

# Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013  
Warszawa 2013

Joanna Wiak ■

## POJĘCIE JOINT VENTURE

### Wprowadzenie

Pewne inicjatywy, a mianowicie duże i skomplikowane, wymagają podjęcia działań kooperacyjnych. Z powyższym zagadnieniem łączy się używane w obrocie prawnym pojęcie „joint venture”. Termin ten nie doczekał się jednak ujednolicenia, co prowadzi do chaosu interpretacyjnego.

W języku angielskim „*joint venture*” w dosłownym tłumaczeniu oznacza „wspólne przedsięwzięcie” lub „wspólne ryzyko”. Pojęcie „*joint venture*” jest używane na tle m.in. wspólnotowego prawa antymonopolowego, gdzie stanowi określenie wspólnego przedsiębiorstwa (art. 2 ust. 4, art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>1</sup>). Podobnie w polskim prawie antymonopolowym rozumiane jest jako wspólny przedsiębiorca (art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup>). W regulacji z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego „*joint venture*” oznacza wspólną realizację przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>3</sup>). Natomiast na gruncie prawa zamówień

<sup>1</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE L 24/1); dalej rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.); dalej u. o. k. k.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.); dalej u. p. p. p.

publicznych funkcjonuje pojęcie „spółki *joint venture* z udziałem podmiotów zamawiających” oznaczające spółkę posiadającą podmiotowość prawną, utworzoną przez zamawiających (pkt 32 preambuły, art. 23 ust. 2 lit. b), ust. 4 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych<sup>4</sup> w zw. z art. 136 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>5</sup>).

W doktrynie pojęcie „*joint venture*” rozumiane jest jako typ współpracy gospodarczej bądź jej określona forma prawna<sup>6</sup>. Natomiast moim zdaniem omawiany termin może być używany na oznaczenie pewnego typu współpracy, zasadniczej jej podstawy albo określonej formy podejmowanego współdziałania. Na użytek niniejszej materii „typ” oznacza odmianę, rodzaj współpracy. „Podstawa” stanowi źródło podejmowanego współdziałania. Z kolei „formę” należy odnieść do zagadnienia kooperacyjnej struktury organizacyjnej.

## I. *Joint venture* jako typ współpracy

*Joint venture* jako typ współpracy charakteryzuje się swoistymi cechami. Po pierwsze współpraca, co jest oczywiste, zostaje podjęta przez co najmniej dwa podmioty. W literaturze jednolicie przyjmuje się, że pojęcie *joint venture* obejmuje współpracę gospodarczą wyłącznie pomiędzy przedsiębiorcami<sup>7</sup>. Należy zwrócić jednak uwagę na regulację z materii zamówień publicznych.

---

<sup>4</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134/1); dalej dyrektywa nr 2004/17/WE.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.); dalej p. z. p.

<sup>6</sup> Tak A. Burzyński, *Joint venture w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Studia Prawnicze 1976, z. 1–2, s. 124; M. Szydło, *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint venture) w prawie antymonopolowym*, Prawo Spółek 2002, nr 12, s. 41; R. Stankiewicz, *Joint venture w prawie antymonopolowym*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 8, s. 13.

<sup>7</sup> Tak S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 245 i n.; idem, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 123–125; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 610 i n.; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, pod red. W. J. Katnera, Warszawa 2010, s. 878 i n.; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, pod red. A. Szajkowskiego, Warszawa 2010, s. 603; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41–42; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13.

Dyrektywa nr 2004/17/WE<sup>8</sup> statuuje wyłączenia spod przepisów o zamówieniach publicznych dla m.in. spółek *joint venture* z udziałem podmiotów zamawiających<sup>9</sup>. Zgodnie z art. 2 pkt 12 p. z. p. zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy, określona w art. 3 ust. 1 p. z. p. Status ten przysługuje:

- 1) jednostkom sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>10</sup>. Katalog podmiotów tworzących sektor finansów publicznych został określony w art. 9 powołanej ustawy;
- 2) innym niż określone w pkt 1 państwowym jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, np. Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe, działającemu na podstawie ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach<sup>11</sup>;
- 3) innym niż określone w pkt 1 osobom prawnym utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
  - a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Podmiotami należącymi do tej grupy są np. Telewizja Polska S.A., Polskie Radio S.A. i spółki radiofonii regionalnej;

- 4) związkom podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3, np. działającym w formie stowarzyszeń: Związkowi Województw RP, Związkowi Powiatów RP czy Związkowi Gmin RP;

---

<sup>8</sup> Implementację dyrektywy w omawianym zakresie do polskiego systemu prawnego stanowi art. 136 p. z. p.

<sup>9</sup> Zob. pkt 32 preambuły, art. 23 ust. 2 lit. b), ust. 4 lit. a) dyrektywy nr 2004/17/WE.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2011 r. Nr 12, poz. 59 ze zm.).

- 5) innym niż określone w pkt 1–4 podmiotom, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 p. z. p. (zamówienia sektorowe), a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych (prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania – art. 3 ust. 2 p. z. p.), np. Polskim Kolejom Państwowym, albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–4, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
- a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
  - d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego;
- 6) innym niż określone w pkt 1 i 2 podmiotom, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:
- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–4;
  - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p. z. p.;
  - c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych czy wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych bądź budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną, lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;
- 7) podmiotom, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>12</sup>, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

---

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.).

Status zamawiającego przysługuje przede wszystkim, ale niewyłącznie podmiotom prawa publicznego<sup>13</sup> i niekoniecznie będącym przedsiębiorcami.

Ponadto należy wspomnieć, że ze względu na wdrażanie w Polsce partnerstwa publiczno-prywatnego współpraca może zostać podjęta przez podmiot publiczny w rozumieniu art. 2 pkt 1 u. p. p., ale wyłącznie z partnerem prywatnym posiadającym status przedsiębiorcy. Podmiotem publicznym w rozumieniu niniejszej regulacji jest:

- 1) jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inna niż określona w pkt 1 osoba prawna utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt. 1, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
  - a) finansują ją w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorującego lub zarządzającego,
- 3) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2.

Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 2 u. p. p. za partnera uznaje się przedsiębiorcę lub przedsiębiorcę zagranicznego. W omawianej ustawie nie wyodrębniono samoistnej definicji przedsiębiorcy i przedsiębiorcy zagranicznego ani nie wprowadzono odesłania do przepisów odrębnych ustaw. W tym zakresie

---

<sup>13</sup> Zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134/114), pod pojęciem podmiotu prawa publicznego należy rozumieć każdy podmiot, który:

- 1) ustanowiony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiada osobowość prawną oraz
- 3) spełnia co najmniej jeden z trzech poniższych warunków:
  - a) finansowany jest w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego;
  - b) jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów;
  - c) ponad połowa składu jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego;

szerzej na ten temat Urząd Zamówień Publicznych, Obowiązek stosowania ustawy prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy prawo zamówień publicznych na podstawie art., 3 ust 1 pkt 5, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

konieczne staje się odwołanie do właściwych postanowień ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>14</sup>.

Podsumowując tę część wywodów, należy uznać, że współpraca w ramach *joint venture* może zostać podjęta przez wszystkie podmioty prawa niekoniecznie posiadające status przedsiębiorców, chyba że przepisy nakładają takowy obowiązek.

W ramach omawianego zagadnienia warto zauważyć, że współpraca może zostać podjęta przez podmioty będące względem siebie konkurentami albo działające na różnych szczeblach obrotu. W związku z tym wyróżnia się odpowiednio horyzontalne (*horizontal*) *joint venture* oraz wertykalne (*vertical*) *joint venture*<sup>15</sup>. Możliwy jest również przypadek mieszany polegający np. na podjęciu współpracy przez co najmniej dwa podmioty pozostające w stosunku do siebie w charakterze konkurentów wraz z co najmniej jednym działającym na innym szczeblu obrotu. Wydaje się więc, że zasadne staje się wyodrębnienie również horyzontalno-wertykalnego (*horizontal-vertical*) *joint venture*.

Po drugie, współpraca podejmowana przez podmioty przejawia się we wspólnych działaniach<sup>16</sup>. Przy czym należy opowiedzieć się za szerszym rozumieniem „działania” i objąć nim również zachowania bierne uczestników *joint venture*, w postaci np. powstrzymania się od podejmowania określonej działalności, w tym konkurencyjnej, znoszenia używania dla celów *joint venture* pomieszczeń, urządzeń należących do jednego z uczestników<sup>17</sup> czy ograniczające się do udziału kapitałowego. Jednak istota współdziałania opiera się na zachowaniach czynnych. W związku z tym działaniom pasywnym uczestników należy przypisać charakter uboczny.

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.); zob. T. Skoczyński, *Ustawa...*, s. 45 i powoływana tam literatura.

<sup>15</sup> Tak M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41–42; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 248, prezentuje odmienną klasyfikację, posługując się kryterium rodzaju ogniwa obrotu objętego wspólnym działaniem. Autor dokonuje podziału *joint venture* na: horyzontalne (*horizontal*) *joint venture*, pionowe (*vertical*) *joint venture*, konglomerat (*conglomerate joint venture*) oraz typu pajęczyny (*spider's web joint venture*). Pierwsze tworzone są przez przedsiębiorców na tym samym szczeblu, np. produkcji czy dystrybucji. Drugie łączą przedsiębiorców pozostających w stosunku do siebie w chwili zawarcia porozumienia w sytuacji kupującego i sprzedawcy. Trzecia sytuacja ma miejsce wówczas, gdy wyroby przedsiębiorców nie są względem siebie konkurencyjne. Natomiast ostatnie obejmują przedsiębiorców na różnych szczeblach produkcji i dystrybucji wyrobów konkurencyjnych i niekonkurencyjnych.

<sup>16</sup> S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610.

<sup>17</sup> Zob. A. Kidyba, K. Kopaczynska-Pieczniak, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania – część szczegółowa*, pod red. A. Kidyby, s. 1071; A. Herbet, *Spółka cywilna. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2008, s. 212.

Ponadto *joint venture* obejmuje wspólne działania uczestników zarówno ograniczone czasowo i przedmiotowo do realizacji konkretnego, jednorazowego zadania<sup>18</sup>, co stanowi cechę charakterystyczną np. konsorcjów<sup>19</sup>, jak i te, które

---

<sup>18</sup> S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245 i 247; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 611, wątpliwie twierdzi, że wyłącznie takie wspólne działania stanowią wspólne przedsięwzięcie będące szczególnym rodzajem wspólnego działania. Natomiast A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 877 i n.; A. Szumański, *Pojęcie i charakter prawny umowy kooperacji przemysłowej w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze 1991, z. 140, s. 65; idem, *Ustawa o umowach offsetowych. Komentarz*, Kraków 2000, s. 32; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 67; P. Siwerski, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 października 2010 r.*, III CZP 69/10, LEX/el. 2012, nr 144237; Prezydent RP w postanowieniu z dnia 16 lutego 2007 r. w sprawie podania do publicznej wiadomości Raportu o działaniach żołnierzy i pracowników WSI oraz wojskowych jednostek organizacyjnych realizujących zadania w zakresie wywiadu i kontrwywiadu wojskowego przed wejściem w życie ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych wykraczających poza sprawy obronności państwa i bezpieczeństwa Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (M. P. z 2007 r. Nr 11, poz. 110); Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., V SA 573/03, LEX nr 736066 (stanowisko w pełni zaakceptowane następnie przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4 sierpnia 2004 r., GSK 733/04, LEX nr 799842; Komisja (WE) w rozporządzeniu nr 1126/2008 z dnia 3 listopada 2008 r. przyjmującym określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. U. UE. L 320/1) oraz w rozporządzeniu nr 2238/2004 z dnia 29 grudnia 2004 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 1725/2003 w sprawie przyjęcia niektórych międzynarodowych standardów rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady, w odniesieniu do MSSF nr 1, MSR nr 1 do 10, 12 do 17, 19 do 24, 27 do 38, 40 i 41 oraz interpretacji SKI nr 1 do 7, 11 do 14, 18 do 27 oraz 30 do 33 (Dz. U. UE. L 394/1); Komisja Europejska w decyzji z dnia 16 marca 2005 r. w sprawie pomocy państwa, którą Włochy (Region Lazio) zamierzają udzielić celem ograniczenia emisji gazów cieplarnianych (Dz. U. UE z 2006 r. L 244/8); Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 27 stycznia 2000 r., C-164/98, P DIR International Film Srl i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich, LEX nr 82696 oraz w wyroku z dnia 13 stycznia 2005 r., C-254/03 P, Eduardo Vieira SA v. Komisja Wspólnot Europejskich, European Court Reports 2005/I/I-237, słusznie używają terminu „wspólne przedsięwzięcie” jako synonimu *joint venture*. Moim zdaniem wspólne przedsięwzięcie wcale nie musi oznaczać wykonania jednego, konkretnego zadania. Przykładu w omawianym zakresie dostarcza brzmienie m.in. art. 2 pkt 4 lit. b) ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w rozumieniu którego przedsięwzięciem jest świadczenie usług; Dania i Grenlandia w porozumieniu w formie wymiany listów dotyczącym zmiany Umowy w sprawie rybołówstwa zawartej między Europejską Wspólnotą Gospodarczą z jednej strony i Rządem Danii oraz Rządem Lokalnym Grenlandii z drugiej strony (Dz. U. UE z 1994 r. L 351/16), wątpliwie dokonały odróżnienia spółek *joint venture* od wspólnych przedsięwzięć.

<sup>19</sup> Za uznaniem konsorcjów jako mieszczących się w pojęciu „*joint venture*” opowiada się S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 258; idem, *Prawo...*, s. 123; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 618; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 878; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 603;

nie mające powyższego charakteru, co z kolei stanowi element właściwy m.in. syndykatów i pooli<sup>20</sup>.

Wspólne działania podmiotów niekoniecznie muszą wiązać się z obowiązkiem utworzenia majątku odrębnego od majątków poszczególnych uczestników *joint venture*. Z uwagi na powyższe nie można zgodzić się z poglądem, zgodnie z którym istotnym elementem podejmowanego współdziałania w ramach *joint venture* jest wniesienie wkładów do wspólnej działalności<sup>21</sup>. W wielu przypadkach

---

W. J. Katner, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej. Komentarz do art. 55<sup>1</sup>, LEX/el. 2009, nr 47598; W. Rosener, *Podstawy prawne gospodarki wolnorynkowej*, pod red. M. Luttera, J. Semlera, Warszawa 1997, s. 279 i n.; A. Niewęglowski, *Charakter prawny porozumień o współpracy w dziedzinie prac badawczych*, *Studia Iudicata Lublinesia* 2008, nr 11, s. 193; J. Lic, *Konsorcjum czy spółka cywilna*, cz. I, *Monitor Zamówień Publicznych* 2009, nr 1, s. 14; odmiennie J. Gudowski, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2011, s. 886; K. Golat, R. Golat, *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym*, Warszawa – Jaktorów 2001, s. 211–212; L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, s. 139; R. Szumański, *Ograniczone regulacje prawa holdingowego*, Państwo i Prawo 2001, nr 3, s. 20; P. Siwerski, *Glosa...*; A. Michalak, *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne*. Rozdział IV, pkt 6, LEX/el. 2006, nr 52052; Europejski Bank Centralny w wytycznych nr EBC/2004/18 (2004/703/WE) z dnia 16 września 2004 r. dotyczących dokonywania zamówień na dostawę banknotów euro (Dz. U. UE L 320/21); Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w opinii w sprawie: „Polityka turystyczna a współpraca między sektorem publicznym a prywatnym” (Dz. U. UE z 2005 r. C 74/7); Komisja (UE) w rozporządzeniu nr 1031/2010 z dnia 12 listopada 2010 r. w sprawie harmonogramu, kwestii administracyjnych oraz pozostałych aspektów sprzedaży na aukcji uprawnień do emisji gazów cieplarnianych na mocy dyrektywy nr 203/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we wspólnocie (Dz. U. UE L 302/1); M. Bielecki, *Problematyka powiązań typu dominacja-zależność w k. s. h. – cz. 1 i 2*, *Monitor Prawniczy* 2006, nr 12–13, s. 625, 695, odróżnia „więzy” konsorcjalne od *joint venture*, na których oparte są stosunki pomiędzy przedsiębiorcami, kwalifikowane przez różne dziedziny prawa jako kreujące relacje typu dominacja-zależność.

<sup>20</sup> Za uznaniem syndykatów i pooli jako mieszających się w pojęciu „*joint venture*” opowiada się S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 247, 269 i n.; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 611; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 879; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 603; syndykatów W. J. Katner, w: *Kodeks...*; odmiennie J. Gudowski, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz...*, t. 2, s. 886; A. Michalak, *Ochrona...*

<sup>21</sup> Tak A. Burzyński, *Joint...*, s. 127; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 252, słusznie uznaje, że wspólne działanie, często wymaga odpowiedniej bazy majątkowej, w sensie np. pomieszczeń biurowych i ich wyposażenia czy środków finansowych na pokrycie kosztów powstałych w związku *joint venture*; za brakiem konieczności utworzenia wspólnego majątku pomiędzy uczestnikami konsorcjum opowiada się L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 81.



wyodrębnienie majątku jest zbyteczne. Dotyczy to szczególności sytuacji, w której podmioty podejmujące współpracę nie ponoszą solidarnej odpowiedzialności za zobowiązanie powstałe w związku z realizacją wspólnego przedsięwzięcia.

Po trzecie, podjęta współpraca zmierza do osiągnięcia pewnego wspólnego celu. Pojęcie wspólnego celu oznacza dążenie do osiągnięcia rezultatu będącego wynikiem chociażby częściowej zbieżności interesów współdziałających podmiotów. Każdy z uczestników jest zainteresowany jego osiągnięciem i podporządkowuje swoje działania jego realizacji<sup>22</sup>. Przy czym są one podejmowane przynajmniej częściowo we wspólnym imieniu lub na wspólny rachunek, co wynika z istoty *joint venture*.

Wspólny cel, do osiągnięcia którego dążą uczestnicy *joint venture* nie musi być celem gospodarczym<sup>23</sup>. Pojęcie celu gospodarczego należy odnieść do korzyści mających dającą się określić wartość gospodarczą, którą może stanowić osiągnięcie czy ułatwienie wypracowania zysku lub swoistego „zysku” polegającego na oszczędności wydatków<sup>24</sup>. Natomiast uczestnicy *joint venture* mogą podjąć działania ukierunkowane na urzeczywistnienie wspólnego celu także albo wyłącznie o charakterze np. charytatywnym.

Po czwarte, uczestnicy *joint venture* osiągają wspólne korzyści ze współdziałania w sensie ułatwienia czy w ogóle umożliwienia realizacji przedsięwzięcia, jak i osobne w znaczeniu zaspokojenia ich określonych, indywidualnych potrzeb stanowiących jedną z pobudek podjęcia współpracy<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1070.

<sup>23</sup> Odmienne S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; idem, *Prawo...*, s. 123; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610; A. Szumański, *Pojęcie...*, s. 65; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13; za możliwością braku istnienia wspólnego celu gospodarczego opowiada się A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 881. Biorąc pod uwagę argumenty powoływane przez autora, czyli zachodząca wielokrotnie sytuacja działania uczestników *joint venture* we własnym imieniu i na własny rachunek, które to czynności nie wiążą pozostałych stron oraz osiąganie korzyści gospodarczych przez każdą stronę osobno, wydaje się, że neguje on jeden z podstawowych elementów tego rodzaju współpracy, a mianowicie wspólność celu.

<sup>24</sup> Zob. szerzej na temat pojęcia celu gospodarczego stanowiącego jedną z cech konstytutywnych spółki cywilnej A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1069–1070 i powołana tam literatura; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 550–551.

<sup>25</sup> Na cechę wspólnych korzyści jako charakterystyczną dla współpracy w ramach *joint venture* zwracają uwagę bez szerszego omówienia S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610. Natomiast A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 881, co już zostało zauważone, odnosząc się do korzyści gospodarczych twierdzi, że są one osiągane przez każdą stronę osobno; A. Burzyński, *Joint...*, s. 127–128, powołując się na orzeczenie w sprawie Commercial Lumber Co v. Nelson, 181 Okla. 122, 124 72 P. 2d 82, 83 (1937), wątpliwie uznaje, że *joint*

Po piąte, uczestnicy *joint venture* ponoszą z reguły wspólne ryzyko podejmowanego współdziałania<sup>26</sup> w sensie prawdopodobieństwa nieosiągnięcia zamierzonych efektów czy wystąpienia okoliczności utrudniających realizację wspólnego celu. W samym założeniu, podjęcie współpracy służy m.in. wyłączeniu możliwości zajścia powyższych przypadków. Przeprowadzenie przez dany podmiot samodzielnych działań zmierzających do realizacji określonego przedsięwzięcia byłoby utrudnione albo w ogóle niemożliwe ze względu na brak odpowiedniego potencjału, czyli ryzyko jego niepowodzenia uległoby zwiększeniu.

Natomiast konieczny podział ryzyk, takich jak m.in. ryzyka budowy, dostępności, popytu<sup>27</sup> pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym stanowi cechę konstytutywną współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 1 ust. 2 u. p. p. p.). Kluczową zasadą partnerstwa publiczno-prywatnego jest to, że dane ryzyko w całości lub w większości powinno być przekazane stronie, która jest w stanie najlepiej sobie z nim poradzić<sup>28</sup>. Podkreśleniem istotności podziału ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym jest to, że zgodnie z art. 6 ust. 2 pkt. 1 u. p. p. p. stanowi on jeden z obligatoryjnych kryteriów oceny ofert w toku wyboru partnera prywatnego.

W literaturze wyróżnia się również kolejną, swoistą cechę *joint venture*, a mianowicie działanie uczestników z reguły, ale niekoniecznie pod wspólną firmą<sup>29</sup>. Należy uznać, że działanie pod wspólną firmą jest właściwe dla współpracy łączącej się z powołaniem nowego podmiotu o statusie przedsiębiorcy. Wyjątek

---

*venture* nie powstaje, jeżeli każda ze stron czerpie indywidualne korzyści ze wspólnej działalności, nie uczestnicząc w podziale wspólnego zysku.

<sup>26</sup> Tak, lecz bez szerszej analizy S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610.

<sup>27</sup> W art. 18a ust. 1 u. p. p. p. zostały wymienione, lecz niezdefiniowane ryzyka: budowy, dostępności, popytu. Z kolei art. 18a ust. 2 u. p. p. p. stanowi, że minister właściwy do spraw gospodarki w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych oraz po zasięgnięciu opinii Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego może określić, w drodze rozporządzenia, zakres poszczególnych rodzajów ryzyka oraz czynniki uwzględniane przy ich ocenie, mając na względzie zapewnienie przejrzystości poszczególnych rodzajów ryzyka. Obecnie jedynymi aktami prawnymi, które mogą okazać się pomocne w odniesieniu do kwestii ryzyk są wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, styczeń 2003, s. 63 i n., [www.ppp.gov.pl](http://www.ppp.gov.pl) oraz uchylone już rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U. Nr 125, poz. 868).

<sup>28</sup> Por. Komisja Europejska, Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, s. 63–64.

<sup>29</sup> S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610.

dotyczy sytuacji, w której obowiązek taki wynika z przepisów szczególnych, np. 160 i 205 k. s. h.<sup>30</sup>

## II. *Joint venture* jako zasadnicza podstawa podejmowanej współpracy

W literaturze przyjmuje się, że pojęcie *joint venture* jako forma prawna współpracy gospodarczej stanowi rodzaj umowy łączącej przedsiębiorców<sup>31</sup>. Moim zdaniem, w omawianym przypadku lepsze kryterium wyróżniające stanowi „zasadnicza podstawa podejmowanej współpracy między podmiotami”. Źródło wspólnych zachowań podmiotów z reguły wynika z zawartej między nimi umowy, ale niewyłącznie. Współpraca może zostać bowiem podjęta na skutek zawarcia innego porozumienia lub zdarzenia prawnego, które jest niezależne od woli uczestników.

Porozumienie jest pojęciem szerszym niż umowa. Przede wszystkim dla bytu porozumienia nie jest konieczne istnienie prawnie skutecznego zobowiązania, egzekwowanego przy zastosowaniu prawnych środków przymusu<sup>32</sup>. Taki przypadek będzie zachodził m.in. w odniesieniu do porozumień dżentelmeńskich. W razie niedotrzymania zaciągniętych w ten sposób zobowiązań sprawca nie odpowiada wprawdzie za szkodę wywołaną niewykonaniem umowy, ale naraża się na utratę zaufania lub na wrogię względem niego, lecz dopuszczalne prawem, przeciwdziałania zawiedzionych podmiotów<sup>33</sup>. Przy czym należy uznać, że nie wszystkie zachowania zaliczane do porozumień mogą stanowić wiążącą podstawę podejmowanej współpracy między uczestnikami *joint venture*. Dotyczy to w szczególności zdarzeń, które stanowią dopiero podstawę do dokonania czynności prawnych, czyli czynności przygotowawczych (poprzedzających) zawarcie umowy, takich jak np. listy intencyjne (*letters of intent*). Porozumienie jako wiążąca podstawa współdziałania musi mieć charakter definitywny, a nie jak w przypadku listów intencyjnych wyrażać tylko ogólny zamiar zawarcia umowy

---

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.); dalej k. s. h. Powołane przepisy odnoszą się do spółek kapitałowych nawet w sytuacji, gdy są one podmiotami z grupy *non profit*.

<sup>31</sup> Tak A. Burzyński, *Joint...*, s. 128; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41; R. Stankiewicz, *Joint venture...*, s. 13.

<sup>32</sup> Zob. decyzję Komisji Europejskiej z dnia 13 lipca 1994 r., 94/601/EC, Commission Decision of 13 July 1994 relating to a proceeding under Article 85 of the EC Treaty (Dz. U. UE L 243/1).

<sup>33</sup> S. Włodyka, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 25.

w przyszłości bez konkretyzacji jej warunków. Deklaracje intencji mogą wszakże obejmować pożądane cele, jakie należy osiągnąć, ale nawet, jeżeli wskazują na niektóre treści przyszłej umowy, powinny być traktowane najwyżej jako zaproszenie do zawarcia umowy (art. 71 k.c.<sup>34</sup>)<sup>35</sup>.

Za porozumienie należy uznać zachowania prowadzące do osiągnięcia przez strony konsensusu odnośnie podjęcia współpracy. Osiągnięcie omawianego konsensusu łączy się ze złożeniem zgodnych oświadczeń woli przez uczestników *joint venture*. Jedynie w odniesieniu do porozumień dżentelmeńskich składające się na nie oświadczenia nie mają charakteru oświadczeń woli w ścisłym, cywilnoprawnym tego słowa znaczeniu<sup>36</sup>.

Podjęcie współpracy przez podmioty wiąże się również zasadniczo ze swobodą decyzji co do zawarcia porozumienia, jego formy oraz wyboru kontrahenta (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Należy jednak zauważyć, że swoboda decyzji co do podjęcia współpracy może być wynikiem przymusu wynikającego np. z ekonomicznej sytuacji rynkowej danego podmiotu. Ponadto przepisy niejednokrotnie narzucają określoną formę dla danego porozumienia. Przykład w omawianym zakresie stanowi obowiązek zawarcia umowy konsorcjum w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 23 ust. 4 p. z. p., jeżeli oferta takich wykonawców została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej ich współpracę. Natomiast wybór kontrahenta może być ograniczony najwyżej celem umowy<sup>37</sup>, co oznacza konieczność podjęcia współpracy z podmiotem posiadającym np. wymagany potencjał techniczny, osobowy (kadrowy), ekonomiczny i finansowego czy pożądane doświadczenie lub wiedzę w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia.

Jak już zostało stwierdzone źródło współpracy między podmiotami może stanowić również zdarzenie prawne, które jest niezależne od woli uczestników *joint venture*, np. decyzja administracyjna.

*Joint venture* rozumiane jako zasadnicza podstawa współpracy stanowi umowę, na mocy której strony zobowiązują się do osiągnięcia wspólnego celu poprzez podjęcie współdziałania na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści oraz z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka.

<sup>34</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

<sup>35</sup> A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 865.

<sup>36</sup> S. Włodyka, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 2, s. 25.

<sup>37</sup> A. Kidyba, *Prawo...*, s. 856–857.

### III. *Joint venture* jako określona forma podejmowanej współpracy

#### 1. Istota pojęcia

Przyjęcie kolejnego znaczenia *joint venture* stanowi konsekwencję wynikającą z podstawy podjętej współpracy, która przewiduje albo nie przewiduje utworzenia nowej, wspólnej struktury organizacyjnej. W związku z tym wyróżnia się odpowiednio *joint venture* strukturalne oraz funkcjonalne<sup>38</sup>.

#### 2. *Joint venture* strukturalne

*Joint venture* strukturalne to nowa, wspólna struktura organizacyjna, która niekoniecznie musi posiadać podmiotowość prawną. Przykładem jest spółka cywilna<sup>39</sup>, która co prawda nie jest przedsiębiorcą ani w ogóle podmiotem stosunków cywilnoprawnych, jednak z uwagi na występujące elementy o charakterze organizacyjnym można ją uznać za pewną strukturę organizacyjną, organizację wspólników, pozbawioną jednak odrębnej od nich podmiotowości prawnej. Wskazują na to w szczególności obowiązujące w spółce reguły prowadzenia spraw i reprezentacji, częściowe wyodrębnienie majątku spółki od majątków wspólników przez objęcie go wspólnością łączną, zasady odpowiedzialności za zobowiązania spółki, a także wywoływanie skutków prawnych przez działania jednego wspólnika w ramach prawa do reprezentacji, zarówno wobec pozostałych wspólników, jak i wobec osób trzecich<sup>40</sup>. Na marginesie należy wspomnieć, że spółka cywilna posiada w ograniczonym zakresie podmiotowość podatkową<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Por. S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 247–248 oraz powoływana tam literatura. Autor zwraca uwagę, że *joint venture* strukturalne określane jest również mianem połączeniowego. Natomiast *joint venture* funkcjonalne zwane jest inaczej kooperacyjnym (*cooperative joint venture*) albo umownym (*contractual joint venture*); M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41 oraz R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13, wyróżniają formę strukturalną *joint venture* (*concentrative joint venture*) oraz umowną (*cooperative albo contractual joint venture*).

<sup>39</sup> Zob. szerzej na temat spółki cywilnej w szczególności: A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1067 i n.; A. Herbet, *Spółka...*; idem, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 463 i n.; J. Gudowski, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławski, *Komentarz...*, t. 2, s. 879 i n.; K. Pietrzykowski, w: *Kodeks cywilny*, t. II. *Komentarz do art. 450–1088*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, s. 820 i n.; J. Jezioro, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod. red. E. Gniewka, Warszawa 2011, s. 1392 i n.; L. Siwik, w: M. Podleś, L. Siwik, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2009; M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa polskiego i niemieckiego*, Warszawa 2008; G. Bieniek, *Spółka cywilna. Problematyka prawna*, Zielona Góra 2001; M. Woroniecki, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1997.

<sup>40</sup> A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1067–1068.

<sup>41</sup> Zob. w szczególności art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od

Takiej samej kwalifikacji może podlegać *joint venture* we wspólnotowym prawie przede wszystkim odnoszącym się do problematyki antymonopolowej, na gruncie którego pojęciem „*joint venture*” określa się wspólne przedsiębiorstwo, które najczęściej stanowi nowo utworzona spółka<sup>42</sup>. Na wstępie, konieczne wydaje się zdefiniowanie samego terminu „przedsiębiorstwo” na użytek omawianej materii. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omawianym pojęciem obejmuje się każdą jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania<sup>43</sup>.

---

towarów i usług (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) oraz art. 13 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626 ze zm.).

<sup>42</sup> Zob. w szczególności rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE L 133/1); ogłoszenia Komisji Europejskiej dot. uprzednich zgłoszeń koncentracji: sprawa nr COMP/M.4469 – Scholz/voestalpine/Scholz Austria (Dz. U. UE z 2007 r. C 39/28), sprawa nr COMP/M.4139 – Sony/NEC/JV (Dz. U. UE z 2006 r. C 54/2), sprawa nr COMP/M.4596 – Wärtsilä Technology Oy/Hyundai Heavy Industries Co/JV (Dz. U. UE z 2007 r. C 108/38), sprawa nr COMP/M.4234 – Carlson/One Equity Partners/Carlson Wagonlit (Dz. U. UE z 2006 r. C 130/4); obwieszczenie Komisji Europejskiej w sprawie uproszczonej procedury stosowanej do niektórych koncentracji na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (Dz. U. UE z 2005 r. C 56/32); streszczenie decyzji Komisji Europejskiej z dnia 9 stycznia 2009 r. uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz z funkcjonowaniem Porozumienia EOG, Sprawa COMP/M.5153 – Arsenal/DSP (Dz. U. UE C 227/24); zawiadomienie Komisji Europejskiej w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz. U. UE z 2008 r. C 267/1); S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Rozdział I, pkt 6*, LEX/el. 2010, nr 115034; rozporządzenie Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 9 sierpnia 2008 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu Traktatu (Dz. U. UE L 214/3); wytyczne Urzędu Nadzoru EFTA z dnia 30 listopada 2006 r. w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 53 i 54 Porozumienia EOG (Dz. U. UE C 291/46).

<sup>43</sup> Zob. w szczególności wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 23 kwietnia 1991 r., C-41/90, Klaus Höfner i Fritz Elser v. Macrotron GmbH, pkt 21, European Court Reports 1991/4/I-01979; z dnia 11 grudnia 1997 r., C-55/96, Job Centre Coop. arl, pkt 21, ECR 1997/12/I-07119; z dnia 18 czerwca 1998 r., C-35/96; Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, pkt 36, European Court Reports 1998/7/I-03851; z dnia 23 marca 2006 r., C-237/04, Enirisorse SpA v. Sotacarbo SpA, pkt 3, European Court Reports 2006/3B/I-02843; z dnia 10 stycznia 2006 r., C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, pkt 3, European Court Reports 2006/1A/I-00289; wyrok Sądu (dawniej: Sądu Pierwszej Instancji) z dnia 13 grudnia 2006 r., T-217/03, FNCBV i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich, pkt 2 (Dz. U. UE C 2006/331/32); G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim*

Biorąc pod uwagę powyższe, za *joint venture* należy uznać każdą wspólną jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania podlegającą trwałej, wspólnej kontroli co najmniej dwóch przedsiębiorstw. Warto zauważyć, że przedstawione ujęcie *joint venture* jest również zasadne ze względu na niejednokrotne, zamienne używanie zwrotów „wspólne przedsiębiorstwo” i „wspólny przedsiębiorca”<sup>44</sup>.

Z zaproponowanej przeze mnie definicji *joint venture* wynika, że w ogóle o jego istnieniu można mówić tylko wówczas, gdy powstaje trwała, wspólna kontrola co najmniej dwóch przedsiębiorstw nad innym przedsiębiorstwem<sup>45</sup>. Podstawę wspólnej kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie lub łącznie przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych lub prawnych dają możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo, w szczególności przez:

- 1) własność lub prawo użytkowania całości lub części aktywów przedsiębiorstwa;
- 2) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004).

W odniesieniu do *joint venture* wspólna kontrola istnieje wówczas, gdy dwa lub więcej przedsiębiorstw ma możliwość wywierania decydującego wpływu na inne przedsiębiorstwo. Wywieranie decydującego wpływu oznacza zwykle uprawnienia umożliwiające „zablokowanie” działań, które wyznaczają strategiczne zachowania przedsiębiorstwa<sup>46</sup>.

Biorąc pod uwagę regulację zawartą w rozporządzeniu Rady (WE) nr 139/2004, można wyróżnić *joint venture* o pełnym zakresie funkcji oraz *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji<sup>47</sup>. Dokonanie powyższej klasyfikacji jest

---

*prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 60, słusznie zwraca uwagę, że rozległość materii traktatowej, w której posłużono się pojęciem „przedsiębiorstwa”, wymaga jego odmiennej interpretacji na potrzeby poszczególnych dziedzin prawa.

<sup>44</sup> Zob. m.in. ogłoszenia Komisji Europejskiej dot. zamiaru koncentracji: sprawa COMP/M.5876 – Turmed/RACC/JV (Dz. U. UE z 2010 r. C 171/15, sprawa COMP/M.6555 – Posco/MC/MCHC/JV (Dz. U. UE z 2012 r. C 144/7).

<sup>45</sup> Por. M. Szydło, *Kontrola...*, s. 42; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 14.

<sup>46</sup> Punkt 91 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE C 95/1).

<sup>47</sup> Podobnie M. Szydło, *Stosowanie...*, s. 65–66, używa terminologii „pełnofunkcyjne i niepełnofunkcyjne *joint venture*”. Określeniem „pełnego zakresu funkcji” posługuje się Komisja Europejska w sekcji IV skonsolidowanego obwieszczenia z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw; tak

zasadne, ze względu na podejście prawa europejskiego do nadzoru nad ich tworzeniem.

Utworzenie *joint venture* o pełnym zakresie funkcji, odmiennie niż powołanie do życia *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji, stanowi koncentrację o wymiarze wspólnotowym<sup>48</sup> w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004<sup>49</sup>.

Komisja Europejska w skonsolidowanym obwieszczeniu z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącym kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>50</sup> uznała, że dla spełnienia kryterium pełnego zakresu funkcji wystarczy, gdy *joint venture* jest samodzielne pod względem operacyjnym. Przy dokonywanej ocenie należy wziąć pod uwagę następujące czynniki:

- 1) wystarczające zasoby do samodzielnego działania na rynku,
- 2) działania wykraczające poza jedną konkretną funkcję na rzecz spółek dominujących,
- 3) stosunki sprzedaży ze spółkami dominującymi,
- 4) działanie w sposób trwały.

Oznacza to, że powstanie trwałej, wspólnej kontroli połączone utworzeniem *joint venture* o pełnym zakresie funkcji musi prowadzić do zmian w strukturze zainteresowanych przedsiębiorstw.

Na gruncie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 można dokonać bardziej szczegółowej klasyfikacji, wyróżniając *joint venture* koncentracyjne i koncentracyjno-koordynacyjne<sup>51</sup>. Z pierwszym typem mamy do czynienia wówczas,

---

również na gruncie poprzedniego, nieobowiązującego już obwieszczenia z dnia 2 marca 1998 r. w sprawie pojęcia „wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji” przewidzianego w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE C 66/1).

<sup>48</sup> Koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeżeli są spełnione wymogi kwotowe dotyczące obrotów przedsiębiorstw określone w art. 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004.

<sup>49</sup> Zob. art. 3 ust. 4 oraz art. 2 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004.

<sup>50</sup> Zob. pkt. 94–105 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

<sup>51</sup> W literaturze przedmiotu dokonuje się klasyfikacji wspólnych przedsiębiorców na *joint venture* o charakterze koncentracyjnym i kooperacyjnym – tak E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 144; K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 470–471; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13 oraz M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41, uznają, że „czyste typy” *joint venture* należą do wyjątków, dlatego też można mówić o podmiotach funkcjonalnie niesamodzielnych, tj. o przewadze elementu kooperacji oraz funkcjonalnie samodzielnymi, tj. o przewadze czynnika koncentracji.



gdy *joint venture* pełni w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego przedsiębiorstwa<sup>52</sup> przy jednoczesnym braku koordynacji zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne (art. 3 ust. 4 w zw. z art. 2 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004).

Podstawę dla wyodrębnienia drugiego typu *joint venture* o pełnym zakresie funkcji stanowi art. 2 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004. W myśl powyższego przepisu w stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja taka oceniana jest zgodnie z kryteriami 101 ust. 1 i 3 TFUE w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem. Oznacza to, że zachowania te, mogąc wpływać na handel między Państwami Członkowskimi, nie mogą zostać podjęte w celu lub ze skutkiem zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym, chyba że przyczynia się to do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników znacznej części zysku, który z tego wynika. Komisja, dokonując tej oceny, bierze pod uwagę w szczególności czy dwa lub więcej przedsiębiorstw macierzystych utrzymuje w znaczącym stopniu swą działalność na tym samym rynku co *joint venture* lub na rynku, który stanowi poprzednie lub następne ogniwo albo na sąsiednim, ściśle powiązanym. Ponadto, czy koordynacja będąca bezpośrednim wynikiem utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa daje zainteresowanym przedsiębiorstwom możliwość eliminowania konkurencji w zakresie znacznej części produktów lub usług (art. 2 ust. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004).

Ocena aspektów koncentracyjnych i koordynacyjnych *joint venture* koncentracyjno-koordynacyjnego dokonywana jest w ramach tego samego postępowania prowadzonego na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004. Nie uwzględnia się tutaj rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003<sup>53</sup>, które jest zasadniczo właściwe w przypadku stosowania art. 101 TFUE.

---

<sup>52</sup> W art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 posłużono się określeniem „podmiot gospodarczy”, które jest zbieżne z pojęciem „przedsiębiorstwa” w znaczeniu przyjętym na użytek wspólnotowego prawa antymonopolowego – zob. pkt 92 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Z uwagi na nomenklaturę przyjętą w prawie polskim w niniejszym opracowaniu posługuję się pojęciem „przedsiębiorstwa”.

<sup>53</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. U. UE z 2003 r. L 1/1); dalej rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003.

Na gruncie przepisów wspólnotowych możliwe jest również wyodrębnienie *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji. Swoistą jego cechą stanowi brak pełnienia w sposób trwały wszystkich funkcji samodzielnego przedsiębiorstwa. Powstanie *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji nie stanowi w ogóle koncentracji w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004. W związku z tym ocena aspektów jego tworzenia jest dokonywana na podstawie art. 101 i 102 TFUE oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003.

Jak już zostało stwierdzone, *joint venture* strukturalne może stanowić także powołana przez uczestników nowa, wspólna struktura organizacyjna posiadająca podmiotowość prawną, która niekoniecznie musi posiadać status przedsiębiorcy. Powyższy przypadek będzie zachodził w sytuacji podjęcia przez uczestników współdziałania zmierzającego do osiągnięcia wspólnego celu wyłącznie o charakterze niegospodarczym, np. charytatywnym, kulturalnym, na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści oraz z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka, łączącego się z zawiązaniem np. spółki kapitałowej czy stowarzyszenia.

Z kolei *joint venture* strukturalne posiada status przedsiębiorcy, jeżeli uczestnicy tworzą np. spółkę osobową, kapitałową (w tym europejską) ukierunkowaną na osiągnięcie przychodów, czy stowarzyszenie prowadzące działalność gospodarczą, spółdzielnię (również europejską), europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych. Również powołanie do życia *joint venture* w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, czyli wspólnego przedsiębiorcy, spowoduje wspomnianą konsekwencję. Utworzenie *joint venture* przez dwóch lub więcej przedsiębiorców stanowi przypadek koncentracji w rozumieniu omawianej regulacji, który zgodnie z art. 13 ust. 2 u. o. k. k. podlega obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Powyższa konieczność zachodzi w sytuacji, gdy:

- 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub
- 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro.

W tym miejscu warto odnieść się do uprzednio poczynionych rozważań dotyczących *joint venture* we wspólnotowym prawie antymonopolowym, za które należy uznać każdą, wspólną jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania podlegającą trwałej, wspólnej kontroli co najmniej dwóch przedsiębiorstw. Natomiast w polskim

prawie antymonopolowym omawianym terminem określa się wspólny podmiot będący przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) u. o. k. k. W związku z tym, utworzenie *joint venture* na gruncie omawianej ustawy łączy się zawsze z powstaniem osoby prawnej lub osobowej spółki handlowej<sup>54</sup>. Przy czym tak jak we wspólnotowym prawie antymonopolowym, przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa w ujęciu podmiotowym) biorący udział w jego utworzeniu zachowują swój status.

Ponadto dla omawianej formy koncentracji na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bez znaczenia pozostaje to, czy utworzenie wspólnego przedsiębiorcy w efekcie doprowadza do powstania nad nim wspólnej kontroli sprawowanej przez uczestników<sup>55</sup>. Oznacza to, że odmiennie niż na gruncie wspólnotowego prawa antymonopolowego można mówić o samym zjawisku koncentracji, jak i w ogóle o *joint venture*, w sytuacji samego utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, bez względu jak następnie będzie on kontrolowany.

Z uwagi na powyższe, należy uznać, że wspólnotowe pojęcie *joint venture* jest ujmowane szerzej<sup>56</sup>. W związku z tym przedstawiona przeze mnie klasyfikacja na użytek wspólnotowego prawa antymonopolowego nie będzie miała zastosowania na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Tak również A. Wierciński, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, Warszawa 2011, s. 425. Wątpliwości budzi stanowisko, zgodnie z którym *joint venture* jako wspólny przedsiębiorca w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może zostać zorganizowane w formie spółki cywilnej – tak E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 144; K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 469.

<sup>55</sup> A. Wierciński, w: *Ustawa...*, s. 426.

<sup>56</sup> Odmiennie R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 17, który uznaje, że pojęcie „wspólnego przedsiębiorcy” występujące w art. 13 ust. 2 pkt 3 u. o. k. k. jest „funkcjonalnie zbieżne” do zawartego w rozporządzeniu Rady (WE) nr 139/2004 pojęcia „*joint venture* o pełnym zakresie funkcji”; podobnie M. Szydło, *Kontrola...*, s. 45.

<sup>57</sup> Tak również A. Wierciński, w: *Ustawa...*, s. 426; odmiennie K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 472; C. Banasiński, M. Bychowska, B. Cebula, K. Dolińska, R. Kamiński, M. Kanak, K. Karasiewicz, M. Mrówka, M. Orzeł-Kołodziejczyk, E. Piontek, K. Pomorska, K. Rózewicz-Ładoń, A. Sekinda, M. Stec, N. Szadkowski, I. Szewczyk, W. Szymczak, E. Witkowska-Grochowalska, Ł. Wroński, P. Zagaj, A. Zawłocka, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Piontki, Warszawa 2009, s. 341, uznają, że polska ustawa antymonopolowa nie przewiduje warunku trwałego spełnienia wszystkich funkcji samodzielnego przedsiębiorcy przez *joint venture*. W związku z tym autorzy uznają, że reżimowi z art. 13 u. o. k. k. podlegają wszystkie typy *joint venture* wyróżniane na gruncie wspólnotowego prawa antymonopolowego; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 16 i 17, uznaje, że obowiązkowi zgłoszenia podlegają wyłącznie formy aktywności przedsiębiorców, które wykazują cechy właściwe określonym w europejskim prawie konkurencji *concentrative joint venture*, czyli poddane regulacji rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004.

Jednak usiłując się do niej odnieść, można jedynie stwierdzić, że w polskim prawie antymonopolowym pojęcie będące przedmiotem niniejszego opracowania obejmuje wyłącznie wspólnotowe rozumienie *joint venture* o pełnym zakresie funkcji, w sytuacji, gdy utworzony wspólny podmiot posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) u. o. k. k.<sup>58</sup> Natomiast definitywnie należy uznać, że obowiązek zgłoszenia zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy o niepełnym zakresie funkcji nie znajduje w ogóle jakiegokolwiek poparcia w ustawie.

### 3. *Joint venture* funkcjonalne

Cechą charakterystyczną *joint venture* funkcjonalnego jest brak powołania przez uczestników podejmujących współpracę odrębnej, wspólnej struktury organizacyjnej. Powyższe jest szczególnie widoczne w sytuacji zawarcia przez strony umowy poolu będącej typem umowy *joint venture*. Stanowi ona zobowiązanie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców do gromadzenia we wspólnym zasobie praw podmiotowych, zysków bądź ryzyk w celu wspólnego wykonywania praw względnie podziału majątku albo ryzyk według przyjętego w umowie klucza<sup>59</sup>. Jak podkreśla się w doktrynie, mechanizm poolu wyczerpuje się w po-

---

<sup>58</sup> M. Szydło, *Kontrola...*, s. 45 oraz R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 17, z niewiadomych przyczyn twierdzą, że desygnaty przedsiębiorcy zawarte w art. 4 pkt 1 lit. a) u. o. k. k. nie posiadają znaczenia z punktu widzenia tworzenia wspólnych przedsiębiorców. Za wystarczające uznają określone w art. 4 pkt 1 u. o. k. k. Oznacza to, że w ujęciu autorów *joint venture* musi posiadać status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Natomiast nie może być osobą prawną czy jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

<sup>59</sup> A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 879, s. 625; zob. na temat różnych rodzajów pooli w szczególności idem, s. 879, 928 i n. oraz powoływana tam literatura; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 273–274; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 626–627; A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 112; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 610; S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 314–315; pkt 36, 60–77 Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do sektora usług transportu morskiego z dnia 26 września 2008 r. (Dz. U. UE. C 245/2); M. Żak, *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 12 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi oraz o zmianie innych ustaw. Komentarz do art. 97, LEX/el. 2005, nr 7781*; Pismo Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 12 czerwca 2008 r., IBPB3/423–489/08/AM, Ustalenie wysokości odsetek od wewnętrznego oprocentowania rachunków w związku z realizacją umowy cash pool, [www.mofnet.gov.pl](http://www.mofnet.gov.pl); M. Bazylczuk, *Umowa konsolidacji rachunków bankowych (cash pooling) na tle ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych – wybrane zagadnienia*, Doradztwo Podatkowe 2007, nr 4, s. 16 i n.; D. Fuchs, w: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, t. II. *Komentarz do art. 9 rozporząd-*

rozumieniu między uczestnikami, co czyni zbędnym powołanie wyodrębnionej struktury organizacyjnej<sup>60</sup>.

Również w konsekwencji zawarcia umowy konsorcjum stanowiącej typ umowy *joint venture*, współdziałanie uczestników może mieć charakter funkcjonalny. Co prawda umowa konsorcjum z reguły kwalifikowana jest jako umowa spółki cywilnej<sup>61</sup>, ale zwraca się również uwagę na to, że może ona zostać ukształtowana w taki sposób, że nie będzie spełniać przesłanek z art. 860 i n. k. c.<sup>62</sup>. W przypadku, gdy stanowi ona umowę nienazwaną, współdziałanie uczestników przybiera z reguły właśnie wspomniany charakter funkcjonalny, od którego nie stanowi wyjątku sytuacja, w której na mocy umowy konsorcjum albo w inny właściwy sposób, powołuje się spośród podmiotów podejmujących współpracę tzw. lidera. Kompetencje lidera mogą obejmować w szczególności reprezentację wszystkich uczestników<sup>63</sup> czy koordynację ich wspólnych działań. W związku z tym, wątpliwości budzi stanowisko, zgodnie z którym lider konsorcjum uzyskuje w stosunku do pozostałych uczestników pozycję dominującą w tym sensie, iż uzyskuje on zwykle wpływ na ich działalność gospodarczą<sup>64</sup>. Moim zdaniem użycie zwrotu „pozycja dominująca” jest nieodpowiednie, przede wszystkim ze względu na to, że zadania lidera mogą zostać powierzone także osobie trzeciej. Uczestnicy nie posiadają w żadnym stopniu pozycji zależnej od lidera, a tym

---

*dzienia Rady (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych* pod red. Z. Brodeckiego, M. Glicz, M. Serwach, LEX/el. 2010, nr 64010, w odniesieniu do omawianych w pracy zagadnień utożsamia pool z konsorcjum ubezpieczeniowym; A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011, s. 64 uznaje, że na gruncie regulacji przewidzianej w tytule 15 § 78a Kodeksu Stanów Zjednoczonych (ang. *United States Code*) pool oznacza wpływanie na ceny poprzez operacje dokonywane przez osoby działające w porozumieniu, który w Polsce w ujęciu autora z niewiadomych przyczyn zwany jest spółdzielnią.

<sup>60</sup> Zob. A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 879; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 273; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 625; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 610.

<sup>61</sup> Tak S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 258; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 618, którzy dodatkowo wskazują, że umowa konsorcjum stanowi ewentualnie spółkę jawną; w odniesieniu do konsorcjum bankowego I. Heropolitańska, E. Borowska, *Kredyty i gwarancje bankowe*, Warszawa 1996, s. 61.

<sup>62</sup> Zob. A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 604 i powoływana tam literatura; L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 140 i n.; J. A. Strzępka, *Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne*, *Monitor Prawniczy* 2012, nr 14, s. 738; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 883.

<sup>63</sup> Zob. w szczególności art. 23 ust. 1 i 3 p. z. p., który dopuszcza możliwość tworzenia konsorcjów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz statuuje obowiązek ustanowienia przez nich pełnomocnika.

<sup>64</sup> Tak S. Włodyka, *Prawo...*, s. 124–125.

bardziej od osoby trzeciej. Oczywiście czynności podejmowane przez omawiane podmioty wywierają wpływ na współpracę wszystkich uczestników konsorcjum, ale nie jest to wpływ decydujący, co w moim przekonaniu stanowi zasadniczą cechę dominacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy bezsprzecznie uznać, że powołanie przez uczestników konsorcjum lidera, jak również osoby trzeciej, której przysługują tożsame kompetencje, nie stanowi utworzenia nowej, odrębnej struktury organizacyjnej zmierzającej do realizacji wspólnego celu przez współpracujących uczestników, czyli nie jest kryterium kwalifikującym *joint venture* jako strukturalne. W omawianym przypadku również nie zachodzi negacja czysto funkcjonalnego charakteru *joint venture*<sup>65</sup>, ponieważ w stosunkach różnego rodzaju powszechnie korzysta się z „pomocy” różnych podmiotów.

#### 4. Spółka *joint venture*

W obrocie prawnym funkcjonuje również niejednolicie ujmowane pojęcie „spółki *joint venture*”, w literaturze rozumiane jako typ<sup>66</sup> albo forma prawna<sup>67</sup> właściwa dla zjawiska współpracy gospodarczej.

Wątpliwości budzi stanowisko, zgodnie z którym w pełni uzasadnione jest posługiwanie się terminem „spółka *joint venture*” na określenie każdego umownego współdziałania dwóch lub więcej przedsiębiorców dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego<sup>68</sup>. Pomijając kwestie zakresu podmiotowego pojęcia *joint venture* oraz wspólnego celu, co zostało uprzednio omówione, moim zdaniem takie rozumienie omawianego pojęcia jest zbyt szerokie. Skutkuje bowiem uznaniem za spółki *joint venture* m.in. spółdzielni czy stowarzyszeń.

<sup>65</sup> Odmienne ibidem, s. 124.

<sup>66</sup> Tak S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 250; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 613.

<sup>67</sup> Tak w odniesieniu do *joint venture corporation* (JVC) A. Burzyński, *Joint...*, s. 129. Autor utożsamia JVC ze spółką akcyjną lub z ograniczoną odpowiedzialnością, której cechą charakterystyczną jest bardzo silna rola elementu osobowego; podobnie M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41, uznaje za JVC wspólne przedsiębiorstwo posiadające odrębną osobowość prawną, w formie spółki kapitałowej; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 878, wyraża pogląd, zgodnie z którym partnerzy zainteresowani wyodrębnieniem wspólnej działalności tworzą zwykle spółkę kapitałową, najczęściej z ograniczoną odpowiedzialnością, która jest określana mianem spółki *joint venture*.

<sup>68</sup> Tak S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 250; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 613; J. Szwaia, *Recenzja monografii S. Włodyki, Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, opublikowana w Monitorze Prawniczym 2001, nr 10, s. 545; podobnie A. Szumański, *Ustawa...*, s. 32. Autorzy w istocie utożsamiają pojęcia „spółki *joint venture*” z „*joint venture*” – na ową wątpliwą klasyfikację zwraca uwagę również A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 603.

Termin „spółka *joint venture*” jest również używany dla określenia współpracy międzynarodowej<sup>69</sup>. Nie można jednak stwierdzić, że stanowi on synonim spółki z udziałem zagranicznym. Słusznie wskazuje się bowiem, że nie ma obecnie w systemie prawnym żadnych podstaw dla takiego uznania<sup>70</sup>. Wydaje się, że lepsze określenie mogłaby stanowić „spółka z udziałem wspólnika będącego osobą zagraniczną w rozumieniu art. 5 pkt 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej”.

Jednak moim zdaniem, należałoby uznać, że termin spółka *joint venture* stanowi właściwe określenie wyłącznie dla typu współpracy dwóch lub więcej podmiotów polegającego na podjęciu współdziałania zmierzającego do osiągnięcia wspólnego celu na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści, z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka oraz przy jednoczesnym wykorzystaniu elementów konstrukcji powiązań gospodarczych charakterystycznych spółkom. Oznacza to, że na gruncie prawa polskiego spółka *joint venture* może przybrać formę prawną spółki cywilnej lub handlowej. Dopuszczalne jest również w granicach swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. połączenie

---

<sup>69</sup> Zob. w szczególności art. 13 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Rady (UE) nr 36/2012 z dnia 18 stycznia 2012 r. w sprawie środków ograniczających w związku z sytuacją w Syrii oraz uchylające rozporządzenie (UE) nr 442/2011 (Dz. U. UE. L 16/1); pkt 22 preambuły, art. 6 lit. c), art. 11 ust. 1 decyzji Rady (UE) nr 2010/413/WPZiB z dnia 26 lipca 2010 r. w sprawie środków ograniczających wobec Iranu i uchylającej wspólne stanowisko 2007/140/WPZiB (Dz. U. UE. L 195/39); art. 4 ust. 2 lit. b) umowy ramowej z dnia 2 kwietnia 1990 r. o współpracy handlowej i gospodarczej między Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Republiką Argentyńską (Dz. U. UE. L 295/67); art. 15 ust. 1 trykt 4 umowy z dnia 11 maja 1992 r. między Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Republiką Albanii w sprawie wymiany handlowej oraz współpracy handlowej i gospodarczej (Dz. U. UE. L 343/2). W literaturze z zakresu ekonomii i zarządzania również samo pojęcie „joint venture” używane jest dla określenia współpracy międzynarodowej – zob. R. Oczkowska, *Joint venture jako strategia wejścia przedsiębiorstw zagranicznych na polski rynek. Koncepcja marketingowa*, Kraków 2005, s. 83 i n. oraz powoływana tam literatura.

<sup>70</sup> Tak A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 878; odmiennie Izba Skarbowa w Łodzi, Pismo z dnia 22 września 2011 r., IPTPB1/415–63/11–2/DS, [www.mofnet.gov.pl](http://www.mofnet.gov.pl); R. Szczesny, *Zarząd w spółkach kapitałowych. Rozdział X, pkt 7*, LEX/el. 2004, nr 43576, którzy pomimo uchylecia ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz. U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143 ze zm.) mocą art. 99 pkt 3 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.) utożsamiają „spółkę *joint venture*” ze „spółką z udziałem zagranicznym”; natomiast S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 250 oraz S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 613, z niewiadomych przyczyn rozpatrują nieobowiązującą ustawę o spółkach z udziałem zagranicznym i wskazują, że na jej podstawie tworzone są spółki mieszane o charakterze krajowo-zagranicznym, ale także zagraniczne spółki jednoosobowe lub wieloosobowe, które nie stanowią w ogóle formy współpracy (kooperacji) gospodarczej.

elementów ich konstrukcji, prowadzące w konsekwencji do powstania niejako formy mieszanej.

W tym miejscu warto zwrócić również uwagę na uprzednio wspomnianą regulację z zakresu zamówień publicznych, w której funkcjonuje pojęcie „spółki *joint venture* z udziałem podmiotów zamawiających”, czyli spółki posiadające podmiotowość prawną, utworzonej przez zamawiających. Posiadanie wspomnianej podmiotowości prawnej uwarunkowane jest brzmieniem art. 136 ust. 2 i 3 p. z. p., w którym ustawodawca posługuje się określeniem „podmiot utworzony przez zamawiających”. Oznacza to, że w prawie polskim omawianym terminem obejmuje się spółkę osobową albo kapitałową utworzoną przez zamawiających. Jedyną spółkę handlową, która z pewnością nie mieści się w pojęciu będącym przedmiotem niniejszych rozważań, stanowi spółka partnerska, z uwagi na to, że jest ona tworzona przez wspólników (partnerów) będących tylko osobami fizycznymi, w celu wykonywania jednego lub więcej wolnych zawodów określonych w art. 88 k. s. h. (*numerus clausus*).

## Podsumowanie

„*Joint venture*” jest pojęciem bardzo wieloznacznym i trudno przypisać mu jednolite określenie. Powyższe uwarunkowane jest przede wszystkim tym, że termin będący przedmiotem niniejszego opracowania stanowi określenie właściwe dla materii zarówno prawa publicznego, jak i prywatnego. Po pierwsze, *joint venture* może być rozumiane jako typ współpracy podmiotów prawa polegający na podjęciu współdziałania zmierzającego do osiągnięcia wspólnego celu na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści oraz z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka.

Po drugie, *joint venture* jako zasadnicza podstawa kooperacji stanowi umowę, na mocy której strony podejmują współpracę przy uwzględnieniu elementów właściwych, uprzednio wymienionych dla tego typu współpracy. Należy jednak pamiętać, że źródło wspólnych zachowań podmiotów może wynikać z innego zawartego porozumienia bądź zdarzenia prawnego, które jest niezależne od woli uczestników.

Po trzecie, *joint venture* jako forma podejmowanej współpracy oznacza nowo utworzoną wspólną strukturę organizacyjną, która poniekąd wyręcza uczestników ją tworzących w ich wspólnym działaniu (*joint venture* strukturalne) lub powiązanie uczestników o charakterze niezinstytucjonowanym (*joint venture* funkcjonalne)<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Por. S. Włodyka, *Prawo...*, s. 123.



W odniesieniu do używanego w obrocie pojęcia „spółka *joint venture*” należy opowiedzieć się za dopuszczalnością jego stosowania wyłącznie dla typu współpracy dwóch lub więcej podmiotów opartej na wykorzystaniu elementów konstrukcji powiązań gospodarczych charakterystycznych spółkom.

## THE CONCEPT OF THE *JOINT VENTURE*

The article encompasses an analysis of non-uniformly concept of *joint venture*, which is located in co-operative issues, taking Polish and European regulations under consideration. The considerations present three aspects – *joint venture* as a type of co-operation, the general foundation and the specified form of co-operation.

As a type of entities co-operation means co-operation, which aims to attainment a common target under conditions, which ensures common and individual benefit. In this case entities usually incur common risk.

As the general basis of the cooperation is the agreement whereby the parties take up cooperate, taking into account the elements relevant to this type of co-operation.

As a form of co-operation is a new common structure or non institutional connection. This study has also raised the issue of „*joint venture* company”, which is the only appropriate term for a type of entities co-operation based on the use of elements of construction for companies.