

RAJMUND MOLSKI

KARTELE EKSPORTOWE W ŚWIETLE PRAWA OCHRONY KONKURENCJI

I. POJĘCIE I CECHY KARTELI EKSPORTOWYCH

Kartele eksportowe są to porozumienia między przedsiębiorstwami¹ działającymi w tej samej branży gospodarki, których celem jest ograniczanie (czy wręcz eliminowanie) wzajemnej konkurencji w eksporcie oferowanych przez nie towarów (usług) na jeden lub więcej rynków zagranicznych². Chodzi o przedsięwzięcia koordynacyjne między niezależnymi przedsiębiorstwami, które zastępują ich suwerenne decyzje dotyczące eksportu towarów lub usług na rynki zagraniczne uzgodnieniem w sprawie cen, wielkości produkcji lub innych parametrów działalności gospodarczej. Nie wszystkie zatem porozumienia kooperacyjne między eksporterami uznaje się za kartele eksportowe. Tradycyjnie pojęcie to rezerwuje się dla porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji (osiągane w wyniku praktyk o charakterze kartelowym). W konsekwencji kwalifikacja, czy porozumienie jest kartelem eksportowym, powinna obejmować ocenę jego struktury, celów i skutków³.

Kartele eksportowe tradycyjnie klasyfikuje się jako horyzontalne ograniczenie konkurencji, mające na celu zwiększenie zysków ich uczestników⁴. Motyw ten nie jest jednak nieodłączną cechą opisywanych karteli. Przykładowo, w Japonii kartele eksportowe skupiały w większości małe i średnie przedsiębiorstwa z sektorów relatywnie nisko skoncentrowanych. Badania empiryczne nie wykazały, iżby zasadniczym celem tych karteli było maksymalizowanie zysków poprzez ograniczenie konkurencji. Celem ich było ra-

¹ Z uwagi na globalny wymiar problematyki poruszanej w niniejszym artykule, przyjęto w nim zasadniczo terminologię stosowaną powszechnie w większości rozwiniętych systemów prawnej ochrony konkurencji, a także dokumentach prawnomiędzynarodowych. Używany tam (w angielskiej wersji językowej) termin *undertaking* w polskiej literaturze przedmiotu przyjęło się tłumaczyć jako: *przedsiębiorstwo*, nie zaś – *przedsiębiorca*, którego legalne definicje (składnad rozbieżne!) zawierają polskie ustawy: 1) z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 ze zm.) oraz 2) z 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.). W szerokim zatem kontekście, wykraczającym poza polski porządek prawny, stosowane będzie utrwalone już w naszym języku prawniczym pojęcie: *przedsiębiorstwo*, natomiast w odniesieniu do zagadnień osadzonych na gruncie prawa polskiego używane będzie ustawowe określenie: *przedsiębiorca*.

² W rozważaniach poświęconych kartelom eksportowym zakłada się często *implicite*, że tworzą je przedsiębiorstwa z jednego kraju. Nawet jeśli jest to regułą, to nie jest to immanentne znamię tego rodzaju karteli (ich uczestnikami mogą być bowiem firmy z więcej niż jednego kraju); zob. F. Amato, *International Antitrust: What Future?*, „World Competition” 2001, t. 24(4), s. 455; S. J. Evenett, *Can Developing Economies Benefit from WTO Negotiations on Binding Disciplines for Hard Core Cartels?*, World Trade Institute, Bern 2003, s. 9.

³ *Competition and Trade Policies. Their Interaction*, OECD 1984, s. 11.

⁴ A. Jacquemin, T. Nambu, I. Dewez, *A Dynamic Analysis of Export Cartels: The Japanese Case*, „Economic Journal” 1981, t. 91, s. 685 i n.

czej ułatwianie substytucji konkurencji cenowej konkurencją niecenową. Ale już np. w USA z regulacji legalizujących kartele eksportowe (tj. *Webb-Pomerene Act* z 1918 r. i *Export Trading Company Act* z 1982 r.) korzystały z reguły głównie duże przedsiębiorstwa, i to z relatywnie wysoko skoncentrowanych sektorów przemysłu⁵. *Nota bene*, dosyć zaskakującym może wydać się fakt, że formalnie zarejestrowane zrzeszenia eksportowe (kojarzone powszechnie z kartelami eksportowymi) obejmują obecnie relatywnie niewielką część eksportu amerykańskiego⁶.

W kontekście powyższego zaznaczyć należy, że nie wszystkie kartele eksportowe są szkodliwe (*per saldo*, a nawet z punktu widzenia kraju importu). Poprzez podniesienie efektywności i prokonkurencyjny wpływ na eksport z kraju pochodzenia, mogą okazać się korzystne także dla konsumentów w kraju importu⁷. W szczególności dotyczy to karteli o charakterze racjonalizacyjnym, których przedmiotem jest współpraca badawczo-rozwojowa (*R&D cartels*), zapewniająca efekt synergii i dynamiczny wzrost wydajności (kartele tego rodzaju mogą być korzystne zwłaszcza dla tzw. krajów rozwijających się). Prokonkurencyjny efekt może towarzyszyć także kartelom tworzonym przez małe i średnie firmy (dzięki ekonomii skali mogą one skutecznie konkurować z przedsiębiorstwem dominującym na rynku).

Z kolei pewne formy karteli (zarówno krajowych, jak i eksportowych) wywołują szczególnie negatywne skutki dla funkcjonowania rynku, stąd przyjęło się je określać mianem „twardych” (*hardcore cartels*)⁸. W niektórych systemach ochrony konkurencji kwalifikuje się je jako przestępstwa kryminalne (zagrożone karą więzienia). *Zalecenia Rady OECD z 1998 r. w sprawie skutecznych działań przeciwko twardym kartelom*⁹ odnoszą to pojęcie do antykonkurencyjnych porozumień, uzgodnionych praktyk i podobnych form współpracy konkurentów, której przedmiotem jest: a) ustalanie cen; b) ustalanie lub ograniczanie wielkości produkcji (sprzedaży lub skupu); c) ustalanie warunków ofert, d) podział rynku – z wyjątkiem porozumień nie podlegających prawu państwa członkowskiego (OECD) lub tamże zalegalizowanych (wyjątki te obwarowano warunkami: wyłączenia muszą być przejrzyste, proporcjonalne, cyklicznie weryfikowane i notyfikowane)¹⁰. W zaleceniach nie zdefiniowano poszczególnych form „twardych” karteli, mając świadomość, że definicje takie są przedmiotem różniących się często uregulowań krajowych systemów prawnych. W efekcie nie ma jednej uniwersalnej, międzynarodowej definicji „twardych” karteli.

⁵ F.M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, Washington 1994, s. 45.

⁶ *Ibidem*, s. 46.

⁷ A.R. Dick, *Are Export Cartels Efficiency-enhancing or Monopoly-promoting: Evidence from the Webb-Pomerene Experience*, „Research in Law and Economics” 1992, t. 14, s. 89-127.

⁸ To właśnie ta grupa karteli wykazuje najbliższe konotacje z kategorią postępku złego samego w sobie (*malum in se*), czy też – jak to określano w literaturze – naruszającego „prawa boskie” (*the laws of God*); zob. R.H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, „Hastings Law Journal” 1982, t. 34, s. 115-116.

⁹ *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, OECD 1998, [C(98)35/FINAL], s. 3.

¹⁰ Podobna, choć szersza i mniej przejrzystą formułę „twardych” karteli przyjęto w dokumentach UNCTAD.

Kartel (także eksportowy) pomimo tego, że nosi cechy *quasi*-monopolu, w istocie nim nie jest, gdyż równie silną jak dążenie do współdziałania, jest skłonność jego uczestników do wyłamywania się z uzgodnionego porozumienia w nadziei na zwiększenie udziału w rynku i zysków¹¹. W celu zapobieżenia nadużyciom w obrębie samego kartelu (w tym tworzenia *sui generis* karteli w kartelach), porozumienie kartelowe może przewidywać sankcje za złamanie przyjętych w nim reguł (np. okresowe obniżenie cen lub zwiększenie sprzedaży w celu ukarania niezdyscyplinowanego uczestnika porozumienia). Byt oraz powodzenie kartelu zabezpiecza się też często specyficznym mechanizmem kompensacji. Polega on na tym, że uczestnik porozumienia, który przekroczył należny mu udział w sprzedaży towaru zobowiązany jest na koniec roku zrekompensować innym uczestnikom niewykorzystaną część ich udziałów, poprzez wykup od nich odpowiedniej ilości towarów¹². Ryzyko nadużyć wewnątrz kartelu ogranicza również objęcie uzgodnieniem większej liczby parametrów, niż tylko cen (np. podziału rynku, wymiany informacji, wielkości sprzedaży), a nawet przyjęcie swoistej „klauzuli najwyższego uprzywilejowania” (gwarantuje ona, że uczestnik kartelu nie będzie dokonywał sprzedaży innym nabywcom poniżej ustalonej ceny). Dla przeciwdziałania zachowaniom oportunistycznym (czy nawet nadużyciom) wewnątrz kartelu, powołuje się czasem ciała zarządzające, uprawnione do przeprowadzania audytów sprawozdań finansowych i danych dotyczących sprzedaży przez uczestników kartelu¹³. Członkowie kartelu nie wypełniający obowiązków sprawozdawczych mogą być karani finansowo, a w wyjątkowych przypadkach nawet z niego eliminowani. Jeżeli takich sankcji lub mechanizmu dyscyplinującego nie przewidziano, naturalną jest tendencja do destabilizacji czy nawet samodestrukcji kartelu, gdyż jego uczestnicy wykazują skłonności do maksymalizowania swoich zysków bez względu na przyjęte uzgodnienia. Jedną z najczęstszych przyczyn samorzutnego rozpadu karteli są zresztą oportunistyczne zachowania ich uczestników (oszustwa i konflikty na tle podziału rynku)¹⁴.

W niektórych krajach, np. w Japonii, porozumienia kartelowe (legalne) są prawnie skuteczne, choć w większości krajów odmawia się im tego przy-

¹¹ Fundamentem teorii karteli jest teza o ich niestabilności, oparta na koncepcji tzw. dylematu więźnia w ramach teorii gier. W świetle tej koncepcji, dominującą (indywidualną) strategią uczestników kartelu jest współzawodnictwo (konkurowanie), mimo że bardziej korzystne byłoby dla nich (jako grupy) uzgodnienie (ukartowanie) ceny i respektowanie tego uzgodnienia – szerzej w tej kwestii K.N. Hylton, *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press 2003, s. 68-73.

¹² Zob. W.J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*, [w:] Materiały z konferencji *Corporate Compliance 2002 Conference*, Practising Law Institute, San Francisco, 12 VII 2002, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.pdf>, s. 9-10.

¹³ A.R. Dick, *When Cartel Stable Contracts?*, „Journal of Law and Economics” 1996, t. 39, nr 1, s. 246.

¹⁴ Zob. R.A. Cass, K.N. Hylton, *Antitrust Intent*, „Southern California Law Review” 2001, t. 74, s. 703. Stabilność kartelu mogą osłabiać, różnymi zresztą metodami, także jego klienci (np. informując, nawet niezgodnie z prawdą, o nadużyciach popełnianych przez jednego z uczestników kartelu pozostałych, albo też dokonując zakupów za pośrednictwem pojedynczego agenta, który dzięki pozycji monopolistycznej może doprowadzić do powstania w ramach kartelu koalicji skłonnych do separatystycznych transakcji) – zob. ibidem oraz K.N. Hylton, op. cit., s. 72. Wśród innych czynników destabilizacji czy nawet dezintegracji karteli wymienia się: przyczyny polityczne, pojawienie się substytutów towarowych oraz zmiany technologiczne. Szerzej M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *What Determines Cartel Success?* [w:] P. Grossman (red.), *How Cartels Endure and How They Fail: Studies of Industrial Collusion*, Edward Elgar, Cheltenham (w druku), dostęp pod adresem <http://www.unix.oit.umass.edu/~maggiel/Grossman.pdf>, s. 10.

miotu¹⁵. Przykładowo, w USA istnieją regulacje legalizujące kartele eksportowe, jednakże porozumienia te nie są egzekwowalne przed sądami. Uczestnicy kartelu eksportowego muszą zatem wykształcić własny mechanizm egzekwowania przyjętych w jego ramach zobowiązań. Głównym problemem karteli jest zresztą monitorowanie i korygowanie naruszeń tych zobowiązań. Sukces kartelu zależy w dużej mierze od tego, w jakim stopniu jest on w stanie uporać się z tym problemem¹⁶.

Od karteli eksportowych należy odróżnić tzw. dobrowolne ograniczenia eksportu (VER – akronim od *voluntary export restraints*¹⁷), stosowane w prawie handlu międzynarodowego (*international trade law*). Wprawdzie mogą one wywoływać skutki podobne do karteli eksportowych, jednakże z reguły nie podlegają prawu ochrony konkurencji bądź to z powodów jurysdykcyjnych, bądź ze względu na zaangażowanie administracji publicznej w ich tworzenie lub implementowanie. Wszelako również niektóre typowe kartele eksportowe są zatwierdzane przez władze kraju eksportu na wniosek krajów importu (w celu ograniczenia eksportu). W tych przypadkach kartele eksportowe przypominają już bardzo wyraźnie VER¹⁸.

Dobrowolne ograniczenia eksportu różnią się od karteli eksportowych tym przede wszystkim, że nie są formowane w celu eksploataowania siły rynkowej, ale raczej dla uniknięcia interwencji protekcyjnej kraju importu (w postaci ograniczeń importowych). Skoro jednak całkowity wolumen eksportu w ramach VER może być dzielony między kilku producentów, porozumienia tego rodzaju mogą sprzyjać zawieraniu przez nich typowych porozumień kartelowych, a tym samym osłabiać konkurencję zarówno na rynku eksportu, jak i importu. Poza tym, VER mogą powstrzymywać inne przedsiębiorstwa w kraju eksportu od wchodzenia na rynek kraju importu (czy wręcz wykluczać taką możliwość). Z tych też względów władze odpowiedzialne za sprawy konkurencji powinny bacznie śledzić implikacje takich porozumień w sferze polityki konkurencji¹⁹.

Na marginesie zaznaczyć wypada, że nie są kartelami w rozumieniu prawa kartelowego (czy ogólniej: prawa ochrony konkurencji) specyficzne organizacje przestępcze zwane kartelami narkotykowymi. Prawo kartelowe limituje wolność umów, których przedmiotem jest ogólnie dozwolona działalność, podczas gdy aktywność „karteli” narkotykowych (produkcja, przemysł, dystrybucja itd.) jest z gruntu nielegalna i podlega sankcjom kryminalnym (aczkolwiek opiera się na mechanizmach typowych dla karteli w rozumieniu prawa ochrony konkurencji).

¹⁵ Pozbawienie porozumień kartelowych prawnej skuteczności jest standardem na gruncie prawa umów (w systemie *common law*) oraz nowoczesnych systemów ochrony konkurencji; zob. K.N. Hylton, op. cit., s. 70.

¹⁶ G. Stigler, *A theory of oligopoly*, „Journal of Political Economy” 1964, t. 72, s. 44-61. Przykładem kartelu, który nie zdołał zapobiec nagminnym nadużyciom jego uczestników, prowadzącym ostatecznie do jego upadku, jest kartel producentów cynku – zob. decyzje Komisji Europejskiej (KE) w sprawie 84/405/EEC *Zinc Producer Group*, OJ 1984, L 220/27.

¹⁷ Specyficzną formą tego rodzaju środka regulowania wymiany towarowej z zagranicą są tzw. porozumienia o uporządkowanym handlu (tzw. OMA – od *orderly marketing agreements*).

¹⁸ *Competition...*, op. cit., s. 13 i 22.

¹⁹ *Ibidem*, s. 85. O statusie VER i OMA na gruncie wspólnotowego prawa konkurencji zob. D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 1998, s. 556-557.

II. TYPOLOGIA KARTELI EKSPORTOWYCH

W literaturze wyróżnia się m.in. kartele eksportowe: 1) powodujące wzrost efektywności gospodarczej oraz 2) promujące efekt monopolowy²⁰. Te pierwsze skupiają z reguły przedsiębiorstwa nie zajmujące pozycji dominującej na rynku zagranicznym, podczas gdy drugie mają zwykle duży udział w rynku i wykorzystują dominującą siłę rynkową partycypujących w nich przedsiębiorstw²¹.

Ze względu na status prawny podmiotów uczestniczących w porozumieniu o charakterze kartelowym wyróżnić można, obok klasycznych karteli w rozumieniu prawa ochrony konkurencji, skupiających samodzielne przedsiębiorstwa, *quasi* kartele państwowe (publiczne), zrzeszające suwerenne państwa (lub inne podmioty publiczne), bądź też publiczno-prywatne (skupiające podmioty publiczne i prywatne). W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z hybrydowym, publiczno-prywatnym porozumieniem o charakterze kartelowym (wywołującym skutki analogiczne do klasycznych karteli).

Tzw. czyste kartele eksportowe (*pure export cartels*) zorientowane są wyłącznie na rynki zagraniczne (ich antykonkurencyjne skutki są odczuwane bezpośrednio wyłącznie za granicą, natomiast korzyści – w kraju macierzystym). Z kolei kartele mieszane (*mixed export cartels*) ograniczają konkurencję zarówno na rynku wewnętrznym (kraju eksportera), jak i na rynkach zagranicznych. W niektórych krajach (także w Polsce) nie stosuje się tego rodzaju rozróżnienia (przynajmniej na gruncie normatywnym)²². W konsekwencji mieszane kartele eksportowe podlegają wówczas ogólnemu reżimowi prawa ochrony konkurencji.

A. Quasi-kartele eksportowe

Wśród porozumień eksportowych specyficzne miejsce zajmują wyodrębnione wyżej *quasi*-kartele państwowe (czy też państwowo-prywatne). Państwowe porozumienia o charakterze kartelowym – zwłaszcza tzw. kartele surowcowe (*commodity export cartels*) – organizowane są przez kraje zajmujące silną pozycję na rynku danego produktu²³. Najbardziej spektakularnym kartelem tego rodzaju w świecie jest organizacja państw eksportujących ropę naftową (OPEC)²⁴. Znacznie mniej efektywne okazały się kartele państw eksportujących cynę²⁵ i kauczuk naturalny. Na margine-

²⁰ Dywersyfikacja ta rodzi konotacje ze znanym z okresu międzywojennego podziałem karteli na tzw. *Kinder der Not* („dzieci konieczności”) oraz *Kinder der Habsucht* („dzieci chciwości”) – zob. R. Liefmann, *Cartels, Concerns and Trusts*, Batoche Books, Kitchener 2001, s. 203 i 305 (kanadyjskie wydanie monografii pt. *Kartelle, Konzerne und Trusts*, po raz pierwszy opublikowanej w 1932 r.) i R. Battaglia, *Państwo a kartele, koncerny i trusty*, t. II, Warszawa 1929, s. 38 i 121.

²¹ A.R. Dick, op. cit., s. 89-127.

²² Zob. W. Ehrlich, I. P. Sharma, *Competition Policy Convergence: The Case of Export Cartels*, „Policy Staff Paper” 94/03, 1994, rozdział 2.1.

²³ Szerzej P.R. Krugman, M. Obstfeld, *Międzynarodowe stosunki gospodarcze. Część I*, Warszawa 1997, s. 184-185.

²⁴ Wszelako i ta organizacja boryka się z poważnymi problemami (w dużej mierze związanymi z jej kartelową naturą), co opisuje M.A. Adelman, *The Clumsy Cartel*, „Harvard International Review” 2001, t. 23, nr 1, s. 20 i n.

²⁵ W sprawie kartelu cyny zob. E.J. McFadden, *The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement*, „American Journal of International Law” 1986, t. 80, nr 4, s. 811-830.

sie warto odnotować, że w połowie lat 70-tych państwa rozwijające się podjęły próbę utworzenia globalnych karteli obejmujących wszystkie ważniejsze surowce (*International Commodity Agreements*), która jednak zakończyła się całkowitym fiaskiem²⁶. Ciekawy przypadek stanowi kartel *De Beers*, który od dziesięcioleci lansuje pogląd, że jego faktyczny monopol w światowym handlu diamentami jest – parafrazując firmowy slogan reklamowy²⁷ – nieodzowny i nieprzemijający, jak one same. Odnosząc się z rezerwą do tej supozycji przyznać należy, że diamenty są najbardziej skartelizowanym surowcem naturalnym. Kartel *De Beers* istnieje już ponad 70 lat²⁸, a jego ilościowy udział w światowym rynku diamentów osiągał niejednokrotnie ponad 80% (podczas gdy udział OPEC w światowym rynku ropy naftowej spadł ostatnio do około 40%)²⁹. Od omawianych wcześniej karteli surowcowych kartel *De Beers* różni się tym przede wszystkim, że – przynajmniej formalnie – ma charakter prywatny. W praktyce jednak zarządza światowym marketingiem rud diamentowych Republiki Południowej Afryki oraz Rosji, czyniąc to zresztą w sposób nad wyraz dyskretny (w okresie panowania w RPA apartheidu, radzieckie diamenty trafiały na rynek światowy za pośrednictwem kartelu *De Beers* bez kłopotów, które mogłaby prowokować kolaboracja z tym państwem)³⁰. W przyszłości interesującym przykładem karteli publiczno-prywatnych mogą stać się porozumienia w sprawie handlu pozwoleniami na emisję zanieczyszczeń³¹.

Z prawnego punktu widzenia najistotniejszą cechą karteli państwowych jest szczególnie status ich uczestników. Są nimi bowiem suwerenne państwa (reprezentowane czasem przez agencje rządowe lub też zależne od państwa przedsiębiorstwa publiczne), nie zaś typowo komercyjne przedsiębiorstwa. Z tego też względu kartele państwowe *prima facie* nie podlegają reżimowi prawa ochrony konkurencji i trudno byłoby je kwalifikować jako kartele w rozumieniu tego prawa³². Uzasadnienia dla tej derogacji poszukuje się najczęściej w doktrynach: immunitetu państwowego oraz aktu władzy pań-

²⁶ Szerzej w tej sprawie (w tym o przyczynach niepowodzeń i *modus operandi* karteli państwowych) M. Mullany, *OPEC and the Failure of International Cartels*, HIR 1990, t. 12, nr 4, s. 52 i n.

²⁷ Reklama, na którą kartel przeznaczają corocznie ponad 100 mln usd jest istotnym narzędziem stymulowania popytu na określone rodzaje kamieni (w kierunku zgodnym z zapotrzebowaniem kartelu).

²⁸ Kartel ten został założony w 1930 r. przez południowoafrykańskiego magnata Sir Ernesta Oppenheimera. Dla porównania, OPEC powstał formalnie w 1961 r.

²⁹ Szczegółowe dane dostępne są w witrynach internetowych: <http://www.opec.org> oraz <http://debeers-group.com>.

³⁰ W połowie lat 90-tych w USA wszczęto przeciwko *De Beers* oraz *General Electric* karne postępowanie antykartelowe (pod zarzutem udziału w zмовie cenowej), które zakończyło się ich uniewinnieniem (notabene z powodu trudności w dostępie do materiału dowodowego, znajdującego się w większości w Belgii, tj. poza jurysdykcją amerykańską); zob. *United States v. General Electric Co.*, 869 F. Supp. 1285 (1994).

³¹ Na możliwość formowania się tego rodzaju karteli wskazują np. H.P. Young, A. Wolf, *Global warming negotiations: does fairness matter?*, „Brookings Review” 1992, t. 10, nr 2, s. 46 i n.

³² Tu jednak warto odnotować, że np. na gruncie polskiej ustawy z 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów pojęcie przedsiębiorcy (podlegającego jej przepisom) obejmuje nie tylko przedsiębiorców komercyjnych, ale także wszelkie podmioty (nawet publiczne, np. gminę), które organizują lub świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej (zob. art. 4 pkt 1 (a) ustawy). Podobnie, status prawny podmiotu nie przesądza o jego kwalifikacji jako przedsiębiorstwa na gruncie prawa konkurencji Unii Europejskiej (UE) – zob. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) w sprawie C-41/90 *Hofner and Elser v. Macrotron GmbH*, [1991] ECR I-1979. W sprawie 85/206/EEC *Aluminium Products* (OJ 1985, L 92/1) KE uznała, iż status takiego przedsiębiorstwa mają centrale handlu zagranicznego, nawet formalnie nie wyodrębnione ze struktur państwowych (jeśli ich aktywność ma charakter komercyjny).

stwowej³³. W praktyce charakter karteli państwowych czyni je politycznie, a w dużej mierze także prawniczo, „nietykalnymi”³⁴. To dlatego przedstawiciele OPEC mogą spotykać się oficjalnie i ogłaszać w obecności kamer uzgodnienia dotyczące wielkości wydobycia ropy, czy pośrednio – jej cen. Gdyby poczynania takie były udziałem wyłącznie przedsiębiorstw komercyjnych, w wielu krajach groziłaby im za nie wysoka grzywna, a ich przedstawicielom – nawet kara więzienia. Godzi się tu jednak zaznaczyć, że wprawdzie tradycyjne argumenty o braku podległości karteli państwowych prawu ochrony konkurencji (antytrustowemu) ze względu na immunitet państwowy i doktrynę aktu państwa są ostatnio podważane³⁵, a nadto wskazuje się na komercyjny w dużej mierze charakter działalności tych karteli (np. OPEC)³⁶ oraz dezawuuje ich obronę na podstawie tzw. doktryny *comity*³⁷, to jednak inne względy natury zarówno prawnej (np. związane z konstrukcją *standing*, czy też *locus standi*³⁸ oraz tzw. regułą nabywcy pośredniego³⁹), jak i zwłaszcza politycznej (związane z pozycją państw na płaszczyźnie dyplomatycznej), właściwie wykluczają interwencje antykarlowe przeciwko

³³ Znane są jednak próby poddania i takich karteli (głównie OPEC) reżimowi prawa kartelowego. W latach 70-tych OPEC (a ściślej państwa członkowskie tej organizacji) był dwukrotnie przedmiotem postępowań antykarlowych w USA (wszczętych na wniosek podmiotów prywatnych). W obu przypadkach powództwa zostały oddalone. W pierwszej instancji na podstawie doktryny immunitetu państwowego (*doctrine of sovereign immunity*), a w drugiej – doktryny aktu władzy państwowej (*act of state doctrine*). W 2001 r. wniesiono (również w USA) powództwo zbiorowe – *consumer class action* – przeciwko OPEC jako organizacji międzynarodowej; zob. A.C. Udin, *Slaying Goliath. The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law to OPEC*, „American University Law Review” 2001, nr 50, s. 1321 i n.; S.W. Waller, *Suing OPEC*, The Institute for Consumer Antitrust Studies Working Paper 2002, Loyola University Chicago School of Law, s. 3 i n. W sprawie doktryn: *sovereign immunity* oraz *act of state* (w ujęciu amerykańskim) zob. S.W. Waller, *Suing...*, op. cit., s. 11 i n.; *Competition...*, s. 109-110. Na marginesie warto odnotować, że podejmowane w USA próby przeciwstawiania się na drodze prawnej OPEC (a także kartelowi państw eksportujących uran), oprócz interwencji antykarlowych objęły też inicjatywy legislacyjne mające na celu dyscyplinowanie czy nawet poddanie sankcjom członków tych organizacji. Rozważano także wykorzystanie mechanizmu rozstrzygania sporów handlowych w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO) – szerzej S.W. Waller, *Suing...*, op. cit., s. 2 i n.; A. Rueda, *Price-fixing at the pump. Is the OPEC oil conspiracy beyond the reach of the Sherman Act?*, „Houston Journal of International Law” 2001, t. 24, nr 1, s. 1 i n.

³⁴ Zob. M.A. Adelman, op. cit., s. 23.

³⁵ S.W. Waller, *Suing...*, op. cit., s. 4. Notabene, stanowisko UE wobec międzynarodowych karteli surowcowych jest wyraźnie negatywne. Co więcej, nie wyklucza się nawet, że działalność kartelu OPEC spełnia przesłanki odpowiedzialności przyjęte przez ETS w precedensowej sprawie *Woodpulp*; zob. A. Rueda, op. cit., s. 30.

³⁶ S.W. Waller, *Suing...*, op. cit., s. 4 i n. W świetle doktryny ograniczonego immunitetu państwowego (*doctrine of restricted immunity*), którą współcześnie uznaje większość rozwiniętych państw (zamiast klasycznej doktryny immunitetu państwowego), jeżeli państwo angażuje się w przedsięwzięcia typowo komercyjne (w analogicznej roli, jak komercyjne przedsiębiorstwo), może być przedmiotem interwencji opartej na prawie (np. konkurencji) innego państwa; szerzej *Competition...*, s. 109.

³⁷ Zob. wyrok w sprawie *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 US 764 (1993). W praktyce orzeczniczej zasady *comity* wciąż jednak mogą być postrzegane przez amerykańskie sądy jako argument silnie przemawiający przeciwko postępowaniom wymierzonym w OPEC. W znaczeniu prawniczym *comity* nie oznacza ani bezwzględnego obowiązku, ani też zwykłej (potocznie rozumianej) kurtuazji czy dobrej wiary w stosunkach międzynarodowych. Chodzi raczej o respektowanie przez państwo na własnym terytorium aktów normatywnych, administracyjnych lub sądowiczych innego państwa, z uwzględnieniem zarówno zobowiązań międzynarodowych, jak i praw własnych obywateli czy innych podmiotów krajowych; szerzej B. Pearce, *The Comity Doctrine as a Barrier to Judicial Jurisdiction: A U.S.-E.U. Comparison*, „Stanford Journal of International Law” 1994, t. 30, s. 525 i n.; S.W. Waller, *The Twilight of Comity*, „Columbia Journal of Transnational Law” 2000, t. 38, s. 563 i n.

³⁸ Amerykańska konstrukcja prawna *standing* jest odpowiednikiem europejskiej *locus standi*, jednakże na gruncie prawa antytrustowego ma odrębne znaczenie – szerzej C.A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford 1999, s. 159 i n.; K.N. Hylton, op. cit., s. 60-63.

³⁹ Reguła ta, przyjęta w orzecznictwie amerykańskim, praktycznie eliminuje roszczenia konsumenckie (a ściślej – nabywców pośrednich) wobec uczestników karteli – zob. wyrok w sprawie *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Reguła ta nie ma odpowiednika w prawie konkurencji UE.

tego typu porozumieniom⁴⁰. Zwłaszcza, gdy idzie o postępowania wszczynane na wniosek podmiotów prywatnych, ale także z urzędu. Poza tym, nawet gdyby postępowania takie udało się merytorycznie zakończyć, egzekucja orzeczonych sankcji antykartelowych byłaby niezwykle kosztowna i praktycznie niewykonalna⁴¹.

III. MOTYWY TWORZENIA KARTELI EKSPORTOWYCH

Do najczęściej wymienianych motywów tworzenia karteli eksportowych należą: 1) umożliwienie ich uczestnikom uzyskiwania lub oferowania wyższych cen sprzedaży, nieosiągalnych w warunkach wzajemnej konkurencji na zagranicznych rynkach (ustalanie cen jest faktycznie głównym celem tworzenia karteli eksportowych); 2) obniżenie kosztów sprzedaży za granicą (w praktyce odnotowywano ogólny spadek tych kosztów nawet o 50%), osiągnięte dzięki efektowi ekonomii skali, głównie poprzez: a) połączenie zasobów kadrowych i rzeczowych (np. wspólne biura sprzedaży i agencje); b) podział ryzyka gospodarczego, źródeł kapitału i popytu; c) wzajemną wymianę informacji rynkowych, umożliwiającą bardziej efektywne lokowanie zamówień, d) wspólną reklamę i promocję. W niektórych przypadkach kartele eksportowe mogą być wykorzystywane do przeciwdziałania praktykom wspólnych zakupów w kraju importu (np. zagranicznym kartelom przetargowym), a zatem mogą pełnić funkcje ochronne. Ewentualne nadzwyczajne koszty, będące ubocznym skutkiem działalności karteli eksportowych, np. w postaci podwyższonych wskutek uzgodnienia cen, ponoszą bezpośrednio zagraniczni konsumenci⁴². Jednakże zniekształcając konkurencję w wymiarze światowym, kartele eksportowe mogą wyrządzać szkody nawet w macierzystym kraju, np. powodując zwyżkę cen ze szkodą dla konsumentów krajowych (choć w mniejszym stopniu i nie bezpośrednio, jak za granicą)⁴³. Co więcej, kartele eksportowe mogą szkodzić konsumentom w kraju importu bardziej niż przynosić korzyści dla partycypujących w nich przedsiębiorstw na rynkach zagranicznych. Dlatego twierdzi się wręcz, że kartele te bynajmniej nie powodują jedynie transferu dobrobytu z kraju importu do kraju eksportu, ale wywołują skutki szkodliwe dla dobrobytu i efektywności gospodarki w skali globalnej⁴⁴.

W niektórych krajach tolerancyjne nastawienie do karteli eksportowych jest w jawny sposób uzasadniane względami merkantylnymi (zwłaszcza w okresach recesji lub w reakcji na restrykcje importowe innych krajów). W szczególności kartelom eksportowym przypisuje się wspieranie krajowe-

⁴⁰ S.W. Waller, *Suing...*, op. cit., s. 4-5; podobnie R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, London 2001, s. 391.

⁴¹ S.W. Waller, *Suing...*, op. cit., s. 4-5.

⁴² A.R. Dick, *When...*, op. cit., s. 241 i 249.

⁴³ E.M. Fox, *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, „New York University Law Review” (NYULR) 2000, t. 75, s. 1795-1796; C. Schultz, *Export Cartels and Domestic Markets*, „Journal of Industry, Competition and Trade” 2002, t. 2-3, s. 235.

⁴⁴ *Competition...*, s. 26; podobnie M. J. Trebilcock, *Competition Policy and Trade Policy, Mediating the Interface*, „Journal of World Trade” 1996, t. 30, nr 4, s. 97.

go eksportu i podnoszenie konkurencyjności krajowych przedsiębiorstw (zwłaszcza małych i średnich), poprzez zwiększenie ich zdolności do penetracji rynków zagranicznych i skoordynowany marketing (zapewniający efekt ekonomii skali).

Władze rządowe wykorzystują też często kartele eksportowe do promowania krajowych programów gospodarczych, takich jak np. aktywizacja zatrudnienia w branżach eksportowych, czy też pobudzanie zagranicznych inwestycji kapitałowych⁴⁵.

Kartele eksportowe mogą być wykorzystywane do stymulowania czy nawet regulowania wymiany handlowej z zagranicą w reakcji na ograniczenia handlowe lub propozycje zagranicznych partnerów. Zdarza się, że kartele eksportowe są wprowadzane wręcz na życzenie krajów importu (*sic!*), pełniąc funkcje zbliżone do dobrowolnych ograniczeń eksportu (np. jako instrument realizacji polubownych orzeczeń antydumpingowych lub antysubsydyjnych). Celem kartelu (przynajmniej deklarowanym) nie jest wówczas eksploatacja rynków zagranicznych, lecz przeciwnie – unikanie wyrządzenia działalnością eksportową szkód na rynkach zagranicznych⁴⁶. Kartele eksportowe mogą być zatem postrzegane jako uprawniony środek limitowania eksportu w celu ograniczania międzynarodowych napięć i konfliktów handlowych.

W przypadku sektorów gospodarki zorientowanych na eksport, organy ochrony konkurencji są skłonne tolerować (czy nawet promować) tworzenie karteli eksportowych, gdyż mogą one poprawiać warunki wymiany handlowej z zagranicą (*terms of trade*)⁴⁷.

W stopniu, w jakim polityka wspierania karteli eksportowych umożliwia przedsiębiorstwom eksport (bez takich karteli działalność eksportowa nie byłaby możliwa), kartele eksportowe mogą zwiększać konkurencję na rynkach zagranicznych. Jest to możliwe zwłaszcza wtedy, gdy porozumienia kooperacyjne (kartelowe) zapewniają krajowym przedsiębiorstwom uzyskanie wydajności umożliwiającej im wejście na nowe rynki zagraniczne, ale nie zapewniają im takiej siły rynkowej, która mogłaby zniekształcać (poprzez kontrolę produkcji lub cen) konkurencję na tych rynkach⁴⁸.

Kartele eksportowe uznaje się niejednokrotnie za pożądany instrument neo-merkantylnej polityki handlowej⁴⁹, aczkolwiek ograniczone dane (głównie z USA) sugerują, że polityka wspierania narodowych karteli eksportowych często nie osiąga zakładanych celów⁵⁰. Przykładowo, korzyści dla in-

⁴⁵ S.W. Waller, *The Ambivalence of United States Antitrust Policy Towards Single-Country Export Cartels*, „Northwestern Journal of International Law and Business” 1989, t. 10, s. 616.

⁴⁶ Przykładowo, w Japonii niektóre kartele eksportowe były zatwierdzone przez tamtejsze władze w celu ograniczenia eksportu do innych krajów (praktyka ta wykazywała analogie z porozumieniami handlowymi w postaci VER i OMA); *Competition...*, s. 27.

⁴⁷ B.Hoekman, P.C. Mavroidis, *Economic Development, Competition Policy and the WTO*, World Bank Policy Research Working Paper 2917, X 2002, s. 5 i n. Określenie *terms of trade* oznacza – najogólniej mówiąc – zmianę relacji cen eksportowych do cen importowych i stanowi miarę względnej poprawy lub pogorszenia warunków wymiany towarowej z zagranicą.

⁴⁸ *Competition...*, s. 26.

⁴⁹ W. Ehrlich, I. P. Sharma, op. cit., rozdział 3.2.

⁵⁰ Dane te wskazują też, że efektywne kartele eksportowe (wbrew oczekiwaniom) nie są zwykle tworzone przez małe firmy, ale raczej przez niewielką grupę relatywnie dużych firm produkujących jednorodny produkt – *Competition...*, s. 27.

westorów, które są jednym z motywów tworzenia „rajów kartelowych”, mogą się okazać iluzoryczne w warunkach gospodarki globalnej. Głównie za sprawą niemal powszechnie przyjętej we współczesnych systemach ochrony konkurencji zasady eksterytorialności (opartej na teorii skutków, a w przypadku UE – teorii wykonania)⁵¹.

Eleanor Fox wprost uznaje kartele eksportowe za najbardziej jaskrawą formę realizacji egoistycznej polityki rozwoju „na cudzy koszt” (*beggar-thy-neighbour policy*)⁵², która w polskiej tradycji kojarzyć się też może z postawą określaną potocznie jako „filozofia Kalego”. Z tego względu mogą być one powodem antagonizmów między polityką handlową jednego kraju a polityką konkurencji innego. Legitymizacja takich karteli przez jeden kraj może być też zachętą dla innych krajów do wprowadzenia podobnego rozwiązania, co podnosi ryzyko upowszechniania się handlu skartelizowanego⁵³.

Oprócz zarysowanych motywów sprzyjających powstawaniu karteli eksportowych istnieją też powody, dla których zainteresowanie przedsiębiorstw w formowaniu takich karteli jest współcześnie raczej umiarkowane. Okazuje się, że dla przedsiębiorstw dążących do obniżenia kosztów sprzedaży (za granicą), brokerzy eksportowi mogą oferować wiele takich samych korzyści, jakie przynosi formalna kooperacja eksporterów, a przy tym eliminują koszty monitorowania i egzekwowania porozumień kartelowych. Poza tym, dla firm zainteresowanych eksploataowaniem połączonej siły rynkowej na rynkach zagranicznych możliwości wpływania na ceny sprzedaży mogą się okazać znacznie mniejsze, niż mogłoby to wynikać z prostych wskaźników rynkowych (udziału w rynku)⁵⁴.

IV. KARTELE EKSPORTOWE NA GRUNCIE PRAWA OCHRONY KONKURENCJI

W większości systemów prawnej ochrony konkurencji mamy do czynienia z asymetrią w traktowaniu karteli krajowych oraz eksportowych. O ile praktyki kartelowe o zasięgu krajowym niemal powszechnie potępia się i delegalizuje, poddając z reguły surowym sankcjom (niejednokrotnie o charakterze kryminalnym), o tyle kartele eksportowe są w większości krajów wyłączone spod reżimu prawa konkurencji lub wręcz aprobowane (a nawet promowane!) jako praktyka zgodna z interesem publicznym⁵⁵ (chyba że wywołują skutki na rynku krajowym, aczkolwiek np. w Japonii toleruje się

⁵¹ E.M. Fox, *Antitrust...*, s. 1797. O zasadzie eksterytorialności w prawie ochrony konkurencji szerzej zob. R. Molski, *Eksterytorialne stosowanie prawa ochrony konkurencji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 3 oraz cytowaną tam literaturę i orzecznictwo.

⁵² E.M. Fox, *Competition Law and the Millennium Round*, „Journal of International Economic Law” 1999, s. 674.

⁵³ Por. E.M. Fox, *Cases and Materials on the Competition Law of the European Union*, West Group 2002, s. 831.

⁵⁴ A.R. Dick, *When...*, op. cit., s. 274.

⁵⁵ A.P. Victor, *Export Cartels: An Idea Whose Time Has Passed*, „Antitrust Law Journal” 1992, nr 60, s. 575-577; C. Schultz, op. cit., s. 233; E.M. Fox, J.A. Ordovery, *The Harmonization of Competition and Trade Law – The Case for Modest Linkages of Law and Limits to Parochial State Action*, WC 1995, t. 19, nr 5, s. 17.

także kartele mieszane⁵⁶). Znamienny jest zwłaszcza przypadek „raju kartelowego” w USA, gdzie za praktyki kartelowe, godzące w interesy amerykańskich konsumentów, orzeka się nawet karę więzienia⁵⁷. Klasycznym przykładem ambiwalentnej postawy wobec praktyk kartelowych jest też stanowisko zajęte przez KE oraz ETS w sprawie tzw. kartelu chininy⁵⁸. Kartel ten skupiał producentów farmaceutycznych z kilku państw członkowskich Wspólnoty Europejskiej (WE), którzy zawarli szereg porozumień dotyczących cen i wielkości dostaw preparatów służących m.in. do wytwarzania chininy (zapewne nieprzypadkowo uzgodnienia obejmujące działalność eksportową miały postać sformalizowanych umów, tj. zobowiązań *de jure*, podczas gdy zorientowane na rynek wspólnotowy – formę *gentlemen's agreements*⁵⁹, tj. zobowiązań *de facto*, czy raczej stosunków faktycznych). W sprawie tej przedmiotem zainteresowania władz WE oraz powodem nałożonych przez nie sankcji okazały się właściwie tylko praktyki kartelowe umiejscowione na obszarze Wspólnoty. Jawnym przykładem niekonsekwentnej polityki antykartelowej WE może być też sprawa *Woodpulp* (patrz niżej). Powody asymetrii w traktowaniu karteli eksportowych są dwojakiego rodzaju: 1) w odróżnieniu od karteli krajowych, kartele eksportowe nie wywołują *bezpośrednio* negatywnych skutków na rynku krajowym, tj. nie szkodzą krajowym konsumentom⁶⁰ (stąd czasem otwarcie traktuje się je jako cudzy problem⁶¹); 2) skoro antykonkurencyjne skutki nie występują bezpośrednio na rynku krajowym, brakuje podstawy jurysdykcyjnej do za-

⁵⁶ Zob. W. Ehrlich, I. P. Sharma, op. cit., rozdział 3.5. Co ciekawe, Japonia jako pierwsza wprowadziła w 1925 r. nakaz zawierania przez przedsiębiorstwa (zwłaszcza małe i średnie) karteli eksportowych (w 1937 było ich tam już 80), co miało zapewnić konkurencyjność japońskich produktów na rynkach światowych – zob. W. Pape, *Socio-Cultural Differences and International Competition Law*, „European Law Journal” 1999, t. 5, nr 4, s. 449. W latach siedemdziesiątych liczba i aktywność karteli w Japonii wyraźnie przewyższały dane z innych krajów. Około 20-25% produkcji eksportowej tego kraju sprzedawano pod auspicjami karteli eksportowych. W kilku sektorach, np. produkcji przetworzonej żywności i tekstyliów, kartele eksportowe objęły od jednej trzeciej do trzech czwartych całego japońskiego eksportu; zob. A.R. Dick, *Japanese Antitrust: Reconciling Theory and Evidence*, „Contemporary Policy Issues” 1993, t. XI, nr 2, s. 56.

⁵⁷ W podwójnie precedensowej sprawie kartelu witaminowego, wykrytego przez władze amerykańskie, orzeczono najwyższą dotąd w historii karę grzywny w wysokości 500 mln usd (zapłacił ją koncern farmaceutyczny *F. Hoffmann-La Roche*), jak również po raz pierwszy wymierzono karę pozbawienia wolności dla cudzoziemców (dwóch byłych dyrektorów tej firmy, którzy notabene dobrowolnie poddali się karze na terenie USA); zob. *United States v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, CR 184 R (1999). Szerzej w sprawie niespójnej i kontrowersyjnej natury amerykańskiego prawa antytrustowego *vis-à-vis* międzynarodowych stosunków gospodarczych zob. Note, *A Most Private Remedy: Foreign Party Suits and the U.S. Antitrust Laws*, „Harvard Law Review” 2001, t. 114, s. 2129-2130.

⁵⁸ Zob. wyrok ETS w sprawie C-41/69, *ACF Chemiefarma v. Commission*, [1970] ECR 661.

⁵⁹ Paradoksalnie brzmi zestawienie formy „umowy dżentelmeńskiej” z nielegalnymi praktykami kartelowymi, które bynajmniej nie są postrzegane jako zachowanie godne dżentelmena.

⁶⁰ Przyjmując politykę zwolnień dla karteli eksportowych, państwo identyfikuje te gałęzie gospodarki, w których funkcjonują przedsiębiorstwa produkujące tylko na eksport i w odniesieniu do tych gałęzi zachowuje się zgodnie z modelem, który zakłada, że dopóki uszczerbek w dobrobycie z powodu antykonkurencyjnych praktyk jest ponoszony przez podmioty zagraniczne, a transfer zysków do firm tworzących kartel eksportowy zwiększa dobrobyt w ich kraju macierzystym, optymalną – z perspektywy narodowej – zagraniczną polityką konkurencji jest jej całkowity brak – A.T. Guzman, *Is International Antitrust Possible*, NYULR 1998, t. 73, s. 1514; tenże *International Antitrust and the WTO: The Lesson from Intellectual Property*, U.C. Berkeley Law and Economics Working Paper 2000 – 20, s. 7; B. Hoekman, *Competition Policy and the Global Trading System. A Developing-Country Perspective*, World Bank 1997, „Policy Research Working Paper” 1735, s. 12.

⁶¹ Tego rodzaju postawę S.W. Waller nazywa obrazowo „trucizną” dla przyszłego rozwoju wolnego handlu i regionalnej integracji, przestrzegając zarazem, że jeśli partnerzy handlowi zaczęną traktować eliminację barier handlowych jako zaproszenie do merkantylistycznych praktyk eksploatacyjnych, z trudem wynegocjowane porozumienia handlowe szybko ulegną deprecjacji; tenże, *The Internationalization...*, op. cit., s. 398 i 404.

stosowania normy zakazu (w istocie prawo konkurencji nie jest pomyślane jako środek ochrony konkurencji za granicą). Asymetria, o jakiej mowa, opiera się też na założeniu, że najbardziej optymalnym regulatorem (i zarazem egzekutorem) prawa konkurencji jest kraj importu, w którym odczuwane są skutki praktyk naruszających konkurencję. Takie podejście obciążone jest jednak pewną ułomnością – nie uwzględnia bowiem wpływu prawa konkurencji (kraj eksportu) na sytuację eksporterów⁶². Nadto, najbardziej efektywne wydaje się zwalczanie zła u jego źródła, zwłaszcza w sytuacji, gdy poszkodowani pozbawieni są z reguły możliwości praktycznej obrony. Poza tym, wyłączenie krajowych przedsiębiorstw produkujących na eksport spod ogólnego reżimu krajowego prawa ochrony konkurencji, a zarazem penalizowanie analogicznych działań zagranicznych firm, godzących w interesy krajowych przedsiębiorstw, prawdopodobnie narusza zasadę niedyskryminacji, czy też wywodzące się z niej zasady: traktowania narodowego oraz najwyższego uprzywilejowania⁶³.

Jawna niekonsekwencja wielu państw w prawnym traktowaniu praktyk kartelowych może prowadzić nie tylko do dyskryminacji podmiotów zagranicznych, poprzez intensyfikowanie wobec nich działań antykartelowych, ale może też generować konflikty. Przykładowo, jeśli w jednym kraju toleruje się antykonkurencyjny kartel (dlatego, że jego skutki odczuwane są wyłącznie za granicą), władze wielu innych krajów są skłonne przeciwstawiać się tego rodzaju strategii rozwoju gospodarczego „na cudzy koszt”⁶⁴. W konsekwencji tolerancyjna (czy wręcz zachęcająca) postawa wobec karteli eksportowych w ich kraju pochodzenia prowokuje inne kraje do prób eksterytorialnego aplikowania ich własnego prawa konkurencji (a ogólniej rzecz biorąc – sprzyja polityce unilateralizmu)⁶⁵. Może przy tym dochodzić do swego rodzaju asymetrii w stosowaniu zasady eksterytorialności. Jest ona bowiem z reguły wykorzystywana przez duże i silne państwa, podczas gdy mniejsze z reguły unikają ryzyka konfliktów z silniejszymi partnerami⁶⁶. Problem komplikuje się jeszcze bardziej, gdy dany kraj zezwala na antykonkurencyjne zachowania bez względu na to, gdzie są odczuwane ich skutki (wówczas upada argument o uprawianiu dyskryminacyjnej polityki konkurencji)⁶⁷.

Zazwyczaj derogacje obejmujące kartele eksportowe są formułowane *implicitie*, za pomocą klauzul o stosowaniu prawa konkurencji tylko do tych zachowań, które skutkują na rynku krajowym (w zasadzie uważa się, że przedsięwzięcia *stricte* eksportowe do nich nie należą). W kilku krajach przyjęto wyraźne wyłączenia dla karteli eksportowych, wszelako pod wa-

⁶² A.T. Guzman, *Is International...*, op. cit., s. 1520-1521.

⁶³ Zob. S.W. Waller, *An International Common Law of Antitrust*, NELR 2000, t. 34-1, s. 169. Zasada traktowania narodowego (*national treatment* – NT) zakazuje traktowania zagranicznych produktów, usług lub przedsiębiorców w sposób mniej korzystny od ich krajowych odpowiedników, natomiast zasada najwyższego uprzywilejowania (*most favoured nation* – MFN) zakazuje traktowania partnerów handlowych mniej korzystnie od innych, którzy korzystają z tej zasady.

⁶⁴ S.W. Waller, *Bringing Globalism Home: Lessons from Antitrust and Beyond*, „Loyola University Chicago Law Journal” 2000, t. 32, s. 135.

⁶⁵ S.W. Waller, *The Ambivalence...*, s. 616.

⁶⁶ Zob. R.E. Falvey, P.J. Lloyd, *An Economic Analysis of Extraterritoriality*, Centre for Research on Globalisation and Labour Markets, University of Nottingham, „Research Paper” 99/3, s. 7.

⁶⁷ Zob. W.S. Dodge, *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: an Argument for Judicial Unilateralism*, „Harvard International Law Journal” 1998, t. 39, s. 101.

runkiem, że skutkują wyłącznie na rynkach zagranicznych⁶⁸. Charakter tych wyłączeń różni się w poszczególnych systemach ochrony konkurencji. W niektórych krajach (w szczególności w USA i Japonii) specyficzne ustawowe wyłączenia obejmują kartele eksportowe tylko wówczas, gdy spełnione są (kumulatywnie) określone przesłanki (o charakterze formalnym i materialnym). Przesłankami tymi są: 1) zgłoszenie lub rejestracja porozumienia eksportowego we właściwej agencji rządowej (przed wejściem w życie takiego porozumienia); 2) spełnienie różnych kryteriów materialnych. W przypadku nie spełnienia którejkolwiek z wymaganych przesłanek, dopuszczalność karteli eksportowych jest oceniana na podstawie ogólnie obowiązującego w danym kraju prawa ochrony konkurencji. Przykładowo, w Japonii kartele nie zatwierdzone przez właściwe władze uznaje się za naruszenie tamtejszego prawa antymonopolowego nawet wówczas, gdy nie wywołują bezpośrednio skutków na rynku japońskim⁶⁹.

W celu poszerzenia dostępności zwolnienia dla karteli eksportowych, w USA przyjęto w 1982 r. ustawę *Export Trading Company Act*, na podstawie której właściwe władze mogą wydawać zainteresowanym eksporterom (na ich wnioski) tzw. *certyfikat przeglądu (Certificate of Review)*⁷⁰. Certyfikat taki gwarantuje jego posiadaczowi ochronę przed odpowiedzialnością odszkodowawczą (*treble damage liability*) oraz karną w zakresie praktyk wyspecyfikowanych w tym dokumencie, a nadto ustanawia domniemanie legalności objętych nim działań. Certyfikat pozwala też posiadaczowi odzyskiwać koszty prawne od strony powodowej.

W większości krajów rejestracja karteli eksportowych nie jest wymagana. Na marginesie tylko dodać można, że jest to jeden z głównych powodów znikomego zasobu informacji o działalności karteli eksportowych (większość krajów niechętnie ujawnia dane o działaniach swoich eksporterów, uznawanych za legalne wedle ich własnego prawa). Znamienne, że nawet w krajach, w których przyjęto *explicite* zwolnienia dla karteli eksportowych, nie są one szeroko wykorzystywane przez międzynarodowe kartele. Okazuje się, że wymóg rejestracji może zniechęcać do powoływania się na odnośne przepisy (np. uczestnicy kartelu cenowego zamiast ograniczonego „immunitetu”, który naraża ich na wzmogoną uwagę organów ochrony konkurencji, mogą preferować zachowanie porozumienia w tajemnicy)⁷¹.

Symptomatycznym może być również fakt, że jakkolwiek derogacje obejmujące kartele eksportowe są wciąż powszechne, to jednak ostatnio niektóre kraje członkowskie UE ograniczyły je lub wręcz wyeliminowały (np. nowe prawo konkurencji w Niemczech wprost pomija wcześniejsze klauzule dotyczące wyłączenia i rejestracji karteli eksportowych⁷²). Jednym z powo-

⁶⁸ W USA władze antytrustowe i sądy odmawiają w praktyce stosowania klauzuli zakazującej kartelom eksportowym oddziaływania na poziom cen na rynku krajowym.

⁶⁹ S. Nagaoka, *International Trade Aspects of Competition Policy*, NBER Working Paper 6720, 1998, s. 10.

⁷⁰ Tytuł III the Export Trading Company Act, Pub. L. 97-290 (96 Stat. 1240-1245, 15 U.S.C. 4011-4021).

⁷¹ S.J. Evenett, M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s*, „World Economy” 2001, t. 24, nr 9, s. 1232 i n.

⁷² Zob. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* w brzmieniu obowiązującym od 1 I 1999 r. (BGBl. 1998 I, 2521) i uchylony § 6 GWB.

dów tych zmian jest zapewne obawa, że angażowanie się krajowych firm w praktyki kartelowe za granicą zwiększy ryzyko podejmowania przez nie prób kartelizacji także krajowego rynku.

Czyste kartele eksportowe (zorientowane na rynek pozaunijny) nie podlegają prawu konkurencji UE. Kartele takie nie spełniają przesłanek wskazanych w Art. 81 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (TWE) (skutek antykonkurencyjnego porozumienia musi mieć wymiar wspólnotowy lub musi dotyczyć handlu między państwami członkowskimi)⁷³. Mieszane kartele eksportowe są nieważne z mocy przywołanej wyżej stypulacji i mogą podlegać wysokim grzywnom (przyjmuje się, że kartele takie mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi⁷⁴). Prawo UE skupia się w zasadzie na eliminacji karteli eksportowych działających w obrębie rynku wspólnotowego, nie zaś karteli zorientowanych na rynki pozaunijne. W odniesieniu do działalności eksportowej zorientowanej na rynek UE, wyłączenia dotyczące karteli eksportowych mają znikome znaczenie ze względu na prymat Art. 81 TWE.

Polska ustawa z 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów „reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów [...], jeżeli te praktyki [...] wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 1 ust. 2). Ustawa nie ma więc zastosowania do antykonkurencyjnych praktyk (np. karteli) umiejscowionych wprawdzie na terytorium Polski, jednakże wywołujących skutki wyłącznie poza jej terytorium. *Implicitie* wynika stąd całkowite zwolnienie czystych karteli eksportowych z obowiązującego ogólnie z mocy przywołanej ustawy zakazu porozumień ograniczających konkurencję (zob. art. 5 ustawy)⁷⁵. Dodać przy tym należy, że nie ma u nas aktu prawnego precyzującego zasady wyłączenia karteli eksportowych spod obowiązywania krajowego prawa ochrony konkurencji. Co więcej, brakuje jakichkolwiek danych i opracowań dotyczących porozumień kooperacyjnych (o charakterze kartelowym), zawieranych przez polskich eksporterów. Na marginesie tylko warto odnotować pojawiające się czasem opinie, że likwidacja central handlu zagranicznego z okresu gospodarki planowej oraz wprowadzenie wolności gospodarczej spowodowały zjawisko niepożądanego, wzajemnej konkurencji polskich przedsiębiorstw (np. budowlanych i rolnych) na rynkach zagranicznych, która prowadzi do spadku uzyskiwanych przez nie cen. W kontekście rozwiązań przyjętych

⁷³ W sprawie *Britannia Gas Condensate Field* (OJ 1997, C 291/10) KE uznała, że oceniane porozumienie przedsiębiorstw naftowych i gazowych, partycypujących w budowie i eksploatacji jednego z pól naftowych na Morzu Północnym ogranicza konkurencję, jednakże z powodu braku jego wpływu na handel między państwami członkowskimi nie podlega art. 81(1) TWE.

⁷⁴ W sprawie tzw. kartelu cukrowego (C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 i 114/73 *Suiker Unie v. Commission*, [1975] ECR 1663), ETS orzekł, że jakkolwiek porozumienie dotyczyło działań eksportowych, jednak jego skutki uboczne (w postaci ograniczenia konkurencji) musiały nieuchronnie nastąpić także na terytorium WE.

⁷⁵ Z drugiej natomiast strony, w przypadku wykazania rzeczywistych lub potencjalnych skutków antykonkurencyjnej praktyki na terytorium RP, ustawa umożliwia – jak się wydaje – podejmowanie interwencji skierowanej przeciwko przedsiębiorstwom ulokowanym za granicą na wniosek innych przedsiębiorstw zagranicznych (w dobie postępującej globalizacji *casus* taki nie jest czystą abstrakcją). Na gruncie prawa amerykańskiego postępowania antytrustowe z udziałem wyłącznie przedsiębiorstw zagranicznych są już faktem – zob. orzeczenie w sprawie *Broadcast System, Ltd. v. Cable & Wireless PLC*, 148 F.3d 1080 (D.C. Cir. 1998); szerzej w tej kwestii Note..., s. 2122 i n.

w ustawie o ochronie konkurencji (a wcześniej antymonopolowej), mających m.in. ułatwiać współpracę polskich eksporterów, zjawisko to (abstrahując od skali, w jakiej występuje) może być postrzegane jako pewien paradoks.

Ustawowy zakaz antykonkurencyjnych porozumień ma oczywiście zastosowanie do zagranicznych karteli eksportowych, przejawiających aktywność na terytorium Polski (nawet jeśli nie naruszałyby one prawa obcego). Praktyczne możliwości egzekwowania tej normy w wymiarze eksterytorialnym wydają się jednak ograniczone, o czym poniekąd świadczy zupełny brak orzecznictwa organów ochrony konkurencji w odnośnym zakresie (trudno przy tym zakładać, że Polska jest „oaza” wolną od penetracji zagranicznych karteli).

W odróżnieniu od ustawy antymonopolowej z 1990 r.⁷⁶, obecnie obowiązująca ustawa nie zawiera przepisu blokującego ewentualne postępowania wszczynane za granicą przeciwko polskim przedsiębiorcom (np. tworzącym kartel eksportowy). Przepis ten wprawdzie nie zapobiegał wszczynaniu takich postępowań, ale miał chronić interesy polskich przedsiębiorstw (gospodarki narodowej) poprzez zakaz udostępniania danych lub składania wyjaśnień obcym władzom (zakaz taki mógł wydać Minister Gospodarki)⁷⁷. Obecnie przedsiębiorca ma jedynie obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o wszczętym wobec niego za granicą postępowaniu opartym na podejrzeniu dokonania działań ograniczających konkurencję oraz przekazania Prezesowi Urzędu kopii orzeczenia (zob. art. 82 ustawy). Wprowadzona modyfikacja podyktowana była niewątpliwie wymogami zacieśniającej się współpracy międzynarodowej, a w szczególności integracji Polski z UE. Nie bez znaczenia był tu zapewne fakt, że prawo wspólnotowe nie przewiduje rozwiązań blokujących eksterytorialne stosowanie obcego prawa konkurencji.

Zaznaczyć też trzeba, że wbrew pozorom wyłączenie z zakazu karteli eksportowych na gruncie polskiego prawa nie ma charakteru absolutnego. Okazuje się bowiem, że derogacja ta nie dotyczy ewentualnych karteli eksportowych działających na terytorium państw, z którymi Polska zawarła umowy międzynarodowe zawierające klauzule o ochronie konkurencji. Przykładowo, w świetle Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi z drugiej strony⁷⁸ (art. 63) „niezgodne z właściwą realizacją układu”⁷⁹ są m.in. mogące mieć negatywny wpływ na handel między Polską a Wspólnotą „wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, decyzje zrzeszeń przedsiębiorstw, oraz uzgodnione praktyki

⁷⁶ Zob. art. 22 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn. Dz. U. 1999, Nr 52, poz. 547 ze zm.).

⁷⁷ Szerzej S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 373-376; T. Ławicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 128-130.

⁷⁸ Dz. U. 1994, Nr 11, poz. 38 ze zm.

⁷⁹ W Układzie Europejskim nie zdecydowano się na bezpośrednie zastosowanie wspólnotowych reguł konkurencji. Nie zawiera on też zakazu *ex lege* ograniczeń konkurencji, a „niezgodność z właściwą realizacją układu” pozbawiona jest bezpośredniej sankcji nieważności. Praktyki ograniczające konkurencję w handlu między Polską i WE mogą być neutralizowane w trybie przewidzianym w art. 63.6 układu; zob. W. Szpringer, *Europejskie prawo ochrony konkurencji [w:] Europejskie prawo gospodarcze w działalności przedsiębiorstw*, pod red. K. Sobczaka, Warszawa 2002, s. 303.

między przedsiębiorstwami, których celem lub skutkiem działania jest zapobieganie, ograniczanie lub zniekształcanie konkurencji”. Wszelkie zachowania niezgodne z powyższą stypulacją mają być oceniane na podstawie art. 85 (obecnie 81) TWE. Analogiczne klauzule zawierają umowy o wolnym handlu łączące Polskę np. z państwami CEFTA (art. 22), EFTA (art. 18) oraz Izraelem (art. 20). Notabene, w odróżnieniu od polskiej ustawy, np. czeska ustawa o ochronie konkurencji zastrzega wprost, że derogacja obejmująca antykonkurencyjne praktyki wywołujące skutki wyłącznie za granicą warunkowana jest brakiem zakazu takich praktyk z mocy wiążących Republikę Czeską umów międzynarodowych⁸⁰.

Prawo krajowe tolerujące, czy nawet sprzyjające tworzeniu karteli eksportowych, zasadniczo nie zmienia faktu, że kartele takie nie mają zwykle pełnej swobody działania na rynkach zagranicznych, gdyż muszą się liczyć z obowiązującymi tam regulacjami kartelowymi. Wszelako zasadne jest pytanie, na ile prawo kraju pochodzenia może zapewniać takim kartelom ochronę przed sankcjami antykartelowymi za granicą. Okazuje się, że jeżeli prawo krajowe przewiduje tylko zgodę władz na tworzenie karteli eksportowych lub wymóg ich zatwierdzenia, ale nie nakazuje ich tworzenia (nakaz taki obowiązywał np. w Japonii), z zasady nie będzie w stanie zapewnić skutecznej ochrony przed zagraniczną interwencją antykartelową na podstawie doktryny zagranicznego (suwerennego) przymusu (*foreign compulsion doctrine*), rozwiniętej głównie na gruncie amerykańskiego prawa antytrustowego⁸¹. Notabene, w USA sądy interpretują tą doktrynę restryktywnie i uznają obronę na jej podstawie tylko wtedy, gdy wykazany zostanie bezpośredni i specyficzny przymus państwowy⁸². Przykładem karteli eksportowych, które mogą skutecznie powoływać się na doktrynę suwerennego przymusu (w obronie przed zagraniczną interwencją antykartelową), są porozumienia w formie VER, formowane pod wpływem decyzji władz kraju eksportu⁸³.

Jeżeli kartel eksportowy działa bez wiedzy władz kraju pochodzenia lub jest tam tylko rejestrowany, ale bez aktywnej presji władz na jego utworzenie, a nadto jego bezpośrednie skutki ujawniają się w kraju, który podejmuje interwencję antykartelową (z reguły na podstawie teorii skutków), wówczas szansa uniknięcia sankcji antykartelowych poprzez odwołanie się do doktryny aktu państwa lub suwerennego przymusu jest raczej niewielka⁸⁴. W tym kontekście warto przywołać precedensową sprawę międzynarodowego kartelu producentów i eksporterów sklejki drzewnej (*Woodpulp*⁸⁵), który

⁸⁰ *Communication from the Czech Republic*, WTO 2001, WT/WGTC/W/165, s. 2.

⁸¹ Doktryna ta zakłada, że zachowanie prywatnego podmiotu, które jest wymuszone lub nakazane przez zagraniczną władzę na jej suwerennym terytorium, nie daje podstaw do odpowiedzialności na gruncie amerykańskiego prawa antytrustowego. Jednakże obrona na tej podstawie nie jest dostępna, jeżeli kwestionowane zachowanie opiera się zaledwie na zachęcie lub zgodzie zagranicznej władzy. Natomiast kwestią oczekującą na jasne rozstrzygnięcie w amerykańskim orzecznictwie jest pytanie, czy doktryna ta obejmuje także zachowania poza terytorium, na którym państwo usiłuje je wymusić – *Competition...*, s. 110.

⁸² *Competition...*, s. 111.

⁸³ D.J. Gifford, *Antitrust and Trade Issues: Similarities, Differences, and Relationships*, „DePaul Law Review” 1995, t. 44, s. 1088.

⁸⁴ F.M. Scherer, op. cit., s. 48.

⁸⁵ Zob. wyrok ETS w sprawie *A. Ahlström Osakeyhtio v. Commission (Woodpulp)*, C-89, 104, 114, 116-117, 125-129/85 [1988] ECR 5193.

poddany został sankcjom antykartelowym we Wspólnocie Europejskiej (mimo że nie uczestniczyły w nim przedsiębiorstwa wspólnotowe). Kartel ten obejmował m.in. przedsiębiorstwa skandynawskie oraz amerykańskie. Te ostatnie, będąc zarejestrowanymi w USA zgodnie z ustawą *Webb-Pomerene Act* utrzymywały, że skoro zrzeszenia eksportowe uznano w USA za korzystne dla narodowej gospodarki, WE nie powinna tego kwestionować. Komisja Europejska stanęła jednak stanowczo na stanowisku, że ustawy *Webb-Pomerene* i *Export Trading Company* nie chronią amerykańskich przedsiębiorstw przed wspólnotowymi sankcjami antykartelowymi. Stanowisko to podtrzymał ETS, zwracając uwagę na fakt, że odnośne zrzeszenia są jedynie dozwolone (*allowed*), nie zaś wymagane (*required*) przez amerykańskie prawo. Stąd też powoływanie się na doktrynę aktu państwa (w celu uniknięcia sankcji antykartelowych) uznano za niezasadnione w tej sprawie. *Nota bene*, Departament Sprawiedliwości USA, który w przeszłości stosował podobną wykładnię, nie zgłosił zastrzeżeń wobec sankcji zastosowanych przez władze wspólnotowe wobec amerykańskich firm – uczestników inkryminowanego kartelu⁸⁶.

Jakkolwiek tolerancja lub aprobata karteli eksportowych w ich kraju pochodzenia teoretycznie nie chroni przed konsekwencjami prawa konkurencji w poszkodowanym kraju, może się jednak zdarzyć, że albo taki kraj nie ma prawa konkurencji lub jeśli ma (co jest bardziej prawdopodobne), nie jest w stanie jego zastosować z powodu trudności w dostępie do materiału dowodowego znajdującego się w kraju eksportu, bądź też trudności w egzekucji nałożonych na przedsiębiorstwo zagraniczne sankcji. Jurysdykcję względem karteli eksportowych mają niewątpliwie kraje importu, w których kartele te wywołują negatywne skutki, niemniej jednak materiał dowodowy niezbędny do jej wykonania (udowodnienia istnienia inkryminowanych karteli) znajduje się zwykle poza zasięgiem jurysdykcji kraju importu. W praktyce zatem możliwości skutecznej interwencji przeciwko kartelom eksportowym są silnie ograniczone. W braku porozumienia międzynarodowego, zawierającego mechanizm tzw. aktywnej kurtuazji (*positive comity*)⁸⁷, kartele eksportowe nie mogą być efektywnie dyscyplinowane, gdyż władze kraju zdolne do skutecznej interwencji nie są skłonne tego czynić, natomiast kraj tym zainteresowany nie jest w stanie podjąć skutecznych działań ze względu na niemożność pozyskania niezbędnych informacji⁸⁸.

⁸⁶ Przykładem kontynuacji tej linii orzeczniczej jest decyzja KE z 7 VI 2000 r. w sprawie tzw. kartelu lizyny (rodzaj aminokwasu wykorzystywanego do produkcji karmy zwierzęcej) – COMP/F3/36.545, nakładająca karę w łącznej wysokości 110 mln euro na uczestników kartelu, z których żaden nie pochodził z UE (1 firma amerykańska, 2 japońskie i 2 koreańskie).

⁸⁷ Koncepcja *positive comity* zakłada, że państwo narazone na skutki antykonkurencyjnych działań przedsiębiorstwa ulokowanego na terytorium innego państwa może zwrócić się do tego ostatniego z wnioskiem o podjęcie odpowiednich środków zgodnych z miejscowymi regulacjami konkurencji. Standardowa formuła "biernej kurtuazji" (*negative comity*) zakłada jedynie, że w toku postępowania w sprawie naruszenia prawa konkurencji należy brać pod uwagę uprawnione interesy drugiej strony. Szerzej o *positive comity* w prawie konkurencji zob. *CLP Report on Positive Comity*, OECD 1999, DAF/CLP(99)19.

⁸⁸ S.W. Waller, *The Ambivalence...*, op. cit., s. 616.

V. W SPRAWIE KARTELI EKSPORTOWYCH UWAGI DE LEGE FERENDA

Problem karteli eksportowych można próbować rozwiązywać w dwojaki sposób. Po pierwsze, można założyć, że kartele eksportowe są faktem w życiu gospodarczym. Jeśli kraje o fundamentalnie różnym podejściu do roli konkurencji w międzynarodowej współpracy gospodarczej traktują kartele eksportowe jako środek wspierający ich narodowy dobrobyt, to może należałoby odnosić się z daleko idącym respektem do ich suwerennej polityki w tym względzie i zaakceptować istniejący stan rzeczy⁸⁹. Przy takim założeniu wyłączenia karteli eksportowych spod reżimu prawa konkurencji można by traktować jak każdą inną derogację, tj. jako „wyjątek” obejmujący pewien typ porozumienia, uzasadniony interesem publicznym (podobnie jak traktuje się np. wyłączenia sektorowe w niektórych systemach ochrony konkurencji). Poza tym, rozwiązanie takie może być postrzegane – paradoksalnie – jako zachęta do podejmowania przez inne kraje (partnerów handlowych) bardziej efektywnych działań w celu ochrony konkurencji na ich rynkach⁹⁰. Nie od rzeczy jest też argument, że ze względów jurysdykcyjnych stosowanie prawa konkurencji kraju eksportu nie musi być najwłaściwszym rozwiązaniem we wszystkich przypadkach transgranicznych praktyk ograniczających konkurencję. Ważną rolę może tu odegrać współpraca między krajowymi władzami ds. ochrony konkurencji, przyczyniając się do efektywnego egzekwowania reguł konkurencji⁹¹.

Drugi sposób, zasługujący na szersze poparcie, sprowadza się do ostatecznego zaniechania praktyki, która zaprzecza literze i duchowi obecnego systemu międzynarodowej wymiany handlowej, ukształtowanego w ramach porozumień WTO⁹². Powszechna norma międzynarodowa o zakazie karteli, oparta na zasadzie narodowego traktowania⁹³ lub też zasadzie najwyższego uprzywilejowania, powstrzymywałaby przed tolerowaniem (czy nawet promowaniem) antykonkurencyjnych praktyk wywołujących szkodliwe skutki tylko za granicą, a tym samym położyłaby kres polityce rozwoju „na cudzy koszt” (urzeczywistniając tym samym uniwersalną ideę, że nie należy czynić innym tego, czego samemu nie chce się doświadczać). Za potrzebą rozwiązania problemu karteli eksportowych w ramach wielostronnego porozumienia międzynarodowego może dodatkowo przemawiać argument, że większość państw ewentualną rezygnację z derogacji obejmującej takie kar-

⁸⁹ S.W. Waller, *The Internationalization...*, op. cit., s. 398.

⁹⁰ Zob. Note..., s. 2144.

⁹¹ *The Relevance of Fundamental WTO Principles of National Treatment, Transparency and Most Favoured Nation Treatment to Competition Policy and vice versa*, Submission from the EC and its Member States to the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy, WTO 1999, s. 7.

⁹² S.W. Waller, *The Internationalization...*, s. 398; por. też *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules*, Report of the Group of Experts, Bruksela 1995, s. 17 i 25.

⁹³ Główną zasadą w polityce konkurencji i handlu międzynarodowego powinna być właśnie zasada narodowego traktowania – zob. *Joint Report on Trade and Competition Policies by the Committee on Competition Law and Policy and the Trade Committee*, OECD 1994, C/MIN (94)7, s. 6, 23. Tradycyjnym argumentem przeciwników niedyskryminacyjnego traktowania karteli eksportowych jest teza, że rozwiązanie takie upośledzałoby przedsiębiorstwa w krajach posiadających zaawansowany (relatywnie restrykcyjny) system ochrony konkurencji pod względem ich konkurencyjności na rynkach zagranicznych – zob. E.M. Fox, *Toward World Antitrust and Market Access*, AJIL 1997, t. 91, s. 18.

tele jest skłonna rozważać pod warunkiem jednoczesnej eliminacji takich wyłączeń przez inne kraje⁹⁴.

W literaturze słusznie wskazuje się, że w razie wprowadzenia powszechnego zakazu karteli eksportowych nie powinien on mieć charakteru bezwzględnego (*per se*)⁹⁵. Ze względów ekonomicznych bardziej racjonalne byłoby zastosowanie tzw. reguły rozsądku (*rule of reason*), która z jednej strony umożliwiałyby uwzględnianie proefektywnościowych atrybutów karteli eksportowych (widocznych np. w dziedzinie współpracy małych i średnich firm oraz działalności badawczo-rozwojowej), a z drugiej – neutralizację potencjalnych elementów antykonkurencyjnych takich porozumień. To jednak wymagałoby z kolei przyjęcia wspólnie wypracowanych kryteriów jednolitego stosowania takiej formuły w różnych krajach. Niewątpliwie natomiast szczególnie restryktywnie należałoby traktować twarde kartele eksportowe, jako najbardziej niepożądaną i karygodną praktykę antykonkurencyjną⁹⁶.

Problem karteli eksportowych wydaje się być najlepszym argumentem przemawiającym za potrzebą międzynarodowego prawa konkurencji. Okazuje się jednak, że inicjatywa wprowadzenia powszechnego zakazu karteli eksportowych, mimo że znajduje wielu zwolenników, spotyka się też ze sceptycznym przyjęciem, a to głównie za sprawą implikacji takiego rozwiązania w sferze suwerenności państwowej⁹⁷ (dlatego prawdopodobnie łatwiej byłoby przekonać dwa kraje, aby każde z nich implementowało zakaz karteli eksportowych w ich prawie krajowym, niż przekonać je do tego, aby przyjęły normę prawnomiędzynarodową zakazującą karteli eksportowych, egzekwowaną przez instytucję międzynarodową). Kraje europejskie i UE są przy tym bardziej podatne niż USA na propozycję porozumienia międzynarodowego w sprawie zakazu karteli eksportowych. Doświadczenia zebrane w trakcie długoletnich, ale skutecznych wysiłków zmierzających do utworzenia wspólnego rynku powodują, że Europejczycy lepiej dostrzegają wspólny interes w demontażu sztucznych barier i modernizacji systemu międzynarodowej współpracy gospodarczej. Jest obecnie nie do pomyślenia, aby niemieckie firmy miały prawo stosować praktyki kartelowe we Francji (chyba że Francja byłaby w stanie temu przeciwdziałać), i *vice versa* (normatywnym wyrazem tej postawy jest Art. 81(1) TWE). W kontekście globalnym wciąż jednak pada pytanie, dlaczego mamy chronić zagranicę? Wydaje się, że taka postawa jest krótkowzroczna, albowiem w integrującym się świecie w interesie każdego kraju powinno być uwolnienie się od problemu karteli eksportowych⁹⁸. Jakkolwiek bowiem zasada eksterytorialności wsparta intensywną współpracą narodowych (czy też regionalnych) władz ds. konkurencji umożliwia obronę przed takimi kartelami, to jednak brak lub niedostatek takiej współpracy ze strony innych krajów (zjawisko wciąż powszechne) powoduje, że pozyskiwanie niezbędnych informacji i w konse-

⁹⁴ S.W. Waller, *The Internationalization...*, op. cit., s. 398.

⁹⁵ W. Ehrlich, I. P. Sharma, op. cit., rozdział 5.

⁹⁶ Szerzej w tej kwestii zob. Submission for the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (WGTC), *International Hard Core Cartels and Cooperation under a WTO Framework Agreement on Competition*, WTO WT/WGTC/W/193, 1 VII 2002.

⁹⁷ E.M. Fox, *Competition...*, op. cit., s. 675.

⁹⁸ Ibidem.

kwencji zwalczanie takich praktyk jest prawie niemożliwe w obecnych warunkach. Dodajmy, że większość krajów nie ma praktycznej zdolności do skutecznego egzekwowania własnego prawa w oparciu o zasadę eksterytorialności. Ostatecznie jednak względy pragmatyczne i polityczne sprawiają, że w najbliższym czasie nie należy się spodziewać zasadniczej zmiany *status quo* w zakresie regulacji karteli eksportowych⁹⁹. Symptomatyczny w tym kontekście może być fakt, że *Raport OECD z 2000 r. w sprawie „twardych” karteli*¹⁰⁰ zachęca do przeglądu przez krajowe organy ochrony konkurencji wyłączeń dotyczących karteli eksportowych, ale nie uznaje dalszych działań w tym obszarze za priorytetowe w ramach programu przeciwdziałania twardym kartelom.

Nie można wykluczyć powstania w przyszłości międzynarodowego ciała dysponującego władzą zdolną do kontroli i zwalczania karteli (także eksportowych), ale społeczność międzynarodowa wyraźnie nie jest jeszcze gotowa na takie rozwiązanie¹⁰¹. Jak dotąd, bardziej prawdopodobne wydaje się osiągnięcie porozumienia w sprawie wyodrębnienia aprobowanych form naruszającej reguły konkurencji współpracy gospodarczej od praktyk nieakceptowalnych. Już choćby prosta reguła uzgodniona przez wszystkich członków WTO, że kartele eksportowe nie są egzekwowalne na gruncie prawa oznaczałyby wyraźny postęp¹⁰². Znacznie bardziej ambitnym i dalej idącym (ale też mniej realnym) postulatem jest przywołana wcześniej propozycja objęcia karteli eksportowych generalnym zakazem i aktywnego ich zwalczania. Sprawą drugorzędną jest przy tym tryb i forma ustanowienia takiego zakazu (ze względu na zarysowane wyżej kontrowersje związane z koncepcją wielostronnego porozumienia międzynarodowego w sprawie zakazu karteli eksportowych poszukuje się rozwiązań alternatywnych, np. niedyskryminacyjna norma zakazująca karteli mogłaby być implementowana na grunt krajowych porządków prawnych i stosowana zgodnie z narodowymi tradycjami i procedurami)¹⁰³.

W ramach porozumień WTO nie wypracowano właściwie czytelnego mechanizmu postępowania z praktykami antykonkurencyjnymi w postaci karteli eksportowych. Wynika to poniekąd z faktu, że przedmiotem tych porozumień nie są zasadniczo prywatne praktyki antykonkurencyjne, ale raczej ograniczenia w międzynarodowej wymianie handlowej kreowane przez państwa (publicznoprawne bariery w handlu międzynarodowym). Skoro jednak większość karteli eksportowych korzysta z rządowego wsparcia, możnaby im przeciwdziałać (pośrednio) wykorzystując skargę na podstawie postanowień Układu GATT 1994, zawartych w Art. XXIII: 1(a) (dotyczącym zniweczenia lub naruszenia korzyści wynikających z układu wskutek praktyk niezgodnych z układem – w tym przypadku konieczne byłoby wykazanie

⁹⁹ Ibidem; podobnie A.S. Grewlich, *Globalisation and Conflict in Competition Law. Elements of Possible Solutions*, WC 2001, t. 24(3), s. 398.

¹⁰⁰ *Hard Core Cartels*, OECD 2000, s. 28.

¹⁰¹ *Nota bene*, na nierealność takiego rozwiązania, głównie z powodu zróżnicowania krajowych rozwiązań prawnych w odnośnej dziedzinie oraz obiektywności natury politycznej i konstytucyjnej, wskazywano już w okresie międzywojennym – zob. R. Battaglia, op. cit., s. 130. Jak się okazuje, sytuacja w tym względzie zasadniczo się nie zmieniła.

¹⁰² F.M. Scherer, op. cit., s. 91.

¹⁰³ S.W. Waller, *The Internationalization...*, op. cit., s. 399.

aktywnego wsparcia kartelu przez rząd), i zwłaszcza Art. XXIII: 1(b) (dotyczącym zniweczenia lub naruszenia korzyści w wyniku praktyk zgodnych z układem – tzw. „*non-violation complaint*” – tu wystarczyłoby wykazanie pomocy pasywnej, np. w postaci braku lub protekcyjnego egzekwowania reguł konkurencji)¹⁰⁴. Trzeba jednak pamiętać o ograniczeniach towarzyszących ewentualnym interwencjom antykartelowym na forum WTO: 1) kwestionowana prywatna praktyka antykonkurencyjna musi korzystać ze wsparcia rządowego (system WTO obejmuje bezpośrednio tylko działania państw); 2) czysta (*per se*) polityka konkurencji nie jest przedmiotem porozumień WTO; 3) kompetencje WTO są ograniczone do zachowań rządów, wpływających na warunki konkurencji na ich rynkach wewnętrznych (WTO nie dyscyplinuje karteli eksportowych czy też działań samych rządów, które ograniczają konkurencję na rynkach eksportowych)¹⁰⁵.

Tolerowanie karteli eksportowych może być uznane za potencjalne naruszenie zakazu ograniczeń ilościowych eksportu (Art. XI GATT 1994)¹⁰⁶. W tym przypadku, w odróżnieniu od interwencji antykartelowych na podstawie zasady eksterytorialności w formule skutkowej (dominującej w systemach prawnej ochrony konkurencji), nie jest konieczne wykazywanie antykonkurencyjnych następstw karteli eksportowych w kraju importu¹⁰⁷.

Z kolei definicja subsydium w *Porozumieniu WTO o subsydiach i środkach wyrównawczych (Kodeks subsydiów)* praktycznie wyklucza możliwość uznania karteli eksportowych za *de facto* subsydium (jednym z elementów tej definicji jest bowiem „wkład finansowy bądź wsparcie dochodowe lub cenowe” ze strony rządu lub innej instytucji publicznej)¹⁰⁸. Stąd raczej nie wchodzi w rachubę wykorzystanie *Kodeksu subsydiów* do zwalczania karteli eksportowych. Natomiast zakaz takich karteli dobrze korelowałby z regułami GATT 1994 odnoszącymi się do dobrowolnych ograniczeń eksportu (zob. zwłaszcza Art. XIX dotyczący środków ochronnych, wyłączający możliwość stosowania dobrowolnych ograniczeń eksportu).

Zakładając nawet potencjalną użyteczność międzynarodowych reguł normujących prywatne praktyki ograniczające konkurencję, WTO nie jest ide-

¹⁰⁴ K.C. Kennedy, *Symposium: Global Trade Issues in the New Millennium: Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization*, „George Washington International Law Review” 2001, t. 33, s. 614; zob. też S. Cho, *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?*, HILJ 1998, t. 39, nr 2, s. 311 i n.

¹⁰⁵ B. Hoekman, P. Mavroidis, *Competition, Competition Policy and the GATT*, Discussion Paper 876, CEPR London 1994, s. 26.

¹⁰⁶ Zaskakujący wydaje się fakt, że jak dotąd nie wniesiono na forum WTO żadnej skargi na praktyki eksportowe państw członkowskich OPEC, które *prima facie* wydają się ewidentnym naruszeniem Art. XI GATT 1994. Powodem tego są zapewne nie tylko względy polityczne, ale również przewidziane w układzie GATT 1994 derogacje, na które nie mogłyby się powołać państwa OPEC (a w szczególności Art. XX(g), dopuszczający stosowanie restrykcji eksportowych podyktowanych ochroną wyczerpywalnych zasobów surowcowych).

¹⁰⁷ P. Mavroidis, *International Competition Rules: The Existing Framework*, FEEM Working Paper 70.99, <http://www.feem.it/Feem/Pub/Publications/WPapers/WP1999-070.htm>. Stypulacja powyższa (a właściwie jej pierwowzór w układzie GATT) była już wykorzystana w praktyce do przeciwdziałania kartelom eksportowym (co ciekawe – tylko jeden raz, tj. w sporze z lat osiemdziesiątych między WE i Japonią, dotyczącym ograniczeń w eksporcie na rynek wspólnotowy, stosowanych przez japońskich producentów półprzewodników) – zob. *Japan – trade in semi-conductors*, Report of the Panel, 4 V 1988 (L/6309 – 35S/116).

¹⁰⁸ A. Jacquemin, *Towards an Internationalisation of Competition Policy*, „World Economy” 1995, t.18, nr 6, s. 785. Szerzej w sprawie definicji subsydium zob. R. Molski, *Prawne formy ochrony przed subsydiami w wymianie towarowej z zagranicą*, „Studia Prawnicze” 2002, z. 3, s. 57-61 i cytowaną tam literaturę.

alną organizacją międzynarodową do negocjowania lub rozwijania, czy też egzekwowania takich reguł. Choćby z tego względu, że system WTO koncentruje się nie tyle na ekonomicznej efektywności, co na dostępie do rynku. W mniejszym stopniu zmierza do wspierania ogólnego dobrobytu (konsumentów i producentów) na rynku, a bardziej troszczy się o to, aby producenci mieli zapewniony dostęp do rynków eksportowych¹⁰⁹. Jest to w dużej mierze konsekwencją faktu, że domena WTO jest prawo i polityka handlu międzynarodowego, nie zaś prawo i polityka konkurencji, a to nieuchronnie implikuje systemowe kontradycje¹¹⁰.

Kartele eksportowe zazwyczaj przynoszą korzyści krajom eksportu, a jednocześnie szkodzą krajom importu. Stąd też eliminacja takich karteli byłaby *prima facie* niekorzystna dla krajów eksportujących (w większości wysoko rozwiniętych), a korzystna dla krajów importujących (zwłaszcza rozwijających się)¹¹¹. Wprawdzie możliwości wykorzystywania karteli eksportowych istnieją także w niektórych krajach rozwijających się, jednak jest wysoce prawdopodobne, że kartele takie zostałyby poddane konfrontacji z kartelami eksportowymi z krajów wysokorozwiniętych. Zatem potencjalne korzyści krajów rozwijających się z posiadania własnych karteli eksportowych wydają się o wiele mniejsze niż potencjalne koszty ponoszone przez nie wskutek działalności karteli zagranicznych¹¹². Poza tym trzeba pamiętać, że kartele eksportowe mogą szkodzić także krajowi eksportu, np. ułatwiając ich uczestnikom angażowanie się w tajne lub nawet jawne umowy na rynku krajowym lub też prowokując retorsje handlowe partnerów zagranicznych.

Wydaje się, że nawet jednostronna eliminacja karteli eksportowych może być korzystna dla kraju decydującego się na taki krok, niezależnie od reakcji innych krajów. Przykładowo, rezygnacja przez USA z raczej rzadko wykorzystywanych tam i tylko sporadycznie produktywnych karteli eksportowych faktycznie nie godziłaby w efektywność amerykańskiego eksportu, natomiast sprawiłaby, że polityka tego kraju byłaby bardziej zgodna z jego antykartelową retoryką. Słuszność powyższej supozycji wydaje się potwierdzać uchylene derogacji obejmujących kartele eksportowe w ramach ostatnich modernizacji prawa konkurencji w Niemczech¹¹³.

Jeżeli udało się wprowadzić powszechny zakaz karteli eksportowych i zapewnić jego skuteczne egzekwowanie w krajach eksportu, konflikty międzynarodowe na tle unilateralnego stosowania prawa konkurencji przez kraje importu byłyby wydatnie zredukowane. Polityka konkurencji zyskała-

¹⁰⁹ S.W. Waller, *The Ambivalence...*, op. cit., s. 616.

¹¹⁰ W sprawie analogii i rozbieżności między prawem i polityką handlu międzynarodowego oraz prawem i polityką konkurencji zob. H.M. Applebaum, *The Interface of the Trade Laws and the Antitrust Laws*, „George Mason Law Review” 1998, t. 6, s. 479 i n.; C.M. Gastle, *The Convergence of International Trade and Competition Law Through a WTO Market Access Code*, „International Trade Law Journal”, 1999, t. 8, s. 3-26; O. Cadot, J.M. Grether, J. de Melo, *Trade and Competition Policy. Where do we Stand?*, JWT 2000, t. 34(3), s. 1-20; *Consistencies and Inconsistencies Between Trade and Competition Policies*, COM/TD/DAF-FE/CLP(98)25/FINAL, OECD 1999, s. 1-18.

¹¹¹ B. Hoekman, op. cit., s. 2; podobnie A.S. Grewlich, op. cit., s. 373.

¹¹² B. Hoekman, op. cit., s. 13.

¹¹³ Szerzej G. Koopmann, *German Foreign Economic Policy in the Age of Globalisation*, HWWA-Diskussionspapier 56, 1998, s. 15 i 24.

by bardziej kosmopolityczny, a mniej filisterski charakter¹¹⁴. Nadto, niedyskryminacja w zakresie regulacji kartelowych powstrzymywałaby przed nadużywaniem prawa konkurencji jako pozataryfowej bariery handlu¹¹⁵.

Reasumując, z perspektywy globalnego dobrobytu *raison d'être* powszechnego zakazu karteli eksportowych wydaje się ewidentna. Rozwiązanie takie byłoby zapewne bardziej efektywne niż model aktualnie funkcjonujący.

EXPORT CARTELS IN THE LIGHT OF COMPETITION LAW

S u m m a r y

The term export cartels denotes agreements between companies operating in the same industry which aim at restricting (or even eliminating) mutual competition in export of the goods (or services) offered on one or more foreign markets. Such dealings are coordinated between independent companies and replace their unconstrained decisions on export of goods or services to foreign markets with an arrangements on prices, production volume or other business parameters. Not all cooperation agreements between exporters can be deemed to involve export cartel definition. Furthermore, not all export cartels are detrimental per se or even from the standpoint of importing country. Increased productivity and competition-friendly impact on the export in the source country may also prove beneficial for the consumers of the importing country. This is notably true of the cartels of innovative character that aim at research and development cooperation (R&D cartels). However some forms of cartelizing, both domestic and exporting, bring about particularly negative consequences for the operation of markets (the so-called „hardcore cartels”).

The paper examines different forms of the various cartels, presents their typology and analyzes their activities worldwide, providing examples of their operations on the world market. It also explains the rationale behind their establishment and consequences of their operation from the standpoint of competition regulations.

¹¹⁴ W piśmiennictwie anglojęzycznym silnie dyskryminacyjny wobec zagranicy charakter współczesnej polityki i prawa konkurencji określa się mianem *parochialismu*, który stanowi przeciwieństwo kosmopolityzmu, rozumianego jako polityka respektowania interesów całej społeczności bez względu na przynależność państwowa, choć z poszanowaniem suwerennej legitymacji narodowych i regionalnych władz do działania w interesie własnych obywateli (podmiotów) – zob. E.M. Fox, *Toward...*, op. cit., s. 2.

¹¹⁵ S.W. Waller, *The Internationalization...*, op. cit., s. 399.