

Ekspertyza naukowa:

**Pojęcie podmiotów zależnych i grupy kapitałowej  
w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,  
z uwzględnieniem treści art. 99 ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r.  
Prawo farmaceutyczne.**

**Spis treści:**

*Streszczenie*

1. Wprowadzenie
- II. Kontrola w prawie ochrony konkurencji i konsumentów
  1. Uwagi wstępne
  2. Kontrola w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów
    - 2.1. Uwagi ogólne
    - 2.2. Wymienione przykładowo uprawnienia, których posiadanie stanowi podstawę kontroli
    - 2.3. Inne uprawnienia, których posiadanie stanowi podstawę kontroli
    - 2.4. Dodatkowe dyrektywy badania i stwierdzania „decydującego wpływu”
    - 2.5. Kontrola wyłączna i wspólna; kontrola pozytywna i negatywna; kontrola powstała bez udziału podmiotu dominującego
    - 2.6. Kontrola bezpośrednia lub pośrednia
- III. Podmioty zależne
- IV. Grupa kapitałowa
- V. Podsumowanie i wnioski

## *Streszczenie:*

1. „Podmiotem kontrolującym” (przedsiębiorcą dominującym), w tym leaderem grupy kapitałowej, jest podmiot (przedsiębiorca), który dysponuje uprawnieniami, które w określonych okolicznościach osobno lub łącznie umożliwiają mu wywieranie „decydującego wpływu” na inne podmioty (na innych przedsiębiorców) niezależnie od tego, czy je po prostu kontroluje, czy należą one (wraz z nim) do określonej „grupy kapitałowej”. Brak owego „decydującego wpływu” jednego podmiotu **nad** drugim (innymi), czyli brak relacji kontroli czy dominacji/zależności między określonymi podmiotami, eliminuje całkowicie możliwość skorzystania z przepisów punktów 2 i 3 ustępu 3 artykułu 99 Prawa farmaceutycznego.

2. „Podmiotami kontrolowanymi” („przedsiębiorcami dominującymi”) są zatem **podmioty (przedsiębiorcy), na które może być wywierany (przez podmiot kontrolujący/dominujący) „decydujący wpływ” przez wykonywanie przysługujących temu podmiotowi uprawnień.** Nie ulega więc żadnej wątpliwości, że pojęcie „podmiot kontrolowany” (nie występujące wprost w przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów) i pojęcie „podmiot zależny”, występujące wprost w części art. 4 pkt 4 uokik, są pojęciami tożsamymi.

3. **Kontrola („decydujący wpływ”) może być sprawowana** (realizowana) przez podmiot kontrolujący **bezpośrednio** (bez pośrednictwa innych podmiotów) **lub pośrednio** (za pośrednictwem innych podmiotów). Podmioty kontrolowane (podmioty zależne) mogą zatem być poddane bezpośredniej lub pośredniej kontroli (zależności). Inaczej mówiąc, także **poddanie (podleganie) kontroli i zależności bezpośredniej lub pośredniej jest prawnie i faktycznie tożsame.** U ich podstaw leżą te same „powiązania lub aktywności”, czy – juretycznie bardziej precyzyjnie – „uprawnienia”.

4. **Nie ma żadnych wątpliwości, że „grupa kapitałowa” obejmuje zarówno przedsiębiorców kontrolowanych przez jednego przedsiębiorcę, jak i tego przedsiębiorcę kontrolującego innych przedsiębiorców** (w art. 4 pkt 3 uokik zwanego „przedsiębiorcą dominującym”). Także w tym przypadku istotą zaliczenia przedsiębiorców do grupy

kapitałowej jest istnienie między nimi relacji „kontroli” (jej sprawowania lub podlegania niej). Także o zaliczeniu do grupy kapitałowej decydują więc tego samego rodzaju powiązania, które umożliwiają kontrolę, a zatem uprawnienia, które umożliwiają wywieranie przez jednego przedsiębiorcę nad drugim (innymi) „decydującego wpływu”.

**5. Tym, co różni „grupę kapitałową” od poszczególnych (každorazowych) relacji kontrolnych (relacji dominacji/zależności) między różnymi podmiotami jest jej kontekst formalny (wielość podmiotów kontrolowanych przez jednego przedsiębiorcę, zaliczanego do tej grupy). W sensie materialnym różnic takich nie ma, albowiem w obu przypadkach mamy do czynienia z pewną ilością „podmiotów powiązanych” relacjami kontrolnymi.**

**6. Powiązania te występują przede wszystkim w obszarze dysponowania – bezpośrednio lub pośrednio – większością głosów we władzach spółek kapitałowych, osobowych spółek lub spółdzielni zależnych i innych przedsiębiorców oraz uprawnień do powoływania lub odwoływania większości członków władz spółek i innych przedsiębiorców lub pokrywania się w większości składu członków władz spółek.** Rzadziej relacje kontroli/zależności przejawiają się w obszarze dysponowania całością lub częścią mienia innego przedsiębiorcy. Często natomiast u ich podstaw leżą umowy o zarządzanie czy partycypację w zyskach, albo inne umowy między przedsiębiorcami, umożliwiające wywieranie przez jedne podmioty (podmioty dominujące) „decydującego wpływu” nad innymi podmiotami (podmiotami zależnymi) w drodze współdziałania w sprawach strategicznych lub blokowania najistotniejszych decyzji podmiotów zależnych.

## I. Wprowadzenie

1. Niniejsza Ekspertyza została sporządzona **na zlecenie Okręgowej Izby Aptekarskiej w Warszawie**. Zleceniodawca wyraźnie sformułował pytania, na które jej wykonawca – **Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS)**<sup>1</sup> Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – powinien odpowiedzieć.

2. Zleceniobiorcy zostały mianowicie postawione następujące **pytania dotyczące interpretacji art. 99 Prawa Farmaceutycznego**:

1. W jaki sposób może być realizowana bezpośrednia lub pośrednia kontrola nad podmiotami?

2. Czym są podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów?

3. Jakiego rodzaju powiązania lub aktywności mogą decydować o uznaniu podmiotu za podmiot zależny?

4. Czym jest grupa kapitałowa w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów?

5. Jakiego rodzaju powiązania decydują o uznaniu grupy podmiotów za grupę kapitałową?

6. Na czym polegają różnice pomiędzy grupą kapitałową a grupą składającą się z podmiotu kontrolującego i podmiotów kontrolowanych pośrednio lub bezpośrednio lub podmiotów zależnych?

3. Z tytułu Ekspertyzy i z ww. pytań wynika jednoznacznie, że:

a) u ich podstaw leży **worzec normatywny zawarty w art. 99** ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne<sup>2</sup>;

b) punktem odniesienia rozważań będą wyłącznie **przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**<sup>3</sup>.

4. Będąca przedmiotem Ekspertyzy interpretacja wzorca normatywnego zawartego w **art. 99 Prawa farmaceutycznego z 2001 r.**<sup>4</sup> została ograniczona przez Zleceniodawcę formalnie (w

---

<sup>1</sup> Szerzej o CARS zob. na stronie [www.wz.uw.edu.pl](http://www.wz.uw.edu.pl).

<sup>2</sup> T. jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.; dalej Prawo farmaceutyczne z 2001 r.

<sup>3</sup> Dz.U. Nr 50 poz. 331 z późn. zm.; dalej: uokik.

<sup>4</sup> Art. 99 Prawa farmaceutycznego z 2001 r. w aktualnym brzmieniu stanowi:

1. Apteka ogólnodostępna może być prowadzona tylko na podstawie uzyskanego zezwolenia na prowadzenie apteki.

2. Udzielenie, odmowa udzielenia, zmiana, cofnięcie lub stwierdzenie wygaśnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki należy do wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego.

3. Zezwolenia, o którym mowa w ust. 1, nie wydaje się, jeżeli podmiot ubiegający się o zezwolenie:

1) prowadzi lub wystąpił z wnioskiem o wydanie zezwolenia na prowadzenie obrotu hurtowego produktami leczniczymi lub

tytule Ekspertyzy) do **ust. 3**, a w rzeczywistości (w postawionych pytaniach) do **pkt 2 i 3** tego ustępu, jako że tylko w tych punktach znajdują się pojęcia, których interpretacja ma znaczenie z punktu widzenia tego elementu wzorca normatywnego **art. 99 Prawa farmaceutycznego**. Przypomnijmy w dużym skrócie, że artykuł ten ustawowo **zakazuje wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu** (ust. 2 i ust. 3 zd. pierwsze) **wydania określonemu podmiotowi** (ust. 3 zd. pierwsze oraz ust. 4-6) **zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej** (które to zezwolenie jest ustawowo wymagane dla prowadzenia apteki; ust. 1) **w sytuacji, gdy podmiot ubiegający się o prowadzenie apteki sam prowadzi już na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych lub podmioty przez niego kontrolowane prowadzą łącznie więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych na terenie województwa** (ust. 3 pkt 2), **albo jest członkiem grupy kapitałowej, której członkowie prowadzą na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych** (ust. 3 pkt 3).

**5.** Niezależnie od powyższych rozważań, mogących stanowić przedmiot odrębnej opinii, wzorzec normatywny art. 99 ust. 3 pkt 2 i 3 Prawa farmaceutycznego nie może być określony wyłącznie na gruncie ww. przepisów Prawa farmaceutycznego, gdyż **ustawodawca nie zdefiniował** w nich (ani w innych przepisach tej ustawy) kluczowych dla istoty tego wzorca kategorii podmiotów, a mianowicie „**podmiotów kontrolowanych**”, „**podmiotów zależnych**” i „**podmiotów będących członkami grupy kapitałowej**”. Ustawodawca jednoznacznie odesłał w tym zakresie do „przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”, nie wskazując jednakże, o jakie konkretne przepisy chodzi. Nie ulega jednak wątpliwości, że chodzi o odpowiednie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przepisy wykonawcze do tej ustawy, o ile takie zostaną wydane, a także o akty polityki administracyjnej oraz praktykę decyzyjną Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK).

**6.** Odesłanie to rodzi trudności interpretacyjne już choćby dlatego, że **ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie definiuje wprost** (w słowniczku ustawowym) **kategorii**

---

2) prowadzi na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych albo podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzą łącznie więcej niż 1% aptek na terenie województwa;

3) jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych.

4. Prawo do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki posiada osoba fizyczna, osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego.

4a. Podmiot prowadzący aptekę jest obowiązany zatrudnić osobę odpowiedzialną za prowadzenie apteki, o której mowa w art. 88 ust. 2, dającą rękojmię należytego prowadzenia apteki.

4b. W przypadku gdy występującym o zezwolenie na prowadzenie apteki *jest lekarz lub lekarz stomatolog 17)*, zezwolenie wydaje się, jeżeli występujący przedstawi oświadczenie o niewykonywaniu zawodu lekarza.

5. (uchylony).

6. Przepis ust. 4a nie dotyczy farmaceuty posiadającego uprawnienia, o których mowa w art. 88 ust. 2.

„podmiotów kontrolowanych” i „podmiotów zależnych”. Zawiera natomiast **definicję „przedsiębiorcy dominującego”** (art. 4 pkt 3). Wprost **definiuje też kategorię grupy kapitałowej** (art. 4 pkt 14). Dla określenia istoty relacji między podmiotami powiązаныmi więziami kontroli czy dominacji i zależności na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kluczowe znaczenie ma **legalna definicja „przejęcia kontroli”** (art. 4 pkt 4), do której zresztą odwołuje się przepis definiujący kategorię „przedsiębiorcy dominującego” (art. 4 pkt 3); odwołania takiego nie ma jednak w definicji „grupy kapitałowej”, chociaż jej materialnym elementem jest także zachodząca między jej członkami relacja „kontrolowania” (art. 4 pkt 4).

7. Należy zaznaczyć, że odesłanie to nie rodzi raczej trudności i wątpliwości związanych z tym, że Prawo farmaceutyczne nie posługuje się – właściwym dla przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów – pojęciem przedsiębiorcy. Podmiot prowadzący aptekę – jako osoba fizyczna, osoba prawna lub niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego (art. 99 ust. 4 Prawa farmaceutycznego) – może być bowiem uznany za przedsiębiorcę w świetle przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 pkt 1 uokik). W niniejszej Ekspertyzie pojęcia „podmiotu” (ubiegającego się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej czy prowadzącego aptekę ogólnodostępną) i „przedsiębiorcy” (prowadzącego działalność polegającą na detalicznej sprzedaży produktów leczniczych) będą traktowane jako tożsame.

8. Z istoty wzorca normatywnego zawartego w art. 99 Prawa farmaceutycznego wynika też wprost, że **interpretacja** użytych w nim **pojęć** „podmiotu kontrolowanego”, „podmiotu zależnego” i „grupy kapitałowej” jest przede wszystkim **obowiązkiem wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego**. To on musi odmówić udzielenia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, jeżeli z wniosku ubiegającego się o zezwolenie oraz wyników postępowania dowodowego w zakresie istnienia czy powstania relacji kontroli czy dominacji i zależności między podmiotem ubiegającym się o zezwolenie a „podmiotami przez niego kontrolowanymi”, „podmiotami od niego uzależnionymi” lub „podmiotami należącymi do grupy kapitałowej”, której jest członkiem, wynika że relacje takie istnieją lub powstaną. Na organie tym leży ciężar dowodu także wtedy, gdy udziela zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

9. Z powyższych refleksji wprowadzających wynika, że dla udzielenia odpowiedzi na postawione przez Zleceniodawcę pytania trzeba najpierw poddać szczegółowej analizie materialno-prawną kategorię kontroli w prawie ochrony konkurencji i konsumentów (II). W drugiej kolejności interpretacji poddane zostaną kategorię „podmiotu zależnego” (III) i

„grupy kapitałowej” (IV). Ekspertyzę zakończą „Podsumowanie i wnioski” (V), w których zostaną formułowane precyzyjne odpowiedzi na postawione Ekspertyzie pytania.

## II. Kontrola w prawie ochrony konkurencji i konsumentów

### 1. Uwagi wstępne

1. *Ratio legis* art. 99 ust. 3 Prawa farmaceutycznego można sprowadzić do twierdzenia, że ustawodawca chciał w ten sposób **nie dopuścić do koncentracji** sektora dystrybucji<sup>5</sup> produktów leczniczych ponad poziom, w którym „w jednym ręku” na terenie każdego województwa znajdowało by się więcej niż **1% aptek ogólnodostępnych**<sup>6</sup>. Można wszakże wątpić, czy efekt ten da się osiągnąć na gruncie przepisów art. 99 ust. 2 pkt 2 i 3 Prawa farmaceutycznego, skoro nie zakazuje on wyraźnie samego posiadania ponad 1% aptek ogólnodostępnych na terenie województwa.

2. Co więcej, ustawodawca nie wykazał się konsekwencją nawet tego rozwiązania. Z jednej strony bowiem przy określeniu materialnych przesłanek zakazu udzielania (nowych) zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych (owego pozostawiania aptek „w jednym ręku”) odesłał do przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, przy czym dopuszczalny próg koncentracji w tym sektorze określił przy pomocy kryterium podmiotowego (ilościowego), którego przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów nie znają; na gruncie tych przepisów ochronie przed nadmierną koncentracją na rynkach właściwych służy jakościowe kryterium władzy rynkowej, wynikającej nie z ilości uczestników rynku, lecz przede wszystkim z wielkości udziału w tym rynku, mierzonego wielkością sprzedaży.

3. Jest charakterystyczne, że ustawodawca przesądził w art. 99 ust. 3 pkt 2 Prawa farmaceutycznego, że przesłankę prowadzenia ponad 1% aptek ogólnodostępnych na terenie województwa może spełniać jeden podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie nowej apteki ogólnodostępnej. Takiemu podmiotowi wojewódzki inspektor farmaceutyczny nie może wydać zezwolenia na prowadzenie kolejnej apteki ogólnodostępnej. Taki stan faktyczny nie rodzi żadnych wątpliwości czy problemów w świetle art. 99 ust. 3 pkt 2 wiersz pierwszy.

4. Przepis ten reguluje jednak także sytuację, w której podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej jest podmiotem kontrolującym inne podmioty, prowadzące łącznie więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych. Również takiemu podmiotowi

---

<sup>5</sup> Z art. 99 ust. 3 pkt 1 Prawa farmaceutycznego wynika, że ustawodawca chce także nie dopuścić do łączenia dystrybucji detalicznej z hurtową; nie jest to jednak przedmiotem Ekspertyzy.

<sup>6</sup> Oznacza to, że „w jednym ręku” może znajdować się maksimum 16% aptek ogólnodostępnych w skali kraju.

wojewódzki inspektor farmaceutyczny nie może wydać zezwolenia na prowadzenie kolejnej apteki ogólnodostępnej. Żeby odmówić wydania takiego zezwolenia musi on więc najpierw w postępowaniu administracyjnym zidentyfikować wszystkie „podmioty kontrolowane” przez podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

5. Zgodnie z jednoznacznie wyrażoną wolą ustawodawcy, do podmiotów tych można zaliczyć wyłącznie „podmioty kontrolowane w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”. Problem jednak w tym, że przepisy te **nie zawierają legalnej definicji „podmiotów kontrolowanych”**. Jednakże, z legalnej definicji „przedsiębiorcy dominującego” (art. 4 pkt 3) można wywieść, że także twórca ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje istnienie „podmiotu kontrolującego” (przedsiębiorcy „posiadającego kontrolę”)<sup>7</sup> i „podmiotu kontrolowanego” (przedsiębiorcy, nad którym przedsiębiorca „posiada kontrolę”). Ustawodawca utożsamiał więc **pojęcia „przedsiębiorcy (podmiotu) dominującego” i „przedsiębiorcy (podmiotu) kontrolującego”**. Także w niniejszej Ekspertyzie pojęcia te będą traktowane jako **tożsame**.

6. Podobnie trzeba podejść do wyjaśnienia kategorii „podmiotów zależnych”, wyróżnionych w art. 99 ust. 3 pkt 1 Prawa farmaceutycznego, jako szczególnej postaci („w szczególności”) „podmiotów kontrolowanych” („podmiotów przez niego [tj. przez podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie kolejnej apteki ogólnodostępnej] kontrolowanych”). Także jednak te podmioty („podmioty zależne”) winny być rozumiane w świetle „przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”. Problem w tym, że przepisy te nie definiują wprost pojęcia „podmiotów zależnych”. Łatwo jednak zauważyć, że w art. 4 pkt 4 uokik posługują się wielokrotnie pojęciem „przedsiębiorcy zależnego” wtedy, kiedy wymieniają uprawnienia rodzące „decydujący wpływ” jako istotę kontroli. W tej sytuacji trzeba przyjąć, że **„podmioty kontrolowane” i „podmioty zależne”** („przedsiębiorcy zależni”) mają **te same desygnaty**. W żadnym razie w prawie ochrony konkurencji „podmioty zależne” nie są tylko jedną z postaci „podmiotów kontrolowanych”. Także w niniejszej Ekspertyzie pojęcia **te** będą traktowane jako **tożsame**.

7. Reasumując trzeba stwierdzić, że w świetle „przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów” relacje kontroli czy dominacji i zależności wyrażane są parą pojęć: **„przedsiębiorca dominujący” – „przedsiębiorcy zależni”**. Jest to relacja tożsama z parą pojęć **„podmiot kontrolujący” – „podmioty zależne”**, występującą na gruncie art. 99 ust. 3

---

<sup>7</sup> Tak i szerzej zob. M. Będkowski-Kozioł, w: T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Redaktor naukowy prof. dr hab. T. Skoczny [dalej: Skoczny, *Komentarz OKiKU*], wyd. 2, Warszawa 2014, kom. do art. 4, Nb 126-127, s. 109.



Prawa farmaceutycznego. Różnice semantyczne pomiędzy oboma ustawami nie powinny prowadzić do wniosku, że terminy występujące w Prawie farmaceutycznym posiadają inne desygnaty pojęciowe niż synonimiczne terminy występujące w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Powyższe wnioski prowadziłyby do wykładni będącej zaprzeczeniem założonej funkcji normy art. 99 ust. 3 pkt 2-3 Prawa farmaceutycznego, która polega na ograniczeniu nadmiernej koncentracji na rynku detalicznej sprzedaży produktów leczniczych<sup>8</sup>. Taki sam cel przeciwdziałania nadmiernej koncentracji ma też ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Prawo farmaceutyczne, z powodu specyfiki rynku detalicznej sprzedaży leków, określa jednak **niższy próg** dopuszczalnej koncentracji siły rynkowej, niż czyni to ustawodawstwo antymonopolowe. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów jest też bardziej „wyrafinowana”, jeżeli chodzi o określenie rynku, na którym badany jest poziom koncentracji. Na gruncie tej ustawy definicja rynku właściwego zależy m.in. od postaw popytowych klientów i barier podażowych<sup>9</sup>, natomiast w świetle Prawa farmaceutycznego poziom koncentracji jest odnoszony zawsze do terytorium jednego województwa<sup>10</sup>.

**8.** Na marginesie (*de lege ferenda*) można postawić pytanie, czy – skoro analizowane przepisy Prawa farmaceutycznego oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mają taki sam cel, którym jest zapobieżenie nadmiernej koncentracji rynkowej – próg prowadzenia „ponad 1% aptek ogólnodostępnych” nie powinien być obliczany analogicznie, jak ma to miejsce na gruncie prawa antymonopolowego? Czy analiza przekroczenia tego progu nie powinna polegać na obliczeniu procentu przychodów aptek należących do grupy kapitałowej, „ubiegającej się” o uzyskanie zezwolenia, w sumie przychodów wszystkich aptek prowadzących działalność na terytorium danego województwa? Ta metoda powinna być chyba preferowana, ponieważ lepiej oddaje ona rzeczywisty stan siły rynkowej aptek prowadzących działalność na terytorium danego województwa.

---

<sup>8</sup> Zob. np. M. Karemba, w: M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne*, Komentarz, ABC 2009, baza LEX, pkt 99.2.4; M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne*, 2 wydanie, Wolters Kluwer 2012, s. 404; P. Kieszowska, N. Łojko, *Aptekarska koncentracja*, Rzeczpospolita z 13 grudnia 2004 r.

<sup>9</sup> Np. w decyzji nr DKK – 128/2011 z 27.10.2011 r. Prezes UOKiK uznał, że rynek detalicznej sprzedaży wyrobów farmaceutycznych ma wymiar lokalny i jest ograniczony promieniem 1 km od badanej apteki. Decyzja dostępna na [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>10</sup> Należy w tym miejscu zaznaczyć, że kryteria antykoncentracyjne zawarte w Prawie farmaceutycznym nie uchylają stosowania kryteriów antykoncentracyjnych ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, lecz je dopełniają – dla rynku aptek ogólnodostępnych. Takie samo stanowisko zajęło Ministerstwo Zdrowia. Zob. Odpowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia na interpelację nr 7885 w sprawie antykoncentracyjnych przepisów Prawa farmaceutycznego w kontekście dokonywanych i planowanych zakupów Polskiej Grupy Farmaceutycznej, zob. <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ4.nsf/main/600ABF81>.

9. W każdym jednak wypadku materialno-prawną istotą relacji opisanych zarówno w Prawie farmaceutycznym, jak i w prawie antymonopolowym jest „kontrola”, której rozumienie w przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów wynika z legalnej definicji „przejęcia kontroli” w art. 4 pkt 4 uokik. Dlatego istotcie i rodzajom kontroli poświęcona jest największa część niniejszej Ekspertyzy.

## 2. Kontrola w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów

### 2.1. Uwagi ogólne

1. Pojęcie kontroli występuje wprawdzie w przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów w różnych znaczeniach<sup>11</sup>, ale nie ulega wątpliwości, że dla zdefiniowania „przedsiębiorców dominujących” (podmiotów kontrolujących) oraz „przedsiębiorców zależnych” („podmiotów zależnych”) może chodzić tylko o **kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r.**<sup>12</sup>, zawartego w słowniczku pojęć legalnych tej ustawy.

2. Trzeba zauważyć na wstępie, że – formalnie rzecz biorąc – przepis ten **definiuje pojęcie „przejęcia kontroli”, a nie „kontroli”** (czyli nie dokonuje – literalnie – rozróżnienia na „posiadanie kontroli i „przejęcie kontroli”<sup>13</sup>), czym polskie prawo o ochronie konkurencji i konsumentów różni się od rozwiązań przyjętych w prawie konkurencji Unii Europejskiej (UE)<sup>14</sup>. Polskie rozwiązanie jest krytykowane przede wszystkim dlatego, że pojęcie „przejęcia kontroli” jest użyte w ustawie tylko raz na oznaczenie stanu faktycznego koncentracji polegającej na „przejęciu kontroli” (w znaczeniu „uzyskania” przez przedsiębiorcę kontroli nad innym przedsiębiorcą)<sup>15</sup>. Doktryna jednoznacznie uznaje jednak, że zawarta w art. 4 pkt 4 uokik **definicja „przejęcia kontroli” może też być rozumiana w znaczeniu „posiadania” kontroli jednego przedsiębiorcy nad innym** (kontroli jako stanu relacji między przedsiębiorcami). Wynika to wprost z legalnej definicji „przedsiębiorcy dominującego”, którym jest przedsiębiorca, który **„posiada kontrolę w rozumieniu [art. 4] pkt 3”** uokik<sup>16</sup>; mimo użycia liczby pojedynczej, kontrolę może posiadać nie tylko jeden przedsiębiorca

---

<sup>11</sup> Np. także w znaczeniu inspekcji dokonywanej przez pracowników UOKiK u przedsiębiorców (art. 105a-105q uokik).

<sup>12</sup> Definicja ta wyznacza *de facto* zakres pojęciowy „przedsiębiorcy dominującego” i „grupy kapitałowej”. Tak wprost M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz UOKiK*, kom. do art. 4 pkt 4 uokik, Nb 152, s. 115.

<sup>13</sup> Tamże, Nb 153, s. 116.

<sup>14</sup> W szczególności w art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE 2004 L 24/1/).

<sup>15</sup> Zob. A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa UOKiK z 2007 r.: Krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, PUG 2007, Nr 5. Zob. także: M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 3, Nb128 i 130, s. 109-110; K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* [dalej: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*], wyd. 2, Warszawa 2014, s. 138 i 141-142.

<sup>16</sup> Z punktu widzenia niniejszej Ekspertyzy nie ma zatem żadnej różnicy między pojęciami „przedsiębiorca dominujący” a „podmiot kontrolujący”.

(kontrola bezpośrednia), ale także wielu (kontrola wspólna)<sup>17</sup>. Rozróżnienie „kontrol” (jako stanu) i „przejęcia kontroli” (jako procesu) znajduje swoje potwierdzenie w art. 19 ust. 2 pkt 2 uokik, który przewiduje możliwość nałożenia warunku polegającego na „wyzbyciu się kontroli”<sup>18</sup>. Nie ma wątpliwości, że do takiego właśnie rozumienia „kontrol” (*de facto* „posiadania kontroli”) **jako materialno-prawnej przesłanki relacji między jednym podmiotem** (ubiegającym się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej) **a innymi podmiotami** (już prowadzącymi apteki ogólnodostępne) odnosi się odesłanie zawarte w art. 99 ust. 3 pkt 3 Prawa farmaceutycznego.

3. Należy w tym miejscu zauważyć (choć nie jest przedmiotem niniejszej Ekspertyzy), że przedsiębiorcy działający na rynku detalicznej sprzedaży produktów leczniczych podlegają przepisom o ochronie konkurencji i konsumentów także wprost m.in. wtedy, gdy zamierzają dokonać koncentracji polegającej na „przejęciu kontroli”, o której mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik. Zamiar dokonania „przejęcia kontroli” jest wtedy przesłanką jurysdykcyjną wszczęcia postępowania antymonopolowego, którego celem jest stwierdzenie, czy zamierzone „przejęcie kontroli” spowoduje istotne ograniczenie konkurencji, a w konsekwencji winno być zakazane (art. 20 ust. 1 uokik), czy nie, a w konsekwencji Prezes UOKiK powinien wyrazić na nie zgodę bezwarunkową (art. 18 uokik), warunkową (art. 18 uokik) lub nadzwyczajną (art. 20 ust. 2 uokik). Koncentracje takie były przedmiotem postępowań i oceny antymonopolowej<sup>19</sup>.

4. Przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów, do których odwołuje się art. 99 ust. 3 pkt 2 Prawa farmaceutycznego, definiują **pojęcie „kontrol”** szeroko, bo zarówno przez ustanowienie **przesłanki generalnej**, jak i przez **przykładowe wyliczenie** uprawnień kontrolę tę tworzących; mówi się przez to niekiedy o dwuczłonowej definicji kontroli<sup>20</sup>.

5. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 4 uokik **„kontrolę” posiada przedsiębiorca, który dysponuje uprawnieniami, które „umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców”**. W sensie materialnoprawnym istotą kontroli jest zatem ów **„decydujący wpływ”** (*decisive influence*) jednego przedsiębiorcy nad innym (innymi) **wynikający z posiadanych uprawnień**. Mówi się niekiedy nawet, że ów

---

<sup>17</sup> Tak, szczególnie mocno, E. Stawicki, w: A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* [dalej: w: Stawicki, Stawicki, *Komentarz OKiKU*], Warszawa 2011, s. 101.

<sup>18</sup> Zwraca na to uwagę K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 141.

<sup>19</sup> Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK nr DKK – 7/2014 z 27.01.2014 r. wyrażającą zgodę na przejęcie przez BRL CENTER – Polska kontroli nad kilkoma spółkami CEFARM oraz spółkami MEDIQ Polska i PHARMA NOVA. Decyzja dostępna na [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>20</sup> E. Stawicki, w: Stawicki, Stawicki, *Komentarz OKiKU*, s. 102.

„decydujący wpływ” jest „jedynym (wyłącznym) kryterium definitywnego rozstrzygnięcia, czy zachodzi posiadanie/przejęcie kontroli nad innym przedsiębiorcą”<sup>21</sup>.

**6.** Warto jeszcze zauważyć, że z przepisu tego wynika, iż chodzi tu tylko o „**możliwość**” wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę kontrolowanego (zależnego); nie jest wcale konieczne, żeby wpływ ten był faktycznie wykonywany<sup>22</sup>; musi to być jednak możliwość „rzeczywista”<sup>23</sup>.

**7.** Przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów **nie definiują** jednak **pojęcia „decydujący wpływ”** wprost. Tak naprawdę nie wiemy zatem, kiedy ma miejsce „**wpływ decydujący**”, a kiedy tylko (zwykły) „**wpływ**”. Z przykładowego wyliczenia uprawnień kontrolnych<sup>24</sup> wynika, że podstawą kontroli, czyli możliwości wywierania decydującego wpływu na działalność biznesową innego przedsiębiorcy, może być także **posiadanie** przez jednego przedsiębiorcę **uprawnień, które dają możliwość decydowania lub współdecydowania w sprawach istotnych, kluczowych (strategicznych)**, dających kontrolującemu (wyłącznie lub wspólnie) możliwość „podejmowania decyzji o kluczowym znaczeniu dla strategicznych działań biznesowych działalności przedsiębiorstwa”<sup>25</sup> kontrolowanego. Nie ma już sporu w literaturze<sup>26</sup>, że wywieranie „decydującego wpływu” mogłoby oznaczać oddziaływanie na wszelkie istotne aspekty funkcjonowania przedsiębiorcy (ujęcie szerokie)<sup>27</sup>. Należy zdecydowanie zgodzić się, że dla rozumienia „decydującego wpływu” przesądzające jest oddziaływanie na „**sprawy najważniejsze, rozstrzygające o funkcjonowaniu i rozwoju przedsiębiorcy**”<sup>28</sup>. Ten charakter mają przede wszystkim uprawnienia wymienione przykładowo w art. 4 pkt 4 uokik. Inaczej mówiąc, o „decydującym wpływie” nie można mówić, gdy jeden przedsiębiorca dysponuje uprawnieniami, które pozwalają mu jedynie wpływać na rozstrzygnięcia innego przedsiębiorcy w sprawach bieżących, operacyjnych, takich np. jak obsadzanie stanowisk niskiego szczebla, czy wybór kontrahentów i warunki transakcji handlowych<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 143.

<sup>22</sup> Tamże, s. 144.

<sup>23</sup> M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 159, s. 117.

<sup>24</sup> A pośrednio także z art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik zawierającego otwarty katalog form „przejęcia kontroli”.

<sup>25</sup> Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, Warszawa 2014, pkt. 2.3.1.

<sup>26</sup> Zob. szerzej M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 156, s. 116.

<sup>27</sup> Przypisywane K. Kohutkowi, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 1, s. 128, i E. Modzelewskiej-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* [dalej: *Komentarz OKiKU*] Warszawa 2002, s. 59.

<sup>28</sup> E. Sawicki, w: Sawicki, Sawicki, *Komentarz OKiKU*, s. 101

<sup>29</sup> Tamże, s. 104-105.

**8.** Brak legalnej definicji „decydującego wpływu” rekompensuje zatem **wymienienie** przez ustawodawcę uprawnień, których posiadanie rodzi taki „decydujący wpływ”. I tak, w art. 4 pkt 4 uokik wymienionych zostało – przykładowo („w szczególności”) – **sześć takich uprawnień**. Nie jest to więc katalog zamknięty. Są to jedynie najczęstsze sytuacje, w jakich jeden podmiot **posiada kontrolę** nad innym lub innymi, czyli **jest „przedsiębiorcą dominującym” („podmiotem dominującym”) nad „przedsiębiorcami zależnymi” („podmiotami zależnymi)**. Oznacza to także, że ów „decydujący wpływ” mogą rodzić również inne uprawnienia jednego przedsiębiorcy posiadane przezeń w stosunku do innego przedsiębiorcy lub innych przedsiębiorców. **Wpływ**, jaki rodzą te uprawnienia, **musi jednak zawsze być „decydujący”** (a nie jakikolwiek). Pomocniczy charakter tej przesłanki sprawia, że omawiane poniżej przypadki uprawnień stanowiących podstawę „decydującego wpływu” też muszą sprostać testowi wpływu „decydującego”; nie można więc wykluczyć, że niekiedy wpływu tego nie spełnią (np. dysponowanie tylko „częścią mienia” innego przedsiębiorcy)<sup>30</sup>.

## **2.2. Wymienione przykładowo uprawnienia, których posiadanie stanowi podstawę kontroli**

### **(1) Uprawnienie do dysponowania większością głosów we władzach spółek lub w zarządzie innego przedsiębiorcy**

**9.** Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. a uokik, uprawnienia umożliwiające wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub innych przedsiębiorców tworzy 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), także na podstawie porozumień z innymi osobami (regulującymi np. sposób głosowania, czyli tzw. umowy o zasyndykowanie akcji). Posiadanie większości (bezwzględnej, tj. ponad 50%) głosów (ważnych) w organach uchwałodawczych (właścicielskich i zarządczych) przedsiębiorcy zależnego jest podstawową formą (przejęcia i) posiadania kontroli, jako że jest konsekwencją posiadania odpowiedniej ilości akcji lub udziałów u przedsiębiorcy kontrolowanego<sup>31</sup>. Większość głosów mogą zapewniać jednak także posiadanie przez kontrolującego tzw. akcji uprzywilejowanych lub być skutkiem tzw. akcji niemych innych akcjonariuszy<sup>32</sup>.

**10.** Należy przy tym stwierdzić, że w tym przypadku fakt posiadania przez jedną spółkę ponad 50% akcji lub udziałów w kapitale zakładowym innej spółki (tzw. „spółki-córki”)

<sup>30</sup> Zwraca na to uwagę K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 143.

<sup>31</sup> M. Będkowski-Koziół, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 167, s. 119.

<sup>32</sup> Zob. szerzej K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 150.

prowadzi do swoistego domniemania istnienia relacji kontroli. Niepoprawne jest zatem stanowisko, zgodnie z którym „spółka-córka jako odrębny podmiot prawa nie musi być wcale powiązana ze spółką-matką więzami zależności” i „w takim przypadku możliwe jest uzyskanie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej przez spółkę-córkę<sup>33</sup>”. Fakt bycia spółką-córką (rozumianą jako spółka, w której spółka-matka posiada pow. 50% akcji lub udziałów) przesądza o sprawowaniu kontroli nad taką spółką przez spółkę-matkę (chyba, że zaistnieją szczególne okoliczności faktyczne świadczące o braku kontroli – okoliczności takie powinny być jednak wykazane przez podmiot ubiegający się o zezwolenie).

## **(2) Uprawnienie do dysponowania większością głosów w zależnej spółce osobowej lub zależnej spółdzielni**

**11.** Wywieranie decydującego wpływu umożliwia także dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami (art. 4 pkt 4 lit. d uokik)<sup>34</sup>. Z uwagi na specyfikę spółek osobowych i spółdzielni jako przedsiębiorców, ustawodawca wymienił to uprawnienie odrębnie. Jego istota jest jednak taka sama, jak w przypadku omówionego wyżej dysponowania większością głosów we władzach spółek kapitałowych i innych przedsiębiorców.

## **(3) Uprawnienie do powoływania większości członków władz innego przedsiębiorcy**

**12.** Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. b uokik, decydujący wpływ może też wynikać z uprawnienia do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami<sup>35</sup>.

## **(4) Uprawnienia wynikające z unii personalnej (*interlocking directors*)**

**13.** Art. 4 pkt 4 lit. c uokik wskazuje także, że wywieranie decydującego wpływu przez jednego przedsiębiorcę umożliwia fakt, że członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego)<sup>36</sup>; powstanie tego rodzaju unii personalnej jest też nazywane fuzją faktyczną<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> R. J. Kruszyński, *Problem koncentracji na rynku aptek ogólnodostępnych*, Aptekarz Polski, sierpień 2010, nr 48/26.

<sup>34</sup> Zob. szerzej: M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 170 i 181, s. 119 i 121; K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 153-154.

<sup>35</sup> Zob. szerzej: M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 173, s. 120; K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 151-152.

<sup>36</sup> M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 174 i 177-178, s. 120-121.

<sup>37</sup> Tak K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 152.

Uprawnienia takie mogą przysługiwać „w obie strony”, co oznacza, że możliwa także jest tzw. podwójna (wzajemna) dominacja<sup>38</sup>.

#### **(5) Prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy**

**14.** Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. d uokik, podstawa wywierania decydującego wpływu może być prawo do całego albo do części (np. w sytuacji współwłasności) mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), jako że majątek jest materialnym substratem służącym prowadzeniu działalności gospodarczej i umożliwiającym uczestnictwo w rynku, zatem jego utrata skutkuje utratą niezależności wobec dysponenta majątku<sup>39</sup>. Prawo to dają zarówno prawo własności, jak i ograniczone prawa rzeczowe i prawa obligacyjne (np. leasing, dzierżawa), za wyjątkiem sytuacji tzw. czysto formalnego charakteru nabycia własności<sup>40</sup>.

#### **(6) Uprawnienia wynikające z określonych umów**

**15.** Wreszcie, art. 4 pkt 4 lit. e uokik wskazuje także, że wywieranie decydującego wpływu może mieć miejsce na podstawie umowy przewidującej zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę; są to tzw. – nienazwane – umowy koncernowe<sup>41</sup>. Nie jest więc całkowicie wykluczone, że franczyzodawca mógłby wywierać „decydujący wpływ” na franczyzobiorcę w ramach porozumienia franczyzowego (np. gdyby franczyzodawca ponosił znaczącą część prawnych i finansowych ryzyk związanych z działalnością franczyzobiorcy). Wniosek taki musiałby jednak wynikać z oceny konkretnego porozumienia franczyzowego.

### **2.3. Inne uprawnienia, których posiadanie stanowi podstawę kontroli**

**16.** Jak stwierdzono wyżej, możliwość wywierania przez podmiot kontrolujący (dominujący) „decydującego wpływu” na podmiot kontrolowany (zależny) może bazować na innych uprawnieniach, wynikających najczęściej z zawieranych przez przedsiębiorców umów (z reguły podobnych do umów o zarządzaniu lub umów powierniczych<sup>42</sup>). Przypomnijmy jednak, że **zawsze muszą one dotyczyć partycypacji podmiotu kontrolowanego (dominującego) w podejmowaniu decyzji o kluczowym znaczeniu, decyzji strategicznych dla działań biznesowych przedsiębiorcy kontrolowanego (zależnego)**<sup>43</sup>. Są to najczęściej decyzje w takich kwestiach jak budżet, plan gospodarczy, znaczące inwestycje oraz

<sup>38</sup> Zob. szerzej: M. Będkowski-Koziół, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 180, s. 121; E. Stawicki, w: Stawicki, Stawicki, *Komentarz OKiKU*, s. 113; E. Modzelewska-Wąchal, *Komentarz OKiKU*, s. 41.

<sup>39</sup> M. Będkowski-Koziół, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 182, s. 121-122.

<sup>40</sup> K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 155.

<sup>41</sup> M. Będkowski-Koziół, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 184, s. 122. Zob. też K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 157.

<sup>42</sup> K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, wyd. 2, s. 158.

<sup>43</sup> Zob. w odniesieniu do „przejęcia kontroli” Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK [dalej: Wyjaśnienia w sprawie koncentracji], UOKiK, Warszawa 2014, s. 16.

powoływanie członków organów przedsiębiorcy, albo inne możliwości ingerowania w kierownictwo innego przedsiębiorcy.

**17.** Kontrola może istnieć również np. w sytuacji, gdy przedsiębiorca posiada znaczny pakiet akcji nie dający jednak prawa do ponad 50% głosów w organach innego przedsiębiorcy, ale wystarczający do wywierania na niego decydującego wpływu z uwagi na to, że głosy pozostałych wspólników są mocno rozporoszone<sup>44</sup>. Powyższa sytuacja może mieć miejsce przede wszystkim w przypadku tzw. spółek publicznych, tj. notowanych na giełdzie. W polskiej doktrynie prawa antymonopolowego wskazuje się np., że uzyskanie decydującego wpływu przy rozproszonym akcjonariacie jest możliwe przy posiadaniu 35% udziałów<sup>45</sup>. Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 2015 r.<sup>46</sup> przewidują z kolei, że „o przejęciu kontroli może decydować posiadanie znacznego pakietu udziałów, nie dającego prawa do ponad 50% głosów w organach innego przedsiębiorcy, ale np. do 40%, przy istotnym rozproszeniu głosów pozostałych wspólników”<sup>47</sup>. Często próg posiadanego akcjonariatu konieczny do uzyskania decydującego wpływu w spółkach publicznych o rozdrobnionym akcjonariacie może być jeszcze niższy i wynieść ok. 30%<sup>48</sup>. Analiza tego, czy posiadanie danego „mniejszościowego” pakietu akcji prowadzi do sprawowania „decydującego wpływu” zależy jednak w każdych okolicznościach od rozdrobnienia akcjonariatu i analizy historycznej frekwencji tego akcjonariatu na walnych zgromadzeniach akcjonariuszy<sup>49</sup>. Im niższa ta frekwencja, tym większa szansa, że posiadanie stosunkowo niewielkiej części akcji może doprowadzić do sprawowania kontroli w rozumieniu prawa konkurencji.

**18.** W praktyce, którą obrazuje szerokie orzecznictwo<sup>50</sup>, jest wiele sytuacji spornych, w których stwierdzenie relacji kontroli (dominacji – zależności) wymaga szerokich badań ekonomicznych. Sporne jest np. czy podstawą kontroli może być klauzula niekonkurowania.

---

<sup>44</sup> Tamże, s. 15-16.

<sup>45</sup> Zob. A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji. Prawo w praktyce.*, LexisNexis 2011, s. 424.

<sup>46</sup> Dostęp w:

[file:///C:/Users/p.semeniuk/Downloads/wyjasnienia\\_w\\_sprawie\\_kryteriow\\_i\\_procedury\\_zgłaszania\\_zamiaru\\_koncentracji\\_Prezesowi\\_UOKiK%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/p.semeniuk/Downloads/wyjasnienia_w_sprawie_kryteriow_i_procedury_zgłaszania_zamiaru_koncentracji_Prezesowi_UOKiK%20(1).pdf).

<sup>47</sup> Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, s. 16.

<sup>48</sup> Jeżeli chodzi o praktykę decyzyjną organów konkurencji, to przykładowo w sprawie *IAG/BMI* z 2012 r.<sup>48</sup> Komisja Europejska uznała, że spółka IAG, posiadająca nieco powyżej 43% głosów na walnym zebraniu akcjonariuszy spółki IB Opcó, dysponuje *de facto* możliwością wykonywania więcej niż połowy głosów na walnym zebraniu akcjonariuszy. Z drugiej strony w sprawie *Ryanair/Aer Lingus*, nabycie przez spółkę Ryanair nieco poniżej 30% udziałów w spółce Aer/Lingus nie doprowadziło, według Sądu Unii Europejskiej (byłego Sądu Pierwszej Instancji), do „przejęcia kontroli” w rozumieniu europejskiego prawa konkurencji<sup>48</sup>.

<sup>49</sup> Przykładowo w sprawie COMP/M.3330 – RTL / M6 z 2004 r. – Komisja Europejska, w celu ustalenia istnienia kontroli nad spółką notowaną na giełdzie, zbadała frekwencję na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy za trzy ostatnie lata.

<sup>50</sup> Zob. szerzej M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 165, s. 118-119.



Problematyczne jest też czy o relacjach takich można mówić w przypadku, gdy ich podstawą są np. umowy o współpracy gospodarczej na zasadzie wyłączności lub porozumienia franchisingowe (franczyzowe). Mogłoby tak być tylko wtedy, gdyby wpływ jednego z partnerów takiej kooperacji (np. francyzodawcy) na drugiego (np. francyzobiorcę) miał charakter „decydujący”.

#### **2.4. Dodatkowe dyrektywy badania i stwierdzania „decydującego wpływu”**

**19.** Ustawodawca był zapewne świadom tych trudności, skoro w art. 4 pkt 4 uokik wyraźnie sformułował dwie dyrektywy badania i stwierdzania wywierania przez jednego przedsiębiorcę „decydującego wpływu” na innego przedsiębiorcę lub innych przedsiębiorców<sup>51</sup>. Po pierwsze, w świetle tego przepisu **posiadane przez przedsiębiorcę uprawnienia mogą umożliwiać wywieranie decydującego wpływu nie tylko „osobno”, ale także „łącznie”**. Oznacza to, że niestwierdzenie posiadania któregokolwiek z uprawnień wymienionych w art. 4 pkt 4 uokik nie oznacza jeszcze, że nie jest możliwe stwierdzenie posiadania przez jednego przedsiębiorcę kontroli nad innym przedsiębiorcą lub innymi przedsiębiorcami na podstawie kilku (wielu) uprawnień.

**20.** Po drugie, dla stwierdzenia decydującego wpływu konieczne jest zawsze „**uwzględnienie wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych**”, które wywieranie takie wpływu umożliwiają. Za **okoliczności prawne** uważa się przede wszystkim uprawnienia wynikające ze statutów przedsiębiorców lub z umów zawieranych między przedsiębiorcami (np. posiadanie udziałów w ilości dającej prawo do ponad 50% głosów w organach innego przedsiębiorcy, prawo weta przy podejmowaniu decyzji o kluczowym znaczeniu dla strategicznych działań biznesowych). **Okolicznością faktyczną** może być np. wspomniane wyżej znaczne zgromadzenie głosów wspólników, dające temu z nich, który ma udział największy, ale nie wynoszący ponad 50%, do wywierania decydującego wpływu na decyzje władz innego przedsiębiorcy, w którym ma się udziały.

#### **2.5. Kontrola wyłączna i wspólna; kontrola pozytywna i negatywna; kontrola powstała bez udziału podmiotu dominującego**

**21.** Każda „kontrola”, jako możliwość wywierania „decydującego wpływu” nad „przedsiębiorcą zależnym” („podmiotem zależnym”), może być przejmowana i **posiadana przez jednego lub więcej przedsiębiorców**, przy czym nie ma znaczenia, z którą z tych sytuacji mamy do czynienia w sprawie identyfikacji i skutków prawnych kontroli jako

---

<sup>51</sup> Zob. szerzej: K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, s. 143-144; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* [dalej: Banasiński, Piontek. *Komentarz OKiKU*], Wydanie 1, LexisNexis, 2009, s. 88.

możliwości wywierania „decydującego wpływu”<sup>52</sup>. W pierwszej sytuacji mamy do czynienia z tzw. **kontrolą wyłączną**, czyli kontrolą, w której możliwość wywierania decydującego wpływu posiada **samodzielnie jeden przedsiębiorca**. W drugiej nad przedsiębiorcą sprawowana jest tzw. **kontrola wspólna**, czyli kontrola w przypadku której, przedsiębiorcy sprawujący kontrolę muszą się ze sobą porozumieć, żeby mieć możliwość „decydującego wpływu” na działalność przedsiębiorcy kontrolowanego (zależnego), tj. na podejmowanie przezeń decyzji o kluczowym znaczeniu dla strategicznych działań biznesowych przedsiębiorcy<sup>53</sup>. Tak jest np. w przypadku, gdy **wspólnicy dysponują parytetowym procentem głosów w spółce zależnej** (dwaj – po 50%, czterech – po 25%) albo w przypadku, gdy jeden wspólnik dysponuje wprawdzie większością głosów w spółce, ale **przynajmniej jeden z pozostałych wspólników ma prawo weta** w sprawach istotnych decyzji o kluczowym znaczeniu dla strategicznych działań biznesowych przedsiębiorcy (np. zmiany umowy spółki czy statutu, podwyższenia lub obniżenia kapitału zakładowego, sprzedaży przedsiębiorstwa lub likwidacji przedsiębiorcy) lub w takich sprawach, jak budżet, plan, poważne inwestycje czy mianowanie kierownictwa wyższego szczebla, może więc decyzje wspólnika większościowego zablokować<sup>54</sup>.

**22.** Prezes UOKiK przyjmuje przy tym, że więzy rodzinne występujące między wspólnikami przedsiębiorcy nie są wystarczającą podstawą do uznania, że sprawują oni wspólną kontrolę nad tym przedsiębiorcą. Do takiego uznania konieczne jest istnienie stosownego porozumienia pomiędzy nimi<sup>55</sup>. W literaturze wskazuje się jednak, że – jeżeli z zachowań osób powiązanych więzami rodzinnymi wynika, że kierują się one jednym interesem ekonomicznym – nie można wykluczyć, że osoby takie stanowią jeden organizm gospodarczy i sprawują kontrolę nad przedsiębiorcą<sup>56</sup>. Sytuacje takie muszą być jednak każdorazowo szczegółowo badane i analizowane ekonomicznie.

**23.** Wspólnej kontroli nie sprawują także dwaj przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej; kontrolę taką sprawuje ich wspólny przedsiębiorca dominujący<sup>57</sup>.

**24.** Niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z kontrolą wyłączną, czy wspólną, ma ona **charakter kontroli pozytywnej** (możliwość samodzielnego podejmowania istotnych decyzji dotyczących przedsiębiorcy zależnego) **lub negatywnej** (dysponowanie uprawnieniami, które

---

<sup>52</sup> M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 163, s. 117.

<sup>53</sup> Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, pkt 2.3.1.

<sup>54</sup> Tamże, s. 17.

<sup>55</sup> Tamże.

<sup>56</sup> Zob. P. Semeniuk, *Polskie zmoły przetargowe – krytyka*, iKAR 2013, 1(2).

<sup>57</sup> Tamże.

dają możliwość wetowania istotnych decyzji dotyczących działalności przedsiębiorcy zależnego)<sup>58</sup>.

**25.** Co do zasady, jest bez znaczenia, jaka jest formalna podstawa posiadanej kontroli, aczkolwiek najczęściej jej podstawą jest **aktywne „przejęcie kontroli”** w drodze transakcji koncentracyjnej. Może się jednak zdarzyć, że przedsiębiorca staje się podmiotem dominującym (kontrolującym) bez swego udziału, np. poprzez rozproszenie się akcjonariatu, umorzenie akcji lub udziałów, skutkujące uzyskaniem faktycznej kontroli (**pasywne „przejęcie kontroli”**)<sup>59</sup>.

## **2.6. Kontrola bezpośrednia lub pośrednia**

**26.** Zawarte w art. 99 ust. 3 pkt Prawa farmaceutycznego odesłanie do przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie rozumienia „podmiotów kontrolowanych/zależnych” wskazuje dodatkowo i bardzo wyraźnie, że chodzi tu o **podmioty kontrolowane „w sposób bezpośredni lub pośredni”**. Jest to **legislacyjnie *superfluum***, albowiem „kontrola” w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów może być posiadana czy sprawowana (art. 4 pkt 3 w zw. z art. 4 pkt 4 uokik) oraz przejmowana czy uzyskiwana (art. 13 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 4 pkt 4 uokik) bezpośrednio lub pośrednio. W każdym konkretnym przypadku będziemy zatem mieli do czynienia albo z kontrolą bezpośrednią, albo z kontrolą pośrednią.

**27. Kontrola bezpośrednia** ma miejsce wtedy, gdy jeden przedsiębiorca ma możliwość wywierania decydującego wpływ na innego przedsiębiorcę (innych przedsiębiorców) **wprost**, czyli bez pośrednictwa innych przedsiębiorców (podmiotów) zależnych. **Kontrolą pośrednią jest kontrola sprawowana za pośrednictwem przedsiębiorców (podmiotów) zależnych**<sup>60</sup>.

**28.** Bazując na opublikowanej (z pełnym uzasadnieniem) decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej zgodę na przejęcie przez BRL kontroli nad spółkami zależnymi ACP Pharma, można wskazać przykładowo, że: (1) BRL jest spółką bezpośrednio kontrolowaną przez Pharmax Holdings Ltd na Cyprze, która wchodzi w skład grupy Penta z siedzibą na wyspie Jersey, na której czele stoi Penta Investments Group Ltd, kontrolująca zatem pośrednio BRL; (2) BRL jest spółką kontrolującą bezpośrednio spółkę Partner Pharma w Warszawie, kontrolowaną zatem pośrednio przez Pharmax Holding Ltd i Penta Investments Group; (3) przed dokonaniem transakcji, Advent International Corporation kontrolowała bezpośrednio grupę kapitałową Advent, do której należała Grupa Detaliczna ACP Pharma, a pośrednio niektóre spółki

---

<sup>58</sup> Tamże, s. 17-18.

<sup>59</sup> Tamże, s. 19.

<sup>60</sup> Zob. Wyjaśnienia w sprawie u koncentracji, pkt 2.3.2.

CEFARM, będące spółkami zależnymi ACP Pharma<sup>61</sup>; (4) po dokonaniu transakcji BRL (a więc pośrednio również Pharmax Holding Ltd i Penta Investments Group) kontroluje spółki CEFARM; (5) w konsekwencji apteki należące do spółki Partner Pharma oraz do spółek CEFARM wchodzi w skład tej samej grupy kapitałowej (podobnie jak jakiegokolwiek inne apteki należące do spółek kontrolowanych bezpośrednio lub pośrednio przez Penta Investments Group).

### III. Podmioty zależne

1. Jak już wskazano wyżej, przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów **nie definiują kategorii „podmioty zależne”**. Jest to kategoria występująca przede wszystkim w przepisach prawa handlowego (art. 4 § 1 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych<sup>62</sup>) i finansowego (art. 1a ust. 2 pkt 1 lit. b ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych<sup>63</sup>).

2. Ponieważ przepisy zawarte w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów wzorują się raczej na kodeksie spółek handlowych, warto przytoczyć, że w kodeksie tym spółka zależna to taka spółka, w której inna spółka („spółka dominująca”):

a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w jej zarządzie, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub;

b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu tej spółki także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub;

c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków jej rady nadzorczej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub;

d) członkowie zarządu innej spółki stanowią w niej więcej niż połowę członków zarządu lub;

f) w inny sposób wywiera decydujący wpływ na jej działalność.

3. Jak już wskazano, przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów posługują się pojęciem **„przedsiębiorca zależny” na określenie podmiotu, nad którym przedsiębiorca dominujący sprawuje („posiada”) kontrolę (art. 4 pkt 3 uokik), czy „wywiera decydujący wpływ” na podstawie posiadanych uprawnień (art. 4 pkt 4 lit. a-f uokik).**

4. Zgodnie z przepisami art. 4 pkt 4 uokik „przedsiębiorcą zależnym” jest **w szczególności:**

---

<sup>61</sup> Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK nr DKK – 7/2014 z 27.01.2014 r. wyrażającą zgodę na przejęcie przez BRL CENTER – Polska kontroli nad kilkoma spółkami CEFARM oraz spółkami MEDIQ Polska i PHARMA NOVA. Decyzja dostępna na [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>62</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r., Dz.U. 2000 nr 94 poz. 1037.

<sup>63</sup> Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r., Dz.U. 1992 nr 21 poz. 86.

- a) przedsiębiorca, w którego władzach inny przedsiębiorca dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów;
- b) osobowa spółka zależna lub spółdzielnia zależna, we władzach której inny przedsiębiorca dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów;
- c) przedsiębiorca, w którym inny przedsiębiorca ma uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej;
- d) przedsiębiorca, w którego zarządzie członkowie innego przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu lub rady nadzorczej;
- e) przedsiębiorca, do którego całości lub części mienia ma prawo inny przedsiębiorca;
- f) przedsiębiorca, który na podstawie umowy jest zarządzany przez innego przedsiębiorcę lub przekazuje mu część swego zysku.

**5.** „Przedsiębiorcą zależnym” („podmiotem zależnym”) jest jednak **także** przedsiębiorca (podmiot), na którego inny przedsiębiorca wyłącznie (samodzielnie) lub inni przedsiębiorcy (wspólnie) wywierają „decydujący wpływ” w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów **na podstawie innych uprawnień niż uprawnienia wymienione w art. 4 pkt 4 lit. a-f uokik)** lub **na skutek konstelacji różnych uprawnień i okoliczności faktycznych**. Takie przypadki relacji kontroli/zależności są często trudne do ustalenia („wykrycia”) i wymagają szczegółowej analizy.

#### **IV. Grupa kapitałowa**

**1.** Poza prowadzeniem na terytorium województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych samodzielnie oraz bezpośrednim lub pośrednim kontrolowaniem podmiotów prowadzących na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych, twórcy Prawa farmaceutycznego przewidzieli także ograniczenie możliwości skupienia w „jednym ręku” na terenie województwa ponad 1% aptek ogólnodostępnych poprzez zakazanie wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu wydania zezwolenia na prowadzenia kolejnej apteki przez „członka grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów” (art. 99 ust. 3 pkt 3 Prawa farmaceutycznego). Trzeba więc przyjąć, że ustawodawca zakładał, że członkostwo w „grupie kapitałowej” w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów jest inną sytuacją niż kontrolowanie przez ubiegającego się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej „w sposób bezpośredni lub pośredni” innych podmiotów już prowadzących apteki ogólnodostępne na terenie danego województwa.

2. Trudno jednak nie zauważyć, że w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów **„grupę kapitałową” stanowią wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę** (art. 4 pkt 14 uokik). „Grupę kapitałową” tworzą więc przedsiębiorca kontrolujący w sposób bezpośredni lub pośredni innych przedsiębiorców (przedsiębiorca/podmiot kontrolujący, przedsiębiorca/podmiot dominujący) oraz ci inni przedsiębiorcy kontrolowani przez niego w sposób bezpośredni lub pośredni (przedsiębiorcy/kontrolowani/zależni, podmioty kontrolowane/zależne).

3. Ustanowienie ograniczenia zawartego w art. 99 ust. 3 pkt 3 Prawa farmaceutycznego (odrębnego od omawianego wyżej ograniczenia zawartego w art. 99 ust. 3 pkt 2 Prawa farmaceutycznego) może więc być wytłumaczone tylko tym, że w dacie wydania Prawa farmaceutycznego obowiązywała ustawa z o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.<sup>64</sup>, która definiowała „grupę kapitałową” jako „wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę” (art. 1 pkt 14 uokik z 2000 r.). Uzupełnienie (doprecyzowanie) tej definicji o „przedsiębiorcę kontrolującego”, czyli lidera grupy kapitałowej, zostało dokonane dopiero w r. 2007 (art. 4 pkt 14 uznk z 2007 r.). Już jednak na gruncie uznk z 2000 r. nie było wątpliwości w doktrynie, że pojęcie „grupy kapitałowej” musi być rozumiane szerzej<sup>65</sup>, a więc obejmować także „przedsiębiorcę kontrolującego”.

4. Podstawową konsekwencją wyodrębnienia „grupy kapitałowej” na gruncie prawa ochrony konkurencji i konsumentów jest założenie, że przedsiębiorca kontrolujący (dominujący) odpowiada za działania podejmowane przez przedsiębiorców kontrolowanych zależnych<sup>66</sup>. Mimo bowiem, że w skład „grupy kapitałowej” wchodzi przedsiębiorcy prawnie niezależni, to jednak są oni ze sobą powiązani w sensie ekonomicznym, gdyż stanowią jeden organizm gospodarczy (*single economic unit*), w ramach którego realizowana jest jedna (wspólna) polityka handlowa, w tym zaopatrzeniowa, i rozwojowa. Jest charakterystyczne, że unijne prawo konkurencji nie zna pojęcia „grupy kapitałowej”, ale uwzględnia sytuacje, w których ocenie antymonopolowej podlegają „przedsiębiorstwa powiązane”<sup>67</sup>, odpowiadające polskiej „grupie kapitałowej”.

5. Nie ma jednak przeszkód, żeby do kategorii „jednego podmiotu gospodarczego” zaliczyć także konstelację „jeden podmiot kontrolujący – jeden podmiot kontrolowany”. Także w

---

<sup>64</sup> M. Będkowski-Koziół, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 541, s. 197-198.

<sup>65</sup> Zob. E. Modzelewska-Wąchał, *Komentarz OKiKU*, s. 61-62.

<sup>66</sup> M. Będkowski-Koziół, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 536, s. 196.

<sup>67</sup> Zob. art. 5ust. 4 lit. b-e cyt. wyż. rozporządzenia Nr 139/2004.

takiej sytuacji bowiem „decydujący wpływ” podmiotu kontrolującego na podmiot kontrolowany sprawia, że **podmiot kontrolowany (podmiot zależny) nie jest ekonomicznie samodzielny**.

6. Warto wszakże zauważyć, że w doktrynie prawa konkurencji pojawia się wątpliwość, czy podmioty podlegające wspólnej kontroli należą do grupy kapitałowej podmiotów sprawujących taką wspólną kontrolę. Wyjaśnienia w sprawie koncentracji formułują pogląd, zgodnie z którym „przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest spółkontrola, nie należy (...) do grupy kapitałowej żadnego z przedsiębiorców, którzy sprawują nad nim spółkontrolę<sup>68</sup>”. Zgodnie z przeciwnym poglądem, „grupa kapitałowa obejmuje również przedsiębiorców kontrolowanych na zasadzie łącznej kontroli przez dwóch lub więcej przedsiębiorców”. W takiej sytuacji przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest wspólna kontrola należy jednocześnie do wszystkich grup kapitałowych spółkontrolujących go przedsiębiorców, przy czym przedsiębiorcy sprawujący wspólną kontrolę nie należą do tej samej grupy kapitałowej. W świetle celów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprawny jest pogląd drugi – przeciwny do tego wyrażanego w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji; pogląd ten jest zresztą podzielany powszechnie w doktrynie<sup>69</sup>. Głównym celem prawa konkurencji jest bowiem zapobieżenie niedozwolonym porozumieniom (np. ustalanie cen) pomiędzy samodzielnymi podmiotami; podmioty należące do grupy kapitałowej nie są zaś względem siebie samodzielne. Co więcej, przedsiębiorcy nabywają uprawnienia do spółkontroli właśnie po to, żeby wpływać na działalność innych przedsiębiorców w sposób dla siebie jak najkorzystniejszy, w tym kształtując politykę cenową. Uznając, że przedsiębiorcy sprawujący wspólną kontrolę nie należą do tej samej grupy kapitałowej, co przedsiębiorcy spółkontrolowani, należałoby uznać, że nie mogą oni np. wpływać w korzystny dla siebie sposób na politykę cenową przedsiębiorców spółkontrolowanych, co kłóciłoby się z sensem nabywania uprawnień do spółkontroli. Współkontrolowani przedsiębiorcy należą zatem do grup kapitałowych każdego z przedsiębiorców sprawujących nad nim wspólną kontrolę.

#### **IV. Podsumowanie i wnioski**

1. W niniejszym podsumowaniu udzielona zostanie odpowiedź na wszystkie postawione pytania, ale nie na każde oddzielnie. Biorąc pod uwagę *ratio legis* przepisów art. 99 ust. 3 pkt

---

<sup>68</sup> Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, pkt 3.6.

<sup>69</sup> Zob. szerzej: M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, *Komentarz OKiKU*, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 546, s. 198-199; K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, *Komentarz OKiKU*, s. 239; E. Stawicki, w: Stawicki, Stawicki, *Komentarz OKiKU*, s. s. 191-193.

2 i 3 Prawa farmaceutycznego trzeba jednak najpierw stwierdzić, że – niezależnie od tego, że ustawodawca ujął ograniczenia w dostępie do rynku detalicznej sprzedaży produktów leczniczych w dwóch punktach – wyraźnie przewidział, że **wojewódzki inspektor farmaceutyczny „nie wydaje”** (odmawia wydania) **zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w trzech sytuacjach**, a mianowicie, gdy podmiot ubiegający się o udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej:

a) **sam** „prowadzi na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych” (art. 99 ust. 3 pkt 2 zd. pierwsze); nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot ten pozostaje w jakichkolwiek relacjach kontrolowania czy dominacji/zależności czy jest członkiem jakiegokolwiek grupy kapitałowej podmiotów prowadzących apteki ogólnodostępne;

b) kontroluje (w sposób bezpośredni lub pośredni) podmioty (**podmioty zależne**), które prowadzą łącznie więcej niż 1% aptek na terenie województwa (art. 99 ust. 3 pkt 2 zd. drugie); w tej sytuacji podmiotowi ubiegającemu się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej można odmówić jego udzielenia już i tylko wtedy, gdy wszystkie kontrolowane przez niego podmioty (lub jakaś ich część) łącznie prowadzą więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych; nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej nie prowadzi żadnej takiej apteki, a jeśli jakiejś prowadzi, to jaką część dopuszczalnego 1% aptek ogólnodostępnych stanowią apteki przez niego prowadzone;

c) **jest członkiem grupy kapitałowej**, której członkowie prowadzą na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych; w tej sytuacji nie ma znaczenia, jaką rolę w grupie kapitałowej pełni podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie kolejnej apteki ogólnodostępnej, w tym czy jest jej leaderem (podmiotem kontrolującym/dominującym) i jaki ma udział w dopuszczalnej wielkości ponad 1% aptek ogólnodostępnych; zawsze jednak udział ten jest zaliczany do tego kryterium.

2. Nie ma więc wątpliwości, że ustawodawca nakazał wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu odmówić podmiotowi ubiegającemu się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w każdej możliwej sytuacji, w której stwierdzone zostanie przekroczenie progu 1% aptek ogólnodostępnych – (1) przez samego ubiegającego się o zezwolenie na prowadzenie kolejnej apteki, (2) przez podmioty przez niego kontrolowane/zależne lub (3) grupę kapitałową, do której podmiot ten należy. Wątpliwości i trudności może zatem rodzić tylko fakt, **czy między podmiotem ubiegającym się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej a innymi podmiotami lub członkami grupy kapitałowej**, do której także on należy, zachodzi relacja „podmiot



kontrolujący/dominujący” – „podmiot kontrolowany/zależny”), a więc czy **ma miejsce „kontrola” w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.**

**3.** Odpowiedź na to pytanie, nie postawione wprost przez Zleceniodawcę, stanowi równocześnie odpowiedź na postawione wyraźnie pytania 2: „Czym są podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów?” i 4: „Czym jest „grupa kapitałowa w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów?” (art. 99 ust. 3 pkt 3 Prawa farmaceutycznego), a w konsekwencji na pytanie 6: „Na czym polegają różnice pomiędzy grupą kapitałową a grupą składającą się z podmiotu kontrolującego i podmiotów kontrolowanych pośrednio lub bezpośrednio lub podmiotów zależnych?”.

**4.** W świetle powyższej analizy pojęcia „kontroli” na gruncie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów należy przyjąć, że **„podmiotem kontrolującym” (przedsiębiorcą dominującym), w tym liderem grupy kapitałowej, jest podmiot (przedsiębiorca), który dysponuje uprawnieniami, które w określonych okolicznościach osobno lub łącznie umożliwiają mu wywieranie „decydującego wpływu” na inne podmioty (na innych przedsiębiorców) niezależnie od tego, czy je po prostu kontroluje, czy należą one (wraz z nim) do określonej „grupy kapitałowej”.** Brak owego „decydującego wpływu” jednego podmiotu na drugim (innymi), czyli brak relacji kontroli czy dominacji/zależności między określonymi podmiotami, eliminuje całkowicie możliwość skorzystania z przepisów punktów 2 i 3 ustępu 3 artykułu 99 Prawa farmaceutycznego.

**5.** Przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów nie definiują wprost owego „decydującego wpływu”, ale wyraźnie wskazują na rodzaje uprawnień, które mogą stanowić jego podstawę (art. 4 pkt 4 uokik); co więcej umożliwiają uznanie za podstawę kontroli (decydującego wpływu) także posiadanie innych uprawnień.

**6.** Z powyższego wynika, że **„podmiotami kontrolowanymi” („przedsiębiorcami dominującymi”) są podmioty (przedsiębiorcy), na które może być wywierany (przez podmiot kontrolujący/dominujący) „decydujący wpływ” przez wykonywanie przysługujących temu podmiotowi uprawnień.** Nie ulega więc żadnej wątpliwości, że pojęcie „podmiot kontrolowany” (nie występujące wprost w przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów) i pojęcie „podmiot zależny”, występujące wprost w części art. 4 pkt 4 uznk, są pojęciami tożsamymi. Stanowi to odpowiedź na postawione przez Zleceniodawcę pytanie 2.

**7. Kontrola („decydujący wpływ”) może być sprawowania (realizowana) przez podmiot kontrolujący bezpośrednio (bez pośrednictwa innych podmiotów) lub pośrednio (za pośrednictwem innych podmiotów) – jest to najprostsza, generalna odpowiedź na pytanie 1.**

Podmioty kontrolowane (podmioty zależne) mogą zatem być poddane bezpośredniej lub pośredniej kontroli (zależności). Inaczej mówiąc, także **poddanie (podleganie) kontroli i zależności bezpośredniej lub pośredniej jest prawnie i faktycznie tożsame**. U ich podstaw leżą te same „powiązania lub aktywności” (jak w postawionym przez Zleceniodawcę pytaniu 3), czy jurydycznie bardziej precyzyjnie – „uprawnienia”.

**8.** Jak wskazano wyżej, nie ma żadnych wątpliwości, że „grupa kapitałowa” obejmuje zarówno przedsiębiorców kontrolowanych przez jednego przedsiębiorcę, jak i tego przedsiębiorcę kontrolującego innych przedsiębiorców (w art. 4 pkt 3 uokik zwanego „przedsiębiorcą dominującym”). Jest to najprostsza odpowiedź na postawione przez Zleceniodawcę pytanie 4. Także w tym przypadku istotą zaliczenia przedsiębiorców do grupy kapitałowej jest istnienie między nimi relacji „kontroli” (jej sprawowania lub podlegania niej). Także **o zaliczeniu do grupy kapitałowej decydują więc tego samego rodzaju powiązania, które umożliwiają kontrolę**, a zatem uprawnienia, które umożliwiają wywieranie przez jednego przedsiębiorcę nad drugim (innymi) „decydującego wpływu”.

**9.** Pozwala to na udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na postawione przez Zleceniodawcę pytanie 6: „Na czym polegają różnice pomiędzy grupą kapitałową a grupą składającą się z podmiotu kontrolującego i podmiotów kontrolowanych pośrednio lub bezpośrednio lub podmiotów zależnych?”. Tym, co **różni „grupę kapitałową” od poszczególnych** (kazardorazowych) **relacji kontrolnych** (relacji dominacji/zależności) między różnymi podmiotami jest jej **kontekst formalny** (wielość podmiotów kontrolowanych przez jednego przedsiębiorcę, zaliczanego do tej grupy). **W sensie materialnym różnic takich nie ma**, albowiem w obu przypadkach mamy do czynienia z pewną ilością „podmiotów powiązanych” relacjami kontrolnymi.

**10.** Także odpowiedź na pytania 3: „Jakiego rodzaju powiązania lub aktywności mogą decydować o uznaniu podmiotu za podmiot zależny?” i 5: „Jakiego rodzaju powiązania decydują o uznaniu grupy podmiotów za grupę kapitałową?” musi zatem bazować na identyfikacji uprawnień stanowiących podstawę kontroli/dominacji jednego podmiotu (przedsiębiorcy) nad drugim przedsiębiorcą (innymi przedsiębiorcami). Jak wynika z przeprowadzonych wyżej rozważań, powiązania te występują przede wszystkim w obszarze dysponowania bezpośrednio lub pośrednio większością głosów we władzach spółek kapitałowych, osobowych spółek lub spółdzielni zależnych i innych przedsiębiorców oraz uprawnień do powoływania lub odwoływania większości członków władz spółek i innych przedsiębiorców lub pokrywania się w większości składu członków władz spółek. Rzadziej relacje kontroli/zależności przejawiają się w obszarze dysponowania całością lub części

mienia innego przedsiębiorcy. Często natomiast u ich podstaw leżą umowy o zarządzanie czy partycypację w zyskach, albo inne umowy między przedsiębiorcami, umożliwiające wywieranie przez jednym decydującego wpływu nad innymi w drodze współdziałania w sprawach strategicznych lub blokowania najistotniejszych decyzji podmiotów zależnych.

**11.** Analizowane w niniejszej Ekspertyzie pojęcia – **ekonomicznie pojemne a prawnie uznaniowe** – nie dają się stosować w drodze prostej subsumcji do nich często bardzo skomplikowanych stanów faktycznych. Rodzi to i będzie rodzić trudności w prawidłowej kwalifikacji relacji kontroli czy dominacji i zależności na gruncie przepisów prawa ochrony konkurencji i konsumentów, a za pośrednictwem odesłania do nich – także na gruncie art. 99 ust. 2 pkt 2 i 3 Prawa farmaceutycznego. Nie może to dziwić, skoro ustawodawca powierzył każdorazowe stwierdzenie istnienia/nie istnienia relacji dominacji i zależności organowi nadzoru farmaceutycznego, nie przewidując choćby jego współdziałania z organem ochrony konkurencji. Trzeba mieć pełną świadomość, że także niniejsza Ekspertyza nie pozwoli rozstrzygnąć wszelkich wątpliwości w tym zakresie w odniesieniu do każdego konkretnego stanu faktycznego. Może jednak pozwoli lepiej zrozumieć znaczenie przesłanek analizowanych w niej kategorii i przekona do dokonywania głębszych analiz ekonomicznych także w postępowaniach prowadzonych przez Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego.

Ekspertyzę sporządził:

**Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny**

Kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW

Dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS)

Warszawa, 31 stycznia 2015 r.