziałający uniom personalnym (niezależnie od ich pro- czy antykonkurencyjnego charakteru). Po trzecie, unie personalne mogą stanowić okoliczność istotną z perspektywy stosowania tzw. kryteriów ilościowych doprecyzowujących zakres zdarzeń podlegających kontroli koncentracji. Na etapie oceny spełnienia kryteriów ilościowych unie personalne mogłyby zatem skutkować uwzględnieniem danych obrotowych bezpośrednich uczestników koncentracji, jak i podmiotów powiązanych z nimi uniami personalnymi. W konsekwencji uwzględnienie tych dodatkowych podmiotów mogłoby powodować przekroczenie progów obowiązku zgłoszenia i stanowić okoliczność przesądzającą, że dana koncentracja podlegałaby nadzorowi konkretnego organu co wiąże się z dodatkowymi obowiązkami. Po czwarte, unie personalne mogą stanowić okoliczność mającą wpływ na ocenę koncentracji niezwiązanej bezpośrednio z istnieniem unii (np. przejęcia kontroli w oparciu o większościowe udziały w podmiocie, który jest powiązany unią z innym przedsiębiorcą niebędącym uczestnikiem koncentracji). W takich wypadkach przepisy dotyczące kontroli koncentracji mogłyby przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym w zakresie w jakim ułatwiają wykazanie negatywnego wpływu koncentracji na konkurencję. W konsekwencji istnienie unii personalnych mogłoby pośrednio zwiększać prawdopodobieństwo wydania zakazu dokonania koncentracji.

W rozdziale siódmym dokonałem analizy instrumentów specyficznych dla prawa amerykańskiego, tj. sekcji 8. Ustawy Clayтона stanowiącej podstawowy instrument prawa amerykańskiego wymierzony w przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym, oraz sekcji 5. Ustawy o Federalnej Komisji Handlu zawierającej zakaz nieuczciwych metod

konkurowania. W tym zakresie przeanalizowałem zarówno amerykańskie orzecznictwo, jak i stanowisko doktryny prawa antymonopolowego.

Całość została zakończona podsumowaniem zawartym w rozdziale ósmym. Zebrałem w nim główne wnioski wynikające z poszczególnych fragmentów pracy. Ponadto, podjąłem próbę całościowej oceny amerykańskiego, polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji jako zespołów norm służących przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym. W tym zakresie korzystałem z modelu wypracowanego w amerykańskiej nauce prawa i ekonomii konkurencji, zgodnie z którym ocena instrumentów prawnych ukierunkowanych na ochronę konkurencji powinna dążyć do minimalizacji kosztów społecznych (tzw. *error-cost approach*).

5. Wnioski

a. Wnioski z analizy poszczególnych elementów systemu prawa ochrony konkurencji w badanych porządkach prawnych

i. Wprowadzenie

Przedstawione w rozprawie badanie amerykańskiego, polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji potwierdza tezę, zgodnie z którą instrumenty prawne obecne w każdym z analizowanych porządków mogą służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym. Zaprezentowana w rozprawie analiza pokazuje jednak wiele różnic dotyczących zarówno mechanizmów ich działania, jak i charakterystyki unii personalnych, których występowaniu przeciwdziałają te instrumenty. Ponadto, potwierdza ona, że choć ład korporacyjny może mieć wpływ na ustalenie prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych skutków wynikających z unii personalnej, to jednak normy prawa spółek nie stanowią wystarczającego substytutu dla unormowań publicznego prawa ochrony konkurencji.

ii. Ustawa Claytona oraz Ustawa o Federalnej Komisji Handlu

W amerykańskim prawie ochrony konkurencji przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym służy przede wszystkim sekcja 8. Ustawy Claytona. Instrument tego typu, oparty na stosunkowo prostym mechanizmie zakazu skierowanego przeciwko uniom personalnym między konkurentami, jest nieobecny w prawie unijnym czy polskim. Zaletą tego instrumentu jest ukierunkowanie na powiązania osobowe, które cechują się największym ryzykiem wywierania negatywnego wpływu na konkurencję. Z kolei wadą jest niewielkie ryzyko nałożenia dotkliwych sankcji na naruszcycieli zakazu.

Dopełnieniem powyższego instrumentu w prawie amerykańskim jest sekcja 5. Ustawy o Federalnej Komisji Handlu, która zakazuje nieuczciwych metod konkurowania. Nie ulega wątpliwości, że przepis ten może mieć zastosowanie do antykonkurencyjnych unii personalnych. Jednakże, jedynie wyjątkowo stanowi on samodzielną podstawę prawną naruszenia, co powoduje, że nie należy przeceniać jego znaczenia jako instrumentu ograniczającego występowanie powiązań osobowych. Należy postrzegać go raczej jako wentyl bezpieczeństwa uzupełniający pozostałe instrumenty amerykańskiego prawa ochrony konkurencji, w szczególności sekcję 8. Ustawy Clayтона.

iii. Zakazy antykonkurencyjnych porozumień (zmów)

W teorii zakazy antykonkurencyjnych porozumień zawarte w art. 101 TFUE, art. 6 UOKIK oraz sekcji 1. Ustawy Shermana mogą przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym na dwa podstawowe sposoby. Po pierwsze, mogą zniechęcać do tworzenia unii poprzez zwiększanie ryzyka stwierdzenia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy spółkami powiązаныmi unią. Ryzyko to wiąże się przede wszystkim z rolą powiązań personalnych jako okoliczności zwiększającej ryzyko ustalenia istnienia porozumienia lub ustalenia negatywnego wpływu na konkurencję poprzez wymianę informacji. Po drugie, omawiane przepisy mogą ograniczać motywacje do tworzenia unii poprzez zwiększanie ryzyka nałożenia odpowiedzialności na spółkę niebędącą bezpośrednim uczestnikiem antykonkurencyjnego porozumienia, lecz posiadającą z takim uczestnikiem wspólnego członka organu. W tym wypadku znaczenie ma przede wszystkim rola unii personalnych jako relacji sugerującej przynależność spółek do jednego organizmu gospodarczego.

W praktyce znaczenie zakazów porozumień ograniczających konkurencję jako instrumentów mogących służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym jest ograniczone. W prawie amerykańskim unie personalne w rzadkich przypadkach stanowią jedną z okoliczności (ale nie jedyną) wykorzystywaną w procesie dowodzenia istnienia wspólnego działania (porozumienia) pomiędzy dwiema spółkami. W tym zakresie stanowisko wyrażone w amerykańskiej doktrynie, zgodnie z którym w oparciu o fakt istnienia unii personalnej można domniemywać istnienie wspólnego działania nie znajduje poparcia w praktyce sądów i organów²⁸. Orzecznictwo stoi bowiem na stanowisku, że możliwość komunikacji – wynikająca np. z istnienia unii personalnej – nie jest równoznaczna

²⁸ P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Tom VII, New York 2016, s. 275.

z bezpośrednio udowodnioną lub choćby wywiedzioną z innych okoliczności komunikacją, która pozwala na stwierdzenie porozumienia wchodzącego w zakres zakazu z sekcji 1. Ustawy Shermana²⁹. Po drugie, choć członkowie organów, w szczególności dyrektorzy wykonawczy, co do zasady posiadają dostęp do informacji, których wymiana wiąże się z wysokim stopniem ryzyka wywierania negatywnego wpływu na konkurencję, to jednak w praktyce funkcjonowanie unii personalnych jako mechanizmu antykonkurencyjnej wymiany informacji podlegającemu sankcjonowaniu w oparciu o sekcję 1. Ustawy Shermana nie było przedmiotem zainteresowania orzecznictwa. W konsekwencji co do zasady waga unii personalnych jako okoliczności decydującej o zastosowaniu sekcji 1. Ustawy Shermana do konkretnego stanu faktycznego jest stosunkowo niewielka.

Na gruncie prawa amerykańskiego nie istnieje także ogólna zasada, zgodnie z którą spółki-matki miałyby ponosić odpowiedzialność rodzicielską³⁰. Samo istnienie unii personalnych nie ma również decydującego znaczenia z perspektywy przypisania odpowiedzialności spółce posiadającej wspólnych członków organów ze spółką uznaną za bezpośredniego naruszciciela omawianego zakazu. W takich wypadkach konieczne jest dodatkowe wykazanie, że osoby pełniące funkcje członków organów działały w imieniu i na rzecz każdej ze spółek.

W prawie polskim i unijnym co do zasady zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie ma zastosowania do praktyk polegających wyłącznie na utworzeniu unii personalnej. W oparciu o zawartą w rozprawie analizę hipotetycznych stanów faktycznych można stwierdzić, że samo utworzenie unii personalnej w większości przypadków nie stanowi bowiem porozumienia, które mogłoby podlegać omawianemu zakazowi.

Bardziej prawdopodobne może wydawać się zastosowanie zakazu antykonkurencyjnych porozumień do praktyk związanych z funkcjonowaniem unii personalnej. W tym kontekście unie personalne mogą stanowić przede wszystkim mechanizm służący antykonkurencyjnej wymianie informacji. Analiza orzecznictwa przeprowadzona w rozprawie potwierdza, że inne hipotetyczne negatywne skutki dla konkurencji, w szczególności jednostronne skutki polegające na utworzeniu struktury, która tworzy bodźce dla jednej ze spółek uczestniczących w unii personalnej do uwzględniania interesów drugiej strony, nie są objęte zakazem zawierania antykonkurencyjnych porozumień³¹.

²⁹ Zob. np. wyrok sądu apelacyjnego dziesiątego okręgu z 24.02.1984 r. w sprawie Jicarilla Apache Tribe przeciwko Supron Energy Corp., 728 F.2d 1555, 1561 (10th Cir. 1984).

³⁰ C. Koenig, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, „World Competition” 41/2018, s. 70.

W prawie unijnym i polskim istnienie unii personalnych, w szczególności obejmujących członków zarządu czy dyrektorów wykonawczych, teoretycznie mogłoby rodzić wysokie ryzyko uznania za element praktyki naruszającej konkurencję ze względu na cel. Wykonywanie tego typu funkcji wiąże się bowiem z dostępem do szczegółowych informacji o strategicznym charakterze, w tym informacji o zamierzonym zindywidualizowanym przyszłym zachowaniu przedsiębiorcy dotyczącym cen lub ilości. Podobna wymiana jest uznawana za przykład ograniczenia konkurencji ze względu na cel³².

Pomimo tego istnieje szereg argumentów przeczących tezie o istotnym znaczeniu bodźców wynikających z polskiego i unijnego zakazu porozumień, które mogłyby przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym. Po pierwsze, polska i unijna praktyka decyzyjna dotycząca stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję do zachowań obejmujących unie personalne jest uboga. W rzadkich przypadkach gdy unie bywały uznawane za element porozumienia czy uzgodnionej praktyki, powiązania personalne miały drugorzędne znaczenie dla ustalenia naruszenia. W takich wypadkach czynnikami uwzględnianymi przy ocenie czy określona unia personalna stanowiła element naruszenia prawa ochrony konkurencji były kompetencje zaangażowanego w unię członka organu, w tym to czy kompetencje te wiązały się z dostępem do informacji oraz uczestnictwem w procesie decyzyjnym spółki, a także występowanie innych okoliczności ograniczających przepływ informacji takich jak zobowiązania umowne (np. wynikające z umów o zachowaniu poufności) czy wymogi prawne wynikające z innych źródeł prawa aniżeli unijne prawo ochrony konkurencji (np. amerykańskie prawo antymonopolowe).

Przyczyną, dla której w praktyce jest niewiele spraw, w których unie personalne stanowiły element praktyki rozważanej pod kątem polskiego czy unijnego zakazu antykonkurencyjnych porozumień może być nieadekwatność omawianych instrumentów do przeciwdziałania zagrożeniom wynikającym ze zjawiska będącego przedmiotem rozprawy. Głównym zagrożeniem wynikającym z unii personalnych jest bowiem wymiana informacji. W praktyce udowodnienie naruszenia dotyczącego wymiany informacji poprzez unię personalną jest stosunkowo trudne, gdyż wymaga wykazania rzeczywistego przepływu informacji między spółkami. W przypadku wymiany informacji poprzez członka organu

³¹ Zob. też F. Thepot, *The Interaction Between Competition Law and Corporate Governance. Opening the „Black Box”*, Cambridge 2019, s. 103. Por. A. Tzanaki, *The legal treatment of minority shareholdings under EU competition law: Present and future*, [w:] Essays in Honour of Professor Panayiotis I. Kanellopoulos, Sakkoulas Publications, Athens 2015, s. 872-874.

³² Zob. np. Wytoczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, pkt 74 (Dz. U. C 11, 14.1.2011).

zaangażowanego w unię możliwe jest jej dokonanie w sposób w znacznej mierze niewidoczny dla zewnętrznych obserwatorów (np. organu ochrony konkurencji) co utrudnia udowodnienie takiego przepływu i ogranicza ryzyko stwierdzenia naruszenia przez organ lub sąd. Ponadto, kwestią problematyczną jest ustalenie kto jest sprawcą takiego naruszenia. W tym zakresie istnieje kilka możliwości (np. uznanie za sprawców spółek, w których zaangażowani w unię członkowie pełnią swoje funkcje, bądź osoby fizyczne pełniące funkcje w organach tych spółek, a nawet podmioty, które doprowadziły do utworzenia unii personalnej). Obarczanie odpowiedzialnością każdej z tych kategorii podmiotów nie jest pozbawione wad, co również może utrudniać efektywne przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym w analizowanym zakresie.

W prawie unijnym i polskim unie personalne mogą także stanowić okoliczność przemawiającą za uznaniem spółki za bezpośredniego uczestnika porozumienia lub przypisaniem spółce odpowiedzialności na podstawie koncepcji tzw. odpowiedzialności rodzicielskiej. Samo istnienie unii personalnej jest jednak niewystarczające do nałożenia sankcji na spółkę, co również osłabia ewentualne bodźce przeciwdziałające antykonkurencyjnym uniom personalnym.

iv. Zakazy nadużywania pozycji dominującej i monopolizacji

Przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym mogą służyć również zakazy nadużywania pozycji dominującej zawarte w art. 102 TFUE i art. 9 UOKIK. W tym wypadku zakazy te mogą przede wszystkim zniechęcać do tworzenia unii pomiędzy konkurentami, którzy samodzielnie nie posiadają pozycji dominującej, ale połączenie ich potencjałów pozwalałoby na stwierdzenie kolektywnej dominacji. W takim wypadku przeciwdziałanie tworzeniu unii personalnych wynikałoby z chęci uniknięcia przez konkurentów ryzyka wykorzystania przez organ ochrony konkurencji powiązań osobowych jako podstawy do stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej. Zakaz z art. 102 TFUE i art. 9 UOKIK mógłby także teoretycznie zniechęcać do tworzenia unii personalnych łączących dominanta i jego konkurentów, w zakresie w jakim rodziłby ryzyko uznania unii za element nadużycia polegającego na ingerencji w strategię konkurenta lub podejmowanie działań służących osłabieniu jego pozycji. W praktyce znaczenie takiego efektu przeciwdziałającego jest znacznie ograniczone m.in. przez brak rozwiniętej praktyki decyzyjnej w podobnych sprawach, a także potencjalne zastosowanie jedynie do relacji pomiędzy dominantem a jego konkurentami.

Znaczenie amerykańskiego odpowiednika powyższych zakazów jako instrumentu mogącego przeciwdziałać uniom personalnym jest jeszcze mniejsze. Sekcja 2. Ustawy Shermana nie obejmuje swoim zakresem kolektywnej pozycji monopolistycznej, a tworzenie czy funkcjonowanie unii nie było przedmiotem orzecznictwa dotyczącego zakazu monopolizacji. Wyjątkiem są rzadkie przypadki zarzutów zmywy w celu monopolizacji, do których odpowiednie zastosowanie mają przepisy sekcji 1. Ustawy Shermana.

v. Kontrola koncentracji

Analizowane porządki prawne różnią się również jeśli chodzi o możliwość wykorzystania systemów kontroli koncentracji w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym. W prawie amerykańskim znaczenie tego obszaru prawa ochrony konkurencji jest stosunkowo niewielkie. Unie personalne nie stanowią bowiem zdarzenia objętego zakresem nadzoru organów antymonopolowych, a tym samym ich utworzenie i funkcjonowanie nie jest bezpośrednio uzależnione od uzyskania aprobaty organów ochrony konkurencji. Ewentualne bodźce przeciwdziałające tworzeniu unii personalnych mogą wiązać się z rolą powiązań osobowych jako okoliczności uwzględnianej przy ocenie wpływu koncentracji na rynek czy przedwczesnej implementacji koncentracji. Praktyczne znaczenie przepisów dotyczących kontroli koncentracji w tych kontekstach jest jednak ograniczone. W tym pierwszym wypadku wynika to z faktu, iż ewentualne bodźce odnoszą się przede wszystkim do antykonkurencyjnych unii personalnych towarzyszących przejściu udziałów mniejszościowych. Z kolei w tym drugim wypadku istnienie unii personalnych może zostać wykorzystane jako jedynie dodatkowy, a nie podstawowy, argument przemawiający za przedwczesną implementacją koncentracji. Ponadto, ewentualny skutek odstrasżający przedsiębiorców od tworzenia unii personalnych w tym kontekście może nie mieć bezpośredniego związku z pro- lub antykonkurencyjnym charakterem samej unii personalnej.

W prawie unijnym unie personalne jako takie również nie stanowią koncentracji podlegającej nadzorowi Komisji Europejskiej. Mogą jednak być jednym z elementów świadczących o przejściu kontroli – tym samym wpływając na uznanie planów ich utworzenia za element zachowania składającego się na zamiar koncentracji, a ewentualne jej utworzenie bez zgody organu ochrony konkurencji za element zachowania składającego się na przedwczesną implementację koncentracji. Jednakże, fakt, że okoliczności związane z utworzeniem unii personalnej stanowią drugorzędny czynnik dla ustalenia wystąpienia zamiaru koncentracji lub jej przedwczesnej implementacji, znacząco osłabia ewentualny skutek polegający na przeciwdziałaniu zjawisku unii personalnych (niezależnie od ich pro-

czy antykonkurencyjnego charakteru). Uwzględnianie unii personalnych jako okoliczności istotnej z perspektywy oceny kryteriów ilościowych doprecyzowujących obowiązek zgłoszenia również ma bardzo ograniczone znaczenie, przede wszystkim dlatego, że dotyczy unii personalnych pomiędzy spółkami z sektora państwowego. W dotychczasowej praktyce decyzyjnej dotyczącej przedwczesnej implementacji koncentracji unie personalne również nie odgrywały istotniejszej roli, co ogranicza powstanie ewentualnych bodźców przeciwdziałających uniom personalnym w tym obszarze.

W przypadku unijnego prawa dotyczącego kontroli koncentracji ewentualny skutek przeciwdziałający uniom personalnym może wynikać przede wszystkim z roli jaką unie personalne odgrywają w procesie oceny wpływu koncentracji na konkurencję. Przepisy dotyczące kontroli koncentracji mogą realnie przeciwdziałać występowaniu antykonkurencyjnych unii personalnych, gdyż zwiększają prawdopodobieństwo zgłoszenia przez organ ochrony konkurencji zastrzeżeń do koncentracji, których uczestnicy są powiązani uniami personalnymi z innymi podmiotami. W praktyce tego typu skutek występuje przede wszystkim w przypadku unii personalnych łączących jednego z uczestników koncentracji oraz konkurentów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. W tego typu sytuacjach Komisja Europejska w sposób właściwy definiuje istotę zagrożeń związanych z funkcjonowaniem unii personalnych, które wiążą się przede wszystkim z wymianą informacji pomiędzy konkurentami. Takie przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym przez przepisy dotyczące kontroli koncentracji dotyczy tylko sytuacji, w których podmiot powiązany antykonkurencyjną unią dokonuje czynności składających się na koncentrację.

W polskim systemie kontroli koncentracji utworzenie unii personalnych obejmujących większość członków organu zarządzającego jednego z przedsiębiorców („większościowe” unie personalne) jest uznawane za formę przejęcia kontroli stanowiącą koncentrację podlegającą obowiązkowi zgłoszenia i ocenie pod kątem wpływu na konkurencję. Zgodnie z podejściem przyjmowanym obecnie w praktyce przez Prezesa UOKiK osoby fizyczne pełniące funkcje w organach spółki przejmowanej stanowią narzędzie spółki przejmującej do wywierania wpływu na podejmowanie decyzji dotyczących strategii spółki przejmowanej. W konsekwencji zespół norm definiujących koncentrację, przeciwdziałających przedwczesnej implementacji oraz określających zasady oceny koncentracji tworzy stosunkowo silne bodźce przeciwdziałające stosunkowo wąskiej grupie unii personalnych i jest ukierunkowany na ryzyka związane z pełną integracją zarządzania spółek powiązanych uniami personalnymi. W

tym kontekście analiza historyczna przepisów dotyczących kontroli koncentracji począwszy od lat 90. XX w. pokazuje, że obecne podejście jest efektem stopniowej ewolucji. Na początkowym etapie rozwoju współczesnego polskiego prawa ochrony konkurencji kontrola koncentracji w odniesieniu do unii personalnych była raczej ukierunkowana na przeciwdziałanie zagrożeniom związanym z wymianą informacji.

Podejście przyjmowane obecnie przez Prezesa UOKiK sprowadzające do mechanicznego postrzegania osób fizycznych jako narzędzi spółek nie uwzględnia złożonej natury powiązań personalnych. Przykładowo, pomija zupełnie ustalenia wynikające z badań przeprowadzanych na gruncie nauk społecznych, które wskazują, że unie personalne mogą być przynajmniej w niektórych wypadkach przejawem realizacji indywidualnych interesów osób fizycznych zaangażowanych w unię, a nie z interesów spółek (lub podmiotów kontrolujących te spółki). Ponadto, fakt istnienia unii personalnych niekoniecznie stanowi instrument przysługujący jakiegokolwiek podmiotowi (czy też – używając terminologii UOKiK – unie personalne nie stanowią „uprawnienia” rozumianego jako narzędzie służące wywieraniu kontroli).

Podejście przyjmowane przez Prezesa UOKiK prowadzi również do powstania wewnętrznej niespójności prawa ochrony konkurencji w zakresie oceny stanów faktycznych obejmujących unie personalne. Potwierdza to zaprezentowana w rozprawie analiza porównawcza przykładowych stanów faktycznych obejmujących tego typu powiązania. Z analizy tej wynika, że co do zasady większościowe unie personalne mogą być oceniane łagodniej aniżeli pozostałe unie personalne, pomimo tego, że ich potencjalny negatywny wpływ na konkurencję może być większy niż w przypadku pozostałych unii personalnych.

b. Wnioski z analizy zespołów norm w oparciu o metodę badania kosztów społecznych

Mając na uwadze powyższe, w rozprawie dokonałem próby całościowej oceny amerykańskiego, polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji jako zespołów norm służących przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym. Zgodnie z modelem wypracowanym w amerykańskiej nauce prawa i ekonomii konkurencji, ocena instrumentów prawnych ukierunkowanych na ochronę konkurencji powinna dążyć do minimalizacji kosztów społecznych³³. W toku analizy norm należy uwzględniać trzy rodzaje tych kosztów.

³³ Określanym niekiedy jako tzw. „error cost approach”. F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

Po pierwsze, są to koszty wynikające z ograniczenia występowania praktyk, które nie szkodzą konkurencji (tzw. fałszywe pozytywy)³⁴. Po drugie, są to koszty wynikające z braku ograniczenia występowania praktyk, które mają negatywny wpływ na konkurencję (tzw. fałszywe negatywy). Po trzecie, są to koszty związane z działaniem systemu prawnego (tzw. koszty administracyjne)³⁵.

Z tej perspektywy wydaje się, że amerykański model przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym jest najbliższy optymalnemu. Na model ten składa się przede wszystkim sekcja 8. Ustawy Claytona, która charakteryzuje się niskimi kosztami administracyjnymi oraz niskimi kosztami związanymi z występowaniem fałszywych negatywów przy jednoczesnym braku wysokich kosztów związanych z ewentualnym występowaniem fałszywych pozytywów. W przypadku omawianego instrumentu niskie koszty administracyjne wynikają ze stosunkowo prostej konstrukcji przepisu i braku konieczności każdorazowego analizowania wpływu unii personalnych na konkurencję. Jednocześnie, zakres tego instrumentu – obejmujący unie personalne między konkurentami, które cechują się najwyższym ryzykiem negatywnego wpływu na konkurencję – w dużym stopniu ogranicza pole do powstania ewentualnych kosztów związanych z fałszywymi negatywami. Ryzyko powstania tych kosztów jest w dalszym stopniu ograniczane przez pozostałe przepisy amerykańskiego prawa ochrony konkurencji, w szczególności sekcję 5. Ustawy o Federalnej Komisji Handlu (która może mieć zastosowanie do antykonkurencyjnych unii personalnych innych niż objęte sekcją 8. Ustawy Claytona) czy przepisy dotyczące kontroli koncentracji (które ograniczają unie personalne towarzyszące tzw. koncentracjom częściowym). Pozostałe przepisy amerykańskiego prawa ochrony konkurencji mają stosunkowo niewielkie znaczenie jako instrument przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym.

Sekcja 8. Ustawy Claytona może rodzić ryzyko powstania kosztów fałszywych pozytywów wynikające z zakazania funkcjonowania unii personalnych łączących

³⁴ Reprezentanci tzw. konserwatywnych środowisk w amerykańskiej doktrynie uznawali unikanie tego typu kosztów jako priorytet. Ich zdaniem tego typu koszty mogą zostać ograniczone przez mechanizm rynkowy. Zob. F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63/1984; G. Manne, J. Wright, *Innovation and the Limits of Antitrust*. George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-54, Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-26. Skuteczność takiego mechanizmu korygującego jest jednak kwestionowane w doktrynie: J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n.

³⁵ Niektórzy autorzy określają tę kategorię jako koszty transakcyjne. Zob. J. J. Baker, *Taking the Error out of the „Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 80/2015, s. 5 i n. Kategoria kosztów administracyjnych wykracza poza koszty bezpośrednio związane z prowadzeniem postępowań. Obejmuje również m.in. koszty związane z niepewnością co do treści norm powstające po stronie potencjalnych powodów w sprawach dotyczących możliwych naruszeń i podmiotów rozstrzygających spory w tym zakresie.

konkurentów w sytuacji braku wystarczającego zasobu odpowiednio wykwalifikowanej kadry zarządczej. Jednakże, ryzyko to powstaje głównie w perspektywie krótkoterminowej. W dłuższym terminie sekcja 8. Ustawy Clayтона może bowiem tworzyć bodźce do inwestycji w zasób umiejętności technicznych i zarządczych.

Unijne prawo ochrony konkurencji nie zawiera instrumentów ukierunkowanych wprost na przeciwdziałanie antykonkurencyjnym uniom personalnym. Pomimo tego, każdy z podstawowych instrumentów unijnego prawa ochrony konkurencji może w ograniczonym zakresie przeciwdziałać antykonkurencyjnym uniom personalnym. Jednakże, stosowanie tych instrumentów wiąże się ze stosunkowo wysokimi kosztami fałszywych negatywów. W przypadku zakazu antykonkurencyjnych porozumień koszty te wynikają przede wszystkim z unii personalnych, co do których trudno jednoznacznie udowodnić istnienie porozumienia. W przypadku zakazu nadużywania pozycji dominującej koszty te wynikają głównie z unii personalnych łączących spółki nie posiadające potencjału pozwalającego na ustalenie kolektywnej pozycji dominującej. W przypadku kontroli koncentracji koszty te są wynikiem unii personalnych, które funkcjonują w oderwaniu od zdarzeń stanowiących koncentracje w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004³⁶. Stosowanie do unii personalnych każdego z tych instrumentów unijnego prawa ochrony konkurencji wiąże się także z wyższymi kosztami administracyjnymi aniżeli w przypadku sekcji 8. Ustawy Clayтона. Jednocześnie, wysokie koszty fałszywych negatywów i koszty administracyjne nie są kompensowane odpowiednio niższymi kosztami fałszywych pozytywów.

W polskim prawie ochrony konkurencji podstawowym instrumentem służącym przeciwdziałaniu większościowym antykonkurencyjnym uniom personalnym jest kontrola koncentracji³⁷. Utworzenie większościowych unii personalnych stanowi koncentrację, na dokonanie której konieczne jest uzyskanie uprzedniej zgody Prezesa UOKiK. Takie podejście z jednej strony może zmniejszyć koszty związane z fałszywymi negatywami w zakresie tego typu unii. Z drugiej strony, rodzi to ryzyko kosztów związanych z fałszywymi pozytywami, gdyż może tworzyć bodźce przeciwdziałające tworzeniu się unii personalnych, które mają prokonkurencyjny charakter. Ponadto, podejście to skutkuje wewnętrzną niespójnością polskiego systemu ochrony konkurencji przy jednoczesnym zwiększeniu kosztów administracyjnych.

³⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. L 024, 29.01.2004).

³⁷ W przypadku przeciwdziałania uniom personalnym innym niż większościowe, różnice pomiędzy polskim i unijnym prawem ochrony konkurencji są na tyle niewielkie, że odpowiednie zastosowanie mają wnioski z analizy kosztów społecznych dotyczącej instrumentów prawa unijnego.

Źródłem omawianych problemów w polskim prawie ochrony konkurencji jest przyjmowana przez Prezesa UOKiK interpretacja art. 4 pkt 4 lit. c) UOKiK. Prezes UOKiK w praktyce decyzyjnej dotyczącej tego przepisu przyjmuje, że osoby pełniące funkcję w organach spółki automatycznie stanowią narzędzie (instrument) za pośrednictwem którego spółka może wywierać decydujący wpływ na inną spółkę ustanawiając określone rodzaje unii personalnych z wykorzystaniem tych osób fizycznych. *De lege ferenda* należy postulować wykreślenie tego przepisu lub zmianę jego wykładni w duchu zgodnym z pojęciem kontroli przyjętym w prawie unijnym.

Ponadto, zasadne jest rozważenie przez prawodawców wprowadzenia do polskiego i unijnego porządku prawnego instrumentu podobnego do sekcji 8. Ustawy Clayтона. Ewentualna implementacja takiego instrumentu powinna jednak uwzględniać problemy wynikające z jego stosowania w prawie amerykańskim, w tym problemy dotyczące sankcji za jego naruszenie³⁸.

W przypadku prawa amerykańskiego zasadne jest postulowanie zmiany sekcji 8. Ustawy Clayтона skutkujących zwiększeniem ryzyka nałożenia na naruszcycieli dotkliwych sankcji. Zmiana taka mogłaby polegać na przyznaniu organom ochrony konkurencji lub sądom kompetencji do nakładania sankcji karnych³⁹ lub administracyjnych kar finansowych. Dalszej poprawie w zakresie skuteczności przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym mogłoby służyć również zwiększenie aktywności organów ochrony konkurencji w sprawach dotyczących naruszeń sekcji 8. Ustawy Clayтона.

Podsumowując, analiza przeprowadzona przeze mnie w rozprawie potwierdza tezę, zgodnie z którą instrumenty prawne obecne w każdym z analizowanych porządków mogą służyć przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym uniom personalnym; jednakże prawo amerykańskie – poprzez posiadanie instrumentu prawnego skierowanego wprost przeciwko uniom personalnym między konkurentami – czyni to w szerszym zakresie. Amerykański model przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym wydaje się również bliższy optymalnemu z perspektywy analizy kosztów społecznych. W przypadku prawa polskiego czy unijnego przepisy dotyczące zakazów porozumień, nadużywania pozycji dominującej czy kontroli koncentracji mogą przeciwdziałać niektórym uniom personalnym, jednakże, każdy z tych instrumentów podlega istotnym ograniczeniom. Jednocześnie, zasadniczo polski i unijny

³⁸ S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1141 i n.

³⁹ Takie rozwiązanie proponuje S. Rakib. Zob. S. Rakib, *Inter(lock)down: The Need for Stricter Enforcement of Section 8 of the Clayton Act*, „Cardozo Law Review” 41/2020, s. 1141 i n.

model przeciwdziałania antykonkurencyjnym uniom personalnym wiąże się z wyższymi kosztami społecznymi w porównaniu do modelu przyjętego w prawie amerykańskim. Ponadto, podejście do unii personalnych przyjmowane w praktyce przez polski organ ochrony konkurencji może powodować powstanie wewnętrznej niespójności prawa ochrony konkurencji.