

RAJMUND MOLSKI

EKSTERYTORIALNE STOSOWANIE PRAWA OCHRONY KONKURENCJI

I. WPROWADZENIE

1. Praktyka eksterytorialnego stosowania prawa staje się w epoce globalizacji¹ dosyć powszechnym zjawiskiem, któremu – co znamienne – nieodłącznie towarzyszą kontrowersje. Praktykę taką postrzega się często jako zagrożenie dla interesu narodowego, a nawet naruszenie suwerenności państwa. Godzi się przy tym zaznaczyć, że początkowo każdą formę transgranicznego aplikowania prawa krajowego uznawano w zasadzie za niedopuszczalną ingerencję w sferę suwerenności państwowej. Obecnie koncepcja eksterytorialności jest już względnie szeroko akceptowana (a przynajmniej tolerowana)², natomiast zdecydowany sprzeciw i obawy o naruszenie suwerenności wywołują zwykle przypadki szczególnie agresywnego wykorzystywania tej konstrukcji prawnej. Tradycyjnie najwięcej zastrzeżeń budzi „imperialna” polityka eksterytorialnego stosowania prawa przez USA³.

2. Prawo ochrony konkurencji (dalej skrótowo: prawo konkurencji⁴) w wielu krajach (także w Polsce i Unii Europejskiej – UE) należy do tych wyjątkowych dziedzin prawa, w których idea eksterytorialności staje się stopniowo kanonem ustawowym⁵. To właśnie w tej dziedzinie ujawniają się też w sposób najbardziej spektakularny konflikty związane z praktyczną realizacją tej koncepcji. Dla przykładu przywołać można jeden z najgłośniejszych

¹ Fenomen dzisiejszych czasów, zwany globalizacją, przenika wszystkie już chyba sfery życia społecznego (w tym politykę, socjologię, ekonomię i prawo). Szerzej na temat tego zjawiska zob. np. E. M. Fox, *Globalization and Its Challenges for Law and Society*, „Loyola University Chicago Law Journal” (LUCJL) 1998, t. 29; A. Y. Seita, *Globalization and the Convergence of Values*, „Cornell International Law Journal” 1997, t. 30.

² Współczesne prawo międzynarodowe (publiczne) nie daje podstaw do supozycji kwestionujących in principio eksterytorialne stosowanie prawa – zob. W. S. Dodge, *Understanding the Presumption Against Extraterritoriality*, „Berkeley Journal of International Law” 1998, t. 16, s. 113 - 117. W niektórych dziedzinach prawa, takich jak np. prawo ochrony środowiska czy w pewnym zakresie prawo karne, eksterytorialność uznaje się nawet za pozytywny element budowy międzynarodowego porządku prawnego – zob. *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Edited by K. M. Meessen, London, The Hague, Boston, Kluwer Law International 1996, s. 103 - 115, 122 - 131.

³ Zob. A. T. Guzman, *Choice of Law: New Foundations*, U.C. Berkeley Law and Economics Working Paper Series, Working Paper 2000 - 17, s. 1 - 2; R. Pitofsky, *Competition Policy in a Global Economy - Today And Tomorrow*, The European Institute's Eighth Annual Transatlantic Seminar on Trade and Investment, Washington D.C., 4 XI 1998, s. 4.

⁴ Zaznaczyć należy, że w polskim piśmiennictwie do prawa konkurencji *sensu largo* zalicza się oprócz prawa ochrony konkurencji, o jakim mowa w niniejszym opracowaniu (utożsamianego powszechnie z prawem antymonopolowym), także prawo o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz prawo o przeciwdziałaniu antykonkurencyjnej pomocy publicznej dla przedsiębiorców (zob. np. R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, nr 3, s. 175). Za odejściem od określenia „prawo antymonopolowe”, jako niezupełnie adekwatnego do opisywanej materii (nie dotyczy ono bynajmniej tylko przeciwdziałania praktykom monopolistycznym), przemawia najnowsze polskie ustawodawstwo (patrz pkt III C).

⁵ Zob. E. T. Swaine, *The Local Law of Global Antitrust*, „William & Mary Law Review” 2001, t. 43, s. 645 - 646.

sporów (obecny swego czasu w tytułach prasowych na całym świecie), jaki wywiązał się między USA oraz UE w związku z „mega-fuzją” firm lotniczych *Boeing-McDonnell Douglas* (transakcję tę kontrolowały zarówno władze amerykańskie, jak i unijne – te ostatnie na podstawie klauzuli eksterytorialności we wspólnotowym prawie konkurencji). Konflikt wokół tej sprawy nieomal doprowadził do wojny handlowej pomiędzy USA i UE⁶.

II. JURYSDYKCJA EKSTERYTORIALNA – ZARYS KONCEPCJI

1. Do najważniejszych atrybutów państwa, uznawanych tradycyjnie za jeden z aspektów jego suwerenności, należy zdolność państwa do wywierania wpływu na osoby, rzeczy lub sytuacje, powszechnie nazywana jurysdykcją⁷. Termin ten jest mało precyzyjny i nie wszystkie państwa stosują go w tym samym znaczeniu. Najogólniej mówiąc, obejmuje on kompetencje do stanowienia prawa, jego stosowania przez sądy krajowe oraz egzekwowania. Ujęcie to w pełni koreluje z monteskiuszowską zasadą podziału władz, co daje asumpt do wyróżnienia jurysdykcji legislacyjnej (regulacyjnej), sądowej oraz administracyjnej⁸.

2. Pierwotnie jurysdykcja miała charakter wybitnie terytorialny. Wszak już rzymski prawnik Paulus twierdził, że *extra territorium ius dicenti impune non paretur* („temu, kto sprawuje wymiar sprawiedliwości poza granicami jego terytorium można być bezkarnie nieposłusznym”)⁹. Do dziś powszechnie akceptowana i nie budząca sporów zasada terytorialności zakłada, że w gestii państwa leży ustanawianie i egzekwowanie prawa, które odnosi się do osób i rzeczy znajdujących się na jego terytorium oraz zdarzeń, jakie miały tam miejsce. Kontrowersje powstają wówczas, gdy państwo dąży do poddania własnemu prawu osób, rzeczy i zdarzeń, znajdujących się lub mających miejsce na obszarze innego państwa. Dochodzimy tu do jednego z najbardziej problematycznych zagadnień współczesnego prawa, jakim jest jego eksterytorialne stosowanie.

3. Przedmiotem niniejszego opracowania jest eksterytorialność, z jaką mamy do czynienia wówczas, gdy prawo krajowe danego państwa jest stosowane – w przypadku zaistnienia określonych przesłanek – wobec podmiotów zagranicznych, znajdujących się za granicą. W szczególności, gdy działania tych podmiotów, podejmowane za granicą, wywołują skutki na terytorium państwa stosującego eksterytorialnie własne prawo¹⁰. W takiej

⁶ Szerzej K. Luz, *The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and the Need for a Globalized Antitrust System*, „George Washington Journal of International Law & Economics” 1999, t. 32, s. 155 i n.; B. Peck, *Extraterritorial Application of Antitrust Laws and the U.S.-EU Dispute Over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict? An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, „San Diego Law Review” 1998, t. 35, s. 1163 i n.

⁷ Zob. M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 346.

⁸ Zob. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, s. 191. Szeroko o jurysdykcji legislacyjnej zob. M. Wasiński, *Jurysdykcja legislacyjna państwa w prawie międzynarodowym publicznym*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 3, s. 56 i n.

⁹ Cytat za M. Wasiński, ibidem, s. 57.

¹⁰ Na gruncie prawa międzynarodowego publicznego elementów eksterytorialności można dopatrywać się w pięciu podstawowych zasadach, na których opiera się jurysdykcja, tj. terytorialnej, narodowej, ochronnej, uniwersalnej oraz biernego zwierzchnictwa terytorialnego – szerzej M. N. Shaw, ibidem, s. 351 i n.; W. Czapliński, A. Wyrozumska, ibidem, s. 192 - 196.

sytuacji jurysdykcja państwa, na którego obszarze dany podmiot się znajduje, przestaje być wyłączna. Zaznaczyć przy tym trzeba, że opisywany fenomen obejmuje w rzeczywistości tak zróżnicowane odmiany transgranicznej jurysdykcji, że właściwie trudno jest mówić o jednolitym pojęciu eksterytorialności¹¹.

4. Jakkolwiek jurysdykcja przede wszystkim i najczęściej łączy się z terytorium państwa, nie jest to – jak się okazuje – podejście absolutne i jedynie słuszne. Państwa mogą wyrażać zgodę na rozwiązania, które umożliwiają wykonywanie jurysdykcji poza granicami terytorium państwowego, lub też takie, które umożliwiają wykonywanie na tym terytorium jurysdykcji przez inne państwa¹². Godzi się też podkreślić, że współcześnie żadne państwo nie posiada wyłącznej i nieograniczonej jurysdykcji, nawet na własnym terytorium (ekskluzywna jurysdykcja pozostaje pewnym idealnym założeniem, stanowiącym użyteczny punkt wyjścia do badań nad problematyką suwerenności i eksterytorialności)¹³. Co więcej, na gruncie prawa międzynarodowego obserwuje się zjawisko „ograniczania i erozji jurysdykcji krajowej”¹⁴, aczkolwiek koncepcja ta zachowuje ważność, gdyż powszechnie uznaje się, że „suwerenność państwa na własnym terytorium stanowi niezaprzeczną podstawę zarówno prawa międzynarodowego w jego obecnej postaci, jak również światowego systemu politycznego i prawnego”¹⁵.

5. Między suwerennością a eksterytorialnością zachodzi szczególnego rodzaju relacja. Z jednej strony ewolucja norm wyznaczających paradygmat suwerenności, determinowana przez rosnącą polityczną, społeczną i ekonomiczną współzależność między państwami, sprzyja rozwojowi doktryny eksterytorialności. Z drugiej zaś – koncepcja eksterytorialności zdaje się wyrażać dążenie do redefiniowania pojęcia suwerenności i jego dostosowania do zmieniającego się świata, a zarazem może być jednym z instrumentów służących osiągnięciu tego celu.

6. Państwa korzystają z jurysdykcji eksterytorialnej wówczas, gdy mają w tym interes¹⁶, a jednocześnie dysponują władzą niezbędną do jego realizacji (*notabene* władza potrzebna jest do wykonywania każdego rodzaju jurysdykcji – tyle, że w przypadku jurysdykcji eksterytorialnej wymóg ten są w stanie spełnić – jak się wydaje – tylko niektóre państwa¹⁷). Źródła tego interesu mogą być różne, wszelako dominować tu zdają się wpływy

¹¹ *Extraterritorial...*, s. 100 - 101.

¹² M. N. Shaw, *ibidem*, s. 347.

¹³ Formułując definicję suwerenności, F. H. Hinsley trafnie konstatawał: „the idea of sovereignty was the idea that there is a final and absolute political authority within the territory [...] and no final and absolute authority exists elsewhere” (podkreśl. R.M.) – tenże, *Sovereignty*, 2nd ed., Cambridge University Press 1986, s. 26.

¹⁴ M. N. Shaw, *ibidem*, s. 349.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ W prawie międzynarodowym publicznym obecność uprawnionego interesu uznaje się za jedną z przesłanek legitymujących korzystanie z jurysdykcji eksterytorialnej.

¹⁷ Początkowo jedynym krajem zdolnym do wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej były USA, nieprzypadkowo uznawane za kolebkę idei eksterytorialności. Dla kontrastu wskazać można kraje rozwijające się, jako typowy przykład podmiotów pozbawionych takiej zdolności. Znamienny jest także proces umacniania się pozycji UE jako aktywnego użytkownika zasady eksterytorialności – szerzej A. T. Guzman, *Is International Antitrust Possible?*, „New York University Law Review” (NYULR) 1998, t. 73, s. 1536 - 1538.

polityki wewnętrznej, np. inspirowane ochroną interesów krajowego przemysłu czy też krajowych konsumentów przed skutkami zagranicznych praktyk antykonkurencyjnych. W kontekście powyższego nie może dziwić, że tylko niektóre państwa są w stanie i zarazem są skłonne stosować własne prawo do działań podejmowanych za granicą¹⁸.

III. EKSTERYTORIALNE STOSOWANIE PRAWA KONKURENCJI

1. Prawo konkurencji jest dziedziną, w której problematyka eksterytorialnego stosowania prawa jest zagadnieniem szczególnie szeroko i żywo dyskutowanym, a przy tym wywołującym najwięcej kontrowersji. Powodem tego stanu rzeczy jest przede wszystkim transnarodowy w coraz większym stopniu charakter działań współczesnych przedsiębiorstw (zwłaszcza wielonarodowych – *multinational enterprises* – MNEs¹⁹), co z kolei jest zjawiskiem naturalnym w warunkach postępującej globalizacji gospodarki. Sytuację tę barwnie ilustruje konstatacja, iż w dzisiejszych czasach (gospodarki globalnej) decyzje podejmowane w jednym zakątku świata mogą wywoływać reperkusje w skali całego globu w czasie krótszym niż potrzebny do opowiedzenia bajki²⁰.

2. Na gruncie prawa konkurencji nie ma uniwersalnego modelu określającego zakres obowiązywania tego prawa. Istnieje też wiele koncepcji systematyzujących reguły stosowane w tym względzie w praktyce legislacyjnej i orzeczniczej. Większość z prezentowanych w piśmiennictwie ujęć tego zagadnienia nawiązuje do podziału wyróżniającego cztery normy kolizyjne: a) terytorialność *sensu stricto*, b) pseudo-terytorialność, c) zasadę skutków oraz d) zasadę bilansowania²¹.

(a) Wedle ściśle pojmowanej zasady terytorialności, niezbędną przesłanką stosowania prawa jest związek między osobą, czy też jej zachowaniem, a terytorium państwa, którego prawo jest stosowane, przy czym związek ten winien mieć charakter bezpośredni (państwo ma jurysdykcję wobec podmiotów, które naruszają jego prawo i na jego terytorium²²). Zwolennicy wąsko rozumianej zasady terytorialności uważają, że tylko takie podejście jest zgodne z prawem międzynarodowym. Przyjęcie powyższego założenia na gruncie prawa konkurencji skutkuje w ten oto sposób, że antykonkurencyjne działania podejmowane za granicą, nawet jeżeli wywołują negatywne skutki na terytorium państwa, nie mogą być kontrolowane (neutralizowane) za pomocą krajowego prawa. Ponieważ praktyki ograniczające konkurencję

¹⁸ Ibidem, s. 1508.

¹⁹ Szerzej na temat MNEs zob. P. T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Cambridge MA: Blackwell Publishers 1995; *Korporacje międzynarodowe w Polsce. Wyzwania w dobie globalizacji i regionalizacji*, pod red. A. Zaorskiej, Warszawa 2002.

²⁰ Ta często przywoływana w literaturze wypowiedź pochodzi z orzeczenia w sprawie *United States v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997) – cytat za E. Sulcove, *The Extraterritorial Reach of the Criminal Provisions of U.S. Antitrust Laws: the Impact of United States v. Nippon Paper Industries*, „University of Pennsylvania Journal of International Economic Law” 1998, t. 19, s. 1093.

²¹ J. Basedow, *Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization*, „Louisiana Law Review” 2000, t. 60, s. 1039 i n.

²² I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford 1990, s. 300.

coraz częściej mają wymiar transnarodowy, stosowanie ścisłej zasady terytorialności na gruncie prawa konkurencji okazuje się nieefektywne²³.

(b) W przypadku, gdy eksterytorialne stosowanie prawa uzasadnia się poprzez odwołanie do zasady terytorialności, można mówić o pseudo-terytorialności. Przykładowo, z sytuacją taką mamy do czynienia wówczas, gdy państwo stosuje jurysdykcję według lokalizacji następstw działań na terytorium państwa (nawet gdy działania te podjęto za granicą), czyniąc to wciąż w imię zasady terytorialności. Typowy przykład tego rodzaju podejścia prezentują wspólnotowe koncepcje jedności ekonomicznej oraz wykonania, o których mowa w dalszej części opracowania.

(c) Teoria skutków (nazywana też czasem zasadą następstwa²⁴) jest osadzona w materialnym prawie konkurencji, które koncentruje się nie tyle na praktykach antykonkurencyjnych jako takich, co raczej na ich skutkach dla konkurencji. Dlatego właściwym łącznikiem, koniecznym do zastosowania przepisów tego prawa, nie jest w tym przypadku więź terytorialna z podmiotem lub jego działaniami, ale skutek tych działań dla konkurencji na rynku krajowym. Oznacza to, że nawet w przypadku, gdy całość kwestionowanych działań ma miejsce za granicą, państwo może stosować wobec nich krajowe regulacje na podstawie twierdzenia, że wywołują one skutki w sferze wymiany handlowej tego kraju. Zupełne zerwanie z łącznikiem terytorium w ramach szeroko pojmowanej teorii skutków może prowadzić w skrajnych przypadkach do objęcia eksterytorialną jurysdykcją nawet działań nie wywołujących wprost skutków na terytorium stosującego ją państwa. O tym, że nie jest to tylko teoretyczna możliwość przekonuje objęcie w USA ochroną prawa antytrustowego interesów amerykańskich eksporterów, celem ułatwienia im dostępu do rynków zagranicznych.

(d) Z kolei zasada bilansowania, kojarzona też z jurysdykcyjną regułą rozsądku, wymaga, aby w ramach eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji bilansowane były różne krajowe i zagraniczne interesy, zarówno o charakterze publicznym, jak i prywatnym. Chodzi głównie o interesy państwa, które może być bezpośrednio dotknięte wykonaniem eksterytorialnej jurysdykcji. Koncepcji tej towarzyszy czasem zastrzeżenie, że kryterium bilansowania należy stosować tylko w przypadku, gdy istnieje rzeczywisty konflikt (niezgodność) między krajowym prawem konkurencji a jego zagranicznym odpowiednikiem.

A. Eksterytorialność w amerykańskim prawie antytrustowym

1. Stany Zjednoczone tradycyjnie uznawane są za najbardziej aktywne użytkownika zasady eksterytorialności, aczkolwiek do 1945 r. kraj ten praktycznie z niej nie korzystał (przynajmniej na gruncie prawa konkuren-

²³ Por. K. M. Meessen, *Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law*, „The American Journal of International Law” (AJIL) 1984, t. 78, s. 799.

²⁴ Zob. V. Emmerich, *Reguły konkurencji*, w: *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. A. Dausen, Warszawa 1999, s. 649 i n.

cji). Notabene w Europie zaczęto stosować zasadę eksterytorialności dopiero od roku 1988²⁵.

Zgodnie z amerykańskim prawem antytrustowym²⁶, antykonkurencyjne działania odnoszące się do amerykańskiego importu mogą być objęte jurysdykcją amerykańską niezależnie od miejsca, w którym działania takie podjęto oraz niezależnie od przynależności państwowej podmiotu je podejmującego. Praktyki odnoszące się do innych form wymiany handlowej (np. eksportu) podlegają prawu amerykańskiemu tylko wówczas, gdy wywołują „bezpośredni, istotny oraz rozsądnie przewidywalny skutek” ograniczający konkurencję²⁷. Obecnie ograniczenia w dostępie amerykańskich eksporterów do rynków zagranicznych są traktowane jako naruszenie prawa antytrustowego i podlegają jego sankcjom nawet wówczas, gdy nie powodują szkody na rynku wewnętrznym USA (dawniej szkoda po stronie krajowych konsumentów była konieczną przesłanką ochrony antytrustowej)²⁸. Trzeba tu jednak zaznaczyć, że obecnie władze amerykańskie stosują jurysdykcję eksterytorialną w imię protekcji interesów własnych eksporterów wyjątkowo ostrożnie. Próby takie spotkały się bowiem ze szczególnie negatywnym przyjęciem za granicą, a nadto ich skuteczność okazała się w praktyce dosyć ograniczona²⁹.

2. Zasadniczą podstawą eksterytorialnego stosowania prawa antytrustowego w Stanach Zjednoczonych jest teoria skutków. Po raz pierwszy została ona przyjęta w precedensowej sprawie *Alcoa*³⁰, a ostatnio potwierdził ją Sąd Najwyższy USA w sprawie *Hartford Fire*³¹. W pierwszej sprawie sąd orzekł, że każde państwo może egzekwować własne prawo nawet względem osób nieposiadających jego obywatelstwa lub przynależności – w związku z działaniami podejmowanymi przez te osoby poza terytorium tego państwa – jeżeli działania te wywołują na jego terytorium niepożądane skutki. W wyniku rosnącego za granicą sprzeciwu wobec teorii skutkowej (a ściślej jej praktycznych konsekwencji), amerykańskie sądy stopniowo modyfikowały wyjściową tezę, sformułowaną w sprawie *Alcoa*, uznając test skutków za niekompletny (nie uwzględniał on bowiem interesów innych państw).

W sprawie *Timberlane*³² uznano, że zasada wzajemnego poszanowania praw państwowych, czy mówiąc krócej kurtuazja (grzeczność) międzytaro-

²⁵ A. T. Guzman, *Choice...*, s. 31 - 32.

²⁶ Chodzi tu głównie o ustawy: Shermana z 1890 r., Claytona z 1914 r. oraz Hart-Scott-Rodino z 1976 r., które obowiązują (ze zmianami) do dzisiaj. Osadzone w amerykańskiej tradycji określenie *antitrust law* jest bliskim odpowiednikiem terminu *competition law*, przyjętego w Europie (czy szerzej – poza USA).

²⁷ J. P. Griffin, *EC and U.S. Extraterritoriality: Activism and Cooperation*, „Fordham International Law Journal” (FILJ) 1994, t. 17, s. 359.

²⁸ Zob. *Discussion After the Speeches of Joseph Griffin and Crystal Witterick*, „Canada – United States Law Journal” (CUSLJ) 1998, t. 24, s. 328; D. Steiner, *The International Convergence of Competition Laws*, „The Manitoba Law Journal” 1997, t. 24, s. 593.

²⁹ Szerzej R. J. Weintraub, *Symposium: Competing Competition Laws: Do We Need a Global Standard? Panel One: Different Anti-Competitive Visions in the Western World: The U.S. And the EU: Globalization's Effect on Antitrust Law*, „New England Law Review” (NELR) 1999, t. 34, s. 31 - 34.

³⁰ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 443 (2d Cir. 1945).

³¹ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

³² *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

kiem miałyby przemawiać także fakt, że judykatura amerykańska nie była w stanie wypracować spójnej i konsekwentnej polityki stosowania kryterium kurtuazji międzynarodowej i jurysdykcyjnej reguły rozsądku³⁶.

Ostatnie precedensowe orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Hartford Fire* przyniosło kolejny zwrot w kierunku bardziej restrykcyjnej formuły skutków (notabene kontrowersyjność tego wyroku zwiastuje sam już fakt, że zapadł on większością jednego głosu 5 do 4). Rolę jurysdykcyjnej reguły rozsądku oraz kryterium kurtuazji międzynarodowej ograniczono tu do sytuacji, gdy istnieje rzeczywisty i bezpośredni konflikt między prawem krajowym i obcym. Jedynie wówczas sądy powinny uwzględniać suwerenne interesy obcego kraju³⁷. Co więcej, przyjęto wąską formułę „prawdziwego konfliktu”, obejmując nią tylko taką sytuację (zaiste wyjątkową), kiedy określone zachowanie jest w jednym kraju nakazane prawnie, a w drugim – zakazane (nie jest możliwe jednoczesne respektowanie obu regulacji). Innymi słowy, jeżeli prawo obce nie wymaga, aby adresat zachowywał się w sposób zakazany przez prawo USA, to jest to równoznaczne z brakiem „prawdziwego konfliktu”, co z kolei wyłącza możliwość stosowania jurysdykcji w oparciu o regułę rozsądku oraz względy kurtuazji³⁸. Oznacza to również, że jeżeli to samo zachowanie jest jednocześnie przedmiotem regulacji dwóch odmiennych reżimów prawa konkurencji, to przy braku „prawdziwego konfliktu praw” stosuje się model bardziej restrykcyjny. Na marginesie tylko dodać można, że test „prawdziwego konfliktu” znalazł potwierdzenie w przyjętych w 1995 r. przez Departament Sprawiedliwości oraz Federalną Komisję Handlu *Wytycznych w sprawie stosowania prawa antytrustowego w operacjach zagranicznych*. Praktyczne wyeliminowanie względów kurtuazji międzynarodowej przy rozstrzygnięciu kwestii jurysdykcji eksterytorialnej spotkało się z szeroką krytyką, zarówno w USA (tu np. wyrażono obawę, że powrót do „pierwotnej” teorii skutków może uczynić ten kraj „pariasem” w międzynarodowych stosunkach handlowych), jak i za granicą, gdzie sprzeciw okazał się najsilniejszy (w ekstremalnych opiniach pojawiły się zarzuty o uprawianiu przez Stany Zjednoczone „aroganckiej”, „szowinistycznej” czy wręcz „imperialistycznej” polityki sędowniczej)³⁹. Reakcją na taką politykę było wprowadzenie przez kilkanaście państw (w tym nawet najbliższych sojuszników USA), specyficznych regulacji obronnych, których celem jest ochrona istotnych dla państwa interesów (np. tajemnicy bankowej w Szwajcarii)⁴⁰. Regulacje te mają trojką formę: 1) ustaw wprowadzających ochronę określonych informacji,

³⁶ S. W. Waller, *ibidem*, s. 570; K. M. Meessen, *ibidem*, s. 787; E. T. Swaine, *ibidem*, s. 683.

³⁷ Szerzej R. P. Alford, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California*, „Virginia Journal of International Law” 1993, t. 34, s. 213 i n.

³⁸ I. H. Jung, *ibidem*, s. 313.

³⁹ *Ibidem*, s. 315 - 320. Casus *Hartford Fire* wzbudził też bardziej przychylnie reakcje, np. wskazujące na takie jego walory, jak zapewnienie większej pewności prawa czy też pobudzenie współpracy międzynarodowej w sprawach konkurencji – szerzej S. K. Mehra, *Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Myth of International Consensus*, „Duke Journal of Comparative & International Law” 1999, t. 10, s. 220 - 221.

⁴⁰ Wymieć tu można np. Australię, Danię, Finlandię, Francję, Japonię, Kanadę, Szwajcarię, Wielką Brytanię. Formalne protesty przeciwko amerykańskim roszczeniom eksterytorialnym zgłaszała także UE (wszelako regulacji obronnych nie wprowadziła). Szerzej A. V. Lowe (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge: Grotius Publications Ltd. 1983, s. 79 - 225.

ale zasadniczo zezwalających na ich dobrowolne ujawnianie (*secrecy statutes*); 2) ustaw bezwzględnie zakazujących ujawniania zagranicznym (czytaj: amerykańskim) władzom określonych informacji (*blocking statutes*)⁴¹ oraz 3) ustaw neutralizujących eksterytorialny efekt niektórych orzeczeń karnych zapadłych za granicą, np. poprzez mechanizm rekompensaty przez państwo krajowym przedsiębiorcom części kwot zapłaconych przez nie tytułem wykonania takich orzeczeń (*clawback statutes*)⁴². Co ciekawe, tego rodzaju retorsyjne regulacje mogą być postrzegane jako skuteczne remedium na ignorowanie przez sądy amerykańskie interesów innych państw w sytuacjach, kiedy nie występuje „prawdziwy konflikt” praw. Okazuje się bowiem, że *ratio legis* regulacji obronnej może być właśnie stworzenie takiego „konfliktu”, który wymusza niejako powrót do standardu wymagającego rozpatrzenia interesów drugiego państwa przed wykonaniem jurysdykcji eksterytorialnej⁴³. Supozycje tego rodzaju wpłynęły nawet na upowszechnienie się opinii prognozujących wzrost aktywności legislacyjnej o charakterze obronnym⁴⁴. Wszelako pamiętać trzeba, że aktywność ta jest w dużym stopniu determinowana polityką zagraniczną USA w sferze konkurencji, a ta w ostatnich latach wyraźnie zmierza do nawiązania bliskiej współpracy z innym państwami w ramach bilateralnych umów⁴⁵.

3. Podsumowując zarysowaną ewolucję w doktrynalnym podejściu do kwestii eksterytorialnego stosowania prawa antytrustowego w USA, wypada skonstatować, że obecnie zdecydowany prymat w tym względzie przyznaje się tam teorii skutkowej, i to w postaci najbardziej „ekspansywnej”, bo praktycznie eliminującej kryterium kurtuazji międzynarodowej (w istocie ma ono niewielki wpływ na wynik prowadzonych postępowań)⁴⁶. Co do amerykańskiej polityki wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej, to tradycyjnie uchodzi ona za najbardziej agresywną, budząc poważne obawy i sprzeciw za granicą, a zarazem ciesząc się szerokim poparciem w kraju⁴⁷. Są jednak opinie moderujące nieco ten pogląd poprzez rozróżnienie przypadków eksterytorialnego stosowania prawa antytrustowego z urzędu oraz na wniosek podmiotów prywatnych. W świetle takich opinii, o ile rząd USA stosuje jurysdykcję eksterytorialną względnie ostrożnie, posiłkując się często kryterium kurtuazji międzynarodowej (w ramach jego dyskrecjonalnych uprawnień w tym względzie), o tyle prywatne roszczenia eksteryto-

⁴¹ Przykładowo, zakaz taki, wprowadzony w 1980 r. we Francji, opatrzone wręcz sankcją karną.

⁴² Szerzej J. Griffin, *Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement*, „Antitrust Law Journal” (ALJ) 1999, t. 67, nr 1, s. 159 - 160; *Predictability and Comity: Toward Common Principles of Extraterritorial Jurisdiction*, „Harvard Law Review” 1985, t. 98, s. 1311.

⁴³ Zob. J. S. McNeill, *ibidem*, s. 453.

⁴⁴ Zob. np. E. Y. Wu, *Evolutionary Trends In The United States Application Of Extraterritorial Jurisdiction*, „Transnational Lawyer” 1997, t. 10, s. 24; J. P. Griffin, *EC...*, s. 369.

⁴⁵ W połowie roku 2000 USA łączyły takie umowy z UE oraz 7 innymi państwami – zob. E. T. Swaine, *ibidem*, s. 647. J. P. Griffin barwnie porównuje ten instrument amerykańskiej polityki konkurencji do posługiwania się „żelazną pięścią w aksamitnej rękawiczce” – tenże, *Regulation of Competition in the Canada / U.S. Context – Extraterritorial Reach of U.S. Antitrust Law – a U.S. Perspective*, CUSLJ 1998, t. 24, s. 315.

⁴⁶ D. L. Roll, *The Globalization of Competition Law: Impact of U.S. Initiatives on the European Union*, Lex Mundi 1999 Regional Meeting, Dublin, Ireland, 11 - 13 VI 1999, s. 2; zob. też S. W. Waller, *ibidem*, s. 565.

⁴⁷ Zob. E. M. Graham, J. D. Richardson (ed.), *Global Competition Policy*, Institute for International Economics 1997, s. 373.

rialne zdarzają się znacznie częściej, przy czym rozpatrujące je sądy czynią wzgląd na interesy innych państw raczej oszczędnie (przy pełnej aprobacie tego stanu rzeczy przez Sąd Najwyższy USA)⁴⁸.

B. Eksterytorialność w prawie konkurencji UE

1. Zasada eksterytorialności w prawie konkurencji UE *prima facie* wydaje się być wprost konsekwencją postanowień Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej (TWE), dotyczących konkurencji, a zwłaszcza Art. 81 i 82 (*ex* 85 i 86). W świetle tych postanowień działania, które wpływają na handel między państwami członkowskimi podlegają wspólnotowemu prawu konkurencji niezależnie od tego, czy mają swoje źródło na terytorium Wspólnoty i jakiej przynależności państwowej jest podmiot podejmujący takie działania. Przywołane stypulacje dotyczą najogólniej mówiąc indywidualnych i kolektywnych praktyk ograniczających konkurencję, natomiast kwestie koncentracji przedsiębiorstw (w tym ich kontroli) są regulowane w zasadzie przepisami wtórnego prawa wspólnotowego⁴⁹. Ponieważ ani TWE, ani też prawo wtórne nie zakreślają precyzyjnie granic jurysdykcji UE w sprawach konkurencji, stąd zasadnicza rola w tym względzie przypadła organom Wspólnoty, a zwłaszcza Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (TS).

2. Ewolucja, jaka się dokonała w podejściu TS do kwestii zakresu obowiązywania wspólnotowego prawa konkurencji jest podobna do amerykańskiej. I tak, w sprawie *Dyestuffs*⁵⁰ Trybunał nie zaakceptował tradycyjnej zasady terytorialności, ani nie przyjął doktryny skutków. Sformułował natomiast teorię jedności ekonomicznej (*economic unity doctrine*). Wedle tej teorii dla zastosowania wspólnotowego prawa konkurencji wobec przedsiębiorstwa działającego poza Wspólnotą wystarczy, że działa ono na jej obszarze za pośrednictwem swoich filii (nawet jeśli mają one odrębną osobowość prawną) oraz że przedsiębiorstwo macierzyste wykonuje korporacyjną kontrolę nad filią, a ta ostatnia postępuje zgodnie z wolą przedsiębiorstwa-matki (działają one jako swoista jednostka gospodarcza). Przyjmując, że istnieje wystarczający związek terytorialny z przedsiębiorstwem utworzonym i działającym poza obszarem Wspólnoty, jeżeli ma ono na jej terenie filię (choćby filia ta miała odrębną osobowość prawną), TS dokonał pewnego uzupełnienia szeroko rozumianej zasady terytorialności, unikając dzięki temu odwoływania się do kontrowersyjnej teorii skutków. Mimo to, koncepcja ta rychło ujawniła swoje słabości i spotkała się z szeroką krytyką⁵¹.

⁴⁸ S. W. Waller, *ibidem*, s. 578.

⁴⁹ Zob. rozporządzenie Rady (EWG) 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, OJ 1989, L 395 (poprawione); OJ 1990, L 257/13 ze zmian. TWE nie zawiera wyraźnych postanowień w sprawie koncentracji przedsiębiorstw. Wprowadzie z Art. 82 można wywodzić konstrukcję tzw. nadużycia struktury rynku, jednakże stypulacja ta nie uzyskała nigdy praktycznego znaczenia jako podstawa kontroli koncentracji, a to z powodu zawartego w niej wymogu nadużywania pozycji dominującej – zob. J. Sedemund, F. Montag, *Kontrola fuzji przedsiębiorstw*, w: *Prawo gospodarcze...*, s. 790 i 824.

⁵⁰ Sprawa nr 48/69 *ICI v. Commission (Dyestuffs)*, (1972) ECR 619.

⁵¹ Zob. np. F. A. Mann, *The Dyestuffs Case in the Court of Justice of the European Communities*, „International Comparative Law Quarterly” 1973, t. 22, nr 35, s. 35 - 46.

Odcodząc od teorii jedności ekonomicznej w sprawie *Woodpulp*⁵², TS zbliżył się do forsowanej przez Komisję teorii skutków w kształcie amerykańskim, jednak nie opowiedział się za nią *expressis verbis*. Przyjął natomiast teorię wykonania (*implementation doctrine*), w świetle której dla jurysdykcji wspólnotowego prawa konkurencji nie jest istotne miejsce, gdzie działania naruszające konkurencję się formowały. Ważne jest miejsce, gdzie zostały one zrealizowane. Trybunał stwierdził, że naruszenia konkurencji, np. w postaci zakazanych porozumień, można podzielić na dwie fazy: a) kreowania (*formation*) oraz b) wykonania (*implementation*). Ten ostatni etap uznany został za decydujący przy rozstrzygnięciu kwestii jurysdykcji (przeciwnie założenie, tzn. przyznanie pierwszeństwa miejscu zawarcia porozumienia, ułatwiałoby omijanie przepisów prawa konkurencji). W powyższej sprawie ustalono, że jeśli przedsiębiorstwa niewspólnotowe powzięły – poza obszarem Wspólnoty – zamiar manipulowania cenami produktów na rynku Wspólnoty i zamiar ten zrealizowały na tymże rynku, to naruszyły przez to zasady konkurencji, co jest podstawą do zastosowania odpowiednich sankcji. Za wystarczającą przesłankę spełnienia kryterium wykonania antykonkurencyjnego porozumienia uznano sprzedaż na obszarze Wspólnoty, niezależnie od lokalizacji źródła dostawy czy produkcji. Wykonanie porozumienia powiązано tu ściśle z zasadą terytorialności. Nawet bowiem wówczas, gdy przedsiębiorstwo zagraniczne nie ma żadnych struktur organizacyjnych we Wspólnocie, ale praktyka ograniczająca konkurencję jest realizowana (*implemented*) na obszarze wspólnego rynku, to w świetle przywołanego orzeczenia spełnione jest kryterium związku terytorialnego (koniecznego do zastosowania wspólnotowego prawa konkurencji). TS ponownie oparł swą argumentację na zasadzie terytorialności, stwierdzając wręcz *explicite*, że eksterytorialne stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji opiera się na tej właśnie zasadzie, nie zaś na Art. 85 TWE⁵³. Trybunał sformułował przy tym nową definicję terytorialności w ramach teorii wykonania. Mimo to, podobieństwa teorii wykonania i klasycznej doktryny skutkowej są widoczne na pierwszy rzut oka. Nie bez powodu tę pierwszą określa się niekiedy mianem zmodyfikowanej bądź też ukrytej zasady skutków (*effects principle in disguise*)⁵⁴. Niemniej jednak opinie w kwestii relacji pomiędzy obiema podstawami jurysdykcji są podzielone⁵⁵. Bez wątpienia zgodzić się trzeba z poglądem, że kryterium wykonania jest wężziej zakreślone niż kryterium skutków z orzeczenia w sprawie *Alcoa* (nie obejmuje działań podejmowanych całkowicie poza obszarem UE oraz w eksporcie towarów z Unii), choć niewątpliwie też jest przykładem eksterytorialnego stosowania prawa⁵⁶.

Istnieje pogląd, że kryterium wykonania jest mniej kontrowersyjne niż klasyczna teoria skutkowa. Innym razem podnosi się, że kryterium to jest

⁵² Sprawa nr 89, 104, 114, 116, 117, 125-19/85, *Ahlström et al. v. Commission (Woodpulp)* (1988) ECR 5193.

⁵³ *Ibidem*, s. 5243.

⁵⁴ J. Basedow, *ibidem*, s. 1040.

⁵⁵ P. Saganek, *Eksterytorialne stosowanie prawa Wspólnot Europejskich*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1997, nr 1, s. 49.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 50.

niewystarczające, a jego stosowanie w praktyce może być utrudnione, zwłaszcza w granicznych przypadkach. Przykładowo, wątpliwości budzi jurysdykcja UE w przypadku, gdy uczestnicy zagranicznego kartelu nie posiadając na obszarze Unii żadnej struktury organizacyjnej (oddziału, agencji czy innej jednostki zależnej), dokonują bezpośredniej sprzedaży klientom wspólnotowym. Z kolei w przypadku zbiorowego bojkotu, tj. porozumienia zakazującego podmiotom spoza UE sprzedaży towarów na rynek wspólnotowy, test wykonania mógłby prowadzić do odmiennych rezultatów niż zastosowanie alternatywnej doktryny skutków⁵⁷. Na gruncie amerykańskiego prawa antytrustowego, bojkot taki niewątpliwie powoduje skutki na rynku wewnętrznym (wstrzymanie, zmianę lub wyeliminowanie sprzedaży), *ergo* zachodzi przesłanka jurysdykcji (presumpcję tę potwierdza praktyka – odmowę sprzedaży władze amerykańskie zarzuciły swego czasu niektórym firmom japońskim). W świetle prawa UE przesłanka wykonania w takim przypadku nie występuje, ewentualnie jej wykazanie byłoby bardzo trudne. Poza tymi raczej marginalnymi przypadkami, praktyczne różnice między klasyczną doktryną skutków a teorią wykonania okazują się mało znaczące, by nie rzec – żadne⁵⁸.

Na odnotowanie zasługuje kontrowersyjne stanowisko TS w kwestii kurtuazji międzynarodowej (*comity*), która wywarła tak przemożny wpływ na amerykańską doktrynę eksterytorialności. Otóż, Trybunał właściwie zdezwuował tę koncepcję uznając, że odwoływanie się do względów kurtuazji poddawałoby w wątpliwość jurysdykcję Wspólnoty w sprawach stosowania jej reguł konkurencji⁵⁹. W komentarzach do orzeczenia w sprawie *Woodpulp*, w którym wyrażono powyższe stanowisko, oprócz głosów krytyki pojawił się też wniosek, iż sposób potraktowania przez TS kryterium kurtuazji międzynarodowej wskazuje *implicite* na odrzucenie przezeń także jurysdykcyjnej reguły rozsądku, stosowanej przez sądy amerykańskie⁶⁰.

2. W odniesieniu do kontroli koncentracji przedsiębiorstw ani rozporządzenie Rady, przywołane w przypisie 49, ani też pierwotne prawo wspólnotowe nie zawierają przepisów wyraźnie ograniczających zakres jurysdykcji eksterytorialnej UE w tym względzie. Tymczasem nawet prawo amerykańskie, podobnie jak np. prawo niemieckie czy fińskie, przewidują określone derogacje w zakresie kontroli zagranicznych koncentracji. Przykładowo, na gruncie prawa amerykańskiego nabycie zagranicznych aktywów przez podmioty zagraniczne jest zwolnione z obowiązku wstępnej notyfikacji, niezależnie od wielkości sprzedaży w USA, przypadającej na te aktywa. Prawo

⁵⁷ Zob. D. G. Goyder, *EC Competition Law*, 3rd ed., Clarendon Press 1998, s. 551; por. też J. P. Griffin, *Jurisdiction and Enforcement: Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction*, „George Mason Law Review” (GMLR) 1998, t. 6, s. 513.

⁵⁸ Zob. *Discussion...*, s. 333; J. P. Griffin, *EC...*, s. 366.

⁵⁹ Szerzej J. P. Griffin, *EC...*, s. 356 i n. Autor zauważa jednak, że TS zdaje się akceptować dyskretnalną (w zasadzie) kompetencję Komisji w kwestii stosowania kurtuazji międzynarodowej. Cytuje też wypowiedź byłego Komisarza ds. konkurencji Sir Leona Britтана z 1991 r., który świadom wątpliwego umocowania zasady kurtuazji na gruncie prawa międzynarodowego deklarował, że „Komisja czuje się zobligowana do jej uwzględniania, wykonując jurysdykcję w sprawach konkurencji z udziałem czynnika zagranicznego”. Sześć lat później inny Komisarz ds. konkurencji uznał wręcz kurtuazję za trwały element prawa międzynarodowego (wbrew teзом wyroku w sprawie *Sabena*), potwierdzając jednocześnie jej wiążący charakter w stosunkach UE z innymi państwami – zob. A. T. Swaine, *ibidem*, s. 734.

⁶⁰ I. H. Jung, *ibidem*, s. 321 - 322.

niemieckie zawiera wyraźną klauzulę wyłączającą jego stosowanie do transakcji niewywołujących skutków na rynku niemieckim. Z kolei prawo fińskie obejmuje kontrolą wstępną tylko takie koncentracje, w których uczestniczą przedsiębiorstwa prowadzące działalność w Finlandii⁶¹.

Na podstawie przepisów wspólnotowego rozporządzenia wszystkie koncentracje o wymiarze wspólnotowym, niezależnie od ich lokalizacji, potencjalnie podlegają kontroli Komisji. Za koncentrację uznaje się jednak tylko takie transakcje, które prowadzą do trwałej zmiany struktury uczestniczących w nich przedsiębiorstw. Zatem w przypadku przedsiębiorstw wspólnych (*joint ventures*), rzeczona kontrola obejmuje tylko przypadki połączeń o charakterze koncentracyjnym, nie zaś kooperacyjnym (te ostatnie mogą być kontrolowane na podstawie Art. 81 TWE). Nadto, kontroli podlegają w zasadzie tylko koncentracje o znaczeniu dla całej UE (o wymiarze wspólnotowym). Znaczenie to ocenia się w szczególności na podstawie wartości rocznych obrotów na obszarze Wspólnoty⁶². Co więcej, faktyczny wpływ koncentracji na rynek wspólnotowy nie ma znaczenia dla jurysdykcji Komisji w zakresie kontroli takich transakcji (skutki koncentracji mają znaczenie dopiero przy ocenie jej kompatybilności z rynkiem wspólnotowym)⁶³. W efekcie, nawet w przypadku, gdy Komisja oceni, że koncentracja nie wywoła skutków w UE, wciąż dysponuje jurysdykcją w zakresie jej kontroli. Potwierdzeniem tego może być decyzja Komisji w sprawie JCSAT/SAJAC⁶⁴, która dotyczyła koncentracji kilku japońskich firm telekomunikacyjnych. W decyzji tej Komisja otwarcie przyznała, że badana koncentracja nie wywoływała (i prawdopodobnie nie wywoła w przyszłości) skutków w UE. Mimo to, Komisja uznała się za właściwą do weryfikacji tej transakcji, ponieważ łączące się przedsiębiorstwa przekroczyły progi obrotów przewidziane w rozporządzeniu dotyczącym kontroli koncentracji.

Wymóg, aby kontrolowana koncentracja spełniała kryterium obrotu wspólnotowego ma na celu objęcie kontrolą tylko tych przedsiębiorstw, które wykazują pewien minimalny poziom aktywności w UE. Nie ma jednak gwarancji, że transakcja, która przekracza ustalone progi obrotów wywoła skutek we Wspólnocie (czego dowodzi podany wyżej przykład). UE dostrzega ten problem, ale konsekwentnie odrzuca możliwość ograniczenia eksterytorialnej jurysdykcji Wspólnoty w sprawach koncentracji przedsiębiorstw⁶⁵.

Brak jakichkolwiek specyficznych ograniczeń tej jurysdykcji na gruncie przepisów rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji nie znaczy by-

⁶¹ A. Fiebig, *The Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation*, „Columbia Journal of European Law” (CJEL) 1999, t. 5, s. 92, 97; zob. też J. P. Griffin, *EC...*, s. 361 - 362.

⁶² Zob. J. Sedemund, F. Montag, *ibidem*, s. 792, 798 i 803; szerzej M. P. Broberg, *Forum Shopping and the European Merger Control Regulation*, CJEL 1996/1997, t. 3, s. 112 i n. Jak trafnie zauważa M. P. Broberg, kryterium trwałości koncentracji nie jest w pełni obiektywne, stąd w praktyce trudno jest czasem przewidzieć, jak Komisja zakwalifikuje konkretną transakcję. Z drugiej jednak strony, oba wskaźniki (trwałości oraz – w mniejszym stopniu wymiaru wspólnotowego), są podatne na manipulację przy konstruowaniu formy transakcji (celem wyłączenia jej spod jurysdykcji kontrolnej UE).

⁶³ A. Fiebig, *ibidem*, s. 85.

⁶⁴ Decyzja Komisji z dnia 30 VI 1993 r. w sprawie No IV/M.346 - JCSAT/SAJAC, OJ 1993, C 219 (dostępna w bazie CELEX – dokument nr 393M0346). Przykład za A. Fiebig, *ibidem*, s. 83 - 84.

⁶⁵ A. Fiebig, *ibidem*, s. 83 - 84.

najmniej, że takie ograniczenia nie wynikają z innych źródeł prawa wspólnotowego (np. orzecznictwa TS), czy nawet prawa międzynarodowego. Rozciągnięcie doktryny wykonania, wypracowanej w sprawie *Woodpulp*, na kwestie kontroli koncentracji (co jest w pełni uprawnione i nie budzi sporów) prowadzi do wniosku, że geograficzna lokalizacja podmiotów uczestniczących w koncentracji jest irrelevantna dla oceny jurysdykcji Wspólnoty w tym zakresie. Właściwym wskaźnikiem jest tu miejsce wykonania koncentracji⁶⁶. Stosując to kryterium w sprawach kontroli koncentracji, Komisja bierze pod rozwagę trzy rodzaje skutków strukturalnych badanej transakcji: horyzontalne, wertykalne oraz konglomeratowe⁶⁷. Przykładowo, okolicznością legitymującą objęcie przez Komisję kontrolą fuzji *Boeing/McDonnell Douglas* był fakt, że transakcja ta wywoływała w Europie strukturalny efekt o charakterze horyzontalnym (tj. eliminację konkurencji pomiędzy łączącymi się podmiotami).

Mówiąc o granicach jurysdykcji eksterytorialnej UE w sprawach koncentracji, wypada też przypomnieć o mającej uniwersalny wymiar zasadzie proporcjonalności (respektowanej zarówno w orzecznictwie TS, jak i prawie międzynarodowym)⁶⁸. Tym bardziej, że wymogi w zakresie notyfikowania zamiaru koncentracji, przewidziane w przywoływanym rozporządzeniu zdają się nie w pełni korelować z tą zasadą⁶⁹. Okazuje się bowiem, że stosując się ściśle do przepisów rozporządzenia Komisja jest władna nałożyć sankcje za zaniechanie notyfikacji koncentracji o wymiarze wspólnotowym, dokonanej poza Wspólnotą, nawet jeżeli transakcja ta nie wywołuje żadnego faktycznego ani nawet potencjalnego skutku na obszarze UE. Wydaje się, że przyjęcie wielkości obrotów jako kryterium wyznaczającego jurysdykcję Komisji w sprawach kontroli koncentracji, bez jakichkolwiek odniesień do ich następstw we Wspólnocie, było raczej zamierzonym rozwiązaniem poddyktowanym względami praktycznymi niż skutkiem legislacyjnego niedopatrzania⁷⁰. Nie zmienia to jednak faktu, że taka metoda dała w rezultacie konstrukcję prawną, która narusza zasadę proporcjonalności⁷¹.

Jednoznaczne stanowisko w kwestii jurysdykcji UE w sprawach kontroli koncentracji zajął ostatnio Sąd Pierwszej Instancji (SPI). Orzekając w sprawie *Gencor*⁷² SPI stwierdził, że eksterytorialne stosowanie wspólnotowego rozporządzenia w sprawie koncentracji jest uprawnione na gruncie publicznego prawa międzynarodowego, jeżeli jest prawdopodobne, że planowana koncentracja wywoła bezpośredni i poważny skutek we Wspólnocie. Oznacza to wprost odwołanie się do doktryny skutków. Orzeczenie to jest

⁶⁶ Ibidem, s. 88.

⁶⁷ Ibidem, s. 89.

⁶⁸ Ibidem, s. 92 - 93; zob. też M. Wasieński, ibidem, s. 64; szerzej zob. monografię N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International 1996, s. 115 - 170.

⁶⁹ A. Fiebig, ibidem, s. 115 - 170.

⁷⁰ Rozwiązanie to opiera się na dość powszechnym przekonaniu, że system kontroli koncentracji wymagający wstępnej notyfikacji tylko transakcji poważnie zagrażających konkurencji jest niepraktyczny z punktu widzenia *ratio* prawa konkurencji. Kryterium takie grozi bowiem wymknięciem się spod kontroli zbyt dużej liczby transakcji – zob. A. Fiebig, *A Role for the WTO in International Merger Control*, „Journal of International Law & Business” 2000, t. 20, s. 238.

⁷¹ A. Fiebig, *The Extraterritorial...*, s. 92 - 93.

⁷² Sprawa T-102/96 *Gencor Ltd. v. Commission* (1999) 4 CMLR 971.

godne odnotowania także z tego względu, że oceniając legitymację Wspólnoty do wykonania jurysdykcji w badanej sprawie SPI wziął pod uwagę zasadę proporcjonalności.

3. Nawet oficjalne odzeganie się od teorii skutków (poza sprawami dotyczącymi koncentracji przedsiębiorstw⁷³), nie zmienia faktu, że sposób interpretacji zasady terytorialnej przez UE prowadzi do niemal identycznych konsekwencji, jak po zastosowaniu teorii skutkowej⁷⁴. Uprawnionym (choć nadającym się do dyskusji) wydaje się pogląd, że UE nie tylko stosuje eksterytorialnie swoje prawo konkurencji, ale też czyni to w sposób nie mniej agresywny jak USA⁷⁵. W przeciwieństwie do praktyki amerykańskiej w tym zakresie, TS nie wskazuje na jakiegokolwiek kryteria, które pozwalałyby ograniczać ekspansję eksterytorialności w prawie konkurencji (np. w postaci jurysdykcyjnej reguły rozsądku czy względów kurtuazji międzynarodowej). Prawdą jest jednak, że Wspólnota Europejska traktowała przez wiele lat reguły konkurencji bardziej za „tarczę” niż za „miecz”⁷⁶. Wszelako w ostatnim czasie unijna polityka konkurencji wydaje się zmierzać w kierunku bardziej ofensywnego stosowania prawa konkurencji w wymiarze eksterytorialnym, a najbardziej jaskrawym tego przejawem może być reakcja Unii w sprawie fuzji *Boeing/McDonnell Douglas*, czy zwłaszcza niedawne zablokowanie przez Komisję połączenia *General Electric/Honeywell* (wbrew stanowisku władz amerykańskich)⁷⁷. Precedensy te zdają się potwierdzać słuszność wyrażanych w przeszłości sugestii, że Wspólnota nie wahałaby się oprzeć swojej jurysdykcji na samych tylko skutkach, gdyby było to niezbędne w konkretnej sprawie⁷⁸. Mimo zauważalnej zmiany w eksterytorialnej polityce konkurencji UE wciąż dominuje przekonanie, że zarówno pod względem częstotliwości, jak też intensywności jest ona mniej ekspansywna w porównaniu z polityką USA⁷⁹. Różnica ta wydaje się być w dużej mierze konsekwencją faktu, że działania Unii są wypadkową stanowisk poszczególnych państw członkowskich. Stanowiska te często mogą się różnić zarówno co do środków, jak i celów wspólnotowej polityki konkurencji, co w konsekwencji może wpływać na relatywnie mniejszą intensywność i prawdopodobieństwo eksterytorialnych działań Wspólnoty w tym zakresie⁸⁰.

⁷³ W odniesieniu do koncentracji, różnice między klasyczną teorią skutków a doktryną wykonania mają już właściwie charakter wyłącznie semantyczny, i są praktycznie bez znaczenia – zob. J. P. Griffin, *EC...*, s. 358.

⁷⁴ Por. T. Skoczny, *Dostosowanie prawa polskiego do prawa wspólnotowego w zakresie antymonopolowego prawa materialnego*, w: *Wybrane problemy i obszary dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej*, red. P. Saganek i T. Skoczny, Warszawa 1999, s. 149.

⁷⁵ Zob. E. Piontek, *European Integration and Economic Interdependence*, RCADI 1992, V, s. 120, P. Saganek, *ibidem*, s. 52.

⁷⁶ Zob. P. Saganek, *ibidem*, s. 52.

⁷⁷ Zob. M. MacLaren, *The GE/Honeywell Merger Case: Reaching the Limits of International Competition Policymaking*, „German Law Journal” 2001, t. 2, nr 12; D. E. Patterson, C. Shapiro, *Trans-Atlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, „Antitrust Magazine” 2001, t. 16, nr 1.

⁷⁸ P. Saganek, *ibidem*, s. 52.

⁷⁹ J. D. Banks, *The Development of the Concept of Extraterritoriality under European Merger Law and its Effectiveness under the Merger Regulations following Boeing/McDonnell Douglas Decision 1997*, „European Competition Law Review” (ECLR) 1998, t. 19, s. 306 - 311.

⁸⁰ Y. Akbar, *The Extraterritorial Dimension of US and EU Competition Law: A Threat to the Multilateral System?*, „Australian Journal of International Affairs” 1999, t. 53, nr 1, s. 123.

C. Eksterytorialność a polskie prawo konkurencji

1. Podobnie jak ustawa antymonopolowa z 1990 r., nowa ustawa z dnia 15 XII 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁸¹ „reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 1 ust. 2). Wymowa cytowanego fragmentu ustawy jest jednoznaczna – mamy tu do czynienia z *explicite* wyrażoną zasadą eksterytorialności, i to w formule skutkowej⁸². Oznacza to, że: 1) ustawę stosuje się do praktyk (koncentracji) zlokalizowanych za granicą, jeżeli wywołują lub mogą wywoływać antykonkurencyjne skutki w Polsce (nawet gdyby praktyki takie lub koncentracje nie naruszały prawa obcego); 2) ustawa nie ma zastosowania do praktyk (koncentracji) umiejscowionych wprawdzie na terytorium Polski, jednakże wywołujących skutki wyłącznie poza jej obszarem.

2. Orzecznictwo polskich organów ds. konkurencji zdaje się potwierdzać ograniczone możliwości praktycznej realizacji przyjętej zasady. Właściwie jedyną kategorią spraw o charakterze *stricte* eksterytorialnym, jaką w praktyce zajmuje się Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) jest wstępna kontrola koncentracji dokonywanych za granicą, inicjowana notyfikacjami zagranicznymi (w świetle publikowanych od niedawna orzeczeń Prezesa Urzędu, w żadnym przypadku – jak dotąd – nie wydano decyzji zakazującej takiej transakcji, czy nawet nakazującej tylko jej modyfikację). Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że praktyczne znaczenie przyjętego rozwiązania zasadza się przede wszystkim na derogacji obejmującej działania polskich eksporterów (wywołujące skutki wyłącznie za granicą). Na marginesie warto odnotować, że nie ma u nas aktu prawnego precyzującego zasady wyłączenia karteli eksportowych czy innych przedsięwzięć eksportowych spod obowiązywania krajowego prawa konkurencji. Notabene regulacje takie zawiera np. prawo amerykańskie, niekiedy wprost zezwalające (pod pewnymi warunkami) na angażowanie się za granicą w działania niedozwolone na obszarze USA⁸³.

Wydaje się, że ograniczone możliwości wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej (typowe dla większości krajów) nie mogą *eo ipso* podważać celowości tej konstrukcji prawnej na gruncie polskiego prawa konkurencji. Poza tym fakt, że prawo nie jest notorycznie stosowane nie oznacza jeszcze, że jest zbędne (wszak może pełnić rolę prewencyjną).

3. W odróżnieniu od ustawy antymonopolowej z 1990 r., obecnie obowiązujące prawo konkurencji nie zawiera przepisu blokującego ewentualne postępowania wszczynane przeciwko polskim przedsiębiorcom za granicą. Przepis ten wprawdzie nie zapobiegał wszczynaniu takich postępowania, ale

⁸¹ Dz. U. Nr 122, poz. 1319.

⁸² Por. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 16 - 17; R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *ibidem*, s. 181; K. Strzyczkowski, *Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurentów i konsumentów*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2000, nr 9, s. 2 - 3.

⁸³ Szerzej A. T. Guzman, *Is International...*, s. 1534.

miał chronić interesy polskich przedsiębiorstw (gospodarki narodowej) poprzez zakaz udostępniania danych lub składania wyjaśnień obcym władzom (zakaz taki mógł wydać Minister Gospodarki)⁸⁴. Obecnie przedsiębiorca ma jedynie obowiązek zawiadomienia Prezesa UOKiK o wszczętym wobec niego za granicą postępowaniu opartym na podejrzeniu dokonania działań ograniczających konkurencję oraz przekazania Prezesowi Urzędu kopii orzeczenia. 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.

4. W perspektywie akcesji Polski do UE wypada zaznaczyć, że uczestnictwo we wspólnotowej polityce konkurencji w sposób zasadniczy zmieni miejsce i rolę zasady eksterytorialności w polskim prawie konkurencji. W relacjach wewnątrz unijnych (w obrębie rynku wewnętrznego) właściwie straci ona praktyczne znaczenie, jako że w sprawach praktyk mogących wpływać na handel między państwami członkowskimi w zasadzie wyłącznymi kompetencjami dysponują organy Wspólnoty⁸⁵. Niemniej jednak nawet w takich sprawach nie można wykluczyć autonomicznych działań państw członkowskich o charakterze eksterytorialnym. Przykładowo, w odniesieniu do kontroli fuzji o wymiarze wspólnotowym (objętej zasadniczo wyłączną kompetencją UE): 1) Komisja może przekazać sprawę właściwym organom zainteresowanego państwa członkowskiego, jeżeli fuzja zagrażałaby znaczącym naruszeniem konkurencji na odrębnym rynku tego państwa; 2) państwo członkowskie może uzyskać prerogatywy jurysdykcyjne, powołując się na klauzulę „uprawnionych interesów narodowych”⁸⁶. Z drugiej jednak strony warto odnotować, że fuzje nie mające wymiaru wspólnotowego, i jako takie podlegające jurysdykcji krajowej, mogą wyjątkowo na wniosek zainteresowanych państw być przedmiotem postępowania przed Komisją⁸⁷.

Akcesja Polski do UE spowoduje doniosłe zmiany także w płaszczyźnie stosunków zewnętrznych (z państwami spoza tego ugrupowania). Polska zyska bowiem zupełnie nowe możliwości przeciwdziałania naruszeniom konkurencji, mającym źródło poza Unią. Możliwości takie daje wyrafinowa-

⁸⁴ Szerzej S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 373 - 376; T. Ławicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 128 - 130.

⁸⁵ Ponieważ zakres jurysdykcji wspólnotowego prawa konkurencji oraz jego odpowiedników w państwach członkowskich podlega coraz szerszej wykładni, trudno byłoby jednak wyznaczyć wyraźne granice podziału między tymi regulacjami. W praktyce zatem może dochodzić do kolizji spowodowanych częściowym pokrywaniem się wspólnotowego oraz krajowego prawa konkurencji (unikalną klauzulę eliminującą tego rodzaju kontradykcje zawiera włoskie prawo konkurencji) – szerzej J. Hoerner, *Competition Law in the European Union: A Dual Enforcement System*, www.antitrust.de/kartellrecht.htm (27.03.2002), s. 6 i n.

⁸⁶ Zob. odpowiednio art. 9 i 21 ust. 3 rozporządzenia przywołanego w przypisie 49. Szerzej B. E. Hawk, *The ECC Merger Regulation: The First Step Toward One-Stop Merger Control*, 59 ALJ 1990, t. 59, s. 224 - 226; A. Schaub, *EC Competition System – Proposals for Reform*, FILJ 1999, t. 22, s. 864, 877; zob. też T. Skoczny, *ibidem*, s. 215 - 216.

⁸⁷ Umożliwia to tzw. klauzula holenderska (przez T. Skoczno nazywana duńska), przyjęta z inicjatywy państw członkowskich nie mających dobrze rozwiniętego prawa kontroli fuzji (art. 22 ww. rozporządzenia). W świetle deklaracji Komisji, że nie będzie ona podejmowała działań w sprawach fuzji przedsiębiorstw o łącznym obrocie mniejszym niż 2 mld euro, praktyczna efektywność tego rozwiązania wydaje się raczej ograniczona – szerzej B. E. Hawk, *ibidem*, s. 227.

ny i pod wieloma względami znacznie bardziej skuteczny od krajowego system ochrony konkurencji na szczeblu unijnym.

IV. ZA I PRZECIW EKSTERYTORIALNOŚCI W PRAWIE KONKURENCJI

1. W warunkach gospodarki globalnej problem ochrony konkurencji nabiera również globalnego wymiaru. Praktyki ograniczające konkurencję mogą być szkodliwe niezależnie od tego, gdzie są podejmowane i kogo dotyczą. Krajowe prawo konkurencji, które nie obejmuje antykonkurencyjnych działań podejmowanych za granicą, ale wpływających na gospodarkę narodową, bywa uznawane za nieefektywne, i to zarówno z punktu widzenia partykularnych interesów narodowych, jak też ogólnosiwiatowego dobrobytu⁸⁸. Zwolennicy eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji przekonują, że rozwiązanie takie jest konieczne z uwagi na brak alternatywnych mechanizmów skutecznie zabezpieczających przed antykonkurencyjnymi praktykami podlegającymi zasadniczo obcej jurysdykcji⁸⁹.

2. Paradoksalnie, eksterytorialność (także na gruncie prawa konkurencji) jest z jednej strony postrzegana jako zagrożenie suwerennych praw państwowych, z drugiej jednak może być wyrazem dążenia do utrzymania, czy też umocnienia suwerenności. Zwłaszcza przypadek USA oraz UE demonstruje, że mimo pogłębiającej się (w dobie globalizacji) współzależności pomiędzy gospodarkami narodowymi, niektóre państwa (organizacje regionalne) usilnie dążą do zachowania ekonomicznej autonomii, konsekwentnie broniąc idei eksterytorialności⁹⁰.

3. Gdyby prawo konkurencji było stosowane konsekwentnie zarówno w odniesieniu do działalności na rynku wewnętrznym, jak i w eksporcie, nie byłoby większości konfliktów na tle eksterytorialnego stosowania tego prawa. Prawo konkurencji wykazuje jednak tendencję do dychotomii w traktowaniu praktyk wywołujących skutki na rynku krajowym oraz za granicą. Większość państw (w tym USA, UE, a także Polska) wyłącza spod obowiązywania własnego prawa konkurencji działania wywołujące skutki jedynie za granicą (włącznie z kartelami eksportowymi, które służą promowaniu krajowych programów gospodarczych, takich jak np. stymulowanie poziomu zatrudnienia w sektorach eksportowych czy pobudzanie zagranicznych inwestycji kapitałowych)⁹¹. Praktyka taka opiera się na założeniu, że najbardziej optymalnym regulatorem (i zarazem egzekutorem) prawa konkurencji jest kraj importu, w którym odczuwane są skutki praktyk naruszających

⁸⁸ A. T. Guzman, *Is International...*, s. 1523.

⁸⁹ 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; por. też W. S. Dodge, *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: an Argument for Judicial Unilateralism*, „Harvard International Law Journal” 1998, t. 39, s. 150 - 153, 169.

⁹⁰ Y. Akbar, *ibidem*, s. 124.

⁹¹ Znamienny jest zwłaszcza przypadek „raju kartelowego” w USA, gdzie za praktyki kartelowe, godzące w interesy amerykańskich konsumentów, grozi nawet kara więzienia – szerzej E. M. Fox, *Antitrust And Regulatory Federalism: Races Up, Down, And Sideways*, NYULR 2000, t. 75, s. 1796. Autorka trafnie podnosi, że tolerowanie karteli eksportowych jest wątpliwą zachętą dla inwestorów zagranicznych, zważywszy na upowszechnienie się w świecie jurysdykcji opartej na teorii skutków – *ibidem*, s. 1797.

konkurencję. Takie podejście obarczone jest jednak pewną ułomnością – nie uwzględnia bowiem wpływu prawa konkurencji na sytuację eksporterów⁹². 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 przedsiębiorstw produkujących na eksport spod ogólnego reżimu krajowego prawa konkurencji, a zarazem penalizowanie działań zagranicznych firm, szkodzących własnym eksporterom, prawdopodobnie narusza zasadę niedyskryminacji, czy też wywodzące się z niej zasady: traktowania narodowego oraz najwyższego uprzywilejowania (podobnie można oceniać ustanawianie przez państwo stosujące zasadę eksterytorialności regulacji blokujących odpowiedzialność własnych przedsiębiorców za naruszanie obcego prawa konkurencji)⁹³. Jawna niekonsekwencja wielu państw w traktowaniu antykonkurencyjnych praktyk prowadzi do swego rodzaju asymetrii w stosowaniu zasady eksterytorialności. Jest ona bowiem z reguły wykorzystywana przez duże i silne państwa, podczas gdy mniejsze zazwyczaj unikają ryzyka konfliktów z silniejszymi partnerami⁹⁴. Krajowe prawo konkurencji, które koncentruje się wyłącznie na rynku krajowym, może też generować konflikty. Przykładowo, jeśli w jednym kraju toleruje się antykonkurencyjny kartel, koncentrację lub nadużycie monopolu (dlatego, że ich skutki odczuwane są wyłącznie za granicą), władze wielu innych krajów są skłonne przeciwstawiać się tego rodzaju strategii rozwoju gospodarczego „na cudzy koszt”⁹⁵. To w dużej mierze w reakcji obronnej na taką politykę rozwinięto doktrynę eksterytorialności w prawie konkurencji. Dzięki wielości władz egzekwujących prawo konkurencji zwiększa ona szanse wykrycia, skutecznej kontroli oraz neutralizowania działań ograniczających konkurencję w skali globalnej⁹⁶.

4. Z uwagi na brak międzynarodowych reguł konkurencji przedsiębiorstwa mogą podlegać wielu lokalnym reżimom prawa konkurencji. Władze krajowe mogą w tej sytuacji poszukiwać środków zaradczych w celu wypełnienia istniejących luk, np. rozciągając terytorialny zasięg krajowego prawa konkurencji. To zaś obniża pewność obrotu gospodarczego, a także zwiększa bariery w wymianie handlowej i powoduje konflikty międzynarodowe⁹⁷. W konsekwencji okazuje się, że autonomiczne działania krajowych władz, motywowane interesem narodowym (prawo krajowe zazwyczaj ignoruje interesy innych państw), często kolidują z interesem gospodarki

⁹² A. T. Guzman, *Is International...*, s. 1520 - 1521.

⁹³ 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.

⁹⁴ Zob. R. E. Falvey, P. J. Lloyd, *ibidem*, s. 7.

⁹⁵ S. W. Waller, *Bringing Globalism Home: Lessons from Antitrust and Beyond*, LULJ 2000, t. 32, s. 135.

⁹⁶ *ibidem*.

⁹⁷ Szerzej P. Torremans, *Extraterritorial Application of EC and US Competition Law*, „European Law Review” 1996, t. 21, s. 280; M. Demetriou, A. Robertson, *US Extra-territorial Jurisdiction in Antitrust Matters: Recent Developments*, ECLR 1995, t. 461, nr 8.

w wymiarze globalnym. Z tego względu coraz częściej wskazuje się na konieczność uwzględniania w polityce konkurencji poszczególnych państw nie tylko partykularnych interesów narodowych, co jest wciąż regułą, ale również ogólnoswiatowego dobrobytu⁹⁸. Jest to o tyle trudne, że maksymalizacja dobrobytu w skali globalnej wymaga często działań niezupełnie zgodnych z narodowym interesem kraju, w którym antykonkurencyjne praktyki są podejmowane. Jednakże w dłuższej perspektywie działania takie, podejmowane w ramach wielostronnej współpracy i w imię wspólnych interesów mogą sprawić, że każde państwo zyska w wyniku takiej współpracy⁹⁹.

5. Eksterytorialność uznawana jest często za najbardziej efektywny obecnie instrument realizacji polityki konkurencji, nawet jeśli kreuje niestabilność w systemie międzynarodowej współpracy gospodarczej¹⁰⁰. Koncepcja eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji *de facto* odrzuca pogląd, że współpraca między suwerennymi państwami jest pierwszoplanowym środkiem rozwiązywania złożonych sporów międzynarodowych na tle konkurencji (transgraniczne stosowanie prawa jest w gruncie rzeczy antytezą współpracy międzynarodowej)¹⁰¹. Z drugiej jednak strony praktyczna użyteczność, a nawet wykonalność jurysdykcji eksterytorialnej zależy w dużej mierze od aktywnej współpracy państw w ramach prowadzonych postępowań (zwłaszcza w zakresie wymiany informacji) oraz wykonywania orzeczeń. Obecna debata dotycząca mechanizmów współpracy międzynarodowej w sprawach konkurencji dotyczy w dużej mierze tego właśnie problemu.

6. W praktyce trzeba się liczyć z pewnymi mankamentami eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji (co się tyczy zarówno czystej teorii skutków w wydaniu amerykańskim, jak i unijnej doktryny wykonania). Transakcje handlowe (zwłaszcza z udziałem przedsiębiorstw wielonarodowych), które mogłyby być przedmiotem postępowania weryfikacyjnego w jednym tylko kraju, mogą obecnie podlegać kontroli władz dwóch lub więcej państw, nawet takich, w których przedsiębiorstwa te nie prowadzą żadnej działalności (np. fuzję *Gillette/Wilkinson* badały – formalnie lub nieformalnie – organy ds. konkurencji 14 państw¹⁰², w przypadku fuzji *Exxon/Mobil* notyfikacje złożono w około 40 krajach¹⁰³). Obowiązek składania wstępnych notyfikacji wielu krajowym władzom ds. konkurencji nakłada na przedsiębiorstwa dodatkowe koszty (niekiedy bardzo wysokie), a zarazem ogranicza środki, jakimi dysponują administracje rządowe¹⁰⁴. System taki może też być nadużywany przez niektóre administracje narodowe, których faktyczne zainteresowanie kontrolowaną transakcją sprowa-

⁹⁸ R. E. Falvey, P. J. Lloyd, *ibidem*, s. 8; P. J. Lloyd, *Multilateral Rules for International Competition Law?*, „World Economy” 1998, t. 21, nr 8, s. 1140 i n.; podobnie E. M. Fox, *Antitrust...*, s. 1801.

⁹⁹ R. E. Falvey, P. J. Lloyd, *ibidem*, s. 16.

¹⁰⁰ Y. Akbar, *ibidem*, s. 124.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 117.

¹⁰² D. P. Wood, *Unites States Antitrust Law in the Global Market*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 1994, t. 1, nr 2, s. 11.

¹⁰³ S. W. Waller, *The Twilight...*, s. 574 - 575.

¹⁰⁴ Zob. P. J. Lloyd, *ibidem*, s. 1132.

dza się często do pobrania opłaty notyfikacyjnej. Wielokrotna notyfikacja tej samej transakcji zwiększa też niepewność prawa i może prowadzić do sprzecznych rozstrzygnięć (na zagrożenie to wskazuje preambuła do unijnego rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw). Ocena tego samego zachowania w dwóch państwach może się różnić, mimo że będzie się opierać na podobnych regułach (*vide* sprawa fuzji *Boeig/McDonnell Douglas*, w której władze amerykańskie rychło zatwierdziły tę transakcję, podczas gdy Komisja zgłosiła wobec niej poważne zastrzeżenia, akceptując ją ostatecznie pod szeregami warunków, które zobowiązały się wypełnić łączące się przedsiębiorstwa, czy zwłaszcza *casus GE/Honewell*, gdzie do porozumienia nie doszło)¹⁰⁵.

KONKLUZJE

1. Nie wydaje się, aby można było z gruntu afirmować bądź też potępiać eksterytorialne stosowanie prawa konkurencji. Ani bowiem ta koncepcja, ani też ściśle rozumiana doktryna terytorialności nie gwarantują osiągnięcia optymalnych rezultatów. Efektywność każdego z tych rozwiązań należy oceniać w oparciu o okoliczności i uwarunkowania każdego konkretnego przypadku, z jakim mamy do czynienia.

Eksterytorialność (w różnych jej odmianach), jest już dziś tak szeroko stosowana i akceptowana, że być może należałoby ją uznać za normę zwyczajowego prawa międzynarodowego. W gruncie rzeczy, dyskusja toczy się obecnie już nie tyle wokół problemu legalności jurysdykcji eksterytorialnej, co raczej skupia się na kwestii istniejących czy też postulowanych granic i sposobów jej wykonywania¹⁰⁶.

2. Przedstawiona w niniejszym artykule problematyka koncentruje się na unilateralnym modelu eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji. Występuje on współcześnie najpowszechniej i jest najbardziej rozwinięty. Ze względu na liczne defekty, model ten spotyka się jednak – jak wyżej wykazano – z szeroką krytyką. Dlatego poszukuje się rozwiązań alternatywnych, np. w postaci: 1) zapewnienia większej konwergencji w ramach krajowych systemów ochrony konkurencji; 2) nawiązania bliższej współpracy między krajowymi władzami ds. konkurencji (w obu przypadkach podejmowane działania mają charakter dobrowolny); 3) zawierania porozumień międzynarodowych: a) bilateralnych, b) plurilateralnych¹⁰⁷ oraz c) multilateralnych. Krajowe, bilateralne oraz plurilateralne podejścia mają przy tym charakter komplementarny¹⁰⁸. Żadna z przedstawionych opcji nie jest

¹⁰⁵ Czasem różnica w ocenie tej samej transakcji może być całkiem naturalna. Bywa nawet tak, że dwa organy rozpatrujące tę samą transakcję powinny wręcz dojść do odmiennych konkluzji (*sic!*), a to dlatego, że jej efekty mogą być różne na różnych rynkach – zob. D. A. Valentine, *Jurisdiction and Enforcement: Building a Cooperative Framework for Oversight in Mergers – the Answer to Extraterritorial Issues in Merger Review*, GMLR 1998, t. 6, s. 527 - 528.

¹⁰⁶ *Extraterritorial...*, s. 131.

¹⁰⁷ Porozumienia plurilateralne wyróżniają się tym, że poszczególne państwa albo nie muszą do nich przystępować, albo mogą w nich uczestniczyć bez obowiązku ich respektowania (dla porównania – porozumienia multilateralne mają zawsze charakter obligatoryjny).

¹⁰⁸ P. J. Lloyd, *ibidem*, s. 1135 - 1136, 1146.

doskonała w sytuacji, gdy państwa uznają prawo konkurencji jako sprawę polityki narodowej.

Harmonizacja polityki konkurencji nie rozwiązuje problemu eksterytorialności. Aby go rozwiązać konieczny jest jakiś rodzaj międzynarodowego podejścia do sprawy lub powołanie odpowiedniej instytucji międzynarodowej. Mimo argumentu wskazującego na sukces koncepcji bilateralnych koncepcja ta wydaje się mieć ograniczone znaczenie (zwłaszcza w dłuższej perspektywie)¹⁰⁹. Oznacza po prostu ekspansję unilateralizmu pod szyldem „współpracy”¹¹⁰. Taka forma współdziałania jest niedogodna w sytuacji, gdy istnieje konflikt interesów między stronami porozumienia. Nie uwzględnia również interesów krajów trzecich i jest trudna w administrowaniu (przy potencjalnie dużej liczbie umów)¹¹¹. Wszelako bez dwustronnych porozumień dotyczących współpracy w sprawach konkurencji, nawet autonomiczne egzekwowanie prawa konkurencji okazuje się problematyczne. Przykładowo, w przypadku hipotetycznego podziału rynku wg granic państwowych brak współpracy międzynarodowej (zwłaszcza w zakresie wymiany informacji) praktycznie uniemożliwiłaby wykrycie i sankcjonowanie tego rodzaju zmywy. Z powyższych względów spodziewać się można, że dwustronne porozumienia o współpracy w sprawach konkurencji będą coraz powszechniejsze¹¹².

Inną możliwą, choć jedynie potencjalną – jak dotąd (w skali globalnej) formą współpracy jest przyjęcie międzynarodowego reżimu prawa konkurencji oraz ustanowienie ponadnarodowej władzy do spraw konkurencji, wyposażonej w kompetencje do prowadzenia postępowań i zwalczania antykonkurencyjnych praktyk¹¹³. Władza taka byłaby niejako odpowiednikiem krajowych organów do spraw ochrony konkurencji. Ta koncepcja budzi wciąż umiarkowany entuzjazm, głównie z powodu negatywnych implikacji w sferze suwerenności państwowej, a także jej wątpliwej wykonalności w obecnej sytuacji (jest to spowodowane różnorodnością koncepcji ochrony konkurencji w poszczególnych krajach, czego wyrazem są zróżnicowane krajowe reżimy prawa konkurencji)¹¹⁴. Niebagatelny wpływ na ten stan rzeczy ma też fakt, że w odróżnieniu od wielostronnych porozumień handlowych, analogiczne porozumienia w sprawach konkurencji nie gwarantują wzrostu dobrobytu we wszystkich uczestniczących w nich krajach (część z nich może wręcz doznać uszczerbku w wyniku przystąpienia do takich porozumień¹¹⁵). Osłabia to wydatnie szanse wynegocjowania w naj-

¹⁰⁹ J. S. McNeill, *ibidem*, s. 454.

¹¹⁰ I. H. Jung, *ibidem*, s. 310

¹¹¹ E. T. Swaine, *ibidem*, s. 654 - 655.

¹¹² A. T. Guzman, *Is International...*, s. 1543; zob. też P. J. Lloyd, *ibidem*, s. 1134.

¹¹³ Szerzej P. J. Lloyd, K. M. Vautier, *Promoting Competition in Global Markets*, Edward Elgar, Cheltenham 1999, rozdział 10; E. M. Fox, *Toward World Antitrust and Market Access*, AJIL 1996, t. 91; R. J. Weintraub, *ibidem*, s. 34 i n. Przykładem udanego uszczelnienia takiego modelu współpracy w wymiarze regionalnym jest UE. Nie dziwi zatem, że to właśnie Unia jest głównym orędownikiem idei globalnego prawa konkurencji.

¹¹⁴ Szerzej J. S. McNeill, *ibidem*, s. 456; zob. też Steiner, *ibidem*, s. 600 - 601, 620.

¹¹⁵ Chodzi głównie o USA, które ze względu na wyjątkowe możliwości autonomicznej realizacji własnych interesów mają najmniej do zyskania, a najwięcej do stracenia w wyniku ewentualnego przyjęcia międzynarodowego reżimu prawa konkurencji (stąd też konsekwentnie sprzeciwiają się takiemu rozwiązaniu) – zob. E. M. Fox, *Antitrust...*, s. 1807; E. T. Swaine, *ibidem*, s. 665; E. Y. Wu, *ibidem*, s. 30.

bliższej przyszłości ogólnosiwiatowego układu, który regulowałby kwestie konkurencji na wzór pakietu porozumień WTO (państwa potencjalnie tracące oczekiwałyby jakiejś formy rekompensaty, a takowa jest mało prawdopodobna)¹¹⁶.

Mimo to wydaje się, że w miarę postępującej globalizacji względna przewaga rozwiązań ponadnarodowych, w porównaniu z jednostronnymi czy dwustronnymi, będzie się powiększać¹¹⁷.

EXTRATERRITORIAL ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW

S u m m a r y

The practice of extraterritorial law enforcement in the era of globalisation is becoming more and more frequent and is invariably accompanied by controversy. This practice is often perceived as a threat to the national interest or even a violation of a given country's sovereignty. Initially, any form of national law enforcement abroad was treated as an act of inadmissible violation of the other nation's independence. Nowadays, the idea of extraterritorialism is relatively broadly accepted or at least tolerated, although any acts of aggressive abuse of this legal construct is inevitably met with fierce opposition and concern. The article covers the methods of extraterritorial application of competition law in America, the European Union, and Poland.

¹¹⁶ A. T. Guzman, *Is International...*, s. 1542.

¹¹⁷ R. E. Falvey, P. J. Lloyd, *ibidem*, s. 16. Szerzej w sprawie międzynarodowego prawa konkurencji zob. m.in. S. W. Waller, *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, „Boston University Law Review” 1997, t. 77, s. 343 i n.; E. M. Fox, *Competition Law and the Millennium Round*, „Journal of International Economic Law” 1999, t. 2 - 4, s. 665 i n.