Marta Urbańska-Arendt

EKSTERYTORIALNE STOSOWANIE POLSKICH REGULACJI ZAKAZUJĄCYCH PRAKTYK ANTYKONKURENCYJNYCH – OD LEGALNOŚCI DO SKUTECZNOŚCI NORMY

Praca doktorska

napisana pod kierunkiem

prof. dra hab. Kazimierza Strzyczkowskiego

***Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere*[1].**

[1] „Temu, kto sprawuje wymiar sprawiedliwości poza granicami jego terytorium, można być bezkarnie nieposłusznym. To samo odnosi się do sytuacji, gdy przy sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości zdaje się on przekraczać kompetencje mieszczące się w zakresie jego jurysdykcji" - paremia przypisywana rzymskiemu prawnikowi Paulusowi, przytoczenie i tłumaczenie za (Wasiński 2002: 57).

Spis treści

Skróty i akronimy 7

Wstęp 10

Rozdział 1 17

Legalność doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w prawie międzynarodowym publicznym 17

1.1. Jurysdykcja państwa 17

1.2. Zasady jurysdykcyjne. Jurysdykcja eksterytorialna w prawie międzynarodowym publicznym. 26

1.2.1. Uwagi wprowadzające 26

1.2.2. Zasada jurysdykcji terytorialnej. Doktryna skutków. 27

1.2.3. Zasada jurysdykcji narodowej (personalnej) 33

1.2.4. Zasada jurysdykcji ochronnej 37

1.2.5. Zasada represji uniwersalnej 39

1.2.6. Pojęcie jurysdykcji eksterytorialnej 43

1.3. Legalność doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w sprawach antymonopolowych 45

1.3.1. Uwagi wprowadzające 45

1.3.2. Doktryna skutków w orzeczeniach sądów międzynarodowych 47

1.3.3. Doktryna skutków w zwyczaju międzynarodowym 50

1.3.4. Doktryna skutków w „poglądach posiadających najwyższe kwalifikacje pisarzy różnych narodów” 60

1.3.5. Zagadnienie eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji w dokumentach i działaniach instytucji międzynarodowych 72

1.3.5.1. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju 73

1.3.5.2. Światowa Organizacja Handlu 76

1.3.5.3. Międzynarodowa Sieć Konkurencji 78

1.3.5.4. Organizacja Narodów Zjednoczonych 81

1.3.6. Konwencje dotyczące eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji 82

1.4. Podsumowanie 85

Rozdział 2 91

Doktryna skutków w prawie ochrony konkurencji UE oraz USA. Geneza, ewolucja, stan obecny. 91
2.1. Uwagi wprowadzające 91
2.2. Powstanie i rozwój doktryny skutków w orzecznictwie organów Unii Europejskiej 92
2.2.1. Podstawy traktatowe postępowań antymonopolowych i pierwsze rozstrzygnięcia 92
2.2.2. Kolejne kluczowe rozstrzygnięcia 96
2.2.2.1. Doktryna *single economic unit* jako narzędzie jurysdykcji eksterytorialnej (sprawa *Imperial Chemical Industries I*) 96
2.2.2.2. Początki doktryny implementacji (sprawa *Wood Pulp I*) 110
2.2.2.3. „Kryterium skutków", doktryna *single economic unit* i inne łączniki jurysdykcyjne (sprawa *kartelu aluminium Brandeis*) 121
2.2.2.4. Koncepcja „dostatecznego powiązania" (sprawa *kartelu PCV)* 127
2.2.2.5. Doktryna skutków w postępowaniu dotyczącym koncentracji (sprawa *Gencor*) 128
2.2.2.6. Interpretacja zasady *ne bis in idem* w kontekście „kryterium skutków" jako łącznika jurysdykcyjnego (sprawa *GIS*). 135
2.2.2.7. Zachowanie i jego skutki jako „nierozerwalna całość" (*idem*) a zasada *ne bis in idem* w kontekście konkurencji jurysdykcji i sankcji (sprawa *Elektrod grafitowych*). 141
2.2.2.8. Nowe ujęcie doktryny implementacji - terytorium Unii Europejskiej „sięga" Azji (sprawy *Intel* i *Innolux*). 143
2.2.2.9. Inne problemy wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej w orzecznictwie organów UE 163
2.3. Eksterytorialne stosowanie prawa antytrustowego USA 165
2.3.1. Domniemanie przeciwko eksterytorialności amerykańskiego ustawodawstwa antytrustowego 165
2.3.2. Liberalizacja sposobu pojmowania zasady jurysdykcji terytorialnej 169
2.3.3. Ekstrapolacja doktryny skutków z prawa karnego na prawo antytrustowe (sprawa *Alcoa*) 172
2.3.4. „Radykalizacja" sposobu stosowania doktryny skutków 177
2.3.5. Kwalifikowany charakter skutków. „Kodyfikacja" doktryny skutków. 180
2.3.6. Jurysdykcyjna doktryna rozsądku 183
2.3.6.1. Początki i rozwój 183
2.3.6.2. Regres – doktryna „rzeczywistego konfliktu" 186
2.3.6.3. Powrót do szerokiego ujęcia jurysdykcyjnej doktryny rozsądku 190
2.3.6.4. Podejście Federalnej Komisji Handlu i Departamentu Sprawiedliwości do jurysdykcyjnej reguły rozsądku 197
2.3.6.5. Problematyka eksterytorialnego stosowania prawa antytrustowego w *Restatements of conflicts of laws* 198

2.4. Podsumowanie 201
Rozdział 3 211
Terytorialny zasięg ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a możliwość jej stosowania do transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych - problematyka procedury i egzekucji 211
3.1. Uwagi wprowadzające 211
3.2. Przedsiębiorca zagraniczny a zakres podmiotowy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 220
3.3. Problemy proceduralne w transgranicznych sprawach antymonopolowych – postępowanie administracyjne 232
3.3.1. Kompetencja Prezesa UOKiK do rozstrzygania w sprawach dotyczących zachowań mających miejsce za granicą 232
3.3.2. Zdolność administracyjnoprawna przedsiębiorców zagranicznych 235
3.3.3. Doręczenia do przedsiębiorców zagranicznych 241
3.4. Problemy proceduralne w transgranicznych sprawach antymonopolowych – postępowanie cywilne 252
3.4.1. Jurysdykcja krajowa 252
3.4.2. Zdolność sądowa i procesowa przedsiębiorców zagranicznych w postępowaniu cywilnym 255
3.4.3. Doręczenia do przedsiębiorców zagranicznych 257
3.5. Pozyskiwanie dowodów zza granicy w sprawach antymonopolowych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK oraz w postępowaniu sądowym 269
3.6. Egzekucja polskich orzeczeń administracyjnych i sądowych w transgranicznych sprawach antymonopolowych 275
3.6.1. Egzekucja decyzji Prezesa UOKiK 275
3.6.2. Egzekucja polskich wyroków sądowych w sprawach antymonopolowych 287
3.7. Znaczenie funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji dla eksterytorialnego stosowania polskich przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych 289
3.7.1. Podstawy funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji i jej cele a możliwość prowadzenia transgranicznej egzekucji decyzji krajowych organów ochrony konkurencji 290
3.7.2. Możliwość wykorzystania informacji uzyskanych w ramach ECN w celu stosowania krajowych (polskich) przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych 298
3.7.3. Zasada *ne bis idem* w prawie konkurencji UE a eksterytorialne stosowanie polskiego prawa konkurencji 313
3.7.4. Wnioski 315
3.8. Podsumowanie 318
Rozdział 4 323
Ku zwiększeniu skuteczności eksterytorialnego oddziaływania krajowych norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych – zasada czynnego zwierzchnictwa personalnego jako wsparcie dla doktryny skutków 323

4.1. Uwagi wprowadzające 323
4.2. Przynależność państwowa spółek kapitałowych 328
4.3. Koncepcje zmierzające do przełamania prawnej odrębności spółek zrzeszonych w międzynarodowych grupach 333
4.3.1. Geneza 333
4.3.2. Pośrednia odpowiedzialność spółki matki za zachowanie spółek zależnych - klasyczna doktryna *piercing the corporate veil* (rzeczywista kontrola nad spółką zależną) 337
4.3.3. Pośrednia odpowiedzialność spółki matki za zachowania spółki zależnej - domniemanie kontroli w przedsiębiorstwie zintegrowanym 341
4.3.4. Bezpośrednia odpowiedzialność spółki matki za własne zachowania – prawny obowiązek zapewnienia zgodności z prawem zachowań spółek zależnych 345
4.3.5. Sprawowanie kontroli w ramach grupy kapitałowej jako narzędzie jurysdykcji eksterytorialnej 347
4.4. Możliwość zastosowania w polskim prawie antymonopolowym koncepcji zwalczania praktyk antykonkurencyjnych z wykorzystaniem łącznika przynależności państwowej spółek kapitałowych i powiązań pomiędzy spółkami w „zgrupowaniach". Kontekst systemowy i rozważania *de lege ferenda* 349
4.4.1. Prawo UE a dopuszczalność przełamania odrębności prawnej spółek w porządkach krajowych państw członkowskich 349
4.4.2. Przełamanie prawnej odrębności spółek kapitałowych w prawie polskim 350
4.4.3. Koncepcja *single economic unit* a instytucje polskiego prawa antymonopolowego 357
4.4.4. Rozważania *de lege ferenda* 372
4.5. Podsumowanie 392
Zakończenie 396
Literatura 411
Akty prawne opublikowane w Dzienniku Ustaw RP (w układzie chronologicznym) 420
Orzeczenia sądów polskich (w układzie chronologicznym) 423
Decyzje Prezesa UOKiK (w układzie chronologicznym) 425
Akty prawne opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE (UE) - (w układzie chronologicznym) 426
Orzeczenia organów WE (UE) oraz opinie rzeczników generalnych (w układzie chronologicznym) 428
Orzeczenia sądów w USA (w układzie chronologicznym) 434
Pozostałe orzeczenia (w układzie chronologicznym) 436
Pozostałe źródła (w układzie alfabetycznym) 436

Skróty i akronimy

B.Y.I.L.	- British Yearbook of International Law
Dz. U.	- Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
Dz. Urz. UE	- Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (od 1 lutego 2003 r.)
Dz. Urz. WE	- Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich (do 31 stycznia 2003 r.)
Dz. Urz. UOKiK	- Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
DoJ	- Department of Justice (Departament Sprawiedliwości USA)
E.C.L.I.	- European Case Law Identifier
ECN	- European Competition Network (Europejska Sieć Konkurencji)
EKPC	- Europejska Konwencja Praw Człowieka (Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności)
EOG	- Europejski Obszar Gospodarczy
EFTA	- European Free Trade Association (Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu)
EWG	- Europejska Wspólnota Gospodarcza
ETS	- Europejski Trybunał Sprawiedliwości (do 1 grudnia 2009 r. - Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, po 1 grudnia 2009 r.-Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej)
FTC	- Federal Trade Commission (Federalna Komisja Handlu USA)
GATT	- General Agreement on Tariffs and Trade (Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu)
Geo. L. J.	- Georgtown Law Journal
ICJ Rep.	- International Court of Justice Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICN	- International Competition Network (Międzynarodowa Sieć Konkurencji
Int'l L. Comm'n	- International Law Commission (Komisja Prawa Międzynarodowego przy ONZ)
KC	- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 z późn. zm.

KE - Komisja Europejska (w okresie od 1 stycznia 1958 r. do 30 czerwca 1967 r. - Komisja EWG, w okresie od 1 lipca 1967 r. do 31 października 1993 r. Komisja Wspólnot Europejskich, od 1 listopada 1993 - Komisja Europejska)

KK - Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 z późn. zm.

KPA - Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.

KPC - Ustawa z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1822 z późn. zm.

KRSu - Ustawa z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 700

KSH - Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1578 z późn. zm.

Lex/el. - system informacji prawnej Lex, wyd. Wolters Kluwer

OECD - Organisation for Economic Cooperation and Development (Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju)

OKiKu - Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 229

OSNC - Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna

OSNP - Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy

ONZ - Organizacja Narodów Zjednoczonych

OTK - Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

P.C.I.J. publ. (ser. A) - Permanent Court of International Justice, Collection of Judgements, 1922-1930 (Zbiór Orzeczeń Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej z lat 1922- 1930)

PDGU - Ustawa z 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, Dz. U. z 1999 r., nr 101, poz. 1178

PEA - Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 599 z późn. zm.

PPM - Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1792

MTS - Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości

SOKiK - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

SPI	- Sąd Pierwszej Instancji (od 1 listopada 1989 r. do 31 listopada 2009 r. następnie działający pod nazwą „Sąd")
STSM	- Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej
SDGU	- Ustawa 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 z późn. zm.
TFUE	- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. z 2004 r. nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.
t.j.	- tekst jednolity
TSUE	- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zob. ETS)
TWE	- Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (obecnie: Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)
UE	- Unia Europejska
UKHL	- United Kingdom House of Lords (Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa)
UNCTAD	- United Nations Conference on Trade and Development (Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju)
UOKiK	- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UWP	- Ustawa z 11 października 2013 r. o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, ceł i innych należności pieniężnych, Dz. U. z 2013 r., poz. 1289 z późn. zm.
U.S.C.	- United States Code (skodyfikowany zbiór prawa federalnego obowiązującego w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej)
WE	- Wspólnota Europejska
W.L.R.	- Weekly Law Reports
WTO	-World Trade Organisation (Światowa Organizacja Handlu)
Zb. Orz.	- zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej)
Zb. Orz. elektr.	- elektroniczny zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej)

Wstęp

Inspirację do podjęcia tematu eksterytorialnego stosowania norm polskiego prawa zakazujących praktyk antykonkurencyjnych stanowi regulacja ujęta w art. 1 ust. 2 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[2] (dalej również jako ustawa, ustawa antymonopolowa lub OKiKu). Z przepisu tego wynika, że ustawa antymonopolowa znajduje zastosowanie do przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję, jeżeli praktyki te wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przesłanką decydującą o stosowaniu krajowych norm z dziedziny publicznoprawnej ochrony konkurencji (tzw. prawa antymonopolowego) ma być zatem wystąpienie na obszarze RP antykonkurencyjnych skutków określonych działań. Bez znaczenia pozostaje natomiast, czy podmioty, które dopuściły się takich działań mają polską przynależność państwową, okoliczność, gdzie zachowania te zostały podjęte, jak i to, czy są one zakazane przez wewnętrzne porządki prawne państw trzecich. W szczególności oznacza to, że w zakresie przedmiotowym polskiej regulacji pozostają sytuacje, gdy zakłócenie konkurencji na obszarze RP występuje na skutek praktyk antykonkurencyjnych zagranicznych przedsiębiorców podjętych za granicą. Innymi słowy – sytuacje, w których źródłem zakłócenia konkurencji na obszarze RP jest zachowanie zagranicznych przedsiębiorców podjęte za granicą. W literaturze z dziedziny prawa gospodarczego publicznego takie rozwiązanie legislacyjne określa się mianem eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji lub też, zamiennie, stosowaniem doktryny skutków.

Praca zmierza do zbadania, czy w aktualnym stanie prawa obowiązujące w polskim prawie wewnętrznym normy zakazując praktyk antykonkurencyjnych rzeczywiście mogą być stosowane eksterytorialnie. Przez zakazy praktyk antykonkurencyjnych należy rozumieć zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej. Zakazy te wyrażone są – odpowiednio – w art. 6 ust. 1 oraz art. 9 ust.1 i ust. 2 ustawy antymonopolowej.

2 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 229 z późn. zm.).

Jako hipotezy badawcze przyjęto następujące założenia. Po pierwsze - że doktryna skutków jest obecnie uznawana przez prawo międzynarodowe publiczne za zasadę jurysdykcyjną obowiązującą w dziedzinie prawa ochrony konkurencji. Po drugie – pomimo uznania legalności tej zasady - nie istnieją prawne mechanizmy (ani w polskim prawie wewnętrznym, ani w prawie UE, ani w prawie międzynarodowym publicznym), które zapewniałyby rzeczywiste oddziaływanie zakazów praktyk antykonkurencyjnych uregulowanych w ustawie antymonopolowej na zachowania zagranicznych przedsiębiorców podejmowane za granicą.

Ze względu na przyjęte hipotezy, przeprowadzone badania miały trzy zasadnicze cele. Pierwszy z nich to zaprezentowanie procesu, który doprowadził do wyodrębnienia doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej uznawanej przez prawo międzynarodowe publiczne i ukazanie jej aktualnej pozycji w tym prawie. Drugim było zbadanie, czy normy obowiązującego w Polsce prawa (wliczając tu również normy prawa międzynarodowego publicznego[3], jak i normy pochodzące od prawodawcy unijnego[4]) stanowią wystarczającą podstawę ku temu, by właściwe polskie organy mogły wydać i doprowadzić do egzekucji orzeczenia nakładającego sankcje za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych, w sytuacji, gdy źródłem tych praktyk jest aktywność przedsiębiorców zagranicznych podjęta za granicą. Analiza ta dotyczyła zagadnień, które warunkują prowadzenie postępowań w sprawach transgranicznych naruszeń konkurencji, a mianowicie: sposobu określenia geograficznego zasięgu kompetencji polskich organów właściwych w sprawach ochrony konkurencji, możliwości udziału przedsiębiorców zagranicznych w postępowaniach toczących się przed tymi organami, problematyki pozyskiwania dowodów znajdujących się za granicą, dokonywania transgranicznych doręczeń oraz możliwości prowadzenia za granicą egzekucji kar nałożonych przez ww. organy. Badanie zmierzało do zidentyfikowania (ewentualnych) luk w prawie, które utrudniają (względnie – uniemożliwiają) powyższe działania. Wreszcie, trzecim celem było przedłożenie propozycji *de lege ferenda* (dotyczących polskiego prawa wewnętrznego) zmierzających do poprawy efektywności eksterytorialnego oddziaływania unormowanych w ustawie antymonopolowej zakazów praktyk antykonkurencyjnych.

Wobec tak zarysowanych celów, praca ukazuje funkcjonowanie art. 1 ust. 2 ustawy w szerokim kontekście systemowym -od zagadnień prawa międzynarodowego publicznego do szczegółowych rozwiązań proceduralnych prawa krajowego. Takie ujęcie problematyki pozwala unaocznić, że pojawienie się w polskiej ustawie antymonopolowej normy

[3] Stosownie do art. 91 ust. 1 Konstytucji RP.
[4] Stosownie do art. 91 ust. 3 Konstytucji RP.

nakazującej ściganie praktyk, które „wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej" jest rezultatem złożonego procesu ewolucji prawa ochrony konkurencji mającego miejsce w wielu państwach. Procesu, który rozpoczął się kilkadziesiąt lat temu[5], a którego rozwoju wciąż jesteśmy świadkami. Koniec pierwszego etapu tego procesu znaczy uznanie międzynarodowoprawnej legalności doktryny skutków. Drugi etap- który zmierza do rzeczywistego (efektywnego) eksterytorialnego oddziaływania krajowych zakazów praktyk antykonkurencyjnych – wciąż jeszcze trwa.

Osiągnięcie tak zakreślonych celów badawczych wymagało sięgnięcia do rozmaitych źródeł i zastosowania różnorodnych metod badawczych.

Analizując genezę i ewolucję doktryny skutków w prawie konkurencji wykorzystano metodę historyczno-opisową, która pozwala zrozumieć przyczyny obecności doktryny skutków we współcześnie obowiązującym prawie. Metoda ta posłużyła do badań różnych źródeł. Były to zarówno orzeczenia organów UE (i jej poprzedników prawnych) i sądów federalnych USA, jak i dokumenty organizacji międzynarodowych i materiałów z konferencji międzynarodowych gremiów. Te ostatnie dają przybliżony obraz zmian w relacjach międzynarodowych w dziedzinie liberalizacji handlu, z czym powstanie doktryny skutków jest ściśle związane.

Metoda logiczno-językowa posłużyła do analizy i interpretacji nie tylko krajowego materiału normatywnego, ale także - ze względu na intensyfikację zjawiska multicentryczności systemu źródeł prawa - aktów prawnych pochodzących od organów UE oraz umów międzynarodowych. W toku tej analizy posiłkowano się również wykładnią sądową i doktrynalną.

Niezbędne było także posłużenie się metodą prawnoporównawczą. Wynikało z założenia, że niektóre rozwiązania prawne mają walor uniwersalny i są spowodowane istnieniem określonych stosunków społecznych (gospodarczych), które – ze względu na proces globalizacji – są w obszarze „cywilizacji zachodniej" podobne. Metoda ta została wykorzystana do porównania podejścia UE i USA do stosowania doktryny skutków. Pozwoliła również uwypuklić uniwersalny charakter koncepcji przełamania prawnej odrębności spółek kapitałowych, ukazując, że koncepcja ta może służyć nie tylko do stworzenia modelu eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji, ale znana jest również w prawie międzynarodowym publicznym oraz w porządkach prawnych niektórych państw państwa (Wielką Brytanii, USA) w zupełnie innych gałęziach prawa.

[5] Za początek tego procesu można przyjąć moment wydania wyroku w sprawie *Alcoa* – rok 1945 – o czym będzie szczegółowo mowa w dalszej części pracy.

Skorzystano również z wyników badań empirycznych przeprowadzonych przez Międzynarodową Sieć Konkurencji, które dają wyobrażenie o zakresie współpracy organów ochrony konkurencji poszczególnych państw.

Systematyka pracy nawiązuje do sposobu sformułowania hipotez badawczych i przyjętych celów badawczych.

Rozdziały pierwszy i drugi poświęcone są zagadnieniu legalności doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w prawie międzynarodowym publicznym. Rozdział pierwszy obejmuje krótkie wprowadzenie do zagadnień ogólnych i pojęć dotyczących podstaw wykonywania jurysdykcji przez państwa. Na tak zarysowanym tle zaprezentowano w nim zagadnienia dotyczące genezy i ewolucji doktryny skutków w odniesieniu do prawa antymonopolowego oraz jej aktualnego miejsca w poszczególnych źródłach prawa międzynarodowego publicznego. Analiza ta ukazała, że spośród tych źródeł największe znaczenie dla funkcjonowania doktryny skutków ma zwyczaj międzynarodowy. Dlatego w rozdziale drugim skupiono się na badaniu obecności doktryny skutków w zwyczaju międzynarodowym. Oś dociekań stanowi prezentacja rozwoju orzecznictwa organów UE (jej poprzedników prawnych) oraz USA w sprawach dotyczących transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych, w ujęciu historycznym. Taka metoda pozwoliła ustalić przyczyny powstania w praktyce państw doktryny skutków jako odrębnego łącznika jurysdykcyjnego, uchwycić istotne cezury czasowe znaczące jej obecność w relacjach międzypaństwowych oraz określić jej aktualne miejsce jako podstawy sprawowania jurysdykcji legislacyjnej, jurysdykcji w zakresie stosowania prawa oraz jurysdykcji egzekucyjnej.

Perspektywę badań podjętych w rozdziale trzecim wyznacza pytanie, czy polskie organy powołane do stosowania norm ustawy antymonopolowej dysponują prawnym instrumentarium dającym im możliwość zrealizowania wyrażonej w art. 1 ust. 2 tej ustawy intencji ustawodawcy, by normy te stosować eksterytorialnie. Analizie poddane zostały krajowe rozwiązania w zakresie procedury i egzekucji dotyczące spraw z elementem zagranicznym, w dziedzinie postępowania administracyjnego i cywilnego. Przedmiotem dociekań było również to, czy instytucje prawa międzynarodowego publicznego dają możliwość korzystania z pomocy prawnej organów innych państw w sprawach antymonopolowych. Zbadano także, czy przynależność Polski do UE (i wynikające zeń członkostwo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Europejskiej Sieci Konkurencji) powoduje, że kwestie proceduralne i egzekucyjne przedstawiają się odmiennie w sytuacji, gdy mamy do czynienia z przedsiębiorcą z kraju członkowskiego z UE (praktyką podjętą w kraju członkowskim UE) niż wówczas, gdy mamy do czynienia z przedsiębiorcą z

innego kraju. Analiza zmierza do zaprezentowania aktualnego stanu prawa w badanym obszarze i zidentyfikowania deficytów regulacji, z punktu widzenia potrzeby efektywnego wdrażania krajowych zakazów praktyk antykonkurencyjnych w odniesieniu do praktyk transgranicznych.

Rozdział czwarty obejmuje propozycje *de lege ferenda.* Zmierzają one do poprawy efektywności eksterytorialnego oddziaływania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych. W tym celu zaproponowano zmianę modelu odpowiedzialności za te praktyki obowiązującego obecnie w polskim prawie. Szkicowane rozwiązania za punkt wyjścia przyjmują koncepcje przełamania odrębności prawnej spółek kapitałowych, a zwłaszcza doktrynę *single economic unit*. Przedstawiona propozycja ma charakter częściowy, tj. dotyczy oddziaływania polskiego prawa na spółki prawa obcego, będące członkami grup kapitałowych, których uczestnikami są również polscy przedsiębiorcy.

Podjęta w pracy problematyka jest ważka i aktualna z wielu względów.

Po pierwsze, mamy cały czas do czynienia z trwającym procesem liberalizacji handlu międzynarodowego i globalizacji gospodarki. Można się wobec tego spodziewać, że nasili się potrzeba przeciwdziałania międzynarodowym kartelom lub też nadużywaniu pozycji dominującej, mającym transgraniczne skutki. Nie należy zapominać, że przynależność Polski do UE nie wyłącza konieczności stosowania krajowego reżimu prawa antymonopolowego. W okresie od 1 maja 2004 r. do 31 grudnia 2017 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał łącznie 964 decyzje o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję. Spośród nich jedynie 13 było opartych na prawie konkurencji UE (art. 101 lub art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)[6]. Nie każda praktyka antykonkurencyjna o charakterze transgranicznym, która będzie szkodliwa dla funkcjonowania mechanizmu konkurencji na obszarze RP będzie jednocześnie wywierała odczuwalny wpływ na handel między państwami członkowskimi (co warunkuje stosowanie prawa konkurencji UE). Trzeba mieć na względzie zwłaszcza potencjalne praktyki antykonkurencyjne przedsiębiorców zza wschodniej granicy, ale także i to, że nie wszystkie kraje europejskie są członkami UE lub EOG. Nadto, nie da się wykluczyć tendencji dezintegracyjnych w ramach UE, co pokazuje przykład „Brexitu".

Po drugie, wyraźnie zauważalna jest różnica pomiędzy ilością decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczących kontroli koncentracji z udziałem

[6]Źródło: sprawozdania z działalności UOKIK za lata 2004 – 2016, dostęp na: https://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php, dostęp w dniu 31 grudnia 2017 r. oraz dane ze strony: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf dostęp w dniu 31 grudnia 2017 r., dane statystycznie Komisji, dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html, 31 grudnia 2017 r.

przedsiębiorców zagranicznych (odnoszących się do transakcji przeprowadzanych za granicą) a ilością decyzji dotyczących nadużycia pozycji dominującej lub porozumień ograniczających konkurencję zawartych z udziałem przedsiębiorców zagranicznych. Od roku 2000 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów corocznie wydaje kilkadziesiąt decyzji dotyczących kontroli koncentracji, których adresatami są przedsiębiorcy zagraniczni. Natomiast w okresie od 1 stycznia 2000 r. do 31 grudnia 2017 r. wydanych zostało tylko 9 decyzji dotyczących praktyk antykonkurencyjnych z udziałem przedsiębiorców zagranicznych[7]. Wskazuje to, że muszą występować czynniki, które powstrzymują Prezesa UOKiK od wydawania takich decyzji. Niezależnie od ewentualnych powodów leżących poza systemem prawa (niewystarczająca wykrywalność, określona polityka Prezesa UOKiK), przyczyn małej ilości takich decyzji należy upatrywać w braku odpowiednich rozwiązań normatywnych.

Po trzecie, jest oczywiste, że brak instrumentów zapewniających przestrzeganie (realizowanie) normy prawnej niweczy sens obowiązywania tej normy w porządku prawnym[8]. Zapewnienie efektywności norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych o charakterze eksterytorialnym może wymagać zastosowania przymusu państwowego (przeprowadzenia egzekucji). Konieczne jest zatem, by w dyspozycji właściwych organów pozostawały efektywne mechanizmy nakładania i egzekwowania sankcji nałożonych za złamanie zakazów stosowania praktyk antykonkurencyjnych. Bez tego pożądany przez ustawodawcę efekt sankcjonujący i odstraszający nie zostanie osiągnięty.

Podjęta tematyka nie była dotąd przedmiotem kompleksowego opracowania w literaturze krajowej. Wpisuje się nadto w aktualny nurt badań dotyczących problematyki prowadzenia postępowań administracyjnych z elementem zagranicznym, koncentrujący się wokół zagadnienia podniesienia sprawności i efektywności działania krajowego aparatu administracyjnego w zakresie obrotu zagranicznego[9].

W stosunku do przedmiotu regulacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pole badawcze zostało celowo ograniczone.

Niniejsza praca nie dotyczy zagadnień prewencyjnej kontroli koncentracji. Ilość decyzji koncentracyjnych dotyczących transakcji przeprowadzanych za granicą (z udziałem

[7] Źródło: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf, dostęp w dniu 31 grudnia 2017 r.
[8] Jak trafnie ujmuje ten problem J. M. Raymond, wydawanie orzeczeń, co do których nie dysponuje się żadnymi instrumentami, aby zapewnić ich efektywność „to działalnie tyleż dla sądu poniżające, co daremne". Zob. Raymond J. M., The Exercise of Concurrent International Jurisdiction: "Move with Circumspection Appropriate", 8 Boston College Law Review 673 (1967, s. 21), http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol8/iss4/1.
[9] Szerzej na ten temat zob. (Niedźwiedź 2017:19, 21,22) i powołana tam literatura.

zagranicznych przedsiębiorców) świadczy bowiem o tym, że aktualnie obowiązujące przepisy w tej dziedzinie są dostatecznie skuteczne.

Badania nie objęły także uregulowanych w ustawie antymonopolowej zagadnień ochrony konsumentów. W sensie przedmiotowym problematyka ta jest odrębna od tematyki publicznoprawnej ochrony konkurencji, mimo tego, że obie grupy zagadnień uregulowano w tym samym akcie prawnym.

Wreszcie, praca odnosić się będzie wyłącznie do zagadnień publicznoprawnego stosowania zakazów praktyk antykonkurencyjnych. Nie będzie nawiązywać do problematyki prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji (tzw. *„private enforcement*".) Ta bowiem – pomimo związków z publicznoprawną ochroną konkurencji- mieści się w dziedzinie prawa cywilnego. Jej zgłębienie wymagałoby zatem w szczególności zbadania rozwiązań prawa międzynarodowego odnoszących się do współpracy w sprawach cywilnych i gospodarczych. Ponadto, ze względu na krótki okres obowiązywania przepisów o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (pół roku) trudno dokonać ich oceny pod kątem efektywności.

Praca uwzględnia stan aktów normatywnych i orzecznictwa na 1 stycznia 2018 r.

Rozdział 1
Legalność doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w prawie międzynarodowym publicznym

1.1. Jurysdykcja państwa

Praca niniejsza dotyczy eksterytorialnego stosowania polskich regulacji z dziedziny publicznego prawa ochrony konkurencji. Przymiotnik „eksterytorialny"- nawet gdy jego znaczenie odbieramy tylko intuicyjnie - w sposób nieunikniony przywodzi na myśl pojęcie „terytorium", a w konsekwencji – zagadnienia stosunków międzypaństwowych, czyli materię, która jest przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego publicznego. Z perspektywy tej dziedziny prawa zagadnienie eksterytorialnego stosowania regulacji prawnych wiąże się z pytaniem, jaki jest zasięg terytorialny (geograficzny, przestrzenny) kompetencji jurysdykcyjnych państwa, czyli kompetencji do wykonywania zwierzchnictwa. Przed prezentacją problematyki eksterytorialnego stosowania polskich norm z dziedziny publicznoprawnej ochrony konkurencji konieczne jest przedstawienie zasadniczych zagadnień dotyczących podstaw jurysdykcji w prawie międzynarodowym publicznym, w tym kwestii dotyczących jurysdykcji eksterytorialnej. Jest to niezbędne tło, bez którego obraz zagadnień ekstraterytorialnego stosowania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych nie byłby pełen.

W porządku międzynarodowoprawnym państwo posiada określone kompetencje, wywodzone z najważniejszej cechy państw- suwerenności (tj. niezależności od władzy jakiegokolwiek innego podmiotu prawa międzynarodowego[10]). Wśród tych kompetencji (atrybutów suwerenności), traktowanych jako fundamentalne zasady prawa zwyczajowego,

[10] Konsekwencjami suwerenności są: zakaz użycia siły, zasada nieinterwencji w sprawy wewnętrzne, prawo do samostanowienia oraz zasada suwerennej równości państw (Czapliński, Wyrozumska 1999: 114).

znajduje się m.in. wykonywanie zwierzchnictwa terytorialnego i personalnego, rozumianego w szczególności jako decydowanie o obywatelstwie i wykonywanie jurysdykcji[11]. Jurysdykcja oznacza kompetencję do władczego kształtowania sytuacji faktycznej i prawnej osób oraz rzeczy (innymi słowy do stanowienia, stosowania i egzekwowania prawa)[12].

Celem norm prawa międzynarodowego publicznego dotyczących jurysdykcji jest zagwarantowanie, że interesy innych narodów będą brane pod uwagę oraz że aspiracje jurysdykcyjne państwa wywodzone z suwerenności nie będą niesłusznie wkraczać w suwerenne uprawnienia innych państw. Prawo dotyczące jurysdykcji jest z pewnością jedną z podstawowych, ale jednocześnie najbardziej kontrowersyjnych dziedzin prawa międzynarodowego. Określa ono bowiem, jak daleko, pod względem terytorialnym, może sięgać prawo krajowe. Międzynarodowe reguły dotyczące zasięgu jurysdykcji mają zapewnić, by państwa, zwłaszcza potężne, nie rościły pretensji jurysdykcyjnych w stosunku do spraw, które winny być domeną innych państw. Dlatego zagadnienie jurysdykcji jest ściśle związane z innymi zwyczajowymi normami prawa międzynarodowego, takimi jak zasada nieinterwencji i suwerennej równości państw. Prawo jurysdykcji stanowi jeden z fundamentów pokojowej koegzystencji państw. Jego celem jest stworzenie jurysdykcyjnych barier, których państwom nie będzie wolno przekroczyć, norm, o charakterze „negatywnym", mających wykluczyć konflikty kompetencyjne między państwami.

Jak przyjmuje się w doktrynie (a co potwierdza również brzmienie art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości[13]) źródłami prawa międzynarodowego publicznego są: (i) konwencje międzynarodowe, (ii) zwyczaj międzynarodowy (konstytuowany łącznie przez praktykę państw i *opinio iuris* – czyli powszechne przekonanie,

[11] Wśród atrybutów suwerenności wyróżnia się zwłaszcza: wyłączną kompetencję jurysdykcyjną na własnym terytorium, prowadzenie samodzielnej polityki budżetowej i fiskalnej, wykonywanie kompetencji w zakresie polityki zagranicznej, decydowanie o wojnie i pokoju, swobodę co do uznawania państw i rządów, nawiązywanie stosunków dyplomatycznych, decydowanie o sojuszach wojskowych oraz o członkostwie w organizacjach międzynarodowych (Czapliński, Wyrozumska 1999: 114).

[12] Pojęcie „jurysdykcji" jest niejednolite i wieloznaczne – zauważają to np. (Ostropolski 2004:157, Czapliński, Wyrozumska 1999: 191). Potwierdzają to również spostrzeżenia innych autorów. Przykładowo (Ryngaert 2006: 40) przytacza definicję (niestety o charakterze *ignotum per ignotum*), zgodnie z którą „jurysdykcja jest prawem [państwa] do wykonywania [na terytorium] funkcji państwa, z wyłączeniem takiego prawa innych państw". Z kolei (Wasiński 2002: 56-57), zastanawia się nad relacją pojęć „suwerenność" i „jurysdykcja", dochodząc do wniosku, że „jurysdykcja państwa jest jednym z konkretnych aspektów - *sui generis* emanacją - niejasnej często idei suwerenności". Autor ten proponuje, aby przez jurysdykcję rozumieć „wynikające z koncepcji suwerennej równości uprawnienie państwa do realizowania przezeń jego władczych uprawnień: legislacyjnych, jurydycznych i egzekucyjnych względem osób, rzeczy i zjawisk, które władztwu temu podlegają, za pośrednictwem środków znajdujących umocowanie w jego prawie wewnętrznym". Na temat tego pojęcia zob. również (Płachta 2010: 5).

[13] Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) jest głównym organem sądowym Organizacji Narodów Zjednoczonych. Został ustanowiony w 1945 do rozstrzygania sporów między państwami. Trybunał działa według swego Statutu, który stanowi integralną część Karty Narodów Zjednoczonych, Dz.U. z 1947 r., nr 23, poz. 90.

że określona praktyka jest obowiązującym prawem), (iii) ogólne zasady prawa uznawane przez cywilizowane narody, (iv) orzeczenia sądów międzynarodowych oraz (v) poglądy posiadających najwyższe kwalifikacje pisarzy różnych narodów[14].

W prawie międzynarodowym w zasadzie nie ma konwencji dotyczących ogólnych reguł jurysdykcji. Tylko w niektórych obszarach prawa karnego oraz w dziedzinie podatków zawarto traktaty, które po części poświęcone są również tym zagadnieniom. (Wasiński 2002:67)[15]. W przeważającej mierze reguły dotyczące jurysdykcji państw są normami zwyczajowego prawa międzynarodowego. Nie są one jednak dostatecznie sprecyzowane (Ostropolski 2004: 157)[16]. Niekiedy wskazuje się zasadę terytorializmu jako mającą prymat nad innymi zasadami jurysdykcyjnymi[17], ale w gruncie rzeczy nie ma podstaw, by dokonywać takiej hierarchizacji. Nadto, zgodnie ze zwyczajowym prawem międzynarodowym, aby państwu przysługiwała jurysdykcja wymagane jest jedynie zaistnienie – dalece niedostatecznie sprecyzowanego - „wystarczającego" czy też „bliskiego" powiązania pomiędzy państwem a zdarzeniem, niekoniecznie „najbliższego", w porównaniu z innymi potencjalnie zainteresowanymi państwami. Zasady prawa międzynarodowego publicznego nie zakładają bynajmniej, iż wobec danego zdarzenia tylko jednemu państwu ma przysługiwać wyłączna jurysdykcja, ani też nie zawierają ogólnych reguł dotyczących rozwiązywania ewentualnych konfliktów na tle sprawowania jurysdykcji. Nie obowiązuje zakaz, by państwa sprawowały jurysdykcję wobec tego samego zdarzenia w oparciu o różne łączniki jurysdykcyjne (okoliczności faktyczne wiążące zdarzenie z państwem). Istnieje zatem szerokie pole dla powstawania konkurencyjnych pretensji jurysdykcyjnych wobec tego samego zdarzenia i, w konsekwencji, dla potencjalnych konfliktów na tle sprawowania jurysdykcji (Ryngaert 2006: 10).

Biorąc rzecz logicznie, możliwe są dwa (wzajemnie sprzeczne) punkty widzenia odnośnie podstaw jurysdykcji państw w prawie międzynarodowym publicznym. Pierwsza z

[14] Niekiedy źródła prawa międzynarodowego publicznego dzieli się na główne- źródła wyliczone w punktach (i) – (iii) – oraz pomocnicze – punkty (iv) oraz (v). Ścisła ich hierarchia nie jest jednak ustalona zob. np. (Czapliński, Wyrozumska 1999: 15, 16).

[15] Są to przede wszystkim konwencje dotyczące jurysdykcji uniwersalnej. Zostały przykładowo wskazane w rozdz. 1.2.5., dotyczącym zasady uniwersalizmu.

[16] Zob. też stanowisko sędziego Fitzmaurice'a do wyroku MTS w sprawie *Barcelona Traction*, który jednoznacznie stwierdził iż: „*under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction"*, tj.: „w obecnym stanie prawo międzynarodowe nie nakłada twardych i jednoznacznych reguł wyznaczających sfery jurusdykcji państw", *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (Belgium v. Spain), *ICJ Rep.* 1970, 3, 105, dostęp na: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=50&p3=4 (3 stycznia 2017 r.), tłum.własne. Sporna jest chociażby kwestia zakresu kompetencji legislacyjnych państw odnośnie prawa cywilnego (prywatnego) – na ten temat zob. (Wasiński 2002: 59).

[17] Zob. orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przytoczone w (Wasiński 2012 a: 160).

możliwości jest taka, że państwo wykonuje jurysdykcję według własnego uznania, pod warunkiem, że nie istnieje wyraźna norma prawa międzynarodowego, która zakazuje mu sprawowania jurysdykcji w określonej sytuacji. Druga natomiast - że państwu nie przysługuje jurysdykcja, dopóki w prawie międzynarodowym nie ma wyraźnej normy, która dozwala mu na wykonywanie jurysdykcji w określonej sytuacji. Pierwszy ze wskazanych wariantów został uznany za normę przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej[18] w sprawie *Lotus*[19] (tzw. reguła Lotus). Jednak część przedstawicieli doktryny uważa, że to druga ze wskazanych możliwości stanowi zwyczajową normę prawa międzynarodowego. Zgodnie z tym drugim podejściem, państwa nie są uprawnione do wykonywania jurysdykcji, o ile nie mogą oprzeć się na takich zasadach jurysdykcyjnych jak terytorializm, narodowość, zasada ochronna lub uniwersalna (p. niżej). Trudno ustalić, który pogląd zyskał przewagę w doktrynie[20]. Jeżeli zaś idzie o praktykę państw, te z nich, które mają aspiracje do wykonywania jurysdykcji w jak najszerszym zakresie, powołują się na orzeczenie w sprawie *Lotus*. Z kolei te, które sprzeciwiają się pretensjom jurysdykcyjnym innego suwerena, opierają się na drugiej z przedstawionych możliwości (Ryngaert 2006: 40).

Wśród kompetencji jurysdykcyjnych państwa wyróżnia się władcze uprawnienie do:

a) stanowienia prawa krajowego (jurysdykcja legislacyjna),
b) stosowania prawa krajowego (jurysdykcja administracyjna, cywilna, karna),
c) egzekwowania prawa krajowego (jurysdykcja egzekucyjna, zwana też jurysdykcją wykonawczą)[21].

Wymienione grupy kompetencji niekoniecznie muszą być ze sobą związane w tym sensie, że istnienie jednej z nich w odniesieniu do określonej kategorii sytuacji faktycznych nie implikuje istnienia innej. Relacje między nimi mogą być rozmaite (Whish, Bailey 2011: 486; Czapliński, Wyrozumska 1999:191)[22].

---

[18] Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM) był sądem międzynarodowym powołanym na podstawie Paktu Ligi Narodów, poprzez ratyfikację protokołu o przyjęciu Statutu STSM w 1921 r. Rozpoczął działalność 30 stycznia 1922 r., a formalnie zakończył 31 grudnia 1946 r. (faktycznie ostatnia sesja miała miejsce w lutym 1940 r.).

[19] *S.S. Lotus (Francja przeciwko Turcji)*, wyrok z 7 lipca 1927 r., P.C.I.J. publ. (ser. A) nr 10 (7 września 1927 r.), dostęp na: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.html, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (5 sierpnia 2014 r.).

[20](Ryngaert 2006: 39) uważa, że to drugi ze wskazanych wariantów odpowiada normie międzynarodowego prawa zwyczajowego. Nie jest to jednak stanowisko powszechnie uznawane – zob.np. (Płachta 2010: 10) i powołana tam literatura.

[21] Co do typologii zob. (Czapliński, Wyrozumska 1999:191).

[22] Jak podaje (de Schutter 2006:10), teoretycznie istnieją trzy możliwości, jeżeli idzie o relacje pomiędzy jurysdykcją ustawodawczą a jurysdykcją do stosowania prawa. Po pierwsze – państwo może zakazać swoim organom zajmowania się sprawami, których konstytutywne elementy faktyczne mają miejsce poza jego terytorium (wówczas nie będzie miało miejsca eksterytorialne wykonywanie jurysdykcji w żadnym jej aspekcie). Po drugie – państwo może przyznać swoim organom jurysdykcję w takich sprawach, jednocześnie nie

Jurysdykcja ustawodawcza, inaczej zwana legislacyjną (ang. *prescriptive jurisdiction* lub *legislative jurisdiction*) oznacza kompetencję państwa do kierowania (adresowania) norm stanowionego przez siebie prawa krajowego do określonych podmiotów, rzeczy lub zdarzeń. Jurysdykcja ustawodawcza państwa nie może być ograniczona w tym sensie, że suweren nie może ograniczyć innego suwerena w kształtowaniu treści norm prawa krajowego oraz że nie istnieją instrumenty prawa międzynarodowego władne efektywnie zapobiegać legislacji, która, z punktu widzenia norm tego prawa, mogłaby (ewentualnie) zostać uznana za bezprawną. Wszakże, mówiąc o nieograniczonych kompetencjach ustawodawczych suwerena należy mieć w pamięci zasygnalizowany wyżej problem z określeniem normy nadrzędnej regulującej zakres tychże. W tym kontekście w doktrynie można spotkać stanowiska rozróżniające „bezprawność" i „efektywność" legislacji krajowej[23] oraz apele o samoograniczanie się państw w tworzeniu norm o skutku ekstraterytorialnym[24].

Jurysdykcja w zakresie stosowania prawa oznacza kompetencję organów danego państwa do orzekania (czyli rozstrzygania spraw, które są do nich wnoszone). Jest to zatem uprawnienie organu do uczynienia z osoby (odpowiednio: rzeczy, zdarzenia) podmiotu (odpowiednio: przedmiotu) postępowania, które przed danym organem ma się toczyć. Ustalając, czy państwu przysługuje jurysdykcja do stosowania prawa, pytamy zatem o to, czy jego organowi (sądowi) wolno wdrożyć postępowanie w konkretnym stanie faktycznym, nie zaś o to, czy pewna kategoria stanów faktycznych, ujętych w hipotezie normy (np. rozwód), może być w ogóle (ze względu na potencjalne „wykraczanie" zdarzenia objętego hipotezą normy poza obszar geograficzny kraju stanowiącego te normę)[25] – zgodnie z prawem międzynarodowym – przedmiotem krajowej legislacji. Można też powiedzieć, że jurysdykcja w zakresie stosowania prawa oznacza kompetencję do orzekania w sprawach z „elementem zagranicznym" (obcym, transgranicznym), tj. w sprawach, w których stroną jest obywatel innego państwa, bądź osoba zamieszkała za granicą albo np. wówczas, gdy element zdarzenia mającego być przedmiotem postępowania miał miejsce za granicą. Takie węższe ujęcie lepiej

---

nakładając obowiązku stosowania w nich własnego prawa materialnego i dopuszczając tym samym stosowanie przez swoje organy obcego prawa materialnego (w takich sprawach mamy do czynienia z wykonywaniem w sposób eksterytorialny jurysdykcji do stosowania prawa, ale nie jurysdykcji legislacyjnej). Po trzecie wreszcie – państwo może nakazać swoim organom zajmowanie się takimi sprawami i stosowanie w nich własnego, krajowego prawa materialnego (wówczas w sposób eksterytorialny wykonywania jest zarówno jurysdykcja do stosowania prawa, jak i jurysdykcja legislacyjna).

[23] Podkreśla to zwłaszcza M. Akehurst, „Jurisdiction in International Law", 46 B.Y.I.L. 145, 181 (1972-73), przytoczenie za: (Ryngaert 2006: 40).

[24] Przykładowo (Parrish 2008: 1493 i nast.) podnosi, że ze względu na zasadę terytorializmu i poszanowanie zasady suwerenności, państwa powinny podchodzić z dużą ostrożnością również do samego tworzenia norm o charakterze eksterytorialnym. Podobne stanowisko zajął sędzia Fitzmaurice w przywołanej wyżej sprawie *Barcelona Traction.*

[25] Na ten temat zob. (Wasiński 2002: 65) oraz uwagi w rozdz. 3.1.

obrazuje problem od strony praktycznej, tzn. w procesie stosowania prawa zagadnienia zakresu jurysdykcji państwa wówczas stają się przedmiotem zainteresowania, gdy w sprawie pojawia się „element zagraniczny". Należy odróżniać sytuację, gdy norma ma *per se* aspekt międzynarodowy, tzn. już sam sposób jej sformułowania ujawnia jej potencjalne eksterytorialne oddziaływanie, od sytuacji, gdy norma ma charakter „uniwersalny", a możliwość jej transgranicznego oddziaływania „ujawnia się" ze względu na konkretny stan faktyczny, do którego ma być zastosowana. W pierwszym przypadku problem z określeniem, czy państwu przysługuje jurysdykcja powstanie już na etapie legislacji, w drugim – na etapie stosowania prawa. Innymi słowy, państwu może przysługiwać jurysdykcja legislacyjna co do danej kategorii zdarzeń, ale jego organy mogą nie mieć w konkretnej sytuacji jurysdykcji do stosowania prawa, na przykład dlatego, że pozwany (oskarżony; rozwodzący się małżonkowie) nie ma związku (kontaktu) z danym krajem, albo dlatego, że strony umowy cywilnej dokonały wyboru innego *forum*.

Jako odrębną kategorię dotyczącą procesu stosowania prawa wyróżnia się jurysdykcję sądowniczą (ang. *adjudicative jurisdiction*), przy czym różnica między tym pojęciem, a pojęciem jurysdykcji do stosowania prawa jest trudno uchwytna.

W dalszej części pracy pojęcie „jurysdykcja do stosowania prawa" będzie stosowane zamiennie z pojęciem „jurysdykcja do orzekania" lub „jurysdykcja orzecznicza". Należy przez to rozumieć kompetencję państwa - ściślej: jego sądów lub organów administracji - do formułowania *indywidualnych* norm stosowania prawa. Jest to własna propozycja terminologiczna. Jej wprowadzenie wynika głównie z przyczyn stylistycznych.

Co się tyczy jurysdykcji do stosowania prawa, prawo międzynarodowe odmiennie reguluje zagadnienia dotyczące poszczególnych procedur – cywilnej, karnej, administracyjnej. Jak podają (Czapliński, Wyrozumska 1999: 192), co do zasady zakres spraw objętych jurysdykcją organów krajowych określany jest swobodnie przez państwo. Największa swoboda dotyczy postępowania cywilnego.

Zwyczajowo, państwa mogą ustanowić takie normy proceduralne, w oparciu o które jego sądy cywilne będą mogły orzekać w sprawach cywilnych nawet wówczas, gdy nie istnieje żaden istotny związek między rozstrzyganą sprawą a państwem sądu. Ograniczenia jurysdykcji sądowniczej państwa w sprawach cywilnych wynikają z zasady immunitetu państwa, immunitetów dyplomatycznych bądź konsularnych, prawa zwyczajowego, traktatów lub (w przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej) z prawa UE[26]. Jednocześnie, w

[26] Np. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 1215/2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania oraz wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.U. UE 2009 L 339/3.

postępowaniu cywilnym sąd może zastosować materialne prawo cywilne (prywatne) krajowe lub innego państwa (oznacza to, że w takim przypadku jurysdykcja do stosowania prawa została zakreślona szerzej niż jurysdykcja legislacyjna).

W prawie karnym zasięg jurysdykcji do stosowania prawa (jurysdykcji sądowniczej) pokryje się z zasięgiem jurysdykcji legislacyjnej. Można powiedzieć, że w sprawach karnych jurysdykcja sądownicza jest pochodną jurysdykcji legislacyjnej w tym sensie, że sąd, ustaliwszy swoją jurysdykcję, zastosuje prawo materialne państwa *forum*[27]. W sprawach karnych regulacja krajowa w aspekcie stosunków międzynarodowych dotyczy bowiem z reguły tylko jednej sfery – tj. zakresu obowiązywania ustawy karnej materialnej w przestrzeni[28]. Jak wskazuje (Płachta 2010: 8) „w grę wchodzi bowiem dodatkowo >>aksjomat<< prawa karnego międzynarodowego, zgodnie z którym organy procesowe danego państwa mogą stosować tylko własne ustawy" (co wszakże nie wyklucza konfliktów kompetencyjnych na etapie ustalania, czy w oparciu o normy prawa międzynarodowego państwu przysługiwała jurysdykcja wobec danego czynu zabronionego ze względu na istnienie, bądź nie, określonego łącznika jurysdykcyjnego – p. niżej[29]). Jednakże, nawet ustaliwszy swoją jurysdykcję, organy procesowe nie będą mogły wykonać czynności procesowych, które ze względów faktycznych będą wykraczały poza terytorium państwa *forum*. Przykładowo, organy polskiego aparatu przymusu nie mogą dokonać – choćby na polecenie polskiego sądu- zatrzymania na terenie Niemiec, nawet jeśli zatrzymanym miałby być polski obywatel.

W pozostałych dziedzinach prawa publicznego (zwłaszcza w prawie regulacyjnym czy antymonopolowym), podobnie jak w prawie karnym, również widoczny jest „aksjomat",

[27] Podobnie relacje pomiędzy jurysdykcją legislacyjną a sadowniczą w sprawach cywilnych i karnych opisuje (Wasiński 2002: 59), który wskazuje, że na gruncie prawa karnego zakresy jurysdykcji legislacyjnej i sądowej pokrywają się w tym sensie, że państwa nie stosują norm prawnokarnych należących do obcych systemów prawnych nawet wówczas, gdy warunkiem zastosowania prawa krajowego jest wymaganie tzw. podwójnej karalności czynu. Autor ten wskazuje na istnienie następującej zależności: jeśli sąd karny ma jurysdykcję – stosuje swoje własne, krajowe, prawo; jeśli zastosowanie w sprawie ma *lex fori*-sąd ma jurysdykcję. Natomiast w sferze prawa cywilnego tak być nie musi. Możliwa jest taka sytuacja, gdy sąd stwierdza swą jurysdykcję, ale zastosuje obce prawo cywilne - co oznacza, że możliwe jest stanowienie przez państwo norm (prawa materialnego), które swoim zasięgiem będą wykraczać poza sferę jurysdykcji jego sądów.

[28] (Płachta 2010: 14) stawia tezę, jakoby zasadą było, że prawo międzynarodowe zezwala każdemu państwu na kształtowanie kompetencji karnej według własnego uznania, a zatem: „co nie jest [państwu] zakazane, jest dozwolone ". Niemniej, jest to teza dyskusyjna w odniesieniu do terytorialnego zasięgu jurysdykcji państw w ogólności, o czym będzie mowa poniżej.

[29] Stosunkowo niesporna jest w prawie międzynarodowym dopuszczalność stosowania przy stanowieniu norm prawa karnego materialnego zasady terytorializmu (państwo posiada jurysdykcję w stosunku do czynów popełnionych na jego terytorium) oraz zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej (państwo posiada jurysdykcję również w stosunku do czynów popełnionych poza jego terytorium, ale wywołujących skutki na jego terytorium).

zgodnie z którym sądy (organy) nie zastosują prawa materialnego publicznego innego kraju[30]. Organy albo przeprowadzą postępowanie i zastosują w nim normy krajowego prawa publicznego, albo odmówią wdrożenia postępowania. Dzieje się tak dlatego, że normy prawa publicznego dotykające zagadnień związanych z ekonomią w stopniu o wiele większym niż normy prawa prywatnego stanowią odzwierciedlenie polityki ekonomicznej państwa, a tym samym mają ściślejszy związek z zagadnieniem suwerenności. Naruszenie przepisów prawa gospodarczego publicznego[31] zagraża potencjalnie nie tylko interesom prywatnym (interesom jednostek), ale i interesowi publicznemu. W dziedzinie prawa publicznego państwa nie przewidują więc możliwości wyboru prawa obcego (inaczej niż ma to miejsce w dziedzinie prawa międzynarodowego prywatnego)[32].

Z kolei jurysdykcja egzekucyjna, zwana też wykonawczą **(**ang. *executive jurisdiction* lub *enforcement jurisdiction*), ma charakter ściśle terytorialny, a przez to – wyłączny. Państwu wolno wykonywać czynności, które stanowią emanację jego władztwa tylko na własnym terytorium, nigdy zaś na terytorium innego suwerena. Jest to bezpośrednia konsekwencja zasady wzajemnego poszanowania suwerenności. Pojęcie jurysdykcji wykonawczej oznacza nie tylko stosowanie przymusu w znaczeniu szerokim (pobranie podatków, opłat, grzywien), czy ściśle fizycznym (np. zatrzymanie, doprowadzenie, aresztowanie), ale także wykonanie jakichkolwiek oficjalnych czynności np. czynności komorniczych, śledczych, w tym przeprowadzenie eksperymentów śledczych, doręczenie wezwań sądowych - np. do stawiennictwa, do przedłożenia dokumentów lub innych dowodów (Whish, Bailey 2011: 489)[33]. Państwu nie wolno w celu wdrażania (egzekwowania) swojego prawa działać na terytorium innego państwa bez jego zgody. Zgoda taka może być wyrażona *ad hoc* (np. zgoda na kontynuowanie pościgu za przestępcą lub dokonanie jego aresztowania przez policję innego państwa) lub może wynikać *z* umów międzynarodowych. Środki zmierzające do

[30]Chociaż, jak się okazuje, pojmowanie tego stanu jako „aksjomatu" nie jest powszechne. Jak podaje (Ryngaert 2006: 27, przypis 50) ustawy niektórych krajów przewidują stosowanie przez ich sądy przepisów publicznego prawa ochrony konkurencji („antymonopolowego") ustanowionego przez inne kraje.

[31]Literatura anglojęzyczna posługuje się terminem *economic law*. Za dziedziny mieszczące się w ramach *economic law* uznaje się m. in. regulacje dotyczące: publicznoprawnej ochrony konkurencji, publicznego obrotu papierami wartościowymi, kontroli eksportu. W dalszej części niniejszej pracy pojęcie *economic law* stosowane w źródłach anglojęzycznych będzie tłumaczone jako „prawo gospodarcze publiczne", ze świadomością, że zakresy tych pojęć – choć zbliżone – mogą nie być tożsame.

[32]Tak jest w polskim prawie administracyjnym. Pojęcia „strony" w znaczeniu procesowym i materialnoprawnym są bardzo ściśle powiązane, tj. stroną postępowania przed polskim organem administracji może być tylko ten podmiot, którego praw bądź obowiązków dotyczy przepis administracyjnego krajowego (polskiego) prawa materialnego. Na temat pojęcia strony w postępowaniu administracyjnym oraz ścisłej relacji pomiędzy statusem strony w postępowaniu administracyjnym a normami materialnego prawa administracyjnego zob. rozdz. 3.3.1. niniejszej pracy.

[33]Oznacza to, że działania stanowiące przejawy jurysdykcji egzekucyjnej mogą mieć miejsce na etapie postępowania rozpoznawczego (ogólnego), zanim jeszcze powstanie potrzeba egzekucji rozstrzygnięcia wydanego co do istoty sprawy.

przymusowego wykonania orzeczeń (w braku odpowiedniej zgody innego suwerena) mogą być wobec tego podjęte tylko wobec podmiotów lub majątku znajdujących się na własnym terytorium. Realizując normy prawa krajowego w stanie faktycznym o charakterze transgranicznym państwa są zmuszone ograniczyć się do środków krajowych. Przykładowo, wyrok skazujący na karę pozbawienia wolności może być wykonany tylko wówczas, gdy skazany jest obecny – bądź dobrowolnie, bądź w wyniku ekstradycji - na terytorium państwa, które ów wyrok wydało. Z kolei orzeczenia zasądzające kary pieniężne lub grzywny mogą być wykonywane tylko na majątku znajdującym się na własnym terytorium państwa, albo we współpracy z państwem, na którego terytorium taki majątek się znajduje**.**

Na rozróżnienie pomiędzy jurysdykcją wykonawczą a legislacyjną oraz ich zakresem, w ujęciu przestrzennym, zwrócił uwagę STSM we wzmiankowanej już sprawie *Lotus*. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, podczas gdy państwu nie wolno wdrażać swojego prawa poza swoim terytorium, o ile nie ma w prawie międzynarodowej normy, która wyraźnie na to zezwala, o tyle w prawie międzynarodowym publicznym nie ma domyślnego, ogólnego zakazu tworzenia przez państwo regulacji odnoszących się do osób lub zdarzeń pozostających poza jego granicami (*reguła Lotus*). Państwo nie może stosować środków przymusu w celu wykonania swojego prawa poza swoim terytorium, nie może używać siły, by nakazać innemu państwu posłuszeństwo swoim prawom. Twierdzenie przeciwne oznaczałoby zburzenie zasady suwerennej równości państw. Powyższe nie stoi jednak na przeszkodzie sprawowaniu jurysdykcji legislacyjnej o ekstraterytorialnym charakterze, a w konsekwencji-niekiedy-jurysdykcji sądowniczej o takim charakterze. Według STSM państwo może bowiem wykonywać na swoim terytorium jurysdykcję sądowniczą w każdej sprawie dotyczącej działań (zdarzeń) mających miejsce za granicą, nawet jeśli w odniesieniu do tej sprawy nie występuje dozwalająca norma prawa międzynarodowego publicznego. Inaczej rzecz ujmując, zdaniem Trybunału, państwom, w braku wyraźnego zakazu, który wynikałby z normy prawa międzynarodowego publicznego, wolno wprowadzać regulacje dotyczące osób, rzeczy i zdarzeń pozostających poza ich terytorium, pod warunkiem wszakże, że proces wdrażania tych regulacji ma charakter *stricte* terytorialny. Trybunał zauważył również, że terytorializm[34] prawa karnego (tej dziedziny prawa dotyczyło postępowanie – zob. niżej) nie jest absolutną zasadą prawa międzynarodowego oraz że taka konstatacja nie stoi w żadnej sprzeczności z terytorialną suwerennością. Ujmując rzecz w skrócie - zdaniem Trybunału suwerenność terytorialna odnosi się do jurysdykcji wykonawczej, lecz nie do jurysdykcji legislacyjnej**.**

[34] Tj. jurysdykcja wobec zdarzeń mających miejsce na terytorium państwa *forum*.

W oparciu o dotychczasowe uwagi nietrudno dostrzec, że możliwe jest istnienie w kilku krajowych porządkach prawnych takich norm materialnoprawnych, których przedmioty regulacji nakładają się na siebie (dotyczą tych samych kategorii stanów faktycznych, a w konsekwencji – mogą dotyczyć tych samych stanów faktycznych). Samo ustanowienie (obowiązywanie) takich norm nie powoduje jeszcze problemów. Natomiast kolizje pomiędzy jurysdykcjami różnych państw (konflikty jurysdykcyjne) ujawniają się, oczywiście, na etapie stosowania prawa i egzekucji (wdrażania) wydanych orzeczeń krajowych.

1.2. Zasady jurysdykcyjne. Jurysdykcja eksterytorialna w prawie międzynarodowym publicznym.

1.2.1. Uwagi wprowadzające

Zwyczajowo państwa wykonują jurysdykcję - a więc, kolejno: adresują normy stanowionego przez siebie prawa krajowego do określonej osoby, rzeczy lub zdarzenia, a następnie stosują i egzekwują te normy- jeżeli istnieje pewien łącznik jurysdykcyjny (element faktyczny stanowiący powiązanie) między tym państwem a osobą, rzeczą lub zdarzeniem, do których dana regulacja się odnosi. Chociaż sam katalog zasad jurysdykcyjnych jest w prawie międzynarodowym publicznym stosunkowo bezsporny, to sposób ich pojmowania podlegał i podlega ewolucji. W dalszym ciągu w nauce prawa międzynarodowego otwarty jest dyskurs co do powyższej kwestii, przy czym stopień intensywności sporów w stosunku do poszczególnych zasad jest zróżnicowany.

Wobec braku jasnych reguł, niemożność jednoznacznego określenia geograficznego zasięgu jurysdykcji poszczególnych państw pozostaje w dalszym ciągu istotnym problemem w prawie międzynarodowym publicznym. Trzeba również zaznaczyć, że sama akceptacja dla posługiwania się zasadami jurysdykcyjnymi – nawet tymi uznanymi - nie eliminuje potencjalnego konfliktu jurysdykcji. Do wykonywania jurysdykcji w danym stanie faktycznym może być uprawnione więcej niż jedno państwo, w oparciu o różne łączniki, zaś prawo międzynarodowe publiczne nie zawiera generalnej normy, która eliminowałaby takie konflikty. Niesporne jest w zasadzie jedynie to, iż prawo międzynarodowe publiczne wymaga dla usprawiedliwienia jurysdykcji jedynie istnienia „silnego" związku między zdarzeniem, a regulującym je państwem. Nie musi to być jednak związek „najsilniejszy" w porównaniu z tym, łączącym zdarzenie z innymi krajami, które ewentualnie zgłaszałby aspiracje do wykonywania jurysdykcji. Dlatego nie pozostaje w sprzeczności z prawem międzynarodowym publicznym sytuacja, w której kilka państw rości pretensje do wykonywania jurysdykcji w stosunku do tego samego stanu faktycznego. Wymaganie

„silnego" związku potencjalnie eliminuje tylko najbardziej nieuzasadnione pretensje jurysdykcyjne.

Prawu międzynarodowemu znane są następujące zasady dotyczące jurysdykcji:

a) zasada jurysdykcji terytorialnej, a w ramach niej:
   - zasada subiektywnej jurysdykcji terytorialnej,
   - zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej,
   - doktryna skutków,

b) zasada jurysdykcji personalnej (narodowej), w której wyróżnia się:
   - zasadę czynnego zwierzchnictwa personalnego,
   - zasadę biernego zwierzchnictwa personalnego,
   - teorię kontroli;

c) zasada jurysdykcji ochronnej

oraz

d) zasada represji uniwersalnej (wszechświatowej)[35].

Jak się przekonamy, zasady te stwarzają szerokie możliwości eksterytorialnego sprawowania jurysdykcji.

1.2.2. Zasada jurysdykcji terytorialnej. Doktryna skutków.

Powszechnie uznaną, opartą na kilkusetletniej tradycji[36] podstawą wykonywania jurysdykcji przez państwa była zasada terytorializmu (zasada jurysdykcji terytorialnej). Zgodnie z nią, państwo ma jurysdykcję wobec osób, rzeczy (majątku) obecnych na jego terytorium lub zdarzeń zachodzących (zachowań podejmowanych) na jego terytorium. Zasadę tę uważa się za wyraz suwerenności państwowej. Suwerenność i zasada jurysdykcji terytorialnej pozostają w ścisłym wzajemnym związku, bowiem za konsekwencję suwerenności uważa się w szczególności nietykalność terytorium, zakaz użycia siły w stosunkach międzynarodowych, prawo do samostanowienia, regułę nieinterwencji w sprawy wewnętrzne innego suwerena. Z powyższych uprawnień wysnuwa się m. in. prawo do

[35] Niekiedy wyróżnia się jeszcze zasadę reprezentacji, zwaną też zasadą rozdzielenia kompetencji (ang. *vicarious jurisdiction)*. Traktowana jest ona albo jako odrębna zasada albo jako odmiana zasady represji uniwersalnej. Odnosi się ona do spraw karnych i polega na tym, że państwo może wykonywać jurysdykcję wobec dowolnego czynu zabronionego na prośbę innego państwa, jako jego „reprezentant", w sytuacji, gdy ekstradycja nie jest możliwa ze względów niemających związku z naturą przestępstwa. Spełniony musi być przy tym warunek podwójnej karalności, tj. czyn musi być zabroniony zarówno w państwie „reprezentowanym", jak i „reprezentującym" (Ryngaert 2006:130).

[36] Jak wskazuje (Parrish 2008: 1463) tradycja ta sięga podpisania Traktatów Westfalskich, w roku 1648, które stały się podstawą współczesnego międzynarodowego sytemu politycznego opartego o zasadę terytorializmu. Podobnego zdania jest (Ryngaert 2006: 51). Zasada terytorializmu stała się podstawową zasadą jurysdykcji w świecie nowożytnym, jednakże historycznie najstarsza była zasada jurysdykcji narodowej (personalnej).

wykonywania wyłącznej kompetencji jurysdykcyjnej w stosunku do własnego terytorium. Zwierzchnictwo terytorialne oznacza również, że ustawodawstwo danego państwa wiąże wszystkie podmioty przebywające na jego terytorium, w tym cudzoziemców. Tradycyjnie w prawie międzynarodowym publicznym granice państwowe wytyczały i „definiowały" państwo.

Ponieważ jedną z głównych funkcji państwa jest zapewnienie porządku, przestrzegania prawa oraz zapobieganie zaistnieniu niepożądanych zdarzeń na jego terytorium, zasada terytorializmu była tradycyjnie powoływania jako podstawa jurysdykcji w sprawach karnych. Odwołanie się do terytorium jako łącznika jurysdykcyjnego jest proste tylko z pozoru. Pojawia się bowiem zagadnienie, jakiego rodzaju związki terytorialne mają przeważające znaczenie wówczas, gdy w sprawie jednocześnie występują powiązania z terytoriami więcej niż jednego państwa. Z takim problemem musiał zmierzyć się STSM we wzmiankowanej już sprawie *Lotus*. W wydanym w 1927 r. orzeczeniu STSM przyjął rozumowanie wprowadzające odmienne od tradycyjnego podejście do pojęcia jurysdykcji terytorialnej i wykonywania tej jurysdykcji.

Postępowanie dotyczyło zderzenia statku francuskiego (S.S. Lotus) z tureckim (Boz-Kourt). W wyniku tego zderzenia utonęło kilku obywateli tureckich. Przedmiotem sporu było uprawnienie Turcji do sprawowania jurysdykcji karnej w odniesieniu do czynu popełnionego na pokładzie francuskiego statku, tj. ewentualnego błędu oficera dowodzącego, w rezultacie którego miało dojść do kolizji. Francja – której obywatel, oficer pełniący wachtę na S.S. Lotus w chwili kolizji, miał być podsądnym – twierdziła, że żadna norma prawa międzynarodowego nie pozwala Turcji na sądzenie francuskiego marynarza przed swoimi sądami. Z kolei Turcja stała na stanowisku, że ma takie uprawnienie i ma ono swoje źródło w podmiotowości międzynarodowej państwa. STSM uznał, że Turcja jest uprawniona do prowadzenia postępowania wobec francuskiego oficera, któremu zarzucano odpowiedzialność za zderzenie. Trybunał podzielił w tym wzgledzie pogląd Turcji, argumentując, że państwo – suwerenny podmiot stosunków międzynarodowych - podejmując działania w przestrzeni międzynarodowej nie ma obowiązku wskazywania ich podstawy prawnej. Konsekwencją suwerenności państwowej jest bowiem to, że państwa mają swobodę działania i mogą podejmować wszelkie środki, jakie uznają za właściwe i konieczne w danej sytuacji. Jedynym jej ograniczeniem są suwerenne prawa innych państw oraz normy prawa międzynarodowego o charakterze zakazowym.

Odnosząc się do zagadnienia terytorializmu STSM uznał, że Turcji przysługiwała jurysdykcja w stosunku do zdarzeń (zachowań) mających miejsce na terytorium Francji (tj. na

pokładzie francuskiego statku) jeśli skutki były odczuwalne na terytorium Turcji (tj. pokładzie tureckiego statku)[37]. Trybunał zaprezentował zatem pogląd, zgodnie z którym przestępstwo uznaje się za popełnione na terytorium państwa, jeżeli jeden z konstytutywnych elementów przestępstwa (np. jego skutki) ma miejsce na terytorium tego państwa. W uzasadnieniu wyroku argumentowano, że prawo międzynarodowe nakłada na państwa bezwzględny zakaz wykonywania swojego władztwa, w jakiejkolwiek formie, na terytorium innego państwa i w tym sensie jurysdykcja jest z pewnością terytorialna. Poza swoim terytorium państwo mogłoby sprawować jurysdykcję wyłącznie w oparciu o wyraźną dozwalającą normę wynikającą z międzynarodowego zwyczaju lub przepisów konwencji. Jednakże ta okoliczność nie powoduje „jakoby prawo międzynarodowe zabraniało państwu wykonywania jurysdykcji w obrębie swojego własnego terytorium w jakiejkolwiek sprawie dotyczącej zachowań mających miejsce poza terytorium, a w której nie można oprzeć na dozwalającej normie prawa międzynarodowego". STSM stwierdził, że „taki pogląd byłby uzasadniony tylko wówczas, gdyby prawo międzynarodowe zawierało generalny zakaz stosowania prawa i rozciągania jurysdykcji sądów na osoby, majątek lub zdarzenia mające miejsce poza terytorium, a tylko jako wyjątek od tego zakazu, w określonych przypadkach, zezwalałoby państwom na takie działanie. Jednak w obecnym stanie prawo międzynarodowe nie zawiera takiego zakazu. Trybunał stwierdził też, że: „(…) prawo międzynarodowe pozostawia państwom szeroki zakres dyskrecjonalności [co do zakresu jurysdykcji- przyp. M.U.-A.], który jest tylko w pewnych przypadkach ograniczony normami o charakterze zakazującym; w pozostałych przypadkach każde państwo może swobodnie przyjąć zasady, które uważa za najlepsze i najbardziej odpowiednie"[38].

[37] Na temat pojęcia terytorium w prawie międzynarodowym publicznym, w tym nt. statków jako terytorium zob. np. (Czapliński, Wyrozumska 1999: 121 i nast. oraz 179 i nast.). Statki na pełnym (otwartym) morzu mają „narodowość" kraju bandery, pod którą banderą statek pływa. Reguła ta jest obecna w prawie międzynarodowym od roku 1752 i wiąże się z inną zasadą prawa międzynarodowego publicznego - zasadą wolności mórz. Oznacza to, że żadnemu Państwu nie wolno rozciągać swojej jurysdykcji terytorialnej na obszar pełnego morza (nad pełnym morzem nie wykonuje się władztwa terytorialnego), co powoduje, że co do zdarzeń, osób i rzeczy na tym obszarze nie można być stosowana zasada terytorialna. Dlatego każdy statek pływający na pełnym morzu musi mieć banderę jakiegoś państwa, by zarówno statek, jak i osoby oraz rzeczy na nim się znajdujące mogły podlegać prawu państwa bandery. Jest to charakterystyczne połączenie reguł zwierzchnictwa personalnego i terytorialnego.

[38] Argumentacja STSM ujęta jest w następujących fragmentach uzasadnienia: "Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. (...) It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is

Zgodnie zatem z *„regułą Lotus”* suwerenne państwo może podejmować dowolne działania w przestrzeni międzynarodowej, o ile tylko nie stoją one w sprzeczności z wyraźnym zakazem wynikającym z normy prawa międzynarodowego. Istnieje zatem domniemanie istnienia jurysdykcji legislacyjnej państwa nawet wobec zachowania mającego miejsce za granicą**.** Jedną z konsekwencji takiego ujęcia jest odejście od ściśle pojmowanej zasady terytorializmu (jako powiązania fizycznego aktu zachowania i terytorium, na którym zachowanie to ma miejsce). Zaprezentowany przez STSM sposób rozumienia zasady terytorializmu w odniesieniu do kompetencji jurysdykcyjnych zainicjował – trwający do dzisiaj-proces powstawania różnych koncepcji przywołujących terytorium jako łącznik jurysdykcyjny[39], w tym - doktryny skutków.

Sprawa *Lotus* od początku była i pozostaje kontrowersyjna[40]. Trudno w istocie zrozumieć, dlaczego STSM nie dostrzegł, iż rozstrzyganie w sprawie dotyczącej zachowań mających miejsce poza terytorium państwa *forum* stoi w sprzeczności z prawem państw

---

certainly not the case under international law as it stands at present.(...) Far from laying down a general prohibition to the effect that states may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property or acts outside their territory, international law leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.” (*S.S. Lotus , Francja przeciwko Turcji*, wyrok z 7 lipca 1927 P.C.I.J. publ. (ser. A) nr 10 (7 września 1927) s. 18-19, dostęp na: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.html,

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf) (5 sierpnia 2014 r.). W przekładzie na polski ww. fragmenty brzmią następująco: „Pierwszym i najważniejszym ograniczeniem nałożonym na państwa przez prawo międzynarodowe jest to, że – jeżeli nie istnieje wyraźna norma dozwalająca – państwo nie może wykonywać władztwa, w jakiejkolwiek formie, na terytorium innego państwa. W tym sensie jurysdykcja z pewnością jest terytorialna i nie może być wykonywania przez państwo poza jego terytorium, chyba że ma to miejsce na mocy normy dozwalającej zaczerpniętej z międzynarodowego zwyczaju lub z konwencji. (...) Nie znaczy to jednak, jakoby prawo międzynarodowe zabraniało państwu wykonywania jurysdykcji w obrębie swojego własnego terytorium w jakiejkolwiek sprawie, która odnosi się do zachowań mających miejsce poza terytorium, a w której nie można oprzeć na dozwalającej normie prawa międzynarodowego. Taki pogląd byłby uzasadniony tylko wówczas, gdyby prawo międzynarodowe zawierało generalny zakaz stosowania prawa i rozciągania jurysdykcji sądów na osoby, majątek lub zdarzenia mające miejsce poza terytorium, a tylko jako wyjątek od tego zakazu, w określonych przypadkach, zezwalałoby państwom na takie działanie. Jednak w obecnym stanie prawo międzynarodowe nie zawiera takiego zakazu. (…) prawo międzynarodowe pozostawia państwom szeroki zakres dyskrecjonalności [co do zakresu jurysdykcji- przyp. M.U-A.], który jest tylko w pewnych przypadkach ograniczony normami o charakterze zakazującym; w pozostałych przypadkach każde państwo może swobodnie przyjąć zasady, które uważa za najlepsze i najbardziej odpowiednie.”, tłum. własne.

[39]Przykładowo, dyrektywa 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie oraz zmieniająca dyrektywę Rady 96/61/WE, *Dz. Urz. UE 2003 L 275/32 oraz dyrektywa* 2008/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniająca dyrektywę 2003/87/WE w celu uwzględnienia działalności lotniczej w systemie handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie, *Dz. Urz. UE 2009 L 324/79,* za wystarczający łącznik z terytorium UE uzasadniający obłożenie przewoźnika lotniczego obowiązkiem uiszczenia opłat za emisję gazów cieplarnianych uznają start lub lądowanie samolotu na obszarze któregokolwiek z państw członkowskich UE, przy czym za podstawę obliczenia tej opłaty bierze się długość trasy przelotu, choćby nie odbywał się on w całości w przestrzeni powietrznej państw członkowskich.

[40] Zob. (Czapliński, Wyrozumska 1999: 114) - w głosowaniu nad wyrokiem glosy „za” i „przeciw” rozłożyły się po równo (po sześć). O przyjęciu wyroku zdecydował rozstrzygający głos przewodniczącego składu sędziowskiego.

(narodów) do samostanowienia, związanego immanentnie z pojęciem suwerenności[41]. Omawiane rozstrzygnięcie jest ciągle obecne w dyskursie doktrynalnym prawa międzynarodowego publicznego, w tym – jako podstawa interpretacji pojęcia suwerenności. Również państwa w dalszym ciągu powołują się na nią, choć od wydania wyroku minęło prawie stulecie, a to z tej przyczyny, że jest to dotychczas jedyna sprawa, w której międzynarodowy sąd tak szeroko i bezpośrednio odniósł się do zagadnienia jurysdykcji w prawie międzynarodowym (Ryngaert 2006: 17)[42].

Jak widać na przykładzie sprawy *Lotus,* problemy ze stosowaniem zasady jurysdykcji terytorialnej powstają w szczególności wówczas, gdy elementy zachowania, stanowiącego prawnie relewantną całość, zachodzą na terytoriach różnych państw lub gdy zachowanie, które w całości nastąpiło na terytorium jednego lub kilku państw wywołuje szkodliwy skutek na terytorium innego państwa. W doktrynie prawa karnego takie sytuacje określa się mianem wielomiejscowości przestępstwa (zdarzenia). Gdy sprawca nada przesyłkę zawierającą materiał wybuchowy w państwie X i wybuchnie ona w państwie Y, zabijając odbiorcę albo powodując u niego obrażenia ciała, przestępstwo jest popełnione zarówno w państwie X (miejsce działania), jak i w państwie Y (miejsce wystąpienia skutku). Gdyby ranna ofiara została przewieziona do państwa Z i tam zmarła na skutek poniesionych obrażeń (miejsce nastąpienia skutku), to również Z byłoby miejscem popełnienia przestępstwa. Każde z państw – X, Y, Z - byłoby uprawnione do wykonywania jurysdykcji w odniesieniu do całego zdarzenia. Analogicznie byłoby w sytuacji, gdyby sprawca przestępstwa działał w kraju A, zaś jego pomocnik – w kraju B.

W efekcie ewolucji zapoczątkowanej wyrokiem STSM, zasada jurysdykcji terytorialnej rozwinęła się w trzech współistniejących wariantach, tj. jako:

- zasada subiektywnej jurysdykcji terytorialnej,
- zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej,
- doktryna skutków.

O subiektywnej jurysdykcji terytorialnej mówimy wówczas, gdy jurysdykcję

[41] Szerzej na ten temat zob. w dalszych częściach pracy - uwagi odnośnie ekstratrytorialnego oddziaływania jurysdykcji wykonywanej w oparciu o zasadę biernego zwierzchnictwa personalnego (rozdz. 1.2.3.) oraz zarzuty D. Gerbera odnośnie do braku legitymacji demokratycznej w przypadku stosowania doktryny skutków (rozdz. 1.3.4.).

[42] Ewolucja podejścia do łącznika terytorium jako podstawy wykonywania jurysdykcji jest jednak zauważalna również w innych orzeczeniach. Przykładowo, w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dotyczącym interpretacji art. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, widoczna jest tendencja do rozciągnięcia obowiązku stosowania Konwencji przez państwa-strony do sytuacji mających miejsce poza ich terytorium, mianowicie wówczas, gdy państwa-strony w związku z prowadzoną operacją wojskową efektywnie kontrolują (część) terytorium państwa trzeciego. Szerzej na ten temat (Wasiński 2012a: 160 i nast., Ryngaert 2006: 185).

wykonuje państwo, na terytorium którego pewne zdarzenie zostało zainicjowane, choć niektóre jego elementy fizyczne (w szczególności - skutki) wystąpiły poza tym terytorium. Natomiast obiektywną jurysdykcję terytorialną może sprawować państwo, na terytorium którego wystąpiły niektóre fizyczne elementy (w szczególności - skutki) zdarzenia zainicjowanego poza tym terytorium[43].

Zasada subiektywnej jurysdykcji terytorialnej oraz zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej okazały się niewystarczające do tego, by w odniesieniu do niektórych zjawisk współczesnego życia ustalić kompetencje terytorialną w sposób „satysfakcjonujący" państwa. Odpowiedzią na to było powstanie doktryny skutków (ang. *effects doctrine*, niem. *Auswirkungsprinzip*). Pojawiła się ona w dyskursie o prawie międzynarodowym publicznym pierwotnie w kontekście prawa karnego (jak w sprawie *Lotus*), później - w kontekście naruszania zasad konkurencji rynkowej (i w tej dziedzinie jest często stosowana), a współcześnie także zagadnień dotyczących Internetu („cyberprzestrzeni")[44] oraz ochrony środowiska (odnośnie do zanieczyszczeń transgranicznych)[45].

Doktrynę skutków traktuje się jako odmianę zasady terytorialnej. W oparciu o nią niektóre państwa przyjmują, że są kompetentne do adresowania (i stosowania) swego prawa do zachowań mających miejsce poza ich granicami, wywierających na ich terytorium szkodliwy skutek niefizyczny. W piśmiennictwie podnoszono, że zgodność tej konstrukcji z prawem międzynarodowym (a także zakres jej stosowania) budzą duże wątpliwości (Czapliński, Wyrozumska 1999: 193, 194). Wskazywano, że doktryna skutków rodzi kontrowersje co do zgodności z koncepcją wyłączności terytorialnej a także prawa narodów do samostanowienia (samookreślenia się). Niezależnie od zgłaszanych przez przedstawicieli nauki zastrzeżeń, tendencja do stanowienia krajowych norm opartych na tej doktrynie, jest wyraźna[46]. W polskim porządku prawnym odwołuje się do niej zwłaszcza art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako ustawa antymonopolowa, ustawa lub OKiKu)[47]. Jeżeli zaś chodzi o Unię Europejską, doktryna skutków jest stosowana w orzecznictwie w sprawach z zakresu publicznoprawnej ochrony konkurencji (antymonopolowych)[48].

[43] Bliżej na temat pojęcia subiektywnej i obiektywnej jurysdykcji terytorialnej zob. np. (Ryngaert 2006: 79-81, Czapliński, Wyrozumska 1999: 192-193).
[44] Szerzej zob. np. (Kulesza 2002).
[45] Szerzej zob. np. (Kozieł 2012, Battini 2008).
[46] Szerzej zob. (Ryngaert 2006: 221 i nast.).
[47] T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229, zm. Dz. U. z 2017 r. poz. 1089 i poz. 1132.
[48] Szerzej na temat stosowania doktryny skutków w prawie antymonopolowym Unii Europejskiej mowa będzie w rozdz. 2.2.

Doktryna skutków będzie przedmiotem szczegółowych uwag w rozdziale 1.3.

1.2.3. Zasada jurysdykcji narodowej (personalnej)

Państwa opierają swoją jurysdykcję również na zasadzie zwierzchnictwa personalnego (narodowego)**.** Zasada narodowa upoważnia państwo do wykonywania jurysdykcji w stosunku do zachowań podmiotów mających jego przynależność państwową - obywateli oraz osób prawnych utworzonych zgodnie z prawem krajowym - również wówczas, gdy zachowania te mają miejsce poza terytorium tego państwa. Zasada ta wykształciła się w dwóch wariantach - jurysdykcji personalnej „czynnej" oraz „biernej". Jej stosowanie jest widoczne zwłaszcza w sprawach karnych. Z jurysdykcją opartą o zasadę personalną czynną mamy do czynienia wówczas, gdy państwo sprawuje ją wobec swojego obywatela, który za granicą dopuścił się czynu zabronionego. Z kolei sprawowanie biernego zwierzchnictwa personalnego bazuje na narodowości osoby pokrzywdzonej przestępstwem - tj. mamy z nim do czynienia wówczas, gdy państwo wykonuje jurysdykcję wobec czynu, którym pokrzywdzony został jego obywatel, sprawcą jest cudzoziemiec, a czyn został popełniony poza granicami państwa *forum*.

Konstrukcja jurysdykcji personalnej czynnej wywodzi się z koncepcji postrzegania państwa jako grupy osób podlegającej wspólnej władzy. Jurysdykcja personalna uzasadniana jest w rożny sposób. W świetle realiów współczesnego życia pojawił się argument, że ciągłe przemieszczanie się ludzi pomiędzy granicami państw zmieniło rodzaj relacji pomiędzy państwami a ich obywatelami w taki sposób, że granice terytorialne stały się „niematerialne", dlatego te relacje powinny być poddane zasadzie narodowej. Wśród argumentów przemawiających za jej stosowaniem wskazuje się również na: potrzebę prewencji szczególnej – tj. zapobieżenie ponownemu popełnieniu przestępstwa przez sprawcę po powrocie na terytorium jego państwa pochodzenia, konieczność zaspokojenia poczucia sprawiedliwości, tj. wyeliminowanie sytuacji, że sprawca czynu inkryminowanego w państwie pochodzenia cieszyłby się bezkarnością (co ma też walor prewencji ogólnej), potrzebę „reprezentowania" państwa *locus delicti* w wykonywaniu jurysdykcji przez państwo pochodzenia sprawcy, w sytuacji gdy ten nie podlega ekstradycji z własnego kraju, ochronę reputacji państwa przed jej zepsuciem w relacjach międzynarodowych na skutek czynów popełnionych za granicą przez jego obywateli. Z kolei z punktu widzenia potrzeby ochrony interesów oskarżonego używa się także argumentu, że nie jest dopuszczalne, by jednostka, niezależnie od tego, w jakimkolwiek miejscu i czasie się znajduje (popełnia czyn), podlegała

równocześnie porządkom prawnym wielu państw[49].

Zasada personalna w jej „czynnej" odmianie nie jest przedmiotem istotnych sporów. Mówi się, że państwa mają nieograniczone prawo do tego, by opierać jurysdykcję na narodowości oskarżonego.

Z kolei zasada jurysdykcji personalnej w wariancie „biernym" rodzi kontrowersje. Ujawniły się one np. w przytaczanej już sprawie *Lotus*. Przypomnijmy, że w sprawie tej STSM uznał, że oficer francuski, który pełnił wachtę w chwili kolizji, podlega jurysdykcji tureckiej (i może być sądzony w oparciu o tureckie prawo). Skutek jego działań (śmierć marynarzy) miał bowiem miejsce na pokładzie tureckiego statku, a nadto – marynarze ci byli obywatelami Turcji. Stanowisko Trybunału spotkało się z krytyką, w której m. in. podnoszono, że gdy łącznikiem jurysdykcyjnym jest obywatelstwo pokrzywdzonego, podsądny nie zna prawa, które jest wobec niego stosowane[50]. Jurysdykcja personalna (narodowa) bierna wywodzona jest ze spoczywającego na państwie obowiązku zapewnienia ochrony swoim obywatelom za granicą. Nacisk kładzie się na to, iż zdarzenie to dotknęło obywatela, nie zaś na to, gdzie zdarzenie to miało miejsce. Trzeba jednak zważyć, że o ile potrzeba ochrony swojego obywatela, który padł ofiarą przestępstwa, z pewnością stanowi uzasadniony interes państwa, o tyle nie ma pewności, czy jest to łącznik wystarczający w świetle prawa międzynarodowego publicznego. Wskazuje się, że jest to najbardziej „agresywna" podstawa dla wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej, a jednocześnie podstawa rodząca ryzyko naruszenia praw oskarżonego. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że sprawca nie jest w stanie przewidzieć, prawo jakiego państwa będzie stosowane do jego zachowania – teoretycznie może przecież nawet nie znać narodowości ofiary. W sytuacji, gdy prawo państwa, którego obywatelem jest pokrzywdzony nie wymagałoby podwójnej karalności[51], sprawca może zostać osądzony na podstawie materialnego prawa karnego obcego kraju, którego nie znał i nie miał możliwości zapoznania się z nim.

[49] Szerzej na temat jurysdykcji personalnej czynnej zob. (Ryngaert 2006: 101 i nast.).

[50] W późniejszych aktach prawa międzynarodowego dotyczących kolizji statków - np. w Konwencji o morzu pełnym, sporządzonej w Genewie 29 kwietnia 1958 r., Dz.U. z 1963 r., nr 33, oz.187, Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzonej w Montego Bay 10 grudnia 1982 r., Dz.U. z 2002 r., nr 59, poz. 543 - przyjęto odmienne zasady, tj. że tylko państwo bandery statku, na którym podejrzany dopuścił się czynu zabronionego albo państwo, którego podejrzany jest obywatelem może wykonywać jurysdykcję wobec marynarzy w stosunku do zdarzeń mających miejsce na pełnym morzu.

[51] Zasada podwójnego zagrożenia karnego nie jest normą prawa międzynarodowego publicznego - jest to rozwiązanie prawa krajowego, stosowane przez wiele państw. Znajduje m. in. odzwierciedlenie w art. 111 polskiego Kodeksu karnego, który stanowi, że: „Warunkiem odpowiedzialności za czyn popełniony za granicą jest uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia". Reguła podwójnej karalności jest wyłączona (na podst. art. 111 par. 3 k.k. oraz na podst. art. 112 k.k.) w stosunku do kategorii przestępstw, co do których jurysdykcję można oprzeć na zasadzie jurysdykcji ochronnej (zob. niżej).

Abstrahując od trafności powyższych argumentów, trzeba mieć na względzie zupełnie inną sferę argumentacji, dotykającą zagadnienia suwerenności. Mianowicie- stosowanie prawa karnego wobec czynów popełnionych poza granicami państwa *forum* rodzi obawy, ponieważ niesie ze sobą pewien element wykonywania w sposób eksterytorialny jurysdykcji legislacyjnej, czym zaburza wyłączne uprawnienie państwa *locus delicti* do określenia, jakie standardy zachowań są akceptowane na jego terytorium. Jest to potencjalne źródło kolizji jurysdykcji opartych na różnych łącznikach.

Mimo głosów wzywających do zaniechania stosowania zasady personalnej biernej, praktyka państw wskazuje, że jest ona uważana za dorzeczną podstawę wykonywania jurysdykcji, przynajmniej w odniesieniu do niektórych typów czynów, w szczególności działań o charakterze terrorystycznym. Niektóre konwencje międzynarodowe dotyczące działań terrorystycznych oraz konwencje dotyczące tortur upoważniają państwa do stosowania tej zasady, choć nie nakazują tego[52]. Pozakonwencyjna praktyka państw co do stosowania zasady personalnej biernej wskazuje, że jest ona uznawana za dopuszczalną, z zastrzeżeniem, że jej stosowanie obwarowane jest pewnymi ograniczeniami i zabezpieczeniami. Dorobek praktyczny w jej stosowaniu wciąż nie jest duży. W konsekwencji, trudno jest ustalić normę zwyczajowego prawa międzynarodowego, która określałby zakres stosowania zasady personalnej biernej. Zauważalne jest, że stosowanie tej zasady nie spotyka się z działaniami o charakterze protestacyjnym na arenie międzynarodowej. Brak tego rodzaju protestów przypisuje się restrykcyjnym warunkom które zwykle towarzyszą jej stosowaniu. Są to: reguła podwójnej karalności, ograniczenie do poważnych przestępstw bądź poprzez wskazanie ich typów (morderstwo, zgwałcenie, przestępstwa z użyciem przemocy), bądź poprzez określenie minimalnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia karą, wymaganie obecności sprawcy na terytorium państwa wykonującego jurysdykcję, wymaganie zgody organu władzy wykonawczej albo też wykonywanie jurysdykcji na prośbę lub za zgodą państwa *locus delicti.* Można się spotkać ze stanowiskiem, że wykonywanie jurysdykcji personalnej biernej (zwłaszcza w sprawach karnych) jest usprawiedliwione wówczas, gdy państwo terytorialne[53] albo zaniecha ścigania, tj. zaniedba go, bądź go odmówi, albo nie jest zdolne, by prowadzić odpowiednie

[52] Np. Konwencja w sprawie przestępstw i niektórych czynów popełnionych na pokładzie statków powietrznych sporządzona w Tokio 14 września 1963 r., Dz.U. z 1971 r., nr 15, poz.147, art. 4 lit. b, Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta w Nowym Jorku przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1984 r., Dz. U. z 1989 r., nr 63, poz. 378), art. 5 ust. 1 lit c.

[53] Określenie „państwo terytorialne" będzie rozumiane jako „państwo, na którego terytorium dane (jakieś) zdarzenie miało miejsce". Takiego określenia używają (Czapliński, Wyrozumska 1999: 202). Będzie ono ze względów stylistycznych, używane wymiennie ze sformułowaniem *locus delicti.*

postępowanie. W takich przypadkach jurysdykcja oparta o zasadę personalną bierną jest postrzegana jako zgodna z prawem, choć pomocnicza, forma jurysdykcji. Pogląd taki pomija jednak istotne aspekty problemu. Dyskusyjne jest mianowicie, czy sam brak gotowości do prowadzenia postępowania – czy to po stronie państwa *locus delicti* czy to po stronie państwa pochodzenia sprawcy – jest wystarczającym usprawiedliwieniem do wykonywania jurysdykcji personalnej biernej, z punktu widzenia poszanowania suwerenności. Pozostaje bowiem w sferze suwerennego i uprawnionego wyboru państwa, na którego terytorium czyn popełniono, czy podejmie ono ściganie sprawcy - porządkom prawnym niektórych krajów znana jest zasada dyskrecjonalności ścigania (oportunizmu). Jako kontrargument można podnieść, że zapobieganie bezkarności leży w interesie społeczności międzynarodowej. Otwarte pozostaje jednak pytanie o trafność tego argumentu w stosunku do przestępstw pospolitych, takich, których ściganie nie leży w sferze międzynarodowych zobowiązań państwa (Ryngaert 2006: 111 i nast.).

Jak wynika z powyższego, zakres stosowania zasady biernej jurysdykcji personalnej nie został jeszcze dokładanie określony, zaś zastrzeżenia co do niej pod kątem pozostawania w sprzeczności z zasadą suwerenności państw są istotne.

Zakres zwierzchnictwa personalnego państwa bywa również rozszerzany w oparciu o teorię kontroli (teorię przeważających wpływów). Według tej teorii państwo jest uprawnione do rozciągania swojego prawa na spółki prawa obcego (inkorporowane w oparciu o prawo obce, z siedzibą w państwie obcym) wówczas, gdy obywatele państwa roszczącego pretensje do jurysdykcji mają decydujący wpływ na działalność takiej spółki (kontrolują ją). Nie jest to powszechnie uznana teoria. W oparciu o nią USA kilkakrotnie, ze względu na cele własnej polityki zagranicznej, podjęły próby zakazania przedsiębiorcom zarejestrowanym w innych państwach współpracy handlowej z państwami objętymi bojkotem przez USA. Dotyczyło to w szczególności handlu z Kubą[54] i Chinami. Próby USA regulowania zachowania zagranicznych przedsiębiorców spotkały się z międzynarodowym sprzeciwem (Hrycaj 2011: 230, Dudzik 2010:169, Ryngaert 2006: 457, Czapliński, Wyrozumska 1999:195, zob. również uwagi w rozdziale 4.2).

[54] Jeżeli chodzi o zakaz handlu z Kubą, jego podstawą, ujętą w tzw. Helms-Burton Act, z roku 1996, była również zasada personalna bierna. Łącznikiem jurysdykcyjnym była okoliczność, że poszkodowanymi byli obywatele USA. Zakaz dotyczył bowiem handlu dobrami skonfiskowanymi na Kubie amerykańskim obywatelom w latach 60-ych XX w. przez władze kubańskie. Rozciągać się miał również na takich przedsiębiorców zagranicznych, na których działalność osoby mające przynależność państwową USA nie mogły wywierać decydującego wpływu.

1.2.4. Zasada jurysdykcji ochronnej

Prawu międzynarodowemu publicznemu znana jest także zasada jurysdykcji ochronnej. Stanowi ona, że każde państwo może stosować swoje prawo w stosunku do cudzoziemców, którzy za granicą popełnili czyn godzący w bezpieczeństwo lub ważny interes tego państwa. Interes państwa uznaje się zatem za czynnik usprawiedliwiający wykonywanie jurysdykcji ekstraterytorialnej. Zasada jurysdykcji ochronnej pojmowana jest jako narzędzie ochrony suwerennej pozycji państwa i uprawnień wynikających z suwerenności (a przez to również narzędzie ochrony politycznej niezależności). Przyjmuje się, że odnosi się ona do najpoważniejszych przestępstw, mogących godzić w bezpieczeństwo i integralność państwa lub prawidłowe wykonywanie funkcji przez jednostki organizacyjne wykonujące prerogatywy suwerena. Za godzące w ww. interesy uważa się np.: szpiegostwo, fałszowanie pieniędzy, bezczeszczenie symboli państwowych, fałszowanie dokumentów urzędowych, składanie fałszywych zeznań przed urzędnikiem konsularnym, przestępstwa polityczne (np. zdrada stanu). W wielu przypadkach państwa wykonują jurysdykcję w oparciu o zasadę ochronną w sytuacji, gdy dany czyn nie jest inkryminowany w miejscu jego popełnienia, wskutek czego sprawca nie byłby ścigany w państwie *locus delicti*.

Aby można było zastosować zasadę ochronną, rzeczywiste naruszenie interesów nie musi nastąpić. Wystarczające jest zaistnienie zagrożenia ich naruszenia.

Zasada jurysdykcji ochronnej ma kilkusetletnią tradycję, zwłaszcza w państwach Europy kontynentalnej[55]. Obecnie jej legalność nie budzi wątpliwości. Ustawodawstwo państw oparte na tej doktrynie jest rozpowszechnione. W praktyce jest ono stosowane najczęściej po zakończeniu konfliktów zbrojnych, w celu osądzenia przestępstw popełnianych przeciwko interesowi stanu w związku z tymi działaniami. Generalna zgoda co do legalności zasady ochronnej nie oznacza, że zagadnienie to jest całkowicie wolne od kontrowersji.

[55] Jej początki sięgają Wielkiej Rewolucji Francuskiej. Powstałe w jej okresie prawo francuskie dotyczące przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa posłużyło za model dla innych prawodawstw kontynentalnych. Drugim ważnym etapem jej rozwoju były wojny światowe toczone w dwudziestym wieku. Na tej zasadzie oparty był m. in. brytyjski proces z 1946 r., *Joyce* v. *Director of Public Prosecutions.* Postępowanie dotyczyło czynów obywatela amerykańskiego, Williama Joyce'a, popełnionych w czasie II Wojny Światowej. Joyce nadawał nazistowskie audycje propagandowe, w których m. in. wzywał Brytyjczyków do poddania się. Audycje nadawane były m. in z Berlina, Luksemburga, Apen (pod Hamburgiem). Joyce posiadał obywatelstwo amerykańskie oraz paszport brytyjski, do wydania którego doprowadził za pomocą oszustwa. Audycje nadawał w okresie ważności paszportu brytyjskiego. Obrona podnosiła, ze sądy Zjednoczonego Królestwa nie mają jurysdykcji wobec obcokrajowca, który popełnia przestępstwo poza granicami Wielkiej Brytanii. Sąd odrzucił tę argumentację, podnosząc, że: „Żadna reguła międzynarodowej kurtuazji [*comity*] nie obliguje państwa do tego, by zignorowało przestępstwo zdrady stanu dokonane poza swoim terytorium. Przeciwnie, należny wzgląd na swoje własne bezpieczeństwo wymaga, by wszyscy, którzy popełnili to przestępstwo, czy to w granicach, czy poza granicami Królestwa, podlegali jego prawom". Sąd nadto odwołał się do obowiązku posłuszeństwa wobec Korony, będącej ekwiwalentem prawa Joyce'a do korzystania ochrony dyplomatycznej, które to prawo wynikało z wydania mu brytyjskiego paszportu. (Ryngaert 2006: 125,126).

Sporny jest sam rodowód tej zasady w kategoriach ideologicznych, co przekłada się na dalsze zagadnienia. Mianowicie - tradycyjnie zasadę ochronną wywodzi się z uprawnienia państwa do samoobrony. Jednak niektórzy autorzy krytykują takie jej uzasadnienie, wskazując, z jednej strony, że jest ono niepoprawne z perspektywy pojęć, z drugiej –że naraża ją ono na upolitycznienie i nadużycia. Podnosi się, że pojęcie „samoobrony"- nie powinno być stosowane do zasady ochronnej, ponieważ działania państwa oparte na tej zasadzie mogą być podjęte dopiero *po tym*, jak zachowanie (skierowane przeciwko państwu) zakończyło się. Natomiast samoobrona zwykle jest traktowana jako prawo do odpierania zbrojnego ataku, który jeszcze trwa. Mówienie o samoobronie wobec działania ukończonego wydaje się zatem paradoksalne. Co więcej, nie należy utożsamiać odstraszającego efektu sankcji, nakładanych w oparciu o zasadę ochronną, z koncepcją samoobrony, a to dlatego, że, po pierwsze, samoobrony nie można wykonywać prewencyjnie, a po drugie, działania prewencyjne muszą być podjęte właśnie w takiej sytuacji, gdy grożące sankcje okażą się niewystarczające by zapobiec atakowi. Co ważniejsze, ponieważ usprawiedliwienia dla zasady ochronnej poszukuje się w koncepcjach suwerenności oraz politycznej niezależności, które to pojęcia każde państwo definiuje samodzielnie, z pewnością istnieje niebezpieczeństwo, ze państwa mogą nadużywać tej zasady. Proces oskarżonego o przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu państwa (typowy przykład zachowania, co do którego stosuje się zasadę jurysdykcji ochronnej), zwłaszcza popełnione w związku z toczącym się konfliktem zbrojnym, prawie na pewno byłby prowadzony w klimacie wrogości i zemsty, ze względu na związany z nim duży poziom emocji i oddziaływanie opinii społecznej, co rodziłoby zagrożenie dla zasady bezstronności sądu. Może to oczywiście popsuć stosunki międzynarodowe i spowodować odwet ze strony innych państw, nie tylko z powodu ewentualnego konfliktu jurysdykcji, ale także z tego powodu, że przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu państwa (w przeciwieństwie do przestępstw pospolitych) często są wspierane przez zagraniczne władze, bądź dokonywane za ich zgodą. Dlatego pretensje do wykonywania jurysdykcji ochronnej mogą pośrednio wskazywać na zamiar osądzenia działań innego państwa, a tym samym stanowić próbę podkopania jego politycznej niezależności.

Jak wskazuje (Ryngaert 2006: 122, 458) aktualne pozostaje pytanie o prawne granice dopuszczalności zasady ochronnej. Nie ma do tej pory konwencji, która skatalogowałaby rodzaje przestępstw podlegających jurysdykcji ochronnej oraz przewidziała mechanizmy określające zakres stosowania tej zasady. Podjęte przesz USA w roku 1995 próby objęcia zagranicznych przedsiębiorców zakazem handlu z Iranem i Libią z powołaniem się na tę zasadę, spotkały się ze sprzeciwem innych państw. Trudno jest osiągnąć konsensus w tej

mierze. Gdyby nawet konwencja została uchwalona, jej istnienie dawałoby jedynie ułudę rozwiązania problemu, jeśli weźmie się pod uwagę przywiązanie państw do ochrony swoich interesów. Rzeczywiste stosowanie takiej konwencji oznaczałoby funkcjonowanie porządku, w którym państwa zgodziłyby się na to, by w przyszłości inne państwa-strony jednostronnie wykonywały jurysdykcję wobec przestępstw, w których popełnienie te pierwsze były zaangażowane. Jest to oczywiście wizja utopijna.

1.2.5. Zasada represji uniwersalnej

Prawu międzynarodowemu publicznemu znana jest także zasada uniwersalizmu (określana również jako zasada jurysdykcji uniwersalnej, zasada represji uniwersalnej lub zasada represji wszechświatowej). Zaczątki jej kształtowania się można odnaleźć jeszcze w pismach siedemnastowiecznych uczonych duńskich, zajmujących się zagadnieniami prawa międzynarodowego publicznego Zwolennikiem reguły uniwersalizmu był zwłaszcza Grocjusz. Opowiadał się za jej stosowaniem w przypadku przestępstw, które naruszały prawo natury i szokowały *societas generis humani*. Zasada represji uniwersalnej rozwijała się własnym torem, niezależnie od zasady terytorializmu. Odniesienia do niej można znaleźć w literaturze przedmiotu, w której dostrzegano jednak, że ta zasada nie jest dostatecznie rozwinięta w zwyczajowym prawie międzynarodowym[56]. Stosowanie reguły uniwersalizmu było obecne również w międzynarodowej praktyce państw, w zakresie jurysdykcji karnej, pierwotnie w stosunku do jednego przestępstwa – piractwa[57].

Zasada jurysdykcji uniwersalnej stanowi, że w wyjątkowych przypadkach państwo może stosować swoje prawo karne wobec osób oskarżonych o popełnienie przestępstwa

[56] Szerzej na ten temat zob. (Ryngaert 2006: 545).

[57] Piractwo jest archetypem przestępstwa podlegającego represji uniwersalnej. W prawie międzynarodowym pirat uważany był za „wyjętego spod prawa". Ten, kto dopuszczał się piractwa tracił ochronę udzielaną przez państwo swojego pochodzenia. „Tracił" narodowość, podobnie jak „tracił" ją jego statek (chociaż formalnie pozostawał pod banderą danego państwa). Przydawanie piratom takiego statusu ma kilka przyczyn. Po pierwsze- przypisuje się to okoliczności, że przestępstwo piractwa popełniane jest zwykle na morzu otwartym, a więc na *terra nullius*, na obszarze, nad którym żadne państwo nie ma władztwa terytorialnego. Drugim możliwym uzasadnieniem jest tradycyjne stosowanie fikcji prawnej, że piraci nie mogą być obywatelami żadnego kraju, ponieważ są wrogami całej ludzkości. Wreszcie – znaczenie miał walor praktyczny, tj. zapobieżenie bezkarności piratów. Jako że morza otwarte nie podlegają zwierzchnictwu żadnego państwa, jak również dlatego, że piraci łatwo mogli uciec z miejsca przestępstwa, istniało ryzyko jurysdykcyjnej „próżni". Przyznanie wszystkim państwom jurysdykcji wobec piratów miało zmniejszyć ich szanse na pozostanie bezkarnymi. W praktyce procesy przeciwko piratom oparte na zasadzie uniwersalnej były rzadkie. Wynikało to z niechęci państwa do jednostronnego ponoszenia całych kosztów postępowania, z którego korzyści mogły odnieść też inne państwa, nieponoszące ciężarów związanych z prowadzeniem postępowania. Jurysdykcja uniwersalna wobec piractwa została następnie zapisana w art. 19 Konwencji o morzu pełnym, sporządzonej w Genewie 29 kwietnia 1958 r., Dz. U. z 1963 r., nr 33 poz.187 oraz w art. 105 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzonej w Montego Bay 10 grudnia 1982 r., Dz. U. z 2002 r., nr 59, poz. 543. Szerzej na ten temat zob. (Ryngaert 2006: 542 i nast.).

niezależnie od obywatelstwa sprawcy i ofiary, oraz niezależnie od miejsca popełnienia tego przestępstwa, ani jakiegokolwiek związku z państwem *forum*. Inaczej zatem niż w odniesieniu do pozostałych zasad jurysdykcyjnych nie mamy tu do czynienia z żadnym powiązaniem pomiędzy państwem *forum* a zdarzeniem, w związku z zaistnieniem którego jurysdykcja przysługuje. W założeniu, wykonywanie jurysdykcji uniwersalnej nie ma na celu ochrony indywidualnych interesów państwa *forum*. Mówi się, że potrzeba jej stosowania wynika z samej natury przestępstwa- ohyda zbrodni sprawia, że do pociągnięcia jej sprawcy do odpowiedzialności uprawniony jest każdy kraj.

O ile nie ma wątpliwości co do istnienia tej zasady w prawie międzynarodowym, o tyle zakres jej stosowania, w tym ewentualne kryteria ograniczające jej stosowanie, nie jest wyraźnie zarysowany. Kształtowanie się tej zasady w prawie międzynarodowym jest wciąż trwającym procesem. Narosło wobec niej wiele kontrowersji. Można dostrzec dwa źródła jej kształtowania się w porządku prawa międzynarodowego. Jednym z nich jest międzynarodowy zwyczaj, drugim - konwencje. Analiza praktyki państw w zakresie wykonywania jurysdykcji uniwersalnej wskazuje, że w odniesieniu do poważnych przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu (ludobójstwo, przestępstwa wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości) jest ona co do zasady uznawana (Ryngaert 2006: 542, Czapliński, Wyrozumska 1999: 195). Została też zadekretowana w traktatach dotyczących np. handlu dziećmi[58], terroryzmu[59], handlu narkotykami[60], przestępstw popełnianych na stadionach sportowych[61] .

Jeśli chodzi o prawo zwyczajowe, w praktyce państw na podstawie zasady uniwersalizmu wykonywano jurysdykcję w stosunku do takich przestępstw jak: piractwo, handel ludźmi, niektóre przestępstwa o charakterze terrorystycznym, ludobójstwo, przestępstwa wojenne, przestępstwa przeciwko ludzkości (popełnione poza obszarem kraju

[58] Art. 4 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjęty w Nowym Jorku 25 maja 2000 r., Dz. U. z 2007 r., nr 76, poz.494.

[59] Jurysdykcję uniwersalną przewidują, przykładowo: Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi sporządzona w Hadze 16 grudnia 1970 r., Dz. U. z 1972 r., nr 25, poz. 181 i 182, art. 7, Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzona w Montrealu 23 września 1971 r., Dz. U. z 1976 r., nr 8, poz. 37 i 38, art. 5 ust. 2, Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta w Nowym Jorku przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1984 r., Dz. U. z 1989 r., nr 63, poz. 378, art. 5 ust. 2, Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu i karaniu zbrodni apartheidu, przyjęta 30 listopada 1973 r. rezolucją 3068 (XXVIII) Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych, Dz. U. z 1976 r., nr 32, poz. 186, Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu finansowania terroryzmu, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 9 grudnia 1999 r. , Dz. U. z 2004 r., nr 263, poz. 2620, art.7 ust. 4.

[60] Konwencja Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzona w Wiedniu 20 grudnia 1988 r., Dz.U. z 1995 r., nr 15, poz.69.

[61] Europejska Konwencja w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej, sporządzona w Strasburgu 19 sierpnia 1985 r., Dz.U. z 1995 r., nr 129, poz. 625, art. 5.

roszczącego pretensje do wykonywania jurysdykcji oraz przez osobę, która nie jest obywatelem tego państwa, jak również nierodzące żadnego zagrożenia dla tego państwa). Zasadę represji uniwersalnej z powołaniem na międzynarodowe prawo zwyczajowe w praktyce stosuje jednak niewiele państw. Niektóre wręcz odrzucają jej istnienie[62]. Brak powszechnego jej stosowania rodzi zatem pytanie, czy rzeczywiście wykształciło się w tym zakresie międzynarodowe prawo zwyczajowe, a tym samym – o legalność takiego działania państw, a w konsekwencji również pytanie- o zakres tej zasady**.**

Wykonywanie jurysdykcji uniwersalnej z powołaniem na międzynarodowe prawo zwyczajowe uzasadnia się dwojakiego rodzaju argumentami. Pierwsza ich grupa odwołuje się do wspólnego interesu społeczności międzynarodowej, wyrażającego się w tym, że zachowanie podmiotów popełniających poważne przestępstwa, choćby miało miejsce w jednym tylko kraju, stwarza potencjalne zagrożenie dla innych krajów, ze względu na ryzyko ich ponownego popełnienia, gdyby sprawcy pozostali bezkarni. Sprawcy szczególnie poważnych zbrodni uznawani są za *hostes humani generis* (wrogów rodzaju ludzkiego) i z tego względu państwo, na terytorium którego przebywają, uprawnione jest do ich osądzenia na podstawie własnego prawa (Ostropolski 2004: 259). Takie uzasadnienie jest podawane w stosunku do piractwa, handlu ludźmi, ludobójstwa, poważnych zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni przeciwko ludzkości, naruszania praw człowieka (w szczególności tortur), przestępstw narkotykowych, terroryzmu (zwłaszcza zamachów na statki morskie i powietrzne), ale również do podrabiania pieniędzy, przestępstw na tle seksualnym, a nawet defraudacji środków publicznych i korupcji[63].

Przedstawiona argumentacja nie jest jednak przekonująca w stosunku do wszystkich wymienionych typów przestępstw-np. zbrodni wojennych albo ludobójstwa-ponieważ nie zachodzi duże prawdopodobieństwo, że ich sprawcy ponownie popełnią podobne przestępstwo. Dlatego uzasadnieniem stosowania zasady uniwersalnej mają być również zasady i wartości moralne społeczności międzynarodowej. Powszechne zasady, wywodzone z prawa natury, powinny zdaniem zwolenników jurysdykcji uniwersalnej mieć pierwszeństwo przed ograniczeniami terytorialnymi wynikającymi z istnienia granic międzypaństwowych. Celem winna być nie tyle na ochrona interesu pojedynczego państwa, ile ochrona ideałów

[62] Zasady tej nie uznają USA. Przykładowo – w sprawie *United States v. Yousef and others* (2003 r.) Sąd Apelacyjny Drugiego Okręgu podniósł, że nie występuje jurysdykcja uniwersalna w stosunku do przestępstw terrorystycznych, oparta na międzynarodowym prawie zwyczajowym, a to z tego powodu, że wśród państw panuje zacięty spór odnośnie tego, jakie działania stanowią, a jakie nie stanowią aktów terroryzmu; przytoczenie za: (Ryngaert 2006: 114).

[63] W regulacjach wewnętrznych niektórych państw statuujących jurysdykcję uniwersalną wskazuje się również przestępstwa dotyczące energii jądrowej, wybuchów oraz promieniowania (Ryngaert 2006: 129).

sprawiedliwości. Jak pisze (Ryngaert 2006: 555) przestępstwa tego rodzaju są bowiem tak haniebnej natury, że naruszają fundamentalne wartości ludzkości. Dlatego każdy kraj ma prawo ścigania sprawców ciężkich przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, niezależnie od stanowiska państw, którym wobec tych sprawców służyłaby jurysdykcja uzasadniona łącznikiem o charakterze terytorialnym bądź narodowościowym. Jest to uzasadnione zapobieżeniem bezkarności sprawców takich przestępstw. Działając w ten sposób państwo nie realizowałoby atrybutów swojej suwerenności, lecz występowało jako przedstawiciel społeczności międzynarodowej, egzekwujący prawo międzynarodowe (jako że nie został powołany żaden centralny organ, którego zadaniem byłoby strzeżenie tych wartości.

Wzmożone zainteresowanie państw wykonywaniem jurysdykcji w oparciu o zasadę represji uniwersalnej można dostrzec po zakończeniu dużych międzynarodowych konfliktów zbrojnych lub wojen domowych. Zasadę tę stosowano zwłaszcza po zakończeniu drugiej wojny światowej – w oparciu o nią toczyły się postępowania w sprawach zbrodni wojennych[64] i zbrodni przeciwko ludzkości. Kolejny etap rozwoju tej doktryny miał miejsce w Europie w latach 90-ych XX w. Wynikało to z zaangażowania niektórych państw (zwłaszcza Francji i Niemiec) w działania mające na celu ukaranie sprawców poważnych przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu (ludobójstwo, tortury, zbrodnie przeciwko ludzkości) popełnionych w Rwandzie oraz w byłej Jugosławii. W celu osądzenia tych przestępstw zostały wprawdzie powołane międzynarodowe trybunały[65], ale co do niektórych z nich orzekały również sądy krajowe (Ryngaert 2006: 542 i nast., 676 i nast.).

[64] W sprawie przeciwko A. Eichmannowi, Sąd Najwyższy Izraela podniósł, że jeśli sąd krajowy prowadzi postępowanie dotyczące czynów uważanych za przestępstwa w prawie międzynarodowym, wówczas wdraża nie tylko własne prawo, ale działa również jako przedstawiciel wspólnoty międzynarodowej w celu wykonywania prawa międzynarodowego. Sąd ten stwierdził, że *„Przestępstwa zarzucane apelującemu nie tylko mają charakter międzynarodowy, ale również ich szkodliwe i mordercze skutki mają tak szeroki zasięg, że wstrząsnęły fundamentami wspólnoty międzynarodowej. Dlatego Izrael jest uprawniony, zgodnie z zasadą jurysdykcji uniwersalnej oraz występując w roli strażnika prawa międzynarodowego i przedstawiciela w jego wdrażania, zastosować to prawo wobec apelującego. W takich okolicznościach nie ma znaczenia, że państwo Izrael nie istniało w chwili popełnienia przestępstwa”*; *Attorney-General of the Government of Israel* v. *Eichmann*, 36 Int'l L. Rep. 277 (1968). dostęp na: http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf (5 stycznia 2017 r.), tłum. własne z jęz. angielskiego. W celu umożliwienia wszczęcia postępowania służby wywiadowcze Izraela porwały A. Eichmanna z terytorium Argentyny. Działanie Izraela zostało potępione przez Radę Bezpieczeństwa ONZ (rezolucja S/4349, z 23 czerwca 1960 r.). Izrael oficjalnie przeprosił Argentynę, przyznając, że nastąpiło naruszenie jej suwerenności. Argentyna nie zażądała wydania Eichmanna.

[65] Międzynarodowe Trybunały Karne dla byłej Jugosławii oraz dla Rwandy zostały powołane w 1atach 1993 i 1994 jako środek przywrócenia i utrzymania międzynarodowego bezpieczeństwa. Powołała je do życia Rada Bezpieczeństwa ONZ, zgodnie z regułami Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych.

1.2.6. Pojęcie jurysdykcji eksterytorialnej

Przedstawiony przegląd zasad jurysdykcyjnych unaocznia, że prawo międzynarodowe publiczne zna łączniki jurysdykcyjne inne niż tylko powiązanie zdarzenia (zachowania) z terytorium państwa *forum*. Podstawę do sprawowania jurysdykcji w oderwaniu od łącznika terytorium dają bowiem wszystkie zasady jurysdykcyjne, w tym nawet zasada terytorialna, której odmianą jest doktryna skutków. Ten stan rzeczy nie odnosi się bynajmniej do określonej gałęzi prawa. Regulacje krajowe mające charakter eksterytorialny ustanawiane są w różnych dziedzinach. Prócz wzmiankowanych wyżej obszarów, tj. prawa karnego, publicznego prawa ochrony konkurencji, prawa ochrony środowiska, zagadnień cyberprzestrzeni, dotyczą jeszcze co najmniej: papierów wartościowych, upadłości, podatków, znaków towarowych, prawa pracy. Dostrzegając to (Battini 2008) w tytule swojego referatu żartobliwie określił wykonywanie jurysdykcji w oparciu o powiązania inne niż terytorium mianem „powszechnego wyjątku" (ang. *unexceptional exception*), nawiązując do prezentowanego często poglądu, jakoby to zasada terytorialna miała być podstawową zasadą jurysdykcji państw.

O międzynarodowym prawie jurysdykcji czasami mówi się też wręcz jako o prawie „jurysdykcji eksterytorialnej" (Płachta 2010:6, Ryngaert 2006: 19). Określenie takie jest stosowane, ponieważ zagadnienie jurysdykcji staje się przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego publicznego właśnie wtedy, gdy państwa ustanawiają (a następnie – stosują) regulacje dotyczące zagadnień, których cechy powodują, że „wykraczają" one poza granice jednego państwa, stanowiąc przedmiot zainteresowania także innych członków międzynarodowej społeczności (co stanowi potencjalne źródło konfliktów na tle jurysdykcji, którym to konfliktom reguły prawa międzynarodowego publicznego mają przeciwdziałać).

Pojęcie „jurysdykcja eksterytorialna" może być rozumiane różnorako. Najprościej można powiedzieć, że jest to jurysdykcja wykonywana przez państwo wobec osób lub rzeczy znajdujących się poza jego granicami, czy też wobec zdarzeń zaistniałych poza jego granicami[66]. Innymi słowy– przyjmując obrazowe określenie K. Załuckiego – można powiedzieć że chodzi o jurysdykcję odnoszącą się do stanów faktycznych, które „w jakimś sensie choć częściowo >>znajdują się za granicą<< (…) do stanów faktycznych >>mających zagraniczne powiązania.<<" [67]. Jest to ujęcie szerokie, abstrahujące od tego, czy pomiędzy

[66] Zob. *Int'l L. Comm'n, Report on the work of the fifty-eighth session (2006), Annex E, Extraterritorial Jurisdiction*, s. 228., dostęp na: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/annexes.pdf&lang=EFSRAC (24 lutego 2017 r.).

[67] Przytoczenie za: (Dudzik 2010:161).

tymi zdarzeniami (osobami, rzeczami) a państwem *forum* istnieją inne „dostateczne powiązania" uzasadniające jurysdykcję.

Analizując znaczenie pojęcia „jurysdykcja eksterytorialna" (Parrish 2008: 1465) proponuje - w odniesieniu do jurysdykcji legislacyjnej - wyodrębnienie ujęć szerokiego i wąskiego. W ujęciu szerokim (obejmującym szersze spektrum sytuacji) jego zdaniem o eksterytorialnym normy prawa krajowego należy mówić wówczas, gdy odnosi się ona do zdarzeń mających miejsce poza terytorium państwa, które ową normę stworzyło, abstrahując przy tym, czy istnieje powiązanie między uczestnikami owych zdarzeń a tym państwem. Z kolei w ujęciu węższym (ściślejszym) norma prawa krajowego ma charakter eksterytorialny dopiero wówczas, gdy odnosi się do zdarzeń mających miejsce poza terytorium państwa, które ową normę stworzyło i, nadto, stwierdzamy, że pomiędzy tym państwem a uczestnikami tych zdarzeń nie istnieje żadne inne powiązanie, które mogłoby stanowić podstawę do sprawowania jurysdykcji. Zwolennikiem takiego wąskiego rozumienia tego pojęcia jest (Saganek 1997:42), którego zdaniem „Istotą jurysdykcji eksterytorialnej danego państwa jest to, iż dotyczy ona osób niebędących jego obywatelami i ich zachowań mających miejsce poza jego terytorium.". Z kolei (Ryngaert 2006:20) uważa, że pojęcie „jurysdykcja eksterytorialna" powinno oznaczać, że państwo wykonuje jurysdykcję wobec osób, rzeczy lub zdarzeń, wówczas, gdy nie występuje żadne powiązanie o charakterze terytorialnym pomiędzy ww. podmiotami (zdarzeniami) a tym państwem. Innymi słowy, zdaniem tego autora, pojęcie jurysdykcji eksterytorialnej powinno być używane do określenia sytuacji, w których państwo opiera swoje pretensje jurysdykcyjne na zasadach: narodowej, ochronnej lub uniwersalnej. Jednakże zauważa on, że określenie „eksterytorialna" może być mylące. Paradoksalnie bowiem, pojęcie to jest zwykle stosowane dla opisania sytuacji, w której państwo rości sobie pretensje do jurysdykcji w oparciu o „jakiś" łącznik o charakterze terytorialnym. Dodatkowo- najczęściej w takich okolicznościach nie jest to jedyny łącznik. To „paradoksalne" ujęcie jest charakterystyczne właśnie dla doktryny skutków (zob. rozdz. 1.3.).

Inne ujęcie proponuje (Wasiński 2002:60), wyróżniając „legislację eksterytorialną *sensu stricto*" oraz „eksterytorialny skutek legislacji krajowej". Pierwsze z tych pojęć ma obejmować sytuacje, gdy ustawodawstwo państwa A może być bezpośrednio zastosowane na terytorium państwa B (np. wprowadzane przez państwo regulacje dotyczące funkcjonowania jego placówek dyplomatycznych za granicą.) Drugie – oznacza „wywoływanie przez ustawodawstwo krajowe skutku eksterytorialnego", czyli wywieranie skutku poza granicami państwa, przez to, że adresaci normy obawiają się negatywnych skutków, jakie mogą ich dotknąć, gdyby normy nie przestrzegali, przy czym autor ten zawęża stosowanie takich norm

do podmiotów podlegających personalnemu zwierzchnictwu państwa, które normy te ustanowiło.

Ze względu na przedmiot niniejszej pracy, „eksterytorialność", w odniesieniu do przestrzennego zakresu oddziaływania materialnych przepisów wewnętrznego prawa państw zakazujących praktyk antykonkurencyjnych, będzie rozumiana w „paradoksalny" sposób, o którym mowa powyżej. Mianowicie, pojęciem „jurysdykcji eksterytorialnej" będzie określana sytuacja, gdy państwo sprawuje ją wobec podjętych poza jego granicami zachowań podmiotów niemających jego przynależności państwowej (obywatelstwa), a przyczyną jurysdykcyjnych pretensji państwa jest to, iż te zachowania (zdarzenia) wywołują szkodliwe skutki ekonomiczne na jego terytorium. Innymi słowy termin „jurysdykcja eksterytorialna" używany będzie jako synonim zwrotu „jurysdykcja oparta na doktrynie skutków". W taki sposób typowo rozumie się pojęcie „jurysdykcja eksterytorialna" w literaturze z dziedziny prawa antymonopolowego (Martyniszyn 2015:291). Przyjęcie takiej definicji na potrzeby niniejszej pracy pozostaje w ścisłym związku ze sposobem zredagowania art. 1 ust. 2 OKiKu, który stanowi, że „Ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje *wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*." [podkr. M.U.-A.]. Przepis ten posługuje się zatem łącznikiem o charakterze terytorialnym, jakim ma być zaistnienie lub możliwość zaistnienia skutku praktyki na terytorium Polski. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem, w którym wprawdzie nie wyrażono wprost intencji eksterytorialnego oddziaływania krajowych norm zakazujących praktyk ograniczających konkurencję, ale też go nie wykluczono. W praktyce stosowania ustawy nie ma zaś wątpliwości, że jej art. 1 ust. 2 dotyczy również skutków wywołanych przez zachowania mające miejsce poza terytorium RP, podjęte przez przedsiębiorców niemających polskiej przynależności państwowej. Takie stanowisko zajmuje również doktryna[68].

1.3. Legalność doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w sprawach antymonopolowych

1.3.1. Uwagi wprowadzające

Przedstawiony przegląd zasad jurysdykcyjnych pozwala dostrzec, że wciąż ma miejsce intensywny dyskurs dotyczący podstaw sprawowania jurysdykcji przez państwa.

[68] Bliżej na ten temat zob. rozdz. 3.1.

Kształtowanie się łączników jurysdykcyjnych to dynamiczny proces, trwający również współcześnie. Zagadnienie eksterytorialnego sprawowania jurysdykcji, w tym legalność doktryny skutków zajmuje w nim ważne miejsce. Problemy o charakterze zasadniczym, poruszane w tym dyskursie, w równym stopniu dotyczą doktryny skutków, co i innych zasad jurysdykcyjnych. W debacie o legalności doktryny skutków z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego pojawia się zatem – jak w przypadku zasady personalnej biernej- pytanie o jej zgodność z koncepcją wyłączności terytorialnej i prawa narodów do samostanowienia, które to reguły obejmują wyłączne uprawnienie państwa *locus delicti* do określenia, jakie standardy zachowań są akceptowane na jego terytorium. Z kolei głosy popierające stosowanie doktryny skutków odwołują się do potrzeby ochrony uzasadnionego interesu państwa – jak w przypadku zasady jurysdykcji ochronnej- którym w tym przypadku jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania krajowej gospodarki. Z drugiej strony podnosi się, że stosowanie doktryny skutków, podobnie jak stosowanie zasady ochronnej, może spowodować konflikt jurysdykcyjny pomiędzy państwami. Polityka ekonomiczna jednego państwa nie musi bowiem brać pod uwagę interesu gospodarczego sąsiada, co może w szczególności przenosić się na treść norm dotyczących prawa gospodarczego publicznego (jak zwłaszcza dozwalanie na tworzenie karteli eksportowych, a nawet ich promowanie). Niejednolitość norm dotyczących ochrony konkurencji obowiązujących w różnych państwach stanowi, z jednej strony, istotną trudność w działalności przedsiębiorców, z drugiej zaś – z punktu widzenia relacji międzypaństwowych – ściganie kartelu popieranego przez dany kraj stanowi potencjalnie złamanie zasady „aktu państwa" [69]. Z kolei zwolennicy „uniwersalistycznego" podejścia przekonują, że zagwarantowanie prawidłowego funkcjonowania mechanizmu ochrony konkurencji w zglobalizowanej gospodarce należy postrzegać jako wspólny interes międzynarodowej społeczności. Jej członkowie winni wobec tego współpracować w tym celu, w szczególności poprzez wdrożenie mechanizmów zapewniających eksterytorialne stosowanie krajowych porządków ochrony konkurencji.

Na doktrynę skutków można więc patrzeć z wielu perspektyw. W kolejnych podrozdziałach przedstawiony zostanie status doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w poszczególnych źródłach prawa międzynarodowego publicznego, wskazanych w art. 38 MTS, tj. w orzeczeniach sądów międzynarodowych (rozdz. 1.3.2), zwyczaju międzynarodowym (rozdz.1.3.3.), poglądach posiadających najwyższe kwalifikacje pisarzy różnych narodów (rozdz. 1.3.4) i konwencjach międzynarodowych (rozdz. 1.3.6)[70]. Ponadto

[69] Na temat doktryny „aktu państwa" („aktu stanu") zob. (Czapliński, Wyrozumska 1999: 198).

[70] Art. 38 MTS jako źródło prawa międzynarodowego publicznego wymienia również „ogólne zasady prawa

(rozdz. 1.3.5) uwzględniono dokumenty instytucji międzynarodowych, w których odniesiono się do doktryny skutków[71]. Przyjęta kolejność omawiania poszczególnych źródeł ma na celu zaprezentowanie drogi rozwoju doktryny skutków.

1.3.2. Doktryna skutków w orzeczeniach sądów międzynarodowych

Odwołując się do orzecznictwa międzynarodowych trybunałów jako źródła doktryny skutków, należy mówić raczej o „orzeczeniu", niż o „orzeczeniach", ponieważ dotychczas zagadnienie zakresu jurysdykcji terytorialnej państw pod kątem miejsca wystąpienia skutków zdarzenia jako łącznika jurysdykcyjnego było przedmiotem pogłębionej analizy tylko w sprawie *Lotus*. Jak już wzmiankowano, to właśnie w tej sprawie wystąpienie skutków zachowania na terytorium *forum* zostało po raz pierwszy uznane w prawie międzynarodowym publicznym za okoliczność uzasadniającą jurysdykcję państwa. STSM położył podwaliny pod doktrynę skutków, tworząc domniemanie istnienia jurysdykcji legislacyjnej[72] państwa nawet wobec zachowania mającego miejsce za granicą, którego dopuścił się podmiot niebędący obywatelem tego państwa. Przypomnijmy – w postępowaniu tym STSM uznał, że Turcja jest uprawniona do prowadzenia postępowania karnego wobec francuskiego oficera, któremu przypisywano odpowiedzialność za zderzenie statków, albowiem Turcja ma jurysdykcję w stosunku do zachowania cudzoziemca mającego miejsce na terytorium Francji (tj. zachowania francuskiego oficera na pokładzie francuskiego statku) jeśli skutki (śmierć marynarzy) były odczuwalne na terytorium Turcji (na pokładzie tureckiego statku). Stanowisko STSM nie było bynajmniej osadzone w prawnej próżni. Oparte zostało na zasadzie terytorialnej obiektywnej, nadając jej wszakże znaczenie szersze, niż to czyniono uprzednio.

Zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej funkcjonowała w prawie międzynarodowym publicznym od XIX w. Jej powstanie i rozwój przypisuje się postępowi

uznawane przez narody cywilizowane" Zasady te (jak np. zasada dobrej wiary, zasada słuszności, zasada *venire conra faktum proprium*, zasadas *nulla poena sine lege*) nie odnoszą się do problematyki jurysdykcji, nie mogą więc stanowić źródła obowiązywania doktryny skutków.

[71] Formalnie dokumenty takie nie stanowią źródła prawa międzynarodowego. Rezolucja przyjęta przez organizację międzynarodową lub podczas konferencji międzyrządowej nie może sama w sobie stworzyć normy zwyczajowego prawa międzynarodowego. Dokumenty te mogą jednak dostarczyć dowodów istnienia takiej normy lub przyczynić się do jej rozwoju. Nadto, postanowienie ujęte w rezolucji organizacji międzynarodowej lub konferencji międzyrządowej może odzwierciedlać regułę zwyczajowego prawa międzynarodowego, jeśli da się stwierdzić, że postanowienie takie odpowiada powszechnej praktyce, która jest uważana za prawo (*opinio juris*). Zob. *Int'l L. Comm'n, Report on the work of the sixty-eighth session (2016), Chapter V, Identification of customary international law*, s. 78, dostęp na: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports (22 sierpnia 2017 r.). Na temat uchwały organizacji międzynarodowej jako źródła prawa międzynarodowego por. (Czapliński, Wyrozumska 1999:16).

[72] Należy przypomnieć, że jednocześnie STSM podkreślił ściśle terytorialny charakter jurysdykcji wykonawczej.

przemysłowemu oraz zwiększeniu mobilności ludzi, które sprawiły, że ludzkie zachowanie, pierwotnie oddziałujące tylko „lokalnie", zaczęło oddziaływać na obszary położne dalej od „źródła" czy też „początku" tego zachowania. Zasadę tę odnoszono przede wszystkim do prawa karnego i traktowano jako podstawę jurysdykcji wówczas, gdy przestępne zachowanie zostało „zainicjowane" (rozpoczęte) poza terytorium kraju wykonującego jurysdykcję, ale kontynuowane i sfinalizowane (ang. *completed*, *consummated*) na terytorium państwa *forum* (Gerber 1984:194). Mimo tego, że powyższe podejście odbiegało od pierwotnego rozumienia zasady terytorializmu, nie prowadziło ono jeszcze do konfliktów na tle jurysdykcji. Sytuacje, w których zachowanie podjęte w jednym państwie miałoby implikacje w innym państwie były bowiem dość rzadkie, a nadto tradycyjnie krajowe systemy prawne przypisywały konsekwencje prawne zachowaniu tylko wówczas, gdy jego rezultaty, stanowiące znamię (konstytutywny element) przestępstwa pozostawały w ścisłym związku czasowym i przestrzennym z samym tym zachowaniem. Zatem zaistnienie przestępstwa wymagało zwykle bezpośredniego zetknięcia się sprawcy i pokrzywdzonego, wobec czego nie występował czynnik, który powodowałby konieczność analizowania zachowania i jego skutków jako „oderwanych od siebie" okoliczności występujących na odrębnych terytoriach państwowych (Gerber 1984: 196). Koncepcja obiektywnej jurysdykcji terytorialnej odnosiła się wobec tego do „zachowania" ludzi (ang. *conduct*), nie zaś do szerszego pojęcia „zdarzenia" (ang. *occurrence*), tj. zbioru elementów rzeczywistości składających się na stan faktyczny prawnie relewantny, w którym mieściłyby się również konsekwencje „zachowania", w tym konsekwencje będące znamionami przestępstwa. Posługiwano się pojęciem „zachowania, stanowiącego konstytutywny element przestępstwa". Zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej nie dawała więc jasnej odpowiedzi na pytanie, czy państwu, w którym żadne inkryminowane zachowanie nie nastąpiło, ale „tylko" wywołało skutek (stanowiący znamię przestępstwa) również przysługuje jurysdykcja. Taki był stan rozwoju koncepcji obiektywnej jurysdykcji terytorialnej w momencie, gdy na wokandzie STSM zawisła sprawa *Lotus*.

Na marginesie zaznaczyć trzeba, iż ten brak dostatecznej konceptualizacji zasady obiektywnej terytorialnej nie został do dzisiaj „usunięty" i jest w dalszym ciągu przyczyną trudności w zdefiniowaniu wyraźnej granicy pomiędzy nią a doktryną skutków (Amann 2014: IIA-8, IIA-9, O'Keefe 2004: 739, Gerber 1984:191,195). Komisja Prawa Międzynarodowego przy ONZ (Amann 2014: II A-9) określiła, że zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej odnosi się do sytuacji, w której państwo może sprawować jurysdykcję wobec relewantnego prawnie zachowania mającego miejsce poza jego terytorium

wówczas, gdy konstytutywny element tego zachowania miał miejsce również na terytorium tego państwa. Należy dostrzec, że sformułowanie to odnosi się do pewnej „składowej" współtworzącej całość bezprawnego zachowania, niekoniecznie nawet stanowiącej jego ostatni etap. Odmienną definicję podaje (Gerber 1984: 195), wskazując, ze chodzi o sytuacje, gdy zachowanie „rozpoczęło" się w jednym państwie, a zostało „sfinalizowane" („dopełnione") w państwie, które zamierza wykonywać jurysdykcję. Inne ujęcia kładą nacisk na „fizyczny" charakter elementów, które winny nastąpić w państwie mającym wykonywać jurysdykcję, „dopełniających" zdarzenia zainicjowanego poza jego granicami. Z kolei, jeśli chodzi o doktrynę skutków, ww. komisja ekspercka wskazała, że ta zasada odnosi się do zachowania mającego miejsce za granicą, które to zachowanie wywiera istotny skutek na terytorium państwa roszczącego pretensję do wykonywania jurysdykcji. W takim ujęciu ta podstawa jurysdykcyjna nie wymaga, by jakikolwiek element zachowania miał miejsce w państwie *forum*. Podobnie prezentują zagadnienie (O'Keefe 2004: 739 oraz Gerber 1984:190), którzy podają, że chodzi o sytuacje, gdy wszystkie prawnie relewantne elementy składowe zachowania mają miejsce za granicą, jednak zachowanie to wywołuje „pewne" skutki na terytorium państwa roszczącego pretensję do wykonywania jurysdykcji. Nie jest jednak jasne, jakiego rodzaju mają to być skutki (np. fizyczne czy niefizyczne) i jak daleko należy poszukiwać związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem a skutkiem.

Wracając do rozstrzygnięcia w sprawie *Lotus* warto zauważyć, iż argumentacja zawarta w tym orzeczeniu sugeruje, że sam Trybunał chciał widzieć je jako oparte na zasadzie obiektywnej terytorialnej[73]. W uzasadnieniu wskazano, jakoby powszechne było, iż: „sądy wielu państw interpretują prawo karne w taki sposób, że traktują przestępstwa, których sprawcy w chwili ich popełniania znajdowali się na obszarze państwa trzeciego, w taki sposób, *jakby znajdowali się* na terytorium państwa *forum, jeżeli konstytutywne elementy przestępstwa, a w szczególności jego skutki* [podkr. M.U.-A.], miały miejsce na obszarze państwa *forum*". Skutki zachowania francuskiego oficera, tj. śmierć tureckich marynarzy, STSM potraktował jako „konstytutywny element przestępstwa". W ten sposób, „korzystając" z braku dostatecznych doktrynalnych ram zasady terytorialnej obiektywnej, STSM zrównał „skutek zachowania" jako konstytutywny element przestępstwa z samym „zachowaniem" jako konstytutywnym elementem przestępstwa (jak to ujmowano w zasadzie terytorialnej obiektywnej). Dokonał w ten sposób precedensowego odejścia od pierwotnego rozumienia

[73] Tak odczytuje to również (Martyniszyn 2015:291).

terytorializmu. Element inny niż samo ludzkie zachowanie na terytorium danego państwa miał stanowić wystarczającą przesłankę do sprawowania jurysdykcji przez to państwo.

Nie można twierdzić, aby obrane przez Trybunał podejście oznaczało narodziny doktryny skutków w takiej postaci, w jakiej funkcjonuje ona obecnie. Z pewnością jednak orzeczenie to otworzyło drogę do liberalizacji podejścia do łączników jurysdykcyjnych. W szczególności, wyodrębnienie skutku zachowania (w miejsce samego zachowania) jako łącznika jurysdykcyjnego uchyliło furtkę do szerszego posługiwania się łącznikiem terytorium. Zjawisko to (Gerber 1984: 196) nazywa „dezintegracją" systemu jurysdykcji opartego na zasadzie terytorializmu. Kolejne etapy owej „dezintegracji", widoczne zarówno w ewolucji poglądów akademików, jak i w orzecznictwie sądowym, miały następnie miejsce w USA. W tym właśnie porządku prawnym narodziła się doktryna skutków (Parrish 2008: 1468,1469). Zdaniem (Gerbera 2004; 295) zaistniały dwie przyczyny tej „dezintegracji", które wszakże idą ze sobą w parze. Są nimi: (1) zmiana metody legislacji w prawie publicznym, polegająca na zaniechaniu opisu bezprawnego zachowania i powiązaniu konsekwencji prawnych ze wszelkimi („niezidentyfikowanymi") zachowaniami, wywołującymi niepożądany skutek oraz (2) zastosowanie tej metody legislacji do zjawisk ekonomicznych, które mogą powodować różne skutki, bezpośrednie lub pośrednie, jednocześnie w wielu miejscach.

1.3.3. Doktryna skutków w zwyczaju międzynarodowym

Klimat do zmian podejścia do koncepcji terytorializmu tworzyły elementy obecne w doktrynie prawa w USA w okresie końca drugiej wojny światowej. W amerykańskiej nauce prawa przeważał wówczas prąd zwany realizmem, wypierając starszą, tzw. klasyczną teorię prawa. Realiści atakowali formalistyczne założenia wspierające podejście do prawa oparte na koncepcji terytorializmu. Twierdzili, że uprawnienie do tworzenia regulacji prawnych nie wynika „naturalnie i w sposób nieunikniony z rzekomo oczywistej teorii jaką jest zasada terytorializmu". Naciskali na stosowanie zdrowego rozsądku jako narzędzia każdej analizy dotyczącej jurysdykcji. Zgodnie z poglądami realistów tylko polityka i siła – nie zaś normy prawa międzynarodowego powiązane z zasadą terytorializmu - mogą ograniczać działanie państwa. Realiści akceptowali zatem eksterytorialny charakter norm dopóty, dopóki służyło to amerykańskim hegemonistycznym interesom. W wyniku oddziaływania tej teorii zasada terytorializmu jako koncepcja ograniczająca jurysdykcję państw w aspekcie geograficznym częściowo straciła na znaczeniu (Parrish 2008:1469).

Zmianom w teorii prawa towarzyszyły zmiany w rzeczywistości. W latach 20-ych

XX w. pojawiły się międzynarodowe kartele, które tworzyły złożone powiązania biznesowe, przekraczające granice państw. Pomiędzy gospodarkami rożnych krajó1.3.4. powstawały coraz silniejsze powiązania, co wywoływało nacisk, aby tworzyć rozwiązania prawne regulujące zagadnienia transgraniczne. Pojawiły się głosy, że z powodu globalizacji oparcie jurysdykcji na granicach terytorialnych jest coraz bardziej nierealistycznym postulatem. Dodatkowo, ponieważ prawo międzynarodowe publiczne nie dysponowało narzędziami przydatnymi, by sprostać wyzwaniom wynikającym z transgranicznego charakteru gospodarek, uzasadnione wydawało się poszerzanie geograficznego zasięgu oddziaływania krajowych porządków prawnych poszczególnych państw, w celu zadośćuczynienia tym potrzebom (Gerber 2004: 294).

Wyraźnym przyczynkiem do dezintegracji systemu jurysdykcji opartego na zasadzie terytorializmu były wyniki *Harvard Research on International Law*, opublikowane w 1925. Było to wielkie przedsięwzięcie badawcze sponsorowane przez Harwardzką Szkołę Prawa. Projekt konwencji dotyczącej jurysdykcji, która stanowiła zwieńczenie tych prac, odwoływał się do pierwotnego kształtu obiektywnej zasady terytorialnej. Jednakże w komentarzu odnoszącym się do tej zasady autorzy nakreślili jej zakres o wiele szerzej, stwierdzając, że: „zainicjowanie poza granicami państwa siły, której bezpośrednimi konsekwencjami są szkodliwe skutki wywołane w jego granicach daje suwerenowi prawo do ścigania sprawcy, gdy ten znajdzie się na jego terytorium". Wbrew spotykanemu czasem przekonaniu, nie było zatem tak, że to wprowadzenie w USA regulacji antutrustowych samo w sobie był motorem powstania doktryny skutków. Regulacja ta - tzw. *Sherman Antitrust Act* (dalej jako *Sherman Act*[74]) - obowiązywała bowiem już od 1890, zaś sądy, określając terytorialny zakres obowiązywania tej ustawy, odwoływały się do tradycyjnego ujęcia zasady terytorializmu[75]. Inspiracje doktrynalne, jak te opisane powyżej, stworzyły jednak klimat do zmiany podejścia do tej kwestii, w różnych gałęziach prawa. W praktyce sądowej w dziedzinie antytrustu miało to miejsce po raz pierwszy w 1945 r., w sprawie *Alcoa*[76] (Buxbaum 2009: 338).

W tej przełomowej sprawie, która zapoczątkowała rozwój doktryny skutków w praktyce orzeczniczej amerykańskich sądów, ostateczne rozstrzygnięcie wydał Sąd Apelacyjny Drugiego Okręgu, działający jednak, ze względów proceduralnych, jako sąd ostatniej instancji. Postępowanie dotyczyło kartelu, którego celem było kontrolowanie ilości

[74] Pełna nazwa tej ustawy brzmiała *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, czyli Ustawa o ochronie handlu i wymiany towarowej przed bezprawnymi ograniczeniami i 51onopolami, U.S.C. 15 §§1-7.

[75] Zob. rozdz. 2.2.1.

[76] *United States v. Aluminium Corp. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/ (6 listopada 2016 r.).

aluminium eksportowanego do USA. Członkowie kartelu - przedsiębiorcy zarejestrowani w państwach trzecich[77]- operowali poza USA, jednakże ich zachowanie, gdyby miało miejsce na terenie USA, stanowiłoby naruszenie norm ustanowionych w *Sherman Act* (ogólniej: obowiązujących wówczas amerykańskich przepisów antytrustowych). Sąd zastanawiał się wobec tego nad kwestią, czy przepisy te należało zastosować mimo tego, że zakazane przez nie zachowanie miało miejsce za granicą (Gerber 1984:198).

W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że jest ustaloną w prawie regułą to, iż „każdy kraj może nakładać odpowiedzialność, nawet na podmioty niemające jego obywatelstwa lub przynależności państwowej za zachowanie [ang. *conduc*t – przyp. M.U.A.] mające miejsce poza granicami tego kraju, wywołujące jednak w jego granicach takie konsekwencje, które kraj ten uważa za naganne; inne państwa zwykle uznają zasadność nałożenia takiej odpowiedzialności"[78]. Chociaż sprawa *Alcoa* miała charakter antymonopolowy, ową „ustaloną regułę", wywiedziono z kilku orzeczeń w sprawach karnych o charakterze międzystanowym[79]. W sprawach tych niektóre spośród zachowań składających się na znamiona czynów zabronionych (przestępstw) miały miejsce na terytorium stanu, w którym prowadzono postępowanie, zaś pozostałe – poza nim, bądź też (odpowiednio) zachowania stanowiące formy zjawiskowe przestępstw inne niż sprawstwo główne (wykonawcze) miały miejsce poza stanem *forum*. Mianowicie, w jednym z przywołanych w orzeczeniu *Alcoa* stanów faktycznych sprawca kierowniczy działający poza stanem Michigan został skazany za łapownictwo przez sąd tego właśnie stanu, ponieważ na jego terytorium miały miejsce zachowania sprawcy wykonawczego (głównego). Druga sprawa dotyczyła nielegalnego podszywania się pod inną osobę, którego sprawca dopuścił się z użyciem telefonu (dzwoniąc ze stanu innego, niż *forum*). W trzeciej nastąpiło skazanie kilku sprawców kierowniczych za spisek mający na celu przemycenie alkoholu do Stanów Zjednoczonych, przy czym przestępcze zachowanie tych sprawców miało miejsce na otwartym morzu (na statku nienoszącym bandery USA), zaś kierowani przez nich pozostali sprawcy działali na obszarze USA[80]. Należy podkreślić, że we wszystkich tych sprawach miało miejsce – jak to określiły

[77] W Kanadzie, Szwajcarii, Francji , Niemczech i Wielkiej Brytanii.

[78] Przytoczenie za: (Buxbaum 2009:638), tłum. własne.

[79] Na temat sprawy *Alcoa* zob. również uwagi w rozdz. 2.3.3.

[80] Były to, odpowiednio, sprawy: *Strassheim v. Daily,* 221 U.S. 280 (1911 r.), *Lamar v. U.S.*, 240 U.S. 60 (1916 r.) oraz *Ford v. U.S.*, 273 U.S. 593 (1927 r.), przytoczenie za (Buxbaum 2009:638). W dziedzinie jurysdykcji dodatkową trudność w tych sprawach stanowiła okoliczność, że w popełnieniu przestępstwa brało udział kilka osób, realizując znamiona poszczególnych postaci zjawiskowych przestępstw,. W celu ustalenia, czy państwu (stanowi) przysługiwała jurysdykcja konieczne było nie tylko „ogólne" ustalenie, czy występuje łącznik uzasadniający jurysdykcję, ale konieczne było również posłużenie się tzw. doktryną partycypacji, która dotyczy zagadnień jurysdykcji w odniesieniu do sytuacji, gdy w popełnieniu przestępstwa bierze udział kilka osób, a każda z nich z osobna nie realizuje wszystkich jego znamion. Szerzej na ten temat. zob. (Ryngaert 2006:192).

sądy - „lokalne zachowanie” (ang. *local conduct*), tj. zachowanie na terytorium stanu *forum*, które „finalizowało” („dopełniało”) inkryminowanego zachowania zainicjowanego (zapoczątkowanego) poza tym terytorium. Jurysdykcja sądów karnych w sprawach przytoczonych w wyroku *Alcoa* miała więc oparcie w zasadzie obiektywnej jurysdykcji terytorialnej rozumianej jako podstawa do orzekania w sprawach o przestępstwa, które „rozpoczęły się” poza państwem (stanem) orzekającym, zaś zostały „sfinalizowane” („dopełnione”) na terenie tego państwa (Buxbaum 2009: 638). Sąd w sprawie *Alcoa* poszedł jednak dalej, modyfikując tę zasadę dla potrzeb sprawy antytrustowej. Oparł się przy tym na stanowisku wyrażonym w *Harvard Research on International Law,* wyraźne odwołując się też do tego opracowania. Nie przeprowadził jednak dostatecznie wyrazistego rozróżnienia (ang. *distinguishing*) pomiędzy sytuacją, gdy następują „lokalne konsekwencje” zachowania zakazanego przez ustawę karną, a sytuacją, w której mamy do czynienia ze skutkami działań stanowiących naruszenie prawa antytrustowego. Przemilczał różnice w zakresie metody legislacji zachodzące pomiędzy prawem karnym i antytrustowym. Wprowadzając koncepcję, że łącznikiem dla jurysdykcji terytorialnej może być *wyłącznie* [podkr. M.U.-A.] wystąpienie skutku na danym terytorium, sprawa *Alcoa* dała podstawy dla późniejszego rozwoju ekspansywnej doktryny skutków. W sprawie tej sąd nie zajął się szczegółowo wyznaczeniem granic stosowania tej doktryny, choć uznał, że powinno stosować się pewne ograniczenia. Wspomniał w tym kontekście o „kwalifikowanym” charakterze skutków. Późniejsze orzecznictwo podejmowało próby wyznaczenia tych granic, m. in. ograniczając dopuszczalność stosowania doktryny skutków do następstw „bezpośrednich, istotnych i rozsądnie przewidywalnych” (Buxbaum 2009: 640).

Trzeba wiedzieć, że w orzeczeniu *Alcoa* nie znajdziemy odniesień do sprawy *Lotus* ani do norm prawa publicznego międzynarodowego w ogóle. Kwestię dopuszczalnego zakresu jurysdykcji terytorialnej w tej sprawie rozważano pod kątem określenia geograficznego zasięgu obowiązywania amerykańskich ustaw (jurysdykcji legislacyjnej), w oparciu o reguły wynikające z konstytucji USA, dotyczące uprawnień legislacyjnych Kongresu[81]. W orzeczeniu *Alcoa* pojawia się wprawdzie odwołanie do prawa

[81] Zagadnieniem, które zdaniem sądu wymagało rozstrzygnięcia było to, czy *intencją Kongresu* [podkr. M.U.-A.] było objęcie analizowanego stanu faktycznego zakresem amerykańskich ustaw. Na ten temat zob. (Buxbaum 2009: 643, Gerber 1984: 196) oraz rozdz. 2.3.1. – 2.3.3. To specyficzne podejście wiąże się z miejscem prawa międzynarodowego publicznego w systemie prawnym USA. W amerykańskim prawie krajowym brak jest generalnego odwołania do międzynarodowego porządku prawnego, które pozwalałoby na bezpośrednie stosowanie zasad tego porządku w praktyce sądowej. Amerykańskie regulacje uzależniają możliwość stosowania prawa międzynarodowego od posiadania przez jego normy pewnych cech, jaką jest zwłaszcza samowykonalność. Ponieważ normy prawa międzynarodowego publicznego dotyczące jurysdykcji mają w większości charakter prawa zwyczajowego, nie zaś traktatowego, trudno jest wykazać ich

„międzynarodowego“, ale dotyczy ono reguł prywatnego prawa międzynarodowego USA i kwestii wyboru właściwego prawa (a nie kwestii przestrzennego zakresu jurysdykcji sądów USA). Opierając się na regułach amerykańskiego prawa międzynarodowego prywatnego sąd skonstatował, że zachowania, które miały miejsce w jednym państwie mogą podlegać prawu innego państwa. W rozważaniach tych pominięto, że ww. reguły mają w USA na celu przede wszystkim umożliwienie wyboru właściwego prawa w sprawach międzystanowych. Sąd nie zajął się też w ogóle problematyką terytorialnego zakresu jurysdykcji państw pod kątem dopuszczalności potraktowania miejsca wystąpienia skutków jako łącznika jurysdykcyjnego, z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego. Zawarte w wyroku *Alcoa* rozważania nt. reguł rządzących wyborem właściwego prawa nie prowadzą do określenia terytorialnych granic zasięgu prawa USA (w kontekście jurysdykcyjnych uprawnień państw na arenie międzynarodowej), lecz raczej sprowadzają się do wyrażenia ogólnego stwierdzenia, iż reguły dotyczące wyboru prawa właściwego (ang. *choice of law*) uznają dopuszczalność stosowania amerykańskiego prawa w stosunku do zachowań, które miały miejsce poza USA. W oparciu o tę konstatację sąd uznał, że zachowania, które byłyby uznane za niezgodne z prawem, gdyby miały miejsce na obszarze USA, muszą być również uznane za bezprawne, „chociaż dopuszczono się ich za granicą, jeżeli działano z zamiarem wpływu na import do USA i wpływ ten został osiągnięty“ (Buxbaum 2009: 643).

Orzeczenie w sprawie *Alcoa* zostało odczytane jako wprowadzające regułę, że jurysdykcję wobec zachowań podmiotów mających obcą przynależność państwową, podjętych za granicą, można oprzeć *wyłącznie* [podkr. M.U.-A.] na tym, że skutki tych zachowań miały miejsce na terytorium USA, o ile skutki te prawo krajowe uznaje za naganne (niechciane). Przełożenie akcentu z miejsca wystąpienia zachowania na miejsce wystąpienia skutku sprawiło, że doktryna skutków stała się w sposób fundamentalny niespójna z zasadą terytorializmu w jej pierwotnym kształcie. Nadto, nie było w ogóle jasne, jak „ścisłe” ma być powiązanie pomiędzy skutkiem, a zachowaniem, z którego ów skutek się wywodzi, aby można było oprzeć jurysdykcję na tej podstawie (Gerber 1984: 199).

Inne kraje zaprotestowały przeciwko stosowaniu doktryny skutków przez amerykańskie sądy. Praktykę tę postrzegały jako zerwanie z paradygmatem jurysdykcji

---

samowykonalny charakter. Dlatego też wykonywanie jurysdykcji przez organy USA wynika wyłącznie z regulacji krajowych (Kulesza 2010: 96). Nadto, organy te, analizując, czy przysługuje im jurysdykcja, biorą pod uwagę regulacje dotyczące wyboru właściwego prawa krajowego, a zatem – określają nie tyle terytorialny zakres swojej jurysdykcji orzeczniczej, ile raczej terytorialny zakres obowiązywania prawa USA (zasięg jurysdykcji legislacyjnej) (Ryngaert 2006 : 42). Takie podejście powoduje, że uznanie istnienia jurysdykcji legislacyjnej zawsze implikuje uznanie istnienia jurysdykcji sądowniczej (jurysdykcji orzeczniczej) – por. na ten temat uwagi w rozdz. 1.1.

terytorialnej, a w konsekwencji - jako zagrożenie swoich interesów na arenie międzynarodowej. Protest ten nastąpił jednak z pewnym „opóźnieniem", co można złożyć na karb nadzywczajnej sytuacji jaka miała miejsce bepośrednio po zakończeniu Drugiej Wojny Światowej, a zwłaszcza szczególnego charakteru relacji między USA a krajami europejskimi w tym okresie oraz tego, że amerykańskich orzeczeń opartych o doktrynę skutków nie było wówczas wiele. Brak reakcji przez kilka lat następujących po rozstrzygnięciu w sprawie *Alcoa* mógł dawać fałszywe wrażenie, że społeczność międzynarodowa przyzwalała na stosowanie doktryny skutków, a zatem – że uważała ją za obowiązującą regułę prawa międzynarodowego. Od początku lat 50-ych XX w. kolejne państwa wyrażały jednak krytykę i brak akceptacji dla tej doktryny oraz negowały jej ważność jako podstawy jurydsykcji obowiązującej w prawie międzynarodowym publicznym. Wzmożenie aktywności państw w tym obszarze było odpowiedzią na pojawiące się coraz częściej w amerykańskim orzecznictwie różne odmiany „testu skutków". Zarzucano USA, że wykorzystuje tę doktrynę w celu dokonania bezprawnej, imperialnej ekspansji politycznej oraz że próbuje narzucić Europie swoją ideologię ekonomiczną (Gerber 1984:199-201). Rodziły się konflikty jurysdykcyjne między państwami (Buxbaum 2009: 645). Silny sprzeciw na arenie międzynarodowej przeciwko stosowaniu przez USA doktryny skutków widoczny był od lat 50-ych do 70-ych XX w. W odpowiedzi na stosowanie doktryny skutków, do końca lat 70-ych XX w. wiele krajów wprowadziło tzw. ustawy blokujące (Parrish 2008: 1467 i nast., Wiszniewska 1991: 281, Gerber 1984: 219, 220). Z protestami wielu państw spotkało się zwłaszcza orzeczenie *Westinghouse Uranium*[82]. Znaczne zastrzeżenia państw budziły zarówno sama legalność, jak i ewentualny dopuszczalny zakres stosowania doktryny skutków.

Sprawa *Westinghouse Uranium* dotyczyła naruszającego amerykańskie ustawodawstwo antytrustowe kartelu na rynku uranu, w którym uczestniczyło, obok firm amerykańskich, 12 przedsiębiorców niepodlegających zwierzchnictwu personalnemu USA. Kartel utworzony był za zgodą rządów państw, z których pochodzili ci przedsiębiorcy. Jednym z celów kartelu było utrzymanie cen uranu na rynkach światowych. Z drugiej strony stworzenie kartelu stanowiło odpowiedź na protekcjonistyczną politykę rządu Stanów Zjednoczonych, który ograniczał dostęp zagranicznych producentów uranu do rynku krajowego. Amerykańska spółka Westinghouse zawarła w Stanach Zjednoczonych z 24 podmiotami kontrakty, na mocy których zobowiązała się dostarczać im uran. Na skutek działań kartelu cena uranu na rynkach światowych utrzymywała się na bardzo wysokim

[82] *Westinghouse Uranium Antitrust Litigation*, 617 F.2d 1248, 1255, 1980-1 Trade Cas. §63,183 (7th Cir.), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/617/1248/41203/ (16 listopada 2016 r.).

poziomie. W konsekwencji Westinghouse nie była w stanie wykonać ciążącego na niej zobowiązania. Spółka została pozwana przez kontrahentów i sądy amerykańskie zasądziły od niej na rzecz wierzycieli łącznie kwotę 2 mld. USD z tytułu niewykonania zobowiązań. Westinghouse wystąpiła następnie z żądaniami regresowymi, pozywając przed sądem amerykańskim członków kartelu. Spółka powołała się na to, że poniosła szkodę na skutek ich działań (niezgodnych z amerykańskim ustawodawstwem antymonopolowym). Domagała się naprawienia szkody. W odpowiedzi członkowie kartelu podnieśli m. in., że sądy amerykańskie nie mają jurysdykcji w sprawie. Sądy amerykańskie uznały jednak, że sprawę mogą merytorycznie rozpatrzyć na podstawie krajowych przepisów antymonopolowych, choć uczestnicy kartelu nie mieli siedziby na terytorium USA ani nie prowadzili swej działalności na terytorium tego państwa. Jedyny łącznik jurysdykcyjny, który zdaniem sądów amerykańskich uzasadniał ich kompetencję do rozpoznania sprawy, stanowiło to, że działania kartelu podjęte za granicą wywołały niematerialny skutek na terytorium Stanów Zjednoczonych (Wiszniewska 1991: 283)[83].

W odpowiedzi na sprawę *Westinghouse* wiele krajów wprowadziło ustawy „blokujące", mające przeciwdziałać oddziaływaniu obcych ustawodawstw na ich terytorium oraz chronić własnych przedsiębiorców przed uciążliwościami uczestnictwa w amerykańskim procesie oraz ewentualnymi sankcjami finansowymi. Uczyniły tak m. in. Kanada, Holandia, Wielka Brytania, Australia, Nowa Zelandia, Republika Południowej Afryki i Francja (Parrish 2008:1473, Gerber 1984: 188, Molski 2002:21). Wśród instytucji prawnych uregulowanych w ustawach blokujących znajdowały się np.:

- przyznanie rządowi prawa do ustanawiania wobec obywateli swojego państwa i przedsiębiorców podlegających prawu krajowemu (z tytułu jurysdykcji personalnej) zakazu dostarczania dokumentów, informacji i składania zeznań w sprawach antymonopolowych rozpatrywanych przez władze innych państw[84];
- zakaz uznawania (przyznawania skuteczności) zagranicznych orzeczeń w sprawach antymonopolowych,
- przyznanie swoim obywatelom i przedsiębiorcom podlegającym prawu krajowemu uprawnienia do dochodzenia, przed krajowym sądem, zwrotu zasądzonego od nich przez obcy sąd odszkodowania, w części przekraczającej wartość rzeczywistej szkody wyrządzonej podmiotowi, który był powodem w

[83] Na temat tego orzeczenia w kontekście ewolucji doktryny skutków w orzecznictwie sądów USA zob. także rozdz.2.3.6.2.
[84] Jak podaje (Molski 2002:21), we Francji złamanie tego zakazu było nawet obwarowane sankcją karną.

postępowaniu przez sądem zagranicznym (tzw. klauzula *claw-back*).

Równolegle jednak, niezależnie od reakcji mającej niweczyć skutki stosowania doktryny skutków przez USA, poszczególne kraje wprowadzały przepisy krajowe odwołujące się do tej koncepcji. Mimo początkowego odrzucenia legalności doktryny skutków *in toto*, do lat 90-ych XX w. większość państw stopniowo przyjęła ją jako podstawę wykonywania własnej jurysdykcji legislacyjnej w sprawach antymonopolowych, traktując to jako formę odwetu wobec prób rozszerzania jurysdykcji przez USA, a następnie również jako narzędzie realizacji własnych celów i ochrony własnych interesów. Jednym z pierwszych krajów europejskich, który wprowadził nowoczesne ustawodawstwo antytrustowe były Niemcy (Skoczny 1990:39, 52 i nast.). 1 stycznia 1958 r. weszła w życie *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) – „Ustawa przeciwko ograniczeniom konkurencji"[85]. Paragraf 98 ust. 2 tej ustawy jednoznacznie stanowił, iż znajduje ona zastosowanie do wszystkich ograniczeń konkurencji mających skutek na obszarze stosowania tej ustawy, nawet jeżeli zostały spowodowane poza tym obszarem[86]. Obecnie obowiązująca wersja GWB zawiera identycznie brzmiące postanowienie (§ 185 ust. 2)[87]. Wprowadzenie takiej regulacji do niemieckiego porządku prawnego przypisuje się temu, iż rozwiązania niemieckie wzorowane były na prawie USA (co miało w szczególności związek z sytuacją polityczną po Drugiej Wojnie Światowej). Od lat 70-ych XX w. doktryna skutków obecna jest również w praktyce orzeczniczej niemieckiego organu ochrony konkurencji, w szczególności w odniesieniu do koncentracji o wymiarze transgranicznym (Buxbaum 2009: 47, 50, Ryngaert 2006: 301 i nast.).

Kolejno rozwiązania legislacyjne w zakresie publicznoprawnej ochrony konkurencji opierające się na doktrynie skutków wprowadziły Francja, Szwajcaria, Dania, Szwecja (Parrish 2008:1473, Ryngaert 2006: 221 i nast., Gerber 2004: 295, Stephens 2002: 450-456, Gerber 1984:201). Stosunek niektórych państw europejskich do doktryny skutków, w dziedzinie prawa konkurencji, na początku lat 70-ych XX w. zbadał rzecznik generalny D. Mayras w celu wydania opinii, którą przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości w sprawie

[85]Dostęp na: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&tocf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgbl&start=%2F%2F*%5B%40node_id%3D%27217678%27%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1 (18 stycznia 2016 r.).

[86] Paragraf 98 ust. 2 stanowił: "Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlaßt werden.", tj.: „Niniejsza ustawa znajduje zastosowanie do wszystkich ograniczeń konkurencji, które mają miejsce na obszarze jej obowiązywania, również wówczas, gdy zostały spowodowane poza tym obszarem.", tłum. własne.

[87]Dostęp na: https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html - strona Ministerstwa Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów RFN - (17 lipca 2017 r.)

ICI I[88]. D. Mayras przeanalizował regulacje antymonopolowe niektórych państw, by określić, czy w krajowych porządkach prawnych uznają one doktrynę skutków i jaki nadają jej kształt. Analiza legislacji Niemiec, Francji, Belgii, Holandii (a więc czterech, spośród ówcześnie 6 państw członkowskich EWG), jak również Szwajcarii[89] i Wielkiej Brytanii[90] doprowadziła go do wniosku, że państwa uznają w sprawach antymonopolowych wykonywanie jurysdykcji w odniesieniu do zachowań, które wywołują na ich terytoriach skutki niechciane z punktu widzenia konkurencyjności rynku, niezależnie od tego, gdzie zachowania te miały miejsce. W ocenie D. Mayrasa, nawet jeśli sama redakcja przepisów dotyczących zagadnień ochrony konkurencji nie zawsze określała jednoznacznie terytorialny zakres ich stosowania, to praktyka wskazywała na akceptację doktryny skutków.

Do doktryny skutków odwołuje się także polskie ustawodawstwo antymonopolowe od roku 1987[91].

Również organy UE (odpowiednio: jej poprzedników prawnych) konsekwentnie wykonują jurysdykcję wobec zachowań mających miejsce poza terytorium wspólnego rynku, jeżeli zachowania te powodują zakłócenie konkurencji (lub zagrażają zakłóceniem konkurencji) na nim, chociaż samo brzmienie odpowiednich przepisów traktatowych nie przesądza o takim zamiarze europejskiego prawodawcy. Znamienne jest przy tym, że sądy UE nie posługują się w swoich orzeczeniach pojęciem „doktryna skutków", zaś dopuszczalność wykonywania jurysdykcji w tego typu sytuacjach uzasadniają odwołując się do zasady terytorialnej, posługując się tzw. teorią implementacji lub też powołują na teorię „dostatecznego powiązania"[92].

Przeanalizowanie praktyki wszystkich państw posiadających regulacje w zakresie publicznego prawa ochrony konkurencji w celu określenia, czy uznają doktrynę skutków za jedną z zasad jurysdykcyjnych jest niezwykle trudne. Analizy takiej w odniesieniu do niektórych państw podjął się (Ryngaert 2006: 325) i na podstawie swoich badań doszedł do wniosku, że wiele państw uznaje tę doktrynę, a przedmiotem debaty pozostaje ustalenie ostatecznego jej kształtu, nie zaś już sama jej legalność „w ogólności". Również (Martyniszyn 2015: 293, Fox 2011:166, Molski 2002:33 i są zdania, że – jeżeli idzie o prawo konkurencji – doktryna skutków funkcjonuje już powszechnie jako łącznik jurysdykcyjny.

[88] Opinia Rzecznika Generalnego D. Mayrasa w połączonych sprawach 48, 49 i 50 -57/69, przedstawiona 2 maja 1972, dostęp na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1477650607385&uri=CELEX:61969CC0048 (4 sierpnia 2016 r.).

[89] Szerzej na temat szwajcarskiego prawa konkurencji zob. (Michałek 2012).

[90] Na temat eksterytorialnego stosowania prawa Wielkiej Brytanii zob. (Molski 2005: 804, Kardach 1997:132 i nast.)

[91] Zob. rozdz. 3.1.

[92] Na temat eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji UE zob. rozdz. 2.2.

Jeżeli chodzi o kraje pozaeuropejskie, na wzrastającą akceptację doktryny skutków przez Japonię w dziedzinie prawa antymonopolowego wskazują (Martyniszyn 2017: 751 i nast. oraz Kojima 2002:11-15). Z wyroku w sprawie *Motorola Moblity*, jaki zapadł przed jednym z sądów USA w roku 2014[93], wynika, że w odniesieniu do publicznoprawnej ochrony konkurencji, akceptują ją także Japonia, Korea Południowa, Chiny i Tajwan[94]. Również Kanada (Dudzik 2010:268), Brazylia (Nesterowicz 2012:129) oraz Rosja (Martyniszyn 2015: 294) opierają swoje ustawodawstwo antymonopolowe na doktrynie skutków. Prawo konkurencji oparte na tej doktrynie obowiązuje także w Hongkongu (Podlasin 2014:48).

Nadto, jak wskazuje (Martyniszyn 2015:293) protest przeciwko zwyczajowi stosowanemu w stosunkach międzynarodowych – aby mógł być uznany za akt zapobiegający uznaniu owego zwyczaju za normę prawa międzynarodowego- musi być konsekwentnie podtrzymywany i wyraźnie manifestowany. Tymczasem za ostatni taki protest należy uznać *amicus curiae brief* złożony przez rząd Wielkiej Brytanii przed sądem USA w 1992 r., w sprawie *Hartford Fire*[95].

W raporcie z 2006 r. przygotowanym przez Komisję Prawa Międzynarodowego działającej przy ONZ, uczyniono uwagę, iż doktryna skutków „zwolna zyskuje akceptację"[96]. Wskazano w nim w szczególności, że w 2005 r. w Korei Południowej wprowadzono nowelizację ustawy dotyczącej ochrony konkurencji, która przewiduje ekstraterytorialne stosowanie jej postawień. Dokonanie tej zmiany legislacyjnej stanowiło przy tym usankcjonowanie praktyki koreańskich sądów, które już od 2002 r. stosowały krajową ustawę do antykonkurencyjnych zachowań zagranicznych przedsiębiorców, mających miejsce za granicą.

W rozdziale 2 niniejszej pracy przedstawiony zostanie rozwój orzecznictwa organów UE (wcześniej: EWG i WE) oraz rozwój orzecznictwa sądowego USA w dziedzinie eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji. Wydaje się, że zestawienie to stanowi dostateczne przybliżenie ewolucji oraz aktualnego stosunku różnych jurysdykcji do problematyki doktryny skutków w sprawach antymonopolowych (antytrustowych). Prawo

[93] *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, No. 14-8003 (7th Cir. 2014), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/14-8003/14-8003-2015-01-12.html, (10 grudnia 2016 r.). Szerzej na temat tego wyroku zob. rozdz. 2.3.6.3.

[94] Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego Siódmego Okręgu wynika, że rządy Japonii, Korei Południowej, Chiny i Tajwanu – w swoich listach *amici curiae* – nie sprzeciwiły się ściganiu w drodze publicznoprawnej przez organy USA podmiotów mających przynależność państwową ww. państw, za antykonkurencyjne działania podjęte poza terytorium USA.

[95] Na temat tego orzeczenia zob. rozdz. 2.3.6.2.

[96] *Int'l L. Comm'n Report on the work of the fifty-eighth session (2006), Annex E, Extraterritorial Jurisdiction*, s. 233, dostęp na: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/annexes.pdf&lang=EFSRAC (24 lutego 2017 r.).

antytrustowe USA jest bowiem najdłużej na świecie obowiązującym porządkiem (Skoczny 2009:10 i nast.), z którego doświadczeń czerpią inne państwa. Z kolei przepisy i orzecznictwo UE, historycznie drugi po amerykańskim ustanowiony porządek norm antymonopolowych, jest w Europie „wszakże porządkiem najważniejszym, gdyż stanowi formalnie lub faktycznie wzorzec dla innych porządków – tak międzynarodowych (np. EOG, CEFTA czy regionu śródziemnomorskiego), jak i krajowych (funkcjonujących w ramach WE oraz w krajach stowarzyszonych (…)" (Skoczny 2002:112, 113). Pamiętając przy tym, że kraje UE łącznie, jak również USA należą do czołówki światowych gospodarek, nie wydaje się przesadzona teza, że stanowisko co do legalności oraz kształtu doktryny skutków, które zostanie „wynegocjowane" w praktyce stosowania norm antytrustowych tych podmiotów prawa międzynarodowego – w efekcie swoistego „transatlantyckiego kompromisu" – jest następnie akceptowane przez pozostałych członków międzynarodowej wspólnoty.

1.3.4. Doktryna skutków w „poglądach posiadających najwyższe kwalifikacje pisarzy różnych narodów"[97]

Za zmianami w amerykańskiej praktyce sądowniczej dotyczącej eksterytorialnego stosowania przepisów antytrustowych poszły zmiany w poglądach przedstawicieli doktryny. Jak już wspomniano, pierwszym sygnałem (ograniczonej) akceptacji środowiska naukowego dla koncepcji, iż miejsce wystąpienia skutku może być traktowanie jako łącznik jurysdykcyjny był raport *Harvard Research on International Law*. Z kolei na swojej 55 konferencji w Nowym Jorku, w roku 1972, Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego[98] przyjęło rezolucję w sprawie stosowania zasad prawa międzynarodowego do praktyk ograniczających konkurencję. W artykule 5 tej rezolucji, zapisano, iż państwu przysługuje jurysdykcja legislacyjna do regulowania zachowania, które ma miejsce poza jego terytorium, jeżeli zachowanie to wywiera skutek na tym terytorium, pod warunkiem, że spełnione są łącznie następujące warunki: (i) zachowanie i jego efekt są konstytutywnymi elementami praktyki ograniczającej konkurencję, (ii) skutek na terytorium jest istotny oraz (iii) skutek ten jest bezpośrednią konsekwencją zachowania podjętego poza terytorium, zaś jego wywołanie

[97] Tytuł nin. podrozdziału nawiązuje do sformułowania użytego w art. 38 ust. 1 lit. d statutu MTS.

[98] Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego zostało założone w Brukseli, w 1873. Jego celem jest badanie i wyjaśnianie problemów prawa międzynarodowego, tak publicznego, jak i prywatnego oraz promowanie wiedzy o tych gałęziach prawa oraz promowanie uznawania potrzeby ich przestrzegania. SPM jest międzynarodową organizacja pozarządową, konsultuje wiele przedsięwzięć organizowanych prze agendy ONZ. Członkami SPM są akademicy, praktykujący prawnicy, przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości, rządów oraz niebędący prawnikami eksperci z dziedziny gospodarki, przemysłu i finansów. Informacje o SPM dostępne są na: http://www.ila-hq.org/en/publications/index.cfm.

było pierwszorzędnym zamiarem towarzyszącym temu zachowaniu[99]. Uznano zatem dopuszczalność stosowania doktryny skutków, uzależniając ją wszakże od spełnienia pewnych kryteriów kwalifikujących skutek. W kontekście rozwoju doktryny skutków należy zwrócić uwagę na ostrożne sformułowanie tych warunków, zwłaszcza warunku (i). Przypomina ono sformułowania użyte w orzeczeniu *Lotus* i przyjętą w nim koncepcję „konstytutywnego elementu". Zastosowanie w prawie gospodarczym metody legislacji odmiennej od tej stosowanej w prawie karnym sprawiło jednak, iż postulowany w punkcie (i) warunek nie został spełniony. Dostrzega ten problem (Ryngaert 2006: 199, 200) zastanawiając się, czy powinna mieć miejsce „ekstrapolacja" doktryny skutków z dziedziny prawa karnego (sprawa *Lotus*) na regulacje publicznego prawa gospodarczego. Jego zdaniem przemawiają przeciw temu dwa argumenty. Po pierwsze – nie we wszystkich porządkach prawnych zakazane praktyki antykonkurencyjne są inkryminowane. Po drugie – skutki naruszeń regulacji antymonopolowych mają, w przeciwieństwie do przestępstw - charakter ekonomiczny, a nie fizyczny. Poszukując różnic w metodzie regulacji pomiędzy prawem karnym a gospodarczym, autor ten dostrzega, że w przypadku pierwszej z wymienionych dziedzin skutki przestępstwa stanowią jego „konstytutywny element" oraz mają charakter bezpośredni i fizyczny. W przeciwieństwie do tego, skutki antykonkurencyjnego porozumienia nie mogą być uznane za jego, „konstytutywny element", a jedynie za jego ekonomiczne reperkusje, które nie mają charakteru fizycznej zmiany wycinka rzeczywistości i generalnie są bardzo trudne do zidentyfikowania. Autor ten zwraca jednak uwagę, że zagraniczne kartele, czy też dokonywane przez zagraniczne spółki koncentracje, mogą mieć niszczący wpływ na określone sektory gospodarek krajowych. Zatem mając świadomość, jaka jest gospodarcza rzeczywistość, trudno wymagać od państw, by kierowały się „przestarzałym" ujęciem zasady terytorialności i oczekiwały (często na próżno) że państwo terytorialne podejmie odpowiednie działania. Podkreśla, że chociaż w wymiarze fizycznym działania antykonkurencyjne podejmowane są za granicą, w aspekcie ekonomicznym ich wpływ jest taki, jak gdyby były podejmowane w kraju. Jeżeli państwo terytorialne zachowałoby bierność wobec mających w jego granicach działań szkodzących mechanizmowi konkurencji w państwie trzecim, byłoby postrzegane jako „bezpieczny port", z którego obszaru bezpiecznie można „żerować" na gospodarce innego państwa.

99 Przytoczenie za opinią M. Darmona, przedstawioną 25 maja 1988 r. w połączonych sprawach 89, 104, 114, 116, 117 i 125 do 129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* Zb. Orz. 1988 -5214, tłum. własne.

Chociaż już blisko 50 lat temu (licząc od roku 1972) akademicy przejawiali skłonność do zaakceptowania doktryny skutków, a od tego czasu również i w działalności ustawodawczej państw widać rosnącą skłonność do stosowania tej koncepcji, w nauce prawa międzynarodowego publicznego doktryna skutków do dzisiaj nie jest bynajmniej bezwarunkowo akceptowana. Przeciwnie - wciąż trwa ożywiony dyskurs odnośnie jej legalności[100] oraz ryzyka, jakie jej stosowanie niesie dla stosunków międzypaństwowych[101]. Zarzuty podnoszone w tym dyskursie mają wieloraki charakter – dotyczą kwestii teoretycznoprawnych, konceptualnych, ale również politycznych i pragmatycznych.

W płaszczyźnie konceptualnej doktrynie skutków zarzuca się brak wewnętrznej spójności i konsekwencji– z jednej strony test skutków ma reprezentować odrzucenie terytorializmu jako instrumentu ograniczenia suwerennej władzy. Jednocześnie jednak jest zależny od zasady terytorializmu i posługuje się pojęciami wywodzonymi z tej zasady. Nie bierze bowiem (przynajmniej formalnie) pod uwagę żadnych interesów indywidualnych, a jedynie stanowi, że jurysdykcja państwa zależy od tego, czy „coś" (skutek) ma miejsce w granicach terytorialnych danego państwa. A więc – jednocześnie zarówno próbuje obalić ograniczenia terytorialne, jak i odwołuje się do pojęcia terytorium jako niezbędnego do ustalenia jurysdykcji (Parrish 2008:1482).

Testowi skutków brak też konkretnych ram. Jest wielce niejednoznaczne, jaki standard (kryteria) stosować, by określić nie tylko co znaczy „skutek", ale również, w jakim stopniu taki skutek musi zaistnieć – czy skutek musi być „bezpośredni", „pierwotny", „rozsądnie przewidywalny", „istotny", „rzeczywisty", „zamierzony" przez podmiot, który go spowodował, czy też należy stosować inne jeszcze kryteria (Buxbaum 2009: 640, 641, Parrish 2008: 1480). Zakres dopuszczalnego stosowania doktryny skutków jest przez to wielce kontrowersyjny (Gerber 1984:192), zwłaszcza jeśli przyjąć pogląd, że wyłącznie efekt niefizyczny, zwłaszcza - ekonomiczny - wystarczy do jej zastosowania. Doktryna skutków nie określa bowiem granic łańcucha przyczynowości. W kontekście prawa antymonopolowego mówi się, że „wszystko wpływa na wszystko" czy też, że „decyzje podejmowane w jednym zakątku świata mogą wywoływać reperkusje w skali całego globu w czasie krótszym niż potrzebny do opowiedzenia bajki"[102]. Można znaleźć w literaturze przedmiotu przykłady sprowadzające *ad absurdum* argument, jakoby wystarczające dla wykonywania jurysdykcji było zaistnienie jakiegokolwiek niefizycznego skutku. Wskazuje się np. na przestępstwo

[100] Zob. (Gerber 2004: 292; Gerber 1984: 201) i powołana tam literatura.
[101] Zob. (Parrish 2009:856) i powołana tam literatura.
[102] Wypowiedź pochodzi z orzeczenia w sprawie *United States vs. Nippon Paper Indus*., 109 F. 3d., przytoczenie za: (Molski 2002:16).

polegające na podpaleniu i, w rezultacie, zniszczeniu fabryki, wskutek którego przedsiębiorca (właściciel fabryki) stał się niewypłacalny, czego efekty – np. dla jego kontrahentów- mogą być odczuwalne na całym świecie. Podnosi się w tym kontekście, że stosowanie doktryny skutków to „równia pochyła" wiodąca ku zasadzie jurysdykcji uniwersalnej[103]. Innymi słowy, doktryna skutków nie zawiera żadnych konkretnych ograniczeń co do wykonywania jurysdykcji (Parrish 2008 :1481).

Akademicy alarmują również, że doktryna skutków stanowi potencjalne zarzewie konfliktów jurysdykcyjnych między państwami. W okresie jej powstania, w latach 40-ych XX w., sprawy, w których ją stosowano, nie były liczne. W ówczesnym świecie, w którym powiązania gospodarcze nie były tak silne, jak dzisiaj, prawdopodobieństwo, że działanie przedsiębiorstw będzie miało skutek gospodarczy w innym kraju niż kraj ich siedziby było mniejsze. Obecnie, potężny wzrost transgranicznej aktywności gospodarczej powoduje wzrost ryzyka powstawania tych konfliktów. Globalizacja stosunków handlowych oraz rozprzestrzenianie się elektronicznych metod komunikacji powoduje, że spory transgraniczne stają się coraz powszechniejsze i zwiększa się ich intensywność. W celu sądowego załatwienia zaistniałych sporów strony szukają sposobów, które uzasadnią stosowanie prawa ich krajów do zachowań obcokrajowców (strony przeciwnej). Okoliczność, że prawo krajowe jest coraz częściej stosowane ekstraterytorialnie sprawia, że zagrożony jest podstawowy cel określania zakresu geograficznego jurysdykcji państw, jakim było właśnie uniknięcie konfliktów na tle jurysdykcji oraz szkód powodowanych przez te konflikty (Parrish 2008:1486).

Ekstraterytorialne stosowanie prawa może powodować akcje odwetowe ze strony innych państw, przeciwstawiających się pretensjom do wykonywania jurysdykcji w sposób naruszający zasadę suwerenności państwowej. Paradoksalnie, tworzenie (i stosowanie) eksterytorialnych regulacji przez jedne państwa stanowi zachętę dla innych państw do tworzenia przepisów o takim charakterze - choćby po to, by swoim własnym zaniechaniem nie pozbawiać się narzędzia do walki z eksterytorialnie oddziałującymi normami tych pierwszych. W ekstremalnej postaci proces ten może doprowadzić do sytuacji, że państwa będą rozszerzały terytorialny zasięg swoich regulacji prawnych, tworząc *„anarchistyczną przepychankę"*, której każdy uczestnik będzie tworzył i stosował prawo w sposób agresywny,

[103] M. Akehurst, "Jurisdiction in International Law", 46 *B.Y.I.L.* 145, 181 (1972-73), Autor ten pisze" : "Once we abandon the 'constituent elements' approach in favour of the 'effects' approach, we embark on a slippery slope which leads away from the territorial principle towards universal jurisdiction.", tj. „Jeżeli odejdziemy od podejścia opartego na 'elementach konstytutywnych' i przyjmiemy podejście oparte na 'skutkach', znajdziemy się na równi pochyłej, która oddala nas od zasady terytorialnej i wiedzie ku jurysdykcji uniwersalnej.", przytoczenie za: (Ryngaert 2006: 231), tłum. własne.

aż do granic wyznaczonych przez poziom ryzyka politycznego, które gotów jest ponieść. W rzeczywistości normy o charakterze eksterytorialnym umożliwiają słabszym państwom na wywarcie w sferze międzynarodowej większego wpływu, niż byłyby w stanie to zrobić poprzez działania na forum politycznym (Parrish 2011: 401, Parrish: 2008:1505).

Podkreśla się też problem niedemokratycznej natury przepisów o charakterze eksterytorialnym (Parrish 2009:859). Zgodnie z podstawowym założeniem systemu demokratycznego wykonywanie władzy znajduje oparcie w zgodzie rządzonych. Osoby z zewnątrz (spoza kręgu rządzonych) nie mogą narzucać prawa politycznej wspólnocie, która nie wyraziła na to zgody. Problem braku demokratyczniej legitymacji można w płaszczyźnie prawa międzynarodowego postrzegać w jeszcze w nieco innych kategoriach. Mianowicie – prawo o zasięgu eksterytorialnym stoi w sprzeczności z powszechnie uznanymi w tym prawie zasadami niezależnego samostanowienia i prawa do samookreślenia się państw (narodów).

Zdaniem przedstawicieli doktryny również stosowanie reguły kurtuazji międzynarodowej (*comity*) – na którą powołują się zwłaszcza sądy USA- nie stanowi odpowiedniego, w płaszczyźnie prawa międzynarodowego publicznego, rozwiązania wszystkich problemów, które rodzi doktryna skutków. Reguła *comity* wywodzona jest z doktryny konfliktu jurysdykcji i określana – w zależności od ujęcia- jako „wyważanie interesów" („równoważenie interesów", ang. *interest balancing*), „zasada rozsądku" (ang. *the rule of reason*) lub „zasada interesu" (ang. *interest approach*)[104]. Autorem koncepcji uwzględniania zasady „równoważenia" przy stosowaniu doktryny skutków był profesor Kingman Brewster, który ujął swoje poglądy w publikacji „Antitrust and American Business Abroad", wydanej w roku 1959 r. Jego argumentacja opierała się na praktycznych potrzebach politycznych (unikanie konfliktu), nie była zaś wywodzona z norm prawa międzynarodowego publicznego (Gerber 1984:203). Początki stosowania tej zasady przez sądy USA sięgają jednak dopiero lat 70 XX w. (a zatem – miało to miejsce ponad 20 lat po wydaniu wyroku w sprawie *Alcoa*). Po raz pierwszy zastosowano ją w sprawie *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America N. T. & S. A.*[105]. Od lat 70-tych XX w. regułę „wyważenia" stosowały także sądy Republiki Federalnej Niemiec, wywodząc ją z zasady nieinterwencji obowiązującej w prawie międzynarodowym publicznym (Buxbaum 2009: 656, 657).

Ogólnie rzecz biorąc, zgodnie z ideą K. Brewstera sąd winien wykonywać jurysdykcję opartą na doktrynie skutków tylko wówczas, gdy związki sprawy ze Stanami

[104] Co do tych pojęć zob. np. (Buxbaum 2009: 646,647,655, Parish 2008: 1476).

[105] *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976), dostęp na: http://openjurist.org/549/f2d/597/timberlane-lumber-co-sa-rl-v-bank-of-america-nt-and-sa-e-sa-s-rl-smith (15 listopada 2014 r.). Na temat tego orzeczenia zob. też rozdz. 2.2.6.1.

Zjednoczonymi są na tyle silne, że przeważają nad jej związkami z innymi państwami i interesem tych państw do sprawowania jurysdykcji w danym przypadku[106].

Przedstawiciele nauki prawa oceniają zastosowanie tego mechanizmu, łagodzącego agresywny charakter doktryny skutków, jako krok we właściwym kierunku, ponieważ można go odczytywać w ten sposób, że interesy innych państw stanowią kryterium decydujące o dopuszczalności (zakresie) jurysdykcji (Gerber: 1984:205). Niemniej, reguła *comity* ma wiele niedoskonałości.

Po pierwsze- ma ona charakter polityczny, a nie prawny. Powoduje to podstawową trudność, tj. - w jaki sposób można konkretnie, sensownie ocenić interesy własnego i innych krajów, unikając skłonności do faworyzowania interesów własnego kraju. Pytanie to jest aktualne zarówno na etapie tworzenia przepisów, które, w zamyśle, miałyby być „przeznaczone do eksterytorialnego stosowania" (etap jurysdykcji legislacyjnej), jak również na etapie stosowania tych przepisów. Zastanawiano się wobec tego (Buxbaum 2009: 648; Parrish 2008:1476), czy sądy (ogólniej – organy publiczne) w procesie orzekania w ogóle są kompetentne do tego, by rozważać zagadnienia interesów politycznych swojego państwa oraz państw trzecich (na sądzie spoczywa ciężar podjęcia decyzji o charakterze politycznym).

Po drugie, ponieważ *comity* nie stanowi wiążących norm ani prawa międzynarodowego, ani prawa krajowego, decyzja o jej zastosowaniu pozostaje dyskrecjonalna. Nadto, nie ma ustalonego zbioru czynników, które decydowałyby o tym, czy interes państwa *forum* do rozpoznania danej sprawy jest „silniejszy", czy „słabszy" niż innych państw, jaka jest hierarchia i waga tych czynników. Brak jest także metody, która pozwalałaby na zbadanie – gdyby ww. katalog i hierarchia były już ustalone - czy faktycznie zaszły okoliczności uznane za istotne czynniki. Stosowanie *comity* nie gwarantuje zatem faktycznego uwzględniania interesów państw trzecich (Gerber 1984:205).

Niedookreśloność reguły *comity* jako takiej i wynikająca z niej nieprzewidywalność efektów jej zastosowania sprawiają zatem, że jest mało przydatna jako narzędzie wyznaczania dopuszczalnego zakresu jurysdykcji.

Nadto, reguła *comity* sama w sobie nie odnosi się do doktryny skutków, tj. jej stosowanie nie ma na celu wpływania na kształt doktryny skutków jako łącznika jurysdykcyjnego.

Przedstawiciele nauki proponują różne kierunki poszukiwania rozwiązań problemów powodowanych przez stosowanie doktryny skutków. Przedstawiają zagadnienie z szerszej

[106] Doktryna „wyważania interesów" występowała w USA – w zależności od okresu –w różnych postaciach. Szczegółowo na ten temat zob. rozdz. 2.3.6.

perspektywy, odchodząc od analizy dotyczącej jedynie jej legalności i granic (kształtu), podkreślając wagę ogólniejszych zagadnień eksterytorialnego stosowania prawa i potrzeby rozwinięcia (ustalenia) w prawie międzynarodowym publicznym norm regulujących zagadnienia jurysdykcji państw.

A. Parrish stoi na stanowisku, iż rozwiązywanie międzynarodowych problemów ekonomicznych powinno być wspólnym celem państw, zaś ustalenie, czy doktrynę skutków uznać za legalną i jakie są dopuszczalne granice jej zastosowania, powinno być wynikiem świadomej współpracy państw, a nie efektem ich sporów o wykonywanie jurysdykcji (Parrish 2009: 832 i nast., Parrish 2008: 1462, 1492). Podkreśla on przy tym rolę, jaką w powinno pełnić tu prawo międzynarodowe, wskazując, że powstało ono właśnie po to, by regulować tego rodzaju sytuacje. Autor ten jest orędownikiem powrotu do stosowania zasady terytorializmu. Dostrzega obecną na przestrzeni lat wzmożoną skłonność państw, w szczególności USA, do zastępowania porozumień międzynarodowych regulacjami krajowymi o zasięgu eksterytorialnym. Krytykuje poglądy przedstawicieli nauki prawa, którzy wyrażają akceptację tego stanu rzeczy (tj. zwolenników unilateralizmu). Podkreśla, że urzeczywistnienie jego wizji podejścia do zagadnień eksterytorialności nie wymaga dalekosiężnych zmian, zaznaczając, że jego pogląd opiera się jedynie na szacunku dla zasady terytorializmu, która przez długi czas zapewniała rozsądne ograniczenia jurysdykcji legislacyjnej. Wskazuje też, że – wbrew temu, co sugerują niektórzy teoretycy – zasada terytorializmu nie jest przestarzałą koncepcją. Przeciwnie – w zglobalizowanym świecie ograniczenia terytorialne mają coraz większe znaczenie. Jasno określone reguły, obowiązujące w granicach terytorium mają pierwszorzędne znaczenie dla utrzymania suwerennej niezależności i demokratycznej legitymacji władzy. Uchwalanie przepisów krajowych, których zakres oddziaływania wyznaczony będzie przez terytorium państwa jest również metodą na to, by przeciwdziałać zakusom innych państw do narzucania nam swojej wizji świata. Zwraca uwagę, że kiedy test skutków był zastosowany po raz pierwszy - jak w sprawie *Lotus*, a następnie *Alcoa* - w istocie mogło być tak, że w dużej mierze brakowało odpowiednich norm prawa międzynarodowego. Współcześnie państwa przywykły do zawierania zarówno bilateralnych, jak i multilateralnych traktatów, które regulują ich działanie zarówno w sferze wewnętrznej, jak i międzynarodowej. Wskazuje też, że w ostatnich latach- po części ze względu na problemy spowodowane przez fragmentaryczne, niespójne regulacje krajowe o charakterze eksterytorialnym – da się zauważyć powracające zainteresowanie stworzeniem zharmonizowanej regulacji międzynarodowej dotyczącej zasad jurysdykcji.

Z kolei (Gerber 1984: 193, 200, 202) zauważa, że funkcjonowaniu doktryny skutków jako łącznika jurysdykcyjnego towarzyszą od początku dwa charakterystyczne wątki. Po pierwsze- nieustająca dyskusja doktrynalna co do jej legalności w świetle norm prawa międzynarodowego publicznego, po drugie – wzrastająca liczba państw, które opierają na niej swoje ustawodawstwo. Stoi na stanowisku, że żadne ograniczenia stosowania doktryny skutków nie zdołają wyeliminować problemu konkurujących jurysdykcji i wynikających stąd konfliktów dopóty, dopóki kryterium tego ograniczenia będzie jedynie charakter skutków lub stopień „ścisłości" związku pomiędzy skutkami a ich przyczyną (zachowaniem mającym miejsce w innym państwie), zaś kryterium tym nie będzie potrzeba uwzględnienia interesów innych państw. Autor ten wskazuje, że dyskusja naukowa dotycząca terytorialnego zasięgu jurysdykcji długo akcentowała wątek dezintegracji zasady terytorialnej spowodowanej pojawieniem się doktryny skutków, zaś zagadnienia jurysdykcji eksterytorialnej utożsamiane były z kwestią legalności doktryny skutków. Jest zdania, że na kwestię jurysdykcji eksterytorialnej należy spojrzeć szerzej i że współczesne czasy wymagają ustalenia jasnych reguł odnośnie tego problemu. Punkt ciężkości dyskursu powinien być jego zdaniem inny, tj. winien, po pierwsze, dotykać zagadnienia, jak uzyskać wystarczającą klarowność łączników (zasad) jurysdykcyjnych (tj. jak doprowadzić do sytuacji, w której państwa tak samo będą pojmować ich zakres) oraz - po drugie - zagadnienia konstrukcji (struktury) łączników jurysdykcyjnych w prawie międzynarodowym. Dostrzega, że tradycyjnie podstawą tej konstrukcji jest „jakiś" („dostateczny") związek między państwem a zachowaniem będącym przedmiotem prawnej regulacji. Wyjątkowo tylko bierze się pod uwagę związek pomiędzy wykonywaniem jurysdykcji przez jedno państwo, a sytuacją innego państwa oraz jego interesem do sprawowania jurysdykcji odnośnie tego samego zdarzenia (zachowania). Jego zdaniem, taka konstrukcja łączników jurysdykcyjnych jest wadliwa. Struktura zasad jurysdykcyjnych zawsze powinna być taka, by uwzględniała usprawiedliwione interesy każdego z państw, których może dotyczyć sytuacja mająca być przedmiotem regulacji. Gerber proponuje w związku z tym stworzenie kompleksowej prawnej koncepcji, która jasno ustali strukturę łączników jurysdykcyjnych w prawie międzynarodowym publicznym. Uważa, że istnieje potrzeba takiego uporządkowania łączników jurysdykcyjnych, by umożliwiały państwom również wykonywanie jurysdykcji eksterytorialnej. Zaznacza wszakże, że w tym celu musiałyby zostać opracowane wystarczająco konkretne i przewidywalne kryteria (Gerber 1984:202).

Zgodnie z koncepcją Gerbera podstawę do skonstruowania łączników jurysdykcyjnych w dalszym ciągu stanowiłaby zasada nieinterwencji (samostanowienia), na

której również obecnie łączniki te się opierają. Nowa – trójstopniowa- struktura łączników wymagałaby jednak konceptualnego rozwinięcia treści tej zasady. Po pierwsze - (tak jak obecnie) podstawą jurysdykcji miałoby być istnienie związku pomiędzy regulowanym zachowaniem a państwem. Dodatkowo jednak - państwu nie przysługiwałaby jurysdykcja, jeżeli kolidowałoby to z prawnie chronionym, uzasadnionym, interesem innego państwa. Wreszcie - zakres jurysdykcji ograniczony byłby zakazem nadużycia; jurysdykcja nie przysługiwałaby państwu, ze względu na szkodę, której mógłby doznać interes rządu[107] innego państwa, który to w sposób oczywisty i istotny przeważałby nad interesem państwa roszczącego pretensje do jurysdykcji. W ocenie Gerbera taka koncepcja powinna znaleźć przychylność państw, ponieważ opiera się na zasadzie nieinterwencji - uznanej zasadzie prawa międzynarodowego publicznego, znanej w nim od co najmniej od połowy XVII w.[108]. Jego zdaniem jest to podstawa lepsza niż *comity*, której zakres nie jest wystarczająco określony, a nadto w zasadzie tylko w USA przyjęło się ją uważać za podstawę do samoograniczania zakresu sprawowanej jurysdykcji. Co się zaś tyczy „wypełnienia treścią" ww. elementów konstrukcyjnych, autor ten postuluje, by opierać na nich klauzule dotyczące jurysdykcji zamieszczane w umowach międzynarodowych, ale przede wszystkim uważa, że istnieje już praktyka państw, z której taką treść można wywieść. Wskazuje na zachowania państw wywołane stosowaniem doktryny skutków (protesty dyplomatyczne, wprowadzanie ustaw blokujących, czynny udział w postępowaniach przed sądami innych państw w charakterze *amici curiae*, w celu obrony interesów własnych obywateli). Podkreśla, że te formy aktywności na arenie międzynarodowej również wywodzone są z zasady nieinterwencji i sposób reakcji państw pozwala w szczególności określić, jak postrzegają one swoje prawne i polityczne interesy. A zatem, aby wypełnić ww. konstrukcyjne ramy treścią konieczne jest spojrzenie na istniejący już dorobek praktyki międzynarodowej z szerszej perspektywy, nie tylko pod kątem problematyki doktryny skutków. Zaproponowana konstrukcja powinna, zdaniem autora, w przeciwieństwie do doktryny skutków, ograniczać eksterytorialne jurysdykcyjne aspiracje państw, ponieważ każdemu przysługiwałaby taka sama „sfera" ochrony interesów - im szerzej państwo chciałoby określić zakres swoich interesów podlegających ochronie tym szerzej automatycznie określałoby ten zakres innym państwom (Gerber 1984: 212-220).

Potrzebę konceptualnego „uporządkowania" doktryny skutków dostrzega również

[107] W oryginale: „governmental".

[108] Zauważa, że sądy niemieckie potrzebę „wyważania interesów" państw wywodzą właśnie z zasady nieinterwencji.

(Ryngaert 2006: 187 i nast.) i – podobnie jak Gerber – ujmuje problem w szerszym kontekście, tj. wskazuje na potrzebę uporządkowania w ogóle w prawie międzynarodowym publicznym zagadnień dotyczących geograficznego zasięgu jurysdykcji państw. Autor ten uważa, że istnieje potrzeba, by w dziedzinie prawa antytrustowego państwom przysługiwała jurysdykcja również wówczas, gdy zachowanie powodujące zniekształcenie konkurencji w krajowej gospodarce ma miejsce poza ich granicami. Jego zdaniem zrezygnowanie z możliwości traktowania skutku jako łącznika jurysdykcyjnego znacznie obniżyłoby efektywność prawa antytrustowego. Tak jak Gerber, Ryngaert uważa, że państwa powinny dążyć do zawarcia umów regulujących zagadnienia jurysdykcji, w tym dotyczących prawa antymonopolowego. Podstawowymi założeniami takich umów powinno być to, iż jurysdykcja będzie przysługiwać państwu nie wówczas, kiedy ma ono „dostateczny" związek z regulowanym prawnie zdarzeniem, ale dopiero wówczas, gdy związek ten jest najsilniejszy, w porównaniu z tym, jaki zachodzi pomiędzy badanym zdarzeniem a innymi zainteresowanymi państwami. Zdaniem tego autora, reguł służących ustalaniu, czy taki związek istnieje należy poszukiwać w prawie międzynarodowym prywatnym. W procesie tworzenia reguł decydujących o posiadaniu jurysdykcji należałoby nadto wziąć pod uwagę interes „wspólnoty międzynarodowej" jako całości. Jak się wydaje koncepcja autora zmierza ku temu, by tak ukształtowane reguły jurysdykcji ograniczały nie tylko jurysdykcję państw do stosowania prawa, ale również ich jurysdykcję legislacyjną (Ryngaert: 2006: 770 i nast.). Mając jednak świadomość, iż osiągnięcie sytuacji, gdy reguły konwencyjne dostatecznie uregulują zagadnienia jurysdykcji jest celem trudnym do osiągnięcia, a co najmniej odległym w czasie, Ryngaert proponuje też rozwiązanie przejściowe. Jego koncepcja polega na tym, iż sądy (organy) poszczególnych państw miałyby w dalszym ciągu sprawować jurysdykcję w międzynarodowych (transgranicznych) sprawach antytrustowych. Postuluje on jednak optymalizację tak funkcjonującego systemu, która opierałaby się na założeniu analogicznym, jak to „projektowane" przez niego na przyszłość. Wbrew krytycznym poglądom dotyczącym *comity* (jak te przytoczone powyżej) Ryngaert jest zdania, że państwa – kierując się ową „jurysdykcyjną regułą rozsądku", wzorem sądownictwa USA[109], winny poniechać wykonywania jurysdykcji, jeżeli uznają, że interes innego państwa by sprawować jurysdykcję wobec tego zdarzenia jest „silniejszy" Jego zdaniem w ten sposób można zagwarantować przestrzeganie podstawowej w prawie międzynarodowym publicznym zasady nieinterwencji. Do oceny „siły" takiego związku mogą posłużyć normy prawa międzynarodowego

[109] Na ten temat zob. rozdz. 2.3.6.

prywatnego, rządzące wyborem właściwego prawa materialnego. Publiczny charakter norm prawa antymonopolowego nie powinien być tutaj przeszkodą. Za wzór mogłoby służyć prawo USA, gdzie sądy posługują się regułami z obszaru prawa międzynarodowego prywatnego w procesie ustalania, czy przysługuje im jurysdykcja w danej sprawie antymonopolowej[110].

Poszukując właściwych rozwiązań akademicy akcentują również bardzo ograniczoną skuteczność norm, które w założeniu prawodawcy mają oddziaływać eksterytorialnie. Prawu międzynarodowemu publicznemu znany jest szeroki zakres rozwiązań, które mogą zapobiec eksterytorialnemu stosowaniu prawa. Należą do nich: protesty dyplomatyczne, odmowa uznania lub wykonania orzeczenia, wprowadzanie przepisów blokujących, które w szczególności ograniczają możliwość zbierania dowodów. Nadto - brak jest w prawie międzynarodowym zharmonizowanych standardów uznawania i wykonywania orzeczeń (Parrish 2008: 1491), zaś bez nich wykonanie orzeczeń krajowych za granicą jest w zasadzie niemożliwe[111]. Taki stan rzeczy niweczy sens stanowienia norm mających oddziaływać eksterytorialnie, zaś działania odwetowe podejmowane w odpowiedzi na eksterytorialne aspiracje jurysdykcyjne państw niszczą ducha współpracy i znoszą poczucie, że rozwiązywanie międzynarodowych problemów ekonomicznych powinno być wspólnym celem państw (Parrish 2008: 1491, 1492).

Funkcjonowanie regulacji prawnych oddziałujących eksterytorialnie rodzi także inne trudności. Stanowią one mianowicie tylko cząstkowe, fragmentaryczne rozwiązania globalnych problemów. Zamiast tworzyć spójny system środków, poprzez kompromis i międzypaństwowe negocjacje, ekstraterytorialność w sposób nieunikniony prowadzi do niespójności w orzecznictwie, jako że sądy z różnych krajów rozstrzygają zagadnienia o charakterze transgranicznym opierając się na różnych porządkach prawnych i procedurach. Koszty stosowania takich wyrywkowych rozwiązań obciążają przedsiębiorców (obywateli) i kłócą się z elementarnym poczuciem sprawiedliwości, z którego należy wywodzić, iż nie można wymagać od ludzi, by przestrzegali prawa, jeżeli nie wiedzą, prawo którego kraju powinni poznać. Jako że państwa w coraz większym stopniu stosują swoje prawo eksterytorialnie, stwarza to dla biznesu stan kosztownej niepewności. Międzynarodowe przedsiębiorstwa są zmuszane, by znać porządki prawne wielu państw i postępować zgodnie z nimi wszystkimi, choć czasami może chodzić o przepisy prawa państw bardzo oddalonych od głównego miejsca prowadzenia przez nie działalności gospodarczej. Istnienie takiej prawnej

[110] Zob. rozdz. 2.3.3. W polskiej literaturze nad możliwością wykształcenia się ogólnych, jednolitych reguł rządzących dopuszczalnością eksterytorialnej jurysdykcji w odniesieniu do prawa międzynarodowego prywatnego i publicznego zastanawia się (Wasiński 2002:66).

[111] Na ten temat zob. też (Buxbaum 2009: 664, 665).

mozaiki prowadzi do przerostu regulacji i sprawia, że bardzo trudno jest uniknąć naruszenia prawa. Ujmując rzecz w skrócie, tworzenie prawa krajowego, które oddziaływałoby eksterytorialnie, stoi w sprzeczności z celami reguł określających zakres jurysdykcji państw, którymi są wzmacnianie przewidywalności prawa oraz redukcja kosztów transakcyjnych (Parish 2008:1489,1490; Gerber 2004: 305). Wobec tego rodzaju trudności, jeden z nurtów rozważań nad problematyką ekstraterytorialnego stosowania norm prawa antymonopolowego postuluje, by państwa doprowadziły do harmonizacji, albo wręcz do ujednolicenia w wymiarze międzynarodowym norm dotyczących praktyk antykonkurencyjnych (Gerber 2010a, Gerber 2010b).

Z kolei (Fox 2009: 167, 168) akcentuje inne zagadnienia. Jej zdaniem konflikt o doktrynę skutków - w kształcie, jaki miał przed dwudziestu laty – jest już przebrzmiały, ponieważ państwa w wysokim stopniu zaakceptowały, że „istotne skutki mające miejsce na obszarze państwa, które powodują szkodę dla jego obywateli" usprawiedliwiają jurysdykcję tego państwa. Aczkolwiek i ta autorka zauważa, że akceptacja jurysdykcji opartej na skutkach może rodzić konflikty jurysdykcyjne i że prawo międzynarodowe nie zawiera norm, które pozwalałyby je rozwiązać. Uważa, że w dziedzinie ochrony konkurencji i, ogólniej, prawa gospodarczego, zadaniem do wykonania w bieżącej dekadzie jest wypracowanie takich norm. Podkreśla także, iż proces ten został już zapoczątkowany. Państwa zaczęły bowiem, zwłaszcza w latach 90-ych XX w., zawierać bilateralne konwencje dotyczące współpracy w sprawach antymonopolowych. Zobowiązują się w nich w szczególności do wzajemnego powiadamiania się o działaniach podejmowanych w obszarze wdrażania norm prawa konkurencji, które mogłyby dotykać interesów drugiego państwa-strony oraz przyjmują zasadę „lepiej zlokalizowanej jurysdykcji" (ang. *better placed jurisdiction*) bazującej na *comity* w jej wariancie tzw. „pozytywnym"[112], tj. powstrzymując się od wdrażania swoich norm antytrustowych, jeżeli podjęcie działań przez drugie państwo-stronę będzie lepiej służyło interesom obu państw. Autorka ta podkreśla też wzmożoną współpracę państw dotyczącą zagadnień wdrażania publicznego prawa ochrony konkurencji, zwłaszcza na forum OECD i WTO, a także stworzenie Międzynarodowej Sieci Konkurencji[113] i skłonność państw do poszukiwania rozwiązań obustronnie satysfakcjonujących. W jej ocenie coraz więcej państw rozumie „kosmopolityczną" naturę publicznego prawa ochrony konkurencji. Zarówno prawo, jak i stosujący je funkcjonariusze państwa porzucili podejście protekcjonistyczne, zaś

[112] Na temat pozytywnego i negatywnego aspektu *comity* zob. rozdz. 1.3.5.1.
[113] Zob. niżej, rozdz. 1.3.5.3.

przedsiębiorcy nie są już postrzegani jako „przynależący" do jakiegoś państwa. Doktryna skutków przestała być wobec tego kontrowersyjna, państwa uznają bowiem prawo do wykonywania jurysdykcji przez tych suwerenów, którzy odczuli negatywne skutki zakazanej antykonkurencyjnej praktyki. Większość państw uznała mechanizm konkurencji za podstawę funkcjonowania swoich gospodarek, w związku z czym wprowadziła do swoich porządków prawnych normy chroniące ten mechanizm. Dlatego nie pojawią się już konflikty o charakterze fundamentalnym, u podłoża których leżałby sprzeciw wobec „imperialistycznej próby narzucenia wizji gospodarki wolnorynkowej", co miało miejsce jeszcze w drugiej połowie XX wieku. Różnice w stanowiskach państw dotyczą obecnie raczej tego, co jest „antykonkurencyjne" – pod tym samym słowem, kryć się bowiem mogą różne znaczenia. W porównaniu z różnicami systemowymi w odniesieniu do jurysdykcji opartej na skutkach, jaka występowała w okresie powstawania doktryny skutków, są to jednak problemy „drobniejsze". Nie oznacza to wszakże, że konflikty na tle eksterytorialnego stosowania prawa antymonopolowego nie wystąpią. Owszem, to może mieć miejsce, jednak przedmiotem sporu nie będzie już zasadność stosowania doktryny skutków sama w sobie, lecz raczej kwestia możliwej zróżnicowanej oceny tego, czy analizowana aktywność rynkowa miała charakter antykonkurencyjny i jakie (ewentualnie) odpowiednie środki ochrony prawnej należy zastosować. Przewidując tego rodzaju konflikty E. Fox postuluje, by organy zainteresowanych państw podejmowały konsultacje i współpracę pod kątem tego, które prawo materialne i jakie środki ochrony prawnej zastosować. Ich wysiłki powinny koncentrować się wokół kwestii „ogólnego dobrobytu społeczeństw dotkniętych antykonkurecyjnymi praktykami oraz rozważenia, czy konflikt może być rozstrzygnięty dla wspólnego gospodarczego dobra". Gdyby zaś sprawa dotycząca zakłócenia konkurencji mającego charakter transgraniczny miała być rozpoznana przez organy więcej niż jednego kraju, państwo prowadzące postępowanie jako drugie w kolejności winno uwzględnić środki ochrony prawnej, z których już uprzednio skorzystano i wobec tego odpowiednio dostosować zastosowane przez siebie środki, tak aby pozostawały w harmonii, a nie w konflikcie z tymi pierwszymi.

1.3.5. Zagadnienie eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji w dokumentach i działaniach instytucji międzynarodowych

Początki dążeń do uregulowania zagadnień ochrony konkurencji na szczeblu międzynarodowym sięgają już lat 20 XX w. Plany te zostały jednak pogrzebane poprzez Wielki Kryzys, a następnie – przez wybuch wojny w roku 1939. Inicjatywę w tym zakresie

podjęto ponownie w drugiej połowie lat 40 XX w., w toku prac związanych z tworzeniem Międzynarodowej Organizacji Handlu („poprzedniczki" Światowej Organizacji Handlu). Te wysiłki przerwało z kolei nastanie Zimnej Wojny. Na blisko pięćdziesiąt lat prace w tym zakresie ustały (Gerber 2010: 439). Jednak w kolejnych dziesięcioleciach po zakończeniu Drugiej Wojny Światowej potrzeba współpracy między państwami w zakresie ochrony prawidłowości funkcjonowania mechanizmu konkurencji stała się coraz bardziej widoczna. Potrzeba ta nasiliła się zwłaszcza w latach 90 XX w., ze względu na efekty Rundy Urugwajskiej Światowej Organizacji Handlu, którymi było zawarcie porozumień znoszących wiele barier w handlu międzynarodowym i powodujących otwarcie rynków. W konsekwencji znacznie nasiliła się też aktywność transgranicznych korporacji (Fox 2009: 159). Współpraca państw dotycząca zapewnienia efektywnego wdrażania norm służących ochronie konkurencji poszła w dwóch kierunkach. Pierwszy z nich to zawieranie konwencji uznających potrzebę tworzenia i stosowania krajowych norm ochrony konkurencji, z uwzględnieniem wszakże uzasadnionych interesów drugiego państwa-strony, w celu unikania konfliktów jurysdykcyjnych. Drugi kierunek to poszukiwanie możliwości konwergencji (harmonizacji) krajowych porządków prawa ochrony konkurencji, a nawet przyjęcia norm prawa międzynarodowego statuujących wspólne normy prawa konkurencji. Oba procesy wciąż są w toku.

1.3.5.1. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju

Istotną rolę w przeciwdziałaniu konfliktom państwowym wynikającym z ekstraterytorialnego stosowania prawa konkurencji odegrała Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. *Organisation for Economic Cooperation and Development* - OECD[114]). Od 1967 r. OECD przyjęła szereg zaleceń dotyczących współpracy między krajami członkowskimi[115]. Dokumenty te podlegały zmianom, stosownie do dostrzeganych

[114] OECD została utworzona na podstawie konwencji podpisanej 14 grudnia 1960 r. w Paryżu. Jej członkami jest obecnie 35 państw - dane ze strony: http://www.oecd.org/about/membersandpartners (dostęp 1 września 2017 r.). Polska jest członkiem OECD od 1996 r.

[115] Zagadnieniom współpracy w dziedzinie stosowania prawa antymonopolowego poświęcone są w szczególności następujące zalecenia: *Recommendation of the OECD council Concerning International Co-Operation On Competition Investigations And Proceedings*, z 16 września 2014 r., *Best Practices for the Formal Exchange Of Information Between Competition Authorities In Hard Core Cartel Investigations*, z października 2005 r., *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, z 25 marca 1998 r., *Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade*, z 27 lipca 1995r., *Recommendation of the Council for Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies,* z 23 października 1986 r.; wszystkie dokumenty dostępne na: http://acts.oecd.org/Instruments/ListBySubjectView.aspx (18 stycznia 2017 r.).

w danym okresie potrzeb, niemniej ich zasadnicze cele pozostają niezmienione. Są nimi bardziej skuteczne realizowanie krajowych norm ochrony konkurencji i unikanie konfliktów jurysdykcyjnych. OECD argumentowała potrzebę przyjęcia zaleceń podkreślając, że jednostronne stosowanie przez państwo wewnętrznego ustawodawstwa antymonopolowego, w sprawach, w których aktywność gospodarcza podmiotów ma miejsce poza granicami tego państwa, rodzi pytania dotyczące sfery suwerenności zainteresowanych państw oraz że praktyki antykonkurencyjne, jak i dotyczące ich postępowania prowadzone przez jedno państwo, mogą w pewnych wypadkach naruszać istotne interesy innego kraju. OECD miała również na względzie trudności w efektywnym wdrażaniu krajowych norm prawa antymonopolowego związane z transgranicznymi skutkami praktyk ograniczających konkurencję**.**

Zalecenia - zgodnie ze swoją nazwą - mają charakter prawa „miękkiego" (ang. *soft law*). Generalnie, przyjęte w nich podejście sprowadza się do akceptowania podejmowania przez poszczególne państwa środków, przewidzianych ich prawem krajowym, przeciwdziałających praktykom antykonkurencyjnym (w tym – praktykom o charakterze transgranicznym) z uwzględnieniem jednak potrzeby współpracy państw w celu efektywnego wdrażania krajowych norm ochrony konkurencji. W zaleceniach podkreśla się znaczenie wzajemnego wspierania się państw w zdobywaniu informacji i dokumentów (dowodów) dla potrzeb postępowań antymonopolowych. Postuluje się także, by Państwa-strony informowały się o tym, że na ich terytorium ma (lub miała) miejsce praktyka antykonkurencyjna, która może zakłócić funkcjonowanie rynku na terytorium innego państwa. Ponadto Rada OECD zaleca podejmowanie środków przewidzianych prawem krajowym po to, by zwalczać praktyki antykonkurencyjne, których dopuszczają się przedsiębiorcy mający siedzibę na terytorium danego państwa, a rodzące skutki poza jego granicami. Sugeruje się również inne formy współpracy, jak np. zawiadamianie o tym, iż państwo wszczęło postępowanie w odniesieniu do praktyk antykonkurencyjnych, których źródło tkwi na terytorium innego państwa-strony. W zaleceniach podkreśla się też celowość koordynacji działań oraz podejmowania postępowania koncyliacyjnego w sytuacji, gdy działanie skierowane przeciwko praktykom antykonkurencyjnym (postępowanie prowadzone przez jedno państwo) mogłoby dotykać interesów ekonomicznych innego państwa. Rada OECD sugeruje również zawieranie bilateralnych i multilateralnych umów w celu efektywnego zwalczania praktyk antykonkurencyjnych, mających miejsce zarówno na rynkach krajowych, jak i międzynarodowych. W zaleceniach zauważa się, że jednostronne stosowanie prawa krajowego, w sytuacji, gdy ma się do czynienia działaniami biznesowymi podejmowanymi za

granicą, rodzi problemy związane ze sferą suwerenności zaangażowanych państw. W kontekście suwerenności wzmiankowane jest zagadnienie eksterytorialnego stosowania prawa w ogólności, jak również podkreśla się trudności w wykonywaniu jurysdykcji wówczas, gdy potrzebne jest uzyskanie informacji ze źródła położonego za granicą oraz gdy strony niedozwolonego porozumienia pozostają (mają siedzibę) za granicą. W rezolucjach wyraźnie zaznacza się poszanowanie dla zasady suwerenności państw i wynikającej z niej dobrowolności podejmowania jakichkolwiek kroków w stosunkach międzynarodowych, (ang. *each government's full freedom of action)*, a także dla potrzeby ochrony przez państwa własnych usprawiedliwionych interesów (ang. *legitimate interests*). Rada zwraca także uwagę, że możliwy jest konflikt pomiędzy normami prawa antymonopolowego obwiązującymi w rożnych krajach, jak również że mogą pojawić się konflikty międzypaństwowe wynikające z różnych celów polityki handlowej. W kontekście polityki handlowej oraz interesów państwa wskazuje się na przypadki ograniczania przez państwa importu lub eksportu lub nawet dopuszczanie istnienia niektórych karteli (celowe wyłączanie niektórych porozumień spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję).

Jako metodę unikania międzypaństwowych konfliktów na tle stosowania doktryny skutków proponuje się w zaleceniach stosowanie reguły *comity* (kurtuazji międzynarodowej), która wszakże jest przedmiotem krytyki wielu akademików, co opisano powyżej. W ujęciu przyjętym w zaleceniach OECD pojęcie *comity* oznacza dobrowolne prowadzenie polityki polegającej na wszechstronnym rozważeniu ważnych interesów innych państw w procesie podejmowania decyzji o wdrożeniu działań wymaganych przez krajowe prawo antymonopolowe. *Comity* obejmuje dwa aspekty działań. Po pierwsze – państwo powinno rozważyć, czy i, ewentualnie, w jaki sposób stosować swoje krajowe normy dotyczące ochrony konkurencji, aby nie zaszkodzić istotnym interesom innych państw (tzw. negatywny aspekt *comity*). Po drugie – państwo powinno uznać prośbę innego państwa o podjęcie (lub zintensyfikowanie) na swoim terytorium procedur dotyczących ochrony konkurencji, w celu zastosowania środków prawnych dotyczących praktyk, które w istotny sposób szkodzą interesom tego pierwszego (tzw. pozytywny aspekt *comity*).

Mimo podjętych w ramach OECD wysiłków współpraca pomiędzy krajowymi organami ochrony konkurencji nie jest powszechna. Według ankiety przeprowadzonej w 2013 r. przez OECD i ICN[116]. tylko nieliczna grupa organów prowadzi taką współpracę, a przeszkody dla jej intensyfikacji mają charakter prawny lub praktyczny. OECD podkreśla

[116] Dostęp na: http://www.oecd.org/daf/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm (18 stycznia 2017 r.). Na temat ICN zob. również rozdz. 1.3.5.3.

potrzebę zmiany tego stanu rzeczy, zwracając uwagę, że już ponad 120[117] państw wprowadziło krajowe reżimy ochrony konkurencji, zaś ilość spraw antymonopolowych o charakterze transgranicznym na pewno będzie wzrastać. W takich sprawach krajowe organy muszą polegać na wsparciu swoich zagranicznych odpowiedników, jeżeli chcą zapewnić efektywne stosowanie swojego krajowego prawa.

1.3.5.2. Światowa Organizacja Handlu

Zagadnienie współpracy państw w odniesieniu do prawa ochrony konkurencji stało się też na przełomie XX i XXI w. przedmiotem prac Światowej Organizacji Handlu (ang. *World Trade Organisation* - WTO), choć polityka konkurencji nie stanowi bynajmniej pierwszorzędnego przedmiotu działania tej organizacji. W założeniu współpraca ta miała iść jeszcze dalej niż stosowanie *comity*. Na Światowym Forum Konkurencji w Davos w lutym 1992 r., Leon Brittan, ówcześnie jeden z komisarzy WE, przedstawił stanowisko WE, iż funkcjonowanie zglobalizowanej gospodarki wymaga multilaterlistycznego podejścia państw do zagadnień ochrony konkurencji. Potrzebne jest zawarcie konwencji, która kodyfikowałaby wspólne zasady i normy dotyczące polityki konkurencji. Zaproponował w związku z tym, by zbadać możliwość stworzenia takiej regulacji w ramach WTO[118]. Argumentował, iż, po pierwsze, wdrażanie krajowych regulacji dotyczących konkurencji zyskuje coraz wyraźniejszy wymiar międzynarodowy, po drugie, cel WTO, czyli liberalizacja handlu, pozostaje w bardzo ścisłym związku z dążeniem państw do efektywnego wdrażania prawa konkurencji, po trzecie, mimo różnic w konstrukcjach prawnych i instytucjonalnych stosowanych w porządkach poszczególnych państw, zauważalny jest postępujący konsensus między państwami w zakresie fundamentów prawa i polityki konkurencji[119]. Na tym samym Forum w Davos przedstawiciel USA, Joel Klein, skrytykował pomysł, by podjąć próbę stworzenia w ramach WTO konwencji ustalającej wspólne reguły dla prawa antymonopolowego. Twierdził, że jest na to za wcześnie, zaś sama WTO nie ma doświadczenia w zakresie prawa konkurencji, a nadto, że włączenie zagadnień ochrony konkurencji w polityczne negocjacje dotyczące liberalizacji handlu posłuży za pretekst

[117] Jak podaje (Skoczny 1990:91) w roku 1990 r. było to 27 państw.

[118] Porozumienie ustanawiające WTO zostało podpisane w roku 1994 r., lecz runda urugwajska negocjacji w ramach GATT, która doprowadziła do powstania WTO, toczyła się w latach 1986-1994. Członkami WTO są obecnie 164 kraje (dane z: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm, (1 września 2017 r.), w tym wszystkie państwa członkowskie UE. Polska jest członkiem WTO od 1 lipca 1995 r.. Członkiem WTO (również od 1 lipca 1995 r.) jest także UE.

[119] Wystąpienie Leona Brittana, OECD, Trade and Competition Policies 1999: 29, dostęp na: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/trade-and-competition-policies_9789264174047-en#.WH4VHX3MXIU#page7 (17 stycznia 2017 r.).

utrudniania tej liberalizacji, umożliwiając podnoszenie „sztucznych“ argumentów z dziedziny ochrony konkurencji[120].

W odpowiedzi na ww. postulat komisarza WE, Ministrowie Państw Członkowskich WTO na Konferencji Ministerialnej w Singapurze, w 1996 r., zdecydowali o powołaniu trzech nowych zespołów roboczych, z których jeden miał zajmować się prawem antytrustowym (konkurencji). Było to jedno z tzw. „nowych zagadnień”, którymi WTO postanowiła się zająć, mianowicie ustalić, jakie są relacje pomiędzy instrumentami polityki konkurencji państw oddziałującymi międzynarodowo a handlem międzynarodowym. Stanowiło to różnicę w stosunku do pierwotnych działań WTO dotyczących polityki konkurencji, te bowiem nie miały charakteru kompleksowego. Wcześniej pojedyncze odniesienia do zagadnień polityki konkurencji w dokumentach WTO ujmowane były tylko w kontekście poszczególnych zagadnień z zakresu polityki handlowej[121]. Zadanie Zespołu Roboczego ds. Handlu i Konkurencji miało charakter *stricte* naukowy – tj. miał on gromadzić i analizować informacje na temat ww. relacji. W oparciu o Deklarację Ministerialną z Doha (2001 r.) zespół skupił się na badaniu: (i) podstawowych zasad proceduralnych, w tym przejrzystości, niedyskryminacji i bezstronności postępowania, (ii) regulacji dotyczących najpoważniejszych karteli (ang. *hard core restraints*), (iii) możliwych warunków dobrowolnej współpracy państw oraz (iv) wsparcia dla stopniowego wprowadzania instytucji ochrony konkurencji w krajach rozwijających się[122].

Na forum politycznym w ramach WTO zagadnienie relacji pomiędzy polityką handlową a polityką konkurencji, jak i ewentualne podjęcie prac nad konwencją – w oparciu o efekty prac zespołu - miały być przedmiotem dyskusji i ustaleń na Konferencji Ministerialnej w Cancun (2003 r.). Powstały na tej konferencji konflikt (dotyczący kwestii subsydiów dla rolnictwa) spowodował jednak, że kwestie te zostały zdjęte z porządku obrad. W lipcu 2004 r. Rada Generalna WTO zdecydowała, że ww. zagadnienia te nie będą w dalszym ciągu stanowiły części Programu Roboczego ustalonego w Deklaracji Ministerialnej z Doha i wobec tego w ramach Rundy z Doha[123] nie będą miały miejsca żadne działania, których celem byłoby podjęcie przez państwa negocjacji dotyczących opisanych wyżej zagadnień.

[120] Wystąpienie Zastępcy Prokuratora Generalnego USA , J.L. Kleina, OECD, Trade and Competition Policies 1999: 37, dostęp na: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/trade-and-competition-policies_9789264174047-en#.WH4VHX3MXIU#page7 (17 stycznia 2017 r.).

[121] Zob. np. General Agreement on Trade in Services, artykuły VIII i XVII, dostęp na: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf, Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights, dostęp na: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (17 stycznia 2017 r.).

[122] W prace tej grupy włączyli się również przedstawiciele USA, mimo deklarowanej wcześniej niechęci do tworzenia międzynarodowych regulacji dotyczących prawa konkurencji.

[123] Runda z Doha, rozpoczęta Konferencją Ministerialną w 2001 r., wciąż nie została zamknięta.

W efekcie takiej decyzji wkrótce rozwiązano również Zespół Roboczy ds. Handlu i Konkurencji[124].

1.3.5.3. Międzynarodowa Sieć Konkurencji

Powstanie Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ang. *International Competition Network* – ICN) było efektem rekomendacji *International Competition Policy Advisory Committee* (ICPAC) – ciała powołanego w 1997 r. przez Prokurator Generalną USA, Janet Reno, i jej zastępcę, Joela Kleina. Zadaniem ICPAC było zajęcie się światowymi problemami ochrony konkurencji w kontekście globalizacji oraz koncentracja na zagadnieniach takich jak multijurysdykcyjne kontrole koncentracji przedsiębiorców, relacje pomiędzy zagadnieniami handlu i konkurencji oraz wskazanie na przyszłość kierunków kooperacji pomiędzy organami ochrony konkurencji różnych państw. W swoim końcowym raporcie, przedstawionym w lutym 2000 r., ICPAC zasugerowało powołanie nowego ciała „Globalnej Inicjatywy ds. Konkurencji" (ang. *Global Competition Initiative*), które miałoby być forum, gdzie przedstawiciele rządów, firm prywatnych i organizacji pozarządowych mogliby prowadzić konsultacje dotyczące zagadnień ochrony konkurencji w celu „zbliżenia porządków prawa konkurencji oraz analizy konkurencji, budowy wzajemnego zrozumienia i wspólnej kultury konkurencji". Na konferencji w Brukseli, w 2000 r., Joel Klein, a także Mario Monti (ówczesny Komisarz WE ds. Konkurencji) wyrazili swoje poparcie dla tej inicjatywy. Nowe forum współpracy, nazwane ostatecznie Międzynarodową Siecią Konkurencji (*International Competition Network – ICN*) zostało zawiązane w październiku 2001 r. w Nowym Jorku, podczas corocznej konferencji do spraw konkurencji (którą zorganizował *Fordham Corporate Law Institute*) przez przedstawicieli organów ochrony konkurencji z 14 jurysdykcji: Unii Europejskiej, USA, Australii, Kanady, Francji, Niemiec, Izraela, Włoch, Japonii, Korei, Meksyku, RPA, Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz Zambii. Działalnie ICN opiera się na dobrowolnej współpracy członków, która nie przybrała żadnej konkretnej formy prawnej (ICN nie powstała w wyniku zawarcia traktatu międzynarodowego przez rządy państw i nie posiada podmiotowości prawnej.) Stanowi nieformalną płaszczyznę współpracy organów ochrony konkurencji, zarówno z krajów rozwiniętych, jak i rozwijających się. Jest to jedyna międzynarodowa organizacja, której głównym przedmiotem działalności jest problematyka międzynarodowego wdrażania prawa ochrony konkurencji. Jej misją jest działanie na rzecz promowania nadrzędnych standardów i procedur w polityce

[124] Informacje pochodzą z oficjalnej strony internetowej WTO - https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/comp_e.htm (dostęp 17 stycznia 2017 r.).

konkurencji na całym świecie, formułowanie propozycji odnośnie zbliżania porządków prawnych w zakresie prawa materialnego oraz procesowego, a także poszukiwanie metod ułatwiających efektywną współpracę międzynarodową, z korzyścią dla organów będących członkami ICN, konsumentów i gospodarek z całego świata. ICN jest jedyną tego typu organizacją o zasięgu światowym. Liczy obecnie 117 członków ze 103 państw (członkiem ICN jest również Prezes UOKIK). Jest to organizacja zorientowana na znajdowanie praktycznych rozwiązań. W wyniku jej pracy powstały zalecenia co do „najlepszych praktyk" (ang. *best practices*), podręczniki dla urzędników dotyczące sposobu prowadzenia spraw, raporty, bazy danych, wzory rozwiązań legislacyjnych, zbiory zasad obowiązujących w różnych jurysdykcjach oraz inne zbiory informacji. ICN stała się dla organów ochrony konkurencji z wielu państw istotnym, choć nieformalnym, miejscem dialogu, wymiany informacji i rozwiązywania praktycznych problemów. Członkowie ICN, w ramach tzw. grup roboczych oraz za pomocą mniej sformalizowanych form kontaktu realizują określone przedsięwzięcia mające na celu zidentyfikowanie i stosowanie narzędzi, które pozwolą na ich efektywną współpracę w prowadzonych postępowaniach antymonopolowych, a w dalszej perspektywie - zidentyfikowanie wspólnych wszystkim państwom reguł rządzących ochroną konkurencji, w celu wsparcia procesu konwergencji. ICN nie ma jednak mandatu do tworzenia regulacji prawnych. Jeżeli w wyniku prac prowadzonych w ramach ICN osiągnięty zostanie konsensus – co wyraża się w przyjęciu „najlepszych praktyk" lub zaleceń- organy poszczególnych państw indywidualnie decydują, czy i w jaki sposób implementować te „normy", np. kodyfikując je w umowie międzynarodowej[125].

Bieżąca współpraca członków ICN w prowadzonych postępowaniach nie ma odrębnych podstaw w dokumentach, które stanowiłyby instytucjonalną podstawę funkcjonowania ICN. Oparta jest ona na omawianych wyżej (w rozdz. 1.3.5.1.) rekomendacjach OECD, a także na umowach międzypaństwowych (o ile zostały zawarte), które bądź to w całości poświęcone są współpracy w dziedzinie ochrony konkurencji, bądź też poświęcone są ogólniejszym zagadnieniom[126]. Podstawę współdziałania w niektórych przypadkach stanowią także odpowiednie normy prawa krajowego, dozwalające krajowym organom ochrony konkurencji na podejmowanie współpracy z ich odpowiednikami z innych państw. Skondensowaną analizę przedmiotu (zakresu), metod i poziomu efektywności

[125] Informacje pochodzą z oficjalnej strony internetowej ICN - http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/operational-framework.aspx (dostęp 17 stycznia 2017 r.) Na temat potencjalnej roli ICN w zacieśnianiu międzypaństwowej współpracy w obszarze ochrony konkurencji zob. (Dudzik 2010:319).

[126] Na ten temat zob. niżej, rozdz.1.3.6.

kooperacji pomiędzy członkami ICN zawiera jej raport z 2007 r., który identyfikuje również braki w tym zakresie i określa potrzeby odnośnie do przyszłej współpracy[127].

Współdziałanie w ramach ICN ma miejsce na różnych etapach działania organów krajowych – zarówno przed formalnym wszczęciem postępowania, jak po jego wszczęciu (tak w fazie *in rem,* jak i *in personam*) - oraz po zakończeniu postępowania. Współpraca polega w szczególności na: (i) informowaniu się o antykonkurencyjnych praktykach, oddziałujących negatywnie na rynek zainteresowanego państwa, pomocy w identyfikowaniu zaangażowanych w nie podmiotów i świadków, (ii) ogólnej dyskusji o sprawie – metodyce jej poprowadzenia, strategii (iii) ogólnej pomocy w gromadzeniu dowodów oraz koordynacji strategii zbierania dowodów – przeszukań, kontroli, przesłuchań, (iv) informowaniu się o zastosowanych sankcjach. We współpracy pomiędzy niektórymi (nielicznymi) państwami możliwe jest też (i stosowane) wydawanie nakazów udzielania informacji i dokumentów przez podmioty mające przynależność państwa wezwanego o udzielenie pomocy, jak również prowadzenie przez urzędników obcego państwa przesłuchań na obszarze państwa wezwanego o udzielenie pomocy. Takimi możliwościami dysponują tylko państwa, które zawarły umowę bilateralną „drugiej generacji" dotyczącą współpracy w dziedzinie ochrony konkurencji lub też umowę typu MLAT (zob. rozdz. 1.3.6.).

Wzmiankowany raport ICN z 2007 r. wyraźnie stwierdza, że esencję współpracy stanowi wymiana informacji o meritum spraw oraz o działaniach, jakie organ podjął (lub zamierza podjąć) w ramach prowadzonego postępowania. Wyjątkowo możliwa jest współpraca polegająca na tym, że na terytorium państwa wezwanego o udzielenie pomocy przedstawicielom obcych jurysdykcji będzie wolno wykonywać czynności mieszczące się w dziedzinie jurysdykcji egzekucyjnej (wykonawczej), jak w szczególności czynności postępowania dowodowego.

Podstawową przeszkodą zidentyfikowaną w raporcie ICN z 2007 r., są nałożone na organy ochrony konkurencji przez ich krajowe porządki prawne zakazy przekazywania pewnego rodzaju informacji, w szczególności tzw. „informacji poufnych", bądź też zakazy wykorzystywania informacji jako dowodów przez organ, któremu informacje przekazano. Istotnym postulatem zamieszczonym w raporcie jest przeto podjęcie środków w celu poprawy przepływu informacji.

[127] *International Competition Network Cartels Working Group, Subgroup 1 - general framework; Co-Operation Between Competition Agencies In Cartel Investigations, Report to the ICN Annual Conference, Moscow, May 2007*, dostęp na: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf (17 stycznia 2017 r.).

1.3.5.4. Organizacja Narodów Zjednoczonych

Zagadnienia współpracy w dziedzinie ochrony konkurencji stanowią również przedmiot prac Konferencji ONZ ds. Handlu i Rozwoju (UNCTAD). Ta agenda ONZ prowadzi Program ds. Polityki Konkurencji i Konsumentów, w ramach którego w szczególności stworzono modelową ustawę dotyczącą ochrony konkurencji. Składa się ona z części 1, będącej rodzajem przewodnika, która nie jest poddawana zmianom oraz z części 2, podzielonej na rozdziały, podlegającej okresowej rewizji i, w miarę potrzeby, zmianom.

W części „podręcznikowej" nie odniesiono się bezpośrednio do problematyki eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji. W uwagach dotyczących zakresu stosowania norm prawa konkurencji zastrzeżono jedynie, iż normy jednego państwa nie mogą być stosowane wobec działań stanowiących „akt stanu" innego suwerena. Jednakże z niektórych fragmentów tego materiału wynika jednoznacznie, iż jego autorzy akceptują konkurencję jurysdykcji w odniesieniu do międzynarodowych fuzji, co wyrażono np. w następującym stwierdzeniu: „Połączenia, przejęcia lub innego rodzaju nabycie kontroli dotyczące ponadnarodowych korporacji powinny być poddane kontroli we wszystkich krajach, w których korporacje te działają, ponieważ takie nabycie kontroli, niezależnie od tego, czy ma miejsce wyłącznie w kraju, czy również za granicą, może mieć pośredni lub bezpośredni wpływ na działalność innych składowych tego organizmu gospodarczego" [128].

Bezpośrednie odniesienia do problematyki terytorialnego zakresu jurysdykcji państw w dziedzinie ochrony konkurencji znajdują się natomiast w komentarzach do rozdziału II części 2 modelowej ustawy (której treść była ostatnio zrewidowana w roku 2010 r.). Rozdział ten nosi tytuł „Definicje i zakres stosowania"[129]. W komentarzach tych podkreśla się, że geograficzny zakres obowiązywania prawa krajowego musi respektować reguły prawa międzynarodowego publicznego i wskazuje w tym kontekście na zasadę jurysdykcji terytorialnej oraz zasadę jurysdykcji personalnej, jako na ustalone w tym względzie reguły. Wyraźnie jednak mowa jest o tym, że w odniesieniu do prawa ochrony konkurencji obecnie jest akceptowane, iż reguła terytorializmu nie wyłącza uprawnienia państwa do obejmowania zakresem przedmiotowym ustaw krajowych zachowań, które mają miejsce za granicą lecz powodują skutki na obszarze tego państwa. Taka sytuacja została określona w omawianym dokumencie UNCTAD jako „eksterytorialne stosowanie prawa konkurencji". Wyjaśniono

[128] *Model Law On Competition, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislation,* s. 24 i 54, dostęp na: http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d8_en.pdf (21 stycznia 2017 r.).

[129] *Model Law on Competition (2010) – Chapter II, Definitions and scope of application,* s. 18, dostęp na: http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L2_en.pdf (21 stycznia 2017 r.).

dalej, iż w szczególności oznacza to, że państwo może stosować swoje prawo konkurencji do fuzji, których uczestnikami są wyłącznie zagraniczni przedsiębiorcy, jak również do porozumień kartelowych zawartych poza jego granicami, lecz mających wpływ na poziom cen odpowiednich produktów na rynku krajowym. Tuż za tymi wyjaśnieniami zamieszczono następujący fragment: „Poza tymi regułami prawa międzynarodowego publicznego […] nie istnieją reguły jurysdykcji legislacyjnej uzgodnione na szczeblu międzynarodowym. Zakres, w jakim państwo stosuje swoje prawo konkurencji do zachowania mającego miejsce za granicą jest zatem w pełni zagadnieniem należącym do prawa krajowego, które jest ograniczone zasadami prawa międzynarodowego publicznego. Oznacza to, że państwa mogą również zdecydować, że nie będą eksterytorialnie stosować swoich przepisów dotyczących ochrony konkurencji".

Jak można wnosić na podstawie powyższego, w omawianym dokumencie UNCTAD wyrażono akceptację dla stosowania doktryny skutków w odniesieniu do materialnoprawnych norm publicznego prawa ochrony konkurencji[130].

Zagadnienia jurysdykcji eksterytorialnej, w tym i doktryny skutków, dotyczył również raport z 2006 r. Komisji Prawa Międzynarodowego działającej przy ONZ[131]. W raporcie tym zaproponowano strukturę potencjalnej konwencji dotyczącej międzynarodowego prawa jurysdykcji, w tym – jurysdykcji eksterytorialnej. Według tej propozycji jeden z rozdziałów miałby dotyczyć jurysdykcji opartej na doktrynie skutków. Co więcej, zgodnie z sugestią autorów tego raportu, jednostki redakcyjne niższego rzędu miałoby się odnosić, odpowiednio, do doktryny skutków w aspekcie jurysdykcji legislacyjnej (ang. *legislative jurisidiction*), sądowniczej (ang. *adjudicative jurisidiction*) i wykonawczej (ang. *enforcement jurisidiction).*

1.3.6. Konwencje dotyczące eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji

W celu uniknięcia napięć na tle ekstraterytorialnego wdrażania krajowych norm ochrony konkurencji, państwa stopniowo zaczęły zawierać (głównie) bilateralne konwencje dotyczące stosowania krajowych przepisów prawa konkurencji. W szczególności USA zawarło umowy z Kanadą (1967 r., 1995 r., 2004 r.), Niemcami (1976 r.), Australią (1982 r.,

[130] Warto dostrzec, że takie sformułowanie stanowi wyraz stanowiska przyjętego przez STSM w sprawie *Lotus*, tj, iż w braku normy prawa międzynarodowego publicznego ograniczającej zakres jurysdykcji państw w określonych sprawach, państwom przysługuje swoboda określania zasięgu swojej jurysdykcji.

[131] *Int'l L. Comm'n, Report on the work of the fifty-eighth session (2006), Annex E, Extraterritorial Jurisdiction,* s. 237 http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/annexes.pdf&lang=EFSRAC, 24 lutego 2017 r.

1999 r.), Brazylią (1999 r.), Japonią (1999 r.), Chile (2011 r.) i Kolumbią (2011 r.)[132]. Tego typu umowy zawarły też WE z USA (1991 r., 1998 r.), Kanadą (1999 r.), Japonią (2003 r.), Koreą Południową (2009 r.) oraz ze Szwajcarią (2014 r.)[133]. Nie jest łatwo ustalić, ile obecnie obowiązuje tego typu umów. Ze wzmiankowanego wcześniej raportu ICN z 2007 r. wynika, że tylko trzynaście organów ochrony konkurencji[134] podało, że zawarły (one same lub rządy ich państw) jedną lub więcej bilateralnych umów dotyczących współpracy w zakresie prawa konkurencji[135].

Istotnym krokiem w procesie wyrażania przez państwa akceptacji dla sposobu współpracy zalecanego w rezolucjach OECD było zawarcie przez USA umowy z WE, w roku 1991, dotyczącej współpracy w sprawach antymonopolowych[136].

Znacząca większość zawartych dotychczas konwencji, o ile nie wszystkie, zainspirowana została treścią rekomendacji OECD w sprawie współpracy między organami ochrony konkurencji. Choć różnią się w szczegółach, wszystkie mają podobną strukturę, jak również i istota ich postanowień jest podobna – co spowodowane jest właśnie tym, że oparto je na zaleceniach OECD z 1995 roku. Porozumienia te obejmują więc następujące zobowiązania: (i) do zawiadomienia strony porozumienia, jeżeli wdrażanie reguł konkurencji bądź inna aktywność drugiej jego strony może oddziaływać na istotne interesy państwa zawiadamianego, (ii) do koordynacji równolegle prowadzonych postępowań dotyczących tego samego naruszenia, gdy jest to „stosowne i praktyczne", (iii) do dzielenia się informacjami, aby umożliwić państwu-stronie, dla którego interesów ma to znaczenie, zajęcie stanowiska i konsultacje ze stroną zawiadamiającą, (iv) do konsultacji, których celem jest opracowanie i zastosowanie środków, które będą przeciwdziałać praktykom antykonkurencyjnym w sposób satysfakcjonujący i korzystny dla obu stron, (v) do przekazywania istotnych informacji na temat praktyk antykonkurencyjnych, z uwzględnieniem wszakże postanowień prawa krajowego dotyczących ochrony poufności

[132]Dane pochodzą z oficjalnej strony internetowej Departamentu Sprawiedliwości USA: https://www.justice.gov/atr/antitrust-cooperation-agreements (16 stycznia 2017 r.).

[133] Dane pochodzą ze strony http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral (16 stycznia 2017 r.).

[134] Były to organy ochrony konkurencji z: Australii, Brazylii, Kanady, UE, Francji, Niemiec, Izraela, Japonii, Meksyku, Nowej Zelandii, Portugalii, Rumunii i USA. USA jest obecnie stroną ośmiu takich umów, Kanada - również ośmiu, Australia - pięciu, Japonia - trzech, zaś UE – czterech. Nie oznacza ro wszakże, że są to wszystkie obowiązujące obecnie umowy. Wprawdzie członkami ICN jest 117 organów ochrony konkurencji ze 103 jurysdykcji, jednakże ankietę, która była podstawą opracowania raportu, wypełniło tylko 20 tych organów.

[135] Jak podaje raport ICN z 2007 r., wszystkie takie umowy są bilateralne, z jednym wyjątkiem, którym jest trójstronna umowa pomiędzy Australią, Kanadą i Nową Zelandią.

[136] *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws* (23.08.1991.) (Umowa pomiędzy Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki a Komisją Wspólnot Europejskich w sprawie stosowania prawa ochrony konkurencji; podpisana 23 sierpnia 1991.r.) Dz. Urz. WE 1995 L 95/47.

informacji, (vi) do stosowania reguły *comity* w ujęciu negatywnym, (vii) do stosowania reguły *comity* w ujęciu pozytywnym. Ogólnie rzecz biorąc umowy dwustronne bazujące na zaleceniach OECD stanowią wyraz woli współpracy w postępowaniach dotyczących praktyk antykonkurencyjnych. W raporcie ICN z 2007 r. tego typu umowy nazwane zostały „umowami pierwszej generacji". Ich wspólną cechą jest zastrzeżenie uprawnienia, by odmówić drugiemu sygnatariuszowi udzielenia informacji określanych zbiorczym pojęciem „informacji poufnych". Zarazem pojęcie „informacje poufne" nie ma ściśle określonego zakresu znaczeniowego i w każdym państwie oznacza co innego. „Umowy pierwszej generacji" od „umów drugiej generacji" ma odróżniać to, iż te ostatnie przewidują również wymianę „informacji poufnych" pomiędzy organami ochrony konkurencji państw-sygnatariuszy. Jednakże jedyną taką umową pozostającą w mocy jest Układ o Wzajemnej Pomocy we Wdrażaniu Prawa Konkurencji, zawarty w 1999 pomiędzy USA i Australią (ang. *Antitrust Mutual Enforcement Assistance Agreement* - AMEAA). AMEAA dekretuje obowiązek wzajemnej pomocy w postępowaniach antymonopolowych, polegającej na nakładaniu zobowiązań do przedstawienia dokumentów i odbierania zeznań od świadków, w celu wykorzystania w postępowaniu prowadzonym przez jurysdykcję zwracającą się o pomoc. Przewidziane przez AMEAA formy współpracy obejmują: (i) ujawnianie i wymianę informacji lub dowodów pozostających w posiadania organu ochrony konkurencji, (ii) odbieranie zeznań od poszczególnych osób, (iii) uzyskiwanie dokumentów na prośbę organu ochrony konkurencji drugiego państwa-strony, (iv) prowadzenie przeszukań i dokonywanie zatrzymań. Stronom Układu nie wolno odmówić udzielenia informacji, za wyjątkiem sytuacji, gdy byłoby zakazane przez prawo, bądź też stało w sprzeczności z interesem publicznym.

Zupełnie inną kategorią umów są traktaty o wzajemnej pomocy prawnej (*Mutual Legal Assistance Treaties* - MLATs). Dotyczą one współpracy w sprawach karnych i stanowią podstawę współdziałania tych organów ochrony konkurencji, w których praktyki antykonkurencyjne są traktowane jako przestępstwa[137]. Zwykle MLATs przewidują następujące obowiązki po stronie państwa udzielającego pomocy: (i) odbieranie zeznań i oświadczeń na obszarze swojej jurysdykcji, na potrzeby postępowania prowadzonego przez stronę zwracającą się o pomoc, (ii) obsługę procesu wzywania do stawienia się w celu wzięcia udziału w czynnościach urzędowych, (iii) uzyskiwanie dokumentów lub w inny sposób utrwalonych treści, znajdujących się na obszarze swojej jurysdykcji, (iv) prowadzenie

[137] Z raportu ICN z 2007 r. wynika, że współpracę o umowy typu MLATs w postępowaniach antymonopolowych mogły prowadzić organy ochrony konkurencji z 6 spośród ankietowanych państw, tj. Australia, Brazylia, Kanada, Izrael, Szwajcaria i USA.

przeszukań i dokonywanie zatrzymań na prośbę drugiej strony, (v) „udzielanie innych form pomocy, jeżeli nie jest to zakazane przez prawo państwa, do którego zwrócono się o pomoc lub niezgodne z celami traktatu". Państwu, do którego zwrócono się o pomoc zwykle nie wolno odmówić jej udzielenia, chyba że zadośćuczynienie prośbie: (i) zagrażałoby jego suwerenności, bezpieczeństwu lub istotnym interesom, (ii) byłoby sprzeczne z istotną polityką publiczną, (iii) dotyczyłoby naruszenia prawa mającego charakter polityczny, (iv) dotyczyłoby naruszenia prawa mającego charakter militarny, lecz nie karny, (v) mogłoby zakłócić prowadzone przez nie postępowanie karne, (vi) dotyczyłoby sprawcy, przeciwko któremu postępowanie nie może być prowadzone po raz drugi ze względu na uprzednie skazanie go w tym państwie za czyn ścigany przez państwo zwracające się o pomoc.

Warto dostrzec, iż wśród uregulowanych w ww. umowach form współpracy nie ma bynajmniej zobowiązań do wzajemnego uznawania i wykonania na swoim terytorium orzeczeń wydanych w sprawach antymonopolowych przez drugie państwo-stronę, w tym – zobowiązań do wyegzekwowania kary pieniężnej, którą nakładałyby takie orzeczenia.

Polska do dnia dzisiejszego nie zawarła żadnej umowy dotyczącej współpracy w dziedzinie ochrony konkurencji[138].

1.4. Podsumowanie

Przedstawione uwagi pozwalają uzmysłowić sobie, że zagadnienie zakresu jurysdykcji państw nie zostało jeszcze w prawie międzynarodowym publicznym wystarczająco jasno i jednoznacznie uregulowane. Wiele instytucji jest wciąż *in statu nascendi.* Łączniki jurysdykcyjne są niezwykle „plastyczne", a nadto nie obowiązuje aktualnie żadna ich hierarchia[139]. Wprawdzie można spotkać się z twierdzeniem, jakoby zasada terytorialna była regułą, zaś pozostałe zasady jurysdykcyjne wyjątkami, ale nie jest to powszechne mniemanie (Ryngaert 2006:132). Nie istnieje norma prawa międzynarodowego publicznego, która zabraniałaby państwom ustanawiać własną jurysdykcję konkurencyjną wobec jurysdykcji innych państw, w stosunku do tej samej sytuacji (zdarzenia, stanu faktycznego). Nie ma też żadnego prawnego nakazu, aby przy określaniu zakresu własnej jurysdykcji państwo miało kierować się regułą rozsądku i tym samym nie tworzyć (nie

[138] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest wszakże członkiem międzynarodowych gremiów, których przedmiot działania stanowi ochrona konkurencji Na temat form współpracy międzynarodowej podejmowanych przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zob. https://uokik.gov.pl/wspolpraca_miedzynarodowa.php.

[139] Na temat prób uporządkowania hierarchii zasad kompetencyjnych zob. (Płachta 2010 : 19).

stosować) norm odnoszących się do zdarzeń, które z państwem tym nie mają żadnego związku. W doktrynie mówi się wprawdzie o „prawnie relewantnym styku" (ang. *the legally relevant point of contact),* czy też o „dostatecznym powiązaniu" (ang. *sufficient connecting link*) pomiędzy państwem tworzącym regulację, a zdarzeniem, którego regulacja ta dotyczy, lecz określa się go jako stan, gdy zdarzenie ma „bliski", ale nie koniecznie „najbliższy" związek z państwem roszczącym pretensje do jurysdykcji. Takie podejście daje szerokie pole do powstawania konfliktów kompetencyjnych.

Korzystanie z łączników jurysdykcyjnych innych niż terytorium (jak też różnorodność podejść do łącznika terytorium) ma swoje dobre i złe strony. *In plus* z pewnością należy zaliczyć eliminowanie *vacuum iuris*- sytuacji, w której żadne państwo nie miałoby jurysdykcji. Jednak z drugiej strony - zachodzi zjawisko „nakładania się" na siebie zakresów kompetencji państw, co stanowi potencjalne zarzewie konfliktów jurysdykcyjnych – zarówno jednozasadowych, jak i wielozasadowych[140]. Aby przywołać najbanalniejszy przykład - jeśli obywatel państwa X popełni w państwie Y przestępstwo, w którym pokrzywdzonym będzie obywatel państwa Z, jurysdykcję mogą mieć wszystkie trzy państwa - odpowiednio w oparciu o zasadę terytorialną, personalną czynną oraz personalną bierną. Co więcej – jeżeli czyn jest tego rodzaju, że podlega jurysdykcji uniwersalnej, każdemu innemu państwu przysługuje jurysdykcja. Konflikty jurysdykcyjne rodzą zaś niebezpieczeństwo powstania konfliktów międzynarodowych o charakterze politycznym.

Jak zauważa (Płachta 2010: 6) w dziedzinie jurysdykcji dało się zauważyć rozluźnienie sztywnych wcześniej zasad dzięki dwom zjawiskom: po pierwsze, odrzuceniu bardzo ciasno pojmowanej suwerenności, po drugie - odchodzeniu od traktowania terytorialnej podstawy jurysdykcyjnej jako wyłącznej i optymalnej. Owo rozluźnienie oznacza w szczególności odejście od zasady terytorializmu i stopniowe akceptowanie jurysdykcji eksterytorialnej opartej na różnych łącznikach, tj. zasadach: narodowej, ochronnej lub uniwersalnej, a także na doktrynie skutków. Pretensje do wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej (w szerokim znaczeniu) uzasadniane są zwykle „jakimś" interesem. W przypadku zasady personalnej biernej będzie to interes państwa w udzielaniu ochrony własnym obywatelom, w przypadku zasady ochronnej przeciwdziałanie zagrożeniu „usprawiedliwionych interesów państwa", zaś jurysdykcja uniwersalna służyć ma ochronie „zasad i wartości uznawanych przez społeczność międzynarodową". Jurysdykcja oparta na doktrynie skutków ma z kolei chronić interes państwa polegający na tym, by mogło ono

[140]Szerzej na ten temat zob. (Płachta, 2010: 11, Ryngaert 2006:132).

efektywnie kształtować swoją politykę gospodarczą i handlową (Banasiński 2015:174) co jest jednym z aspektów suwerenności- eliminując ewentualne zagrożenia dla realizacji postawionych w tym obszarze celów.

Niezależnie od tego, w jaki sposób zdefiniowano by „interes" zasługujący na ochronę i uzasadniający eksterytorialne pretensje legislacyjne państwa, jako kontrargumenty zawsze podnoszone są racje wywodzone z suwerenności innych państw, sprowadzające się do ich prawa do niezależnego samostanowienia. Jurysdykcja eksterytorialna zawsze bowiem wkracza w wyłączne uprawnienie państwa *locus delicti* do określenia, jakie standardy zachowań są akceptowane na jego terytorium, a jeśli sprawa dotyczy zagadnienia „wrażliwego" z punktu widzenia polityki (w tym – gospodarczej), pretensje do wykonywania jurysdykcji ochronnej mogą pośrednio wskazywać na zamiar osądzenia działań innego państwa, a tym samym stanowić próbę podważenia jego politycznej niezależności. W dziedzinie prawa antymonopolowego dobrym przykładem sytuacji, w której może zaistnieć konflikt na tle realizowania polityki gospodarczej jest ściganie przez organy jednego państwa karteli, które działają za przyzwoleniem władz innego państwa, a nawet są przez nie popierane.

W ostatnim czasie, w dyskursie nad prawem antymonopolowym akcentuje się wspólny interes społeczności międzynarodowej w zapewnieniu właściwego funkcjonowania konkurencji w procesie transgranicznej (globalnej) wymiany handlowej, co z pewnością stanowi dobry punkt wyjścia do poszukiwań rozwiązań, które uwzględnią słuszne interesy wszystkich zainteresowanych stron.

Zagadnienie eksterytorialnego stosowania krajowych (wewnętrznych) norm prawa antymonopolowego, w tym problematyka legalności doktryny skutków, zajmuje ważne miejsce w dyskusji o regułach jurysdykcji w prawie międzynarodowym. Nie jest łatwo odpowiedzieć na pytanie, czy obowiązującą normą prawa międzynarodowego publicznego jest obecnie uprawnienie państwa do wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej w sprawach antymonopolowych w oparciu o doktrynę skutków, tj. w oparciu o łącznik wystąpienia na obszarze *forum* niematerialnych (antykonkurencyjnych) skutków zachowania podjętego za granicą. Jeszcze trudniej określić, jaki dokładnie jest uznany przez prawo międzynarodowe publiczne zakres wykonywania jurysdykcji opartej o łącznik wystąpienia skutków, tj. czy mogą to być dowolne skutki, czy też w jakiś sposób kwalifikowane oraz jak ścisły ma być związek przyczynowy pomiędzy „zagranicznym" zdarzeniem a „krajowymi" skutkami (ile „ogniw" może liczyć łańcuch przyczynowo- skutkowy). Co do tej drugiej kwestii – wydaje się, że nie dojrzała ona jeszcze do jednoznacznego rozstrzygnięcia. W orzecznictwie organów

UE i USA na przestrzeni lat pojawiały się różne ujęcia tej problematyki (zob. rozdz. 2). Jednak, jak podnosi się w literaturze, te aspekty doktryny skutków nie doczekały się jeszcze jednolitej konceptualizacji.

Co się tyczy samej legalności doktryny skutków, brak jest orzecznictwa międzynarodowych sądów (poza organami sądowniczymi UE i jej poprzedników prawnych), które stanowiłyby źródło tej koncepcji. Doktryna skutków, tak, jak jest rozumiana współcześnie w dziedzinie prawa ochrony konkurencji, odbiega wszak od łącznika wystąpienia skutków fizycznych na obszarze *forum*, które były przedmiotem rozważań STSM w sprawie *Lotus*. Można natomiast uznać, że „w ogólności", dopuszczalność oparcia jurysdykcji na łączniku, jakim jest występowanie na terytorium *forum* ekonomicznych reperkusji zachowań podjętych za granicą (w tym i takich, w których nie uczestniczyły podmioty mające przynależność państwa *forum*) została zaakceptowana zarówno przez międzynarodową społeczność państw, jak i przez przedstawicieli nauki (choć niechętnie).

Wielu „posiadających najwyższe kwalifikacje pisarzy różnych narodów" bardzo ostrożnie wyraża akceptację dla doktryny skutków, nieustannie podnosząc wobec niej różne zastrzeżenia. Należałoby raczej powiedzieć, że przedstawiciele doktryny pogodzili się z faktem, że ta zasada jurysdykcyjna jest stosowana w porządkach krajowych i wobec tego ciężar podejmowanych przez nich rozważań przeniósł się z zagadnienia legalności doktryny skutków na problematykę, w jaki sposób powinna wyglądać współpraca państw, aby nadać tej doktrynie ostateczny kształt (powszechnie uznawany zakres) oraz zapewnić efektywne wdrażanie krajowych norm prawa konkurencji w sprawach dotyczących transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych, unikając przy tym konfliktów jurysdykcyjnych. Zwraca się zwłaszcza uwagę, że w ramach współpracy państw potrzebne jest wprowadzenie zharmonizowanych standardów uznawania i wykonywania orzeczeń wydanych przez krajowe organy w sprawach antymonopolowych. W wystąpieniach doktrynalnych widoczne też jest zrozumienie dla pragmatycznego problemu, polegającego na tym, że zrezygnowanie z możliwości traktowania skutku jako łącznika jurysdykcyjnego znacznie obniżyłoby efektywność prawa antytrustowego.

Postulowana przez akademików współpraca na arenie międzynarodowej została podjęta na wielu polach. Nie dotyczy ona tylko wąsko ujętego zagadnienia ustalenia miejsca doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w prawie międzynarodowym publicznym, ale raczej generalnego poprawienia skuteczności transgranicznego oddziaływania krajowych nom prawa antymonopolowego.

W swoich zaleceniach OECD zachęca państwa do stosowania swoich norm

krajowych do transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych, ale jednocześnie nakazuje wzajemne poszanowanie suwerenności oraz promuje współpracę państw w dziedzinie prawa konkurencji poprzez stosowanie *comity* w wariancie pozytywnym i negatywnym. Zaleca także zawieranie umów dotyczących współpracy w postępowaniach antymonopolowych.

Z kolei (przerwane) prace w ramach WTO opierały się na podejściu multilateralistycznym, zmierzając do kodyfikacji w konwencji norm dotyczących ochrony konkurencji. W podobnym kierunku idzie działalność ICN, zmierzająca do zidentyfikowania wspólnych wszystkim państwom reguł rządzących ochroną konkurencji, w celu wsparcia procesu współpracy państw we wdrażaniu krajowych reguł ochrony konkurencji w sprawach transgranicznych oraz konwergencji tych reguł w wymiarze ogólnoświatowym. Konwergencji sprzyjać też może modelowa ustawa stworzona przez UNCTAD.

Jeżeli natomiast chodzi o legalność samej doktryny skutków jako łącznika jurysdykcyjnego w prawie międzynarodowym publicznym, w dokumentach instytucji międzynarodowych rzadko można spotkać wyraźne odniesienia do tego zagadnienia. Akceptację dla stosowania przez państwa doktryny skutków - nie tylko w odniesieniu do porozumień antykonkurencyjnych, ale także do koncentracji przedsiębiorców - wyrażono w komentarzach do ww. modelowej ustawy UNCTAD. Nadto, w raporcie Komisji Prawa Międzynarodowego działającej przy ONZ, z 2006 r., dostrzeżono, że państwa uznają tę doktrynę oraz zaproponowano projekt struktury konwencji dotyczącej jurysdykcji. W projekcie tym jeden z podrozdziałów odnoszących się zasad jurysdykcyjnych zatytułowano „doktryna skutków".

W dostępnych dokumentach dotyczących prac organizacji międzynarodowych nie ma jednak takich, które wskazywałyby na podjęcie prac zmierzających do zaproponowania szczegółów „zawartości normatywnej" tej doktryny, tj. zwłaszcza uregulowania zagadnienia kwalifikowanego charakteru skutków zaistniałych w państwie *forum* czy też kwestii „długości łańcucha przyczynowości" pomiędzy zdarzeniem a skutkami, które to okoliczności mogłyby stanowić ewentualne ograniczenia stosowania doktryny skutków.

Z kolei współpraca państw w postępowaniach dotyczących praktyk antykonkurencyjnych opiera się głównie na umowach bazujących na zaleceniach OECD (które – przypomnijmy - nie rozstrzygają zagadnienia legalności doktryny skutków). Punkt ciężkości współpracy opartej na takich konwencjach stanowi wymiana pomiędzy krajowymi organami ochrony konkurencji informacji o praktykach, które mogą zniekształcać konkurencję w zainteresowanych jurysdykcjach. Wyjątkowo tylko zawarte przez państwa traktaty umożliwiają współpracę obejmującą uprawnienie do wykonywania przez urzędników

państwa zwracającego się o pomoc czynności procesowych na obszarze drugiego państwa-strony. Z zasady więc, aby zapewnić eksterytorialną skuteczność krajowym normom przeciwdziałającym praktykom antykonkurencyjnym państwa zmuszone są korzystać z pomocy drugiej strony porozumienia. Wzmiankowane wyżej „rozluźnienie" podejścia do łączników jurysdykcyjnych, polegające na wzmożonej akceptacji dla łączników umożliwiających eksterytorialne sprawowanie jurysdykcji, nie rozciąga się więc w praktyce na jurysdykcję wykonawczą (egzekucyjną). Umowy o pomocy w zakresie wdrażania krajowych norm prawa konkurencji nie przewidują uznawania ani wykonywania orzeczeń wydanych w sprawach dotyczących praktyk antykonkurencyjnych przez drugie państwo-stronę. Innymi słowy - aby wdrożyć krajowe prawo dotyczące sytuacji o charakterze transgranicznym państwa są zmuszone ograniczyć się do środków krajowych. W szczególności - orzeczenia zasądzające kary pieniężne lub grzywny mogą być wykonywane tylko na majątku znajdującym się na terytorium państwa *forum*, albo we współpracy z państwem, na którego terytorium taki majątek się znajduje. Analiza rozwiązań legislacyjnych przyjętych w międzypaństwowych traktatach nie daje wielu wskazówek co do tego, czy doktryna skutków uznawana jest przez ich strony za legalny łącznik jurysdykcyjny w sprawach antymonopolowych.

Przedstawiona wyżej analiza pozwala stwierdzić, że źródłem doktryny skutków jest przede wszystkim międzynarodowy zwyczaj –jednostronna praktyka państw uznawana przez nie za działanie zgodne z obowiązującym prawem. Przeanalizowanie, w jaki sposób wszystkie państwa rozstrzygają sprawy antymonopolowe obejmujące element transgraniczny oraz czy działanie swoje uznają za oparte na normie prawa międzynarodowego jest w zasadzie niemożliwe (choćby nawet z tego powodu, że nie wszystkie państwa wprowadziły w swoich porządkach prawnych normy z dziedziny ochrony konkurencji). Nie jest to też jednak konieczne, by ustalić, czy skrystalizowała się już norma uznająca doktrynę skutków za legalny łącznik jurysdykcyjny. Dla powstania zwyczajowej normy prawa międzynarodowego nie jest bowiem konieczne, by wszystkie państwa aktywnie stosowały daną praktykę, uznając za prawo. Wystarczy, że czynią tak niektóre z nich, a pozostałe konsekwentnie nie zgłaszają protestu przeciwko takiemu zachowaniu (Ryngaert 2006:267). Zagadnienie obecności doktryny skutków w zwyczaju międzynarodowym będzie przedmiotem analizy w rozdziale 2.

Rozdział 2
Doktryna skutków w prawie ochrony konkurencji UE oraz USA. Geneza, ewolucja, stan obecny.

2.1. Uwagi wprowadzające

W rozdziale poprzedzającym przeanalizowano miejsce doktryny skutków w różnych źródłach prawa międzynarodowego publicznego. Przeprowadzone dotychczas badania pokazały, że jej podstawowe źródło stanowi zapewne międzynarodowy zwyczaj. Obecność doktryny skutków w zwyczaju międzynarodowym będzie wobec tego przedmiotem dalszej analizy w rozdziale niniejszym. Analiza ta zostanie przeprowadzona w oparciu o orzecznictwo organów UE i USA. Dobór ten nie jest przypadkowy. Te właśnie podmioty prawa międzynarodowego najdłużej posługują się tą zasadą jurysdykcyjną. Zbadanie ich dorobku orzeczniczego pozwoli na zaprezentowanie genezy i ewolucji doktryny skutków oraz jej aktualnego stan rozwoju. Prześledzenie tego dorobku posłuży nie tylko na zbadaniu, czy doktrynę skutków za legalny łącznik jurysdykcyjny uważają UE i USA. Możliwe będzie również zaprezentowanie reakcji innych państw na jej stosowanie na przestrzeni lat, co pozwoli ocenić ich stosunek do doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej. .

W pierwszej kolejności zostanie zaprezentowany dorobek UE (jej poprzedników prawnych), jako ten, pod którego wpływem ukształtowało się polskie publiczne praw ochrony konkurencji i które szeroko oddziałuje na kształt norm prawa konkurencji pozostałych państw członkowskich[141]. Następnie zaprezentowane zostanie orzecznictwo USA. W toku analizy doświadczeń każdego tych porządków prawnych czynione będą odwołania do drugiego z nich, by unaocznić ich wzajemne oddziaływanie na przestrzeni dziesięcioleci.

[141] Nt. konwergencji norm prawa antymonopolowego w porządkach prawnych państw członkowskich UE zob. rozdz. 3.7.

2.2. Powstanie i rozwój doktryny skutków w orzecznictwie organów Unii Europejskiej

2.2.1. Podstawy traktatowe postępowań antymonopolowych i pierwsze rozstrzygnięcia

Ze względu na ryzyko wystąpienia na rynku wewnętrznym praktyk ograniczających konkurencję, przeciwdziałanie im stało się dla Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej zasadniczą kwestią, czego wyrazem było wprowadzenie do Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą[142] (dalej: Traktat EWG) artykułów 85 i 86. Przepisy te zakazywały stosowania praktyk antykonkurencyjnych, tj. zawierania porozumień zakłócających konkurencję (art. 85) oraz nadużywania pozycji dominującej (art. 86). Artykuł 85 stanowił iż: „1. Niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku, a w szczególności te, które polegają na: a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji, b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji, c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia, d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji, e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów; 2. Porozumienia lub decyzje zakazane na mocy niniejszego artykułu są nieważne z mocy prawa.” W ustępie 3 cytowanego przepisu wskazano kategorie porozumień, które mogą zostać wyłączone spod zakazu. Z kolei art. 86 zakazywał nadużywania pozycji dominującej, stanowiąc, że: „Niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na wspólnym rynku lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi. Nadużywanie takie może polegać w szczególności na: a) narzucaniu w sposób bezpośredni lub pośredni niesłusznych cen zakupu lub sprzedaży albo innych niesłusznych warunków transakcji, b) ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów, c) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych

[142] Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (obecnie: Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej) Dz. U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.

warunków konkurencji, d) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.". Pieczę nad przestrzeganiem tych przepisów poruczono Komisji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (dalej również jako Komisja lub KE[143]). W kolejno obowiązujących traktatach zmieniała się jedynie numeracja przepisów ustanawiających zakazy stosowania praktyk antykonkurencyjnych. Były to art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską[144] (dalej: TWE), zaś obecnie, w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej[145] (dalej: TFUE) są to artykuły 101 i 102. Brzmienie przepisów pozostawało niezmienione.

Geograficzny zasięg obowiązywania prawa EWG był wyznaczony przez granice terytoriów państw członkowskich. Prawo to znajdowało zatem zastosowanie na obszarach pozostających pod władzą suwerenną tych państw (art. 227 Traktatu EWG[146]). Mimo tej, zdawałoby się jasnej, normy, określenie zasięgu stosowania art. 85 i art. 86 Traktatu EWG w aspekcie przestrzennym okazało się od początku niezbędne w praktyce orzeczniczej Komisji. Choć przywołane przepisy nie stanowiły o tym *expressis verbis*, KE nie miała większych wątpliwości, iż sformułowania w nich użyte przyznają jej jurysdykcję dotyczącą praktyk powodujących antykonkurencyjne skutki na terytorium Wspólnoty, niezależnie od tego, gdzie praktyki te miały miejsce i jaka jest przynależność państwowa przedsiębiorców w nie zaangażowanych. Tak przynajmniej można wnosić z decyzji, w których Komisja udzielała wyłączeń indywidualnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wydawanych w oparciu o art. 2 Rozporządzenia 17/62[147]. Od pierwszych lat obowiązywania Traktatu EWG Komisja wydała wiele takich decyzji, odnoszących się do umów, których stronami byli zarówno przedsiębiorcy mający siedzibę w państwach członkowskich, jak i poza nimi. W decyzjach tych problematyka geograficznego zasięgu jurysdykcji Komisji oraz podstaw tej jurysdykcji, z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego, nie była jednak przedmiotem szczegółowych rozważań. Opierając się wprost na sformułowaniu art. 85 ust. 1 Traktatu EWG Komisja badała, czy wykonywanie umów, przedłożonych jej

[143] Od wejścia w życie Traktatu ustanawiającego Jedną Radę i Jedną Komisję Wspólnot Europejskich, tj. od 1 lipca 1967 r., organ ten nosił nazwę „Komisja Wspólnot Europejskich", zaś od wejścia w życie Traktatu o Unii Europejskiej (Traktatu z Maastricht) – 1 listopada 1993 r.- „Komisja Europejska".

[144] Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Traktat z Nicei) wszedł w życie 1 lutego 2003 r., tekst skonsolidowany: Dz. Urz. UE 2006 C 321 E/37.

[145] Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (d. Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą) Dz. U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.

[146] Odpowiednikiem tego przepisu następnie był art. 299 TWE, a obecnie jest to art. 355 TFUE w zw. z art. 52 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE 2016 C 202/13.

[147] Rozporządzenie EWG 17/62 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 85 i 86 Traktatu, Dz. Urz. WE 1962 P 13/204

w celu udzielenia indywidualnego wyłączenia, może wywoływać skutki na wspólnym rynku. W niektórych sprawach – jak np. w decyzji wydanej na wniosek przedsiębiorcy Mertens & Straet, z siedzibą w Belgii, dotyczącej udzielenia wyłączenia indywidualnego umowie zawartej przez niego ze spółką z USA, Bendix Corporation[148], Komisja wyraźnie zaznaczała, że okoliczność, iż ta druga ma siedzibę poza Wspólnotą pozostaje bez znaczenia, skoro skutki analizowanej umowy mogą być odczuwalne na wspólnym rynku. Uwagi odnośnie podstaw jurysdykcji ograniczały się jednak do takiej właśnie konstatacji. W innych sprawach-jak w tej z wniosku francuskiej spółki Grosfillex, dotyczącej jej umowy ze szwajcarską firmą Filistorf[149]-ze sformułowań zawartych w decyzji wynikało, iż Komisja dostrzegała, że jedna ze stron porozumienia ma siedzibę poza terytorium Wspólnoty, jednak nie podejmowała w związku z tym żadnych rozważań odnośnie do zakresu swojej jurysdykcji z punktu widzenia relacji międzynarodowych. W uzasadnieniach jeszcze innych decyzji w ogóle pomijano zagadnienie, gdzie zlokalizowane są siedziby stron porozumienia, niezależnie od tego, czy byli to przedsiębiorcy z Europy (z państw niebędących członkami EWG)[150], czy z całego świata[151].

Prawidłowość wytyczenia terytorialnego zasięgu jurysdykcji Wspólnoty określonego przez Komisję w tych decyzjach nie była jednak weryfikowana przez ETS. Podmioty, które zwracały się o udzielenie indywidualnego wyłączenia, uznawały *a priori*, jak można się domyślać, jurysdykcję Komisji (w przeciwnym razie nie kierowałoby do niej wniosku), zaś uzyskawszy takowe, nie miały powodu, by składać odwołanie od takiej decyzji.

ETS po raz pierwszy miał możliwość wypowiedzenia się co do terytorialnego zasięgu jurysdykcji Wspólnoty w sprawie *Béguelin Import Co.*[152], w roku 1971. Wyrok w tej sprawie został wydany w odpowiedzi na pytania prejudycjalne złożone przez francuski

---

[148] Decyzja Komisji z 1 czerwca 1964 r., *Mertens & Straet - Bendix Corporation*, sprawa IV-A/12.868, Dz. Urz. WE 1964 P 92/1426.

[149] Decyzja Komisji z 11 marca 1964 r, *Grosfillex-Fillistorf*, sprawa IV/A-00061, Dz. Urz. WE 1964 P 58/915.

[150] Decyzja Komisji z 30 lipca 1964 r., *Nicholas Freres - Vitapro*, sprawa IV/A-00095, Dz. Urz. WE 1964 P 136/2287, decyzja Komisji z 13 marca 1969 r., *European Machine Tool Exhibition*, sprawa IV/93, Dz. Urz. WE 1969 L 69/13.

[151] Decyzja Komisji z 27 czerwca 1967 r., *Transocean Marine Paint Association*, sprawa IV/223, Dz. Urz. WE 1967 P 163/10. Była to decyzja wydana na wniosek stowarzyszenia Transocean Marine Paint Association, które miało być zarejestrowane w Holandii pod warunkiem, że jego statut uzyska od Komisji indywidualne wyłączenie. Członkami stowarzyszenia byli przedsiębiorcy mający siedziby w państwach członkowskich Wspólnoty, ale również w Wielkiej Brytanii, Norwegii, Szwecji, Hongkongu, Singapurze, na Filipinach, w Australii, USA i Panamie. Po dokonaniu pierwotnego zgłoszenia statutu Komisja uznała, że pewne jego postanowienia pozostają w sprzeczności z zakazem wyrażonym w art. 85 ust. 1 Traktatu i zaleciła ich zmianę. Dopiero po wprowadzeniu zmian udzieliła indywidualnego wyłączenia.

[152] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 25 listopada 1971 r., *Béguelin Import v. G.L. Import Export.*, sprawa 22/71, Zb. Orz. 1971 – 949.

Tribunal de Commerce z Nicei. Istotą pytań francuskiego sądu była dopuszczalność umów o wyłączną dystrybucję w świetle art. 85 ust. 1 i ust. 3 Traktatu EWG. Jednakże, z uwagi na fakt, że stroną takiej umowy w sprawie rozpoznawanej w postępowaniu głównym był przedsiębiorca japoński (producent, który udzielił europejskim spółkom przywileju wyłączności terytorialnej), francuski sąd nabrał wątpliwości, czy przepis art. 85 ust. 1 w ogóle stosuje się do tej umowy. Analizując to zagadnienie Trybunał stwierdził, że „aby porozumienie było niezgodne ze wspólnym rynkiem oraz zabronione przez art. 85 ust. 1 Traktatu, musi to być porozumienie, które może mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi i mieć za swój cel lub skutek zakłócenie konkurencji na wspólnym rynku (…). Fakt, że *jeden z przedsiębiorców* [podkr. M.U.-A.], którzy są stroną takiego porozumienia *ma siedzibę w państwie trzecim* [podkr. M.U.-A.] nie wyłącza stosowania tego przepisu, skoro porozumienie to *wywołuje skutki* [podkr. M.U.-A][153] na terytorium stanowiącym część wspólnego rynku". Jak wskazuje (Saganek 1997: 44), użycie takiego sformułowania wzbudziło w doktrynie istotne wątpliwości, czy za łącznik jurysdykcyjny uznana została przynależność państwowa drugiej strony umowy (przedsiębiorca z państwa członkowskiego), czy też jednak miejsce wystąpienia skutków porozumienia.

Ostatecznie odpowiedź Trybunału udzielona francuskiemu sądowi została sformułowana następująco: „Porozumienie o wyłącznej dystrybucji pomiędzy producentem podlegającym prawu państwa trzeciego a dystrybutorem z siedzibą na obszarze wspólnego rynku podlega zakazowi nałożonemu przez art. 85 Traktatu w przypadkach gdy *de iure* lub *de facto* uniemożliwia dystrybutorowi reeksportowanie produktów będących przedmiotem porozumienia do innych państw członkowskich lub uniemożliwia import tych produktów z innych państw członkowskich na obszar objęty ochroną oraz ich dystrybucję na tym obszarze przez podmioty inne niż wyłączny dystrybutor lub jego klienci". Stanowisko to nie zostało bliżej uzasadnione.

[153] Językiem autentycznym orzeczenia był francuski. Użyte tam sformułowanie brzmiało „ (…) l'accord produit ses effets sur le territoire du marche commun"- co odpowiada ww. tłumaczeniu. Z kolei na niemiecki przetłumaczono to jako „wenn die Wirkungen der Vereinbarung sich auf das Gebiet des Gemeinsamen Marktes erstrecken" („jeśli skutki porozumienia rozciągają się na obszar wspólnego rynku"), zaś na angielski: „if the agreement is operative on the territory of the common market" („jeśli porozumienie funkcjonuje na obszarze wspólnego rynku"). Sformułowanie użyte w wersji angielskiej różni się więc wyraźnie od tych użytych w wersji francuskiej i niemieckiej. Niezwykle trudno stwierdzić, czy w warstwie semantycznej można je uznać za tożsame z nimi. Opierając się na angielskiej wersji językowej (Saganek 1997:44) wskazuje, iż „Trybunał posługując się kryterium >>funkcjonowania<< porozumienia w obrębie Wspólnoty, dał do zrozumienia ścisły związek tego porozumienia z obszarem prawnym EWG".

Również Komisja oraz rzecznik generalny[154], składający opinie w tej sprawie, przedstawili pogląd, iż okoliczność, że dostawca jest przedsiębiorstwem utworzonym w oparciu o prawo państwa trzeciego pozostaje bez znaczenia. Podobnie jak Trybunał, organy te nie wyjaśniły bliżej swego stanowiska. Komisja odwołała się jedynie do (wzmiankowanej wyżej) sprawy *Bendix-Mertens & Straet* (w której bynajmniej nie roztrząsała wnikliwie międzynarodowoprawnych podstaw swej jurysdykcji). Z kolei rzecznik generalny wskazał na rozstrzygnięcie w sprawie *Sirena*[155]. W orzeczeniu tym, według rzecznika, Trybunał miał wskazać, że „sąd krajowy winien rozważyć kwestię, czy art. 85 ust. 1 Traktatu stosuje się do umowy zawartej pomiędzy przedsiębiorcą amerykańskim a przedsiębiorcą mającym siedzibę na wspólnym rynku."[156]. W orzeczeniu w sprawie *Sirena* nie znajdziemy jednak rozważań na temat terytorialnego zasięgu jurysdykcji Wspólnoty, zaś okoliczności, że stroną umowy udzielającą licencji patentowej był przedsiębiorca amerykański nie poświęcono w tym orzeczeniu istotnej uwagi.

2.2.2. Kolejne kluczowe rozstrzygnięcia

2.2.2.1. Doktryna *single economic unit* jako narzędzie jurysdykcji eksterytorialnej (sprawa *Imperial Chemical Industries I*)

Pierwszym postępowaniem dotyczącym naruszenia zakazów ujętych art. 85 Traktatu, w którym Trybunał zajmował się kwestią terytorialnego zakresu jurysdykcji Wspólnoty, była sprawa *Imperial Chemical Industries I* (zwana również *ICI I* lub *Dyestuffs*)[157]. Sprawa dotyczyła kartelu cenowego na rynku barwników (tzw. „kartelu barwnikowego"). Działalność kartelu miała miejsce pomiędzy styczniem 1964 r. a październikiem 1967 r. W uzgodnienia zaangażowani byli przedsiębiorcy mający siedzibę zarówno we Wspólnocie, jak i poza nią, w

[154] Opinia rzecznika generalnego D. de Lamothe'a, przedstawiona w sprawie *Béguelin Import v. G.L. Import Export* w dniu 28 października 1971 r., sprawa 22/71, Zb. Orz. 1971 – 964.

[155] Wyrok Trybunału z 18 lutego 1971 r., *Sirena S.r.l. przeciwko Eda S.r.l. i innym* - wniosek Tribunale civile e penali de Milan o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, sprawa 40/70, Zb. Orz. 1979-3169. Problem w tej sprawie, podobnie jak w postępowaniu *Béguelin*, dotyczył kwestii, czy w przypadku, gdy przedsiębiorca spoza Wspólnoty udzieli licencji wyłącznej i w związku z tym ustanowi też wyłącznymi dystrybutorami produktu poszczególnych przedsiębiorców na obszarach różnych państw członkowskich, to zakaz prowadzenia importu równoległego na terytoria objęte wyłącznością jest zgodny z art. 85 ust. 1 Traktatu. Chodziło przy tym o relację pomiędzy art. 85 ust. 1 Traktatu a krajowym prawem własności przemysłowej, z którego wynikałoby, ewentualnie, uprawnienie licencjobiorcy do zakazania importu z innych państw członkowskich.

[156] Przywołując ten fragment rzecznik miał na myśli, jak się wydaje, to, iż okoliczność, że stroną umowy jest przedsiębiorąca zarejestrowany w państwie trzecim nie wyłącza *per se* stosowania do tej umowy art. 85 ust. 1 TWE.

[157] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1972 r., *Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 48/69, Zb. Orz. 1972 – 619.

tym Imperial Chemical Industries Ltd. (dalej: ICI), która miała siedzibę w Londynie[158]. W oparciu o art. 85 ust. 1 Traktatu Komisja wydała decyzję stwierdzającą niezgodność zarzucanych praktyk ze wspólnym rynkiem i nałożyła kary na uczestników kartelu, w tym także na ICI.

Na obszarze wspólnego rynku, m. in. w Belgii, zarejestrowane były oraz prowadziły działalność gospodarczą spółki, których udziałowcem była ICI. Miały one odrębną od ICI osobowość prawną, belgijską przynależność państwową oraz nie wiązały ich z ICI żadne umowy (np. umowy agencyjne), z których wynikałoby ograniczenie ich samodzielności decyzyjnej co do przedmiotu lub treści transakcji zawieranych z podmiotami trzecimi. Faktycznie jednak spółki te były w pełni kontrolowane przez ICI (ze względu na strukturę posiadanych przez nią udziałów). Spółki te kupowały barwniki od ICI i następnie odsprzedawały je na obszarze wspólnego rynku. Umowy dystrybucyjne pomiędzy ICI a jej spółkami zależnymi sporządzone zostały na terenie Wielkiej Brytanii i poddane były *expressis verbis* prawu tego kraju. Sama ICI nie podejmowała na obszarze Wspólnot czynności faktycznych związanych z zawarciem lub wykonaniem tych umów. Jednakże, w wyniku uzgodnień kartelu, ICI nie tylko podnosiła ceny barwników, które sprzedawała swoim spółkom zależnym, ale również wydawała tym spółkom polecenia podniesienia stosowanych przez nie cen odsprzedaży. Polecenia te przesyłane były telefaksem z terenu Wielkiej Brytanii. Spółki zależne traktowały je jako wiążące, więc wydawane im polecenia wprowadzały w życie.

W postępowaniu przeplatały się dwa wątki, będące przedmiotem sporu pomiędzy Komisją[159] a ICI, mające związek z określeniem przestrzennego zasięgu jurysdykcji Komisji.

---

[158] Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej przystąpiło do Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej 1 stycznia 1973 r.

[159] Warto wszakże zauważyć, że w samej decyzji Komisja wcale nie zajmowała się kwestią terytorialnego zasięgu jurysdykcji Wspólnot. Możliwość zastosowania art. 85 Traktatu uznała oczywistą ze względu na samo jego sformułowanie, tj. okoliczność, że na obszarze Wspólnoty wystąpiły zakazane przez ten przepis skutki (zakłócenie konkurencji). Fragment (jedyny) uzasadnienia decyzji Komisji, w którym pojawia się zagadnienie możliwości zastosowania art. 85 Traktatu w relacji do lokalizacji siedziby uczestników postępowania brzmi następująco: „Die Beweise für das Vorliegen von abgestimmten Verhaltensweisen sind gegenüber den verschiedenen Herstellern - unabhängig davon, ob sie ihren Sitz innerhalb oder außerhalb des Gemeinsamen Marktes haben - und nicht gegenüber ihren Tochtergesellschaften oder Vertretern erbracht worden. Die diesen letzteren erteilten Anweisungen zur Erhöhung der Preise hatten zwingenden Charakter; selbst wenn sie bei der Festlegung ihrer Preise freie Hand gehabt hätten, wären sie nicht in der Lage gewesen, eine Erhöhung der Fabrikpreise um 12 bis 18 v.H. hinzunehmen, ohne zumindest einen wesentlichen Teil dieser Preiserhöhung in Form von entsprechend höheren Wiederverkaufspreisen weiterzugeben. Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sind demnach den Herstellern und nicht ihren Tochtergesellschaften oder Vertretern zur Last zu legen.“, czyli: „Dowody zaistnienia praktyk uzgodnionych dotyczą różnych producentów – niezależnie od tego, czy mają oni siedzibę wewnątrz wspólnego rynku czy poza nim – nie zaś ich przedstawicieli lub spółek córek. Wydawane tym ostatnim polecenia podwyższenia cen miały charakter wiążący; a nawet wówczas, gdyby mieli oni przy ustalaniu cen wolną rękę, nie byliby w stanie przyjąć podwyżki ceny fabrycznej na poziomie od

Pierwszy z nich odnosił się do zagadnień jurysdykcji terytorialnej w świetle prawa międzynarodowego publicznego, w kontekście zasady obiektywnej terytorialnej i doktryny skutków. Znaczna część tej argumentacji skupiała się wokół interpretacji orzeczenia w sprawie *Lotus*. Drugi wątek dotyczył koncepcji przypisania spółce dominującej w grupie kapitałowej zachowania jej spółki zależnej (mającego miejsce na obszarze Wspólnoty) i objęcia w ten sposób tej pierwszej jurysdykcją Komisji, mimo że miała ona swoją siedzibę poza terytorium Wspólnoty[160].

W swoim odwołaniu od decyzji Komisji ICI podniosła m. in. zarzut braku jurysdykcji Wspólnoty w stosunku do działań mających miejsce poza terytorium wspólnego rynku (brak łącznika terytorium) i podejmowanych przez przedsiębiorców zarejestrowanych poza państwami członkowskimi (brak łącznika narodowości). Swoją argumentację na poparcie tego zarzutu ICI oparła na opinii R.Y. Jenningsa, uznanego specjalisty, profesora prawa międzynarodowego publicznego na uniwersytecie w Cambridge. Bazując na tej opinii, ICI przytoczyła dość szczegółową prezentację poglądów teoretycznych i praktyki państw odnośnie doktryny skutków. Wskazywała, że pokłosiem wyroku w sprawie *Lotus* było pewne „rozluźnienie" praktyki państw jeśli chodzi o stosowanie obiektywnej zasady terytorialnej, jednak tylko w stosunku do spraw karnych. ICI powołała się też na memorandum przygotowane przez rząd Wielkiej Brytanii, w którym przeciwstawiano się jurysdykcji opartej na doktrynie skutków i krytykowano aspiracje Wspólnoty do wykonywania jurysdykcji wobec zachowania ICI. Skarżąca przytoczyła również stanowisko komitetu prawników europejskich, współpracujących z *American Law Institute*[161], zgodnie którym nie uznaje się za dopuszczalną jurysdykcji opartej na łączniku terytorium rozumianym w ten sposób, iż wystarczające jest, by efekty zachowania podjętego za granicą nastąpiły na terytorium państwa *forum*. Wyjątkowo tylko można by to uznać za dopuszczalne w stosunku do przestępstw oraz deliktów prawa cywilnego wówczas, gdy *„zarówno zachowanie, jak i jego skutki są powszechnie uznawane za elementy konstytutywne przestępstwa albo deliktu prawa cywilnego* [podkr. M.U-A.] zgodnie z prawem państw mających względnie rozwinięte

12 do 18 procent, nie przenosząc na dalszych nabywców przynajmniej istotnej części tej podwyżki w postaci odpowiednio wyższych cen odsprzedaży. Dlatego uzgodnione praktyki należy przypisać producentom a nie ich spółkom córkom lub przedstawicielom.", tłum. własne. Do wymiany merytorycznych argumentów odnośnie podstaw jurysdykcji zmusiły Komisję dopiero przedłożenia stron zawarte w odwołaniach od decyzji. Oprócz ICI odwołania złożyły również Geigy i Sandoz, firmy szwajcarskie. Podnosiły argumenty przeciwko jurysdykcji Wspólnoty podobne do tych przedstawianych przez ICI. Ich sprawy zostały rozpatrzone przez Trybunał pod sygnaturami, odpowiednio, 52/69 i 53/69.

[160] Na temat tej koncepcji, zwanej *single economic unit* zob. również rozdz. 4 3.

[161] Zob. rozdz. 2.3.6.

systemy prawne”[162]. W opinii wywodzono dalej, iż reguły prawa publicznego skierowane przeciwko kartelom i innym praktykom ograniczającym konkurencję nie traktują zakazanych zachowań w kategoriach przestępstwa ani deliktu prawa cywilnego[163]. W argumentacji wskazywano też na fakt, że kraje europejskie od 20 lat sprzeciwiają się stosowaniu „testu skutków” przez sądy USA. Oznacza to, po pierwsze, że doktryna skutków nie jest uznaną w prawie międzynarodowym podstawą jurysdykcji. Po drugie, jak dalej wywodziła ICI, Wspólnota, nie będąc suwerennym państwem, dysponuje tylko tymi kompetencjami, które zostały jej przyznane przez państwa członkowskie. Nie ma podstaw, by z brzmienia art. 85 i 86 Traktatu wywodzić, iż opierają się one na doktrynie skutków, skoro wynika z nich zamiar ograniczenia kompetencji Wspólnoty nie tylko do terytorium wspólnego rynku, ale również tylko do tych naruszeń, które mają wpływ na handel między państwami członkowskimi[164]. Co więcej, byłoby absurdem przyjąć, że państwa członkowskie chciały powierzyć Wspólnocie tak daleko idące kompetencje jurysdykcyjne, skoro w swojej praktyce międzynarodowej wyraźnie sprzeciwiły się stosowaniu doktryny skutków przez USA.

Dalsze argumenty przeciwko eksterytorialnej jurysdykcji Wspólnoty opartej o doktrynę skutków ICI wywodziła z przepisów antymonopolowych Francji, Niemiec i Holandii. W ocenie ICI, z przepisów tych, jak i ze sposobu ich interpretacji oraz stosowania, wynikało, że państwa te poczytywałyby za naruszenie swojej suwerenności sytuację, w której organy państw trzecich nałożyłyby karę na przedsiębiorców francuskich (odpowiednio: niemieckich czy holenderskich) za zachowanie stanowiące praktykę antykonkurencyjną zakazaną w tychże państwach trzecich, jeżeli zachowanie to miałoby miejsce na terenie Francji (odpowiednio: Niemiec lub Holandii).

ICI broniła również koncepcji odrębności osobowości prawnej spółki dominującej od osobowości prawnej spółki zależnej, przyznając, że tylko w bardzo wyjątkowych wypadkach odrębność ta może zostać „pominięta” (wobec czego zachowania spółki zależnej mogą być traktowane jak zachowania spółki dominującej), tj. wówczas, gdy spółka zależna jest „automatem sterowanym przez spółkę dominującą”.

---

[162] W oryginale: “(…) the exercise of jurisdiction based on territory is not justified as regards conduct occurring abroad and producing effects within the territory unless the contested conduct and its effects are generally recognized as constituent elements of a crime or tort under the laws of States that have reasonably developed legal systems.”.Sformułowanie to zaczerpnięto z paragrafu 18 amerykańskiego opracowania *Restatement (second) of Foreign Relations Law*. W całości paragraf ten przytoczony został w rozdz. 2.3.6.

[163] Odnośnie tego zagadnienia por. poniżej fragment na temat opinii rzecznika generalnego D. Mayrasa.

[164] Odnośnie aktualnego sposobu rozumienia „wpływu na handel między państwami członkowskimi” jako przesłanki kształtującej zakres jurysdykcji UE w sprawach antymonopolowych zob. rozdz. 3.7.1.

W konkluzji ICI zajęła stanowisko, że Wspólnocie przysługiwałaby jurysdykcja tylko odnośnie takich działań ICI, które byłyby podjęte na obszarze Wspólnoty. Argumentowała wszakże, że zachowanie takie nie wystąpiło.

Odpowiadając na zarzuty ICI Komisja podniosła różnorakie argumenty. Pierwsza ich grupa dotyczyła możliwości oparcia jurysdykcji na „tradycyjnej" zasadzie terytorialnej, odwołującej się do tego, iż zakazane przez prawo zachowanie wystąpiło na obszarze państwa *forum*. Komisja zaprezentowała zatem argumentację, która miała przekonać odbiorcę, że ICI podjęła działania na obszarze wspólnego rynku. Podnosiła w szczególności, że wydawanie spółkom zależnym poleceń wprowadzania zmian cen, które ICI przesyłała im faksem z terenu Wielkiej Brytanii, jest niczym innym, jak wywieraniem wpływu na swobodę decyzyjną tych spółek. Owo wywieranie wpływu było, zdaniem Komisji, tym zachowaniem ICI, które miało miejsce na wspólnym rynku. Nadto, Komisja uważała, że umowy dystrybucyjne pomiędzy ICI a jej spółkami zależnymi zostały zawarte na obszarze wspólnego rynku, a to z tej przyczyny, że spółki zależne oświadczenia o przyjęciu ofert ICI złożyły ze swoich siedzib, mieszczących się w państwach członkowskich. Komisja stała też na stanowisku, że należy dać prymat gospodarczej rzeczywistości nad „legalistyczną koncepcją" prawnej odrębności spółek kapitałowych, wskazując, że naprawdę istotne jest to, że działanie spółek zależnych sprowadzało się do wykonywania poleceń ICI, więc z punktu widzenia uczestników obrotu stanowiły one „rozciągnięcie" ICI na obszar wspólnego rynku.

Druga grupa argumentów Komisji zmierzała do wykazania, iż oparcie jurysdykcji w sprawie antymonopolowej na doktrynie skutków jest legalne w świetle prawa międzynarodowego publicznego. Te argumenty zostały przedstawione – jak wyraźnie wskazała sama Komisja- „z ostrożności, na wypadek, gdyby Trybunał miał wątpliwości co do rozumowania Komisji odwołującego się do zasady terytorialnej". Badając dopuszczalny zakres stosowania doktryny skutków Komisja dostrzegła, iż terytorialny zasięg jurysdykcji legislacyjnej i egzekucyjnej różnią się. Zaznaczyła, iż w orzecznictwie międzynarodowych sądów nie ma precedensów, które pozwoliłyby odnieść doktrynę skutków do spraw antymonopolowych. Zauważyła też, że podczas gdy w sprawach karnych działanie i jego skutek stanowią „nierozerwalną całość" (jak to określił STSM w sprawie *Lotus*), w przypadku praktyk antykonkurencyjnych nie mamy do czynienia z taką całością[165]. Skutki antykonkurencyjnych zachowań prawie nigdy nie są fizyczne i bezpośrednie. Mimo to uznała, że regułą zwyczajowego prawa międzynarodowego, potwierdzoną w sprawie *Lotus*, jest, że

[165] Przeciwny pogląd wyraził rzecznik generalny w sprawie *Wood Pulp I* - por. niżej, rozdział 2.2.2.2.

państwu wolno wykonywać jurysdykcję wobec zachowań obcokrajowców mających miejsce poza jego terytorium, chyba że istnieje wyraźna norma tego zakazująca. Prawo międzynarodowe publiczne jako łącznika jurysdykcyjnego wymaga bowiem jedynie istnienia „dostatecznego powiązania" (ang. *sufficient connecting link*) pomiędzy tym zachowaniem a krajem zgłaszającym aspiracje do wykonywania jurysdykcji. W przypadku, gdy samo zachowanie ma miejsce za granicą, takim „powiązaniem" są skutki ekonomiczne na wspólnym rynku i zakłócenie publicznej polityki konkurencji Wspólnot. Komisja odwołała się też do orzeczenia *Alcoa*, zauważając, że amerykański sąd uznał jurysdykcję opartą na teście skutków „niezależnie od tego, jak daleki, pośredni i pomijalny byłby związek pomiędzy zachowaniem a jego skutkami dla amerykańskiego rynku". Zdaniem Komisji sprzeciw państw wobec orzeczenia *Alcoa* był wywołany „nie tyle faktem, że zakreślało ono szeroko geograficzny zakres jurysdykcji legislacyjnej USA, lecz tym, że zaprezentowany w nim sposób rozumowania sugerował, iż amerykańskie ustawodawstwo antytrustowe ma zastosowanie do działań zagranicznych przedsiębiorców podejmowanych przez nich w ich własnych krajach, niezależnie od tego, jak odległy i pomijalny byłyby związek tych działań z rynkiem amerykańskim"[166]. Według Komisji, orzeczenie to dało podstawy do rozszerzenia zakresu stosowania antytrustowego prawa USA, w konsekwencji czego amerykańskie sądy nie wahały się (w późniejszym okresie) wydać orzeczeń nakazujących zmiany umów zawartych poza granicami USA przez zagranicznych przedsiębiorców, a nawet statutów stowarzyszeń opartych na prawie państw trzecich. Jak ujęła to Komisja, protesty dyplomatyczne wywołało zatem „zastosowanie[167] amerykańskiej legislacji za granicą". Zdaniem Komisji problem ten jednak nie istniał w sprawie ICI, ponieważ zaskarżona decyzja „ogranicza się (…) do stwierdzenia, że kwestionowane praktyki stanowią naruszenie art. 85 Traktatu oraz nałożenia grzywny z tego powodu, zaś nałożenie grzywny nie powinno być traktowane jako akt jurysdykcji egzekucyjnej"[168]. Komisja broniła swoich uprawnień

[166] W swojej argumentacji KE pominęła, że w orzeczeniu *Alcoa* sąd amerykański nie zmierzał bynajmniej do osiągnięcia tak szerokiego zakresu oddziaływania amerykańskiego ustawodawstwa antytrustowego. Przeciwnie, dostrzegł w szczególności, że prawie każda zmiana w obszarze obrotu gospodarczego w Europie ma wpływ na amerykański import lub eksport, wobec czego potrzebny jest umiar w stosowaniu amerykańskich przepisów antytrustowych, ze względu na potrzebę zachowania dobrych relacji międzynarodowych. Zob. rozdz. 2.3.3.

[167] W angielskiej wersji językowej decyzji użyto słowa *application*, w niemieckiej – *Durchsetzung*, we francuskiej - *l'application*.

[168] Zdaniem Komisji, wydanie decyzji obejmującej obowiązek zapłaty kary jest przejawem wykonywania jurysdykcji legislacyjnej. Dopiero zastosowanie środków przymusu – w postaci nakazania zapłaty kary lub dokonania zajęcia majątku - byłoby przejawem stosowania jurysdykcji egzekucyjnej. Innymi słowy, przez jurysdykcję egzekucyjną Komisja rozumie „efektywny przymus", „stosowanie środków przymusu". W wyrokach, do których nawiązała KE - m. in. *US vs. Imperial Chemical Industries* (1952 r.) oraz US vs. *Watchmakers of Switzerland Information Center* (1962 r.) – sądy USA wydały rozstrzygnięcia inne, niż nałożenie kary, tj. np. zakwestionowały legalność zbycia patentu udzielonego wg prawa brytyjskiego, nakazały

jurysdykcyjnych przytaczając fragment wyroku w sprawie *Lotus*, gdzie STSM stwierdził iż: „Państwa mają kompetencję do tego, by wprowadzać w życie normy prawa, które podlegają zastosowaniu na ich terytorium, do zachowań mających miejsce za granicą, nawet jeśli nie istnieje norma prawa międzynarodowego, która by im wyraźnie na to dozwalała”[169]. Przytoczony fragment orzeczenia w sprawie *Lotus* można interpretować w ten sposób, że zasięg terytorialny jurysdykcji legislacyjnej państw jest szerszy od zasięgu ich jurysdykcji egzekucyjnej[170]. Z fragmentu tego Komisja wywiodła, że publiczne prawo międzynarodowe nie zabrania państwu wykonywania jurysdykcji na swoim terytorium nawet wówczas, gdy wszystkie fakty prawnie relewantne ze względu na treść krajowej normy miały miejsce za granicą. Uznała, z jednej strony, że podejście wyrażone w sprawie *Alcoa* jest za daleko idące, gdyż opiera się na nieokreślonym związku pomiędzy zachowaniem a jego wpływem na gospodarkę, z drugiej – wskazała na nieprzydatność obiektywnej zasady terytorialnej (rozumianej jako teoria konstytutywnego elementu)[171] w sprawach antymonopolowych, z uwagi na brak nierozerwalnego związku pomiędzy kwestionowanym zachowaniem a jego skutkami dla gospodarki. Rozwiązaniem tego problemu winien być zatem rozsądny kompromis pomiędzy tymi dwoma „skrajnymi” (w oryginale: „*extreme”)* stanowiskami, który uwzględni szczególne potrzeby prawa ochrony konkurencji. Kompromis ten winien zdaniem Komisji polegać na ustaleniu kryteriów ograniczających dopuszczalność jurysdykcji opartej na łączniku skutków zaistniałych na terytorium *forum*. Według Komisji, kryteria te powinny być następujące: po pierwsze-bezpośredniość wpływu zachowania na gospodarkę, po drugie-zasada ochrony istotnych interesów państw, przy czym trzeba brać pod uwagę, że każde państwo jest, słusznie, zainteresowane utrzymaniem struktury swojej gospodarki oraz zapewnieniem wolności gospodarczej na swoim terytorium. Idąc tym tokiem rozumowania Komisja doszła do wniosku, że zachowanie podlega jej jurysdykcji, nawet gdyby przyjąć, że miało miejsce w całości poza terytorium Wspólnoty. Skoro bowiem ICI sprzedaje swoje

zmianę statutu stowarzyszeniu zarejestrowanemu legalnie wg prawa Szwajcarii oraz skierowały do rządu Szwajcarii nakaz, by ten spowodował wyeliminowanie z umów postanowień ograniczających eksport do USA, chociaż ograniczenia te były zgodne ze szwajcarskim prawem. Szerzej o tych orzeczeniach zob. rozdz. 2.3.5. Mimo odmienności treści rozstrzygnięcia wydanego przez KE a tymi wydanymi przez sądy USA, w istocie, pod kątem „rodzaju” wykonywanej jurysdykcji, trudno się dopatrzeć różnicy. W obu przypadkach były to przejawy wykonywania jurysdykcji legislacyjnej (lub – w zależności do ujęcia – jurysdykcji orzeczniczej), ale z pewnością nie jurysdykcji egzekucyjnej, jeśli przez taką rozumieć stosowanie środków „efektywnego przymusu”. Odnośnie do rozgraniczenia jurysdykcji legislacyjnej od egzekucyjnej oraz traktowania wydania decyzji administracyjnej jako przejawu jurysdykcji legislacyjnej zob. opinia rzecznika generalnego M. Darmona w sprawie *Wood Pulp I* (cyt. poniżej) oraz (Dodge 2017:163).

[169] W oryginale: „State are competent to bring into force provisions applicable on their territory to activities taking place abroad, without a rule of international law being necessary for them to have authority to do so.”, tłum. własne.

[170] Zob. rozdz. 1.1.

[171] Zob. rozdz. 1.3.2.

towary na obszar Wspólnoty, jej działania wywierają skutki na wspólnym rynku i zakłócają realizację celów publicznej polityki konkurencji. Zdaniem Komisji jest to rozważne zastosowanie doktryny skutków, zważywszy rozmiar bezpośrednich konsekwencji zachowania ICI dla wspólnego rynku, którymi były znaczne podwyżki cen barwników.

Co do prawnych podstaw zastosowania doktryny skutków, w stanowisku Komisji widoczne jest pewne wahanie pomiędzy zastosowaniem teorii „dostatecznego powiązania" (ang. *sufficient connecting link*) i teorii „konstytutywnego elementu" (ang. *constitutive element*). Niekiedy bowiem argumentowała, że prawo konkurencji nie powinno być traktowane tak jak prawo karne i nie należy wobec tego wymagać „nierozerwalnego związku" pomiędzy zachowaniem i skutkiem. Wobec tego teoria powiązania i ogólna zasada, iż państwo może wykonywać jurysdykcję eksterytorialnie (o ile nie ma wyraźnej normy tego zakazującej) są wystarczającą podstawą dla uznania legalności doktryny skutków. Jednakże jednocześnie zastrzegała, że nawet gdyby uznać, iż naruszenie zakazów ustanowionych w prawie karnym należałoby traktować tak samo, jak tych ustanowionych przez prawo antymonopolowe – a więc pojmować skutki jako konstytutywny element zdarzenia (teoria konstytutywnego elementu) - to przecież instrukcja, by podnieść ceny stanowi „zachowanie, które bezpośrednio spowodowało skutki na wspólnym rynku, a to zachowanie i jego skutki stanowią konstytutywne elementy tego samego naruszenia".

Uzasadniając swoją jurysdykcję Komisja powołała się także na fakt wydawania przez siebie uprzednio decyzji, w których udzielała wyłączeń indywidualnych spod zakazu porozumień antykonkurencyjnych, w sytuacjach, gdy stronami analizowanych przez nią umów byli przedsiębiorcy zagraniczni. Jak wzmiankowano powyżej, w decyzjach tych nie prowadziła jednak rozważań na temat międzynarodowoprawnych podstaw terytorialnego zasięgu swojej jurysdykcji. Nawiązania do tych decyzji nie niosły zatem za sobą istotnych argumentów.

Komisja zakwestionowała również stanowisko ICI wywodzone ze stosunku państw członkowskich do ekstraterytorialnego stosowania krajowego prawa konkurencji. Po pierwsze zauważyła, że, państwa, choćby tego w praktyce nie czyniły, mają prawo powoływać się na doktrynę skutków, gdyż wynika to z ogólnej reguły dotyczącej jurysdykcji zwerbalizowanej w sprawie *Lotus*. Nadto, Wspólnota ma osobowość prawną w prawie międzynarodowym, odrębną od osobowości państw członkowskich, więc jej praktyka w tym względzie może być różna od praktyki państw członkowskich. Co więcej, ustawodawstwa czterech (spośród, wówczas, sześciu) państw członkowskich oparte są o teorię skutków ekonomicznych i ochrony istotnych interesów. Wreszcie, Komisja powtórzyła argument, że dyplomatyczne

protesty i ustawy blokujące wprowadzone w odpowiedzi na wzmiankowane wyroki sądów amerykańskich były wyrazem sprzeciwu wobec *zbyt daleko idących prób wykonywania jurysdykcji egzekucyjnej* [podkr. M.U.A]. Z takiej postawy państw członkowskich nie da się wyciągnąć wniosku, jakie jest ich stanowisko co do legalności ekstraterytorialnego stosowania ich krajowych przepisów antymonopolowych.

Problematyką geograficznego zasięgu jurysdykcji Wspólnot szeroko zajął się rzecznik generalny D. Mayras, w opinii przedłożonej Trybunałowi w omawianej sprawie[172]. Badając to zagadnienie przeanalizował regulacje antymonopolowe państw, by określić, czy w krajowych porządkach prawnych stosują one doktrynę skutków oraz jaki nadają jej kształt. Analiza legislacji Niemiec, Francji, Belgii, Holandii (państw członkowskich Wspólnoty), jak również Szwajcarii, Wielkiej Brytanii i USA doprowadziła go do wniosku, że państwa uznają w sprawach antymonopolowych wykonywanie jurysdykcji w odniesieniu do zachowań, które wywołują na ich terytoriach skutki niechciane z punktu widzenia konkurencyjności rynku. Nawet jeśli sama redakcja przepisów odnoszących się do zagadnień ochrony konkurencji nie zawsze jednoznacznie określała terytorialny zakres stosowania tych przepisów, w taki właśnie sposób były one rozumiane i stosowane.

Co do geograficznego zasięgu jurysdykcji Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej w odniesieniu do praktyk antykonkurencyjnych rzecznik generalny - krytykując argumentację ICI - wskazał, że przesłanka wpływu na handel miedzy państwami członkowskimi, wyrażona w art. 85 i art. 86 Traktatu EWG, ma na celu rozgraniczenie zakresu stosowania krajowych przepisów państw członkowskich (dotyczących praktyk antykonkurencyjnych powodujących skutki tylko na obszarze jednego kraju) od zakresu stosowania Traktatu (który odnosi się do sytuacji, gdy takie skutki dotykają co najmniej dwóch państw członkowskich). Według rzecznika D. Mayrasa nie ma wątpliwości, że ww. artykuły Traktatu oparte są na kryterium wystąpienia szkodliwych skutków dla konkurencji na wspólnym rynku, niezależnie od przynależności państwowej przedsiębiorców zaangażowanych w antykonkurencyjną praktykę. Uzasadniając tę tezę rzecznik generalny porównał sformułowania użyte w art. 85 i

[172]Połączone opinie Rzecznika Generalnego D. Mayrasa przedstawione 2 maja 1972 r, w sprawach *Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 48/69, *Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 49/69, *Farbenfabriken Bayer AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 51/69, *J. R. Geigy AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 52-69, *Sandoz AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 53-69, *SA française des matières colorantes (Francolor) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 54-69, *Cassella Farbwerke Mainkur AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 55-69, *Farbwerke Hoechst AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 56-69, *Azienda Colori Nazionali - ACNA S.p.A. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1971 – 965.

86 Traktatu z tymi zamieszczonymi w art. 65 i art. 80 Traktatu Paryskiego, ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali. W tych ostatnich mowa była wyraźnie o zakazie porozumień antykonkurencyjnych odnoszącym się do *przedsiębiorców zaangażowanych w produkcję w przemyśle węglowym lub stalowym na obszarze Wspólnoty* [podkr. M. U.-A.]. Jednakże ani art. 85 ani art. 86 Traktatu EWG nie wprowadzały takiego ograniczenia. Rzecznik generalny wskazał także, że w istocie Trybunał miał już uprzednio zająć stanowisko odnośnie zakresu jurysdykcji terytorialnej Wspólnot wynikającej z art. 85 Traktatu, w wyroku w sprawie *Béguelin Import Co.*. W wyroku tym Trybunał uznał, że okoliczność, iż uczestnik zakazanego porozumienia ma siedzibę w państwie trzecim nie stanowi przeszkody do zastosowania tego przepisu. Odnosząc się z kolei do zagadnienia, czy państwa członkowskie powierzyły Wspólnocie tak daleko idący zakres kompetencji, stwierdził, że Wspólnota ma osobowość prawną oraz że w istocie przysługują jej tylko te kompetencje, które państwa członkowskie jej powierzyły, a nadto z pewnością kompetencje te nie są szersze niż kompetencje państwa w świetle prawa międzynarodowego publicznego. Przeanalizował wobec tego, czy wedle reguł tego prawa jurysdykcja Wspólnoty obejmuje działania przedsiębiorców podjęte tylko na obszarze Wspólnoty, czy także poza nim[173]. Skrytykował rozumowanie Komisji w tej części, w której doszukiwała się uzasadnienia dla swojej jurysdykcji argumentując, jakoby zachowanie ICI miało miejsce na obszarze Wspólnoty. Nie można było, jego zdaniem, uznać, jakoby wydawanie spółkom zależnym wiążących poleceń za pomocą telefaksu (nadawanego spoza Wspólnoty) stanowiło zachowanie („wywieranie wpływu") mające miejsce na wspólnym rynku. Skrytykował również powiązaną z tym podejściem koncepcję pominięcia osobowości prawnej spółek zależnych i traktowania ich zachowań jako zachowań spółki dominującej. Rzecznik Mayras jednoznacznie i wprost opowiedział się za stosowaniem doktryny skutków, negatywnie oceniając postawę Komisji, która posłużyła się tą doktryną nie jako podstawową, ale tylko jako alternatywną linią argumentacji. W jego wywodach widoczne jest podejście pragmatyczne. Stwierdził, że gdyby odrzucić doktrynę skutków „Komisja byłaby pozbawiona narzędzi zwalczania zakazanych praktyk, które zostały zainicjowane zagranicą i odpowiedzialność za które można by przypisać tylko zagranicznym przedsiębiorcom. To oznaczałoby zaprzepaszczenie koncepcji ochrony wspólnego rynku, która jest niezbędna dla realizacji celów Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej". Uznał jednak, że oparcie jurysdykcji na łączniku skutku powinno, ze względu

[173] W oparciu o sprawę *Lotus* uznał, tak jak Komisja, że jurysdykcja przysługuje państwu o ile normy prawa międzynarodowego publicznego nie zabraniają wyraźnie jej sprawowania.

na prawo międzynarodowe publiczne[174], podlegać określonym warunkom i ograniczeniom. Warunki, które sformułował były następujące: po pierwsze, skutki, które wywiera praktyka antykonkurencyjna muszą być „bezpośrednie" (ang. *direct*) i „natychmiastowe" (ang. *immediate*), po drugie – skutki muszą być „rozsądnie przewidywalne" (ang. *reasonably foreseeable*), jednak nie ma potrzeby wykazywać, by były „zamierzone" (ang. *intended*), wreszcie, po trzecie, skutki winny być „istotne" (ang. *substantial*).

Nawiązując do stanowiska Komisji oraz orzeczenia STSM w sprawie *Lotus* rzecznik Mayras rozważał także, czy okolicznością warunkującą dopuszczalność posłużenia się doktryną skutków powinno być wymaganie, by skutek stanowił „konstytutywny element naruszenia" (ang: *constitutive element of the offence*). Podkreślił różnicę pomiędzy rozwiązaniami legislacyjnymi stosowanymi w sprawach karnych – gdzie ustawa wskazuje znamiona czynu zabronionego, do których niekiedy należy pewien ściśle określony skutek – a tymi stosowanymi w prawie antymonopolowym, gdzie nie precyzuje się sposobu zachowania stanowiącego praktykę antykonkurencyjną (nie określa się „znamion" czy „przesłanek" czynu). Ostatecznie uznał, że skutek w postaci zakłócenia konkurencji na terytorium państwa jest wystarczającym łącznikiem jurysdykcyjnym. Nadto przyjął, że „w prawie konkurencji skutek naruszenia jest jednym z jego konstytutywnych elementów, a nawet – jego niezbędnym elementem"[175].

D. Mayras odwołał się nadto do stanowiska wyrażonego w § 18 *Restatement (Second) of Foreign Relations Law*[176]. W publikacji tej (w wyniku tendencji do ograniczenia zakresu stosowania doktryny skutków w USA, w odniesieniu do różnych dziedzin prawa) jako jedno z kryteriów służących ustaleniu, czy wystąpienie skutków na terytorium *forum* można uznać za łącznik jurysdykcyjny przyjęto „czy zachowanie, i jego skutki są powszechnie uznawane za elementy konstytutywne przestępstwa albo deliktu prawa cywilnego, zgodnie z prawem państw posiadających względnie rozwinięte systemy prawne (…) o ile skutki te są istotne i stanowią przewidywalny, bezpośredni skutek analizowanego zachowania". Rzecznik podkreślił, że w większości rozwiniętych i uprzemysłowionych krajów praktyki mające za skutek zakłócenie mechanizmu konkurencji są zakazane bądź przez prawo karne, bądź przez administracyjne. W szczególności, jak ustalił, praktyki takie

[174] D. Mayras nie wskazał norm prawa międzynarodowego publicznego, które wymagałyby stosowania takich ograniczeń.

[175] W oryginale: "In competition law the effect of the offence is in fact one of its constituent elements and probably even the essential element", tłum. własne.

[176] *Restatement* to funkcjonujące w amerykańskiej kulturze prawnej opracowanie teoretyczne (naukowe), które prezentuje ogólny stan prawa w danej dziedzinie, proces jego zmian, oraz postulowany przez autorów kierunek tych zmian. Zob. rozdz. 2.3.6.5.

zakazane były przez prawo Wielkiej Brytanii (gdzie zarejestrowana była ICI) oraz Szwajcarii (gdzie zarejestrowane były inne spółki kwestionujące jurysdykcję Komisji wobec nich w tej sprawie).

D. Mayras zgodził się z Komisją, że nałożenie w decyzji kary pieniężnej jest aktem jurysdykcji legislacyjnej. Dlatego, jego zdaniem, wydanie takiej decyzji nie stanowi przekroczenia uprawnień jurysdykcyjnych państw określonego w *regule Lotus*[177]. Dostrzegł wprawdzie, że doprowadzenie do zapłaty kary wymaga zastosowania środków egzekucyjnych (czyli narzędzi jurysdykcji egzekucyjnej) oraz że Komisja nie dysponuje takimi środkami, ale jego zdaniem okoliczność ta pozostawała bez wpływu na jej uprawnienie do wydania decyzji w analizowanej sprawie[178].

O ile rzecznik generalny bardzo wyraźnie określił się jako zwolennik doktryny skutków, o tyle w wyroku w sprawie ICI brakuje jednoznacznego stanowiska Trybunału odnośnie międzynarodowoprawnych podstaw określających przestrzenny zakres jurysdykcji Wspólnoty. W uzasadnieniu orzeczenia przytoczono wprawdzie *in extenso* argumentację stron co do tej kwestii, jednak Trybunał nie poświęcił wiele miejsca na ustosunkowanie się do niej. We fragmencie uzasadnienia odnoszącym się do zagadnienia jurysdykcji można jedynie między wierszami doszukać się próby osadzenia jurysdykcji w tej sprawie na zasadzie terytorialnej obiektywnej, poprzez podkreślenie elementów stanu faktycznego, o których można ewentualnie powiedzieć, że „miały miejsce" na terytorium Wspólnoty. Trybunał mianowicie wskazał, że podwyżki cen zostały „wprowadzone w życie"[179] na wspólnym rynku i dotyczyły konkurencji pomiędzy producentami czynnymi na jego obszarze (motyw 127 uzasadnienia). Dlatego działania, za które Komisja nałożyła karę, stanowią praktyki wykonywane *bezpośrednio* [podkr. M.U.-A.] na obszarze wspólnego rynku (motyw 128 uzasadnienia). Na tym kończą się jednak argumenty. Są nieliczne, a nadto mało przekonujące z punktu widzenia tradycyjnego ujęcia zasady terytorialnej. Obiektywna zasada terytorialna odwoływała się bowiem do zachowania podmiotu, jako aktu fizycznego działania, a nie do jakichkolwiek elementów stanu faktycznego. Tymczasem ustalony stan faktyczny sprawy nie pozostawiał wątpliwości, że żadne zachowanie ICI nie zostało podjęte na obszarze wspólnego rynku. Dlatego dalsza część uzasadnienia wyroku koncentrowała się na zachowaniach spółek

[177] Rzecznik przywołał fragment orzeczenia w sprawie *Lotus*, na który powołała się również Komisja, por. wyżej.

[178] Komisja również współcześnie nie dysponuje narzędziami, które pozwoliłyby przeprowadzić egzekucję kary nałożonej na przedsiębiorcę spoza państwa członkowskiego UE, chyba, że byłaby ona prowadzona z majątku położonego na terytorium któregoś z państw członkowskich (Whish, Bailey 2011: 499).

[179] W angielskiej wersji językowej decyzji użyto zwrotu *put into effect*, we francuskiej - *ont ete operees,* w niemieckiej - *vorgenommen.*

zależnych od ICI, podjętych przez nie na wspólnym rynku (a polegających na wprowadzeniu podwyżek, czyli implementacji porozumienia). Argumentacja ta odwoływała się do koncepcji *single economic unit* („jednego organizmu gospodarczego", „jedności przedsiębiorstwa"). Ujmując syntetycznie, koncepcja ta zakłada, że za niezależnych przedsiębiorców można uznać tylko takich uczestników obrotu, którzy mają samodzielny interes gospodarczy, odrębny od interesu gospodarczego innych podmiotów aktywnych na rynku. W konsekwencji, za przedsiębiorców można uznać tylko takie podmioty, które dysponują samodzielnością ekonomiczną oraz samodzielnością decyzyjną odnośnie do kierowania swoją aktywnością gospodarczą. Koncepcja *single economic unit* była już wcześniej stosowana w orzecznictwie Trybunału do dokonania materialnoprawnej oceny, czy miało miejsce antykonkurencyjne porozumienie w rozumieniu art. 85 Traktatu EWG[180]. W sprawie *ICI I* zastosowano ją w inny, precedensowy sposób – tj. w celu przypisania spółce dominującej (ICI) zachowań spółek, których była udziałowcem i nad którymi wykonywała kontrolę. W konsekwencji, przypisano ICI również odpowiedzialność za te zachowania. Trybunał uznał, że chociaż ICI podejmowała decyzje o podwyżkach na obszarze Wielkiej Brytanii, to „wprowadzała je w życie rękami spółek zależnych" na obszarze Wspólnoty (motywy 129 i 130). Stwierdził, że okoliczność, iż spółka zależna posiada odrębną osobowość prawną nie wyklucza możliwości przypisania jej zachowania spółce dominującej (motyw 132 uzasadnienia). W szczególności można to zrobić wówczas, gdy spółka córka nie decyduje samodzielnie o swoim zachowaniu na rynku, ale wykonuje instrukcje udzielane jej przez spółkę dominującą (motyw 133 uzasadnienia). Jeżeli spółka zależna nie dysponuje faktycznie autonomią w zakresie określania sposobu swojego zachowania na rynku należy uznać, że spółki zależna i dominująca tworzą jedną jednostkę gospodarczą (ang. *one economic unit* lub *single economic unit*) i w pewnych okolicznościach działania spółki zależnej mogą zostać przypisane (ang. *attributed*) spółce matce (motywy 134, 135). ICI posiadała większość udziałów w swoich spółkach zależnych. Dzięki temu była w stanie wywierać decydujący wpływ na ich politykę cenową na wspólnym rynku i faktycznie to czyniła (motywy 136, 137). Informacje odnośnie cen i innych warunków handlowych wysłane teleksem stanowiły wiążące polecenia dla spółek zależnych odnośnie tego, jakie działania na rynku mają podjąć (motyw 138). Posiadanie przez spółki odrębnej osobowości prawnej nie może zatem być traktowane jako istotniejsze niż jednolitość ich zachowania na

[180] Np. w sprawie *Béguelin* Trybunał uznał, że spółka matka i spółka córka stanowią „jeden organizm gospodarczy", jeżeli ta druga nie dysponuje ekonomiczną niezależnością. W konsekwencji stwierdził, że zawarte pomiędzy takimi spółkami porozumienie dystrybucyjne nie wchodzi w zakres przedmiotowy art. 85 Traktatu EWG (skoro między spółkami nie zachodzi stosunek konkurencji, to uzgodnienia czynione pomiędzy nimi nie mogą mieć antykonkurencyjnego charakteru). Szerzej na temat kolejnych orzeczeń w procesie rozwoju doktryny *single economic unit* zob. (Whish, Bailey 2011:93-95).

rynku (motyw 140). A zatem *faktycznie* [podkr. M.U.-A.] to ICI dopuściło się praktyki uzgodnionej na wspólnym rynku (motyw 141) – zaś zachowanie, które miało miejsce na obszarze Wspólnoty podlega jurysdykcji jej organów.

Jak wynika z powyższego, doktryna skutków, za sprawą orzeczenia *ICI I*, została wprowadzona do wspólnotowego orzecznictwa antymonopolowego w zawoalowany sposób. Trybunał nie odwołał się do niej wprost, ale uzyskał taki sam rezultat, na jaki pozwoliłoby zastosowanie tej doktryny. Posłużył się doktryną *single economic unit*, wywodząc z niej, że spółka dominująca ponosi odpowiedzialność za działania kontrolowanych przez nią spółek zależnych, mające miejsce na obszarze Wspólnoty, ponieważ przedsiębiorstwo jako całość (*single economic unit*) podejmuje działania na obszarze Wspólnoty.

Warto też odnotować, że Trybunał w swym orzeczeniu nie odżegnywał się od traktowania skutków jako łącznika uzasadniającego jurysdykcję. Przeciwnie, argumentacja zawarta w motywach 125-128 orzeczenia zawiera (dość niejasne) sformułowania, które można odczytywać w ten sposób, że „wprowadzenie w życie" niedozwolonych podwyżek cen na obszarze Wspólnoty jest „skutkiem" zachowań podjętych poza jej obszarem. W wyroku tym można dopatrywać się zatem zalążka obu koncepcji dotyczących geograficznego zasięgu jurysdykcji Wspólnoty, które zostaną następnie rozwinięte w orzecznictwie – tj. doktryny implementacji („wprowadzenia w życie", „wdrożenia") i „kryterium skutków"[181]. Jednakże próba potraktowania okoliczności „wprowadzenia porozumienia w życie na terytorium" jednocześnie jako „zachowania na terytorium" (w celu nawiązania do zasady terytorialnej obiektywnej) oraz jako „skutków na terytorium", sprawia, że argumentacja Trybunału jest niespójna i niejasna.

„Odpowiednikiem" sprawy *ICI I* w odniesieniu do art. 86 Traktatu EWG[182] było postępowanie w sprawie *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation* („*ICI & CSC*").[183] Sprawa ta dotyczyła nadużywania pozycji dominującej przez zarejestrowaną w USA spółkę Commercial Solvents Corporation (CSC). Spółka ta posiadała

[181] Sformułowania „kryterium skutków" użyto tutaj celowo. Sam Trybunał nie posługuje się bowiem określeniem „doktryna skutków".

[182] Art. 86 ustanawia zakaz nadużywania pozycji dominującej.

[183] Decyzja Komisji z 14 grudnia 1972 r., *ZOJA/CSC - ICI*, sprawa IV/26.911, Dz. Urz. WE L 299/ 51, wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 marca 1974 r, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.Ai Commercial Solvents Corporation przeciwko Komisji*, połączone sprawy 6/73 i 7/73, Zb. Orz. 1974-223. Mimo różnicy pomiędzy sformułowaniami użytymi w art. 85 Trakatatu EWG - zakaz porozumień „(…) których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku" - oraz w art. 86 Traktatu EWG - „zakaz nadużywania pozycji dominującej na wspólnym rynku lub znacznej jego części" - sens tych postanowień rozumie się tak samo, tj. iż zakazują one działań, które zakłócają (mogą zakłócić) mechanizm konkurencji na wspólnym rynku (lub jego części). Na ten temat zob. np. uwagi w opinii rzecznika generalnego Nilsa Wahla, przedstawionej 20 października 2016 r. w sprawie *Intel Corporation Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-413/14 P, Zb. Orz. elektr. 2016.

pozycję dominującą na światowym rynku wytwarzania surowców do produkcji etambutolu. Na obszarze wspólnego rynku prowadziła sprzedaż za pomocą spółki zależnej - Istituto Chemioterapico Italiano-w której posiadała 51% udziałów. Od początku roku 1970 spółka CSC zdecydowała, że nie będzie już zaopatrywać rynku wewnętrznego w te surowce. Poinformowała Istituto Chemioterapico Italiano, że surowce, które jej sprzedaje mają być wykorzystane wyłącznie do produkcji etambutolu przez tę ostatnią (nie zaś do odsprzedaży innym podmiotom, które mogłyby je przetworzyć na etambutol). Na skutek tego Istituto Chemioterapico Italiano wstrzymała odsprzedaż tych surowców. Komisja uznała, że CSC dopuściła się nadużycia pozycji dominującej na wspólnym rynku, polegającego na odmowie dostaw. Komisja, uzasadniając swoje stanowisko, iż zachowanie amerykańskiej spółki miało miejsce na wspólnym rynku, posłużyła się tą samą argumentacją dotyczącą *one economic unit*, której użyła w sprawie *ICI I*. Potraktowała zatem zachowanie Istituto Chemioterapico Italiano jako zachowanie CSC, ponieważ ta ostatnia sprawowała kontrolę nad Istituto Chemioterapico Italiano. Ich zachowanie rynkowe było wobec tego „jednolite". Trybunał uznał stanowisko Komisji za prawidłowe.

W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał zawarł też istotne stwierdzenie, że ujęta w art. 86 Traktatu przesłanka „wpływu na handel miedzy państwami członkowskimi" nie stanowi kryterium ograniczającego jurysdykcję Wspólnoty, a jedynie rozgranicza kompetencje jurysdykcyjne Wspólnoty od kompetencji jurysdykcyjnych państw członkowskich w sferze prawa antymonopolowego.

2.2.2.2. Początki doktryny implementacji (sprawa *Wood Pulp I*)

Kolejnym krokiem na drodze rozwoju jurysdykcji eksterytorialnej w europejskim prawie antymonopolowym była sprawa *Wood Pulp I*[184]. Dotyczyła ona kartelu, którego uczestnikami – podmiotami ustalającymi cenę pulpy drzewnej - byli wyłącznie przedsiębiorcy mający siedzibę poza terytorium Wspólnoty. Niektórzy spośród nich prowadzili sprzedaż pulpy drzewnej poprzez swoje oddziały, spółki zależne lub agentów działających na obszarze Wspólnoty. Inni, niemający takich podmiotów zależnych, sprzedawali ten produkt bezpośrednio do (niezależnych) odbiorców na obszarze Wspólnoty. Była to pierwsza sprawa, w której trzeba było rozstrzygnąć, czy Komisji przysługuje jurysdykcja w dziedzinie prawa konkurencji w odniesieniu do przedsiębiorców, którzy nie

[184] Decyzja Komisji z 19 grudnia 1984 r., *Ahlström Osakeyhtiö i in., sprawa* IV/29.725, Dz. Urz. WE 1985 L 85/1.

mieli podmiotów zależnych z siedzibą na terytorium państw członkowskich. W stosunku do nich nie można było posłużyć się doktryną *single economic unit*.

W sprawie *Wood Pulp I* Komisja zarzuciła światowym producentom miazgi drzewnej naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji polegające na koordynowaniu cen tego produktu na rynku światowym. Działania składające się na tę koordynację miały miejsce w całości poza obszarem wspólnego rynku. Jednakże miazga drzewna była następnie, po tak ustalonych cenach, sprzedawana bezpośrednio na obszar Wspólnoty. Nabywcy z państw członkowskich zmuszeni zatem byli nabywać miazgę drzewną po cenach uzgodnionych w wyniku zakazanej praktyki. Komisja uznała, że stanowiło to naruszenie art. 85 ust. 1 Traktatu EWG. Uznała ten przepis, wprost, za podstawę swojej jurysdykcji, ponieważ praktyki odczuwalnie zakłóciły konkurencję na obszarze *Wspólnoty* i wpływały na handel między państwami członkowskimi (motyw 79 decyzji). Według Komisji, aby art. 85 ust. 1 znalazł zastosowanie nie miało znaczenia, czy uczestnicy porozumienia (zakazanej praktyki) byli przynależnymi któregoś z państw członkowskich oraz gdzie porozumienie zostało zawarte. Podejście Komisji bazowało zatem na doktrynie skutków, choć nie zostało to wyrażone wprost (w decyzji nie użyto tego określenia). Widoczne było wszakże, że Komisja ostrożnie podchodzi do jurysdykcji opartej na skutkach. Komisja wskazała, że działania producentów miazgi wywołały skutki przez nich „zamierzone" (ang. *intended*), a nadto były to skutki „istotne" (ang. *substantial*), „zasadnicze" (ang. *primary*) i „bezpośrednie" (ang. *direct*). W sformułowaniach użytych w motywie 79 decyzji można dopatrzeć się prób nawiązania do zasady obiektywnej jurysdykcji terytorialnej. Komisja zaznaczyła w nim, iż sprzedaży dokonywano bezpośrednio na obszar Wspólnoty. Komisja nie poświęciła jednak większej uwagi zagadnieniu jurysdykcji. W szczególności nie odwoływała się do wcześniej rozstrzygniętych spraw ani nie różnicowała podstaw jurysdykcji wobec tych przedsiębiorców, którzy mieli spółki zależne w państwach Wspólnoty i tych, którzy takich spółek nie mieli.

W odwołaniu od decyzji jej adresaci podnieśli zarzut braku jurysdykcji Wspólnoty. Skarżący kwestionowali legalność doktryny skutków w świetle prawa publicznego międzynarodowego. Ich zdaniem zabraniało ono Wspólnocie wykonywania jurysdykcji wobec zachowań ograniczających konkurencję a podjętych poza jej obszarem tylko na tej podstawie, że zachowania te powodują na tym obszarze skutki ekonomiczne. Wskazywano, że w sprawie *ICI I* sam Trybunał nie zastosował doktryny skutków, lecz przyjął koncepcję *one economic unit*.

W kontekście prawa międzynarodowego publicznego przedsiębiorcy amerykańscy zarzucali nadto złamanie zasady nieinterwencji. Wskazywali, że zastosowanie art. 85 ust. 1

Traktatu narusza interes USA, polegający na wspieraniu eksportu z tego kraju, w którym to celu związki przedsiębiorców zajmujące się eksportem zostały wyłączone z zakresu podmiotowego stosowania amerykańskich przepisów antymonopolowych.

Przedsiębiorcy kanadyjscy z kolei podnosili, że wydanie decyzji, której celem jest oddziaływanie na ich zachowanie stanowi naruszenie suwerenności Kanady oraz reguły *comity*. Nie uzasadnili jednak bliżej swojego poglądu.

Zarzucano też naruszenie zasady pewności prawa, wynikające stąd, że reguły prawa antymonopolowego mogą się różnić w kraju, w którym porozumienie jest zawierane od tych obowiązujących w państwie (tu: we Wspólnocie), które stosowanie swojego prawa opiera na doktrynie skutków.

Dodatkowo, skarżący z Finlandii zarzucali złamanie Umowy o Wolnym Handlu, obowiązującej wówczas pomiędzy Wspólnotą a tym krajem. Twierdzili, że jej postanowienia wyłączają stosowanie art. 85 ust. 1 Traktatu. Wskazywali też, iż art. 27 tej umowy nakazywał Wspólnocie podjąć konsultacje z Finlandią co do tego, jakie środki Wspólnota zamierzała zastosować wobec kwestionowanych działań przedsiębiorców.

Istotną uwagę należy poświęcić opinii rzecznika generalnego M. Darmona[185] wydanej w sprawie *Wood Pulp I.* Ten bowiem, dość gruntownie – z pewnością bardziej wnikliwie niż uczynił to sam Trybunał – przeanalizował problematykę eksterytorialnego stosowania norm prawa wspólnotowego dotyczących praktyk antykonkurencyjnych. Zbadał ten problem w trzech płaszczyznach. Po pierwsze, analizując samo sformułowanie art. 85 ust. 1 Traktatu, po drugie, badając wcześniejsze orzecznictwo organów Wspólnoty (nie tylko z dziedziny ochrony konkurencji) pod kątem możliwości traktowania zaistnienia skutków zdarzenia na obszarze Wspólnoty jako łącznika jurysdykcyjnego, wreszcie, po trzecie, zajął się problemem dopuszczalności eksterytorialnego stosowania prawa w świetle norm prawa międzynarodowego publicznego.

Co do brzmienia art. 85 ust.1 Traktatu wskazał, iż jego istota polega właśnie na stosowaniu do zachowań, które rodzą antykonkurencyjne skutki na obszarze Wspólnoty. Natomiast zawarte w nim kryterium wpływu na handel między państwami członkowskimi służy jedynie wytyczeniu granicy między sytuacjami, w których należy zastosować ten przepis, a sytuacjami, gdy stosować należy antymonopolowe przepisy państw członkowskich (nie zaś terytorialnemu ograniczeniu uprawnień jurysdykcyjnych Wspólnoty).

[185] Opinia rzecznika Generalnego M. Darmona, przedstawiona 25 maja 1988 r. w połączonych sprawach 89, 104, 114, 116, 117 i 125 do 129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* Zb. Orz. 1988 -5214.

Analizując orzecznictwo zauważył, że Komisja, uzasadniając swoją jurysdykcję, zajmuje niekonsekwentne stanowisko-niekiedy jako łącznik jurysdykcyjny traktuje miejsce podjęcia antykonkurencyjnych działań (zachowań), a niekiedy miejsce wystąpienia skutków tych działań.

Przywołując sprawy *Béguelin* i *ICI I*, M. Darmon podkreślił, że orzecznictwo Trybunału w sprawach opartych o art. 85 i art. 86 Traktatu nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy Trybunał uznaje, czy odrzuca doktrynę skutków. Między wierszami można w opinii wyczytać uczyniony wobec Trybunału zarzut, iż ten, „korzystając" z elementów stanu faktycznego spraw, uchylał się od zajęcia wyraźnego stanowiska co do legalności tej doktryny. Dlatego, zdaniem rzecznika, na podstawie wcześniejszego orzecznictwa nie było możliwe ustalenie, czy wspólnotowe prawo konkurencji stosuje się do sytuacji, w których wszyscy uczestnicy zakazanej praktyki mają siedzibę w państwach trzecich. M. Darmon zauważył wszakże, że odniesienie do doktryny skutków znalazło się w orzeczeniu *Walrave vs. Union Cycliste Internationale*[186], w którym Trybunał, odnosząc się do zakazu dyskryminacji ze względu na narodowość, w odniesieniu do swobody przepływu pracowników, stwierdził, że: „zakaz dyskryminacji stosuje się do wszelkich stosunków prawnych, o ile te stosunki, ze względu na miejsce, w którym zostały nawiązane, bądź ze względu na miejsce, w którym są wprowadzane w życie (ang. *take effect*), mogą być umiejscowione na obszarze Wspólnoty". Rzecznik uznał jednak, że nawet gdyby przyjąć, iż w tym orzeczeniu można upatrywać wiążącego precedensu, należy przeanalizować, czy prawo międzynarodowe publiczne zezwala na stosowanie doktryny skutków w sprawach antymonopolowych. W analizie tej sięgnął do podstaw problemu, tj. przywołał dyskusję wywołaną przez orzeczenie w sprawie *Lotus*. Jej przedmiotem było, przypomnijmy, ustalenie, czy wykonywanie jurysdykcji przez suwerenne państwa wymaga wyraźnej normy dozwalającej wynikającej z prawa międzynarodowego publicznego, czy też – przeciwnie- terytorialny zakres jurysdykcji suwerenów nie znajduje ograniczeń, dopóki w prawie międzynarodowym nie ma wyraźnej normy, która takie ograniczenie nakłada**.** Dostrzegł, iż świat akademicki jest podzielony, gdy idzie o tę kwestię. Zauważył też, powołując się na stanowisko G. Fitzmaurice'a wyrażone w zdaniu odrębnym do wyroku MTS w sprawie *Barcelona Traction*[187], że prawo międzynarodowe publiczne w obecnym stanie nie określa sztywnych i stałych reguł wytyczających terytorialny zasięg jurysdykcji państw. Podkreślił jednakże, opierając się na

[186] Wyrok Trybunału z 12 grudnia 1974 r., *Walrave i Koch vs. Union Cycliste Internationale*, sprawa 36/74, Zb. Orz. 1974-1405.

[187] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (Belgium v. Spain), *ICJ Rep.* 1970, 3, 105, dostęp na: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=50&p3=4 (3 stycznia 2015 r.).

stanowisku STSM w sprawie *Lotus*, że nawet państwa, które kierują się ściśle terytorialnym podejściem do koncepcji jurysdykcji, w sprawach karnych interpretują zasadę terytorialną w taki sposób, że obejmuje ona jurysdykcję wobec zachowań mających miejsce za granicą, jeśli jeden z konstytutywnych elementów (ang. *constitutive elements*) zakazanego zachowania, a zwłaszcza jego skutek, ma miejsce na terytorium państwa *forum*. Kierując się takim rozumowaniem M. Darmon postawił pytanie, czy skutek w postaci zakłócenia konkurencji nie jest takim właśnie „konstytutywnym elementem zakazanego zachowania". Przypomniał, że takie stanowisko przyjął rzecznik D. Mayras w swojej opinii do sprawy *ICI I*. Wskazał również, że choć koncepcja, by traktować miejsce wystąpienia skutków zachowania jako łącznik jurysdykcyjny była krytykowana przez akademików, dotychczas nie było orzeczeń międzynarodowego trybunału, które sprzeciwiałyby się jej stosowaniu. To, jego zdaniem, oznacza, że uwzględnienie miejsca wystąpienia skutków jako podstawy jurysdykcji państwa pozostaje w zgodzie z normami prawa międzynarodowego publicznego. Zaznaczył jednak, że takie określenie zakresu jurysdykcji terytorialnej odnosi się do jurysdykcji legislacyjnej, rozumianej jako „kompetencja państwa do stanowienia generalnych lub *indywidualnych* [podkr. M.U.-A.] norm poprzez działalność jego organów władzy ustawodawczej, *wykonawczej lub sądowniczej* [podkr. M.U.-A]". Nie można utożsamiać tego uprawnienia z przyznaniem państwu równie szerokiej jurysdykcji egzekucyjnej, którą określił jako uprawnienie do „wprowadzenia w życie normy generalnej lub indywidualnej z użyciem konkretnych narzędzi, w tym takich które mogą uwzględniać przymus państwowy". Zauważył, odwołując się również do literatury, że to przede wszystkim środki będące wyrazem stosowania jurysdykcji egzekucyjnej spowodowały sprzeciw około 20 państw, które wprowadziły ustawy blokujące w odpowiedzi na orzeczenia amerykańskich sądów stanowiące wyraz eksterytorialnego wykonywania jurysdykcji w dziedzinie prawa antytrustowego[188]. Postawił problem, czy nałożenie kary mieści się w zakresie jurysdykcji legislacyjnej, czy egzekucyjnej. Zdaniem M. Darmona, samo stwierdzenie w orzeczeniu niezgodności danego zachowania z prawem należy postrzegać jako akt jurysdykcji legislacyjnej. Przywołał stanowiska komentatorów, którzy również byli zdania iż „nakazać nie znaczy zmusić", a pozbawienie organu możliwości nałożenia kary, gdy wydaje on orzeczenie stwierdzające niezgodność zachowania z prawem sprawiłoby, że takie rozstrzygnięcie byłoby pozbawione znaczenia.

[188] Por. wyżej argumentację Komisji w sprawie *ICI I*. Na temat wyroków sądów USA i zastosowanych w nich środków zob. rodz. 2.2.

Poszukując dalej ewentualnych granic eksterytorialnego stosowania prawa antymonopolowego, które wynikałyby z norm prawa międzynarodowego publicznego, rzecznik M. Darmon odwołał się do doświadczeń sądów amerykańskich i stanowisk amerykańskich akademików jako tych, którzy ze względu na długą obecność tego zagadnienia w praktyce sądowej USA wielokrotnie zajmowali się tą kwestią. Zauważył, że tak w praktyce sądowej, jak i w amerykańskiej doktrynie prawa widoczna była skłonność do poszukiwania możliwości pogodzenia uzasadnionych interesów krajowych z „istotnymi wymaganiami prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych". Jego zdaniem ówcześnie orzecznictwo USA opierało się w tym względzie na dwóch regułach. Zgodnie z pierwszą, stosowanie amerykańskiego prawa antytrustowego było uzasadnione, gdy skutek dla konkurencji na obszarze USA był bezpośredni, istotny i przewidywalny. Druga zasada nakazywała z kolei sądom dokonywać wyważenia interesów USA oraz innych państw w odniesieniu do rozpoznania danej sprawy, aby zapewnić, że wykonywanie jurysdykcji jest „rozsądne". Wskazał, że istnieją jeszcze inne kryteria, proponowane w projektowanym przez *American Law Institute* opracowaniu *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*. Jego zdaniem jednak, żadne z tych kryteriów nie jest na tyle konkretne, jasne i sprawdzone, by przyjąć je bez dalszych zastrzeżeń. Dlatego uważał, że to do Trybunału winno należeć określenie w rozstrzyganej sprawie okoliczności, które uzasadniają jurysdykcję Komisji wobec przedsiębiorców z siedzibą w państwach trzecich ze względu na skutek, jakie zachowanie tych przedsiębiorców wywołuje na wspólnym rynku.

Zdaniem M. Darmona nieelastyczna formuła terytorializmu nie pasowała do wyzwań stawianych przez współczesny obrót gospodarczy. Sama zaś doktryna „kwalifikowanych skutków", choć jej stosowanie jest źródłem wątpliwości, zyskała poparcie w rezolucji podjętej przez *International Law Association,* na konferencji w Nowym Jorku, w sierpniu 1972 r.[189]. Jego zdaniem, właściwe kryteria kwalifikujące skutki są takie, na jakie wskazał rzecznik generalny D. Mayras w swojej opinii w sprawie *ICI I*, tj.: bezpośredniość, natychmiastowość, przewidywalność i istotność.

M. Darmon zdecydowanie sprzeciwił się stosowaniu koncepcji *single economic unit,* a zwłaszcza jej rozszerzaniu w taki sposób, by objąć nią nie tylko spółki zależne, ale również agentów i innych pośredników, mających siedziby w państwach członkowskich[190].

[189] Zob. rozdz. 1.3.4.

[190] Takie podejście proponował rząd Wielkiej Brytanii w sprawie *Wood Pulp I*. Zob. również rozdz. 4.3.1. na temat różnych wariantów koncepcji *single economic unit*.

Podsumowując analizę stwierdził, że praktyka państw wskazuje, że uznają one stosowanie doktryny skutków wobec skutków „kwalifikowanych". Prawo międzynarodowe publiczne nie sprzeciwia się oparciu jurysdykcji o bezpośredni, istotny i przewidywalny skutek (domniemanie nieograniczonej jurysdykcji państw w braku normy przeciwnej). Nie można też wywieść takiego zakazu z reguły *comity* – ze względu na jej nieokreśloną treść. Dlatego „kwalifikowane" skutki należy uznać za legalną podstawę jurysdykcji Komisji.

Warto też zauważyć, że M. Darmon podniósł wątpliwość, czy określony w art. 85 ust. 1 Traktatu EWG „skutek" praktyki (na terytorium Wspólnoty) w istocie stanowi łącznik jurysdykcyjny. Uważał, że podobnie jak „cel", stanowi on raczej przesłankę zastosowania prawa materialnego w sytuacji, gdy istnienie jurysdykcji Wspólnoty w sprawie zostało już wcześniej ustalone i pozostaje bezdyskusyjne. Ostatecznie uznał jednak, że kryterium wystąpienia skutku pełni podwójną funkcję – jest zarówno przesłanką prawa materialnego (decydującą o zaistnieniu naruszenia), jak i przesłanką jurysdykcyjną. Jego zdaniem kryteria kwalifikujące „skutek" jako przesłankę jurysdykcyjną (bezpośredniość, natychmiastowość, przewidywalność, istotność) powinny różnić się od warunków wynikających z prawa materialnego (dekodowanych przez niego na bazie wcześniejszego orzecznictwa), decydujących o wystąpieniu naruszenia („skutek", aby uzasadniał stwierdzenia naruszenia art. 85 Traktatu ma być „odczuwalny", ang. *perceptible* oraz „znaczny" ang. *appreciable*).

Na marginesie warto zaznaczyć, że to, w jaki sposób różnicować ww. kryteria kwalifikujące charakter skutku jako łącznika jurysdykcyjnego od kryteriów kwalifikujących go jako przesłankę prawa materialnego do dzisiaj nie doczekało się wyjaśnienia[191].

Trybunał w sprawie *Wood Pulp I* wyłączył zarzuty dotyczące międzynarodowej jurysdykcji Wspólnoty do osobnego rozpoznania, w poszerzonym składzie[192]. Mimo to, ujęte w jego orzeczeniu wywody dotyczące terytorialnego zasięgu jurysdykcji Wspólnoty nie były pogłębione, co rozczarowuje, zwłaszcza w świetle wnikliwych rozważań rzecznika generalnego. Co się tyczy jurysdykcji opartej na łączniku terytorium, stanowisko Trybunału sprowadzało się w zasadzie do przytoczenia art. 85 ust. 1 Traktatu i konstatacji, że istotne dla określenia jurysdykcji jest to, iż kwestionowane porozumienie było *implementowane* [podkr. M.U.-A.] na obszarze Wspólnoty (motywy 12-18 uzasadnienia). Trybunał wskazał, że główne źródła zaopatrzenia wspólnego rynku w miazgę drzewną znajdowały się poza obszarem Wspólnoty - w Kanadzie, USA, Szwecji i Finlandii – a więc rynek tego produktu ma wymiar

[191] Odnośnie tego zagadnienia zob. poniżej, rozdz. 2.2.2.8. (uwagi Trybunału wyrażone w uzasadnieniu w sprawie *Intel Corporation)* oraz rozważania *(*Ryngaerta 2006: 236).

[192] Wyrok Trybunału z 27 września 1988 r., *A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, połączone sprawy 89, 104, 114, 116, 117 i 125 do 129/85, Zb. Orz. 1988 – 5193.

światowy. Podniósł, że gdy „*producenci miazgi z tych krajów sprzedają ją bezpośrednio nabywcom z obszaru Wspólnoty i z tego względu angażują się w konkurencję cenową, aby zdobyć zamówienia od tych nabywców, oznacza to konkurencję na wspólnym rynku. W sytuacji zatem, gdy producenci ci zmawiają się co do cen, jakie mają być stosowane wobec ich klientów na wspólnym rynku i zmowę tę wprowadzają w życie*[193] *dokonując sprzedaży po cenach w jej wyniku ustalonych, biorą udział w porozumieniu, których zarówno celem, jak i skutkiem jest ograniczenie konkurencji na wspólnym rynku, w rozumieniu art. 85 ust. 1 Traktatu"* [podkr. M.U.-A.] (motywy 12 i 13 uzasadnienia)[194]. Odnosząc się do argumentacji skarżących, jakoby Wspólnocie nie przysługiwała jurysdykcja oparta wyłącznie na tym, iż na jej obszarze mają miejsce tylko ekonomiczne reperkusje działań podjętych za granicą, Trybunał wyróżnił dwa elementy zachowania, składające się na naruszenie art. 85 ust. 1. Pierwszy – zawarcie porozumienia (dokonanie uzgodnień, ang. *formation*), drugie – jego implementację (realizację/wdrożenie/wykonanie, ang. *implementation*)[195] – tj. sprzedaż na obszar Wspólnoty po cenach będących wynikiem kwestionowanych uzgodnień. Trybunał argumentował, że gdyby stosowanie reguł prawa antymonopolowego Wspólnoty uzależniać od tego, w jakim miejscu porozumienie zostało *zawarte* [podkr. M.U.-A.], przedsiębiorcy mogliby w łatwy sposób obejść zawarty w tym prawie zakaz karteli. Decydującym czynnikiem jest zatem miejsce, gdzie porozumienie jest *wdrażane* [podkr. M.U.-A.]. W tym przypadku producenci wdrożyli na wspólnym rynku porozumienie cenowe. W ocenie Trybunału, w takich okolicznościach „Jurysdykcja Wspólnoty do stosowania swoich reguł konkurencji oparta jest *na zasadzie terytorialnej* [podkr. M.U.-A.] jako powszechnie uznanej zasadzie prawa międzynarodowego publicznego" (motywy 15-18 uzasadnienia).

Trybunał dokonując wyróżnienia etapów „zawierania" i „wdrażania" zakazanego porozumienia ponownie odwołał się do koncepcji przyznania jurysdykcji ze względu na „zachowanie" mające miejsce w państwie *forum*. W tym przypadku „zachowanie" miało postać „wdrażania" i polegało na prowadzeniu sprzedaży na obszar wspólnoty. Trybunał nie odwołał się wprost do doktryny skutków[196] i przemilczał obecne w dyskursie doktrynalnym w

[193] W angielskiej wersji językowej użyto zwrotu - *put into effect*, w niemieckiej - słowa: *durchführen,* we francuskiej *mettre*.

[194] Na treść tych motywów uzasadnienia, stanowiących wyraz „pierwotnego" ujęcia doktryny implementacji, należy zwrócić baczną uwagę. Pojęciu „sprzedaży bezpośrednio nabywcom z obszaru Wspólnoty" Komisja (a w ślad za nią – Trybunał) nadał bowiem bardzo szerokie znaczenie w późniejszych sprawach *Intel* oraz *Innolux* – zob. rodz. rozdz. 2.2.2.8.

[195] W angielskiej wersji językowej użyto słowa *implementation*, w niemieckiej - *Durchführung*, we francuskiej – zwrotu: *mise en oeuvre.*

[196] Trybunał wprawdzie nawiązał do faktu zaistnienia skutków na wspólnym rynku, ale uczynił to przytaczając treść art. 85, co – w braku rozważań Trybunału na temat doktryny skutków i podstaw jurysdykcji– sugeruje, że należy to nawiązania potraktować jako element analizy, czy zostały spełnione przesłanki prawa materialnego

dziedzinie prawa międzynarodowego publicznego argumenty kwestionujące dopuszczalność jej stosowania.

Z kolei zarzut wnoszących odwołanie dotyczący naruszenia zasady pewności prawa i powiązany z nim, w stanie sprawy, zarzut naruszenia istotnych interesów USA, był w tym konkretnym kontekście dość łatwy do odparcia. Regulacje antymonopolowe państw, w których siedzibę miały strony porozumienia były zbieżne z normami obowiązującymi we Wspólnocie. Nadto, obowiązywała Umowa o Wolnym Handlu pomiędzy Wspólnotami a Finlandią, która zawierała postanowienie brzmiące identycznie jak art. 85 ust. 1 Traktatu (z tą różnicą, iż odnosiło się ono do zakłócenia konkurencji w handlu pomiędzy Finlandią a Wspólnotą). Co się zaś tyczyło amerykańskiego ustawodawstwa, które zezwalało na kartele eksportowe, Trybunał zauważył, że dozwolenie nie jest tożsame z nakazem ich zawierania, wobec czego, w świetle reguł prawa międzynarodowego publicznego, nie zachodził konflikt ustawodawstw[197]. Nie było wobec tego potrzeby, by odwoływać się do zasady nieinterwencji. Nadto, władze USA, do których Komisja zwróciła się o konsultacje-stosownie do zaleceń Rady OECD z 25 października 1979 r. w sprawie współpracy między krajami członkowskimi dotyczącej praktyk ograniczających konkurencję wpływających na handel międzynarodowy - nie wniosły sprzeciwu wobec jurysdykcji Wspólnoty (motywy 19, 20, 21 uzasadnienia).

Zarzut naruszenia reguły *comity* Trybunał uznał za niesłuszny, nie uzasadniając w zasadzie swojego stanowiska i podnosząc, że zgłaszające ten zarzut strony w istocie nie wyjaśniły, na czym naruszenie reguły *comity* miałoby polegać.

Uzasadniając z kolei brak uprzednich konsultacji z Finlandią, Trybunał wskazał, że skoro Umowa przewidywała uzgodnienie przez strony, jakie środki należy wdrożyć w razie naruszenia ustanowionych w niej reguł konkurencji, oznaczało to, że jej strony założyły z góry, że takimi środkami dysponują (w domyśle-środkiem takim miało być zastosowanie art. 85 ust. 1). Nadto, konsultacje z Finlandią odbyły się, choć nieco na innej płaszczyźnie, bo w oparciu o ww. zalecenia OECD. Poza tym, konsultacje z Finlandią w oparciu o Umowę o Wolnym Handlu nie byłyby wystarczające. Zgodnie bowiem z jej postanowieniami konsultacje takie mogłyby dotyczyć tylko kwestii wpływu naruszenia na handel pomiędzy Finlandią a Wspólnotą. Tymczasem naruszenie dotyczyło szerszego rynku geograficznego, a nadto spowodowało zakłócenie konkurencji na obszarze Wspólnoty, do czego zastosowanie - zdaniem Trybunału - miał wyłącznie art. 85 ust. 1 Traktatu.

określone w art. 85 ust. 1.

[197] Taki konflikt zachodziłby zdaniem Trybunału tylko wówczas, gdyby ten sam podmiot podlegał normom pochodzącym od różnych państw, nakazujących mu określone zachowanie, a normy te byłyby wzajemnie sprzeczne.

Gdyby porównywać stanowisko zajęte przez Trybunał w sprawie *ICI I* z tym przyjętym w sprawie *Wood Pulp I*, wydaje się, że od strony zastosowanego łącznika jurysdykcyjnego nie ma między nimi istotnej różnicy. W obu sprawach Trybunał odniósł się bowiem do zachowania, które „miało miejsce" na terenie Wspólnot, nawiązując do zasady terytorialnej (wyraźnie zwłaszcza w motywie 18 uzasadnienia w sprawie *Wood Pulp I.)* W pierwszej z ww. spraw mowa była o „wdrażaniu porozumienia" na obszarze Wspólnot (poprzez sprzedaż prowadzoną na obszarze Wspólnoty przez spółkę zależną, mającą siedzibę we Wspólnocie), w drugim o „wdrażaniu porozumienia" poprzez sprzedaż towarów prowadzoną na obszarze Wspólnoty bezpośrednio przez przedsiębiorców zagranicznych. Podobnie jak w wyroku *ICI I*, sformułowanie użyte w motywie 13 uzasadnienia w sprawie *Wood Pulp I* można rozumieć w ten sposób, iż samo „wdrożenie" porozumienia cenowego (tj. prowadzenie sprzedaży po bezprawnie ustalonych cenach) jest „skutkiem" jego zawarcia. Trybunał nie zajmował się dalszymi (ekonomicznymi) skutkami „wdrożenia", ani relacją pojęć „wdrożenie" i „skutek". Niedostatecznie jasne stanowisko Trybunału powoduje, że użyte w orzeczeniu pojęcie „wdrażania" utożsamiane jest niekiedy w literaturze z pojęciem „skutku", co prowadzi autorów do uznania, iż w orzeczeniu *Wood Pulp I* Trybunał zaakceptował doktrynę skutków (Jurkowska-Gomułka (w:) Skoczny, Jurkowska (red.) 2007:266)[198]. Przyczynę tej konfuzji akademików trafnie uchwyciła (Buxbaum 2009: 642) pisząc, iż „Trybunał ujął zagadnienie jako podlegające zasadzie obiektywnej jurysdykcji terytorialnej, uznając, że na obszarze Wspólnoty wystąpiło zachowanie „dopełniające" zakazanego czynu. Jednakże, ponieważ nadał bardzo szerokie znaczenie pojęciu >>wprowadzenie w życie<<, jego orzeczenie zostało szeroko odczytane jako akceptacja dla wykonywania jurysdykcji wobec zachowań mających miejsce za granicą, opartej na łączniku wystąpienia skutków (…)". Wyrok w sprawie *Wood Pulp I* spowodował w literaturze dyskusję nt. stosunku kryterium „implementacji" do kryterium „skutków" (Banasiński 2015: 173, Dudzik 2010:202 i nast., Molski 2002:23, Saganek 1997: 52 oraz powołana w tych źródłach literatura). Lektura tego orzeczenia prowadzi do wniosku, że zamiarem Trybunału nie było bynajmniej utożsamienie „skutków" i „wdrożenia", lecz przeciwnie, wyraźne odróżnienie „skutków" od zachowania, mającego miejsce na terytorium wspólnoty,

[198] Orzeczenie w sprawie *Wood Pulp I* jako precedens, z którego wynika obowiązywanie doktryny skutków w prawie wspólnotowym (unijnym) potraktował również rzecznik generalny N. Jääskinen, a nawet wywiódł z niego ogólniejszą regułę, jakoby doktryna skutków odnosiła się nie tylko do prawa antymonopolowego UE, ale do wszelkich zachowań „wywołujących w sposób bezpośredni istotne pod względem prawnym skutki w zakresie uregulowanym przez ustawodawstwo Unii" (zob. motywy 125- 129 opinii przedstawionej w dniu 9 grudnia 2010 r., w sprawie *L'Oréal SA i inni przeciwko eBay International AG i inni*, Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division - Zjednoczone Królestwo, sprawa C-324/09, Zb. Orz. 2011 I-6011.

polegającego na „wdrożeniu" porozumienia. Taki pogląd jest powszechniejszy w doktrynie (zob. Roth, Rose (w:) Roth, Rose (red.) 2008: 66-68, Kiolbye, Nikpay, Faull (w:) Nikpay, Faull (red.) 2007:289, Skoczny 2003:198, Kardach 1997:140), w której wyraźnie odróżnia się doktrynę implementacji (wdrożenia)[199]**,** zastosowaną po raz pierwszy w sprawie *Wood Pulp I*, od „kryterium skutków", zastosowanego po raz pierwszy w sprawie *Gencor* (zob. niżej). Próbę rozgraniczenia tych koncepcji podjął m. in. (Ryngaert 2006:217), wskazując, że doktryna implementacji wymaga wystąpienia na terytorium zarówno zachowania, jak i jego skutków, podczas gdy do zastosowania doktryny skutków potrzebne jest jedynie wystąpienie skutków na terytorium. Jego zdaniem doktryna implementacji łączy zatem w sobie elementy wymagane zarówno przez zasadę obiektywnej jurysdykcji terytorialnej, jak i subiektywnej jurysdykcji terytorialnej, wymagając-jako warunku przysługiwania jurysdykcji- zaistnienia na terytorium wszystkich aspektów antykonkurencyjnej praktyki[200].

Wykładni autentycznej swoich wywodów prowadzonych w orzeczeniu *Wood Pulp I* Trybunał dokonał w sprawie *Intel Corporation*, z 2014 r. (zob. niżej, rozdz. 2.2.2.8.). W uzasadnieniu wyroku wydanego w tym postępowaniu wyraźnie potwierdził, że rozstrzygnięcie w sprawie *Wood Pulp I* oparto na kryterium implementacji oraz wskazał, że jurysdykcja Wspólnot w sprawach antymonopolowych opiera się na dwóch równolegle i niezależnie stosowanych kryteriach – „implementacji" i „skutkach".

O tym, iż zastosowanym przez Trybunał łącznikiem nie były zaistniałe na terytorium Wspólnoty „skutki", lecz „zachowanie" uczestnika zmowy mające miejsce na jej terytorium, świadczy szczególny sposób, w jaki potraktowano w wyroku *Wood Pulp I* amerykańskie stowarzyszenie handlowe - *Kraft Export Association* (KEA). Stowarzyszenie to było kartelem eksportowym utworzonym w zgodzie z prawem USA. KEA uczestniczyło w czynionych za granicą uzgodnieniach, lecz nie prowadziło w ogóle produkcji ani sprzedaży miazgi drzewnej. Nie podejmowało wobec tego żadnych działań na obszarze Wspólnot, czyli nie uczestniczyło w „implementacji". Z tej przyczyny, zdaniem Trybunału, należało wyłączyć KEA z kręgu ukaranych podmiotów (zob. motywy 24 i 27 uzasadnienia wyroku)[201].

Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż taki sposób określenia łącznika jurysdykcyjnego („implementacja na terytorium") rodzi pytanie o relację pomiędzy tymże kryterium, a określonymi w art. 85 ust. 1 Traktatu przesłankami (materialnoprawnymi)

[199] W polskiej literaturze spotyka się również określenie „teoria wykonania", zob. np. (Banasiński 2015:172, Dudzik 2010: 198, Molski 2002).

[200] Odnośnie do relacji tych doktryn odmiennie wypowiedział się rzecznik generalny N. Wahl w opinii przedstawionej w sprawie *Intel*. Zob. rozdz. 2.2.2.8.

[201] Na ten temat zob. również: (Ryngaert 2006: 215, Saganek 1997: 52).

decydującymi o niedozwolonym charakterze porozumienia. Przesłankami tymi mogą być przecież, zgodnie z redakcją tego przepisu – alternatywnie – antykonkurencyjny „cel" lub antykonkurencyjny „skutek" porozumienia. Mówiąc inaczej – aby porozumienie mogło być uznane za zakazane w rozumieniu art. 85 ust. 1 Traktatu, wystarczy, że jego celem jest zakłócenie konkurencji, nawet gdyby cel ten nie został zrealizowany. Jeżeli zaś - z perspektywy geograficznego zasięgu jurysdykcji - przyjmiemy, że dopóki porozumienie zawarte poza obszarem Wspólnoty nie zostanie „wdrożone" na jej obszarze, dopóty Wspólnocie nie będzie przysługiwać jurysdykcja, to tym samym wyłączymy możliwość stosowania art. 85 ust. 1 Traktatu do takich porozumień zawartych za granicą, które wprawdzie miały na celu zakłócenie konkurencji, ale poniechano ich „wdrożenia" na obszarze Wspólnoty (por. Jurkowska-Gomułka (w:) Skoczny, Jurkowska (red.) 2007:266). W orzeczeniu *Wood Pulp I* kwestia ta nie została dostrzeżona. W ogóle nie zajęto się kwestią relacji „celu" i „skutku" jako materialnych przesłanek stosowania art. 85 ust. 1 do kryterium „skutku" jako łącznika jurysdykcyjnego. Zagadnienie „podwójnej roli" kryterium skutku wzmiankował jedynie M. Darmon w swojej opinii. Kwestia ta nie znalazła wyczerpującego wyjaśnienia również w późniejszym orzecznictwie organów sądowych Wspólnoty. W sprawie *Intel* Sąd odnotował jedynie, że kwestia terytorialnego zasięgu jurysdykcji Wspólnoty stanowi zagadnienie odmienne od przesłanek ustanowionych w art. 82 ust. 1 TWE (d. art. 85 ust. 1 Traktatu EWG).

2.2.2.3. „Kryterium skutków", doktryna *single economic unit* i inne łączniki jurysdykcyjne (sprawa *kartelu aluminium Brandeis*)

W tym samym dniu, w którym Komisja wydała decyzję w sprawie *Wood Pulp I* - 19 grudnia 1984 r. (w której, przypomnijmy, dość wyraźne oparła się na doktrynie skutków) - wydała ona również decyzję dotyczącą kartelu w branży aluminium[202]. Kartel ten obejmował znaczną część Europy. Dotyczył sprzedaży aluminium do krajów zachodnich Europy przez organizacje handlowe krajów bloku wschodniego – ZSRR, Polski[203], Węgier, Czechosłowacji i Niemieckiej Republiki Demokratycznej. Organizacje te zobowiązały się nie sprzedawać aluminium innym potencjalnym nabywcom z EWG, EFTA, USA, i Ameryki Południowej w zamian za dokonywanie u nich zakupów aluminium w sztabkach przez spółki z grupy Brandeis (brytyjską i szwajcarską). Porozumienia oddziaływały też na rynek

[202] Decyzja Komisji z 19 grudnia 1984 r., *Import aluminium z Europy wschodniej*, sprawa IV/26.870, Dz. Urz. WE 1985 L 92/1.

[203] Centrala Importowo-Eksportowa „Impexmetal" Przedsiębiorstwo Państwowe.

aluminium w Japonii. W krajach Europy zachodniej uczestnikami kartelu były podmioty odkupujące aluminium od spółek z grupy Brandeis. Przedsiębiorcy ci mieli swoje istotne interesy w zakresie produkcji (przetwarzania) i sprzedaży aluminium na obszarze wszystkich krajów członkowskich (zarówno przed, jak i po rozszerzeniu EWG w roku 1973). W oparciu o poczynione uzgodnienia alokowano pochodzące z Europy Wschodniej aluminium do uczestników kartelu, proporcjonalnie do ich własnej produkcji. Kartel blokował import równoległy od uczestniczących w zmowie wschodnich producentów, zaś jego uczestnicy z krajów zachodnich powstrzymywali się od dalszej odsprzedaży nieprzetworzonego aluminium pochodzącego od wschodnioeuropejskich dostawców. Uzgodnienia spowodowały zniesienie na obszarze EWG presji konkurencyjnej w odniesieniu do aluminium i wytwarzanych z niego produktów. Ogólnie rzecz ujmując, celem kartelu było ustabilizowanie (na wysokim poziomie) cen aluminium, podział rynków, a także odcięcie dostaw przedsiębiorcom, którzy zgłaszali zapotrzebowanie na aluminium, ale nie uczestniczyli w kartelu. W dużej mierze cel ten został osiągnięty. Komisja ustaliła - m. in. - że gdyby nie działalność kartelu, ceny aluminium na obszarze EWG byłyby niższe, zaś kierunki przepływu handlu tym towarem byłyby inne. Wprowadzenie w życie niedozwolonych uzgodnień spowodowało zatem antykonkurencyjne skutki na obszarze EWG (oraz miało wpływ na handel między państwami członkowskimi Wspólnoty).

W toku postępowania niektórzy jego uczestnicy podnieśli, że Komisji nie przysługiwała jurysdykcja wobec przedsiębiorców niemających siedziby na obszarze EWG, bądź, że Komisja nie powinna wykonywać jurysdykcji wobec takich przedsiębiorców. Zwracali zwłaszcza uwagę, że nie powinna ona sprawować jurysdykcji wobec działań (ang. *acts*) podjętych poza terytorium EWG, nawet jeśli te zachowania wpływają na handel pomiędzy państwami członkowskimi Wspólnoty.

Decyzja dotycząca *kartelu Brandeis* zawierała obszerniejsze rozważania nt. jurysdykcji Komisji niż ta w sprawie *Wood Pulp I*, jednak mniej klarowne. Ustosunkowując się do argumentów stron Komisja wskazała, że głównym celem niedozwolonych porozumień było ograniczenie ilości sztabek i przewodów zawierających aluminium oferowanych na obszarze EWG oraz zabezpieczenie na założonym poziomie udziałów uczestników kartelu w rynku właściwym. Części wspólnego rynku były izolowane od siebie oraz od rynków krajów niebędących członkami EWG. W rezultacie miało miejsce istotne ograniczenie konkurencji na obszarze wspólnego rynku (obejmującego najpierw sześć, a potem dziewięć państw członkowskich). Tym samym *„główny skutek porozumienia był odczuwalny na wspólnym rynku, co powoduje, że Komisji przysługiwała kompetencja by zapewnić, że konkurencja na*

nim nie zostanie zakłócona, ponieważ jest to jej obowiązek wynikający z Traktatu"[podkr. M.U.-A.][204].

Co się tyczy tych uczestników kartelu, którzy nie mieli siedzib w państwach członkowskich, zdaniem Komisji również nie było podstaw by kwestionować jej kompetencje do orzekania wobec nich. Komisja dostrzegła, że miała do czynienia z dwiema grupami takich podmiotów.

Pierwsza z tych grup obejmowała spółki, które miały swoich przedsiębiorców zależnych z siedzibą we Wspólnocie. Komisja nie wskazała łącznika, na którym oparła się wykonując jurysdykcję wobec zagranicznych spółek matek i ich „lokalnych" spółek córek. Co do tych ostatnich stwierdziła po prostu, że ma wobec nich jurysdykcję. Co do spółek matek z siedzibą poza Wspólnotą Komisja podniosła iż: „Formalne rozdzielenie spółki zależnej od spółki dominującej, w sytuacji, gdy spółka dominująca spoza Wspólnoty podejmuje działania za pośrednictwem spółki zależnej na terenie wspólnego rynku, nie może być wykorzystane by obejść przepisy dotyczące konkurencji, skoro spółka dominująca wykonuje swoje uprawnienia kontrolne wobec przedsiębiorcy zależnego w celu realizacji porozumienia ograniczającego konkurencję lub by narzucić jej podjęcie antykonkurencyjnych działań"[205]. Komisja odwołała się tu do orzeczeń w sprawach *ICI I* oraz *ICI & CVS,* a zatem - choć nie zostało to wyrażone *explicite* - posłużyła się koncepcją *single economic unit.*

Odnośnie do tych przedsiębiorców, którzy nie mieli spółek zależnych na obszarze Wspólnoty, lecz wprowadzali towary do obrotu na jej obszar, Komisja zacytowała fragment orzeczenia w sprawie *Béguelin*, w którym Trybunał wskazał, że fakt, iż „jeden z przedsiębiorców ma siedzibę w państwie trzecim nie wyłącza stosowania art. 85 Traktatu skoro porozumienie wywołuje skutki na obszarze wspólnego rynku". Dostrzegając, że ww. orzeczenie dotyczyło wertykalnego porozumienia pomiędzy wytwórcą spoza Wspólnoty i dystrybutorem z siedzibą we Wspólnocie, Komisja stwierdziła, że rozumowanie (ang. *reasoning*) (sic!)[206] należy analogicznie zastosować do porozumień horyzontalnych.

Co więcej, zdaniem Komisji nie ma powodu, by odmiennie podchodzić do oceny jurysdykcji Komisji w sytuacjach, gdy poszczególni uczestnicy horyzontalnych porozumień

[204] W oryginale: "The principal effect being felt within the common market, the Commission is competent to ensure that competition within the common market is not distorted, for that is its duty under the Treaty.", tłum. własne.

[205] W oryginale: "Formal separation between parent and subsidiary companies, where the non-EEC parent acts in the common market through a subsidiary, cannot be used to escape from unity of conduct in the market in order to circumvent the rules of competition if the parent company exercises its power of control over the subsidiary to apply a restrictive agreement or impose abusive conduct.", tłum. własne.

[206] W wyroku w sprawie *Béguelin* nie przeprowadzono żadnego prawniczego wywodu, który uzasadniałby przyjęte w nim stanowisko.

mają siedziby: (i) tylko na obszarze wspólnego rynku, (ii) na obszarze wspólnego rynku i poza nim albo (iii) wyłącznie poza obszarem wspólnego rynku, skoro „zastosowanie art. 85 ust. 1 Traktatu zależy od tego, czy porozumienie wywołuje istotny wpływ na handel między państwami członkowskimi".

W ocenie Komisji, nie obowiązywała żadna reguła prawa międzynarodowego publicznego, która zakazywałaby zastosowania prawa Wspólnoty do wszystkich uczestników kartelu. Co więcej, uważała ona, że z reguły *comity* również nie wynika dla niej nakaz samoograniczenia się w wykonywaniu jurysdykcji. Możliwość sprawowania jurysdykcji przez Komisję nie zależała jej zdaniem w żaden sposób od tego, czy uczestnicy kartelu naruszyli przepisy obowiązujące w krajach ich siedziby. Zastosowanie prawa wspólnotowego w tej sprawie nie miało też, zdaniem Komisji, negatywnego wpływu na interesy państw niebędących członkami Wspólnoty. Taki interes, aby mógł zostać uwzględniony, musiałby być na tyle ważny, aby zdominował fundamentalny interes Wspólnoty polegający na tym, by konkurencja na wspólnym rynku nie została zakłócona, ponieważ jest to zasadnicze narzędzie przewidziane przez Traktat dla osiągnięcia celów Wspólnoty.

W sprawie *kartelu Brandeis* zaistniał też ciekawy wątek związany z tym, że Wielka Brytania stała się członkiem EWG w trakcie funkcjonowania kartelu. Jego uczestnikami byli m. in. przedsiębiorcy z tego kraju[207]. Komisja wyjaśniła, iż nie przysługiwała jej jurysdykcja wobec tych brytyjskich przedsiębiorców w zakresie, w jakim kartel miał służyć *ograniczeniu konkurencji* na *rynku brytyjskim* [podkr. M.U.A.] ze strony wschodnioeuropejskich dostawców aluminium *w okresie przed akcesją Wielkiej Brytanii* [podkr. M.U.A.]. Natomiast przysługiwała jej jurysdykcja wobec tychże przedsiębiorców ze względu na wpływ, jaki kartel wywarł na *handel wewnątrz Wspólnoty w jej składzie przed rozszerzeniem w 1973* [podkr. M.U.A.] Innymi słowy, w ocenie Komisji, podstawy jej jurysdykcji wobec brytyjskich przedsiębiorców – odnośnie okresu przed akcesją – były takie same, jak te odnoszące się do przedsiębiorców, którzy przez cały okres przynależności do kartelu (tj. zarówno przed, jak i po rozszerzeniu Wspólnoty) mieli siedziby poza wspólnym rynkiem. Zdaniem Komisji nie było też potrzeby, by - w odniesieniu do okresu sprzed akcesji - rozważać stosunek niewątpliwego interesu Wielkiej Brytanii w tym, by chronić swój rynek przed konkurencją (sic!), do interesu Wspólnoty (w składzie przed rozszerzeniem)

[207] Alcan UK (od 1963 r. do 1967 r.), RTZ i BICC (od 1971 r. do momentu akcesji) oraz BACO (od 1963 r. do momentu akcesji).

wyrażonego w art. 3 (f) Traktatu o EWG[208]. Interesy te dało się pogodzić, zaś każdy z uczestników kartelu mógł działać tak, by zadośćuczynić im obu. Z kolei w okresie po akcesji brytyjscy przedsiębiorcy stali się przedsiębiorcami wspólnotowymi, wobec czego ich udział w kartelu nakierowany na ograniczenie konkurencji na rynku na obszarze rynku Wielkiej Brytanii musi być traktowany tak samo, jak analogiczne zachowanie przedsiębiorców ze „starej" Wspólnoty mające na celu ograniczenie konkurencji na obszarze „starej" Wspólnoty.

Komisja nie zajęła stanowiska co do tego, jakie są teoretycznoprawne podstawy sprawowania przez nią jurysdykcji wobec działań zagranicznych przedsiębiorców podejmowanych poza obszarem Wspólnoty. W szczególności – nie podjęła w ogóle tematyki geograficznego zasięgu jurysdykcji podmiotów prawa międzynarodowego publicznego. Lektura uzasadnienia decyzji nasuwa refleksję, iż stanowi ono wyraz ówczesnego braku jednolitych i utrwalonych poglądów organów Wspólnoty na kwestię jurysdykcji eksterytorialnej. W widoczny sposób Komisja próbowała znaleźć kompromis pomiędzy potrzebami praktycznymi, skłaniającymi do szerokiego zakreślenia geograficznego zasięgu „właściwości międzynarodowej" organów Wspólnoty, a wątpliwościami co do treści norm prawa międzynarodowego publicznego dotyczących jurysdykcji. Komisja musiała nadto zmierzyć się z innym jeszcze problemem. Mianowicie takim, że choć ona sama skłaniała się zdecydowanie do zaakceptowania doktryny skutków – czemu dała wyraz w sprawie *Wood Pulp I,* jak w swoim raporcie z 1977[209] – wcześniejsze orzeczenia Trybunału nie wskazywały, iżby akceptował on tę zasadę jurysdykcyjną. Biorąc zatem pod uwagę konieczność obrony decyzji przed Trybunałem, w przypadku wniesienia odwołania, Komisja zmuszona była posługiwać się dla uzasadnienia podstaw jurysdykcji konstrukcjami obecnymi wcześniej w orzeczeniach Trybunału. Stąd zapewne odniesienia do sprawy *Béguelin* (w której za łącznik jurysdykcyjny mogła być uznana również przynależność państwowa jednej ze stron) oraz do *ICI I* (koncepcja *single economic unit*), a także enigmatyczne odwołania do postanowień traktatowych, jak to, iż jurysdykcyjną przesłanką stosowania art. 85 ust. 1 Traktatu EWG jest istotny wpływ porozumienia na handel między państwami członkowskimi".

[208] Zgodnie z art. 3 (f) Traktatu EWG celem było stworzenie systemu, który będzie zapobiegał zakłóceniom konkurencji wewnątrz wspólnego rynku.

[209] W dokumencie *Sixth Report on Competition Policy in 1977* (Szósty Raport w sprawie Polityki Konkurencji w roku 1977*)*, Komisja zajęła stanowisko, iż przysługuje jej uprawnienie do tego, by „przeciwdziałać ograniczeniom konkurencji, których skutki są odczuwalne na terytorium podlegającym jej jurysdykcji, nawet jeśli zaangażowane przedsiębiorstwa prowadzą działalność gospodarczą poza tym terytorium, mają obcą przynależność państwową, nie mają żadnego związku z tym terytorium oraz wykonują umowę podlegającą obcemu prawu.", dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1976_en.pdf, s. 35 (3 marca 2017 r.).

Rzeczywisty stosunek Komisji do zagadnienia geograficznego zasięgu jurysdykcji Wspólnoty – tj. jej aprobatę dla doktryny skutków[210] – dezawuuje jednak właśnie ten fragment uzasadnienia, w którym analizowano sytuację przedsiębiorców brytyjskich. Wynika bowiem z niego jednoznacznie, iż tym, co przesądza o posiadaniu przez Komisję jurysdykcji jest skutek działania polegający na zakłóceniu konkurencji na wspólnym rynku.

Trybunał nie wypowiedział się co do prawidłowości rozstrzygnięcia Komisji, ponieważ decyzja nie była przedmiotem odwołania.

Odnośnie do omawianej decyzji należy poczynić jeszcze dwie uwagi.

Po pierwsze – jest ona jednym z nielicznych (o ile nie jedynym) rozstrzygnięciem z dziedziny wspólnotowego prawa konkurencji, w którym pojawił się wątek rozważań nad ewentualnymi interesami innych państw, jako kryterium ograniczającym możliwość sprawowania jurysdykcji. Jest to – jak należy przypuszczać – refleks trwającej ówcześnie dyskusji teoretycznej obejmującej kwestie wyważania interesów państw w aspekcie jurysdykcji. Jednakże ten kierunek refleksji nie upowszechnił się w kolejnych orzeczeniach organów Wspólnot (następnie: UE). Widoczna jest raczej tendencja odwrotna – tj. uznawanie istnienia jurysdykcji po stronie Wspólnot (UE) ze względu na interes w ochronie wspólnego rynku, nawet jeśli orzekający organ dostrzega równolegle istniejący interes innego podmiotu prawa międzynarodowego. Takie podejście współcześnie widoczne jest zwłaszcza w sprawach *Gencor, Intel i Innolux* (zob. niżej, rozdziały: 2.2.2.5. i 2.2.2.8.).

Po drugie – rozumowanie odnoszące się do zasięgu jurysdykcji w kontekście ochrony konkurencji na obszarze państw przystępujących do Wspólnot (UE) w trakcie funkcjonowania kartelu (tj. że Komisja ocenia skutki kartelu dla konkurencji na wspólnym rynku, a nie na rynkach w państwach trzecich) zostało utrzymane w kolejnych orzeczeniach. Co więcej - w kontekście obowiązywania zasady *ne bis in idem* - ekstrapolowano to rozumowanie na zagadnienie, czy sankcja nałożona przez organ państwa trzeciego za zachowania, które jednocześnie spowodowały zakłócenie konkurencji w obszarze tego państwa oraz na obszarze Wspólnot (UE) może być wzięta pod uwagę przy wymierzeniu kary pieniężnej przez organy Wspólnot (zob. niżej - sprawa *GIS,* rozdz. 2.2.2.6. oraz sprawa *Innolux* rozdz. 2.2.2.8.).

[210] W taki sposób wywody KE rozumie też (Maziarz 2012:65) oraz rzecznik generalny M. Wathelet, który w opinii do sprawy *Innolux* (zob. niżej, rozdz. 2.2.2.8) wyraził przekonanie, iż decyzja w sprawie kartelu aluminium „została wyraźnie oparta na kryterium skutków.”.

2.2.2.4. Koncepcja „dostatecznego powiązania" (sprawa *kartelu PCV)*

Kolejną sprawą, w której Komisja zajmowała się terytorialnym zakresem jurysdykcji w sprawach antymonopolowych było postępowanie dotyczące PCV[211]. Zgodnie z wcześniejszą praktyką uznała, że art. 85 ust. 1 Traktatu stosuje się do przedsiębiorców spoza Wspólnoty. Postępowanie dotyczyło kartelu pomiędzy uczestnikami rynku przetwórstwa petrochemicznego, głównymi wytwórcami PCV. Przedmiotem antykonkurencyjnej zmowy było ustalanie cen, określenie limitów sprzedaży obowiązujących uczestników zmowy, podejmowanie różnorakich działań, których celem było generalne podniesienie poziomu cen oraz podział rynków zbytu. Większość (tj. szesnastu) uczestników uzgodnionych praktyk miało siedzibę w państwach należących do Wspólnoty. Tylko jeden – norweska spółka Norsk Hydro – była przedsiębiorcą spoza Wspólnoty.

W uzasadnieniu decyzji nie wyjaśniono, jakie kryterium Komisja uznała ostatecznie za podstawę tej jurysdykcji. Przytoczono po kolei kilka okoliczności. Po pierwsze Komisja wskazała, że podstawę do wykonywania przez nią jurysdykcji również wobec Norsk Hydro jest to, iż porozumienie pomiędzy producentami PCV mogło mieć istotny wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Nie zajmowała się jednak w ogóle ani uzasadnieniem poprawności doboru tego kryterium, ani żadnymi zagadnieniami z obszaru prawa międzynarodowego publicznego. Po drugie, Komisja zaznaczyła, iż przedsiębiorca zagraniczny zawarł porozumienie z przedsiębiorcami wspólnotowymi, które ograniczyło konkurencję na obszarze Wspólnoty. Wreszcie dodała, iż „Fakt, że Norsk Hydro miała swoje główne centra biznesowe i zakłady produkcyjne poza Wspólnotą nie wpływa na jej odpowiedzialność odnośnie do żadnego porozumienia *wdrożonego* [podkr. M.U.-A.] we Wspólnocie. Wspólnota jest dla Norsk Hydro podstawowym rynkiem, na którym osiąga on około 60% swoich obrotów na PCV" [212]. Wskazała również, powołując się na wyrok w sprawie *Wood Pulp I*, że „W zakresie, w jakim porozumienia były *wdrażane* [podkr. M.U.-A.] we Wspólnocie, zastosowanie art. 85 ust. 1 Traktatu do norweskiego producenta nie jest wyłączone przez umowę o wolnym handlu pomiędzy Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Norwegią"[213].

---

[211] Decyzja Komisji z 21 grudnia 1988 r., *Atochem S.A.* i in., sprawa IV/31.865, Dz. Urz. WE 1989 L 74/1.

[212] W oryginale: "The fact that Norsk Hydro had its main business centres and production facilities outside the Community does not affect its liability in respect of any agreement implemented within the Community. The Community is a primary market for Norsk Hydro and accounts for some 60 % of its turnover in PVC.", tłum. własne.

[213] W oryginale: „In so far as the agreements were implemented inside the Community, the applicability of Article 85 (1) of the EEC Treaty to a Norwegian producer is not precluded by the free trade agreement between the European Economic Community and Norway.", tłum. własne.

Przy lekturze decyzji można odnieść wrażenie, iż Komisja odchodzi od kryteriów przyjętych za podstawę jurysdykcji we wcześniejszych orzeczeniach organów Wspólnoty i proponuje za takowe uznać „wpływ praktyki na handel miedzy państwami członkowskimi". Ogólny wydźwięk rozważań Komisji jest taki, jakby przyjęła dla uzasadnienia swojej jurysdykcji stosowaną w prawie międzynarodowym publicznym regułę „dostatecznego powiązania" i starała się wskazać jedna po drugiej okoliczności, które mogłyby stanowić takie właśnie powiązanie. W każdym razie – brak w uzasadnieniu decyzji jakichkolwiek pogłębionych rozważań nt. podstaw eksterytorialnej jurysdykcji Wspólnoty. W sprawie PVC organy sądowe Wspólnot nie miały możliwości wypowiedzenia się co do tej kwestii. Spółka Norsk Hydro zbyt późno złożyła odwołanie od decyzji Komisji do Sądu Pierwszej Instancji i zostało ono odrzucone.

2.2.2.5. Doktryna skutków w postępowaniu dotyczącym koncentracji (sprawa *Gencor*)

Kolejny etap w ewolucji prawa wspólnotowego odnośnie do zagadnienia przestrzennego zasięgu jurysdykcji w sprawach antymonopolowych znaczy orzeczenie sprawie Gencor[214]. Inaczej niż Trybunał we wcześniejszych orzeczeniach, Sąd Pierwszej Instancji (dalej również jako SPI) jednoznacznie odwołał się do skutków działań zaistniałych na obszarze *forum* – w odróżnieniu od samych działań –jako do okoliczności uzasadniającej jurysdykcję. Odmiennie niż w poprzednich orzeczeniach – zwłaszcza w sprawach *ICI I*, *ICI & CSC* i *Wood Pulp I*, gdzie widoczne były próby przełożenia ciężaru rozważań na „zachowanie" na terenie Wspólnoty jako powiązanie uzasadniające posiadanie jurysdykcji - w sprawie Gencor SPI wyraźnie rozważał znaczenie wystąpienia skutków działań na terenie Wspólnoty jako łącznika jurysdykcyjnego. Aczkolwiek i w tym orzeczeniu nie znajdziemy wyraźnego odwołania do pojęcia „doktryna skutków".

Wyrok w sprawie *Gencor* został wydany przez SPI w wyniku rozpatrzenia odwołania od decyzji Komisji[215] odmawiającej zgody na przeprowadzenie koncentracji. W sprawie tej występowała dodatkowa trudność, ponieważ poza potrzebą określenia przestrzennego zakresu zastosowania samych art. 85 ust. 1 i art. 86 ust. 1 Traktatu konieczne było określenie terytorialnego zakresu stosowania Rozporządzenia Rady (EWG) 4064/89[216], wydanego w celu wykonania tych przepisów. Rozporządzenie to w specyficzny sposób precyzowało ujętą

[214] Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 25 marca 1999 r. , *Gencor Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-102/96, Zb. Orz**.** 1999 II-753.

[215] Decyzja Komisji z 24 kwietnia 1996 r., *Gencor* i in., sprawa IV/M.619, Dz. Urz. WE 1997 L 11/30.

[216] Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. WE 1990 L 395/1.

w tych przepisach ogólną przesłankę „zakłócenia konkurencji na wspólnym rynku". Z jego przepisów wynikało, że niezgodne ze wspólnym rynkiem są koncentracje przedsiębiorców, w wyniku których „powstanie lub umocni się pozycja dominująca, w rezultacie czego istotnie osłabiona zostałaby skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub znacznej jego części" (tzw. „test konkurencji"). Takie określenie sytuacji traktowanej jako „zakłócenie konkurencji" powodowało dodatkowe komplikacje z punktu widzenia koncepcji „kwalifikowanych skutków", których wystąpienie mogłyby uzasadniać eksterytorialne sprawowanie jurysdykcji. Konieczne stało się bowiem dokonanie *ex ante* oceny, czy takie skutki wystąpią, nie zaś *ex post*, jak to ma miejsce w przypadku nadużycia pozycji dominującej bądź zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia.

Uczestnikami zamierzonej koncentracji miały być Gencor Ltd. (spółka utworzona na podstawie prawa Republiki Południowej Afryki) prowadząca działalność głównie w zakresie wydobycia surowców mineralnych i przetwórstwa metali oraz Lonhro Plc. (spółka brytyjska) stojąca na czele grupy spółek prowadzących działalność w zakresie kopalnictwa, przetwórstwa metali i w innych branżach. Celem koncentracji było utworzenie wspólnego przedsiębiorcy zajmującego się wydobyciem, przetwórstwem i sprzedażą metali z grupy platyny (w skrócie – od nazwy w języku angielskim – produktów PGM). Skutkiem planowanej koncentracji byłoby połączenie działalności obu spółek w obszarach PGM. *Spółki dobrowolnie* poddały zamiar koncentracji kontroli właściwego organu RPA oraz Komisji. Organ RPA ds. konkurencji nie zgłosił do niej zastrzeżeń. W postępowaniu przed Komisją oficjalne stanowisko zajął minister spraw zagranicznych RPA, który nie kwestionował uprawnień Wspólnoty do kształtowania swojej polityki odnośnie praktyk antykonkurencyjnych oraz koncentracji. Podniósł jednak – nawiązując do testu konkurencji sformułowanego w ww. rozporządzeniu - że polityka władz RPA polega na podejmowaniu interwencji *ex post*, tj. wówczas, gdy porozumienie zawarte między przedsiębiorcami rzeczywiście powoduje negatywne dla konkurencji skutki. Zwrócił się do Komisji o przeprowadzenie z właściwymi organami RPA konsultacji odnośnie do zagadnień ściśle dotyczących meritum sprawy (sytuacji na rynku właściwym) i o wstrzymanie wydania decyzji do czasu zakończenia tych konsultacji.

Komisja ostatecznie zakazała koncentracji. Uznała - po przeprowadzeniu „testu konkurencji"- że utworzenie wspólnego przedsiębiorcy spowoduje niekorzystne zmiany w strukturze rynku. Zagrożenia dla funkcjonowania konkurencji na wspólnym rynku upatrywała w tym, że w miejsce trzech głównych dostawców PGM (największych w RPA i na świecie), prowadzących sprzedaż na cały świat – w tym i na obszar Wspólnoty - pozostaną tylko dwaj

(co będzie oznaczało powstanie kolektywnej, duopolistycznej, pozycji dominującej na rynku dostaw rodu i platyny). Komisja uznała też, że miał miejsce „wymiar wspólnotowy" koncentracji w rozumieniu rozporządzenia 4064/89. Przepisy tego rozporządzenia stanowiły, że koncentracja ma „wymiar wspólnotowy", gdy*:* (i) każdy uczestnik koncentracji osiągał w jednym państwie członkowskim nie więcej niż dwie trzecie swojego obrotu, (ii) łączny światowy obrót uczestników koncentracji przekraczał 5 miliardów ECU i (iii) łączny obrót co najmniej dwóch jej uczestników na obszarze Wspólnoty przekraczał 250 milionów ECU (trzy przesłanki formalne, odwołujące się do wielkości obrotów, które musiały być spełnione łącznie). Rozporządzenie nie ustanawiało innych kryteriów „wspólnotowego wymiaru koncentracji".

Decyzję zakazującą koncentracji Gencor zaskarżyła do SPI podnosząc, między innymi, brak jurysdykcji Wspólnot. Spółka wskazywała, że rozporządzenie 4064/89 należy stosować jedynie do koncentracji „przeprowadzanych we Wspólnocie", nie zaś do działalności gospodarczej prowadzonej w państwie, które nie jest członkiem Wspólnoty, zwłaszcza jeśli działalność taka została zaaprobowana przez właściwe organy tego państwa. Zdaniem Gencor prezentowane przez nią podejście było spójne z zasadą terytorializmu, jako naczelną zasadą prawa międzynarodowego publicznego, której Wspólnota winna przestrzegać Gencor odwołała się w tej kwestii do sprawy *Wood Pulp I* oraz *Poulsen and Diva Corp.*[217]. Skarżąca spółka podnosiła także, że postanowienia Traktatu EWG, zwłaszcza art. 85, 86, 87 i 235, których wykonaniu ma służyć ww. rozporządzenie, nie mogą być poczytane jako naruszające tę zasadę poprzez ustanowienie jurysdykcji eksterytorialnej. Wyraźnie odnoszą się one bowiem do „konkurencji na wspólnym rynku, nie zaś do konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami mającymi siedzibę na obszarze Wspólnoty, a tymi mającymi siedzibę poza nią, ani do konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami mającymi siedziby poza Wspólnotą". Taka konkluzja płynęła zdaniem Gencor z redakcji art. 85 i art. 86 Traktatu EWG, w których mowa o wpływie na handel pomiędzy państwami członkowskimi oraz z art. 2 i 3g Traktatu EWG, określających cele Wspólnoty. Skarżąca w swej dalszej argumentacji odwoływała się do różnorakich sformułowań użytych w rozporządzeniu 4064/89, które jej zdaniem

[217] Wyrok Trybunału z 24 listopada 1992 r., *Anklagemyndigheden przeciwko Peter Michael Poulsen i Diva Navigation Corp.*, Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Kriminal- og Skifteretten i Hjørring – Dania, sprawa C-286/90, Zb. Orz.1992 I-6019. W motywie 9 uzasadnienia tego wyroku Trybunał podkreślił, że Wspólnota zobowiązana jest do przestrzegania prawa międzynarodowego. Dalsze rozważania na tle prawa międzynarodowego poświęcone są jednak zagadnieniom prawa morza i wynikających z nich zobowiązań. Trybunał nie zajmował się w tej sprawie doktryną skutków czy zagadnieniami eksterytorialnego stosowania prawa.

ograniczały kompetencję Komisji do badania tylko tych koncentracji, które były „dokonywane na obszarze Wspólnoty" (w odwołaniu użyto sformułowań: *take effect, effected, carried out*) chociażby nawet ich uczestnikami byli przedsiębiorcy z siedzibą w państwach trzecich. Przez „dokonanie koncentracji na obszarze Wspólnoty" Gencor rozumiała sytuacje, w których „działania stanowiące o istocie koncentracji mają miejsce na obszarze Wspólnoty, a więc gdy odnosi się ona do przedsiębiorców, którzy prowadzą tam istotną działalność". Gencor podnosiła, że wobec tego rozporządzenie 4064/89 nie stosuje się do zgłoszonej przez nią koncentracji, ponieważ dokonywana jest ona w RPA, gdzie uczestnicy koncentracji prowadzą swoją główną działalność- tj. wydobycie i przetwórstwo PGM. Powołując się *a contrario na* rozumowanie Trybunału zaprezentowane w sprawie *Wood Pulp I* - w której Trybunał uznał, że choć porozumienie co do cen zawarte (utworzone) było (ang. *originated lub formed*) poza terytorium Wspólnoty, lecz wdrażane (ang. *implemented*) na jej obszarze, co przesądziło o jurysdykcji Wspólnot- spółka argumentowała, że zamierzona koncentracja została zarówno zapoczątkowana (ang. *originated*), jak i wdrożona (ang. *implemented*) na terytorium RPA. Wobec tego może ona mieć w pierwszym rzędzie znaczenie dla polityki przemysłowej i polityki konkurencji tego właśnie kraju, nie zaś dla Wspólnoty. W świetle powyższego Komisja, zdaniem Gencor, nie miała jurysdykcji w analizowanej sprawie. Dodatkowo, odwołując się do kryteriów natychmiastowości i istotności skutku (skutek „kwalifikowany") - których potrzebę stosowania zalecał rzecznik generalny w sprawie *Wood Pulp I* - Gencor podnosiła, że Komisji nie wolno zgłaszać aspiracji jurysdykcyjnych wobec przyszłych i hipotetycznych zachowań (tj. ewentualnych przyszłych antykonkurencyjnych praktyk dostawców PGM, które ewentualnie będą lub nie będą podlegać jej jurysdykcji na podstawie Traktatu), a które być może nastąpią jako konsekwencja istnienia duopolistycznej struktury rynku.

Gencor zauważyła także, że zamierzona koncentracja została uznana za zgodną z prawem przez odpowiedni organ RPA. Skoro zatem Komisja uznała ją za niezgodną z prawem oznacza to konflikt jurysdykcji pomiędzy tym krajem a Wspólnotami. Nadto, twierdziła, że w swoim piśmie do Komisji minister spraw zagranicznych RPA wskazał, między innymi, że analizowana koncentracja oznacza zmianę struktury przemysłu tego kraju. Zgłaszanie aspiracji jurysdykcyjnych co do takiej zmiany oznaczało „fundamentalną ingerencję w wewnętrzne sprawy RPA".

Komisja, odpowiadając na zarzuty podniesione w odwołaniu, wskazała, że swoją jurysdykcję opiera wobec Lonhro na zasadzie zwierzchnictwa personalnego (była to spółka z siedzibą w Wielkiej Brytanii), natomiast w pozostałym zakresie – na zasadzie zwierzchnictwa

terytorialnego. Zgodziła się z twierdzeniem, że celem Traktatu i przepisów wykonawczych są zagadnienia konkurencji na wspólnym rynku. Podkreśliła jednak, że, chociaż koncentracja istotnie będzie przeprowadzona (ang. *carried out*) na obszarze RPA poprzez połączenie środków produkcji, to będzie wdrożona (ang. *implemented*) na obszarze całego świata – zmieni strukturę na rynku produkcji i dostawy PGM, który w ujęciu geograficznym ma wymiar światowy. Nawiązując do sprawy *Wood Pulp I* Komisja podniosła, że istotna w tamtej sprawie była okoliczność, że antykonkurencyjne skutki wystąpiły na terytorium Wspólnoty. Analogicznie – w analizowanej koncentracji należy zbadać, gdzie nastąpi skutek polegający na zmianie struktury rynku (zmniejszeniu ilości dostawców). Ta zmiana dotyczy nie wydobycia i przetwórstwa PGM, lecz innego szczebla rynku, na którym następuje sprzedaż tych produktów na obszar Wspólnoty (i świata). Skoro zatem koncentracja będzie wdrożona (ang. *implemented*) na całym świecie, w tym we Wspólnocie, to „zgodnie z doktryną implementacji wypracowaną w sprawie *Wood Pulp I*, Wspólnocie jurysdykcja przysługuje wobec tej transakcji w oparciu o *klasyczne* [podkr. M.U.-A.] zasady jurysdykcji międzynarodowej".

Interesujący punkt widzenia zaprezentował rząd RFN. Argumentował, że rozporządzenie zawiera normy kolizyjne, przeciwdziałające konfliktowi ustawodawstw na wypadek, gdyby uczestnikami koncentracji byli przedsiębiorcy zagraniczni. Norm tych upatrywał w przepisach, definiujących „wspólnotowy wymiar", przyjmujących za kryterium wielkość obrotów uczestników koncentracji osiąganych na obszarze Wspólnoty. Zdaniem rządu niemieckiego przyjęcie za kryterium wielkości obrotu na obszarze Wspólnoty przesądzało o zgodności przepisów rozporządzenia z prawem publicznym międzynarodowym (jak i z orzecznictwem Trybunału dotyczącym terytorialnego zakresu stosowania art. 85 ust. 1 Traktatu EWG) ponieważ kryterium to „wywodzi się z doktryny skutków, znanej również jako zasada obiektywnej jurysdykcji terytorialnej". Osiągnięcie przez uczestników koncentracji na obszarze Wspólnoty obrotu w wysokości co najmniej 250 milionów ECU stanowi „dostateczne powiązanie" (ang. *sufficient connecting factor*).

Sąd Pierwszej Instancji, analizując geograficzny zakres stosowania rozporządzenia 4064/89, uznał, że należy zbadać dwa zagadnienia. Po pierwsze, czy rozporządzenie to dotyczy koncentracji takich, jak ta zgłoszona. Jeśli tak, to - po drugie - czy zastosowanie rozporządzenia do tego rodzaju koncentracji pozostaje w sprzeczności z normami prawa międzynarodowego publicznego dotyczącymi jurysdykcji państw.

Odnośnie do pierwszego zagadnienia SPI w zasadzie skupił się na definicji „wspólnotowego wymiaru" koncentracji wyznaczanego progami obrotów jej uczestników.

W analizowanej sprawie przesłanki te zostały spełnione. SPI podkreślił, iż o „wspólnotowym wymiarze" koncentracji nie decydowało to, czy jej uczestnicy mieli siedzibę w państwie członkowskim, ani to, czy działalność w zakresie produkcji (wydobycia i przetwórstwa), stanowiąca przedmiot koncentracji, będzie wykonywana na obszarze Wspólnoty. Co więcej, w rozporządzeniu 4064/89 określenie „wspólnotowego wymiaru" koncentracji poprzez odwołanie się do obrotów ze sprzedaży osiąganych na wspólnym rynku wskazuje, iż większą wagę należy przypisać sprzedaży dokonywanej przez strony na obszarze Wspólnoty niż lokalizacji działań produkcyjnych. Rozporządzenie nie przyjmuje za kryterium tego, czy na obszarze wspólnego rynku uczestnicy koncentracji podejmują aktywność stanowiącą główny przedmiot ich działalności, lecz to, że podejmują tam istotne operacje. Nie ma znaczenia, czy ich obrót na wspólnym rynku generowany jest przez produkcję, czy sprzedaż (motywy 85 i 86 uzasadnienia wyroku SPI). Celem rozporządzenia 4064/89 (jak i przepisów art. 85, 86 i 87 Traktatu EWG, w celu wykonania których zostało wydane) było zapewnienie, by nie doszło do zakłócenia konkurencji na wspólnym rynku na skutek powstania lub umocnienia się pozycji dominującej. SPI potwierdził tym samym, że prawidłowe było rozumowanie Komisji, która badała możliwość wystąpienia skutku w postaci zmiany struktury rynku po stronie podaży.

SPI uznał też (motywy 56-61 uzasadnienia), że całkowicie chybiona była argumentacja uczestników zmierzająca do zakwestionowania jurysdykcji Wspólnot w tej sprawie poprzez odwołanie się do doktryny implementacji przyjętej w sprawie *Wood Pulp I.* Kryterium wdrożenia (wykonania, implementacji) porozumienia na obszarze Wspólnot spełnione jest bowiem w szczególności wówczas, gdy uczestnicy porozumienia prowadzą sprzedaż do Wspólnoty (niezależnie od miejsca położenia ich źródeł zaopatrzenia lub miejsca ich siedziby). Nie było zaś kwestionowane, że zarówno Gencor jak i Lohnro sprzedaż taką prowadziły i zamierzały kontynuować tę działalność (motyw 87 uzasadnienia).

Odnośnie do zgodności z prawem międzynarodowym publicznym, SPI wskazał, że objęcie zamiaru koncentracji jurysdykcją Wspólnoty pozostaje w zgodzie z jego normami, gdy da się przewidzieć, że zamierzona koncentracja będzie miała natychmiastowy (ang. *immediate*) i istotny (ang. *substantial*) skutek na obszarze Wspólnoty (motyw 90 uzasadnienia wyroku). Takim skutkiem byłoby powstanie duopolu na światowym rynku sprzedaży platyny i rodu, którego członkowie mieliby kolektywną pozycję dominującą, co spowodowałoby istotne zakłócenie efektywnej konkurencji na wspólnym rynku. Okoliczności te – od strony faktycznej – zostały wystarczająco wykazane przez Komisję. Dalszą część swojego wywodu SPI poświęcił weryfikacji, czy zaproponowane przez niego kryteria –

przewidywalności, natychmiastowości i istotności skutku – były spełnione w okolicznościach faktycznych sprawy (motywy 91-106 uzasadnienia). Niestety w żadnym miejscu nie wyjaśnił, na jakiej podstawie uznał, że prawo międzynarodowe publiczne, po pierwsze- uznaje wystąpienie skutków zachowania na obszarze *forum* za łącznik jurysdykcyjny, po drugie - miałoby wymagać zastosowania kryteriów kwalifikujących charakter takich skutków. Z niektórych wątków uzasadnienia (np. motyw 106) można wnosić, że SPI oparł się na doktrynie „dostatecznego powiązania" *(*ang. *sufficient connecting link),* zaś za okoliczność uzasadniającą wykonywanie jurysdykcji uznał suwerenne uprawnienie Wspólnoty do określania polityki konkurencji na swoim terytorium, mającej na celu m. in. zapobieganie powstawaniu struktur rynkowych, których istnienie może zakłócać efektywne działanie mechanizmu konkurencji.

Pod kątem zgodności z prawem międzynarodowym publicznym SPI analizował też, czy wykonywanie jurysdykcji przez Wspólnotę nie stanowi złamania zasady nieinterwencji oraz proporcjonalności. Jeśli chodzi o zasadę nieinterwencji, nie była ona przedmiotem dogłębnej analizy. SPI powielił argumentację, którą Trybunał posłużył się uprzednio w sprawie *Wood Pulp I* w odniesieniu do zarzutów przedsiębiorców amerykańskich. Mianowicie, zauważył, że chociaż zgodnie z prawem RPA zamierzona koncentracja nie była zakazana, nie była wszakże przez to prawo nakazana. Odniósł się także do listu przedłożonego Komisji przez rząd RPA, który nie kwestionował jurysdykcji Wspólnot w tej sprawie oraz wskazał, że odwołujący się (ani też rząd RPA) nie podali, jaki miałby być związek pomiędzy ocenianą koncentracją a istotnymi interesami handlowymi lub gospodarczymi RPA (motywy 101-104 uzasadnienia).

Sprawę *Gencor* uznaje się powszechnie w literaturze za początek obecności doktryny skutków w orzecznictwie sądów wspólnotowych (Roth, Rose (w:) Roth, Rose (red.) 2008: 66-68, Kiolbye, Nikpay, Faull (w:) Nikpay Faull (red.) 2007:289, Ryngaert 2006: 217, Molski 2002:26). Wprawdzie SPI nie posłużył się samą nazwą tej doktryny, jak też i nie wyjaśnił szczegółowo międzynarodowoprawnych podstaw oparcia jurysdykcji na łączniku wystąpienia skutków, jednak wyraźnie wskazał, że to właśnie zaistnienie na obszarze Wspólnoty skutków koncentracji dokonanej zagranicą i przez zagranicznych przedsiębiorców stanowiło łącznik jurysdykcyjny w analizowanej sprawie.

2.2.2.6. Interpretacja zasady *ne bis in idem* w kontekście „kryterium skutków" jako łącznika jurysdykcyjnego (sprawa *GIS*).

Z kolei w styczniu 2007 roku Komisja wydała decyzję dotyczącą kartelu na rynku rozdzielnic elektrycznych z izolacja gazową[218] (dalej jako: GIS – od skrótu nazwy w języku angielskim *gas insulated switchgear*). Uczestnikami kartelu – a w konsekwencji stronami postępowania antymonopolowego i adresatami decyzji – było 20 przedsiębiorców, przy czym były to nie tylko spółki z państw członkowskich Wspólnoty, ale również spółki szwajcarskie[219] oraz wielu przedsiębiorców mających siedziby w Japonii[220]. Przedmiotem postępowania był zarzut naruszenia art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 53 umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG)[221]. Zarzucane naruszenie miało polegać na tym, że w okresie od kwietnia 1988 r. do maja 2004 r. producenci GIS w sposób ciągły koordynowali swoją politykę sprzedaży w celu podziału rynków zbytu, ustalali wielkość zbytu, aby każdy z nich utrzymał odpowiedni udział w rynku, dopuszczali się manipulacji w przetargach, stosowali skomplikowane mechanizmy ustalania cen, a także wymieniali między sobą istotne informacje rynkowe oraz odmawiali udzielania licencji producentom nieuczestniczącym kartelu. Ich uzgodnienia dotyczyły obszaru całego „świata zachodniego", z wyłączeniem jedynie USA i Kanady. Istotne w tej sprawie jest, że wszyscy uczestnicy kartelu spoza Wspólnoty mieli swoich przedsiębiorców zależnych z siedzibami w jej państwach członkowskich. Zagraniczne przedsiębiorstwa macierzyste miały możliwość wywierania decydującego wpływu na zachowania rynkowe swoich spółek zależnych i z możliwości tej faktycznie korzystały. Jak nietrudno się domyślić, w takim stanie faktycznym Komisja w celu uzasadnienia swojej jurysdykcji skorzystała z koncepcji *one economic unit*[222]. Adresatami decyzji były zarówno zagraniczne przedsiębiorstwa macierzyste, jak i ich spółki córki zarejestrowane na obszarze Wspólnoty. Kary zostały nałożone solidarnie na spółki matki i spółki córki.

Komisja, rozważając, czy przysługuje jej jurysdykcja w tej sprawie, uznała, że ma kompetencje do zastosowania zarówno art. 81 ust. 1 TWE jak i art. 53 umowy EOG[223], w

---

[218] Streszczenie decyzji Komisji z 24 stycznia 2007 r., *Rozdzielnice z izolacją gazową*, sprawa COMP/F/38.899, Dz. Urz. UE 2007 C 5/7.

[219] ABB Ltd. i Areva T&D AG.

[220] Fuji Electric Holdings Co., Ltd, Fuji Electric Systems Co., Ltd, Japan Ae Power Systems Corporation, Mitsubishi Electric Corporation i Toshiba Corporation.

[221] Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Dz. Urz. WE 1994 L 37/3.

[222] Aczkolwiek koncepcja ta została tu nieco zmodyfikowana- zob. rozdz. 4.3.

[223] Traktat zawarty pomiędzy UE a państwami EFTA (Norwegią, Islandią i Liechtensteinem) ustanawiający EOG zawiera postanowienia zakazujące antykonkurencyjnych porozumień oraz zakazujące nadużywania pozycji dominującej analogiczne do tych, jakie znajdują się w art. 101 i 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii

oparciu o art. 56 umowy EOG[224], ponieważ kartel „wywarł istotny wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi" Wspólnoty oraz na handel pomiędzy stronami umowy o EOG. Chociaż od decyzji wniesiono kilka odwołań, w żadnym z nich nie podniesiono zarzutu braku jurysdykcji Wspólnot w stosunku do zagranicznych przedsiębiorców. W konsekwencji organy sądowe Wspólnot nie miały możliwości wypowiedzieć się odnośnie do tego zagadnienia.

W kontekście sprawy *GIS* omówienia wymaga opinia rzecznik generalnej Juliane Kokott, sporządzona w postępowaniu przed Trybunałem, wywołanym wnioskiem o udzielenie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne[225]. W opinii tej znacznie rozwinięty został wątek, który Komisja potraktowała dość skrótowo w sprawie kartelu *Brandeis*, tj. stosowania wspólnotowego prawa antymonopolowego do przedsiębiorców z nowoprzystępujących państw członkowskich, odnośnie do działań tych przedsiębiorców mających miejsce przed akcesją.

W trakcie funkcjonowania kartelu *GIS*, stanowiącego jednolite i trwałe naruszenie oraz mającego międzynarodowy zasięg, do Wspólnot Europejskich 1 maja 2004 r. przystąpiło 10 nowych państw, w tym Republika Czeska. Postępowanie w sprawie udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne prowadzone było na wniosek czeskiego sądu, rozpatrującego prawidłowość decyzji czeskiego organu ochrony konkurencji. Organ ten, równolegle do Komisji, prowadził w latach 2006-2007, postępowanie w sprawie kartelu *GIS*. Zarówno czeski urząd, jak i Komisja nałożyły grzywny na określone przedsiębiorstwa, przy czym czeski organ ochrony konkurencji uczynił to jedynie na podstawie krajowego prawa antymonopolowego i tylko w odniesieniu praktyk antykonkurencyjnych mających miejsce w okresie przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do UE[226]. Wobec powyższego zrodził się szereg wątpliwości, które czeski sąd krajowy w swoich pytaniach do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej również jako TSUE) sformułował m. in.

Europejskie. Artykuł 53 umowy o EOG jest odpowiednikiem art. 101 TFUE, z tą różnicą, że odnosi się do wpływu na handel pomiędzy stronami tej umowy, tj. art. 53 ust. 1 *in initio* stanowi: „Niezgodne z funkcjonowaniem niniejszego Porozumienia i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, decyzje podejmowane przez związki przedsiębiorstw oraz wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Umawiającymi się Stronami i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na terytorium objętym niniejszym Porozumieniem (…)". Z kolei artykuł 54 Traktatu EOG jest odpowiednikiem art. 102 TFUE, z różnicą j.w..

[224] Artykuł 56 Traktatu EOG dotyczy podziału kompetencji pomiędzy Komisją a jej odpowiednikiem w ramach EOG, tj. Urzędem Nadzoru EFTA.

[225] Opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott przedstawiona 8 września 2011 r. w sprawie *Toshiba Corporation i in*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Krajský soud v Brně - Republika Czeska, sprawa C-17/10, Zb. Orz. elektr. 2011.

[226] Zakres terytorialny i czasowy naruszeń, do których odnosiła się decyzja Komisji nie wynikał z niej bezpośrednio. W drodze interpretacji rzecznik J. Kokott wywiodła, iż decyzja ta dotyczyła tylko obszaru UE, a nie dotyczyła skutków zaistniałych na obszarze Czech w okresie przed 1 maja 2004 r.

następująco: „Czy wykładni art. 81 TWE (obecnie art. 101 TFUE) (…) należy dokonywać w taki sposób, że *przepisy te powinny być stosowane* (w *postępowaniach wszczętych po dniu 1 maja 2004) do całego okresu trwania kartelu, który rozpoczął się w Republice Czeskiej przed jej wstąpieniem do Unii Europejskiej* [podkr. M.U.-A.] (tzn. przed 1 maja 2004 r.), a trwał i zakończył się po jej przystąpieniu do Unii Europejskiej?".

Rzecznik J. Kokott, analizując czasowy i przestrzenny zakres obowiązywania art. 81 TWE[227] ustaliła, iż należy w tym celu brać pod uwagę: Akt dotyczący warunków przystąpienia z 2003[228], Traktat Akcesyjny[229], art. 53 Traktatu EOG oraz art. 49 i 50 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej[230], jak również przepisy rozporządzenia nr 1/2003[231]. Wskazała w szczególności, że artykuł 2 Traktatu Akcesyjnego zawiera następujące uregulowanie dotyczące zastosowania *ratione temporis* prawa Unii w Republice Czeskiej: „Od dnia przystąpienia nowe państwa członkowskie są związane postanowieniami traktatów założycielskich i aktów przyjętych przez instytucje Wspólnot (…) przed dniem przystąpienia; postanowienia te są stosowane w nowych państwach członkowskich zgodnie z warunkami określonymi w tych traktatach i w niniejszym akcie". Zauważyła też, że artykuł 53 EOG zawiera identyczny co do istoty jak art. 81 TWE zakaz karteli, którego zakres zastosowania rozciąga się na cały Europejski Obszar Gospodarczy. Za istotną w analizowanym kontekście uznała również zasadę legalności kar (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), zawartą w art. 49 Karty Praw Podstawowych, oraz zasadę *ne bis in idem,* zapisaną w art. 50 tej Karty[232].

---

[227] Poza kwestią terytorialnego zakresu jurysdykcji analizie podlegały również zagadnienia proceduralne związane z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003 i ustanowionych jego mocą równoległych kompetencji Komisji oraz krajowych organów ochrony konkurencji do stosowania art. 81 Traktatu.

[228] Akt dotyczący warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej, Dz. Urz. WE 2003 L 236/ 33.

[229] Traktat między Królestwem Belgii, Królestwem Danii, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Grecką, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Irlandią, Republiką Włoską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Królestwem Niderlandów, Republiką Austrii, Republiką Portugalską, Republiką Finlandii, Królestwem Szwecji, Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (państwami członkowskimi Unii Europejskiej) a Republiką Czeską, Republiką Estońską, Republiką Cypryjską, Republiką Łotewską, Republiką Litewską, Republiką Węgierską, Republiką Malty, Rzecząpospolitą Polską, Republiką Słowenii, Republiką Słowacką dotyczący przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii, Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej, Dz. Urz. WE 2003 L 236/17.

[230] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej została uroczyście proklamowana najpierw 7 grudnia 2000 w Nicei, Dz. Urz. WE 2000 C 364/1, a następnie po raz kolejny 12 grudnia 2007 w Strasburgu, Dz. Urz. UE 2007 C 303/1 i Dz. Urz. UE 2010 C 83/389.

[231] Rozporządzenie Rady (WE) NR 1/2003 z 16 grudnia 2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu , Dz. Urz. UE. 2003 L 1/1 z późn. zm.

[232] Artykuł 49 Karty Praw Podstawowych UE stanowi: „Nikt nie może zostać skazany za popełnienie czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu, który według prawa krajowego lub prawa międzynarodowego nie

Parafrazując postawione przez czeski sąd pytanie J. Kokott stwierdziła, że rozwikłania wymaga kwestia, „*czy art. 81 TWE (...) znajduje zastosowanie* [podkr. M.U.-A.] w >>nowym<< państwie członkowskim do okresów sprzed daty przystąpienia (1 maja 2004 r.)". Z art. 2 aktu przystąpienia, zdaniem J. Kokott „wynika jedynie, że art. 81 TWE (…) *nie miał zastosowania w Republice Czeskiej przed dniem 1 maja 2004 r* [podkr. M.U.-A.] i nie daje on żadnych wyjaśnień co do tego, w jakim zakresie art. 81 TWE (…) należy stosować do ciągłych naruszeń, których antykonkurencyjne skutki występowały na terytorium czeskim częściowo przed przystąpieniem Czech do Unii Europejskiej, a częściowo po nim." Rozwiązania tego problemu rzecznik poszukiwała odwołując się do ogólnych zasad prawa Unii Europejskiej, w szczególności do zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz zasady niedziałania prawa wstecz. Z tej ostatniej, jak zauważyła, wynika, iż „przepisy prawa materialnego zazwyczaj *nie obowiązują w stosunku do sytuacji powstałych przed ich wejściem w życie* [podkr. M.U.-A.]. Artykuł 81 TWE zawiera normy prawa materialnego. Nie może wobec tego być stosowany z mocą wsteczną. Zasada pewności prawa wymaga bowiem, by jakiekolwiek okoliczności faktyczne były badane w świetle przepisów prawa obowiązujących w czasie, gdy dane okoliczności nastąpiły. *Jedynie do przyszłych skutków stanu faktycznego powstałego w czasie obowiązywania przepisu starego nowe przepisy materialnoprawne stosuje się co do zasady bezpośrednio.* [podkr. M.U.-A.]" [233]. Zdaniem rzecznik J. Kokott sytuacja opisana w zdaniu poprzedzającym nie oznacza, iż prawo jest stosowane wstecz. Uważa ona, iż „Do kartelu o zasięgu międzynarodowym, który w formie jednolitego i ciągłego naruszenia miał lub mógł mieć wpływ na konkurencję na terytorium nowego państwa członkowskiego zarówno przed datą przystąpienia, jak i po niej, znajdują zastosowanie, w zależności od danego okresu, różne normy materialnoprawne. *W odniesieniu do okresów sprzed daty przystąpienia antykonkurencyjne skutki kartelu w danym państwie członkowskim należy oceniać wyłącznie zgodnie z krajowym prawem konkurencji tego państwa członkowskiego* [podkr. M.U.-A.]. Natomiast w odniesieniu do późniejszych okresów należy je oceniać w skali Unii jednolicie na podstawie art. 81 TWE." W analizowanej sprawie oznaczało to konkretnie, że „art. 81 TWE *stosuje się w Republice Czeskiej do spornego kartelu tylko w takim zakresie, w jakim chodzi o nałożenie kary ze*

stanowił czynu zabronionego pod groźbą kary w czasie jego popełnienia. […]". Artykuł 50 Karty Praw Podstawowych UE stanowi: „Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii".

[233] Tę tezę J. Kokott opiera na wyrokach: z 5 grudnia 1973 r., *SOPAD*, sprawa 143/73, Zb. Orz. 1973-1433, motyw 8, z 29 stycznia 2002 r., sprawa, C-162/00 *Pokrzeptowicz-Meyer*, Zb. Orz. 2002 I-1049, motyw 50, z 6 lipca 2010 r., *Monsanto Technology,* sprawa C-428/08 , Zb. Orz. 2010 I-6765, motyw 66.

względu na możliwe antykonkurencyjne skutki tego kartelu w okresie od 1 maja 2004 r.. Natomiast antykonkurencyjne skutki tego kartelu, które dotyczą okresu do 30 kwietnia 2004 r., mogą być oceniane w Republice Czeskiej tylko zgodnie z krajowym prawem konkurencji [podkr. M.U.-A.]. Może mieć wprawdzie miejsce jednolite i ciągłe naruszenie, niemniej jego antykonkurencyjne skutki podlegają w odniesieniu do okresu przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do Unii Europejskiej i po nim w każdym przypadku różnym przepisom prawnym. *Quasi karnoprawny charakter prawa antymonopolowego Unii przemawia zdecydowanie przeciwko retroaktywnemu stosowaniu art. 81 TWE, ponieważ może ono naruszyć zasadę legalności kar.* [podkr. M.U.-A.]".

Ze względu na fakt, że członkowie kartelu zarzucali, iż ukaranie ich za udział w nim zarówno przez organ czeski, jak i KE, stanowi złamanie zasady *ne bis in idem,* J. Kokott zajmowała się również i kwestią nałożenia kary przez dwa organy. Rzecznik generalna zdefiniowała *idem* jako „tożsamość czynu w znaczeniu materialnym, pojmowaną jako istnienie całości, na którą składają się nierozdzielnie ze sobą związane konkretne okoliczności (co obejmuje też tożsamość podmiotu dopuszczającego się naruszenia)". Zdaniem J. Kokott oznacza to, że sama okoliczność, iż chodziło o jeden kartel o zasięgu międzynarodowym, który działał w sposób ciągły przez dłuższy okres czasu, nawet jeśli uczestniczyły w im te same podmioty, nie wystarczy, by uznać występowanie *idem*. Do czynu, w rozumieniu materialnym, należą w przypadku kartelu zawsze okres i terytorium, w których zmowa kartelowa oddziaływała w sposób antykonkurencyjny („spowodowane" ograniczenie konkurencji), względnie mogła oddziaływać („zamierzone" ograniczenie konkurencji). Innymi słowy faktyczne lub potencjalne skutki kartelu są nieodzownym elementem stanu faktycznego, z powodu którego uczestnicy kartelu są pociągani do odpowiedzialności[234]. Zasada *ne bis in idem* „uniemożliwia nakładanie kar *w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego z tytułu antykonkurencyjnych skutków jednego i tego samego kartelu* [podkr. M.U.-A.]. przez kilka organów ochrony konkurencji lub sądów *w odniesieniu do tego samego terytorium i tego samego okresu* [podkr. M.U.-A.]. Natomiast nie zabrania karania w obrębie EOG przez kilka organów ochrony konkurencji lub sądów za ograniczenia konkurencji (spowodowane lub zamierzone) wynikające z jednego i tego samego kartelu na różnych terytoriach lub w odniesieniu do różnych okresów. Tym bardziej

[234]W oparciu o to rozumowanie J. Kokott stwierdza, iż: „Przedmiotem obu decyzji były naruszenia, których przyczyną jest ten sam kartel o zasięgu międzynarodowym, niemniej w pozostałym zakresie u ich podstaw leżą odmienne okoliczności faktyczne. Ostatecznie decyzja Komisji i decyzja czeskiego organu ochrony konkurencji *nie dotyczą więc tego samego zdarzenia."* [podkr. M.U.-A.]. Ostatnie przytoczone zdanie należy zapewne rozumieć w ten sposób, że decyzje nie dotyczą tych samych skutków kartelu.

unijna zasada *ne bis in idem* nie stoi na przeszkodzie temu, by kartel o zasięgu międzynarodowym był ścigany z jednej strony przez organy w obrębie EOG, a z drugiej strony przez organy państw trzecich na ich terytoriach.

Trybunał, udzielając odpowiedzi na pytania czeskiego sądu, w pełni przyjął poglądy prezentowane przez J. Kokott[235].

Stanowisko przedstawione przez rzecznik generalną celowo zostało przytoczone powyżej *in extenso*. Ujęta w nim argumentacja wywołuje kilka istotnych refleksji w odniesieniu do problematyki przestrzennego zakresu jurysdykcji Wspólnot w sprawach antymonopolowych.

Po pierwsze - odwołanie się przez rzecznik generalną do ogólnych zasad prawa, takich jak zasada pewności prawa i niedziałania prawa wstecz (zwłaszcza w kontekście norm nakładających sankcje) oraz zasady *ne bis in idem* przywodzi na myśl uwagi przytoczone w rozdziale 1.3.4. niniejszej pracy, podnoszone zwłaszcza przez amerykańskich akademików, iż stosowanie doktryny skutków powoduje w szczególności nakładanie sankcji wobec podmiotów, które nie znają (nie muszą znać) norm obowiązujących w państwach innych niż swój kraj pochodzenia oraz prowadzi do wielokrotnego nakładania sankcji za to samo zachowanie. Zestawienie tamtych uwag z przytoczoną wyżej argumentacją J. Kokott pokazuje, jak dalece zrelatywizowany może być sposób pojmowania tych samych, wydawałoby się, „ogólnych zasad prawa", w zależności od przyjętych *a priori* (i nawet niewypowiedzianych wprost) założeń. Analiza rzecznik generalnej jest- można powiedzieć – immanentnie nacechowania „podejściem skutkowym". Sposób prowadzenia przez nią wywodu nie pozostawia nawet miejsca na wątpliwość, czy sama okoliczność wystąpienia skutków zachowania na obszarze *forum* stanowi legalny łącznik jurysdykcyjny. W konsekwencji, według J. Kokott, dla dochowania ww. zasad nie ma znaczenia, że uczestnicy niepożądanych działań rynkowych mogli już ponieść poza WE ujemne konsekwencje prawne swojego zachowania. Rzecznik nie rozważa tych zasad w ogóle w kontekście przynależności państwowej podmiotów, które aktywność tę podjęły, ani w kontekście tego, gdzie ich aktywność miała miejsce.

Po drugie-zagadnienie przedstawione rzecznik generalnej do analizy zdecydowanie zasługiwało, by naświetlić je też pod kątem norm prawa międzynarodowego publicznego – rzecz dotyczyła przecież zakresu terytorialnego jurysdykcji Wspólnoty. Tymczasem analizy

[235] Wyrok Trybunału, z 14 lutego 2012 r., *Toshiba Corporation i in. przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Krajský soud v Brně, sprawa C-17/10, Zb. Orz. elektr. 2012.

takiej w opinii brak, choć w początkowej części opinii jako problem do rozwikłania postawiono zagadnienie „czy przepisy Wspólnoty stosuje się w nowych państwach członkowskich do okresów przed datą ich przystąpienia", co z gruntu nasuwa skojarzenie z zagadnieniem terytorialnej suwerenności państw. Co więcej, odpowiedź udzielona na tak postawione pytanie, zaraz w początkowej części opinii, jest przecząca. Czytelnik, który nie rozumuje kategoriami doktryny skutków może interpretować tak sformułowane stanowisko w ten sposób, że zachowania podjęte na terytorium Republiki Czeskiej (odpowiednio: innych państw kandydujących) przed 1 maja 2004 r. nie podlegają jurysdykcji Wspólnoty. Dopiero uważna lektura opinii pozwala spostrzec, że dla J. Kokott stwierdzenie iż: „art. 81 TWE nie miał zastosowania w Republice Czeskiej przed dniem 1 maja 2004 r." jest równoważne ze stwierdzeniem, że „art. 81 Traktatu nie miał zastosowania w zakresie, w jakim chodzi o antykonkurencyjne skutki kartelu na terytorium Republiki Czeskiej w odniesieniu do okresu przed jej przystąpieniem do Unii Europejskiej" – co nie przeszkadza objęciu jurysdykcją Wspólnoty zachowań podjętych w Republice Czeskiej przed ww. datą, które miały negatywny wpływ na konkurencję na obszarze Wspólnoty. Rzecznik J. Kokott w zasadzie nigdzie nie wyjaśnia, dlaczego „wystąpienie skutków" uważa za okoliczność wystarczającą dla sprawowania jurysdykcji. Zarówno stanowisko rzecznik generalnej, jak i pełna aprobata dla niego, wyrażona przez Trybunał, pokazują, jak bardzo doktryna skutków – choćby nie nazwana wprost - weszła w krwiobieg stosowania wspólnotowego prawa antymonopolowego.

2.2.2.7. Zachowanie i jego skutki jako „nierozerwalna całość" (*idem*) a zasada *ne bis in idem* w kontekście konkurencji jurysdykcji i sankcji (sprawa *Elektrod grafitowych*).

Sprawa *GIS* nie była pierwszą, w której organy UE zajęły opisane wyżej stanowisko odnośnie zasady *ne bis in idem* w kontekście ewentualnego istnienia konkurencyjnych jurysdykcji w odniesieniu do tego samego zakazanego zachowania wywołującego antykonkurencyjne skutki „rozciągnięte" w czasie i przestrzeni. Taki punkt widzenia zaprezentowany został również w decyzji Komisji dotyczącej kartelu w sektorze elektrod grafitowych[236] oraz w kilku wyrokach wydanych w rezultacie odwołań od tej decyzji. Zarówno Sąd[237], jak i Trybunał[238] stwierdziły, że stosowanie zasady *ne bis in idem* odnosi się

[236] Decyzja Komisji z 18 lipca 2001 r., w sprawie, COMP/E-1/36.490, *Elektrody grafitowe,* Dz. Urz. WE 2002 L 100/1.

[237] Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 29 kwietnia 2004 r., *Tokai Carbon Co. Ltd i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* sprawy połączone T-236/01, T-239/01, T-244/01 do T-246/01, T-251/01 oraz T-252/01, Zb. Orz. 2004 II-1181.

nie tylko do tożsamości naruszeń i podmiotów, które się ich dopuszczają (ang. *not only to the infringements and the persons sanctioned being the same)* ale również do „jedności interesu prawnego podlegającego ochronie". Skoro zaś zapewnienie prawidłowego funkcjonowania konkurencji w obrębie UE (EOG) i zapewnienie prawidłowego funkcjonowania konkurencji na obszarze państw trzecich nie stanowią tego samego interesu prawnego, zasada ta nie stoi na przeszkodzie nakładaniu konkurencyjnych sankcji – przez organy UE i przez organy państw trzecich. Elementy stanowiące podwaliny systemów prawnych innych krajów w dziedzinie konkurencji obejmują bowiem, zdaniem organów sądowych Wspólnoty, nie tylko szczególne cele i założenia, lecz także prowadzą do przyjęcia konkretnych przepisów materialnych oraz do wywarcia zróżnicowanych reperkusji prawnych w zakresie prawa administracyjnego, karnego czy cywilnego, w sytuacji gdy władze tych krajów wykazały istnienie naruszeń reguł mających zastosowanie w zakresie konkurencji. Ten sam czyn może więc stanowić naruszenie kilku porządków prawnych. Zasada *ne bis in idem*, zapisana w szczególności w art. 4 protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[239], nie stoi na przeszkodzie temu, by każde z państw podjęło w stosunku do tego samego czynu (zachowania) odpowiednie działania, wynikające z ich porządków prawnych. Z ww. przepisu wynika bowiem wyraźne, że chodzi o zakaz wielokrotnego sankcjonowania danego czynu przez jedno (to samo) państwo. Rzecznik generalny L. A. Geelhoed, podzielając ten punkt widzenia, w swej opinii[240] dodał nadto, że przychylenie się do stanowiska jakoby zasadę *ne bis in idem* należało stosować niezależnie od tego, przez jakie państwo została nałożona sankcja, prowadziłoby do wniosku iż: „pojęcie terytorialności, nierozerwalnie związane z publicznym prawem gospodarczym, nie ma znaczenia. Oznaczałoby to, że przepisy regulujące warunki zachowań rynkowych przedsiębiorstw byłyby identyczne na całym świecie, co z oczywistych względów nie ma miejsca".

W aspekcie konkurencji jurysdykcji i zasady *ne bis in idem* poruszono też wątek możliwości wielokrotnego obciążenia grzywną za to samo zachowanie i, w związku z tym, potrzeby zapewnienia, by nie była ona zbyt wysoka w stosunku do wagi naruszenia. Przedsiębiorcy odwołujący się od decyzji Komisji podnosili w szczególności, że grzywna

---

[238] Wyrok Trybunału z 29 czerwca 2006, *SGL Carbon AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-308/04 P, Zb. Orz. 2006 I-5977.

[239] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.

[240] Opinia rzecznika generalnego L. A. Geelhoeda przedstawiona 19 stycznia 2006 r. w sprawie *SGL Carbon AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* sprawa C- 308/04, Zb. Orz. 2006 I-5977.

nałożona przez państwa trzecie powinna zostać wzięta pod uwagę w decyzji Komisji. Skarżący zarzucali też, że jako kryterium ustalenia kwoty grzywny nie powinny być brane obroty przedsiębiorcy w skali całego świata i że takie podejście stanowi *novum* w praktyce orzeczniczej Komisji. Jednakże, zgodnie ze stanowiskiem organów Wspólnoty: „(…) głównym kryterium przy obliczaniu grzywny jest waga naruszenia. Nic nie pozwala na wysnucie wniosku, że grzywny powinny być obniżone z tego względu, że skarżące zostały już wystarczająco odstraszone w wyniku sankcji nałożonych przez inne sądy." Co do uwzględnienia światowych obrotów, okoliczność, iż Komisja ma kompetencje do nakładania sankcji wyłącznie na obszarze EOG, nie wyklucza jej uprawnienia, by wziąć pod uwagę światowe obroty uczestników kartelu (osiągnięte ze sprzedaży produktu, którego kartel dotyczył). Tylko takie podejście pozwala bowiem ocenić ekonomiczną zdolność uczestnika kartelu do zakłócenia konkurencji w obrębie EOG (co wszakże nie wyklucza uwzględnienia w tej ocenie innych elementów).

2.2.2.8. Nowe ujęcie doktryny implementacji - terytorium Unii Europejskiej „sięga" Azji (sprawy *Intel* i *Innolux*).

Analiza ewolucji podejścia organów ochrony konkurencji WE do zagadnień przestrzennego zasięgu ich jurysdykcji wymaga odnotowania również wyroku Sądu w sprawie Intel Corporation[241]. Ta spółka prawa amerykańskiego zajmuje się w szczególności projektowaniem, produkcją i sprzedażą mikroprocesorów (CPU). Komisja zarzuciła spółce Intel, iż ta dopuściła się jednolitego i ciągłego naruszenia art. 82 TWE i art. 54 porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 r. Naruszenie miało polegać na wdrożeniu strategii zmierzającej do wyeliminowania konkurenta (firmy Advanced Micro Devices Inc.- AMD), z rynku mikroprocesorów o architekturze x86 (CPUx86). W tym celu Intel przyznawała rabaty niektórym producentom komputerów, pod warunkiem, że będą oni realizować u niej całość lub prawie całość swojego zapotrzebowania na CPUx86. Innym producentom Intel wypłacała wynagrodzenie w zamian za to, że będą oni sprzedawali wyłącznie komputery wyposażone w CPUx86 produkcji Intela, a jeszcze innym – za to, że opóźnią wprowadzenie na rynek produktów opartych na procesorach dostarczanych przez AMD lub zrezygnują w ogóle z ich wprowadzenia na rynek, bądź też wprowadzą ograniczenia w dystrybucji tych produktów. Wszystkie praktyki dotyczyły CPUx86 produkcji

[241] Wyrok Sądu z 12 czerwca 2014 r., *Intel*, sprawa T-286/09, Zb. Orz. elektr. 2014.

spółki Intel przeznaczonych do zainstalowania w komputerach wyprodukowanych w Chinach.

W odniesieniu do zakresu terytorialnego jurysdykcji UE złożony stan faktyczny sprawy ujawnił, że doktryna implementacji, tak, jak rozumiano ją w poprzednich orzeczeniach, nie zawsze będzie wystarczająca, by uzasadnić jurysdykcję Komisji wobec praktyk antykonkurencyjnych „zapoczątkowanych" poza obszarem UE. Wcześniejsze orzecznictwo dotyczyło bowiem stanów faktycznych, w których produkt objęty zakazanym porozumieniem był następnie sprzedawany na obszar Wspólnoty przez uczestników porozumienia. Nie zajmowało się zaś problemem, przed którym stanęła Komisja w sprawie Intel, tj. tym, iż praktyka antykonkurencyjna dotyczyła części składowych (procesorów marki Intel), zaś na transakcje na rynku WE dotyczyły innych produktów - komputerów (zawierających procesory marki Intel). Nie dało się więc zastosować doktryny implementacji powielając w prosty sposób rozumowanie zastosowane w sprawie *Wood Pulp I.*

Korzystając z tego, iż sprawa nie była w orzecznictwie dostatecznie wyjaśniona, spółka Intel w odwołaniu od decyzji Komisji[242] podnosiła, że dla zaistnienia jurysdykcji WE konieczne byłoby wykazanie, że rozpatrywane praktyki wywierają istotny wpływ na konkurencję w Unii, czyli wykazanie (alternatywnie): (i) istnienia bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem Intel podjętym w państwach trzecich a stanem konkurencji na terytorium Unii (EOG) albo (ii) że praktyka została wprowadzona w życie (ang. *implemented*) na obszarze Unii (EOG). Zdaniem skarżącej żadna z tych okoliczności nie miała miejsca. W odniesieniu do niektórych producentów komputerów, tj. Acera i Lenovo, z którymi Intel zawierała transakcje dotyczące procesorów, skarżąca podkreśliła, że ich zakłady produkcyjne znajdują się poza EOG i że przedsiębiorstwa te nie nabywały CPU w EOG, ani od Intela, ani od AMD. Sprzedaż CPU przez Intel na rzecz Acera miała miejsce na Tajwanie, zaś na rzecz Lenovo - w Chinach. Wobec tego, jak wywodziła Intel, „okoliczność, że pewna liczba komputerów Acer i Lenovo mogła następnie zostać sprzedana na terenie EOG, nie ma znaczenia dla zagadnienia wprowadzenia w życie zarzucanego zachowania (...); bezpośrednie skutki tego zachowania były odczuwalne w Azji, a nie w EOG. Sprzedaż komputerów, która jako jedyna mogła dotyczyć EOG, była prowadzona przez podmioty trzecie, a mianowicie Acera i Lenovo, które nie są kontrolowane przez Intela. Liczba tych komputerów była bardzo mała, więc stopnia wpływu ich sprzedaży na konkurencję w EOG nie można uznać za istotny." Intel opierała swoją argumentację na wyrokach *Wood Pulp I* oraz *Gencor*.

[242] Streszczenie decyzji Komisji z 13 maja 2009 r., *Intel*, sprawa COMP/C-3/37.990, Dz. Urz. UE. 2009 C 227/13.

Wyrażone w nich stanowisko rozumiała jednak w ten sposób, że przesłanki eksterytorialnego stosowania art. 101 TFUE, dotyczące kwalifikowanego charakteru skutków, które ujawniły się na obszarze *forum* (przewidywalność, bezpośredniość, istotność) muszą być spełnione kumulatywnie.

Oddalając zarzut spółki Intel Sąd zaznaczył, że z wyroku *Wood Pulp I* oraz z wyroku *Gencor* wynikają różne łączniki jurysdykcyjne „uzasadnione z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego", które są wobec siebie alternatywne. W dziedzinie prawa konkurencji w celu uzasadnienia jurysdykcji Komisji wystarczy wykazać albo to, że (i) praktyki stanowiące nadużycie wywołały (wywołają) przewidywalne, natychmiastowe i istotne skutki w EOG (wyrok *Gencor*), albo, że (ii) miało miejsce wprowadzenie w życie (wdrożenie/urzeczywistnienie/implementacja/wykonanie) tych praktyk w EOG (wyrok *Wood Pulp I*). Nie ma potrzeby wykazywania, iż zostały spełnione oba te warunki. Jest to pierwszy wyrok, w którym wyraźnie wskazano na odrębność[243] „kryterium implementacji" i „kryterium skutków" oraz na możliwość ich alternatywnego stosowania (motywy 221 do 249 uzasadnienia wyroku).

Rozwijając wątek dotyczący kwalifikowanego charakteru skutków, Sąd stwierdził jednak, iż, choć muszą one mieć taki właśnie charakter (tj. być przewidywalne, natychmiastowe i istotne) Komisja nie jest zobowiązana do wykazania istnienia rzeczywistych (zaistniałych) skutków w celu uzasadnienia swych kompetencji w świetle prawa międzynarodowego publicznego. Uzasadniając swoje stanowisko Sąd wskazał, iż „nie można się spodziewać, że Komisja przyjmie pasywną rolę w przypadku istnienia zagrożenia dla struktury skutecznej konkurencji na wspólnym rynku, w związku z czym Komisja może interweniować także w przypadkach, w których zagrożenie nie urzeczywistniło się lub jeszcze się nie urzeczywistniło." (motywy 250 - 258 uzasadnienia wyroku).

Z kolei „w celu zbadania, czy skutki praktyk stanowiących naruszenie prawa są istotne (…) wystarczy, że jednolite i ciągłe naruszenie, traktowane jako całość, mogło wywołać istotne skutki". Ponadto, przy ustalaniu, czy zaistniały istotne skutki w EOG powinny również zostać uwzględnione zmiany struktury rynku **(**struktury skutecznej konkurencji). Dla stwierdzenia istotnego charakteru skutków, nie jest natomiast konieczne, aby Unia lub EOG były dotknięte bardziej niż inne regiony świata (motywy 259 i nast. uzasadnienia wyroku; por. też motyw 98 wyroku *Gencor*).

[243] Por. uwagi wyżej na temat sprawy *ICI I* oraz *Wood Pulp I*, w których fragmenty uzasadnień sugerowały tożsamość koncepcji „wdrożenia" i „zaistnienia skutku".

Bezprecedensowej modyfikacji, ze względu na okoliczności sprawy, uległo w sprawie *Intel* podejście do kryterium „wprowadzenia praktyki w życie na terytorium UE" („implementacji"). Przypomnijmy, że w wyroku *Wood Pulp I* mowa była o wprowadzeniu uzgodnień kartelowych w życie na obszarze EWG w ten sposób, iż produkt, którego dotyczyła zmowa cenowa („przedmiot naruszenia") uczestnicy tej zmowy sprzedawali na terytorium Wspólnoty. Z kolei w sprawie *ICI & CSC* przedsiębiorca zależny amerykańskiej spółki odmówił prowadzenia na terytorium Wspólnoty sprzedaży surowców do produkcji etambutolu, na rynku produkcji którego ta ostatnia posiadała pozycję dominującą. Natomiast w sprawie *Intel* procesory CPUx86 („przedmiot naruszenia"), na rynku produkcji których Intel była dominantem, nie były wprowadzane do obrotu na obszarze EOG ani przez tą spółkę ani przez jej podmioty zależne (ani nie miała miejsca odmowa ich wprowadzania do obrotu tamże). Procesory CPUx86 trafiały na obszar EOG nie jako osobne produkty lecz jako części składowe komputerów (produktów niebędących przedmiotem naruszenia). Sprzedaży komputerów na obszar EOG nie prowadziła bynajmniej spółka Intel ani jej spółki zależne. Zajmowały się tym podmioty trzecie. Odnosząc się do tego problemu Sąd stwierdził, iż: „W danym przypadku gdy nadużycie pozycji dominującej polega na przyznaniu zachęty finansowej w celu skłonienia klienta (…) do opóźnienia wprowadzenia na rynek na całym świecie, w tym w EOG, określonego produktu wyposażonego w produkt konkurenta dominanta (…) *sztuczne byłoby ograniczenie się do uwzględnienia tylko tego, na jakim terytorium sam dominant wprowadził swoje praktyki w życie. Przeciwnie, należy wziąć również pod uwagę to, gdzie klient dominanta wprowadził je w życie* [podkr. M.U.A]. W tym kontekście fakt, iż klient dominanta powstrzymywał się przez pewien czas od sprzedaży określonego produktu w EOG, powinien zostać uznany za wprowadzenie w życie zakazanego ograniczenia." [244] (motywy 289 i nast. uzasadnienia wyroku).

W orzeczeniu w sprawie *Intel* Sąd poruszył też ciekawe zagadnienie, rzadko będące przedmiotem rozważań w orzecznictwie, tj. kwestię czy normatywna zawartość art. 82 TWE (co odnosi się *mutatis mutandis* również do art. 81 TWE) stanowi właściwą podstawę do określenia zakresu terytorialnego jurysdykcji Komisji w sprawach antymonopolowych. W tym kontekście Sąd zauważył, że art. 82 TWE zawiera dwa elementy, które dotyczą związku z terytorium Unii, tj. (i) mówi o pozycji dominującej „na wspólnym rynku lub na znacznej jego części" oraz (ii) wymaga, aby dane zachowanie mogło wpływać na handel

[244] Odnośnie do zagadnienia, czy produkt, którego antykonkurencyjna praktyka nie dotyczy bezpośrednio może być brany pod uwagę przy badaniu kryterium „wprowadzenia w życie" tej praktyki na terytorium UE (EOG) zob. też poniżej, we fragmencie dotyczącym sprawy *InnoLux*.

między państwami członkowskimi. Mimo to w ocenie Sądu „Niewątpliwie kwestia, czy jurysdykcja Komisji jest uzasadniona w świetle prawa międzynarodowego publicznego, stanowi zagadnienie odmienne od kwestii przesłanek ustanowionych w art. 82 TWE." Niestety wątek ten nie został rozwinięty[245] (motyw 248 uzasadnienia wyroku).

„Swobodne" podejście Sądu do kryterium „wprowadzenia w życie na obszarze UE (EOG)" dostrzegł rzecznik generalny Nils Wahl. W swojej opinii[246] poświęcił on odrębną część zarzutowi spółki Intel dotyczącemu zagadnienia jurysdykcji. Doszedł do wniosku, że wywody skarżącej spółki dotyczące tej problematyki uzasadniają rekomendowanie, by TSUE uchylił wyrok Sądu i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania[247].

Uwagi N. Wahla mają istotny walor porządkujący, jeżeli chodzi o ustalenie treści norm wynikających z wcześniejszych orzeczeń organów sądowych UE (WE/EWG), dotyczących przestrzennego zasięgu jurysdykcji UE w sprawach antymonopolowych. Rzecznik dostrzegł w szczególności iż: „Z istniejącego orzecznictwa Trybunału wynika, że prawo konkurencji Unii jest stosowane w oparciu o wymóg *dostatecznego powiązania* [podkr. M.U.-A.] z terytorium UE, czy to w formie obecności na nim spółki zależnej, czy też wprowadzenia w życie antykonkurencyjnego zachowania na tym terytorium. *Jednakże we wcześniej rozpatrywanych sprawach powiązanie to było bardziej widoczne niż w przedmiotowej sprawie.* [podkr. M.U.-A.]". Zastosowanie kryteriów >>wprowadzenia w życie na terytorium UE<< oraz >>zaistnienia kwalifikowanych skutków na terytorium UE<< jako łączników jurysdykcyjnych jest co do zasady prawidłowe. W świetle prawa międzynarodowego publicznego ww. okoliczności stanowią bowiem >>dostateczne powiązania<<, uzasadniające jurysdykcję organów UE. Zdaniem rzecznika nie są to bynajmniej jedyne możliwe powiązania, a wcześniejszego orzecznictwa nie należy rozumieć w ten sposób, że ogranicza ono Komisji możliwość uzasadnienia jej jurysdykcji w oparciu o inne >>dostateczne powiązania<<.". N. Wahl wywodził, że choć cel art. 101 i 102 TFUE „daleki jest od przyznania Komisji *carte blanche* dla stosowania prawa konkurencji Unii w odniesieniu do zachowania niezależnie od tego, gdzie ono występuje i czy istnieje jakiekolwiek wyraźne powiązanie pomiędzy nim a terytorium UE, to jednak przepisy te (…) zawierają w sobie jasną zasadę jurysdykcyjną, z której wynika, iż stosuje się je do *wszelkich zachowań wywołujących antykonkurencyjne skutki na rynku wewnętrznym* [pokr. M.U.-A.]".

[245] Na temat odrębności problematyki kryteriów jurysdykcji od przesłanek prawa materialnego wyrażonych w art. 81 i 82 Traktatu EWG zob. też wyżej - uwagi w opinii M. Darmona do sprawy *Wood Pulp I.*

[246] Opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla przedstawiona 20 października 2016 r. w sprawie *Intel Corporation Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-413/14 P, Zb. Orz. elektr. 2016.

[247] Rzecznik, w innych częściach opinii, rekomendował przekazanie sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania również z innych względów.

Zauważył, że w dalszym ciągu niejasna jest w orzecznictwie relacja kryterium „wprowadzenia w życie" („implementacji") i kryterium „wywołania skutków" – dopiero w analizowanej sprawie Sąd podjął próbę uporządkowania tego zagadnienia, wyjaśniając, że są to odrębne od siebie kryteria. Zdaniem rzecznika okoliczność, że praktyka została „wprowadzona w życie na obszarze UE" jest powiązaniem silniejszym niż to, że „wywołała skutki na obszarze UE" ponieważ „gdy zachowanie antykonkurencyjne jest wprowadzane w życie w Unii Europejskiej, zastosowanie art. 101 TFUE i 102 TFUE jest poza wszelką wątpliwością. Innymi słowy (…) zachowanie wprowadzone w życie w Unii Europejskiej może wywoływać skutki na rynku wewnętrznym i, w związku z tym musi być objęte kontrolą na gruncie reguł konkurencji Unii. *Kryterium wprowadzenia w życie jest więc silnie związane z zasadą terytorialności* [podkr. M.U.-A], efektem czego, jeżeli jest ono spełnione, stanowi czynnik decydujący przy stwierdzeniu przysługującej Komisji kompetencji do stosowania rzeczonych reguł w odniesieniu do określonego zachowania". N. Wahl zaproponował, by Trybunał wyjaśnił relację między ww. kryteriami, w taki sposób, że są one od siebie odrębne, stanowiąc – każde z osobna – „dostateczne powiązanie" jurysdykcyjne, a zatem badanie kompetencji jurysdykcyjnych Komisji może odbywać się niezależnie zarówno w kontekście kryterium „wprowadzenia w życie", jak i kryterium „skutków kwalifikowanych". Kryteria te pozostają jednakże ze sobą w pewnym związku, który polega na tym iż „Na pewno bardziej logicznym rozwiązaniem byłoby dokonanie w pierwszej kolejności oceny tego, czy praktykę wprowadzono w życie w Unii Europejskiej, a dopiero wówczas, gdyby tak nie było − zbadanie, czy kwestionowane zachowanie mimo to wywoływało skutki „kwalifikowane" na rynku wewnętrznym"[248].

Rzecznik N. Wahl zadeklarował się jako zwolennik doktryny skutków w odniesieniu do stosowania reguł ochrony konkurencji UE i zasugerował, że Trybunał powinien w sprawie *Intel* wyraźnie przyjąć podejście oparte na skutkach. Dostrzegł, iż „jak dotąd Trybunał nie poparł ani nie odrzucił wyraźnie takiego podejścia". Jednocześnie rzecznik generalny wielokrotnie podkreślił znaczenie powściągliwości w określaniu przestrzennego zakresu jurysdykcji UE w odniesieniu do zachowania, które, miało miejsce poza jej terytorium, ze względu na reguły prawa międzynarodowego publicznego. Dlatego w jego ocenie „dostatecznym powiązaniem" mogą być tylko skutki „kwalifikowane", tj. skutki przewidywalne, natychmiastowe (bezpośrednie) i istotne. Wystarczy, aby były to skutki potencjalne (tj. jeszcze nie zaistniałe, w tym punkcie zgadza się z Sądem), jednak nie mogą

[248] Na temat związku pomiędzy tymi kryteriami zob. również (Dudzik 2010:202 i nast , Ryngaert 2006:217).

być one tylko hipotetyczne lub zbyt odległe od wywołującego je zdarzenia. N. Wahl zaakcentował też, że „skutek zarzucanego działania może stanowić kryterium jurysdykcyjne wyłącznie pod warunkiem zachowania dużej ostrożności".

Rzecznik nie zarzucił bynajmniej Sądowi, iżby ten błędnie zidentyfikował same łączniki jurysdykcyjne. Wskazał jednak na niedostatki w sposobie rozumowania odnośnie do oceny faktów, które doprowadziły Sąd do błędnego ustalenia, jakoby w stanie sprawy miało miejsce „wprowadzenie praktyki w życie na obszarze UE" lub też nastąpiły „kwalifikowane skutki" praktyki na tym obszarze. Uogólniając, argumentacja N. Wahla sprowadzała się do tego, że zaistnienie okoliczności faktycznych stanowiących łącznik jurysdykcyjny („wewnątrzunijny element zachowania") musi dać się „przypisać" podmiotowi, któremu zarzuca się naruszenie art. 101 lub 102 TFUE. Nie wystarczy, że okoliczności te wystąpią „obiektywnie".

Jeżeli chodzi o znaczenie przydane w stanie faktycznym sprawy pojęciu „wprowadzenia w życie na terytorium UE" N. Wahl zarzucił Sądowi, iż jest błędem w rozumowaniu automatyczne rozciągnięcie tego pojęcia na sytuacje, w którym działania na terytorium UE podejmuje nie sam podmiot, któremu zarzuca się naruszenie pozycji dominującej, ale podmioty od niego niezależne, tj. jego kontrahenci działający na rynku niższego szczebla. Zauważył, że sama świadomość po stronie spółki Intel, że jego kontrahenci (nabywcy procesorów CPUx86) prowadzą działalność gospodarczą w EOG nie może być postrzegana jako wprowadzenie w życie przez spółkę Intel nadużyć, których dopuściła się ona w całkiem innej lokalizacji, na rynku wyższego szczebla. Gdyby uznać, że zachowanie nie samego przedsiębiorstwa, któremu zarzuca się naruszenie, lecz zachowanie jego klienta stanowi wprowadzenie praktyki w życie przez to przedsiębiorstwo, prowadziłoby to do sytuacji, że niemal każde zachowanie – niezależnie od tego, jak luźny jest jego związek z terytorium UE – można by interpretować jako objęte jurysdykcją Komisji ustaloną w oparciu o ww. kryterium. Jednocześnie N. Wahl nie proponował bynajmniej, by pojęcie „wprowadzenia w życie" rozumieć jedynie wąsko jako sprzedaż na obszar UE produktów, które były przedmiotem zakazanej praktyki, tj. tzw. „sprzedaży bezpośredniej" (tak, jak to miało miejsce w sprawie *Wood Pulp I*). Rzecznik dopuszcza możliwość, by pojęcie to obejmowało również „sprzedaż pośrednią" (tj. sprzedaż wyrobów, w których produkt ten jest tylko częścią składową, w tym nawet ich sprzedaż prowadzoną przez podmioty trzecie w stosunku do podmiotu, któremu zarzuca się naruszenie). Podkreślił jednak, że w każdym przypadku konieczne jest zbadanie, czy miało miejsce „wprowadzenie w życie" zakazanej praktyki w Unii Europejskiej. W szczególności np. wymaga to dowiedzenia przez Komisję, że

istniały odpowiednio ścisłe powiązania (strukturalne lub kontraktowe) pomiędzy dominantem (działającym poza UE) a jego kontrahentem (prowadzącym działalność na obszarze UE). W rozpatrywanej sprawie zdaniem rzecznika generalnego zabrakło wystarczających ustaleń w tym względzie.

Ponadto, Komisja (ani Sąd) nie wykazały, aby działania spółki Intel spowodowały przewidywalne, bezpośrednie i istotne skutki na rynku wewnętrznym. Zdaniem N. Wahla w tym konkretnym przypadku konieczne było ustalenie, czy: (i) analizowane porozumienia spółki Intel z producentami komputerów mogły w sposób natychmiastowy lub bezpośredni ograniczać możliwości konkurentów spółki Intel w zakresie konkurowania w odniesieniu do CPUx86 w ramach rynku wewnętrznego lub też, czy (ii) porozumienia z Lenovo mogły mieć istotny wpływ na długoterminową zdolność AMD do opracowywania, wytwarzania i wprowadzania CPUx86 na rynki światowe, w tym w EOG. Komisja nie zbadała, czy takie skutki zaistniały, wobec czego twierdzenia Komisji (a za nią- Sądu) o wywołaniu przez działania Intela skutków na obszarze UE nie miały podstaw faktycznych.

Rzecznik generalny zwrócił uwagę, że istnieje potrzeba, aby Trybunał dopracował linię orzeczniczą w odniesieniu do przestrzennego zakresu jurysdykcji - zarówno w odniesieniu do kryterium „wprowadzenia w życie", jak i kryterium „skutków" - i dostosował ją do aktualnych warunków, dla których typowe są gospodarki zglobalizowane, zintegrowane rynki i złożona struktura handlu.

Rozważania Trybunału[249] dotyczące zagadnienia przestrzennego zasięgu jurysdykcji Unii w sprawach antymonopolowych zawierają dwa istotne rozstrzygnięcia.

Po pierwsze, Trybunał potwierdził, że jurysdykcyjne przesłanki „wprowadzenia praktyki w życie" oraz „wystąpienia kwalifikowanych antykonkurencyjnych skutków" na wspólnym rynku są wobec siebie alternatywne i że pozostają w zgodzie z normami prawa międzynarodowego publicznego. Nie dał jednak szerszego wyjaśnienia, co do tej ostatniej kwestii. Za kryteria kwalifikujące skutki uznał ich przewidywalność, natychmiastowość i istotność. Doprecyzował też, że dla spełnienia przesłanki „przewidywalności" wystarczy wykazanie „prawdopodobnych" antykonkurencyjnych skutków.

Po drugie wskazał, że ocenę, czy w danej sprawie Komisji przysługuje jurysdykcja należy w każdym wypadku przeprowadzić biorąc pod uwagę „zachowania danego przedsiębiorstwa albo danych przedsiębiorstw ujmowanych jako całość". Stwierdzenie to nie

[249] Wyrok Trybunału z 6 września 2017 r., *Intel Corp. Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, C-413/14 P, dotychczas nieopublikowany; dostęp na http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-413/14m (4 grudnia 2017 r.).

zostało bliżej wyjaśnione. Wydaje się, że jego intencją jest potwierdzenie celowości stosowania koncepcji przedsiębiorstwa jako *single economic unit i* traktowanie działań poszczególnych podmiotów składających się na tak rozumianego przedsiębiorcę jako „jedności". Oznacza to, że Trybunał uznaje właściwość Komisji odnośnie do całokształtu antykonkurencyjnych zachowań tak rozumianego przedsiębiorcy. Opierając się na powyższym, Trybunał stwierdził, że skoro zachowanie spółki Intel należało do stanowiącej całość strategii zmierzającej do tego, aby żaden komputer przenośny Lenovo wyposażony w CPU od spółki AMD nie był dostępny na rynku, w tym w EOG, to Sąd prawidłowo uznał, iż zachowanie spółki Intel mogło wywołać natychmiastowy skutek w EOG. Należy wziąć pod uwagę zachowanie przedsiębiorstwa „w ujęciu ogólnym" w celu dokonania oceny istotnego charakteru skutków tego zachowania na rynku Unii i EOG. Zgodził się z argumentem Komisji, że odmienny sposób postępowania doprowadziłby do sztucznego globalnego rozdrobnienia zachowania antykonkurencyjnego, które mogło mieć wpływ na strukturę rynku w ramach EOG, ponieważ szereg różnych zachowań niosło ze sobą ryzyko uchylenia się od jurysdykcji Unii[250].

Znaczenie pojęć „wprowadzenia w życie zakazanej praktyki na obszarze UE" oraz „sprzedaży bezpośredniej" i „sprzedaży pośredniej", w tym przypadku w odniesieniu do art. 101 TFUE, było też przedmiotem rozważań w sprawie dotyczącej kartelu na światowym rynku wyświetlaczy ciekłokrystalicznych o aktywnej matrycy (LCD)[251], które toczyło się równolegle do postępowania w sprawie *Intel*. Producenci LCD, na spotkaniach odbywanych poza krajami EOG, przede wszystkim na Tajwanie, określali ich ceny minimalne oraz podejmowali inne ustalenia w celu zapobiegania spadkowi cen tych produktów, czynili uzgodnienia dotyczące koordynowania podwyżek cen i rozmiarów produkcji. Członkiem kartelu była m. in InnoLux Corp. (dalej InnoLux), spółka inkorporowana w oparciu o prawo tajwańskie, kontrolująca grupę rozlokowanych na całym świecie spółek prowadzących działalność w zakresie wytwarzania LCD[252]. Niektórzy uczestnicy kartelu – w tym grupa kontrolowana przez InnoLux - byli przedsiębiorstwami zintegrowanymi pionowo. Sprzedaż LCD prowadzili zarówno do podmiotów trzecich (w EOG lub poza jej obszarem), jak i

[250] Niestety w tym wątku rozważań Trybunału nie rozdzielono wyraźnie zagadnień dotyczących podstaw jurysdykcji od kwestii materialnoprawnych – tj. antykonkurencyjnego charakteru praktyki ze względu na jej cel. Dlatego rozważania te nie są klarowne.

[251] Streszczenie decyzji Komisji z 8 grudnia 2010 r., *InnoLux/LCD*, sprawa COMP/39.309, Dz. Urz. UE 2011 C 295/9.

[252] Kartel nie dotyczył wszystkich LCD, lecz tylko niektórych ich typów, tj. LCD do notebooków, monitorów komputerów i telewizorów, ale szczegółowe przedstawienie tego rozróżnienia nie ma znaczenia dla analizowanej tu problematyki.

wewnątrz grupy (poza EOG), Niektóre spółki z grupy, nabywcy LCD, wmontowywały je następnie do wyrobów gotowych (komputerów i telewizorów). Montaż miał miejsce poza terytorium EOG. Wyroby gotowe były później sprzedawane do odbiorców z EOG.

Komisja stwierdziła, że kartel LCD stanowił naruszenie art. 81 TWE oraz art. 53 umowy o EOG i nałożyła grzywny na jego uczestników, w tym na przedsiębiorców będących przynależnymi państw niebędących członkami UE ani EOG. Spółka InnoLux wniosła odwołanie od decyzji. Nie kwestionowała tego, iż w przypadku „wprowadzenia w życie porozumienia na obszarze UE (EOG)" Komisji przysługuje jurysdykcja. Podnosiła jednak, że nastąpiło przekroczenie granic jurysdykcji na skutek przyjętego przez Komisję – nazbyt szerokiego – sposobu rozumienia tego pojęcia. Przekładało się to na przyjętą przez Komisję metodę ustalenia wysokości grzywny i tu w istocie leżało sedno sprawy. Komisja bowiem za podstawę obliczenia kwoty grzywny - prócz wartości samych LCD sprzedanych przez grupę InnoLux podmiotom niepowiązanym na obszarze EOG - przyjęła, podobnie jak w sprawie Intel, wartość „sprzedaży bezpośredniej w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych". Pod tym pojęciem rozumiała wartość wyświetlaczy ciekłokrystalicznych stanowiących części składowe wyrobów gotowych (komputerów i telewizorów) sprzedanych na obszar EOG przez spółki z grupy Innolux podmiotom niepowiązanym. Komisja wzięła pod uwagę fakt sprzedaży na obszar EOG komputerów i telewizorów, chociaż ustalenia kartelu nie odnosiły się do tych produktów[253]. Wartość wbudowanych w nie LCD ustalono w oparciu o wielkość wewnątrzgrupowej sprzedaży LCD dokonaną w ramach grupy InnoLux poza EOG[254] (dalej: sprzedaż wewnątrzgrupowa poza EOG). Przedmiotem sporu - w kontekście geograficznego zasięgu prawa antymonopolowego UE - była właśnie legalność tego zabiegu.

[253] Komisja w celu ustalenia wysokości grzywny analizowała następujące kategorie sprzedaży dokonywanej przez uczestników kartelu: (i) „sprzedaż bezpośrednia w obrębie EOG", czyli sprzedaż LCD innemu przedsiębiorstwu (nieuczestniczącemu w kartelu) w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG), (ii) „sprzedaż bezpośrednia w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych", czyli sprzedaż LCD wbudowanych (przez spółkę należącą do grupy kapitałowej, której członkowie uczestniczyli w kartelu), jako składnik w wyrobach gotowych sprzedawanych innemu przedsiębiorstwu (nieuczestniczącemu w kartelu) w ramach EOG; w celu oszacowania ich wartości uwzględniono wartość wewnątrzgrupowej sprzedaży LCD, dokonaną poza obszarem EOG; (iii) sprzedaż pośrednia w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych", czyli sytuację, gdy sprzedaż wyrobów przetworzonych w obrębie EOG powadził pomiot nieuczestniczący w kartelu, który uprzednio nabył ten produkt poza EOG, od spółki uczestniczącej w kartelu. Ostatniej z wymienionych kategorii sprzedaży ostatecznie Komisja nie uznała za odpowiednią podstawę ustalenia kwoty grzywny.

[254] Chodziło o sprzedaż do fabryk należących do spółki InnoLux Corp. w Chinach i na Tajwanie, gdzie montowano LCD do wyrobów gotowych sprzedawanych następnie na terytorium EOG. Zob. motyw 238 decyzji: „sprzedaż wewnątrz grupy wyświetlaczy LCD – w zakresie, w jakim kończyła się sprzedażą produktu przetworzonego w obrębie EOG – powinna w konsekwencji zostać uwzględniona […]" oraz motyw 395:„[p]rzy obliczaniu wartości sprzedaży uwzględnia się wartość odnośnych wyświetlaczy, gdy produkt przetworzony jest sprzedany przez *członka kartelu* [podkr. M.U.A.] w obrębie EOG na rzecz przedsiębiorstwa niepowiązanego".

Zdaniem InnoLux Komisja była zobowiązana pominąć sprzedaż wyświetlaczy LCD znajdujących się w wyrobach gotowych prowadzoną przez InnoLux na terytorium EOG, ponieważ kompetencja Unii nie rozciąga się na każdą sprzedaż dokonywaną na obszarze EOG, ale wyłącznie na sprzedaż na terytorium EOG właściwego produktu objętego działaniem o charakterze kartelowym. Swoje stanowisko skarżąca oparła na orzeczeniu w sprawie *Wood Pulp I* (por. zwłaszcza motywy 11, 12 i 13 tego orzeczenia).

Ponadto InnoLux zarzucała, że poprzez uwzględnienie w swych obliczeniach „sprzedaży bezpośredniej w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych" Komisja w sztuczny sposób „przemieściła" miejsce, w którym wewnętrzna sprzedaż LCD (tj. produktów objętych kartelem) była w rzeczywistości dokonywana, naruszając w ten sposób granice swej terytorialnej jurysdykcji.

W istocie, rozstrzygnięcia wymagało zagadnienie, czy tzw. sprzedaż wewnątrzgrupowa powinna być brana pod uwagę jako podstawa ustalenia wysokości kary. Chodzi o sytuacje, gdy przedmiotem sprzedaży wewnątrzgrupowej są produkty objęte ustaleniami kartelu, natomiast „na zewnątrz" kartelu są sprzedawane są wyroby gotowe, w które te pierwsze wbudowane zostały jako komponenty. Nadto, w sprawie *InnoLux* omawiane zagadnienie było dodatkowo skomplikowane ze względu na fakt, iż łańcuch sprzedaży komponentów mieścił się poza EOG.

Kwestia uwzględniania sprzedaży wewnątrzgrupowej jako podstawy do określenia wysokości kary nie była wcześniej jednolicie traktowana w orzecznictwie antymonopolowym UE (Martyniszyn 2016: 101). Były jednak w tym zakresie precedensy. Komisja, uzasadniając taki zabieg, oparła się na wyroku *Europa Carton*[255]. W jej ocenie wyrok ten potwierdzał, iż wolno było wziąć pod uwagę wartość produktu będącego przedmiotem kartelu, niezależnie od tego, czy uczestnik tego kartelu sprzedaje bezpośrednio na rynku produkt, którego dotyczyły zakazane uzgodnienia, czy zastosuje go wcześniej w innym produkcie gotowym. Powołując się na ww. orzeczenie Komisja pominęła jednak istotną okoliczność, tj. że nie odnosiło się ono do sytuacji, gdy produkt objęty kartelem był sprzedawany poza EOG. W konsekwencji, wyrok w sprawie *Europa Carton* nie dotyczył zagadnienia terytorialnego zakresu jurysdykcji. Pojęcie „sprzedaż bezpośrednia w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych" Komisja skonstruowała samodzielnie na potrzeby analizowanej sprawy, aby uzasadnić swoją jurysdykcję.

[255] Wyrok Sądu z 14 maja 1998 r., *Europa Carton przeciwko Komisji*, sprawa T-304/94, Zb. Orz. 1998 II-869, motywy 127, 128

Sąd podzielił stanowisko Komisji[256], stwierdzając, że aby móc uwzględnić ułamek wartości sprzedaży produktów gotowych odpowiadający wartości zamontowanych w nich LCD nie jest konieczne istnienie (stwierdzenie w decyzji) praktyki antykonkurencyjnej której przedmiotem są wyroby gotowe. Gdyby przyjąć zasadność tego warunku, Komisja nie mogłaby uwzględnić przy obliczaniu grzywny znacznej części sprzedaży LCD dokonanej przez tych jego uczestników, którzy należeli do zintegrowanych pionowo przedsiębiorstw, i to nawet w przypadku, gdyby ta sprzedaż zakłócała konkurencję w obrębie EOG. Zdaniem Sądu Komisja słusznie za kryterium rozmiaru zakłócenia konkurencji na rynku przyjęła wielkość obrotu osiąganego przez skarżącą przy „sprzedaży LCD w postaci wyrobów gotowych, który to obrót stanowi okoliczność obiektywną pozwalającą na właściwe określenie, w jakim stopniu uczestnictwo skarżącej w kartelu było szkodliwe dla normalnej konkurencji, *jeśli tylko obrót ten został osiągnięty w wyniku sprzedaży mającej związek z EOG. Taki zaś związek zachodzi, jeśli skarżąca przekazuje LCD objęte kartelem swym spółkom zależnym, niezależnie od tego, gdzie mają one siedzibę, a spółki te montują owe LCD w wyrobach gotowych, które to wyroby sprzedają następnie podmiotom trzecim w EOG.* [podkr. M.U.-A.].” Taki związek zachodził, zdaniem Sądu, tym bardziej, iż wewnątrzgrupowa sprzedaż LCD była dokonywana pomiędzy uczestnikami kartelu po cenach, na które kartel ten wywierał wpływ. Ceny LCD miały zatem, twierdził Sąd, wpływ na ceny zawierających je wyrobów gotowych. Sąd uznał zatem za prawidłowe, w odniesieniu do przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, to, że Komisja „jedynie dla celów obliczenia grzywny” potraktowała miejsce sprzedaży podmiotom trzecim „wyrobów gotowych” tak, jakby było to miejsce sprzedaży podmiotom trzecim produktów objętych kartelem.

Odnosząc się do zarzutu przekroczenia przez Komisję jej terytorialnego zakresu jurysdykcji Sąd przytoczył (cytowane w podrozdziale 2.2.2.2.) motywy 13, 14, 16, 17 i 18 orzeczenia *Wood Pulp I*, podkreślając, że jurysdykcja Komisji zachodzi zawsze wówczas, gdy antykonkurencyjne porozumienie (niezależnie od miejsca jego zawiązania) jest *wprowadzane w życie na obszarze EOG* [podkr. M.U.A] i że jest to łącznik oparty na zasadzie zwierzchnictwa terytorialnego. Odwołał się nadto na wyroku *Gencor* (zob. motywy 56, 61, 87 i 90 uzasadnienia tego wyroku), wskazując, że do spełnienia kryterium wprowadzenia kartelu w życie jako elementu łączącego go z terytorium Unii wystarczy, że produkt *objęty kartelem* [podkr. M.U.-A.] jest sprzedawany na tym terytorium i to niezależnie od tego, gdzie znajdują

[256] Wyrok Sądu z 27 lutego 2014 r., *InnoLux Corp. przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa T-91/11, Zb. Orz. elektr. 2014.

się źródła zaopatrzenia i zakłady produkcyjne. W ślad za ww. orzeczeniem Sąd podkreślił też, że zaistnienie skutku kartelu (w postaci zakłócenia konkurencji) na obszarze EOG usprawiedliwia, w świetle publicznego prawa międzynarodowego, stosowanie prawa UE i jurysdykcję Komisji. Ustaliwszy powyższe skonstatował, iż rozstrzygnięcia wymaga, czy Komisji wolno było wykorzystać kategorię „sprzedaży bezpośredniej w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych", nie naruszając przy tym ww. reguł. Bazując na ustalonych wyżej normach Sąd stwierdził (motywy 69-71 uzasadnienia orzeczenia *InnoLux*) iż: „w sytuacji gdy [grupa kapitałowa][257], do której należy skarżąca, uczestniczyła w kartelu zawiązanym poza EOG, *Komisja winna być w stanie przeprowadzić dochodzenie w sprawie skutków, jakie to zachowanie spowodowało dla konkurencji na rynku wewnętrznym oraz nałożyć grzywnę w wysokości proporcjonalnej do szkodliwości tego kartelu dla konkurencji na tym rynku. Odpowiednio, w sytuacji gdy wytwarzane przez skarżącą LCD, objęte kartelem, były montowane w wyrobach gotowych przez spółki należące do tej samej co skarżąca grupy kapitałowej, a te wyroby gotowe były sprzedawane w EOG przez te spółki, należy uznać, że kartel miał wpływ na transakcje dokonywane aż do momentu tej ostatniej sprzedaży* [podkr. M.U.-A]. W tym kontekście wiedza o tym, czy sprzedaż wewnątrzgrupowa była dokonywana po cenach, które zostały podniesione ze względu na kartel, nie ma decydującego znaczenia. Jeśli bowiem sytuacja taka miała miejsce, szkodliwość kartelu jest odzwierciedlona przez poziom cenowy wyrobów gotowych. W przeciwnym razie szkodliwość ta polega na przewadze konkurencyjnej, z której korzystają spółki z grupy kapitałowej uczestniczącej w kartelu w porównaniu do innych przedsiębiorstw wytwarzających wyroby gotowe zawierające LCD, które to przedsiębiorstwa nabywają LCD po cenie niebędącej wynikiem normalnej gry rynkowej. […] nieuwzględnienie wartości sprzedaży wewnątrzgrupowej oznaczałoby bezzasadne uprzywilejowanie zintegrowanych pionowo przedsiębiorstw [grup kapitałowych – przyp. M.U.-A.], bowiem ich zysk osiągany z kartelu nie byłby brany pod uwagę, w efekcie czego spółki z grupy kapitałowej uczestniczącej w kartelu uniknęłyby kary proporcjonalnej do znaczenia kartelu na rynku *produktów będących przedmiotem naruszenia* [podkr. M.U.-A]"[258]. Dostrzegając, że cytowane orzecznictwo odwołuje się do sprzedaży na terenie Unii (Wspólnoty) „produktów będących przedmiotem kartelu", nie zaś innych produktów, w które te pierwsze zostały wmontowane, Sąd uznał, że rozpatrywany prze Komisję przypadek „nie kwalifikował się do tego, aby ograniczyć się do bezpośredniego zastosowania tego

[257] Sąd posłużył się pojęciem „przedsiębiorstwo", mając na myśli przedsiębiorców stanowiących *single economic unit.*

[258] W podobnym tonie uzasadniona była wysokość kar w sprawie *Europa Carton*.

orzecznictwa" wobec czego „miała ona prawo dostosować ustanowione w tym orzecznictwie zasady do okoliczności niniejszego przypadku, aby osiągnąć w ten sposób zamierzony przez to orzecznictwo cel polegający na uniknięciu uprzywilejowania zintegrowanych poziomo przedsiębiorstw uczestniczących w kartelu". Poprzez uwzględnienie w swych obliczeniach „sprzedaży bezpośredniej w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych" Komisja nie rozszerzyła zatem w bezprawny sposób swej jurysdykcji terytorialnej.

Krytykę stanowiska Komisji i Sądu odnośnie do terytorialnego zasięgu prawa Unii, w aspekcie uwzględniania określonych kategorii obrotów (kategorii sprzedaży) dla potrzeb obliczenia kar, wyraził rzecznik generalny Melchior Wathelet[259]. Przytaczając w swej opinii - podobnie jak Komisja i Sąd – te same, znane fragmenty orzeczenia *Wood Pulp I* (motywy 11, 13, 16, 17) podniósł, że, w świetle ich sformułowań „bardzo trudne, jeśli nie niemożliwe jest stwierdzenie, że na terytorium EOG *wprowadzono w życie* kartel w rozumieniu tego wyroku", skoro na terytorium EOG wprowadzano do obrotu telewizory i komputery (z ciekłokrystalicznymi ekranami), zaś kartel nie dotyczył tych produktów. Podkreślił też, że nie powinno być zasadniczo różnicy pomiędzy określeniem terytorialnego zakresu uprawnienia Komisji do stosowania art. 101 TFUE i 102 TFUE w ogólności a terytorialnym zasięgiem zastosowania tych i pozostałych przepisów UE (prawa wtórnego) w celu ustalenia wysokości grzywien. Zdaniem rzecznika, motywy 11 i następne wyroku w sprawie *Wood Pulp I* należy odczytywać w ten sposób, że: „(…) uzgodniona praktyka może ograniczać konkurencję na wspólnym rynku, a więc podlegać terytorialnemu zakresowi stosowania art. 85 Traktatu EWG, wyłącznie, jeżeli dotyczy *sprzedaży odpowiedniego produktu bezpośrednio na rzecz nabywców mających siedzibę we Wspólnocie*[260] i jeżeli sprzedawcy stosują konkurencję cenową w celu zdobycia zamówień od tych nabywców". Przywołując dalszą argumentację Trybunału ze sprawy *Wood Pulp I* (motyw 18), w której wskazano, że zakres zastosowania art. 85 Traktatu EWG wyznaczony jest przez zasadę terytorializmu, rzecznik stwierdził, że zakres stosowania tego przepisu „nie rodzi (…) wątpliwości w kwestii kompetencji terytorialnej w świetle międzynarodowego prawa publicznego, ponieważ właśnie *z uwagi na sposób jego zredagowania nie powinien być po prostu stosowany eksterytorialnie*." [podkr. M.U.-A.][261].

[259] Opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona 30 kwietnia 2015 r. w sprawie *InnoLux Corp., dawniej Chimei InnoLux Corp., przeciwko Komisji Europejskiej,* sprawa C-231/14 P, Zb. Orz. elektr. 2015.

[260] Ten fragment tekstu został wyróżniony kursywą w opinii rzecznika.

[261] W tym aspekcie por. motyw 45 opinii rzecznika generalnego Niila Jääskinena przedstawionej16 stycznia 2014 r., w sprawach połączonych *X BV i TBG Limited*, C-24/12 i C-27/12, Zb. Orz. elektr. 2014. Czytamy tam:. (…) terytoria, na których „ważne" jest prawo Unii, zostały wskazane w art. 299 ust. 1 i 2 TFUE. Nie oznacza to

Rzecznik, traktując - jak się wydaje - kryterium „wprowadzenia w życie" oraz kryterium „skutków" jako dwie autonomiczne podstawy jurysdykcji UE, przeprowadził analizę, czy zostały one spełnione.

Odnośnie do kryterium „wprowadzenia w życie" odwołał się w szczególności do motywu 12 wyroku *Wood Pulp I*, który - jego zdaniem - dotyczył wyłącznie sytuacji, gdy przedmiotem sprzedaży do EOG był produkt objęty kartelem.[262] Ogólniej zaś, z tego fragmentu wyroku *Wood Pup I* wynikało, że w celu zbadania możliwości stosowania prawa konkurencji Unii należy przede wszystkim określić miejsce, w którym rozgrywa się konkurencja w odniesieniu do produktu, którego dotyczy porozumienie[263]. Rzecznik skrytykował zwłaszcza stanowisko Sądu (przytoczone powyżej), jakoby w celu ustalenia terytorialnego zasięgu zastosowania prawa konkurencji Unii zgodnie z kryterium przedstawionym w wyroku *Wood Pulp I* wystarczyło ustalić, że nastąpiła sprzedaż „mająca [jakikolwiek] związek z EOG". Zdaniem M. Watheleta, sprzedaż produktu gotowego zawierającego wyświetlacz LCD jako część składową nie spełnia warunku określonego w tym orzeczeniu.

Rzecznik podkreślił (zgadzając się ze stanowiskiem spółki InnoLux) że wprowadzenie pojęcia „sprzedaży bezpośredniej w obrębie EOG w formie wyrobów przetworzonych" powoduje sztuczne „przeniesienie" miejsca sprzedaży z punktu, w którym wyświetlacz LCD rzeczywiście został dostarczony i wykorzystany, do punktu, w którym został sprzedany gotowy wyrób, do którego zamontowano ów wyświetlacz. Tymczasem miejsce sprzedaży wyświetlaczy LCD – których to dotyczyły uzgodnienia kartelu - znajdowało się w Azji, a nie w EOG.

---

jednakże, by jakiekolwiek szczególne uregulowanie prawa Unii, które ze swej natury może mieć pewne skutki ekstraterytorialne, nie podlegało zastosowaniu do krajów i terytoriów zamorskich. Klasyczny przykład powstał w ramach rozpatrywania działań antykonkurencyjnych, które miały miejsce poza Unią w wyroku (…) w sprawach połączonych [*Wood Pulp I*] ale może to wystąpić zawsze, gdy przedmiot sprawy regulowany przez prawo Unii *w sposób konieczny obejmuje działania lub stosunki prawne zachodzące poza granicami Unii*." [podkr. M.U.-A.]. Porównanie stanowisk rzeczników pokazuje, jak skrajnie różne może być rozumienie pojęcia „jurysdykcja eksterytorialna". Oparcie jurysdykcji na fakcie wystąpienia skutków na obszarze *forum* N. Jääskinen wprost określa jako jurysdykcję eksterytorialną.

[262] Por. motyw 65 opinii M. Watheleta.

[263] W motywie 12 tego wyroku Trybunał zauważył, „że główne źródła zaopatrzenia w celulozę [znajdowały się] poza Wspólnotą […] i że w konsekwencji rynek ten [miał] wymiar światowy. Jeśli producenci celulozy z siedzibą w tych krajach [poza Unią] dokonują *sprzedaży bezpośrednio na rzecz nabywców mających siedzibę we Wspólnocie* [podkr. M. U.-A] i jeżeli stosują oni konkurencję cenową w celu zdobycia zamówień od tych klientów, mamy do czynienia z konkurencją na wspólnym rynku. Jednak dopiero kiedy ci producenci dokonują uzgodnień w przedmiocie cen, jakie będą stosować wobec swoich klientów we Wspólnocie i wdrażają te porozumienia, sprzedając faktycznie w uzgodnionych cenach, uczestniczą [oni] w porozumieniu kartelowym, którego celem i *skutkiem* jest ograniczenie konkurencji na rynku wewnętrznym w rozumieniu art. 85 Traktatu" (motyw 13 wyroku *Wood Pulp I*).

Rzecznik zauważył także, że rozumowanie Komisji prowadzi do (nieuzasadnionego) zróżnicowania terytorialnego zakresu stosowania art. 101 TFUE w odniesieniu do sprzedaży wyrobów gotowych w EOG, w zależności od tego, między jakimi podmiotami zachodziła poza EOG sprzedaż LCD. W zależności bowiem od tego, czy wyroby gotowe:

(i) zostały wprowadzone do obrotu w EOG przez spółki zależne uczestników kartelu[264], które uprzednio poza EOG nabyły wyświetlacze LCD w wyniku dostaw w ramach grupy zintegrowanej wertykalnie,

czy też:

(ii) zostały wprowadzone do obrotu w EOG przez przedsiębiorstwa trzecie, które uprzednio poza EOG nabyły wyświetlacze LCD od uczestników kartelu,

sprzedaż wyrobów gotowych na obszar EOG należy uwzględnić przy obliczaniu grzywny (wariant „i"), bądź też nie (wariant „ii"). Takie rozumowanie prowadzi do dyskryminacji, co miało miejsce w niniejszej sprawie i było również przedmiotem zarzutu spółki InnoLux. Wariant „ii" do obliczenia grzywny Komisja zastosowała bowiem do spółki Samsung, która również uczestniczyła w kartelu LCD. Dlatego, zdaniem rzecznika, uznanie, jakoby sprzedaż w obrębie EOG wyrobów gotowych zrealizowana przez podmioty należące do grupy InnoLux mające siedzibę poza EOG stanowiła „wprowadzenie w życie w EOG porozumienia cenowego dotyczącego sprzedaży LCD rozumieniu wyroku *Wood Pulp I"* nie jest prawidłowe. Stanowi rozszerzającą wykładnię normy ustanowionej w tym wyroku i prowadzi do poszerzenia terytorialnego zakresu stosowania prawa konkurencji Unii. Nie można bowiem utożsamiać takiej sprzedaży ze sprzedażą w obrębie EOG samych wyświetlaczy po cenach uzgodnionych przez kartel. Sama sprzedaż wyrobów gotowych nie może być określona jako wprowadzenie w życie w EOG kartelu obejmującego LCD, ponieważ sprzedaż wyrobów gotowych zawierających wyświetlacze LCD nie wchodzi w zakres naruszenia art. 101 TFUE stwierdzonego w decyzji Komisji. W niniejszej sprawie „wprowadzenie w życie" uzgodnień kartelowych odbyło się poza EOG, podczas dostawy wyświetlaczy LCD do podmiotów, które następnie wmontowywały je w wyroby gotowe.

Skoro zatem nie można było odwołać się wprost do wyroku *Wood Pulp I* (doktryna implementacji) należało, zdaniem rzecznika, oprzeć się na art. 101 TFUE oraz – wyprowadzonym z tego przepisu m. in w wyroku *Gencor* – kryterium skutków M. Wathelet

[264] W decyzji nie ma mowy o tym, aby spółka matka (InnoLux Corp.) będąca członkiem kartelu, wywierała decydujący wpływ na działalność spółek zależnych związaną ze sprzedażą wyrobów gotowych oraz – przypomnijmy – kartel nie dotyczył w ogóle wyrobów gotowych. Brak zatem dostatecznej analizy faktycznej, która ewentualnie pozwoliłaby na użycie argumentu, że spółka córka, jako składowa *single economic unit* wprowadzała w życie ustalenia kartelu na obszarze EOG (por. orzeczenia *ICI I* oraz *Brandeis).*

uważał, że Komisja powinna była ustalić, czy i jaki w istocie wpływ na stan konkurencji na określonym rynku produktowym (na obszarze EOG) miało antykonkurencyjne porozumienie dotyczące samych LCD. Argumentował, że nie można przyjąć *a priori* założenia jakoby sprzedaż LCD w Azji przekładała się na strukturę konkurencji na terytorium EOG na rynku sprzedaży telewizorów czy komputerów. Taki wpływ można by stwierdzić tylko w oparciu o odpowiednią analizę rynku tych ostatnich. Rzecznik zarzucał Komisji, że nie dokonała takiej analizy, a w szczególności, że z akt sprawy nie wynika, aby ceny LCD ustalone w wyniku zmowy miały wpływ na cenę zawierających je wyrobów gotowych. Rzecznik skrytykował zarówno Komisję za pochopne przyjęcie takiego założenia, jak i wspierające je stanowisko Sądu, który stwierdził, że „w sytuacji gdy wytwarzane przez skarżącą LCD objęte kartelem były montowane w wyrobach gotowych przez spółki należące do tego samego przedsiębiorstwa co skarżąca, a te wyroby gotowe były sprzedawane w EOG przez to przedsiębiorstwo, należy uznać, że kartel miał wpływ na transakcje dokonywane aż do momentu tej ostatniej sprzedaży". Rzecznik, odwołując się do koncepcji skutków „kwalifikowanych" oraz orzecznictwa[265], podkreślił, że Komisja winna była wykazać istnienie skutków istotnych i przewidywalnych, a nie tylko zakładanych lub możliwych oraz że powinna przedstawić „[…] konkretne, wiarygodne i wystarczające wskazówki pozwalające ocenić, jaki rzeczywisty wpływ na konkurencję na rynku mogło mieć naruszenie". Wskazał również na orzecznictwo, z którego jednoznacznie wynikało, że wysokość grzywny powinna odwoływać się do korzyści z handlu produktem objętym naruszeniem (a nie innymi produktami)[266].

Ostatecznie M. Wathelet doszedł do wniosku, że o ile wartość sprzedaży wewnątrzgrupowej produktu objętego kartelem - co do zasady - powinna być uwzględniona przy obliczaniu grzywny, o tyle, nie można uwzględnić tej sprzedaży wewnątrzgrupowej,

---

[265] Zob. Wyrok Trybunału z 3 września 2009 r., *William Prym GmbH & Co. KG i Prym Consumer GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-534/07 P, Zb. Orz. 2009 I-7415, motyw 82, wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 6 grudnia 2005 r., *Brouwerij Haacht NV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* sprawa T-48/02, Zb. Orz. 2005 II-5259, motyw 59: „ocena rzeczywistej ekonomicznej możliwości wyrządzenia przez […] sprawców [naruszenia] szkody innym podmiotom, w szczególności konsumentom, mająca na celu ustalenie kwoty grzywny nakładanej z tytułu popełnionego naruszenia, nie może być dokonywana w odniesieniu do towarów innych niż te, które stanowią przedmiot kartelu".

[266] Zob. wyrok Sądu z 16 czerwca 2011 r, *Team Relocations i in przeciwko Komisji Europejskiej,* sprawy połączone T-204/08 i T-212/08, Zb. Orz. 2011 II-3569, motyw 66: „z utrwalonego orzecznictwa wynika, że część obrotu *pochodząca ze sprzedaży towarów, których dotyczy naruszenie [podkr. M. U.-A.]*, może być właściwą wskazówką co do rozmiaru naruszenia na danym rynku […]. W szczególności […] obrót osiągany ze sprzedaży towarów będących przedmiotem ograniczającej praktyki stanowi okoliczność obiektywną, która pozwala na właściwe określenie szkodliwości tej praktyki dla normalnej konkurencji […]. Zasada ta została powtórzona w wytycznych z roku 2006.". Prawidłowość stanowiska Sądu została potwierdzona przez Trybunał wyrokiem z 11 lipca 2013 r., *Team Relocations NV i in. przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-444/11 P, Zb. Orz. elektr. 2013.

która została zrealizowana w całości poza terytorium EOG. To ostatnie stanowiłoby rozszerzenie międzynarodowej właściwości Komisji wobec kartelu utworzonego i wprowadzonego w życie w państwach trzecich, wyłącznie z tego powodu, że Komisja „zakłada", iż ten kartel wywołuje pewne („jakieś") skutki na terytorium EOG ze względu na sprzedaż niezależnym podmiotom trzecim na tym terytorium wyrobów gotowych zawierających produkt objęty kartelem. Rzecznik argumentował nadto, że Sądy Unii zawsze uznawały znaczenie ścisłego przestrzegania jurysdykcji w celu uniknięcia naruszenia zasady *non bis in idem,* uznanej w art. 50 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Przekroczenie przez organ ochrony konkurencji zakresu jego właściwości międzynarodowej może prowadzić do nakładania konkurencyjnych sankcji na przedsiębiorstwa objęte dochodzeniem. Komisja przekroczy swoje kompetencje, jeśli nałoży grzywny, które nie dotyczą wdrożenia kartelu na terytorium EOG albo jego kwalifikowanych skutków na terytorium EOG[267]. Jeżeli zatem w rozpatrywanej sprawie zostanie nałożona grzywna za transakcję dotyczącą części składowych (tj. LCD), których sprzedaż odbyła się w państwie nienależącym do EOG, na tej podstawie, że gotowy wyrób zawierający ten składnik został sprzedany w obrębie EOG, ta sama transakcja może zostać objęta sankcją dwukrotnie: pierwszy raz w państwie nienależącym do EOG, w którym ta część została sprzedana, a następnie drugi raz w obrębie EOG. Wskazał, że w omawianej sprawie spółka InnoLux mogłaby być pociągnięta do odpowiedzialności przez organy ochrony konkurencji w Azji za sprzedaż (w ramach grupy) dokonaną poza EOG. Wskazując na potrzebę unikania konfliktów ustawodawstw oraz podwójnego karania przedsiębiorców rzecznik odwołał się także do stanowiska sądów USA, zajętego w odniesieniu do tego samego światowego kartelu LCD. Sprawa trafiła do *US Court of Appeals* (*7th Circuit*) - amerykańskiego sądu apelacyjnego - na skutek powództwa spółki Motorola[268]. Rozpatrywany weń problem prawny był taki sam, jak ten rozważany w postępowaniu przed organami UE. Sąd amerykański oddalił skargę Motoroli i stwierdził, że amerykańskie prawo antytrustowe nie ma zastosowania ze względu na to, iż skutki kartelu na rynku amerykańskim – zakładając, że są one istotne i racjonalnie

[267] Zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 29 kwietnia 2004 r., *Tokai Carbon Co. Ltd i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* sprawy połączone T-236/01, T-239/01, T-244/01 do T-246/01, T-251/01 oraz T-252/01, motyw 143. Zb. Orz. 2004 II-01181, wyrok Trybunału z 29 czerwca 2006 r., *SGL Carbon AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-308/04 P, Zb. Orz. 2006 I-5977, motywy 29 i 32, wyrok Sądu Pierwszej Instancji 18 czerwca 2008 *Hoechst GmbH przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-410/03, Zb. Orz. 2008 II-881, motyw 603. Por. również opinię J. Kokott omawianą powyżej, w rozdz. 2.2.2.6.

[268] *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, No. 14-8003 (7th Cir. 2014), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/14-8003/14-8003-2015-01-12.html (10 grudnia 2016 r.).

przewidywalne – *mają jedynie charakter „pośredni”*[269]*, skoro uczestnicy kartelu nie sprzedają wyświetlaczy LCD w Stanach Zjednoczonych* [podkr. M.U.-A.]”. Sąd ten podkreślił również zagrożenie związane ze zbyt szerokim zakresem stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego. Zdaniem rzecznika, skoro brzmienie art. 101 i art. 102 TFUE wyraźnie wskazuje, że przepisy te dotyczą wyłącznie praktyk ograniczających konkurencję w samej Unii, a nie poza nią, organy Unii powinny przyjąć takie samo stanowisko, jak amerykański *Court of Appeals*.

W oparciu o przedstawione wyżej argumenty M. Wathelet jednoznacznie rekomendował Trybunałowi, aby ten uchylił wyrok w zakresie, w jakim Sąd potwierdził, że grzywna może uwzględnić wartość dostaw LCD dokonanych w ramach grupy InnoLux do jej fabryk w Chinach i na Tajwanie, wmontowanych tam do wyrobów gotowych, sprzedawanych następnie na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz aby stwierdził nieważność decyzji Komisji w tym samym zakresie.

Trybunał nie podzielił stanowiska rzecznika i podszedł do zagadnienia nader pragmatycznie[270]. Zauważył, po pierwsze, że zagadnienia jurysdykcji oraz metodyki nakładania kar to dwie odrębne kwestie. Co do pierwszej – odwołał się do orzeczenia *Wood Pulp I* i nie poświęcił jej istotniejszej uwagi. Za wystarczającą podstawę jurysdykcji organów Unii uznał to, że uczestnicy kartelu sprzedawali na obszar EOG również same LCD. Zaś w odniesieniu do obliczania kar, stwierdził, że w celu oznaczenia wysokości grzywny należy ustalić „*wartość sprzedaży zrealizowaną na rynku, którego dotyczy naruszenie w obrębie EOG, przy czym nie trzeba ustalać, czy naruszenie to miało rzeczywiście wpływ na tę sprzedaż, gdyż część obrotu pochodząca ze sprzedaży produktów będących przedmiotem naruszenia najlepiej odzwierciedla znaczenie gospodarcze tego naruszenia. Chociaż wspomniane pojęcie nie powinno rozciągać się do tego stopnia, by obejmowało osiągniętą przez dane przedsiębiorstwo sprzedaż nieobjętą w żaden sposób zakresem działania zarzucanego kartelu* [podkr. M.U.-A.], to jednak sprzeczne z celem przyświecającym art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 [chodzi adekwatność wysokości grzywny do wagi naruszenia – przyp. M.U.-A.] byłoby, gdyby uczestnicy kartelu, którzy są zintegrowani pionowo,

[269] Amerykańska ustawa *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act* wprowadziła tzw. kryterium skutków kwalifikowanych w celu wyłączenia spod jurysdykcji USA tych zachowań mających miejsce za granicą, które nie wywołują „bezpośredniego, znaczącego i racjonalnie przewidywalnego wpływu na handel amerykański”. Zob. niżej, rozdz. 2.3.5.

[270] Wyrok Trybunału z 9 lipca 2015 r., *InnoLux Corp. przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-231/14 P, Zb. Orz. elektr. 2015.

mogliby, z tego tylko względu, że wmontowali produkty będące przedmiotem naruszenia w wyrobach gotowych poza EOG, doprowadzić do wykluczenia z obliczenia grzywny ułamka wartości sprzedaży tych wyrobów gotowych dokonanej w obrębie EOG mogącego odpowiadać wartości produktów będących przedmiotem naruszenia."

Trybunał podkreślił, że zintegrowane pionowo przedsiębiorstwa mogą czerpać korzyści z porozumienia w sprawie horyzontalnego ustalania cen zawartego z naruszeniem art. 101 TFUE nie tylko w ramach sprzedaży na rzecz niezależnych podmiotów trzecich na rynku produktów będących przedmiotem tego naruszenia, lecz także na rynku niższego szczebla (rynku produktów przetworzonych) w których skład wchodzą te produkty, i to z dwóch różnych tytułów. Albo przedsiębiorstwa te przenoszą wynikające z przedmiotu naruszenia podwyżki ceny części składowych na cenę produktów przetworzonych, albo ich nie przenoszą, co oznacza z kolei przyznanie im korzyści w zakresie kosztów w porównaniu z ich konkurentami na rynku wyrobów przetworzonych, którzy zaopatrują się w te części składowe na rynku produktów będących przedmiotem naruszenia (czyli po zawyżonych cenach). Pominięcie przy ustalaniu grzywny wielkości sprzedaży produktów przetworzonych miałoby skutek w postaci sztucznego zminimalizowania znaczenia gospodarczego naruszenia popełnionego przez dane przedsiębiorstwo, gdyż oznaczałoby pominięcie wartości sprzedaży, „*na którą rzeczywiście w EOG kartel miał wpływ."* [podkr. M.U.-A.]. Prowadziłoby to w rezultacie do nałożenia grzywny bez realnego związku z zakresem działania tegoż kartelu na terytorium EOG. „*Uwzględnienie sprzedaży wewnętrznej dokonanej poza EOG przez przedsiębiorstwo pionowo zintegrowane, do celów obliczenia grzywny nie wykracza poza granice jurysdykcji terytorialnej Komisji. Komisja jest bowiem uprawniona do zastosowania art. 101 TFUE do ogólnoświatowego kartelu, gdyż uczestnicy tego kartelu wprowadzili w życie ten ogólnoświatowy kartel w EOG, dokonując na tym terytorium bezpośredniej sprzedaży produktu, którego dotyczy naruszenie, na rzecz niezależnych podmiotów trzecich."* [podkr. M.U.-A.].

Chociaż Trybunał nie wypowiedział się bezpośrednio odnośnie do przestrzennego zasięgu jurysdykcji UE w sprawach antymonopolowych, zaś swoje rozważania skupił na problematyce metody obliczania kary, przyjęty prze niego sposób rozumowania ewidentnie wskazuje, iż „implementacja" praktyki w UE jest rozumiana szerzej niż tylko jako „sprzedaż na obszarze UE towarów będących przedmiotem antykonkurencyjnej praktyki", jak to pierwotnie przyjęto w sprawie *Wood Pulp I*. Można jedynie stwierdzić, że orzeczenie w sprawie *InnoLux* nie wyklarowało dostatecznie stanowiska Trybunału odnośnie do uznawanych przez niego łączników jurysdykcyjnych w sprawach antymonopolowych i

podpisać się pod postulatem rzecznika generalnego N. Wahla, wzywającym do wyjaśnienia tego zagadnienia.

Nad możliwymi kierunkami rozwoju orzecznictwa UE odnośnie do terytorialnego zasięgu jurysdykcji zastanawia się (Martyniszyn 2016: 105). Na kanwie omówionych wyżej spraw trafnie dostrzega kwestie, które zapewne w nieodległej przyszłości będą wymagały rozstrzygnięcia. Pierwsza z nich to ta, czy UE będzie przysługiwać jurysdykcja sytuacji, gdy uczestnicy kartelu nie będą w ogóle dokonywać na obszar EOG sprzedaży produktów objętych kartelem, a jedynie produktów gotowych, w których te pierwsze są wmontowane jako komponenty. Druga – czy jurysdykcja będzie przysługiwać UE wówczas, gdy uczestnicy kartelu nie będą sprzedawać samodzielnie na obszar EOG nawet produktów gotowych, zaś objęte kartelem komponenty zbywać będą podmiotom trzecim poza UE, a dopiero te podmioty wprowadzać będą na rynek EOG produkty gotowe. Chodzi przy tym o sytuacje, gdy uczestnicy kartelu unikają dokonywania bezpośredniej sprzedaży na obszar UE, pozostawiając sobie wszakże możliwość efektywnego wpływu na strukturę tych transakcji. W obu przypadkach dochodzi do wniosku, że organy UE uznają swoją jurysdykcję. Może to mieć miejsce zarówno w oparciu o doktrynę implementacji (implementacja porozumienia na obszarze EOG może przybierać formy inne, niż tylko bezpośrednia sprzedaż), jak i o doktrynę skutków, która ze swej istoty stanowi bazę dla szerokiego ujmowania terytorialnego zasięgu jurysdykcji. Biorąc pod uwagę przedstawioną ewolucję prawa UE w tej dziedzinie, trudno nie podzielić jego przypuszczeń.

2.2.2.9. Inne problemy wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej w orzecznictwie organów UE

Jak widać już z powyższych rozważań, w postępowaniach zawisłych współcześnie przed organami sądowymim UE problematyka terytorialnego zakresu stosowania unijnych przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych sprowadza się nie tylko do pytania, czy Komisji w ogóle, zgodnie z normami prawa międzynarodowego publicznego, przysługuje jurysdykcja do wydania decyzji wobec określonych praktyk antykonkurencyjnych. Niekiedy zagadnienie dopuszczalnego zakresu terytorialnego działania Komisji dotyczy szczegółowych aspektów jej działalności orzeczniczej lub dochodzeniowej. Poza wątkami powracającymi w kolejnych orzeczeniach – jak zagadnienie dopuszczalności ustalania wysokości grzywny w oparciu o wartość transakcji dokonanych poza UE (sprawy *GIS*, *InnoLux*, sprawa Elektrod grafitowych) – niekiedy pojawiają się i inne problemy. I tak, na przykład, francuska spółka Nexans S.A. zakwestionowała uprawnienie Komisji do objęcia decyzją w sprawie kontroli

dokumentów dotyczących rynków geograficznych o zasięgu lokalnym usytuowanych poza obszarem wspólnego rynku, skoro decyzja ta nie precyzowała powodów, dla których zachowanie danego przedsiębiorstwa na tych rynkach może zakłócać konkurencję na wspólnym rynku[271]. Zarzut skarżącej był przedmiotem rozpoznania zarówno przez Sąd[272], jak i Trybunał[273]. Nie został uwzględniony. W sprawie opinię złożyła rzecznik generalna J. Kokott[274], która zauważyła, że nie można mówić w takiej sytuacji o naruszeniu zasady terytorialności. Przeszukiwane przez Komisję pomieszczenia, jak i kontrolowane przez nią dokumenty handlowe znajdowały się bowiem na terytorium Unii. Chociaż, jak podkreśliła rzecznik, zgodnie z zasadą terytorialności Komisja jest zobowiązana ograniczyć dochodzenie tylko do tych naruszeń, które z powodu oczekiwanych skutków mogą mieć wpływ na konkurencję na rynku wewnętrznym, nie oznacza to, że musiałaby ograniczyć przeprowadzaną kontrolę do dokumentów handlowych dotyczących projektów prowadzonych na obszarze UE lub EOG. Z dokumentów handlowych dotyczących projektów w państwach trzecich można wyciągnąć wnioski co do istnienia antykonkurencyjnych praktyk wywierających ewentualnie negatywny wpływ na konkurencję na wspólnym rynku, „przykładowo wtedy gdy dokumenty te zawierają informacje o funkcjonowaniu kartelu o zasięgu światowym lub też gdy dane projekty poprzez swoje związki z działalnością wewnątrzunijną mogą mieć wpływ na rynek wewnętrzny". Oba organy sądowe UE wyraziły takie samo stanowisko.

Oprócz orzecznictwa dotyczącego terytorialnego zakresu jurysdykcji w sprawach praktyk antykonkurencyjnych ocenianych *ex post*, równolegle funkcjonuje linia orzecznicza dotycząca prewencyjnej kontroli koncentracji. Dostrzec w niej można wyraźną skłonność organów UE do szerokiego pojmowania zakresu swoich kompetencji. Jednymi z głośniejszych spraw, do których Komisja zgłosiła aspiracje jurysdykcyjne były fuzje dwóch amerykańskich producentów samolotów – Boeing i McDonnell Douglas[275] - dwóch

[271] Decyzja C (2009) 92/1 z 9 stycznia 2009 r. (niepubl., zob. Wyrok Sądu z 14 listopada 2012, *Nexans France SAS i Nexans SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-135/09, Zb. Orz. elektr. 2012). Komisja Wspólnot Europejskich zobowiązała Nexans SA i wszystkich bezpośrednio lub pośrednio kontrolowanych przez nią przedsiębiorców do poddania się kontroli na podstawie art. 20 ust. 4 rozporządzenia Rady nr 1/2003 z 16 października 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 TWE i 82 TWE.

[272] Wyrok Sądu z 14 listopada 2012 r., *Nexans France SAS i Nexans SA przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa T-135/09, Zb. Orz. elektr. 2012.

[273] Wyrok Trybunału z 25 czerwca 2014 r., *Nexans SA i Nexans France SAS przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-37/13 P, Zb. Orz. elektr. 2014.

[274] Opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona 3 kwietnia 2014 r., w sprawie *Nexans SA i Nexans France SAS przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-37/13 P, Zb. Orz. elektr. 2014.

[275] Decyzja Komisji z 24 kwietnia 1997 r., *Boeing/McDonnell Douglas*, sprawa IV/M. 877**,** Dz. Urz. WE 1997 L 336/16.

amerykańskich producentów silników - GE oraz Honeywell[276]- a także British Airways i American Airlines[277]. W sprawie *GE/Honeywell* Komisja nie wyraziła zgody na koncentrację. W pozostałych wyraziła zgodę warunkową, nakładając na strony określone zobowiązania. Co ciekawe, w sprawie *GE/Honeywell* Komisja odmówiła zgody na koncentrację po tym, jak wyraziły ją organy antymonopolowe USA. W swoich decyzjach Komisja opiera jurysdykcję na kryteriach określonych w sprawie *Gencor* – tj. możliwości wystąpienia kwalifikowanych skutków koncentracji na obszarze UE (EOG). W praktyce sprowadza się do zbadania, czy ma miejsce „wspólnotowy wymiar koncentracji", wyrażony wysokością obrotów jej uczestników określoną w przepisach właściwych rozporządzeń. Trybunał akceptuje takie podejście.

2.3. Eksterytorialne stosowanie prawa antytrustowego USA

2.3.1. Domniemanie przeciwko eksterytorialności amerykańskiego ustawodawstwa antytrustowego

Jak podaje (Ryngaert 2006 : 62-64, 73) prawo USA, począwszy od podpisania Deklaracji Niepodległości w 1776 r., opierało się na klasycznej zasadzie terytorializmu, zaczerpniętej z prawa międzynarodowego publicznego. Zasada ta była podkreślana wielokrotnie w wyrokach Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych wydawanych w XVIII i XIX wieku oraz uznawana przez amerykańskich akademików zajmujących się zagadnieniami „prawa narodów". W późniejszym okresie odwołanie do norm prawa międzynarodowego zostało zastąpione przez doktrynę nakazującą określać terytorialny zasięg amerykańskiego ustawodawstwa poprzez odczytanie, jaki był zamiar amerykańskiego ustawodawcy (Kongresu) w tym względzie. Doktryna ta opierała się jednak na „domniemaniu przeciwko ekstraterytorialności", zgodnie z którym amerykańskim sądom wolno było zastosować ustawę eksterytorialnie tylko wówczas, gdy taki był zamiar Kongresu[278]. Jeden z argumentów podnoszony na poparcie tego domniemania głosił, że „zdroworozsądkowo należy przyjąć, iż Kongres stanowiąc prawo ma generalnie na względzie sprawy krajowe" (Dodge 1998 b:90).

[276] Decyzja Komisji z 3 lipca 2001 r., *General Electric/Honeywell*, sprawa COMP/M.2220, Dz. Urz. UE 2004 L 48/1, wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 14 grudnia 2005 r., *Honeywell International, Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-209/01, Zb. Orz. 2005 II-5575.

[277] Streszczenie decyzji Komisji z 14 lipca 2010 r., *British Airways/American Airlines/Iberi* sprawa COMP/39.596, Dz. Urz. UE 2010 C 278/14.

[278] „Wieloletnią zasadą amerykańskiego prawa jest, że ustawodawstwo Kongresu, o ile nie wynika z niego przeciwny zamiar, znajduje zastosowanie tylko w granicach terytorialnej jurysdykcji USA. (…). Jest to kanon konstrukcji ustawy, zgodnie z którym, możliwe jest ustalenie zamiaru Kongresu, który nie został wprost wyrażony." - fragment uzasadnienia wyroku w sprawie *EEOC v. Arabian American Oil Co. („Aramco"),* 499 U.S. 244, 248 (1991), przytoczenie za: (Dodge 1998 b: 85).

Jeśli Kongres (ustawa) nie określa terytorialnego zakresu stosowania danych norm, sądy winny uznać, że zamiarem było stosowanie ich tylko w odniesieniu do obszaru USA. Tradycyjnie ujmowane domniemanie braku eksterytorialności jest zatem pokrewne klasycznemu podejściu do zasady terytorializmu (por. niżej sprawa *American Banana*)[279]. W ciągu XX w. amerykańskie sądownictwo odeszło od rygorystycznego stosowania koncepcji nawiązujących do terytorializmu. Z nadejściem doktryny skutków wiele sądów zastąpiło je domniemaniem eksterytorialności, w szczególności w odniesieniu do prawa gospodarczego publicznego. Sądy stosowały ustawy eksterytorialnie nawet wówczas, gdy nie było podstaw, by ustalić, że taki był zamiar Kongresu. Obecnie nie można być pewnym, czy amerykańskie sądy będą wywodzić z zasady terytorializmu ograniczenia odnośnie do przestrzennego zakresu stosowania krajowych ustaw. Jednakże widoczne stało się w orzecznictwie (i tak jest do dziś) poszukiwanie koncepcji ograniczających geograficzny zasięg stosowania prawa krajowego, odwołujących się do norm prawa międzynarodowego publicznego. Ta tendencja wyraźna jest w szczególności w dziedzinie prawa antytrustowego (Parrish 2008: 1672).

W roku 1890 uchwalono w USA (federalną) ustawę „o ochronie handlu i wymiany towarowej przed monopolami", zwaną Ustawą Shermana (*Sherman Act*[280]) - podstawowy akt regulujący prawo antymonopolowe (antytrustowe[281]) tego kraju. W ślad za nim, w roku 1914 przyjęto *Federal Trade Commission Act*[282] - ustawę, która organami administracji ds. ochrony konkurencji ustanawiała Wydział Antytrustowy Departamentu Sprawiedliwości oraz Biuro ds. Konkurencji Federalnej Komisji Handlu (dalej jako FTC). Regulację tę uzupełniała *Clayton Act*,[283] również uchwalona w 1914, która rozwijała normy prawa materialnego ustanowione w *Sherman Act*, regulowała zagadnienia proceduralne, a także określała środki zaradcze skierowane przeciwko antykonkurencyjnym praktykom oraz sankcje. Charakterystyczną cechą amerykańskiego systemu wdrażania norm prawa

[279] Nie wszyscy wszakże współcześni akademicy uznają słuszność tego ujęcia. (Dodge 1998b:90) uważa, że z okoliczności, iż Kongres zajmuje się sprawami krajowymi nie wynika wcale, by amerykańska legislacja znajdowała zastosowanie jedynie w odniesieniu do zachowań mających miejsce na obszarze USA. Jego zdaniem oznacza to raczej, że powinna być stosowana do zachowań, które oddziałują na stan rzeczy na tym terytorium, niezależnie od tego, gdzie owe zachowania mają miejsce. Proponowane przez niego ujęcie tego domniemania nie stoi zatem w opozycji do doktryny skutków. Jak sam przyznaje, jest to odwrócenie tradycyjnego rozumienia domniemania braku eksterytorialności.

[280] Pełna nazwa tej ustawy brzmiała *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, czyli "Ustawa o ochronie handlu i wymiany towarowej przed bezprawnymi ograniczeniami i monopolami", U.S.C. 15 §§1-7.

[281] W amerykańskiej kulturze prawnej prawo ochrony konkurencji, zwane w polskiej doktrynie również „antymonopolowym", tradycyjnie określa się jako „antytrustowe".

[282] 15 U.S.C. §§ 41-58.

[283] 15 U.S.C., §§12- 27; 29 U.S.C. §§52 – 52. W polskiej literaturze na temat *Federal Trade Comission Act* oraz *Clayton Act* zob. (Skoczny 1990:15 i nast.).

antymonopolowego jest to, że – niezależnie od uprawnień organów administracji – podmioty, które poniosły szkodę na skutek antykonkurencyjnych działań przedsiębiorców mogą domagać się przyznania im przez sąd odszkodowania (równego trzykrotności poniesionej szkody). Od początku obowiązywania *Sherman Act* występowanie z powództwami cywilnymi (przez prywatnych powodów, tzw. *private enforcement*) było powszechną metodą walki z zakazanymi prawem działaniami zniekształcającymi konkurencję. Również współcześnie prywatnoprawna metoda egzekwowania prawa antytrustowego ma w USA niezwykle istotne znaczenie (Molski 2005: 765). Dlatego też to sądy odegrały niezwykle istotną rolę w procesie interpretacji i wdrażania amerykańskich ustaw antytrustowych. W szczególności orzecznictwo zajmowało się kwestią geograficznego zasięgu obowiązywania norm prawa materialnego.

Sherman Act milczy nt. terytorialnego zakresu swojego zastosowania. Zawiera wprawdzie sformułowanie odnoszące się do „handlu z obcymi narodami", ale nie zajmuje się kwestią, czy zachowanie mające miejsce za granicą, które powoduje zakłócenie konkurencji na obszarze USA jest objęte zakresem tego pojęcia. Użyte w tej ustawie sformułowania mają charakter dość generalny. Paragraf 1 *Sherman Act* stanowi, że „Każdą umowę, związek w postaci trustu bądź innej, albo zmowę, służące ograniczeniu handlu lub wymiany towarowej pomiędzy kilkoma stanami lub z obcymi narodami, uznaje się za nielegalną"[284]. O ile sformułowanie „pomiędzy kilkoma stanami" odnosi się do terytorium USA, o tyle sformułowanie odnoszące się do handlu z „obcymi narodami" nie jest jasne. Jak wskazuje (Ryngaert 2006: 188), amerykańskie organy administracji powołane do ochrony konkurencji zawsze bardzo ostrożnie podchodziły do problemu terytorialnego zasięgu swojej jurysdykcji. Wyraźna tendencja do poszerzania orbity przestrzennego oddziaływania prawa USA pojawiła się natomiast w postępowaniach sądowych.

Pierwszą sprawą, w której Sąd Najwyższy USA zajmował się kwestią przestrzennego zasięgu *Sherman Act* była *American Banana* v. *United Fruit Co.* (1909)[285]. Był to spór pomiędzy dwiema spółkami amerykańskimi zajmującymi się handlem bananami, z których jedna (pozwany) spiskowała z rządem Kostaryki, aby wypchnąć konkurenta (powoda) z rynku. W tym celu, między innymi, z pomocą kostarykańskiego rządu dokonała nielegalnego przejęcia plantacji należącej uprzednio do powoda. W postępowaniu tym Sąd

[284] W oryginale: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.", tłum. własne.

[285] ***American Banana Co. v. United Fruit,* Co. 213 U.S. 347 (1909), dostęp na:** https://supreme.justia.com/cases/federal/us/213/347/case.html **(6 listopada 2016 r.).**

Najwyższy USA uznał, że nie przysługuje mu jurysdykcja wobec podjętego za granicą zachowania, które wywołało skutki na obszarze USA. Odrzucił tym samym tę odmianę zasady terytorialnej obiektywnej, w której za łącznik z terytorium uważa się skutek zachowania. Przyjął tradycyjne podejście do terytorializmu, oparte na teorii suwerenności państwowej, zgodnie z którym państwu nie przysługuje jurysdykcja do tego, by regulować zachowanie mające miejsce poza jego granicami. Sąd, w osobie sędziego Wenedella Holmesa, stwierdził, iż: „Generalną i w zasadzie uniwersalną zasadą jest, że charakter zachowania jako zgodnego bądź niezgodnego z prawem musi być określony w pełni poprzez prawo tego państwa, gdzie zachowanie to miało miejsce. Gdyby podmiot tego zachowania miał być objęty inną jurysdykcją, która miałaby zastosować do niego swoje własne reguły, nie zaś reguły miejsca, gdzie zachowanie nastąpiło, byłoby to nie tylko niesprawiedliwe, ale stanowiłoby również ingerencję we władzę innego suwerena, wbrew zasadzie kurtuazji międzynarodowej (*comity*) (…)". Wywodził dalej iż: „Zakazy ujęte w *Sherman Act* nie obejmują zatem zachowań, które miały miejsce w państwach trzecich, nawet jeśli dopuścili się ich obywatele USA, wyrządzając na skutek tego szkodę innemu obywatelowi USA (…). Suwerenność oznacza, że prawem jest dekret suwerena, a sądom obcego państwa nie wolno wywierać na niego wpływu, by skłonić go do wydania dekretu". Skoro więc antykonkurencyjnej zmowy dopuszczono się poza obszarem USA, w miejscu, gdzie nie była ona nielegalna, Stanom Zjednoczonym nie przysługiwała jurysdykcja wobec zachowania pozwanego. Stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w omawianej sprawie stworzyło podstawę dla generalnego domniemania braku eksterytorialnego zasięgu amerykańskiego ustawodawstwa antytrustowego. W wyroku wskazano w szczególności iż: „[rozważania nt. zasięgu jurysdykcji] prowadzą do wniosku, że każdą ustawę, w razie wątpliwości, należy odczytywać w ten sposób, że prawodawca miał w zamiarze ograniczenie jej oddziaływania i skutków wyłącznie do terytorium, nad którym ustawodawca ma prawowitą władzę. Cała legislacja ma *prima facie* zasięg terytorialny. Sformułowania mające uniwersalny zakres znaczeniowy takie jak >>każda umowa ograniczająca handel<<, >>każda osoba, która będzie monopolizować<< itd. będą w konsekwencji rozumiane w ten sposób, że odnoszą się tylko do podmiotów podlegających tej legislacji"[286].

Warto podkreślić, że sąd przyjął pryncypialne stanowisko mimo to, że sprawa *American Banana* nie była postępowaniem przeciwko zagranicznemu przedsiębiorcy.

[286] Tamże, tłum. własne.

Z drugiej strony należy jednak zwrócić uwagę, że Sąd Najwyższy powołał się w orzeczeniu nie na konkretną normę prawa międzynarodowego (mimo iż odniósł się do naczelnej zasady stosunków międzynarodowych, jaką jest suwerenność państw), ale na zasadę *comity*, której rola i normatywny charakter w prawie międzynarodowym publicznym nie jest jasna.

2.3.2. Liberalizacja sposobu pojmowania zasady jurysdykcji terytorialnej

W kolejnych wyrokach w sprawach antytrustowych amerykański Sąd Najwyższy ujmował szerzej terytorialny zakres stosowania krajowych przepisów. Uznawał istnienie jurysdykcji USA wobec zagranicznych przedsiębiorców prowadzących handel z przedsiębiorcami z USA, jeżeli zmowa, w której uczestniczyli miała swoją „siedzibę" w USA, ze względu na „znaczny w niej udział firm amerykańskich". Odejście od ścisłego stosowania zasady terytorialnej w poszczególnych wyrokach nie musiało być traktowane jako pozostające w sprzeczności z rozstrzygnięciem w sprawie *American Banana*, w której to, ze względu na stan faktyczny sprawy, zmowa „w całości" miała miejsce za granicą. Stopniowe odchodzenie od pryncypialnie ujmowanej zasady terytorializmu kładło jednak podwaliny pod zastosowanie doktryny skutków (Ryngaert 2006: 189, 292).

Jedną ze spraw z udziałem przedsiębiorców zagranicznych, która zawisła przed amerykańskim Sądem Najwyższym, było postępowanie *American Tobacco* (1911)[287]. Dotyczyło ono kartelu na rynku tytoniu, obejmującego 65 spółek amerykańskich i dwie spółki angielskie. W tym przypadku jurysdykcją objęto zagraniczne spółki, które uczestniczyły w zmowie wraz z przedsiębiorcami mającymi siedziby w USA, a których antykonkurencyjne działania wypełniały przesłanki czynów zakazanych prze amerykańskie prawo antytrustowe. Zgodnie z „doktryną American Tobacco" sądom USA przysługuje jurysdykcja wobec zagranicznych przedsiębiorców biorących udział w zmowie, jeżeli główni jej uczestnicy podlegają jurysdykcji w oparciu o zasadę terytorialną ze względu na to, że zmowę zawarto na obszarze USA[288]. Decydujące było zatem to, że niektórzy uczestnicy zmowy podlegali zwierzchnictwu terytorialnemu USA, ponieważ podjęli na terytorium tego państwa działania (zawarli niedozwoloną zmowę). Natomiast pozostałych członków kartelu objęto jurysdykcją

[287] *United States v. American Tobacco Co.,* 221 U.S. 106 (1911); dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/case.html (6 listopada 2016 r.).

[288] W oryginale: "[…] jurisdiction obtains over foreign conspirators where the principal conspirators are subject to undisputable territorial jurisdiction because the conspiracy has been entered into in the United States.", tamże, tłum. własne.

w oparciu o „doktrynę partycypacji”[289]. Miejsce wprowadzenia zmowy w życie nie było decydującym elementem, aczkolwiek i ono mogłoby być rozważane jako przesłanka jurysdykcyjna, ponieważ ustalenia kartelu były wprowadzane w życie na obszarze USA[290].

W oparciu o sprawę *American Tobacco* zarówno Sąd Najwyższy, jak i sądy niższych instancji w drugim dziesięcioleciu XX w. stosowały *Sherman Act* w postępowaniach dotyczących monopolizacji szlaków transportowych pomiędzy USA a innymi krajami (sprawy konferencji żeglugowych i szlaków kolejowych). Sprawy te nie miały charakteru „w pełni” eksterytorialnego, ponieważ stronami w nich były spółki nie tylko zagraniczne, ale także amerykańskie. Rozpowszechnienie „doktryny American Tobacco” spowodowało jednak stopniową zmianę sposobu myślenia o terytorialnym zakresie stosowania *Sherman Act*, która krok po kroku doprowadziła do powstania poglądu, że ustawa ta może być stosowana również do porozumień zawartych za granicą (Ryngaert 2006 : 193 i nast.).

Znaczącym krokiem w kierunku powstania doktryny skutków było rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego w sprawie *Sisal Sales* (1927 r .)[291]. Postępowanie dotyczyło kartelu pomiędzy pięcioma spółkami amerykańskimi i jedną spółką meksykańską, handlującymi konopiami. Meksykańska spółka została wyłącznym nabywcą sizalu od jego producentów (w Meksyku), zaś spółka amerykańska – wyłącznym jego importerem do USA, co spowodowało zniekształcenie konkurencji na obszarze USA. Inaczej jednak niż w przypadku *American Tobacco*, wielkość dostaw (kwota importu) towaru objętego porozumieniem zależała w pełni od jednego – zagranicznego - przedsiębiorcy. Sąd Najwyższy odmówił zastosowania w sprawie podejścia przyjętego w *American Banana* jako precedensu, który nakazywałby uznać, że USA nie przysługuje jurysdykcja wobec zachowania zagranicznego przedsiębiorcy, podjętego poza terytorium USA. Dokonał różnicowania precedensu (ang. *distinquishing*) stwierdzając iż „okoliczności obecnego sporu są radykalnie różne od tych w sprawie *American Banana Co.* v. *United Fruit Co.* [ponieważ zmawiający się przedsiębiorcy] znajdują się w obrębie jurysdykcji USA i mogą być ukarani za naruszenie amerykańskich ustaw”[292].

---

[289] Jest to doktryna dotycząca jurysdykcji państw sformułowana przez F.A. Manna. Zgodnie z nią “Łącznik terytorium obejmuje również te implikacje tradycyjnej doktryny [terytorializmu], które odnoszą się do współdziałania w popełnieniu przestępstwa. Tym samym, jeżeli jeden ze sprawców wykonawczych podlega jurysdykcji Państwa, współsprawcy [działający poza obszarem państwa *forum*] również jej podlegają; jeżeli państwu przysługuje jurysdykcja wobec jednej z osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa, pozostałe z tych osób również jej podlegają.”, przytoczenie za: (Ryngaert 2006: 192), tłum. własne.

[290] Miejsce wykonania porozumień jako decydującą przesłankę w tej sprawie postrzega (Kardach 1997:121).

[291] *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268 (1927), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/268/ (6 listopada 2016 r.).

[292] W oryginale: “[t]he circumstances of the present controversy are radically different from those presented in *American Banana Co.* v. *United Fruit Co.* ”since “[the conspiring companies] are within the jurisdiction of

Sąd wyjaśnił dalej, iż: „Mamy tu do czynienia z umową (…) zawartą przez strony w Stanach Zjednoczonych i tutaj wdrożoną (ang. *made effective*), poprzez podjęte tutaj zachowania. Podstawowym celem [porozumienia] było zarówno kontrolowanie wielkości importu, jak i sprzedaży sizalu, ustalenie jego cen oraz uzyskanie całkowitego monopolu w zakresie zarówno wewnętrznego, jak i zewnętrznego handlu i wymiany towarowej dotyczących tego towaru. Stany Zjednoczone ścigają zatem naruszenie swojego prawa, na swoim terytorium, przez osoby podlegające ich jurysdykcji”[293]. Użycie takiego sformułowania oznaczało, że Sąd Najwyższy uznał za oczywiste, iż meksykańska spółka podlegała jego jurysdykcji ponieważ współpracujący z nią amerykańscy importerzy również byli uczestnikami zmowy. Wydaje się zatem, że *ratio decidendi* w *Sisal Sales* było takie samo jak w *American Tobacco*. Chociaż w sprawie *Sisal Sales* nie miało jeszcze miejsca zastosowanie doktryny skutków, da się w niej odnaleźć swego rodzaju zapowiedź jej nadejścia. Sąd zaznaczył bowiem, że celem zmowy dotyczącej importu sizalu z państwa trzeciego było ograniczenie handlu tym towarem i podniesienie jego ceny na terytorium USA. Akcentowany był zatem wpływ porozumienia na wewnętrzny i zagraniczny handel USA oraz okoliczność, że porozumienie było wdrażane na tym terytorium. Skutkiem orzeczenia w sprawie *Sisal Sales* była zmiana punktu widzenia na terytorialny zakres zastosowania *Sherman Act*. Wyrok ten został odczytany w ten sposób, że zamiar ograniczenia handlu i wywarcia wpływu na ceny na obszarze USA i następcze wprowadzenie tego zamiaru w życie, wystarcza jako powiązanie uzasadniające jurysdykcję USA (Dodge 1998a: 123).

Warto dodać, że nawet okoliczność, iż kontrolowanie (ograniczanie) produkcji znajdowało oparcie w ustawodawstwie Meksyku, zdaniem amerykańskiego sądu nie wyłączało zasadności nałożenia sankcji za zakazane skutki zmowy, które wystąpiły na obszarze USA.

Należy wszakże zauważyć, że w każdej z opisanych spraw sądy „poszukiwały” łącznika jurysdykcyjnego w postaci zachowania mającego miejsce na terytorium USA, choćby to zachowanie było tylko jednym z wielu elementów składających się na ścigane naruszenie. Ani w sprawie *American Tobacco*, ani w sprawie *Sisal Sales* nie uznano natomiast, jakoby USA przysługiwała jurysdykcja w stosunku do karteli, które zostałyby

---

[United States] courts and may be punished for offences against [United States] laws.”, dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/268/ (8 listopada 2016 r.), tłum. własne.

[293] W oryginale: “Here we have a contract, combination and conspiracy entered into by parties within the United States and made effective by acts done therein. The fundamental object was control of both importation and sale of sisal and complete monopoly of both internal and external trade and commerce therein. The United States complain of a violation of their laws within their own territory by parties subject to their jurisdiction.”, tamże, tłum. własne.

zawarte za granicą i w których uczestniczyliby tylko zagraniczni przedsiębiorcy. W takich sprawach stosowano konsekwentnie restrykcyjną „doktrynę American Banana". Jednakże, powoływanie w kolejnych wyrokach jako łączników jurysdykcyjnych okoliczności innych, niż tylko to, że kwestionowane zachowanie wystąpiło na terytorium USA, spowodowało stopniowe przyzwyczajenie do tego, że nie jest to jedyna okoliczność usprawiedliwiająca sprawowanie jurysdykcji w sprawach antytrustowych (Ryngaert 2006: 194).

2.3.3. Ekstrapolacja doktryny skutków z prawa karnego na prawo antytrustowe (sprawa *Alcoa*)

Przełom nastąpił w sprawie *Alcoa* (1945 r.),[294] dotyczącej kartelu zawiązanego w Szwajcarii (w formie spółki prawa szwajcarskiego). Członkami kartelu były spółki z krajów Europy[295]oraz kanadyjska spółka *Aluminum Limited*. Uczestnicy kartelu zobowiązali się wzajemnie do wypłacania sobie prowizji w sytuacjach, gdyby ich produkcja aluminium przekroczyła określone progi. W szczególności zamiarem kartelu było zmonopolizowanie eksportu do USA (Dodge 1998a: 124). Jego działalność spowodowała ograniczenie dostaw aluminium do USA i podniesienie jego cen. W kartel nie był zaangażowany żaden amerykański przedsiębiorca, żadne działania kartelu nie miały miejsca na obszarze USA, zaś w państwach, w których zarejestrowani byli uczestnicy kartelu, zawarte przez nich porozumienia były w pełni legalne (Raymond 1967:14, 15). Sąd Apelacyjny Drugiego Okręgu (działający w tej sprawie jako sąd ostatniej instancji, w miejsce Sądu Najwyższego) musiał zatem rozstrzygnąć, czy USA przysługiwała jurysdykcja wobec kartelu, który był „w pełni" zagraniczny [296]. Rozstrzygając ten problem Sąd uznał, że „jest ustaloną w prawie regułą to, iż każde państwo może nakładać odpowiedzialność, nawet na podmioty prawa obcego, za zachowanie (ang. *conduct*) mające miejsce poza granicami tego państwa,

[294] *United States v. Aluminium Corp. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/ (6 listopada 2016 r.). Odnośnie do rozstrzygnięcia w sprawie *Alcoa* zob. również rozdział 1.3.3.

[295] Szwajcarii, Francji, Niemiec i Wielkiej Brytanii.

[296]Pierwotnie Federalna Komisja Handlu wniosła pozew również przeciwko amerykańskiej spółce *Aluminum Co. of America*, należącej do tej samej grupy kapitałowej, co spółka kanadyjska. Ostatecznie sąd rozstrzygnął jednak, ze spółka amerykańska nie była uczestnikiem kartelu. Ze względu na przynależność spółki amerykańskiej i kanadyjskiej do tej samej grupy kapitałowej, jak i ze względu na fakt, że zarząd spółki kanadyjskiej (ang. *effective business headquarters*), funkcjonował w Nowym Jorku niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą, że w sprawie tej bynajmniej nie zaistniał problem konieczności wydania „prawdziwie ekstraterytorialnego" orzeczenia. Zob. (Ryngaert 2006:195), który przytacza w szczególności pogląd R. Whisha.

wywołujące jednak w jego granicach takie konsekwencje, które państwo to uważa za naganne; inne państwa zwykle uznają zasadność nałożenia takiej odpowiedzialności”[297].

Sąd dokonał w sprawie *Alcoa* różnicowania precedensu w stosunku do sprawy *American Banana*. Ta ostatnia miała jego zdaniem ustanawiać zasadę, jakoby „nie było dopuszczalne przypisywanie Kongresowi intencji, by karać wszystkich, których sądy USA są w stanie zatrzymać, za zachowanie, które nie ma żadnych skutków w USA"[298]. Skoro jednak zachowanie podmiotów zagranicznych spowodowało konsekwencje na obszarze USA, państwo to – *a contrario* – uprawnione było do nałożenia obowiązku dotyczącego zachowania mającego miejsce poza jego granicami. Według Sądu, jurysdykcja przysługiwała USA wobec porozumienia zawartego za granicą „jeżeli zamiarem towarzyszącym jego zawarciu było wywołanie wpływu na import do USA i wpływ ten został osiągnięty“[299].

Uzasadniając swoje stanowisko amerykański SN odwołał się do spraw karnych, w których oparto się na obiektywnej zasadzie terytorialnej. W jednej z nich, *Strassheim v. Daily*, uznano jurysdykcję państwa (dokładniej: stanu Michigan) do skazania sprawcy kierowniczego przestępstwa łapownictwa dokonanego poza terytorium *forum*, ale powodującego szkodliwe skutki na tym terytorium[300]. W orzeczeniu *Alcoa* argumentowano, że: „Jeżeli czyny popełniono poza terytorium państwa *forum*, ale ich popełnieniu towarzyszył zamiar wywołania szkodliwych skutków na tym terytorium i skutki te rzeczywiście zaistniały, usprawiedliwione jest ukaranie tego zachowania tak samo, jak gdyby sprawca był działał na tym terytorium, o ile państwo zdoła pochwycić sprawcę.”[301]. Parafrazując ten fragment

---

[297] W oryginale: “(…) it is settled law that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends, and these liabilities other states will ordinarily recognize.”, *United States v. Aluminium Corp. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/ (6 listopada 2016 r.), tłum. własne.

[298] W oryginale: “[w]e should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States.", tamże, tłum.własne.

[299] W oryginale: “(…) this agreement intended to affect imports [to the United States] and did affect them." ; tamże, tłum.własne.

[300] *Strassheim v. Daily* 221 U.S. 280 (1911), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/280/ (13 listopada 2016 r.). W sprawie chodziło o przestępstwo wielomiejscowe, gdzie składające się na nie zachowania współsprawców miały miejsce w różnych stanach. Sprawca kierowniczy, chociaż działał poza stanem Michigan, został skazany za łapownictwo przez sąd tego właśnie stanu, ponieważ na jego obszarze miały miejsce zachowania sprawcy wykonawczego. Pozostałe sprawy karne, do których odwołał się sąd w sprawie *Alcoa*, zostały wskazane w rozdz. 1.3.3.

[301] W oryginale “Acts done outside a jurisdiction, but intended to produce and producing detrimental effects within it, justify a state in punishing the cause of the harm as if he had been present at the effect, if the state should succeed in getting him within its power.”; *United States v. Aluminium Corp. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/ (6 listopada 2016 r.), tłum. własne.

uzasadnienia (Popofsky 2008: 20) wskazuje, że doktryna skutków opiera się na złożeniu, iż „jesteś tam, gdzie są spowodowane przez ciebie skutki" (ang. *„you are, where your effects are"*). Sąd odwołał się również do § 65 opracowania *The First Restatement of Conflicts of Laws* (zob. niżej. rozdział 2.3.6.5.), w którym zaprezentowano stanowisko, iż: „jeżeli skutki zachowania dokonanego w jednym państwie następują w innym państwie, każde z państw, w którym jakiekolwiek zdarzenie składające się na analizowane zachowanie miało miejsce, może sprawować jurysdykcję legislacyjną (…) jeżeli zdoła pochwycić sprawcę". Sąd posiłkował się także rozstrzygnięciami w innych sprawach antytrustowych, m. in. *Sisal Sales,* aby uzasadnić stosowanie doktryny skutków. Jednak, jak zauważa (Dodge 1998 a: 125), w rozumowaniu sądu zostało zignorowane to, że we wcześniejszych sprawach antymonopolowych mieliśmy do czynienia z zachowaniem na obszarze USA lub uczestnicy antykonkurencyjnych praktyk byli amerykańskimi przedsiębiorcami, bądź też oba te warunki były spełnione łącznie. Nadto, zamiarem autorów *The First Restatement of Conflicts of Laws* nie było zapewne, by ich poglądy ujęte w tym dokumencie odnosić do odpowiedzialności za delikty administracyjne, takie jak naruszenie reguł antytrustowych. Odnosiły się one raczej do spraw karnych. Z kolei sprawa *Strassheim v. Daily* nie powinna zdaniem tego autora być traktowana jako odpowiedni precedens dla spraw antytrustowych, ponieważ była to sprawa karna, odnosząca się w istocie do problematyki *habeas corpus*.

Jak pisze (Parrish 2008:1472), rozstrzygnięcie w sprawie *Alcoa* „stanowiło początek nowej ery, wyznaczając dramatyczne i niezaprzeczalne zerwanie z tradycją terytorializmu". W literaturze zauważa się, że stanowisko odnośnie zakresu jurysdykcji przyjęte przez Sąd w sprawie *Alcoa* było nie tyle wynikiem prawidłowego różnicowania precedensu *American Banana,* ile raczej przejawem procesu ewolucji interpretacji ustawy Shermana. Proces ten odzwierciedlał zmiany polityczne i ekonomiczne oraz idące z nimi w parze zmiany poglądów nauki na zagadnienie ekstraterytorialności, które znajdowały odbicie w kolejnych w *Foreign Relations Restatements* (zob. niżej. rozdział 2.3.6.5.). Postępujące otwieranie się rynku amerykańskiego na działalność zagranicznych przedsiębiorców czyniło go bowiem coraz bardziej podatnym na antykonkurencyjne praktyki przez nich stosowane. Wymagało to dostosowania łączników jurysdykcyjnych do zmieniających się warunków gospodarczych. Choć terytorium i narodowość w dalszym ciągu pozostawały łącznikami jurysdykcyjnymi, sztywne ramy określające zakres znaczeniowy tych pojęć zastąpiono szerszymi (Ryngaert 2006: 96 i powołana tam literatura). Należy także zauważyć, że zwrot od ściśle postrzeganego terytorializmu do łącznika skutków mógł być też uwarunkowany tym, iż sędziowie decydujący w poszczególnych sprawach byli przedstawicielami różnych szkół teoretycznych.

Sędzia W. Holmes, sporządzający opinię większości[302] w sprawie *American Banana*, był multilateralistą, podczas gdy sędzia L.Hand – autor opinii większości w sprawie *Alcoa* - unilateralistą, wobec czego uważał, że państwo *forum* powinno stosować swoje własne prawo do sytuacji mających aspekt międzynarodowy (Ryngaert 2006: 193, Dodge 1998 a:123, 124[303]).

Z kolei (Raymond 1967: 17) dostrzegł, że skłonność do szerokiego zakreślania obszaru jurysdykcji terytorialnej w sprawie *Alcoa* mogła wynikać stąd, iż wyrok ten został wydany w szczególnym momencie. Miało to miejsce 12 marca 1945 r., a więc gdy trwała jeszcze II Wojna Światowa. Pozostawanie w stanie wojny mogło skłaniać do przypisywania organom państwa szerokich, nadzwyczajnych kompetencji „czasu wojennego", nie zaś do analizowania, jaki byłby zasięg terytorialny tych kompetencji w „normalnych" warunkach, w okresie pokoju.

Dokonując ekstrapolacji doktryny skutków, wykształconej w prawie karnym, na płaszczyznę prawa gospodarczego, sprawa *Alcoa* otworzyła możliwość wykonywania jurysdykcji przez amerykańskie sądy w szerokim spektrum sytuacji. Wobec postępującego procesu globalizacji, którego gospodarka amerykańska była znaczącym uczestnikiem, potencjalnie każde antykonkurencyjne porozumienie mogło wywierać „jakiś" wpływ na funkcjonowanie konkurencji na terytorium USA. Przetransponowanie doktryny skutków z dziedziny prawa określającej sytuację prawną jednostek na dziedzinę, której normy są narzędziem ochrony interesu gospodarczego państw, wywołało sprzeciw państw europejskich, niechętnych doktrynie unilateralizmu. Z tego względu wskazany był umiar w stosowaniu doktryny skutków. Takie umiarkowane podejście zastosowano w samej sprawie *Alcoa*, bowiem uznano, iż warunkiem decydującym o przysługiwaniu jurysdykcji jest nie tylko to, czy intencją porozumienia było wywołanie wpływu na import do USA, ale i to, że wpływ taki rzeczywiście został wywołany. W orzeczeniu *Alcoa* nie wyrażono zatem aprobaty dla nieograniczonego eksterytorialnego stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego. W wyroku czytamy w szczególności, że „[…] prawie każde porozumienie ograniczające dostawy z Europy czy Ameryki Południowej może wywoływać konsekwencje na obszarze

[302] Pojęcie „opinia większości" stosowane w amerykańskiej procedurze cywilnej jest zbliżone do używanego w polskim prawie pojęcia „uzasadnienie wyroku".

[303] Unilateralistyczne podejście do zagadnienia konfliktów jurysdykcji, oznacza, że sąd stosuje krajową ustawę eksterytorialnie zawsze wówczas, gdy służy to założonemu celowi tej ustawy i nie jest obowiązany brać pod uwagę możliwości powstania konfliktu jurysdykcji (dopuszcza zaistnienie tego zjawiska, uznając je za typowe i nieuniknione w relacjach międzynarodowych). Z kolei podejście multilateralistyczne nakazuje, by sąd zidentyfikował terytorium, na jakim stosunek prawny „zachodzi" i na tej podstawie, w oparciu o zidentyfikowane czynniki wyrażające związek tego stosunku z państwami, powiązał ostatecznie sytuację prawną z jedną i tylko jedną jurysdykcją.

USA. Jednakże biorąc pod uwagę komplikacje o charakterze międzynarodowym, które prawdopodobnie powstałyby, gdyby państwo chciało traktować te porozumienia jako niezgodne z prawem, bezpieczniej jest założyć, że nie było intencją Kongresu objęcie ich ustawą Shermana"[304].

Przedstawiciele nauki również nawoływali do umiaru i przestrzegali przed stosowaniem przez sądy doktryny skutków, wskazując na możliwe niechciane reperkusje w relacjach międzynarodowych. Naukowcy alarmowali, że jeśli USA będzie stosować tę doktrynę, można spodziewać się, że użytek z niej uczynią i inne kraje. W szczególności wskazywano, że sam argument negatywnego wpływu zachowania na zagraniczną wymianę handlową USA nie jest wystarczającym uzasadnieniem dla stosowania tej doktryny. Podnoszono, że w erze rozwoju handlu międzynarodowego rzadko kiedy bywa tak, by działanie korzystne dla gospodarki jednego kraju nie powodowało jednocześnie skutków szkodliwych dla gospodarki innego kraju. Zobrazować to może prosty przykład, w którym to amerykańska spółka, uprzednio eksportująca jakieś dobra do Kanady, w oparciu o nowo zawarty kontrakt zwiększa produkcję i rozpoczyna eksport całej swojej zwiększonej produkcji do koncernu w Niemczech. Takie działanie byłoby w pełni legalne, zarówno według prawa niemieckiego, jak i prawa USA oraz z pewnością korzystne dla handlu między tymi krajami. Idąc śladem rozumowania w sprawie *Alcoa*, kanadyjskie władze mogłyby żądać od owej amerykańskiej spółki zaprzestania tych działań, jako szkodzących handlowi zagranicznemu Kanady. Istniało więc ryzyko, że USA „padnie ofiarą" doktryny, którą stworzyło. Na reakcję innych państw na stosowanie doktryny skutków rzeczywiście nie trzeba było długo czekać. Kraje europejskie wniosły protesty dyplomatyczne w związku z wyrokiem *Alcoa*. Stopniowo jednak stosowanie doktryny skutków rozpowszechniało się. Od stycznia 1958 r. w Niemczech zaczęła obowiązywać ustawa zakazująca praktyk ograniczających konkurencję, w której wyraźnie przyjęto doktrynę skutków. W jej paragrafie 98(2) zapisano bowiem, iż stosuje się ją do wszelkich ograniczeń konkurencji wywierających skutek na obszarze, na którym ustawa obowiązuje*, nawet jeśli jest on spowodowany działaniami podjętymi poza tym obszarem*" [podkr. M.U.A.] (Raymond 1967:15, zob. również uwagi w rozdz. 1.3.3.).

[304] W oryginale: "There may be agreements made beyond our borders not intended to affect imports, which do affect them, or which affect exports. Almost any limitation of the supply of goods in Europe, for example, or in South America, may have repercussions in the United States if there is trade between the two. Yet when one considers the international complications likely to arise from an effort in the country to treat such agreements as unlawful, it is safe to assume that Congress certainly did not intend the Act to cover them*.", United States v. Aluminium Corp. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/ (6 listopada 2016 r.), tłum. własne.

2.3.4. „Radykalizacja" sposobu stosowania doktryny skutków

Orzeczenie w sprawie *Alcoa* nie spowodowało poważnych reperkusji na arenie międzynarodowej, jednak posłużyło za precedens, na którym oparto bardziej „ekstremalne" – z punktu widzenia reguł jurysdykcji - rozstrzygnięcia w sprawach antytrustowych. Niektóre z tych orzeczeń spotkały się z bardzo ostrym sprzeciwem rządów innych państw. Protesty wzbudziło np. rozstrzygnięcie w sprawie *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*[305]. Postępowanie to dotyczyło kontraktów zawartych pomiędzy spółkami szwajcarskimi i przedsiębiorcami z innych państw trzecich, jak również z przedsiębiorcami amerykańskimi. Stosownie do zawartych umów, przedsiębiorcy amerykańscy zobowiązali się do ograniczenia produkcji oraz eksportu wytwarzanych w USA zegarków, jak i części do ich produkcji, a w zamian za to strona szwajcarska zobowiązała się dostarczać im szwajcarskie zegarki i części. Umowy zawarte były w Szwajcarii. Ze względu na wszczęcie przed amerykańskim sądem postępowania przeciwko stronom porozumień, rząd szwajcarski wystosował do tego sądu list, działając jako *amicus curiae*. Podnosił, że prowadzone postępowanie stanowi przedmiot jego największego zaniepokojenia. Zmierza bowiem do zastosowania prawa antytrustowego USA w celu uznania za nielegalne działań podjętych: (i) w Szwajcarii, (ii) stosownie do polecenia i zachęty ze strony Konfederacji Szwajcarskiej i w zgodzie ze szwajcarskim prawem, (iii) przez szwajcarski przemysł produkcji zegarków, (iv) który zarówno podlega państwowemu ustawodawstwu regulacyjnemu, jak i (v) należy do sfery mającej związek z interesem publicznym. W liście wywodzono, że podjęte przez szwajcarski przemysł działania nie dyskryminują w żaden sposób USA, gdyż dotyczą nie tylko tego kraju. Podobne działania zostały podjęte na skalę światową. Były one nakierowane na ochronę jednej z gałęzi szwajcarskiego przemysłu, znajdującej się w kryzysie. Ich celem nie było bynajmniej szkodzenie interesom gospodarczym USA, ani żadnego innego kraju (Kardach 1997: 122). Niepokój szwajcarskich władz wzbudziło w szczególności to, że w prowadzonym przez amerykański sąd postępowaniu nie uczyniono wysiłku, by odróżnić zagadnienia dotyczące porozumień pomiędzy spółkami amerykańskimi i europejskimi od tych dotyczących porozumień zawartych wyłącznie pomiędzy spółkami europejskimi. Rząd Szwajcarii zwrócił w

[305] ***United States v. Watchmakers of Switzerland Inf. Ctr.*, 168 F. Supp. 904 (S.D.N.Y. 1958; S.D.N.Y. 1963, S.D.N.Y. 1968), dostęp na:** http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/168/904/1981724/ **(8 listopada 2016 r).**

szczególności uwagę, że stanowiło to próbę zastosowania amerykańskiego prawa w celu uznania za nielegalne umów (i) zawartych pomiędzy spółkami szwajcarskimi oraz brytyjskimi, francuskimi lub niemieckimi i przy tym (ii) niedotyczących żadnych działań, które miałyby mieć miejsce na obszarze USA. Takie zastosowanie amerykańskich ustaw stanowiło zdaniem władz Szwajcarii naruszenie jej suwerenności, naruszenie prawa międzynarodowego oraz było szkodliwe dla stosunków międzynarodowych USA (Raymond 1967:17). Odnosząc się do zawartego w liście stanowiska amerykański sąd argumentował iż: „gdyby zarzucane działania były *wymagane* [podkr. M.U.-A.] przez prawo Szwajcarii (...) amerykański sąd nie miałby prawa potępiać działalności administracji rządowej jakiegokolwiek suwerennego narodu. Jednakże w rozpatrywanej sprawie podlegające ocenie zachowania przedsiębiorców nie były wymagane przez prawo Szwajcarii, jak też brak było bezpośredniego działania ze strony władz państwowych, które *nakazywałoby* [podkr. M.U.-A.] przedsiębiorcom podjęcie zarzucanych zachowań. Dlatego sąd USA stanął na stanowisku, że wolno mu wykonywać jurysdykcję w stosunku do działań i umów mających miejsce za granicą, skoro te działania i umowy *wpływają w sposób istotny na wewnętrzną i zewnętrzną wymianę handlową* USA (…)" [podkr. M.U.-A]. Sąd uznał, że przysługuje mu jurysdykcja, ponieważ skutki odczuwalne na terytorium Stanów Zjednoczonych wynikające z zachowań podjętych przez podmioty uczestniczące w zakazanej praktyce są podobne, niezależnie od miejsca zainicjowania określonego postępowania (Kardach 1997 :122).

Krytycznie komentując argumentację sądu powołującą brak konfliktu ustawodawstw (Raymond 1967:18) podkreślał, że doktryna aktu państwa zabrania sądom dokonywania oceny ważności (legalności) działań podjętych przez obce rządy na ich własnym terytorium. Dokonywanie takiej oceny, a w szczególności ewentualne potępienie takich działań, z pewnością zagrażałoby przyjaznym stosunkom pomiędzy narodami. Okoliczność, czy działania są „wymagane przez prawo", podejmowane „w wyniku polecenia" władz państwowych, czy też jedynie „w wyniku zachęty" udzielanej przez te władze, albo czy „przedmiot postępowania podlega regulacji państwa ojczystego" nie stanowi różnicy z punktu widzenia stosowania tej doktryny. Autor ten przestrzegał, że tego rodzaju postawa amerykańskich sądów z pewnością spowoduje międzynarodowy sprzeciw, a nawet akcje odwetowe (co też rzeczywiście nastąpiło – zob. rozdz. 1.3.3).

W niektórych sprawach sądy amerykańskie posuwały się jeszcze dalej, nakazując spółkom prawa obcego podjęcie określonych kroków za granicą i to kroków tego rodzaju, które miały wpływ na sytuację prawną podmiotów trzecich (niebędących stronami postępowania sądowego). Takie rozstrzygnięcia powodowały nie tylko konflikty

jurysdykcyjne, ale także istotne problemy po stronie zaangażowanych w sprawę podmiotów prywatnych. Mimo wagi problemu, sądy amerykańskie nie wahały się wydawać rozstrzygnięć (zarządzeń) tymczasowych nakazujących zagranicznym przedsiębiorcom podjęcie określonych działań poza terytorium USA. To właśnie tego typu rozstrzygnięcia stanowią przykład skrajnego podejścia orzecznictwa amerykańskiego do zagadnienia jurysdykcji eksterytorialnej, które spowodowało szczególnie silne protesty dyplomatyczne i akcje odwetowe innych państw. Najgłośniejszą z tej kategorii spraw była *United States v. Imperial Chemical Industries Ltd.*[306]. W sprawie tej sąd uznał, że przysługuje mu jurysdykcja personalna nie tylko wobec Du Pont –spółką zarejestrowaną w USA- ale również nad spółką prawa brytyjskiego, Imperial Chemical Industries Ltd. (dalej: ICI). Dostatecznym powiązaniem dla zaistnienia takiej jurysdykcji była, zdaniem sądu, okoliczność, że pozew został skutecznie doręczony na terytorium USA spółce kontrolowanej przez ICI.

Pozwane spółki - Du Pont oraz ICI - miały dopuścić się naruszenia prawa antytrustowego w ten sposób, iż dokonały podziału światowego rynku sprzedaży nylonu. W oparciu o odpowiednią umowę Du Pont przeniosła bowiem na ICI wszystkie swoje prawa z patentów przysługujące jej na obszarze Wielkiej Brytanii. Ta z kolei udzieliła wyłącznej licencji do tych praw innej brytyjskiej spółce - British Nylon Spinners Ltd. (dalej jako: Spinners). Spółka ta nie podlegała jurysdykcji sądów amerykańskich w oparciu o zasadę personalną. Sąd rozstrzygający sprawę stał na stanowisku, że przywrócenie właściwego funkcjonowania mechanizmu konkurencji na obszarze USA wymaga zniesienia porozumienia skutkującego terytorialnym podziałem rynku produkcji nylonu. Potrzebne jest zatem przywrócenie spółce Du Pont praw z patentów dotyczących produkcji nylonu na obszarze Wielkiej Brytanii, aby spółka ta mogła prowadzić działalność w zakresie produkcji i sprzedaży nylonu na terenie tego kraju. Aby osiągnąć ten cel amerykański sąd nakazał zwrotne przeniesienie przez ICI na Du Pont praw z patentów (przyznanych wg prawa brytyjskiego). Takie rozwiązanie oczywiście pozbawiłoby ICI uprawnienia do udzielenia Spinners licencji wyłącznej (uniemożliwiając tym samym wykonanie jej zobowiązań umownych wobec Spinners). Sąd nakazał nadto, by Du Pont udzielała licencji niewyłącznych do patentów dotyczących produkcji nylonu na obszarze Wielkiej Brytanii. Celem tego nakazu było pozbawienie Spinners wyłączności uprawnień przysługujących jej w oparciu o umowę z ICI. Umowa licencji wyłącznej pomiędzy ICI a Spinners była ważna w świetle prawa brytyjskiego i podlegała wykonaniu na terytorium Wielkiej Brytanii. Rozstrzygnięcie

[306] *United States v. Imperial Chemical Industries*, *Ltd*. Et Al, 105 F. Supp. 215 (S.D. N. Y.1952), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/105/215/1975542/ (8 listopada 2016 r).

amerykańskiego sądu zmierzało do pozbawienia Spinners jej kontraktowych uprawnień, mimo tego, że nie była ona w ogóle zaangażowana w toczący się przed nim spór. Nadto, orzeczenie to rodziło ryzyko, iż Spinners pozwie ICI w celu ochrony swoich uprawnień licencyjnych. Spinners w istocie w tym celu wytoczyła przed sądem brytyjskim powództwo przeciwko ICI. Uzyskała zarządzenie tymczasowe zakazujące ICI pozbywania się praw do udzielonych w Wielkiej Brytanii patentów oraz nakazujące udzielenie wyłącznej licencji na rzecz Spinners, stosownie do zawartej umowy. ICI znalazła się zatem w sytuacji, gdzie obwiązywało ją orzeczenie sądu amerykańskiego nakazujące jej podjęcie określonych kroków (powrotne przeniesienie praw z patentów na Du Pont) oraz – sprzeczne z tym pierwszym - orzeczenie sądu brytyjskiego, zakazujące jej tego i jednocześnie nakazujące ICI podjęcie działań, których amerykański sąd jej zakazał (wykonanie umowy ze Spinners). Byłby to skrajny przykład konfliktu jurysdykcji, którego konsekwencje ponosi podmiot prywatny, gdyby nie klauzule salwatoryjne zawarte w orzeczeniu amerykańskim. Stanowiły one, że żadne z jego rozstrzygnięć nie będą dotyczyć pozwanej ICI, jeżeli jej działania pozostają w zgodzie z prawem jakiegokolwiek innego państwa, któremu pozwana podlega, o ile prawo to dotyczy kwestii wobec których, według prawa USA, państwu temu przysługuje jurysdykcja (Raymond 1967:17).

Niezależnie od zagadnienia, czy amerykańskie orzeczenie stanowiło niedozwoloną próbę ingerencji w sferę suwerenności Wielkiej Brytanii, trzeba zauważyć, że kwestią, która umknęła uwadze amerykańskiego sądu, był problem zapewnienia wykonania orzeczenia. Nakazując zagranicznemu przedsiębiorcy podjęcie działań w państwie jego rejestracji i to mających oddziaływać na podmiot trzeci, będący przynależnym tego samego państwa, który nie był stroną postępowania przed amerykańskim sądem i któremu nadto przysługiwały środki niweczące rozstrzygnięcie wydane w USA, sąd amerykański nie dysponował żadnymi instrumentami, aby zapewnić efektywność swojego orzeczenia. Jak określa to (Raymond 1967: 21), było to działanie tyleż dla sądu poniżające, co daremne.

2.3.5. Kwalifikowany charakter skutków. „Kodyfikacja" doktryny skutków.

W orzeczeniach wydawanych w kolejnych latach, okoliczność, że na terytorium USA zaistniały szkodliwe dla konkurencji skutki działań podjętych zagranicą uznawano za wystarczający czynnik uzasadniający jurysdykcję amerykańskich sądów. Sąd Najwyższy USA regularnie powoływał się na orzeczenie w sprawie *Alcoa*, uzasadniając stosowanie doktryny skutków (Ryngaert 2006: 198). Zauważalna jednak była w orzecznictwie tendencja do wprowadzenia przesłanek ograniczających zastosowanie tej doktryny. Sądy amerykańskie

w kolejnych latach, począwszy już od końca lat 40 XX w., wprowadzały różnorakie kryteria („testy"), które miały decydować o dopuszczalności jej zastosowania w danej sprawie.

Przede wszystkim, sądy ograniczyły stosowanie doktryny skutków do sytuacji, w których skutki antykonkurencyjnych praktyk na terytorium USA nie były tylko błahe. W sprawie *General Electric* (1949 r.) sąd federalny pierwszej instancji uznał, że skutki takie powinny być bezpośrednie i istotne[307]. Z kolei w roku 1951 Sąd Apelacyjny Drugiego Okręgu, w sprawie *Alfred Bell* doszedł do przekonania, że *Sherman Act* nie stosuje się do ograniczeń produkcji wdrożonych w Zjednoczonym Królestwie, jeśli tylko niewielki ułamek produkowanych tam dóbr był sprzedawany do USA[308]. Natomiast w omawianej wyżej sprawie dotyczącej *Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.* (1963 r.) inny sąd federalny pierwszej instancji uznał, że „USA może wykonywać swoją jurysdykcję wobec czynów mających miejsce za granicą oraz wobec zawartych tam umów, jeżeli takie zachowania i umowy mają istotny wpływ na handel krajowy i zagraniczny". Jak widać z powyższych przykładów, kryterium „istotności" skutków było tym, od którego sądy uzależniały stosowanie doktryny skutków. Orzecznictwo nie określało jednak jasno, jak rozumieć pojęcie „istotności". O zaistnieniu „istotnych" dla handlu skutków sądy orzekały w relacji do stanu faktycznego sprawy, opierając się na przyjętych przez siebie przesłankach. Często jedną z nich była określona wysokością obrotów wielkość rynku, na którym nastąpiło zakłócenie konkurencji. Nie wypracowano jednolitego podejścia co do tego, czy „istotność" jest pojęciem bezwzględnym, odnoszącym się do sytuacji na rynku położonym na obszarze USA, czy też powinna ona zostać zrelatywizowana poprzez porównanie zakłóceń konkurencji wywołanych na obszarze USA i tych, które analizowane zachowanie wywołało w innych państwach (Ryngaert 2006: 232-235).

Amerykańskie sądy stosowały (i stosują) również kryterium bezpośredniości skutków jako decydujące o możliwości zastosowania doktryny skutków. Obok niego pojawia się również wymaganie przewidywalności skutków oraz istnienia po stronie uczestników antykonkurencyjnej praktyki zamiaru ich wywołania[309]. W odniesieniu do niektórych rodzajów działalności (np. w stosunku do importu lub porozumień powodujących wzrost cen) przyjmuje się zarówno domniemanie istnienia zamiaru spowodowania skutków dla handlu w

[307] *United States v. General Electric Co.*, 82 F. Supp. 753 (D.N.J.1949), 115 F. Supp. 835 (D.N.J. 1953), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/82/753/1755675/ (13 listopada 2016 r.).

[308] *Alfred Bell & Co. Ltd.* v. *Catalda Fine Arts, Inc.*, (1947) F. Supp. 973, 977; (1951), 191 F.2d 99, 106, dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/74/973/1410204/ (13 listopada 2016 r.).

[309] Szczegółowo co do orzeczeń, w których zastosowano takie kryteria zob. (Ryngaert 2006: 237). Zob. też orzeczenia omówione poniżej.

USA, jak i domniemanie, że skutki mają charakter bezpośredni. Domniemanie opierane jest w szczególności na charakterze porozumienia, który determinuje przewidywalność jego skutków (Kardach 1997: 122).

Dążenia USA do szerokiego zakreślenia terytorialnego zasięgu oddziaływania krajowych norm antytrustowych spotkały się ze sprzeciwem nie tylko za granicą (zob. rozdz. 1.3.3). W latach 80 XX w. sprzeciwiali się temu również amerykańscy przedsiębiorcy, zwłaszcza ci zajmujący się eksportem. Podnosili, że nadmierna regulacja krajowa utrudnia im działanie na światowych rynkach. Wyrażali protest przeciwko orzeczeniom, z których wynikało, że krajowe regulacje dotycząc ochrony konkurencji „podążają" za nimi za granicę. Doprowadzili do wydania w 1982 r. ustawy *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA)[310], wyłączającej spod zakresu przedmiotowego *Sherman Act* eksport z USA oraz inne działania, które powodowały zakłócenie konkurencji wyłącznie na rynkach zagranicznych (Fox 2009: 163, Kardach 1997: 126). Odpowiednie przepisy FTAIA stanowiły bowiem, iż paragrafu 1 *Sherman Act* nie stosuje się do „handlu ani wymiany towarowej z obcymi narodami", chyba że ma on „bezpośredni, istotny i racjonalnie przewidywalny wpływ na handel wewnątrz terytorium USA lub na import do USA" [311] Celem FTAIA było ustalenie jednolitych standardów odnośnie do przestrzennego zasięgu amerykańskiego prawa antytrustowego, aby wyeliminować na przyszłość rozbieżności pojawiające się w orzecznictwie. W szczególności chodziło o ustalenie, w jakich okolicznościach przedsiębiorcy zagraniczni mogą występować jako powodowie przed amerykańskimi sądami, powołując się na naruszenie prawa tego kraju. Paradoksalnie, tego podstawowego celu nie osiągnięto. Interpretacje przepisów FTAIA stosowane przez sądy do dziś pozostają rozmaite (Stanger 2003: 1459), chociaż w ostatnim czasie spotyka się tendencje do węższego określania zakresu jurysdykcji eksterytorialnej USA (zob. niżej nt. spraw *Empagran* i *Motorola*). Uchwalenie FTAIA, ze względu na jednoznacznie przyjęte w niej kryteria „bezpośredniego, istotnego i przewidywalnego" wpływu zachowań przedsiębiorców na obrót handlowy USA jako uzasadniających stosowanie amerykańskich przepisów antytrustowych, miało wszakże skutek zasadniczy. Potwierdzało zasadność stosowania doktryny skutków, stanowiąc swoistą „kodyfikację" wcześniejszych tendencji orzeczniczych w tym względzie. Wprowadzenie kryteriów kwalifikujących charakter skutków nie dało bynajmniej efektu w

[310] 15 U.S.C. § 6a. Na tę ustawę powoływali się przedsiębiorcy amerykańscy w sprawie *Wood Pulp I*.

[311] W oryginale: "The Sherman Act does not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or commerce) with foreign nations unless such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect", tłum. Własne.

postaci ograniczenia pretensji jurysdykcyjnych USA, ze względu na niedomknięty zakres znaczeniowy użytych pojęć (Buxbaum 2009:635).

Jak wskazuje (Ryngaert 2006: 238) analiza orzecznictwa nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy omawiane kryteria kwalifikujące skutki stanowią w istocie przesłanki jurysdykcyjne, czy przesłanki prawa materialnego, decydujące o możliwości uznania określonego działania za zakazane. Skłania się raczej ku poglądowi, że okoliczności te są traktowane jako przesłanki prawa materialnego. Wskazuje również, że katalog kryteriów kwalifikujących skutek w dalszym ciągu nie jest w orzecznictwie stały. Nie jest również jasna zawartość semantyczna (normatywna) poszczególnych stosowanych kryteriów.

2.3.6. Jurysdykcyjna doktryna rozsądku

2.3.6.1. Początki i rozwój

Kolejnym etapem rozwoju amerykańskiego prawa antymonopolowego w odniesieniu do problematyki terytorialnego zasięgu jurysdykcji było wykształcenie się „jurysdykcyjnej reguły rozsądku" (ang *jurisdictional rule of reason*), zwanej też doktryną wyważenia interesów (ang. *interest –balancing*), która to doktryna wywodzi się (bądź utożsamiana jest) z *comity*. Przyczynkiem do jej powstania była monografia profesora Kingmana Brewstera, zatytułowana *Antitrust and American Business Abroad,* wydana w roku 1958 (zob. rozdz.1.3.4.). K. Brewster przedstawił w niej pogląd, że dokonywanie wyważenia interesów państw zarówno przez sądy, jak i organy administracji biorące udział w procesie stosowania prawa antytrustowego jest metodą lepszą niż próby oparcia jurysdykcji o łącznik terytorium lub narodowości. Zaproponował listę kryteriów, które winny być uwzględnione w procesie decydowania o tym, czy należy wykonywać jurysdykcję w określonym stanie faktycznym sprawy. Koncepcję swoją nazwał „jurysdykcyjną regułą rozsądku" (Dodge 1998 a :127). Pogląd K. Brewstera znalazł odbicie w opracowaniu *Restatement (Second) of U.S. Foreign Relations Law*, przyjętym przez *American Law Institute* w roku 1965 (zob. rozdz. 2.3.6.5.). Koncepcja K. Brewstera została następnie twórczo rozwinięta przez sądownictwo, w rożnych kategoriach spraw, przy czym najpierw w sprawach dotyczących deliktów prawa cywilnego (Ryngaert 2006: 245; Dodge 1998a:127). W latach 70 XX w. skłonność amerykańskiego sądownictwa do „ekspansywnego" wykonywania jurysdykcji w sprawach antytrustowych była coraz częściej widoczna, a unilateralistyczne tendencje amerykańskich sądów powodowały wciąż głosy sprzeciwu za granicą (Fox 2009: 161). W tej dziedzinie podejście multilateralistyczne, oparte na wyważaniu interesów państw, pierwszy raz zostało

zastosowane prawie 20 lat po opublikowaniu monografii Brewstera, przez Sąd Apelacyjny Dziewiątego Okręgu, w sprawie *Timberlane*[312].

W sprawie tej powodem był amerykański tartak, zaś pozwanymi przedsiębiorcy z Hondurasu oraz Bank of America. Powód twierdził, że pozwani dopuścili się, z udziałem władz Hondurasu, zmowy w celu uniemożliwienia mu eksportu do USA i wyeliminowania go jako konkurenta na obszarze Hondurasu. Sędzia Choy, sporządzający w sprawie opinię większości, odrzucił możliwość zastosowania doktryny skutków w postaci przyjętej w sprawie *Alcoa* ponieważ „nie uwzględniała ona interesów innych narodów". Potrzebę wyważania interesów wywiódł z reguły *comity* i prerogatyw innych narodów (Dodge 1991a: 129). Podkreślił, że „niekiedy interes USA jest zbyt mało znaczący, zaś potrzeba utrzymania harmonijnych relacji zagranicznych odpowiednio silna, by zachować powściągliwość i powstrzymać się od eksterytorialnych pretensji jurysdykcyjnych". Zdaniem sądu, wystąpienie skutków, choćby bezpośrednich, istotnych i przewidywalnych, samo w sobie nie przesądza o posiadaniu jurysdykcji. Sąd ten przedstawił zupełnie nowe podejście do wyznaczenia przestrzennego zasięgu jurysdykcji USA, wprowadzając metodę trójstopniowej analizy. Jej pierwszy etap obejmował ustalenie, czy miały miejsce (negatywne) skutki dla handlu zagranicznego USA, przy czym mogły być to skutki rzeczywiste, bądź tylko zamierzone. Drugi etap – stanowiący wyraz jurysdykcyjnej powściągliwości – wymagał wykazania, że skutki te są wystarczająco znaczące, by spowodować po stronie powoda szkodę uzasadniającą rozpoznanie sprawy przez sąd, tj. że miało miejsce naruszenie amerykańskich przepisów antytrustowych dające podstawy do wystąpienia z roszczeniem cywilnym. Wreszcie, po trzecie, na tle spraw o charakterze międzynarodowym, zdaniem sędziego Choy'a powstawało pytanie, czy związki sprawy z USA i ich interesami - łącznie z wpływem na amerykański handel zagraniczny - są na tyle silne w porównaniu z jej związkami z interesami innych państw, by uzasadnić eksterytorialne pretensje jurysdykcyjne. Tylko twierdząca odpowiedź na wszystkie trzy pytania uzasadniałaby wykonywanie jurysdykcji. Stosownie do powyższego testu, wyważanie interesów stanowi jeden z etapów procesu ustalania, czy amerykańskiemu sądowi przysługuje jurysdykcja. Element wyważania interesów nie jest traktowany jako uchylający jurysdykcję, której istnienie uprzednio ustalono na podstawie doktryny skutków. Jest on konstytutywną przesłanką, od której zaistnienia

[312] *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976), dostęp na: http://openjurist.org/549/f2d/597/timberlane-lumber-co-sa-rl-v-bank-of-america-nt-and-sa-e-sa-s-rl-smith (15 listopada 2016 r).

zależy, czy sądom USA przysługuje jurysdykcja w danej sprawie (Ryngaert 2006: 244 i nast., Kardach 1997:123).

Zaproponowana przez sąd metoda analizy miała wyraźne cechy mulitilateralistycznego podejścia (Dodge 1998a: 135 i nast.). Zgodnie bowiem z omawianym wyrokiem, elementy, które winny być wzięte pod uwagę przy wyważaniu interesów państw to: (i) stopień konfliktu z prawem lub polityką innych państw, (ii) narodowość lub przynależność państwowa stron i lokalizacja głównego miejsca prowadzenia działalności przez przedsiębiorców, (iii) zakres, w jakim poszczególne państwa mogą zastosować przymus, by zapewnić zgodność działań przedsiębiorców z prawem, (iv) relatywne znacznie wpływu zakazanej praktyki na handel amerykański w porównaniu z wpływem wywołanym przez tę praktykę na gospodarkę w innych krajach, (v) istnienie zamiaru wywołania szkodliwego wpływu na handel amerykański i stopień nasilenia tego zamiaru, (vi) przewidywalność takiego efektu, (vii) porównanie zachowania podjętego w USA i zachowania podjętego za granicą pod kątem ich istotności dla zaistnienia naruszenia.

Trzy lata po wydaniu wyroku *Timberlane*, Sąd Apelacyjny Trzeciego Okręgu, w sprawie *Mannington Mill*s[313], również odrzucił możliwość mechanicznego stosowania testu skutków i zastosował metodę wyważania interesów opierając swój punkt widzenia na zasadzie *comity*. Sąd zwrócił uwagę iż „Gdy sprawa ma związek z interesami obcych państw, nierozsądnie byłoby ignorować fakt, że zagraniczna polityka, wzajemność, *comity* oraz ograniczenia władzy sędziowskiej to okoliczności, które należy rozważyć, podejmując decyzję o tym, czy wykonać jurysdykcję, czy tego zaniechać"[314]. W wyroku tym nieco inaczej niż w sprawie *Timberlane* ujęto katalog kryteriów, które należało stosować w procedurze wyważania interesów. Były to: (i) stopień konfliktu z prawem lub polityką zagraniczną innych państw, (ii) obywatelstwo stron, (iii) relatywne znaczenie, jakie dla zaistnienia domniemanego naruszenia miało zachowanie podjęte w USA w porównaniu do zachowania podjętego za granicą, (iv) istnienie w obcym porządku prawnym instytucji przeciwdziałających naruszeniu oraz zawisłość sporu za granicą, (v) wystąpienie zamiaru wpływu praktyki na gospodarkę amerykańską i możliwość przewidzenia tego wpływu, (vi) możliwość wpływu na stosunki zagraniczne okoliczności, że sąd wykona jurysdykcję i udzieli ochrony, (vii) okoliczność, czy aby wykonać orzeczenie sądu, strona będzie

[313] *Mannington Mills v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1296 (3d Cir. 1979); dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597/ (14 listopada 2016 r.).

[314] W oryginale: "When foreign nations are involved, however, it is unwise to ignore the fact that foreign policy, reciprocity, comity, and limitations of judicial power are considerations that should have a bearing on the decision to exercise or decline jurisdiction.", tamże, tłum własne.

przymuszona do zachowania uznanego za nielegalne w którymkolwiek z państw albo zostanie postawiona w sytuacji, gdy odnośnie tego zachowania ustawodawstwa państw pozostają w konflikcie, (viii) czy sąd może zapewnić egzekucję swojego orzeczenia, (ix) czy udzielona przez sąd ochrona byłaby zaakceptowana w USA, gdyby została, w podobnych okolicznościach, udzielona przez sąd obcego państwa oraz czy (x) traktaty zawarte z zainteresowanymi państwami dotyczą zagadnienia będącego przedmiotem rozpoznania. Trzeba wszakże wiedzieć, że orzeczenie *Mannington Mills* różniło się w warstwie konceptualnej od wyroku *Timberlane*. Sąd Apelacyjny Trzeciego Okręgu uznał bowiem, że jurysdykcja przysługuje USA już wówczas, gdy mamy do czynienia z istotnymi i zamierzonymi skutkami praktyki na handlu USA, zaś odrębnym zagadnieniem jest, czy jurysdykcja ta powinna być wykonywana. Ustalenie właśnie tej drugiej kwestii wymaga przeanalizowania, czy zachodzą ww. przesłanki wyważenia interesów (Ryngaert 2006:248).

2.3.6.2. Regres – doktryna „rzeczywistego konfliktu"

Pogląd o potrzebie kierowania się wyważaniem interesów państw został przyjęty przez niektóre sądy, jak to miało np. miejsce w sprawie *Montreal Trading* v. *Amax*, rozpoznanej w roku 1981[315], ale odrzucony przez inne (Dodge 1998 a: 130). W postępowaniu *Westinghouse Uranium Antitrust Litigation,* z roku 1980[316], Sąd Apelacyjny Siódmego Okręgu uznał, że jego dyskrecjonalne uprawnienia pozwalają mu na dokonanie oceny, czy przysługuje mu jurysdykcja w oparciu o „stopień złożoności sprawy, mającej charakter wielonarodowy i wielopodmiotowy sprawy, wagę zarzutów oraz krnąbrną postawę pozwanego, uchylającego się od stawiennictwa"[317]. W konsekwencji w sprawie tej sąd nie uwzględnił interesów zainteresowanych rządów (Wielkiej Brytanii, Kanady, Australii i RPA), które były sprzeczne z interesem USA. Dobór przesłanek dokonany w orzeczeniu *Westinghouse* stanowił przełamanie multilateralistycznych tendencji ujawniających się w sprawach *Timeberlane i Mannington Mills.*

Sprawy takie jak *Westinghouse*, czy, wcześniejsza, *ICI*, skłoniły inne państwa do podjęcia kroków odwetowych. Dostrzegalna na arenie międzynarodowej była w szczególności reakcja Wielkiej Brytanii, w której w roku 1980 uchwalono *The Protection of*

[315] *Montreal Trading Ltd.* v. *Amax, Inc.*, 661 F.2d 864, 870-71 (10th Cir. 1981), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/661/864/298694/ (16 listopada 2016 r.).

[316] *Uranium Antitrust Litigation*, 617 F.2d 1248, 1255, 1980-1 Trade Cas. §63,183 (7th Cir.), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/617/1248/41203/ (16 listopada 2016 r.).

[317] W oryginale: " (…) the complexity of the present multi-national and multi-party action; the seriousness of the charges asserted; and the recalcitrant attitude of the defaulter", tamże, tłum własne.

Trading Interest Act (ustawę o ochronie interesów handlowych), mającą charakter „legislacji blokującej", której celem było powstrzymanie zakusów USA do rozszerzania przestrzennego zasięgu własnej jurysdykcji w sprawach antytrustowych (Samie 1981: 62 i nast.).

Efekt wprowadzenia tej legislacji widoczny był kilka lat później, w postępowaniu *Laker Airways v. Sabena* (1984)[318]. W sprawie tej niezwykle silnie ujawnił się konflikt jurysdykcyjny pomiędzy sądami brytyjskimi i amerykańskimi, obrazujący sprzeczne interesy tych państw odnośnie do decydowania o kształcie legislacji dotyczącej zagadnień funkcjonowania gospodarki. Powództwo przed amerykańskim sądem wytoczyła brytyjska spółka Laker Airways Ltd., zajmująca się przewozami lotniczymi. Pozwała ona przed ten sąd kilku innych przewoźników lotniczych, zarzucając im zmowę mającą na celu wykluczenie Laker Airways z rynku. Wśród pozwanych byli przedsiębiorcy z USA, ale także z Europy, w tym British Airways. Ta ostatnia zwróciła się do sądu brytyjskiego z wnioskiem o wydanie orzeczenia zakazującego Laker Airways pozywania brytyjskiego konkurenta przed sądami amerykańskimi. Nakaz taki uzyskała, w oparciu o ww. brytyjską ustawę. W ślady British Airways poszły m. in. Lufthansa i Swissair, z takim samym skutkiem. Obawiając się, że wydawane przez brytyjskie sądy orzeczenia zamkną jej całkowicie drogę do obrony swoich interesów przed sądami USA, spółka Laker Airways- uprzedzając ewentualne analogiczne wnioski pozostałych pozwanych przedsiębiorców z USA (TWA, Pan Am, McDonnell Douglas)- wystąpiła do sądu amerykańskiego o to, by ten zakazał im podejmowania jakichkolwiek działań, w tym przed sądami państw obcych, które w jakikolwiek sposób mogłyby osłabiać lub przeszkadzać w wykonywaniu jurysdykcji przez tenże amerykański sąd, przed którym Laker Airways wytoczyła sprawę lub też ograniczać tę spółkę w popieraniu swojego powództwa. Laker Airways uzyskała od amerykańskich sądów żądane rozstrzygnięcie (prawomocnie). Takie samo orzeczenie uzyskała następnie odnośnie do spółek z krajów europejskich - Sabena, KLM, UTA i SAS. W okolicznościach tak ostro zarysowanego sporu Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbii odmówił wyważania interesów poszczególnych państw. Zdaniem sędziego Wilkey'a - autora opinii większości - we współczesnej gospodarce występowanie konfliktu jurysdykcji jest rzeczą oczywistą. Nie istnieje taka norma prawa międzynarodowego publicznego, która stanowiłaby, że „bardziej rozsądne" pretensje jurysdykcyjne wypierają te „mniej rozsądne" Uzasadniając dalej rozstrzygnięcie, sędzia Wilkey argumentował, że kryteria, na których opiera się test

[318] *Laker Airways Ltd. v. Sabena*, 731 F.2d 909, 948 D.C. Cir. (1984), dostęp na: http://openjurist.org/731/f2d/909/laker-airways-limited-v-sabena-belgian-world-airlines-klm-laker-airways-limited (20 listopada 2016 r.).

„jurysdykcyjnej reguły rozsądku", na przykład takie, jak przyjęto w sprawie *Mannington Mills*, nie są odpowiednie do tego, by rozstrzygnąć konflikt jurysdykcyjny. Są one przydatne co najwyżej to tego by ustalić, że konflikt jurysdykcyjny zachodzi. Zdaniem sądu, przyjmując nawet, że są to w istocie prawidłowo sformułowane kryteria, w oparciu o które można by rozstrzygnąć konflikt jurysdykcyjny, zwykle odwołują się one do czynników czysto politycznych. Sąd nie ma kwalifikacji, by dokonać oceny tych czynników, ani, tym bardziej, by je wyważyć (Dodge 1991 a: 133). Istota argumentacji sędziego Wilkey'a sprowadzała się do tego, iż to organy władzy wykonawczej, odpowiedzialne za politykę międzynarodową zainteresowanych państw, powinny znaleźć wyjście w sytuacji, gdy mamy do czynienia z kolizją ustawodawstw, w szczególności wówczas, gdy mamy do czynienia z ustawodawstwem „blokującym". Władzy sądowniczej nie przysługują ani kompetencje, by zajmować się takimi kwestiami, ani z punktu widzenia zasady trójpodziału władzy, ani też - biorąc rzecz od strony praktycznej - nie dysponuje ona zasobami (w tym informacjami) odpowiednimi ku temu, by należycie przeprowadzić proces wyważenia interesów zainteresowanych państw.

Chociaż sprawa *Laker Airways* była szczególna w tym sensie, że dotyczyła jaskrawego, otwartego konfliktu pomiędzy sądami różnych krajów, podjęte w niej rozstrzygnięcie miało wpływ na inne postępowania, w których wątek konfliktu jurysdykcji nie zaznaczał się aż tak silnie. Utorowała ona drogę do znacznego ograniczenia stosowania „jurysdykcyjnej reguły rozsądku" przez sądy, a także do zmian w płaszczyźnie konceptualnej dotyczącej tej zasady, zawężających znacznie jej zakres. Takie wąskie ujęcie jurysdykcyjnej reguły rozsądku, zwane „doktryną rzeczywistego konfliktu", przyjął Sąd Najwyższy USA w sprawie *Hartford Fire Insurance* v. *California*[319] (1993). Postępowanie dotyczyło zawartego pomiędzy wieloma podmiotami kartelu na rynku ubezpieczeń i reasekuracji, którego aktywność skupiała się w Londynie. Celem (i skutkiem) niedozwolonych porozumień było uniemożliwienie ubezpieczenia się na obszarze USA od niektórych typów ryzyka związanych z zanieczyszczaniem środowiska. Pozwanymi byli zarówno amerykańscy, jak i brytyjscy uczestnicy kartelu.

Rząd brytyjski przedstawił w tym postępowaniu list w charakterze *amicus curiae*. W liście tym sprzeciwiał się sprawowaniu jurysdykcji w zakresie roszczeń kierowanych do brytyjskich zakładów ubezpieczeń i reasekuracji, ze względu na ich działania, które były

[319] *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/764/case.html (21 listopada 2016 r.).

podjęte w Londynie, w zgodzie z brytyjskim prawem konkurencji i prawem regulacyjnym (Ryngaert 2006:267).

Sąd pierwszej instancji, bazując na wyroku *Timberlane,* uznał, że nie przysługuje mu jurysdykcja w sprawie, ze względu na regułę *comity*. Stał na stanowisku że zastosowanie amerykańskiego prawa antytrustowego do londyńskiego rynku reasekuracji prowadziłoby do istotnego konfliktu z brytyjskim prawem i polityką oraz że możliwość wywołania takiego konfliktu, skoro nie ma żadnych czynników przemawiających za tym, by je podjąć, samo w sobie stanowi wystarczający powód do odmowy wykonywania jurysdykcji. Jednakże Sąd Najwyższy zajął inne stanowisko, uznając, że jedynym istotnym pytaniem jest to, czy występuje „rzeczywisty konflikt" (ang. *true conflict*) pomiędzy prawem krajowym a zagranicznym. Jak podaje (Ryngaert 2006: 251) takie ujęcie problemu stało się następnie standardem stosowanym do oceny terytorialnego zakresu jurysdykcji w dziedzinie prawa gospodarczego publicznego. Sąd Najwyższy argumentował, że skoro londyńskie przedsiębiorstwa reasekuracyjne nie podnoszą, aby brytyjskie prawo nakazywało im zachowywać się w dany sposób, zakazany przez prawo USA, ani też nie twierdzą, by z innej przyczyny ich postępowanie nie mogło być zgodne jednocześnie z prawem obu krajów, nie występuje żaden konflikt z prawem brytyjskim. Innymi słowy, jeśli prawo obce jedynie dozwala na podjęcie określonych zachowań (nie nakazując ich), *Sherman Act* ma zastosowanie, ponieważ nie zachodzi „rzeczywisty konflikt" (Fox 2011: 166). Taki miałby miejsce tylko wówczas, gdyby prawo państwa trzeciego nakazywało zachowanie, którego prawo USA zabrania[320]. Doktrynę „rzeczywistego konfliktu" można stosować zatem zamienne z doktryną przymusu obcego suwerena (ang. *foreign sovereign compulsion doctrine*), zgodnie z którą, państwo winno powstrzymać się od wprowadzania norm, które zakazują działań nakazanych przez prawo innego państwa[321]. Ponieważ nie zdarza się to często, „rzeczywiste konflikty" również pojawiają się rzadko. Koncepcyjne zrównanie *comity* z doktryną „rzeczywistego konfliktu" oznaczało znaczne ograniczenie zakresu koncepcji „wyważania interesów" (Ryngaert 2006: 250, Dodge 1998 a: 139). Należy w tym miejscu przypomnieć, że stanowisko takie samo, jak Sąd Najwyższy USA w sprawie *Hartford Fire* zajął ETS w sprawie *Wood Pulp I*.

[320] Wyrok nie został podjęty jednomyślnie. Zdanie odrębne złożył sędzia A. Scalia. Jego argumenty odwoływały do norm prawa międzynarodowego oraz do „prawdziwej" jurysdykcyjnej reguły rozsądku (Dodge 1998 a: 138).

[321] Doktryna „rzeczywistego konfliktu" zastosowana w sprawie *Hartford Fire* powiązania jest z tzw. „teorią próżni" zgodnie z którą jeżeli prawo jakiegokolwiek państwa mogłoby regulować określony problem, a nie czyni tego, inne państwo jest uprawnione do wprowadzenia regulacji dotyczącej tego zagadnienia (Ryngaert 2006: 253).

Jak pisze (Dodge 1998 a: 135) rozumowaniu zaprezentowanemu w sprawie *Hartford Fire* bliżej było do sprawy *Alcoa* niż do *Timberlane*. W uzasadnieniu orzeczenia znalazł się wprost cytat z *Alcoa*, iż „*Sherman Act* stosuje się do zachowania zagranicznych przedsiębiorców mającego miejsce zagranicą, jeśli towarzyszył mu zamiar wywołania istotnych skutków na obszarze USA i cel ten został osiągnięty". W uzasadnieniu brak w szczególności jakiegokolwiek wyjaśnienia, dlaczego nie znajdowało zastosowania domniemanie przeciwko eksterytorialności *Sherman Act*, mimo że Sąd Najwyższy tej kadencji stosował to domniemanie wcześniej, w innych kategoriach spraw. Oczekiwanie, iż Sąd Najwyższy przedstawi pogłębioną refleksję nad tym zagadnieniem było uzasadnione ponieważ była to pierwsza sprawa, w której to Sąd Najwyższy (nie zaś sądy niższych instancji) orzekł o zastosowaniu *Sherman Act* w oparciu o doktrynę skutków (Dodge 1998 b : 90). W sprawie *Alcoa* ostateczne rozstrzygnięcie wydał bowiem Sąd Apelacyjny Drugiego Okręgu, a jego orzeczenie nie stanowiło precedensu, którym Sąd Najwyższy byłby związany. Zastanawiając się nad przyczyną takiego rozstrzygnięcia ww. autor sugeruje, że chodziło o względy celowości. Nadto przedstawił on tezę, że brak rozważań Sądu Najwyższego nt. domniemania braku eksterytorialności oznacza, iż „eksterytorialność" może być różnie rozumiana, tj. jeżeli skutki zachowania (choćby podjętego zagranicą) wystąpią na terytorium państwa *forum,* jurysdykcja jest sprawowana w oparciu o zasadę terytorialną. Innymi słowy -zdaniem Dodge'a - domniemanie przeciwko eksterytorialności i doktryna skutków bynajmniej nie pozostają w kolizji, o czym miało świadczyć właśnie uzasadnienie wyroku w sprawie *Hartford Fire*[322].

2.3.6.3. Powrót do szerokiego ujęcia jurysdykcyjnej doktryny rozsądku

Ponieważ w amerykańskim systemie prawnym większość spraw dotyczących praktyk antykonkurencyjnych ma charakter cywilnych postępowań o odszkodowanie, jednym z zagadnień z zakresu jurysdykcji wymagających rozstrzygnięcia, było to, czy podmiotom zagranicznym wolno pozywać przed amerykańskie sądy inne podmioty zagraniczne o naprawienie szkody wywołanej tym praktykami, zwłaszcza wówczas, gdy szkoda powoda wystąpiła zagranicą, a nie na obszarze USA. Przez wiele lat amerykańskie sądownictwo przejawiało skłonność do szerokiej interpretacji reguł FTAIA wyznaczających zakres

[322] Poglądy na tę kwestię nie są w amerykańskiej doktrynie prawa jednolite. Polemikę z W. Dodgem prowadzi zwłaszcza A. Parrish - zob. np. "Morrison, The Effects Test, and the Presumption Against Extraterritoriality: A Reply to Professor Dodge" (2011), *Articles by Maurer Faculty, paper 892*, dostęp na: http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/892 (21 listopada 2016 r.).

jurysdykcji USA w tym „podmiotowym" aspekcie[323]. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, które - jak się wydaje - stanowi zapowiedź zmiany tego trendu zapadło w sprawie *Empagran* (2004 r.). Toczące się przed amerykańskimi sądami postępowanie stanowiło jedno z wielu, skierowanych przeciwko światowemu kartelowi na rynku witamin[324]. Powodami byli przedsiębiorcy m. in z Ukrainy, Panamy, Ekwadoru i Australii. Sąd Apelacyjny Okręgu Dystryktu Kolumbii[325] przyznał zagranicznym spółkom odszkodowanie od członków kartelu - przedsiębiorców zarówno amerykańskich, jak z państw trzecich - nie badając, czy szkoda powstała na skutek zakłócenia konkurencji na obszarze USA. Sąd Najwyższy uznał jednakże[326], iż amerykańskim sądom nie przysługuje jurysdykcja wobec zachowań obcokrajowców, których dopuścili się oni za granicą, powodujących zakłócenie konkurencji zarówno na obszarze USA, jak i poza nim, jeżeli powód wywodzi roszczenie odszkodowawcze wyłącznie z faktu zaistnienia antykonkurencyjnych skutków praktyki poza obszarem USA, a szkoda doznana przez powoda za granicą pozostaje bez związku ze szkodą poniesioną przez niego w USA. Jurysdykcja przysługuje jednak USA wówczas, jeżeli szkoda spowodowana przez działalność światowego kartelu, zaistniała poza USA, pozostaje w związku ze szkodą doznaną przez powoda w USA[327]. Innymi słowy, dla istnienia jurysdykcji amerykańskich sądów konieczny jest choćby pośredni związek pomiędzy zakłóceniem konkurencji na obszarze USA, a szkodą doznaną przez powoda za granicą. Parafrazując stanowisko sądu (Fox 2009:167) stwierdza, że chodzi o to, iż „jurysdykcja w sprawach roszczeń powodów-obcokrajowców, którzy nabyli za granicą towary po cenach ustalonych w wyniku zakazanego porozumienia - jest sprzeczna z regułą rozsądku, chyba że szkoda po stronie tych powodów powstała w wyniku uiszczenia wygórowanej ceny w USA". Jeżeli natomiast mamy do czynienia z „niezależnymi od siebie" szkodami, nie zachodzi jurysdykcja

[323] Na temat .możliwych negatywnych skutków takiego podejścia dla efektywności wdrażania prawa ochrony konkurencji zarówno USA, jak i innych krajów zob. (Molski 2005:800 i nast.).

[324] Decyzję nakładającą kary na członków tego kartelu wydała również KE. Zob. decyzja Komisji z 21 listopada 2001r. , sprawa COMP/E-1/37.512, D. Urz. WE 2003 *L* 6/1

[325] *Empagran, S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd.,* 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003), dostęp na: http://openjurist.org/315/f3d/338/empagran-sa-v-f-hoffman-laroche-ltd (23 listopada 2016 r.).

[326] *F. Hoffman-La Roche Ltd. et al.* v. *Empagran S.A. et al.*, 124 S. Ct. 2359 (2004), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/155/concurrence.html (23 listopada 2016 r.).

[327] Te dwa typy stanów faktycznych określa się odpowiednio jako *independent foreign harm* i *dependent foreign harm*. Oba pojęcia zostały wykreowane przez Sąd Najwyższy w omawianej sprawie i ich zakres znaczeniowy nie jest jasny. W szczególności wątpliwości budzi sposób oceny, czy zachodzi związek przyczynowy pomiędzy wystąpieniem szkody po stronie zagranicznego przedsiębiorcy (powoda) na obszarze USA a tą powstałą po jego stronie za granicą. W szczególności podnoszony jest argument, że szkoda doznana za granicą w zasadzie nigdy nie jest niezależna od tej doznanej w USA (skoro przyczyna obu jest ten sam kartel), co sprawia, że orzeczenie Sądu Najwyższego jedynie pozornie ogranicza wykonywanie jurysdykcji w oparciu o Ustawę Shermana (zob. Ryngaert: 285 i nast. oraz wskazana tam literatura). Z kolei (Fox 2009: 168) uważa, że związek pomiędzy skutkami kartelu odczuwanego na obszarze USA a szkodą doznaną przez zagranicznego przedsiębiorcę w państwie trzecim niemal nigdy nie zajdzie.

USA co do szkody powstałej u powoda za granicą, choćby szkoda doznana przez niego w USA i za granicą była wynikiem tej samej praktyki konkurencyjnej. Tym samym Sąd Najwyższy zmierzał do zawężenia terytorialnego zakresu obowiązywania Ustawy Shermana, wbrew tendencjom widocznym w początkowych latach XXI wieku w orzeczeniach federalnych sądów różnych dystryktów. Powrócił w ten sposób do szerokiego ujęcia jurysdykcyjnej reguły rozsądku i odniesień do zasady nieinterwencji, tak jak to miało miejsce w sprawie *Timberlane*. Swoje stanowisko Sąd Najwyższy uzasadniał odwołując się do reguły rozsądku oraz *comity*. By odczytać „zamiar Kongresu" oparł się nie tylko na językowej i historycznej wykładni ustawy, ale odwołał się również do norm prawa międzynarodowego publicznego. W tym kontekście przywołał wyrok w sprawie *Charming Betsy*[328], który stał się kanonem wyznaczającym metodę odczytywania „konstrukcji ustawy". Zgodnie z tym kanonem, akt Kongresu nigdy nie powinien być rozumiany w ten sposób, że jego intencją było naruszenie prawa narodów. Sąd wskazał, że Kongres z reguły uznaje zasady zwyczajowego prawa międzynarodowego – w szczególności zasadę nieinterwencji - wobec czego bierze pod uwagę prawowite interesy innych suwerenów i unika rozszerzania terytorialnego zasięgu obowiązywania amerykańskiej ustawy, jeżeli rodziłoby to ryzyko ingerencji w prawo obcego narodu do niezależnego regulowania swoich interesów gospodarczych. Jak podaje (Ryngaert 2006: 280), w sprawie *Empagran* na stanowisko Sądu Najwyższego USA wpływ miały zapewne pisma złożone w charakterze *amici curiae* przez rządy niektórych państw europejskich, Kanady i Japonii, które opowiadały się za umiarem w określaniu terytorialnego zakresu jurysdykcji. Z kolei (Fox 2009: 168) podnosi, że takie stanowisko wywiedzione zostało z zasady nieinterwencji, z której wynika, iż amerykańskie sądownictwo nie powinno wkraczać w politykę prawa państw będących partnerami handlowymi USA i ingerować w ich decyzje ustawodawcze. Z kolei (Parrish 2008:1498) z aprobatą stwierdza, iż wyrok ten należy traktować jako powrót do stosowania domniemania przeciwko eksterytorialności i zachęca, by trend ten został kontynuowany w sądownictwie.

Również w ostatnich orzeczeniach można dostrzec skłonność amerykańskiego sądownictwa do ograniczania przestrzennej sfery oddziaływania *Sherman Act* ze względu na potrzebę zachowania dobrych relacji z innymi państwami. Uwidacznia to stanowisko Sądu Apelacyjnego Siódmego Dystryktu w sprawie *Motorola Mobility v. AU Optronics,* z roku 2015[329]. W postępowaniu tym Motorola (amerykańska spółka matka międzynarodowej grupy

[328] *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 2 Cranch 64, 118 (1804), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/6/64/case.html (23 listopada 2016 r).

[329] ***Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, No. 14-8003 (7th Cir.**

kapitałowej) mająca siedzibę w Stanach Zjednoczonych, występująca jako powód, twierdziła, że kartel funkcjonujący na rynku LCD dopuścił się naruszenia *Sherman Act*. Uczestnicy kartelu ustalali ceny wyświetlaczy LCD, które sprzedawali następnie (po tak ustalonych cenach) podmiotom trzecim, w tym spółkom zależnym Motoroli, mającym siedzibę poza terytorium USA. Spółki te wbudowywały je w wyroby końcowe - telefony komórkowe - a następnie sprzedawały telefony zarówno odbiorcom końcowym spoza USA, jak i ich spółce dominującej, która następnie sprzedawała je do USA. Przed amerykańskim sądem Motorola dochodziła naprawienia dwóch kategorii szkód. Pierwsza z tych kategorii to szkoda jej spółek zagranicznych zależnych, wynikła stąd, że nabyły one wyświetlacze po cenach będących wynikiem porozumień kartelowych. Chodziło przy tym o wyświetlacze, które były następnie wbudowane w telefony komórkowe, a te – odsprzedane poza terytorium USA. Druga kategoria szkód to te, których doznała (wedle jej twierdzeń) sama spółka Motorola, będąc nabywcą telefonów zawierających wmontowane wyświetlacze, kupione uprzednio przez jej spółki zależne po zawyżonych cenach ustalonych przez kartel. Sprawa dotyczyła tego samego światowego kartelu producentów wyświetlaczy LCD, którego działalność była przedmiotem postępowania przed KE i Trybunałem (*InnoLux*). Podobnie jak w „europejskim" postępowaniu, jedną z kwestii, z którą musiał się zmierzyć amerykański sąd było zagadnienie eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji.

Jeżeli chodzi o pierwszą z ww. kategorii szkód, Sąd uznał, że ewentualne roszczenia zagranicznych spółek córek Motoroli powinny być rozpatrywane przez organy państw, w których spółki te mają swoje siedziby. Odwołując się do orzeczenia w sprawie *Empagran* i wyrażonego w nim stanowiska, iż należy uznać prawo innych suwerenów do samodzielnego kształtowania ich polityki (legislacji) gospodarczej i regulacyjnej, sąd zauważył, że czasy, w których USA uważała się za światowego „policjanta" w obszarze prawa antytrustowego, mamy już za sobą. Wyszedł tym samym naprzeciw stanowiskom wyrażonym przez Belgię, Tajwan, Japonię, Koreę Południową, Chiny i Tajwan w listach *amici curiae*. Państwa te nie sprzeciwiły się ściganiu podmiotów mających ich przynależność państwową przez organy USA, za antykonkurencyjne działania podjęte poza terytorium USA. Jednak, powołując się na regułę *comity*, opowiedziały się za zawężającą wykładnią amerykańskich przepisów dotyczących geograficznego zasięgu prawa antytrustowego. Sąd Apelacyjny podkreślił, że zachodzi potrzeba unikania wydawania przez amerykańskie sądy rozstrzygnięć, które

---

2014), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/14-8003/14-8003-2015-01-12.html **(10 grudnia 2016 r.).**

rodziłyby ryzyko kolizji z ustawodawstwem antymonopolowym państw trzecich. Uznał, że do takiego ostrożnego podejścia skłaniać powinno wzrastające ryzyko powstawania konfliktów na tle jurysdykcji. Wynika ono w szczególności stąd, że powszechne są sytuacje takie, jaka miała miejsce w stanie sprawy, tj. że produkt, którego dotyczył zagraniczny kartel jest następnie wbudowany w inny towar, który dopiero stanowi przedmiot obrotu na obszarze USA. Gdyby zatem uznawać jurysdykcję USA w takich sprawach, obejmowałaby ona znaczną ilość światowych karteli, których działalność nie miałaby bezpośredniego wpływu na obrót handlowy na obszarze USA. Podkreślił, że wobec tego postanowienia FTAIA należy interpretować w sposób zawężający przestrzenny zakres obowiązywania *Sherman Act*, tak, jak uczyniono to w sprawie *Empagran*, aby nie powodować napięć na arenie międzynarodowej. W ocenie Sądu „przedmiotem zainteresowania" *Sherman Act* powinien być zatem obrót handlowy i wymiana towarowa (ang. *trade and commerce)* na obszarze USA. Tymczasem zagraniczne spółki zależne Motoroli doznały szkody w związku ze swoją działalnością prowadzoną poza terytorium USA, a nadto - w relacjach handlowych z przedsiębiorcami niemającymi amerykańskiej przynależności państwowej. Sąd stwierdził, że sprzedaż - tak wyświetlaczy, jak i, następnie, telefonów komórkowych - dokonana poza USA nie miała żadnego wpływu na handel tego kraju. Tym bardziej nie została spełniona wymagana przez FTAIA przesłanka „bezpośredniego" wpływu. Wobec tego nie ma podstaw do zastosowania *Sherman Act*.

Sąd nie uwzględnił również żądań Motoroli o naprawienie szkody, których doznała ona sama. Uzasadnienie było jednak inne. W uzasadnieniu jednoznacznie, wskazano, że – w odniesieniu do tej części roszczenia - skutki funkcjonowania kartelu wywarły „bezpośredni, istotny i przewidywalny" wpływ na handel USA. Było tak, ponieważ to sama Motorola prowadziła na obszarze USA sprzedaż telefonów komórkowych, z wbudowanymi weń wyświetlaczami, których cena była wynikiem uzgodnień kartelu. Sąd uznał jednak, że Motoroli nie przysługuje roszczenie o naprawienie szkody wynikającej z naruszenia *Sherman Act* ponieważ *nie kupowała ona bezpośrednio*[330] *od członków kartelu produktów, których dotyczyła zmowa kartelowa* [podkr. M.U.-A.][331].

[330] Odnośnie do przesłanki bezpośredniości w amerykańskim orzeczeniu *Motorola* zob. motyw 36 i nast. opinii rzecznika generalnego M. Watheleta przedstawionej w sprawie *Innolux*. M.Wathelet – uznając zasadność argumentacji amerykańskiego sądu – wskazał, że wcześniejsze orzecznictwo organów sądowych UE prowadzić powinno do tego samego wniosku. Wywodził w szczególności, iż z orzecznictwa tego wynika, że „(…) przekroczenie przez organ ochrony konkurencji jego właściwości miejscowej może prowadzić do nakładania konkurencyjnych sankcji na przedsiębiorstwa objęte dochodzeniem. Jeżeli w rozpatrywanej sprawie Komisja nałoży grzywnę za transakcję dotyczącą składnika dostarczonego do państwa nienależącego do EOG na tej podstawie, że gotowy wyrób zawierający ten składnik został sprzedany w obrębie EOG, ta sama transakcja może zostać objęta sankcją dwukrotnie: pierwszy raz w państwie nienależącym do EOG, do którego składnik został

Warte zauważenia jest stanowisko FTC, która w omawianym postępowaniu również złożyła pismo jako *amicus curiae*. FTC popierała stanowisko, że zbyt szerokie zakreślenie jurysdykcji USA w przypadku powództw prywatnych w sprawach antymonopolowych jest szkodliwe w kontekście relacji międzynarodowych i konkurujących regulacji poszczególnych państw. Jej zdaniem, przedsiębiorcy zagraniczni występujący z powództwami przed sądami USA nie przykładają dostatecznej wagi do ryzyka konfliktów międzynarodowych wynikających ze stosowanego przez nie *forum shopping*. Jednocześnie jednak oczekiwała od sądu, by ten stwierdził, że nastąpił „bezpośredni, istotny i przewidywalny" wpływ kartelu na handel w USA, mimo tego, że miał miejsce import do USA tylko telefonów z wbudowanymi LCD objętymi kartelem, nie zaś import samych LCD. FTC skłaniała się zatem ku temu, by generalnie nie wyłączać spod zakresu przedmiotowego *Sherman Act* sytuacji, gdy kartel dotyczy komponentu (części składowej) finalnego produktu, który to produkt jest następnie sprzedawany na obszar USA. Ze stanowiska FTC wynika, że – w przeciwieństwie do podmiotów prywatnych – ona sama stosuje samoograniczenie oraz w istotnym stopniu bierze pod uwagę okoliczności wynikające z reguły *comity*[332]. A zatem poniechanie wyłączenia tego typu sytuacji spod stosowania amerykańskiego ustawodawstwa antytrustowego w sprawach karnych - tj. takich, gdzie przeciwko uczestnikom kartelu występuje FTC - nie spowodowałoby ryzyka powstania napięć w stosunkach międzynarodowych. Trzeba wiedzieć, że takie stanowisko FTC pozostawało w ścisłym związku z toczącym się równolegle postępowaniem przed Sądem Apelacyjnym Dziewiątego Okręgu - *United States v. Hsiung*[333]. Była to sprawa karna, wytoczona przez DoJ przeciwko członkom tego samego kartelu, m. in. przeciwko AU Optronics. Sąd stwierdził naruszenie *Sherman Act*. Uznał, że zaistniał „bezpośredni, istotny i rozsądnie przewidywalny wpływ" antykonkurencyjnej praktyki na handel amerykański. Stanowisko to uzasadniała nie tylko okoliczność, że AU Optronics bezpośrednio sprzedawała (po cenach uzgodnionych przez kartel) komponenty

dostarczony, a następnie drugi raz w obrębie EOG (na podstawie podejścia Komisji, zgodnie z którym ten składnik został użyty do wytworzenia wyrobu gotowego będącego przedmiotem ostatecznej sprzedaży w obrębie EOG).". Organy ochrony konkurencji UE w sprawie *Innolux* nie podzieliły tej argumentacji. Odnośnie do ich stanowiska i użytej konstrukcji „sprzedaży bezpośredniej w formie wyrobów przetworzonych", zob. uwagi w rozdziale 2.2.2.8.

[331] W istocie rozważania sądu są bardziej szczegółowe i odwołują się też do poszczególnych przepisów FTAIA, w szczególności decydujących o „powstaniu roszczenia" odszkodowawczego z tytułu praktyk antykonkurencyjnych. Kwestie te zostały tutaj pominięte, ponieważ odnoszą się do specyficznych rozwiązań prawa USA oraz nie mają wpływu na zagadnienia dotyczące jurysdykcji eksterytorialnej.

[332] Przedstawiciel FTC twierdził przed sądem, iż w tym zakresie wypracowano *modus vivendi* pozwalające unikać konfliktów z innymi państwami na tle jurysdykcji.

[333] *United States v. Hsiung*, 778 F.3d 738, 758-60 (9th Cir. 2015), dostęp na: http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1690875.html (1 grudnia 2016 r.).

do odbiorców w USA, ale i to, że dokonana poza USA sprzedaż komponentów miała wpływ na ceny telefonów komórkowych nabywanych przez konsumentów w USA.

Orzeczenia w sprawach *Hsiung* i *Motorola* ilustrują, że podejście do eksterytorialnego stosowania antytrustowego USA może być zróżnicowane, w zależności od tego, czy odnosi się do publicznoprawnego czy prywatnoprawnego jego wdrażania. W takim samym stanie faktycznym, w odniesieniu do działań tego samego kartelu, sądy uwzględniły bowiem żądania o nałożenia sankcji karnych i nakazania zaniechania stosowanych praktyk (sprawa *Hsiung),* a powodowi cywilnemu odmówiły prawa do dochodzenia odszkodowania (sprawa *Motorola*). Sąd Najwyższy USA odmówił rozpoznania środków odwoławczych w obu ww. sprawach, wobec czego rozstrzygnięcia sądów apelacyjnych stały się ostateczne. Orzeczenie w sprawie *Motorola* nie jest precedensem, który wiązałby wszystkie sądy w USA. Jednakże może faktycznie wywrzeć wpływ na orzecznictwo w całym kraju. Autorem opinii większości jest bowiem Richard Posner, uważany za autorytet w dziedzinie prawa antytrustowego.

W kontekście jednej ze stosowanych przez organy ochrony konkurencji UE metody pozwalającej na eksterytorialne stosowanie prawa antymonopolowego, tj. konstrukcji *single economic unit*, warto zwrócić uwagę, że podobny wątek pojawił się również w orzeczeniu *Motorola*. Amerykańska spółka matka, występująca w sprawie jako jedyny powód, żądając odszkodowań na rzecz swoich spółek córek oparła się na tej właśnie konstrukcji. Pojawiło się zatem zagadnienie prawa procesowego, które, wedle polskiej terminologii należałoby określić jako problem istnienia legitymacji procesowej. Sprowadza się ono do pytania, czy koncepcja „jednego organizmu gospodarczego" uzasadnia twierdzenie, że spółce matce przysługuje materialnoprawne roszczenie o naprawienie szkód wyrządzonych jej spółkom zależnym. Sąd amerykański, dostrzegając istnienie tej konstrukcji w różnych obszarach prawa (nazywając ją *single integrated enterprise*), wyraźnie stwierdził, że nie jest ona stosowana w amerykańskim systemie prawa dla uzasadnienia dochodzenia przez spółkę matkę odszkodowania dla swoich spółek córek[334].

W sprawie *Motorola* sąd zajmował się nie tylko przesłanką „bezpośredniości", ale również zagadnieniami „istotności" i „przewidywalności" skutków kartelu dla gospodarki USA. Ze stanowiska sądu wynika jednak, że potraktował on te okoliczności jako przesłanki

[334] W oryginale "Motorola wants us to treat it and all of its foreign subsidiaries as a single integrated enterprise, as if its subsidiaries were divisions rather than foreign corporations. But American law does not collapse parents and subsidiaries (or sister corporations) in that way.", („Motorola chce, by traktować ją i wszystkie jej zagraniczne spółki zależne jako jedno zintegrowane przedsiębiorstwo, tak jakby jej spółki zależne były raczej jej oddziałami niż zagranicznymi przedsiębiorcami. Ale amerykańskie prawo nie ignoruje w taki sposób odrębności przedsiębiorstw dominujących od ich spółek zależnych lub powiązanych".), tłum. własne. Zob. też. rozdz. 4.3.

prawa materialnego decydujące o zaistnieniu zakazanej antykonkurencyjnej praktyki[335], nie zaś jako kryteria decydujące o kwalifikowanym charakterze skutków praktyki na obszarze USA, których wystąpienie na terytorium *forum* stanowiłoby łącznik jurysdykcyjny. Aczkolwiek nie jest to całkiem jasne, ponieważ sąd nie prowadził odrębnie wywodów w odniesieniu do tych dwóch zagadnień.

2.3.6.4. Podejście Federalnej Komisji Handlu i Departamentu Sprawiedliwości do jurysdykcyjnej reguły rozsądku

Uzupełniając krótko rozważania o znaczeniu „jurysdykcyjnej doktryny rozsądku" dla amerykańskiego prawa antytrustowego należy wskazać, że duże znaczenie przywiązują do niej organy odpowiedzialne za publicznoprawne wdrażanie tego prawa, tj. Departament Sprawiedliwości (*Department of Justice* - DoJ) i Federalna Komisja Handlu (*Federal Trade Commission* - FTC)[336]. Organy te wydały wytyczne p.t. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (Wytyczne w sprawie wprowadzania w życie przepisów antytrustowych w działaniach międzynarodowych). Wytyczne, wydane 1995 roku[337], uznają zasadność kierowania się regułą *comity* w procesie wdrażania prawa antytrustowego USA (akapit 3.2 Wytycznych zawiera odwołania do przesłanek wyważenia interesów zawartych w wyrokach *Timberlane* i *Mannington Mills* jako właściwej metody stosowania *comity*). Dokument ten stanowi też, że *Sherman Act* należy stosować do zachowania podjętego za granicą, jeżeli celem tego zachowania było spowodowanie istotnego skutku w USA i skutek ten rzeczywiście nastąpił. W omawianej publikacji odróżniono zachowania podjęte z zamiarem wywołania szkodliwego skutku dla konkurencji na obszarze USA od tych podjętych bez takiego zamiaru. Jurysdykcja wobec pierwszej ze wskazanych grup przysługiwać ma niezależnie od intensywności wywołanych skutków. Natomiast wobec zachowań, których nie cechował zamiar zakłócenia konkurencji na obszarze USA, bądź też

[335] W oryginale "There must be a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on U.S. domestic commerce—the domestic American economy, in other words […]. The first requirement, if proved, establishes that there is an antitrust violation[…]", czyli: „Musi zachodzić bezpośredni, istotny i rozsądnie przewidywalny wpływ na handel krajowy USA, innymi słowy – na krajową gospodarkę amerykańską […]. Spełnienie tego warunku powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem norm antytrustowych.", tłum. własne.

[336] Można spotkać się z poglądem, że organy te, w porównaniu z amerykańskimi sądami, jak i w porównaniu z podmiotami prywatnymi, występującymi z żądaniami odszkodowawczymi za naruszenie reguł konkurencji, zachowują dużo większą wstrzemięźliwość odnośnie do kwestii ekstraterytorialnego stosowania prawa antytrustowego USA (Molski 2005:801). Na tym tle w uzasadnieniach orzeczeń w sprawach *Empagran* oraz *Motorola* pojawiły się wątki akcentujące, iż zachodzi potrzeba zróżnicowania przesłanek jurysdykcji w odniesieniu do powództw wytaczanych przez FTC (w interesie publicznym) od tych wytaczanych przez podmioty prywatne (we własnym interesie).

[337] Dostęp na: https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations (1 grudnia 2016 r.). Wytyczne uaktualniono ostatnio 8 sierpnia 2016 r.

występowanie takiego zamiaru nie było oczywiste albo spowodowanie takiego zakłócenia nie było dominującym celem, dla dopuszczalności jurysdykcji wymagane było wystąpienie istotnego zakłócenia obrotu handlowego wewnątrz Stanów Zjednoczonych lub też prawdopodobieństwo wystąpienia takowego skutku. Z wytycznych wynika również, że DoJ i FTC zajmują stanowisko, iż import do USA zawsze *per se* bezpośrednio oddziałuje na obrót handlowy w USA, wobec czego niezmiennie w sprawach dotyczących importu spełniony będzie „test zamiaru" ustalony w sprawie *Hartford Fire* (punkt 3.1. Wytycznych).

2.3.6.5. Problematyka eksterytorialnego stosowania prawa antytrustowego w *Restatements of conflicts of laws*

Prócz poglądów wyrażonych w orzeczeniach sądów, stosunek amerykańskiego prawa do zagadnienia jurysdykcji eksterytorialnej, w tym w dziedzinie prawa antytrustowego, ilustrują poglądy wybitnych przedstawicieli doktryny, wyrażane w tzw. *restatements*"[338]. *Restatement* to „opracowanie, które prezentuje ogólny stan prawa w danej dziedzinie, proces jego zmian, oraz postulowany przez autorów kierunek tych zmian." (Hixson 1988: 127). Różne serie „restatements" wydawane są przez Amerykański Instytut Prawa (*American Law Institute* - ALI). Jest to stowarzyszenie, którego członkami są sędziowie, adwokaci i profesorowie prawa. *Restatements* nie stanowią obowiązującego prawa, jednak, ze względu na autorytet ich autorów cieszą się dużym uznaniem sądownictwa, a ich fragmenty są cytowane – jako uzasadnienie rozstrzygnięcia – w dziesiątkach tysięcy wyroków. Jednakże zarówno poprawność „skodyfikowania" norm w *restatements,* jak i to, czy zostały one prawidłowo (zgodnie z intencją autorów) odczytane przez sądy w poszczególnych sprawach, pozostaje przedmiotem ożywionej dyskusji w amerykańskiej nauce prawa. W ten sposób powstaje charakterystyczny mechanizm wzajemnego oddziaływania orzecznictwa na *restatements* i odwrotnie[339].

Pierwsze *restatement* dotyczące prawa międzynarodowego, w tym zagadnień kolizji ustawodawstw - *Restatement (first) of Conflicts of Laws* - wydane zostało w roku 1934. Opierało się ono na unilateralistycznym podejściu do problematyki zakresu jurysdykcji państw (Ryngaert 2006: 196). Jeżeli chodzi o zagadnienie, czy wystąpienie skutków na terytorium *forum* można traktować jako łącznik jurysdykcyjny, w § 65 *Restatement (first)* za

[338] Pojęcie to nie ma dobrego polskiego odpowiednika, dlatego w dalszych fragmentach pracy używany będzie termin angielski.

[339] Na temat skomplikowanej relacji pomiędzy amerykańskim c*ommon law* oraz *Restatements* zob. (Parrish 2011, Adams 2007, Dodge 1998 a: 130 i nast., Hixson 1998) oraz powołana w tych artykułach literatura.

regułę prawa międzynarodowego publicznego poczytano, że: „jeżeli konsekwencje czynu podjętego w jednym państwie występują w innym państwie, każdemu z państw, w którym nastąpiło choćby jedno z łańcucha wydarzeń składających się na ten czyn, jak też i państwu, w którym nastąpiły skutki tego czynu, przysługuje jurysdykcja”[340]. Sędzia L. Hand, uzasadniając istnienie jurysdykcji USA w sprawie *Alcoa* powołał się na treść § 65, jak również na orzecznictwo w sprawach karnych, oparte na przytoczonej zasadzie. Jednak, jak zauważa (Dodge 1998a : 126), autorzy tego opracowania ostrożnie przyjmowali doktrynę skutków, zaś ich intencją było raczej stosowanie jej w sprawach karnych. Wykorzystanie jej w sprawie antytrustowej wykraczało zatem poza zakres założony przez autorów *Restatement (first) of Conflicts of Laws*.

Z kolei w *Restatement (second) of Foreign Relations Law*, z roku 1965, unilateralistyczny punkt widzenia zastąpiono multilateralistycznym, opartym na doktrynie „wyważania interesów”, co było wynikiem rozpowszechnienia się poglądów głoszonych przez profesora Kingmana Brewstera. Jurysdykcja miała przysługiwać państwu, z którym zdarzenie miało „najsilniejszy związek”, zaś oceny tego sądy dokonywać miały na podstawie wskazanych w *Restatement* kryteriów „wyważania interesów” (Dodge 1998 a: 125). Jeżeli chodzi o szczegółowe zagadnienia prawa antytrustowego, w § 18 *Restatement (second),* zbieżnie z obowiązującą wówczas tendencją orzeczniczą, przyjęto, że zachowanie i jego skutki muszą stanowić konstytutywne elementy zdarzenia, którego dotyczy norma lub że występujące na terytorium USA skutki muszą być istotnym, bezpośrednim i przewidywalnym następstwem zachowań podjętych poza terytorium USA, aby mogły zostać uznane za łącznik uzasadniający jurysdykcję w sprawach antytrustowych (Ryngaert 2006: 233)[341].

[340] W oryginale: ”(…) if consequences of an act done in one state occur in another state, each state in which any event in the series of act and consequences occurs may exercise legislative jurisdiction”. Przytoczenie za: (Dodge 1998a: 125), tłum. własne.

[341] W oryginale; „A state has jurisdiction to prescribe a rule of law attaching legal consequences to conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory, if either (a) the conduct and its effect are generally recognized as constituent elements of a crime or tort under the law of states that have reasonably developed legal systems, or (b) (i) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies; (ii) the effect within the territory is substantial; (iii) it occurs as a direct and foreseeable result of the conduct outside the territory; and (iv) the rule is not inconsistent with the principles of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal systems.”, tj. „Państwu przysługuje jurysdykcja do stanowienia normy wiążącej prawne konsekwencje z zachowaniem mającym miejsce poza jego terytorium a powodującym skutki na jego terytorium, jeżeli albo (a) zachowanie i jego skutki są powszechnie uznawane za elementy konstytutywne przestępstwa albo deliktu prawa cywilnego, zgodnie z prawem państw posiadających względnie rozwinięte systemy prawne, albo (b) (i) zachowanie i jego skutki są konstytutywnymi elementami zdarzenia, którego dotyczy norma, (ii) skutek na terytorium jest istotny (ii) ma charakter bezpośredniego i przewidywalnego następstwa zachowania podjętego poza terytorium i (iv) norma nie jest niespójna z zasadami sprawiedliwości powszechnie uznawanymi przez państw posiadające względnie rozwinięte systemy prawne”, przytoczenie za: (Hixson 1988:133), tłum. własne.

Warto przypomnieć, że § 18 *Restatement (second)* przywoływany był w sprawie *ICI I* (zob. rozdz. 2.2.2.1).

Z kolei w atmosferze międzynarodowych konfliktów, dotyczących nazbyt szerokiego, eksterytorialnego stosowania przez amerykańskie sądy krajowego prawa antytrustowego, w latach 70 i 80 XX w. oraz na tle protestów samych amerykańskich przedsiębiorców dotyczących tego zagadnienia, w roku 1987 ALI przygotował *Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States*. Odnośnie do geograficznego zakresu stosowania amerykańskiego ustawodawstwa antytrustowego najczęściej przytaczane (i dyskutowane) są § 402 (statuujący zasadnicze przesłanki istnienia jurysdykcji legislacyjnej państwa), § 403 (wskazujący wyjątki od tych zasad oraz katalogujący przesłanki „wyważania interesów") oraz § 415 (dotyczący szczegółowych reguł jurysdykcji w dziedzinie prawa antytrustowego). Zgodnie z § 415, jurysdykcja przysługuje państwu, na obszarze którego ma miejsce zachowanie lub w którym umowa jest wykonywana (ang. *carried out*). Jednakże przysługuje ona USA również, gdy „głównym celem [zakazanej praktyki] jest zakłócenie handlu Stanów Zjednoczonych i gdy taka umowa lub zachowanie ma jakikolwiek wpływ na ten handel" albo „gdy umowa lub zachowanie mają istotny wpływ na handel Stanów Zjednoczonych, a wykonywanie jurysdykcji nie jest nierozsądne" [342].

Kryteria „wyważania interesów" zawarte w *Restatement* z 1987 r. są podobne do tych zapisanych w *Restatement (second) of Conflict of Laws*. Pomiędzy „starym" i „nowym" *Restatement* występują jednak różnice w sposobie ich sformułowania, odzwierciedlające wpływ podejścia przyjętego w sprawie *Timberlane* (Ryngaert 2006: 246). Paragraf 6 *Restatement (second)* nakazywał brać pod uwagę „właściwe polityki zainteresowanych państw i względny interes tych państw [tj. ujmowany w porównaniu do interesu USA] w przyjęciu regulacji prawnej dotyczącej danej kwestii". Z kolei, zgodnie z § 403 *Restatement (third)* należy uwzględnić „istotność danej regulacji prawnej dla państwa, które ją ustanowiło" oraz to „jak dalece państwo trzecie ma interes w przyjęciu regulacji dotyczącej danego zachowania"[343]. Redakcja tych sformułowań pozostawia szerokie pole do interpretacji. Warto zauważyć, że zarówno orzeczenie w sprawie *Hartford Fire* (uznające istnienie jurysdykcji USA, ze względu na skutki zmowy zaistniałe w tym kraju), jak i zdanie odrębne złożone w tej sprawie przez sędziego J. Scalię - który stał na stanowisku, iż USA nie

[342] W oryginale: "if a principal purpose is to interfere with the commerce of the United States, and the agreement or conduct has some effect on that commerce," or "the agreements or conduct have substantial effect on the commerce of the United States and the exercise of jurisdiction is not unreasonable.", przytoczenie za: (Fox 2009: 163), tłum. własne.

[343] Szczegółowo na temat różnić pomiędzy *Restatement (third)* a *Restatement (second)* zob. Hixson 1988.

przysługiwała jurysdykcja - odwoływały się do tych samych kryteriów, zapisanych w §§ 403 i 415 *Restatement (third)*. W literaturze rozgorzała dyskusja, jak należy prawidłowo rozumieć te przesłanki (Dodge 1998a :130). Nie jest także jasna relacja pomiędzy §§ 402 i 403 (dotyczącymi ogólnych zasad służących ustalaniu, czy państwu przysługuje jurysdykcja) a § 415 (dotyczącym jurysdykcji w sprawach antytrustowych). O ile sformułowania tych pierwszych sugerują że proces „wyważania interesów" powinien być podejmowany w odniesieniu do każdej sprawy (nie tylko antymonopolowej), o tyle § 415 można odczytywać w ten sposób, iż w przypadku gdy celem zakazanej praktyki lub jej skutkiem jest wpływ na handel USA, obowiązek wyważania interesów nie zachodzi- tj. USA zawsze przysługuje jurysdykcja w takich przypadkach. W szczególności uderzające jest to, że § 402 odwołuje się do kryteriów „istotności", „bezpośredniości" i „przewidywalności" jako przesłanek, od których zależy istnienie jurysdykcji ze względu na skutki zaistniałe na terytorium państwa *forum*, zaś § 415 pomija milczeniem kwestie „bezpośredniości" i „przewidywalności", a w stosunku do praktyk, których intencją jest zakłócenie handlu na obszarze USA nie wymaga nawet, by zaistniałe na terenie USA skutków antykonkurencyjnej praktyki były „istotne" (Dodge 1998a :139). Nadto, postanowienia *Restatement (third)* bynajmniej nie wytyczają jasno granic jurysdykcji krajowej w oparciu o normy wynikające z prawa międzynarodowego publicznego. Katalogują one jedynie pewne reguły „wstrzemięźliwości jurysdykcyjnej", wypracowane przez amerykańskie sądownictwo. „Otwarty" charakter kryteriów służących przeprowadzaniu procesu „wyważania interesów" powoduje zatem, iż trudno jest przewidzieć, jaki będzie rezultat tego procesu w danym postępowaniu. *Restatement (third)* nie daje też jednoznacznych odpowiedzi co do roli przesłanek „istotności", „bezpośredniości" i „przewidywalności" skutków (Hixson 1988:127).

2.4. Podsumowanie

Celem norm prawa antymonopolowego (antytrustowego) zarówno UE, jak i USA jest ochrona prawidłowości funkcjonowania mechanizmu konkurencji na własnym terytorium. Mimo tak samo określonego celu, ewolucja prawa (orzecznictwa) antytrustowego przebiegała w tych porządkach prawnych odmiennie. Jednakże, organy ochrony konkurencji obu tych podmiotów prawa międzynarodowego nie wahały się odejść od klasycznie pojmowanego łącznika terytorium jako okoliczności uzasadniającej wykonywanie jurysdykcji w dziedzinie prawa ochrony konkurencji. Pragmatyczne podejście do zaspokojenia potrzeby ochrony gospodarki - jak w szczególności przeciwdziałanie kartelom importowym szkodzących rynkom krajowym - przeważyło nad skłonnością do dochowania wierności

tradycyjnie ujmowanej koncepcji terytorializmu. W UE skutek w postaci zakłócenia konkurencji zaczął być traktowany jako łącznik jurysdykcyjny w rezultacie stosowania koncepcji *single economic unit*, a następnie rozszerzania zakresu znaczeniowego pojęcia „zachowania podjętego na terytorium", widocznego w kolejnych orzeczeniach KE i organów sądowych UE (odpowiednio – jej poprzedników prawnych). Współcześnie organy UE w swoich orzeczeniach nie odżegnują się jednak i od samego łącznika wystąpienia skutków na terytorium jako dostatecznej przesłanki jurysdykcyjnej, nie uzasadniając już jurysdykcji w oparciu o zasadę obiektywną terytorialną, która wymaga zaistnienia fizycznego aktu zachowania na terytorium *forum.* Z kolei w USA już od lat 40 XX w. otwarcie uznawano wystąpienie na terytorium *forum* negatywnych ekonomicznych konsekwencji zachowania za legalny łącznik jurysdykcyjny, odrębny od samego zachowania. Wyraźne były przy tym w amerykańskim orzecznictwie antymonopolowym nawiązania do spraw karnych, w których to pierwotnie wykształcił się łącznik skutków. Współcześnie - mimo różnej historii - podejście do skutków jako łącznika jurysdykcyjnego w sprawach antymonopolowych jest w orzecznictwie organów ochrony konkurencji USA i UE bardzo zbliżone. Za zgodne z prawem uznaje się wykonywanie jurysdykcji opartej na zaistnieniu skutków zakazanej antykonkurencyjnej praktyki na obszarze *forum*, choćby zachowanie będące ich źródłem miało miejsce w państwie trzecim, a jego uczestnikami byli (wyłącznie) przedsiębiorcy zagraniczni. W USA od 1945 sądy odwołują się do doktryny skutków, bez wahania używając tego właśnie sformułowania. Organy sądowe UE do dzisiaj w żadnym z orzeczeń nie posłużyły się tym określeniem, mimo że wykonywanie jurysdykcji ze względu na zaistnienie skutków (w postaci zakłócenia konkurencji) na terytorium UE widoczne jest w ich orzeczeniach od samych początków stosowania traktatowych przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych.

W orzecznictwie organów sądowych UE (jej poprzedników prawnych) bardzo wyraźna jest skłonność do uzasadniania przestrzennego zakresu własnej jurysdykcji w oparciu o „klasyczną" podstawę jurysdykcyjną, tj. łącznik terytorium oraz do unikania odwołań do doktryny skutków. Sądy unijne nie powołują się na sprawę *Lotus,* ani na przyjętą tam koncepcję nieograniczonych kompetencji jurysdykcyjnych państw-suwerenów w aspekcie przestrzennym, w odniesieniu do jurysdykcji legislacyjnej. Wywody Sądu (odpowiednio: Sądu Pierwszej Instancji) i Trybunału formułowane są w sposób ostrożny, często też pozostawiają niektóre zagadnienia dotyczące podstaw jurysdykcji bez jednoznacznego wyjaśnienia. Organy te zadowalają się formułowaniem doraźnych, kazuistycznych rozstrzygnięć, unikając wydania jednoznacznych, ogólnych wytycznych co do

przestrzennego zasięgu jurysdykcji UE (WE) w sprawach antymonopolowych. Niejednoznaczność stanowiska sądów co do doktryny skutków potęguje fakt, iż okoliczność „spowodowania antykonkurencyjnych skutków na wspólnym rynku" jest w orzeczeniach przedmiotem rozważań nie tylko w aspekcie zakresu jurysdykcji, ale również w kontekście przesłanek materialnoprawnych wyrażonych w art. 101 i art. 102 TFUE. Te płaszczyzny analizy niezwykle rzadko bywają w orzeczeniach rozdzielane.

O ile jest to możliwe w danej sprawie, organy sądowe UE (WE/EWG) powołują jako podstawę jurysdykcji łącznik „zachowania na terytorium", rozumiejąc wszakże to pojęcie w sposób bardzo elastyczny. Stany faktyczne kolejnych spraw sprawiły jednak, że stosowanie tej metody było coraz trudniejsze. Okoliczności faktyczne spraw wymusiły widoczną ewolucję orzecznictwa - od prób uzasadniania jej w oparciu o obiektywną odmianę zasady terytorialnej (sprawy sprzed orzeczenia *ICI I*), poprzez wykorzystanie koncepcji *single economic unit* (*ICI I*, 1972 r.), doktrynę implementacji (*Wood Pulp I*, 1988 r.)[344], aż po „kryterium skutków" - istotnych, bezpośrednich i rozsądnie przewidywalnych (*Gencor*, 1999 r.). Współcześnie jesteśmy świadkami kształtowania się w orzecznictwie nowej formuły doktryny implementacji. Pozwala ona na zakreślenie przestrzennych granic jurysdykcji UE bodaj jeszcze szerzej, niż byłoby to możliwe w oparciu o doktrynę skutków (*InnoLux - 2015 r., Intel- 2017 r.).*

Można powiedzieć, że w każdym kolejnym postępowaniu, aż do dziś, „mści się" doraźność wcześniejszych rozstrzygnięć i uchylanie się od zajęcia jednoznacznego stanowiska odnośnie do zagadnienia przestrzennego zakresu jurysdykcji w sprawach ochrony konkurencji i jej międzynarodowoprawnych podstaw (co też niekiedy jest przedmiotem krytycznych uwag rzeczników generalnych). Wydane w ostatnich latach wyroki, w których przedmiotem rozważań jest terytorialny zakres jurysdykcji organów UE w sprawach antymonopolowych, szukają zakotwiczenia w orzeczeniach, w których organy sądowe EWG musiały po raz pierwszy zmierzyć się z tym zagadnieniem. Jednakże okoliczności faktyczne poszczególnych spraw stawiają przed organami UE nowe wyzwania i wymagają „adaptacji" norm do realiów współczesnej, zglobalizowanej gospodarki. Pragmatyczne podejście do potrzeby zapewnienia ochrony konkurencji na wspólnym rynku powoduje, że normy dotyczące przestrzennego zakresu jurysdykcji UE „dekodowane" przez te organy w poszczególnych sprawach nie są w istocie tożsame z tymi sformułowanymi w wyrokach z

[344] Te zabiegi organów antymonopolowych UE (odpowiednio: WE lub EWG) zmierzające do uniknięcia wyraźnego przyznania, iż stosowana jest doktryna skutków (Molski 2002:17) określa jako „pseudoterytorialność".

początków funkcjonowania EWG. Choć we współczesnym orzecznictwie organy te odwołują się do wcześniejszych rozstrzygnięć jako do źródła stosowanych reguł, nie można oprzeć się wrażeniu, że tworzy się w ten sposób tylko pozór niezmienności normy. Widoczna jest tendencja do dokonywania celowościowej i rozszerzającej wykładni tych „pierwotnych" norm, wynikająca z pragmatycznej (acz niewypowiedzianej wprost) potrzeby, by objąć jurysdykcją UE wszystkie rynkowe praktyki zakłócające (potencjalnie lub faktycznie) funkcjonowanie mechanizmu konkurencji na obszarze UE (odpowiednio: również EOG). W szczególności niewystarczająca okazała się doktryna implementacji w kształcie określonym w sprawie *Wood Pulp I*, gdzie zauważalne są próby nawiązania do „klasycznego" ujęcia łącznika terytorium poprzez odwołanie do miejsca podjęcia przez przedsiębiorców określonych działań. Określenie „dostatecznego powiazania" jako zachowania polegającego na „wdrożeniu zakazanej praktyki na obszarze UE polegającego na bezpośredniej sprzedaży na ten obszar produktów będących przedmiotem porozumienia" okazało się formułą zbyt wąską, nieodpowiadającą dzisiejszym potrzebom. Ujawniły to w szczególności sprawy *Intel i InnoLux,* rodząc istotne pytania o istnienie jurysdykcji UE w sytuacjach, gdy na obszar UE wprowadzane są produkty wytworzone z wykorzystaniem komponentów będących przedmiotem antykonkurencyjnego porozumienia, bądź też gdy towar będący przedmiotem takiego porozumienia wprowadza na obszar UE podmiot, któremu nie można przypisać udziału w takim porozumieniu. Z jednej strony, niedostatki formuły „terytorialnej" zmusiły sądy UE do otwartego przyznania, że „kryterium implementacji" i „kryterium skutków" to dwie odrębne podstawy dla jurysdykcji UE w sprawach antymonopolowych. Z drugiej - widoczna jest tendencja do „rozciągania" doktryny implementacji, polegająca na przypisywaniu atrybutu „wdrażania na terytorium UE" (odpowiednio: EOG) zachowaniom faktycznie podjętym poza tym terytorium. Sprawia to, że argumentacja organów ochrony konkurencji UE - mająca na celu wykazanie, jakoby określone zachowanie przedsiębiorców zostało podjęte na terytorium Unii - balansuje na granicy absurdu, co ujawniło się szczególnie mocno w dwóch ww. sprawach. Mimo to, do tej pory w orzecznictwie sądów UE nie przyznano otwarcie, iż w praktyce stosowania art. 101 i art. 102 TFUE regularnie mamy do czynienia z konstrukcją, którą nauka prawa nazywa „doktryną skutków". Nie było też bodaj rozstrzygnięcia, sądowego, które *expressis verbis* oparto by wyłącznie na „kryterium skutków". Nawet w sprawie *Gencor* – którą doktryna powszechnie uznaje za początek stosowania doktryny skutków w prawie UE - Trybunał odwoływał się do pojęcia „wdrożenia porozumienia koncentracyjnego na obszarze wspólnoty".

Orędownikami doktryny skutków jest natomiast wielu rzeczników generalnych, choć zwykle opowiadają się oni za jej zawężeniem do skutków kwalifikowanych, tj. przewidywalnych, bezpośrednich (lub natychmiastowych) i istotnych.

Zdecydowanie bardziej jednoznaczne stanowisko, wyrażające akceptację dla doktryny skutków jako podstawy jurysdykcji w sprawach antymonopolowych, zajmuje również Komisja. Zarówno w decyzjach - i to z dość wczesnego okresu, np. w sprawie *ICI I*- jak i stanowiskach przedstawianych w odpowiedziach na odwołania od decyzji, znajdziemy wyraźne nawiązania do „*reguły Lotus*" i - w związku z tym - odniesienia do problematyki „skutków na terytorium" jako łącznika jurysdykcyjnego oraz do doktryny skutków. Również w swoich raportach dotyczących stosowania reguł konkurencji, Komisja już od lat 70 XX w. uznaje, że jest to legalna podstawa jurysdykcyjna. W wytycznych z 2004 r. - *Guidelines on the effect on trade concept* [345] - Komisja wskazała na doktrynę implementacji i doktrynę skutków jako dwie osobne podstawy jurysdykcji. Mimo wyraźnej deklaracji Komisji co do legalności doktryny skutków, zauważalna jest jej skłonność do uzasadniania swojej jurysdykcji z wykorzystaniem doktryn wypracowanych wcześniej przez organy sądowe (*single economic unit*, doktryna implementacji), a dopiero gdy okażą się niewystarczające – stosowanie doktryny skutków.

Ponadto, należy dostrzec, że doktryna *single economic unit*, doktryna skutków i doktryna implementacji nie wyczerpują katalogu podstaw jurysdykcyjnych powoływanych przez Komisję w celu sprawowania jurysdykcji eksterytorialnej. Często bowiem Komisja (przy poparciu niektórych rzeczników generalnych) jako łączniki jurysdykcyjne traktuje też różne elementy stanu faktycznego konkretnej sprawy, odwołując się do doktryny „dostatecznego powiązania" z terytorium. Nierzadko jest to przesłanka „wpływu praktyki na handel między państwami członkowskimi", mimo że współcześnie okoliczność tę uważa się raczej za przesłankę rozgraniczającą zakres jurysdykcji Komisji od jurysdykcji państw członkowskich[346].

Wykonując eksterytorialną jurysdykcję w sprawach antymonopolowych organy UE z rzadka tylko biorą pod uwagę interes innych członków międzynarodowej społeczności

[345] *Commission Notice — Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty* (Obwieszczenie Komisji- wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel ujętego w art. 81 i 82 Traktatu) Dz. Urz. UE 2004 C 101/81. W motywie 100 tego dokumentu wskazano, że „Artykuły 81 i 82 stosuje się niezależnie od miejsca siedziby przedsiębiorców oraz miejsca zawarcia porozumienia, o ile porozumienie lub praktyki zostały wdrożone we Wspólnocie albo wywołały skutki we Wspólnocie.".

[346] Zob. uwagi w opiniach rzeczników M. Darmona – rozdz. 2.2.2.2. oraz D. Maryasa – rozdz. i 2.2.2.3., jak również uwagi w rozdz. 3.7.

państw jako okoliczność, która winna ewentualnie ograniczać aspiracje jurysdykcyjne UE[347]. Odniesienia do koncepcji „jurysdykcyjnej reguły rozsądku" pojawiają się w ich orzeczeniach tylko w postaci doktryny „rzeczywistego konfliktu", czy też „przymusu obcego suwerena".

Niektóre zagadnienia dotyczące eksterytorialnej jurysdykcji UE nie znalazły jeszcze w orzecznictwie dostatecznego wyjaśnienia. Przykładowo, można wskazać na problem, czy normatywna zawartość art. 101 TFUE (co dotyczy też art. 102 TFUE) stanowi:

a) wyłącznie materialnoprawną podstawę oceny, czy daną praktykę należy zakwalifikować jako zakazaną, zaś przestrzenny zakres jurysdykcji organów UE powinien być określany na podstawie innych norm,
czy też

b) właściwą podstawę do określenia zarówno zakresu przestrzennego jurysdykcji Komisji w sprawach antymonopolowych, jak i materialnoprawną podstawę służącą jako podstawa oceny, czy daną praktykę należy zakwalifikować jako zakazaną.

Ustalenie powyższego ma znaczenie dla odpowiedzi na pytanie, czy jurysdykcją UE objęte są praktyki, których przedsiębiorcy zagraniczni dopuścili się poza obszarem UE, a których celem (ale nie skutkiem) jest zakłócenie konkurencji na obszarze UE. Jeżeli bowiem przyjąć za obowiązujący wariant „b", sam antykonkurencyjny cel takiego porozumienia mógłby stanowić „dostateczne powiązanie" uzasadniające eksterytorialne sprawowanie jurysdykcji (por. np. Jurkowska-Gomułka (w:) Skoczny, Jurkowska (red.) 2007:266).

Podobnie nie jest jasne to, w jakiej relacji pozostają kryteria „przewidywalności", „bezpośredniości", „natychmiastowości" i „istotności" zakłócenia konkurencji na terytorium UE (powoływane w orzecznictwie i przez rzeczników generalnych) do przesłanki „odczuwalności" tego skutku. Wymaganie „odczuwalności" zostało użyte jako kryterium warunkujące stosowanie art. 101 TFUE w komunikacie Komisji „Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*)[348]. Również z orzecznictwa sądowego wynika, że art. 101 TFUE nie stosuje się, jeżeli wpływ porozumienia na handel wewnątrz wspólnego rynku oraz na konkurencję na obszarze

[347] Jeżeli potrzeba zachowania dobrych relacji w stosunkach międzynarodowych jest *de facto* uwzględniania przy rozstrzyganiu poszczególnych spraw, nie znajduje to odzwierciedlenia w uzasadnieniach orzeczeń.

[348] Komunikat Komisji „Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*)", Dz. Urz. UE 2014 C 291/1.

wspólnego rynku nie jest „odczuwalny" (ang. *appreciable*; tzw. „doktryna *de minimis*"). Nie jest zwłaszcza jasne, czy przesłanki z pierwszej grupy mają charakter jurysdykcyjny, czy też materialnoprawny. Gdyby zaś przesłanki z obu grup miały mieć charakter materialnoprawny - jaka jest różnica znaczeniowa pomiędzy „istotnością" (ang. *substantiality*) a „odczuwalnością" (ang. *appreciability*).

Mimo wyraźnej skłonności orzecznictwa do szerokiego zakreślania kompetencji UE do eksterytorialnego wykonywania jurysdykcji, organy UE nie dysponują prawnymi narzędziami odpowiednimi do tego, by wyegzekwować obowiązki nałożone wyłącznie na zagranicznych przedsiębiorców (czy to grzywny, czy to np. obowiązku dostarczenia informacji lub dokumentów). Posłużenie się przymusem fizycznym lub też finansowym mieści się w dziedzinie jurysdykcji egzekucyjnej, której wykonywanie – zgodnie z *regułą Lotus* – nie może wykraczać poza terytorium *forum*. Zawarte przez UE umowy międzynarodowe dotyczące współpracy w sprawach antymonopolowych nie przewidują wykonania decyzji (orzeczeń) organów UE przez organy innych podmiotów prawa międzynarodowego, na ich własnych terytoriach.

Niezależnie od tego, że część zagadnień prawnych pozostaje jeszcze niewyjaśniona, nie budzi obecnie żadnych wątpliwości to, że wystąpienie na obszarze UE skutków w postaci zakłócenia konkurencji jest w praktyce stosowania art. 101 i 102 TFUE traktowane jako łącznik jurysdykcyjny również wówczas, gdy przyczyną tego zakłócenia jest zachowanie przedsiębiorców będących przynależnymi państw trzecich, mające miejsce poza obszarem UE. Zupełnie bez znaczenia dla tej konstatacji pozostaje fakt, że organy sądowe UE nie przyznają wyraźnie, iż stosują doktrynę skutków. Co więcej, orzeczenia wydane w ostatnich latach pozwalają zauważyć (mimo prób zachowania pozorów powściągliwości podejmowanych przez sądy UE) coraz bardziej agresywny ich styl posługiwaniu się tą doktryną. Nie mniej agresywny bynajmniej, niż „imperialistyczny" zarzucany często sądom USA (Molski 2005:800). Pokazują to zwłaszcza orzeczenia wydane w sprawach *Elektrod grafitowych, GIS, Intel i InnoLux.*

Z kolei orzecznictwo sądów USA dotyczące przestrzennego zakresu stosowania amerykańskich przepisów antytrustowych przeszło drogę odzwierciedlającą w dużym stopniu politykę gospodarczą USA w poszczególnych okresach (Kardach 1997:120). Znaczył ją izolacjonizm gospodarczy w okresie przed II Wojną Światową, następnie podejście „imperialistyczne"- postrzegania USA jako strażnika mechanizmu konkurencji w skali globalnej - który trwał z pewnością jeszcze do początku XXI w. (Molski 2005:803), acz „przerywany" był epizodami wzmożonego stosowania jurysdykcyjnej reguły rozsądku

(*comity*). Obecnie, jak się wydaje, orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Empagran* oraz Sądu Apelacyjnego Siódmego Okręgu w sprawie *Motorola*, znaczą przedświt powrotu do szerokiego stosowania jurysdykcyjnej reguły rozsądku. W szczególności przejawia się ona w ograniczeniu dostępu do amerykańskich sądów zagranicznym powodom prywatnym, którzy w wyniku antykonkurencyjnej praktyki odnieśli szkodę poza terytorium USA, choćby nawet źródłem tej szkody było to samo zachowanie (kartel), które spowodowało zakłócenie konkurencji na terytorium USA.

Inaczej niż w UE, doktryna skutków w sprawach antytrustowych pojawiła się w rozstrzygnięciach amerykańskich sądów jako wynik ekstrapolacji na tę dziedzinę prawa teorii jurysdykcyjnych stosowanych w prawie karnym. Od momentu zastosowania „testu skutków" w sprawie *Alcoa* towarzyszy ona niezmiennie aż do dziś amerykańskim sądom, które otwarcie przyznają się do jej stosowania. Co więcej, na doktrynie skutków opierają się niektóre regulacje ustawowe dotyczące spraw antytrustowych, jak np. przepisy FTAIA.

Podobnie jak w prawie UE, nie jest jasne, czy stosowane przez sądy przesłanki „przewidywalności", „bezpośredniości", „istotności" wpływu praktyki na handel USA (a niekiedy i inne stosowane w orzecznictwie warunki kwalifikujące antykonkurencyjny skutek) traktować należy jako kryteria jurysdykcyjne, czy też kryteria prawa materialnego.

Tak samo również jak w UE - co na tle wcześniejszych rozważań jest już dość oczywiste – nie istnieją w tym prawie instrumenty pozwalając przeprowadzić poza terytorium USA egzekucję „eksterytorialnych" rozstrzygnięć.

Istotną różnicę pomiędzy podejściem europejskim a amerykańskim stanowi stosunek do *comity,* czy też „jurysdykcyjnej reguły rozsądku". W USA reguła ta jest tradycyjnie stosowana, aczkolwiek w poszczególnych okresach zmieniał się sposób jej rozumienia przez sądy, co wpływało na stopień ich samoograniczania się w wykonywaniu jurysdykcji. Odrębną kwestią pozostaje zatem, czy deklarowane stosowanie reguły rozsądku jako metody ograniczenia eksterytorialnych aspiracji jurysdykcyjnych w istocie przyniosło taki efekt.

Różnorodność punktów widzenia przyjmowanych przez amerykańskie sądownictwo na zagadnienie geograficznego zasięgu prawa antytrustowego tego państwa nie pozwala na dekodowanie szczegółowych ustalonych norm prawa USA regulujących tę kwestię. Wydaje się jednak, że możliwe jest sformułowanie dwóch wniosków ogólniejszej natury. Po pierwsze - w prawie USA, w dziedzinie ochrony konkurencji, wystąpienie na terytorium *forum* antykonkurencyjnych skutków danego zachowania generalnie uznaje się za legalny łącznik jurysdykcyjny. Po drugie - przewagę zyskuje stopniowo podejście multilateralistyczne (oparte na jurysdykcyjnej regule rozsądku) jeśli przyjąć, że linia orzecznicza zapoczątkowana

przez sprawy *Empagran* (rozstrzygnięcie SN) oraz *Motorola* będzie kontynuowana oraz że kształt doktryny „wyważania interesów", czy też „jurysdykcyjnej doktryny rozsądku" wyrażony w *Restatement (third)* stanowi dostatecznie rzetelne odzwierciedlenie aktualnego stanu prawa[349]. Trafność tych spostrzeżeń potwierdza (Fox 2009: 163).

Ewolucja norm amerykańskiego prawa dotyczących omawianych zagadnień wciąż trwa. W swoim artykule z 2009 r. - *Modernization of effects jurisdiction: from hands-off to hands-linked* - prof. E. Fox zaprezentowała stanowisko, że doktryna skutków jako taka nie budzi już istotnych kontrowersji między państwami i stała się obowiązującą normą prawa międzynarodowego publicznego. Dostrzegła, iż obecnie panuje generalnie zgoda międzynarodowej społeczności państw co do tego, że konkurencja jest wartością wymagającą prawnej ochrony. Państwa są wg niej również zgodne co do tego, że w dobie globalizacji gospodarki niezbędne jest tworzenie krajowych przepisów o charakterze publicznoprawnym, w celu zapewnienia ochrony konkurencji. Zdaniem E. Fox obecnie nacisk większy niż kiedykolwiek należy położyć na współpracę państw polegającą na wzajemnym wdrażaniu krajowych norm chroniących mechanizm konkurencji. Tym, co – jej zdaniem – obecnie może być punktem spornym, jest sposób pojmowania zjawiska „konkurencji" i tego, jakie zachowania są „prokonkurencyjne" a jakie „antykonkurencyjne". E. Fox wezwała w związku z tym do podjęcia prac nad kolejnym restatement (*Restatement Fourth of Foreign Relations Law*), lepiej dopasowanym do bardziej „otwartego i kosmopolitycznego świata". W artykule zaproponowała przy tym odpowiednie zmiany, w stosunku do *Restatement (third)* (Fox 2009: 160). Prace nad tym dokumentem rozpoczęły się w roku 2012, zaś ukończone zostały w roku 2017[350]. W § 201 tego opracowania uznano, że normy prawa nakazują amerykańskim sądom stosować jurysdykcyjną regułę rozsądku w procesie podejmowania decyzji o wykonywaniu jurysdykcji. Z kolei w § 203 wyraźnie zapisano obowiązywanie domniemania przeciwko eksterytorialności (czego brak było w poprzednim *Restatement*). Osobna jednostka redakcyjna – § 213 – poświęcona została jurysdykcji opartej na wystąpieniu skutków. Wyraźnie zaznaczono tam, że jest to zabieg celowy. Ma on ilustrować odrębność tej podstawy jurysdykcyjnej od zasady terytorialnej (zwłaszcza od obiektywnej zasady terytorialnej i wypływającej z niej koncepcji skutku jako „konstytutywnego elementu" zachowania). W paragrafie tym wyraźnie podkreślono, że doktryna skutków, w wyniku ewolucji,

[349] Na temat skomplikowanej relacji pomiędzy amerykańskim *common law* oraz Restatements zob. (Adams 2007).

[350] Informacja pochodzi ze strony internetowej ALI - https://www.ali.org/publications/show/foreign-relations-law-united-states/ (15 grudnia 2017 r.).

funkcjonuje obecnie w prawie międzynarodowym publicznym jako odrębna podstawa wykonywania jurysdykcji, w szczególności w dziedzinie publicznego prawa gospodarczego (Dodge 2017: 149, 150) .

W świetle przedstawionych rozważań nie może budzić wątpliwości, że skutki w postaci zakłócenia konkurencji na terytorium państwa *forum*, spowodowane przez zachowania przedsiębiorców mających obcą przynależność państwową, podjęte poza tym terytorium, są uznawane za powiązanie uzasadniające jurysdykcję zarówno w prawie ochrony konkurencji USA, jak i UE. Organy ochrony konkurencji obu tych podmiotów prawa międzynarodowego stosują to kryterium od wielu lat - USA od sprawy *Alcoa*, z 1945 r., UE (co najmniej) od sprawy *Gencor*, z 1999 r. W ciągu ostatnich lat sam fakt wykonywania jurysdykcji w oparciu o kryterium skutków nie był przyczyną konfliktów jurysdykcyjnych pomiędzy UE i USA. W szczególności nie stosują one żadnych instrumentów „blokujących" wzajemnie swoją jurysdykcję eksterytorialną. Od 1991 roku obowiązuje między UE i USA umowa o współpracy w sprawach ochrony konkurencji, bazująca na regule *comity*. Umowa nie zawiera norm rozgraniczających przestrzenny zasięg jurysdykcji stron w sprawach antymonopolowych. W szczególności nie wyklucza również uprawnienia każdej z nich do wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej bazującej na doktrynie skutków. Powyższe również stanowi wyraz wzajemnej akceptacji dla stosowania takiej zasady jurysdykcyjnej.

Jak wzmiankowano w rozdziale 1.3.3., również i inne państwa stosują doktrynę skutków w swoich porządkach prawnych. Co więcej nie wnoszą one sprzeciwu wobec jej regularnego stosowania przez UE i USA. Ostatnim głosem sprzeciwu wobec jej stosowania (przez USA) był list *amicus curiae* wystosowany w sprawie *Hartford Fire* (rok 1992). Powyższe pozwala zgodzić się z postawnioną przez E. Fox tezą, iż współcześnie w dziedzinie prawa ochrony konkurencji doktryna skutków funkcjonuje jako samodzielna, legalna zasada jurysdykcyjna.

Rozdział 3

Terytorialny zasięg ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a możliwość jej stosowania do transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych - problematyka procedury i egzekucji

3.1. Uwagi wprowadzające

W przepisach ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[351] (dalej zamiennie również jako ustawa, ustawa antymonopolowa lub OKiKu) przewidziano dwie kategorie zakazanych praktyk antykonkurencyjnych – porozumienia „których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym“ (porozumienia antykonkurencyjne - art. 6 ust. 1) oraz nadużywanie pozycji dominującej (art. 9 ust. 1 i 2) [352].

Powodem podjęcia badań nad problematyką eksterytorialnego stosowania tych przepisów jest treść art. 1 ust. 2 OKiKu. Przepis ten stanowi, że „Ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym *konkurencję,* praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów oraz stosowaniu niedozwolonych postanowień wzorców umów, a także przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki, stosowanie niedozwolonych postanowień lub koncentracje *wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*.” [podkr.

[351] T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229, zm.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1089 i poz. 1132.

[352] Jeżeli w dalszej części pracy wskazane zostaną jednostki redakcyjne aktu prawnego, bez podania, jakiego aktu prawnego dotyczą, należy przez to rozumieć, że są to jednostki redakcyjne OKiKu.

M.U.-A.]. W literaturze przedmiotu powyższe rozwiązanie określa się mianem „eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji" i wskazuje, że oparte jest ono na doktrynie skutków (Banasiński 2015:170, 177-182; komentarze do art. 1 ustawy (w:) Stawicki A., Stawicki E. 2016 (red.), Kohutek, Sieradzka 2014, Skoczny 2014, Banasiński, Piontek 2009, również: Molski 2002:28). Powszechnie też przedstawiciele doktryny dostrzegają, iż ww. przepis należy rozumieć w ten sposób, że nie ma znaczenia, czy zachowanie stanowiące zakazaną praktykę ma miejsce na terytorium RP, czy poza nim (lokalizacja źródła naruszenia zakazów może być dowolna), jak również nieistotna jest przynależność państwowa uczestniczących w nich przedsiębiorców[353]. Nie ma też znaczenia, czy kwestionowane praktyki są zgodne z prawem państwa pochodzenia ich (zagranicznych) uczestników lub z prawem kraju, w których zostały podjęte działania (np. zawarte umowy) powodujące antykonkurencyjne skutki na obszarze Polski. Chociaż przedstawiciele doktryny są zgodni co do powyższego, sama redakcja art. 1 ust. 2 OKiKU nie odnosi się do transgranicznego charakteru praktyk antykonkurencyjnych. Nie znajdziemy też w OKiKu innych regulacji odnoszących się do jej stosowania w sprawach transgranicznych. Problematyka ta jakoby umknęła uwadze ustawodawcy[354]. Nie znalazła odzwierciedlenia w przepisach OKiKu, zaś w uzasadnieniu projektu tej ustawy potraktowano ja pobieżnie[355]. W uzasadnieniu tym wskazano wprawdzie jednoznacznie, że art. 1 ust. 2 OKiKU oparty został na zasadzie eksterytorialności, jednak nie podjęto rozważań nad teoretycznoprawnymi podstawami zastosowania doktryny skutków, w szczególności nie odniesiono się do zagadnienia jej legalności w świetle prawa międzynarodowego publicznego. Brak takich motywów również w uzasadnieniu projektu poprzednio obowiązującej ustawy, tj. ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako OKiKu z 2000 r.)[356] [357], chociaż i w niej ujęty był odpowiednik dzisiejszego art. 1 ust. 2 OKiKu[358] (Strzyczkowski 2000: 3). Takie

[353] Co do tego ostatniego zagadnienia wątpliwości przedstawiają Miąsik i Skoczny (w:) Skoczny 2014: 48. Bliżej kwestia ta zostanie przedstawiona w rozdziale 3.2.

[354] Jest to przykład legislacji, która abstrahuje od tego, iż może wywoływać implikacje międzynarodowe. Na temat możliwych technik legislacyjnych w odniesieniu do zjawisk, które mogą mieć aspekt międzynarodowy zob. (Wasiński 2002:65).

[355] Sejm RP V kadencji, nr druku: 1110, dostęp na: http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/06AED0325C1F3B3FC125722600445A4A/$file/1110.pdf (29 kwietnia 2017 r.).

[356] T.j. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

[357] Sejm RP III kadencji, nr druku: 1996, dostęp na: http://orka.sejm.gov,pl/Rejestrd.nsf/wgdruku/1996/$file/1996.pdf (29 kwietnia 2017 r.). W dokumencie tym również wyraźnie stwierdzono, że art. 1 ust. 2 ustawy opiera się na zasadzie eksterytorialności. Potrzebę stosowania tej zasady uzasadniono wzrastającą liczba transgranicznych koncentracji przedsiębiorców oraz globalizacją gospodarki. Międzynarodowoprawne aspekty legalności eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji nie były przedmiotem rozważań.

[358] Artykuł 1 ust. 2 OKiKu z 2000 r. brzmiał następująco: „Ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania

samo rozwiązanie legislacyjne zawierała również ustawa z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów[359] (dalej również jako: ustawa antymonopolowa z 1990 r.). Autorce nie udało się dotrzeć do uzasadnienia projektu tamtej ustawy. Jednak okoliczność, że art. 1 ustawy z 1990 r.[360] odwoływał się do doktryny skutków była oczywista dla komentatorów. W komentarzach do art. 1 tamtej ustawy wskazywano, iż przepis ten wskazuje na eksterytorialny zasięg działania ustawy i opiera się na „zasadzie skutku" (Gronowski 1996) oraz że „ustawa znajduje zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców oraz ich zachowań niezależnie od tego, gdzie mają oni swoje siedziby i według jakiego prawa działają. Konstytutywne znaczenie ma bowiem fakt, czy skutki zachowań monopolistycznych wystąpią (lub mogą wystąpić) na terytorium naszego kraju. Skutki te powinny być: bezpośrednie, istotne i odczuwalne, możliwe do przewidzenia (…)" (Brol 2001).

Trzeba nadmienić, że – mimo ujętego w art. 1 odniesienia do doktryny skutków - ustawa antymonopolowa z 1990 r. zawierała również przepis blokujący możliwość czynnego udziału polskich przedsiębiorców w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych przez organy innych państw (w których również stosowano doktrynę skutków). Przepisem tym był art. 22, który obejmował rozwiązania mieszczące się w ówczesnym nurcie ustawodawstw blokujących (zob. rozdz. 1.3.3.). Wprowadzał on następujące reguły:

i. udostępnienie przez przedsiębiorcę danych lub złożenie wyjaśnień w zagranicznym postępowaniu, opartym na zarzucie dokonania działań ograniczających konkurencję, mogło być objęte zakazem wydanym przez ministra właściwego do spraw gospodarki,
ii. przedsiębiorca miał obowiązek zawiadomić ministra właściwego do spraw gospodarki o wszczętym za granicą postępowaniu, o którym mowa w powyżej, jeżeli w toku postępowania został zobowiązany do udostępnienia danych lub składania wyjaśnień,

praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej." W uzasadnieniu projektu ustawy wyraźnie stwierdzono, że art. 1 ust. 2 ustawy opiera się na zasadzie eksterytorialności. Potrzebę stosowania tej zasady uzasadniono wzrastającą liczba transgranicznych koncentracji przedsiębiorców oraz globalizacją gospodarki. Międzynarodowoprawne aspekty legalności eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji nie były przedmiotem rozważań.

[359] T.j. Dz. U. z 1999 r., nr 52, poz. 547 z późn. zm..

[360] Artykuł 1 ustawy z 1990 roku stanowił: „Ustawa określa warunki rozwoju konkurencji, reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom monopolistycznym oraz naruszeniom interesów konsumenta przez przedsiębiorców oraz ich związki, jeżeli wywołują lub mogą wywołać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także określa organy właściwe w tych sprawach."

iii. minister właściwy do spraw gospodarki miał obowiązek wydać zakaz, jeżeli w toku postępowania zagranicznego mogłoby zapaść orzeczenie lub decyzja, powodujące negatywne następstwa dla gospodarki polskiej lub polskich przedsiębiorców w dziedzinie handlu zagranicznego lub działalności gospodarczej prowadzonej w całości albo w części na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; zakaz mógł:

- być skierowany do poszczególnych przedsiębiorców, grupy przedsiębiorców lub ich związków,
- odnosić się do określonego postępowania zagranicznego lub różnych postępowań danego rodzaju,
- obejmować poszczególne dane i wyjaśnienia lub ich rodzaje.

Zgodnie z postanowieniami omawianego przepisu, powyższe reguły miały także zastosowanie do danych udostępnionych i wyjaśnień składanych przez przedsiębiorców polskim organom wymiaru sprawiedliwości, w ramach pomocy prawnej wykonywanej na wniosek organów państw obcych na podstawie umów międzynarodowych.

Regulacja obowiązywała w tym kształcie do 31 marca 2001 r. Zrezygnowano z jej utrzymania w kolejnej ustawie[361]. Jak wskazano w rządowym uzasadnieniu jej projektu: „Projekt odstępuje od wyrażonej w dotychczasowym art. 22 przepisów antymonopolowych możliwości zakazania przedsiębiorcy przez polski organ administracji rządowej udostępniania danych i składania wyjaśnień w postępowaniu antymonopolowym, które toczy się przeciwko niemu poza granicami kraju. Dzieje się tak dlatego, iż przepis ten ma w istocie nikłe znaczenie praktyczne, natomiast w kontekście zacieśniającej się współpracy międzynarodowej i zamierzonej integracji Polski z Unią Europejską był wielokrotnie kwestionowany. Projekt utrzymuje jednak obowiązek informowania Prezesa Urzędu o toczących się poza granicami postępowaniach antymonopolowych wobec przedsiębiorców podlegających reżimowi polskiej ustawy oraz dostarczania mu zapadających w nich orzeczeń, co ma istotne znaczenie ze względu na umożliwienie Prezesowi wykonywania jego pozostałych określonych w ustawie zadań (art. 88)”[362].

[361] Ustawa z 15 grudnia 2000 o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080; obowiązywała od 1 kwietnia 2001 roku.

[362] Przywołany art. 88 dotyczył tzw. decyzji tymczasowej i stanowił, że jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione, że dalsze stosowanie zarzucanej praktyki może spowodować poważne i trudne do usunięcia zagrożenia dla konkurencji, Prezes Urzędu przed zakończeniem postępowania antymonopolowego może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców, którym jest zarzucane stosowanie praktyki, do zaniechania określonych działań w celu zapobieżenia tym zagrożeniom.

Wydaje się, iż przytoczone uzasadnienie można odczytywać jako wyraz zmiany stanowiska polskiego ustawodawcy odnośnie doktryny skutku jako łącznika jurysdykcyjnego w prawie międzynarodowym i uznania prawa innych państw do stosowania tego łącznika w ich porządkach krajowych.

Warto wspomnieć, że do doktryny skutków odwoływała się także ustawa z 28 stycznia 1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej[363]. Artykuł 1 tej ustawy stanowił, iż reguluje ona „zasady przeciwdziałania praktykom monopolistycznym stosowanym przez jednostki gospodarcze oraz przez ich zrzeszenia i związki, które wywołują skutki na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej."[364].

Konkludując - współczesne polskie prawo antymonopolowe opiera się na doktrynie skutków. Konsekwentne stosowanie w kolejno obowiązujących ustawach rozwiązań legislacyjnych opierających się na tej doktrynie oraz poniechanie zamieszczania w tych ustawach przepisów blokujących można odczytywać jako wyraz uznania przez RP, iż doktryna ta jest legalną zasadą jurysdykcyjną prawa międzynarodowego publicznego.

Dla porządku trzeba zaznaczyć, że z treści art. 1 ust. 2 ustawy *a contrario* wynika, iż polskiej regulacji nie stosuje się do takich antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców, których skutki ujawniły się wyłącznie poza terytorium Polski (nawet jeśli przedsiębiorcy podejmujący daną praktykę mieliby siedzibę w Polsce, tj. polską przynależność państwową). Oczywiście nie wyłącza to możliwości poddania legalności takich zachowań ocenie w świetle prawa antymonopolowego innych państw czy też prawa antymonopolowego UE.

W literaturze przedmiotu trudno znaleźć pogłębioną refleksję na temat rzeczywistych możliwości stosowania zakazów praktyk antykonkurencyjnych stypizowanych w art. 6 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 i 2 OKiKu w sprawach o charakterze transgranicznym. Dość pesymistyczne stanowisko odnośnie tego zagadnienia wyraził (Molski 2002: 28) wskazując, iż „praktyczne znaczenie przyjętego rozwiązania zasadza się przede wszystkim na derogacji obejmującej

[363] Dz. U. z1987 r., nr 3, poz. 18 z późn. zm.

[364] W latach 1933-1939 obowiązywała ustawa z 28 marca 1933 r. o kartelach, Dz.U. z 1933 r., nr .31, poz. 270, a następnie - w latach 1939-1988 - ustawa z 13 lipca 1939 r. o porozumieniach kartelowych, Dz.U. z 1939 r., nr, 63, poz. 418. Obie dotyczyły porozumień kartelowych, tj. takich, które kontrolowały lub regulowały produkcję, zbyt, ceny albo warunki wymiany handlowej w jakiejkolwiek dziedzinie gospodarki. W ustawach tych nie posłużono się sformułowaniami odwołującymi się do wywoływania przez kartele skutków na obszarze RP. Można się jedynie domyślać, ze taki był zamysł ustawodawcy, jednakże nie chodziło zapewne o objęcie jej zakresem takich porozumień kartelowych, które zostały zawarte i funkcjonowały poza RP, a jedynie wywoływały na jej obszarze skutki. Ustawa pochodzi z bowiem z okresu, gdy doktryna skutków w prawie antymonopolowym jeszcze nie była stosowana. Pośrednio słuszność tej tezy potwierdza brzmienie art. 10 ust. 2 ustawy z 1939 r., który stanowił, że: „Rozwiązanie międzynarodowego porozumienia kartelowego można orzec tylko w stosunku do polskich jego uczestników.".

działania polskich eksporterów (wywołujące skutki wyłącznie za granicą)". Analiza eksterytorialnego stosowania polskiego prawa antymonopolowego zwykle ogranicza się do spostrzeżenia „niestandardowego" sposobu posłużenia się łącznikiem terytorium w celu stosowania prawa polskiego. Przykładowo (Stawicki A. (w:) Stawicki. A., Stawicki E. (red.) 2016: komentarz do art. 1 ustawy): wskazuje, że „O ile w odniesieniu do innych dziedzin prawa publicznego o właściwości jurysdykcji przesądza miejsce dokonania czynności wywołującej określone skutki prawne (zastosowanie ma prawo kraju, w którym to zdarzenie miało miejsce), o tyle w prawie konkurencji, także w Ustawie, miejsce podjęcia czynności nie jest przesłanką rozstrzygającą. Zasada eksterytorialności umożliwia bowiem zastosowanie prawa krajowego również w sytuacji, gdy zakazana praktyka lub koncentracja dokonana została poza granicami danego kraju, jednak jej rzeczywiste lub potencjalne skutki odczuwane są (będą) na jego terytorium. Oznacza to jednocześnie, że zasada ta pozwala na poddanie ocenie prawa krajowego (Ustawy) określonych czynności (zakazanych praktyk i koncentracji), nawet jeżeli działania te podjęte zostały przez przedsiębiorców, z których żaden - na gruncie innych przepisów prawnych - nie podlega prawu krajowemu (polskiemu). Z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów Ustawy nie ma znaczenia nie tylko to, że dany przedsiębiorca ma siedzibę poza granicami kraju, ale również to, że praktyka zakazana Ustawą, wywołująca skutki w Polsce, może nie naruszać przepisów prawa obcego (działanie to nie jest zakazane w kraju siedziby przedsiębiorcy)".

Tymczasem należy zastanowić się, czy jeśli w postępowaniu pojawi się element transgraniczny (zagraniczny), to rzeczywiście w praktyce „nie ma to znaczenia". Jak słusznie podkreśla (Ryngaert 2006:271), nawet jeśli państwu przysługuje jurysdykcja legislacyjna w stosunku do podjętych za granicą zachowań mających za skutek ograniczenie konkurencji, wysiłki zmierzające do powstrzymania takich praktyk pozostaną daremne, dopóki nie będzie możliwości wykonywania w takim samym zakresie jurysdykcji do orzekania. Innymi słowy należy dostrzec znaczącą różnicę - by nie powiedzieć: przepaść – pomiędzy sytuacją, gdy daną normę prawa krajowego mającą oddziaływać eksterytorialnie możemy ocenić jako legalną w świetle prawa międzynarodowego publicznego, a sytuacją, gdy państwo, które normę tę stworzyło, jest zdolne do jej efektywnego wdrożenia w sprawach o charakterze transgranicznym.

W oparciu o rozważania przedstawione w rozdziałach 1 i 2 uzasadnione jest twierdzenie, że zamieszczenie w OKiKu przepisu art. 1 ust. 2, opierającego się na doktrynie skutków, nie stanowi przekroczenia przez polskiego ustawodawcę kompetencji w zakresie jurysdykcji legislacyjnej przysługującej mu na podstawie prawa międzynarodowego

publicznego. Trzeba jednak mieć na względzie, że urzeczywistnienie generalnych i abstrakcyjnych norm prawa materialnego – w tym przypadku mających postać zakazów wyrażonych art. 6 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 i 2 OKiKu - którym ich adresaci nie podporządkowują się dobrowolnie, wymaga przeprowadzenia stosownego postępowania, wymuszającego zachowanie zgodne z normą. Jeżeli zatem cel polskiego ustawodawcy, jakim jest eksterytorialne oddziaływanie ww. zakazów, ma zostać zrealizowany, oczywiste jest polskie organy, do których kompetencji należy rozstrzyganie spraw z zakresu publicznoprawnej ochrony konkurencji powinny dysponować narzędziami prawnymi umożliwiającymi przeprowadzenie postępowania które zakończy się wydaniem ważnego orzeczenia wówczas, gdy:

i. uczestnikiem antykonkurencyjnej praktyki jest przedsiębiorca zagraniczny,

oraz

ii. zachowania składające się na te praktyki zostały podjęte poza terytorium RP.

Niezbędne jest nadto, by obowiązywały przepisy, które pozwolą na przeprowadzenie egzekucji takich orzeczeń, gdy zaistnieje potrzeba.

Drugim - poza legalnością – aspektem, który wymaga analizy jest zatem pytanie o skuteczność eksterytorialnego stosowania polskich regulacji zakazujących praktyk antykonkurencyjnych. Trzeba zbadać, czy system prawa obowiązującego w Polsce, na który składają się zarówno normy pochodzące od krajowego ustawodawcy, jak i normy prawa międzynarodowego publicznego (art. 9 i art. 87 ust.1 Konstytucji), został ukształtowany w taki sposób, że daje realną (praktyczną) możliwość eksterytorialnego stosowania art. 6 ust.1 lub art. 9 ust.1 lub ust. 2 OKiKu, zgodnie z założeniem, na którym oparto art. 1 ust. 2 tej ustawy. Przedmiotem niniejszego rozdziału będzie zatem refleksja nad tym, czy istnieją mechanizmy proceduralne zapewniające skuteczne stosowanie ww. przepisów w sprawach transgranicznych (międzynarodowych). Innymi słowy analiza będzie dotyczyła tego, w jakim stopniu eksterytorialny charakter jurysdykcji legislacyjnej, wynikający z art. 1 ust. 2 OKiKu, może rzeczywiście przełożyć się na geograficzny zasięg jurysdykcji orzeczniczej oraz jurysdykcji egzekucyjnej właściwych organów Rzeczypospolitej Polskiej. Badaniu będą podlegały różne aspekty postępowań z elementem zagranicznym, mające istotne znaczenie w postępowaniu rozpoznawczym lub egzekucyjnym. Będą to następujące zagadnienia:

i. zdolność przedsiębiorcy zagranicznego do udziału w charakterze strony w postępowaniu dotyczącym praktyk antykonkurencyjnych;
ii. czy przepisy proceduralne nie stoją na przeszkodzie prowadzeniu postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję przez to, że wyłączają kompetencję

organów krajowych w sprawach dotyczących zachowań mających miejsce za granicą (tj. czy zakres jurysdykcji do stosowania prawa nie został w przepisach określony węziej niż zakres jurysdykcji legislacyjnej odzwierciedlony w art. 1 ust. 2 OKiKu[365]),

iii. możliwość dokonywania doręczeń do przedsiębiorców zagranicznych, w tym dokonywania doręczeń poza terytorium RP,

iv. możliwość pozyskiwania dowodów (dokumentów lub informacji) spoza terytorium RP,

v. możliwość zapewnienia – poprzez stosowanie środków przymusu państwowego - by przedsiębiorcy zagraniczni wykonali obowiązki nałożone przez polskie organy (zarówno te włożone na nich w trakcie trwania postępowania rozpoznawczego, jak i te wynikające z rozstrzygnięcia merytorycznego w sprawie), a w szczególności możliwość egzekucji z majątku położonego poza terytorium RP kar pieniężnych nałożonych w postępowaniu w sprawie praktyki ograniczającej konkurencję.

Wybór tych zagadnień nie jest oczywiście przypadkowy. Jeżeli chodzi o kwestie wskazane w punktach (i) i (ii) – oczywiste jest, że organy krajowe mogą działać tylko w sprawach objętych ich kompetencjami, wyznaczonymi w aspekcie przedmiotowym i podmiotowym przez obowiązujące przepisy prawa. Warunkuje to legalność wydanych przez nie rozstrzygnięć na gruncie prawa krajowego (art. 7 Konstytucji). Co zaś się tyczy zagadnień wskazanych w punktach (iii)- (v), objęcie ich badaniem wynika ze spostrzeżenia, że to właśnie możliwość pozyskiwania informacji (dowodów) za granicą oraz dysponowanie instrumentami zapewniającymi skuteczne doręczenia, a także egzekucję kar na majątku położonym poza obszarem RP w praktyce warunkują skuteczność eksterytorialnego stosowania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych. Trafność tego spostrzeżenia potwierdza treść wytycznych OECD, w których zachęca się państwa do współpracy w szczególności dziedzinie wymiany informacji oraz dokonywania doręczeń (zob. rozdz. 1.3.5.1). Do tych samych wniosków prowadzi analiza zakresu przedmiotowego ustaw blokujących (zob. rozdz. 1.3.3.). Te obszary współpracy są zresztą istotne dla efektywnego transgranicznego wdrażania norm krajowych w zasadzie we wszystkich dziedzinach prawa[366].

[365] Por. uwagi w rozdz. 1.1. nt. możliwych relacji pomiędzy zakresem jurysdykcji legislacyjnej a zakresem jurysdykcji do stosowania prawa (jurysdykcji sądowniczej).

[366] Świadczy o tym przedmiot regulacji znacznej ilości konwencji dotyczących współpracy międzynarodowej w sprawach cywilnych i karnych. Szerzej na ten temat, w aspekcie różnic pomiędzy zakresem współpracy międzynarodowej w tych dziedzinach, a współpracą odnoszącą się do prawa administracyjnego zob. (Niedźwiedź 2017:357 i nast.).

Zwykle problemy wskazane w punktach c)- e) będą pochodną faktu, że stroną postępowania jest przedsiębiorca zagraniczny, jednak nie zawsze musi tak być. Zaistnieją one również wówczas, gdyby polski organ chciał przeprowadzić dowód z udziałem przedsiębiorcy zagranicznego, np. wzywając do go udzielenia informacji. W danym postępowaniu organ będzie musiał zmierzyć się łącznie ze wszystkimi lub tylko z niektórymi z wymienionych okoliczności (można np. wyobrazić sobie sytuację, że polscy przedsiębiorcy uczestniczą w porozumieniu, którego dowody znajdują się poza RP, lub też, że przedsiębiorcy tacy posiadają majątek poza terytorium RP).

Jak wiadomo z rozdziałów poprzedzających, państwo nie może w celu stosowania swojego prawa działać na terytorium innego państwa bez jego zgody (która może być wyrażona *ad hoc* lub może wynikać z umów międzynarodowych). Jest to bezpośrednia konsekwencja poszanowania zasady suwerenności innych państw. Suwerenowi nie wolno wykonywać działań władczych (np. środków wynikających z procedur- choćby doręczeń- czy też stosować środków przymusu państwowego w celu wykonania orzeczeń) wobec podmiotów lub majątku znajdujących się poza jego terytorium. Działanie organów krajowych w obszarach wskazanych w punktach c) –e) implikuje potrzebę podjęcia działań władczych poza własnym terytorium. Można więc przypuszczać, że wykonanie poza własnym terytorium określonych w punktach c) – e) aspektów władztwa państwowego napotka na istotne przeszkody, skoro pozostaje w sprzeczności z podstawową zasadą prawa międzynarodowego publicznego.

Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów[367] (dalej jako Prezes Urzędu lub Prezes UOKiK) toczy się w oparciu o przepisy OKiKu oraz przepisy kodeksu postępowania administracyjnego[368] (dalej jako KPA), a w zakresie postępowania dowodowego również na podstawie ustawy Kodeks postępowania cywilnego[369] (dalej jako KPC; zob. art. 83 i art. 84 OKiKu). Postępowanie przed sądami w sprawach antymonopolowych - Sądem Okręgowym w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sądem Apelacyjnym w Warszawie, Sądem Najwyższym - jest postępowaniem cywilnym w sensie formalnym. Z tych przyczyn wskazane wyżej zagadnienia będą przedmiotem rozważań prowadzonych odrębnie w odniesieniu do procedury administracyjnej i cywilnej. Analiza dotyczyć będzie kolejno postępowania rozpoznawczego (jurysdykcyjnego) i egzekucyjnego.

[367] *Zgodnie z art. 29 ust. 1 zd. 1 OKiKu Prezes* Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów.
[368] T.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1822, z późn. zm.
[369] T.j. Dz. U. z 2016 r. , poz. 23, z późn. zm.

Jest oczywiste, że krajowy ustawodawca ma ograniczoną możliwość jednostronnego ustanowienia reguł niezbędnych w obrocie prawnym z zagranicą. Może (i powinien) oczywiście stworzyć odpowiednie podstawy kompetencyjne dla organów krajowych do podjęcia takiej współpracy z organami państw wezwanych. Jej urzeczywistnienie będzie jednak zawsze uwarunkowane współpracą innych państw, podstawy do której mogą stworzyć tylko zobowiązania wynikające z prawa międzynarodowego (w praktyce – z umów międzynarodowych; zob. Niedźwiedź 2017:140). Dlatego poniższa analiza będzie również poświęcona ustaleniu, czy Polska jest obecnie stroną umów międzynarodowych, które umożliwiają współpracę międzynarodową w postępowaniach dotyczących praktyk antykonkurencyjnych (postępowaniach antymonopolowych). Uwaga zostanie zwłaszcza poświęcona temu, czy zachodzą w tym zakresie różnice pomiędzy relacjami z Polski z państwami członkowskimi UE (ze względu na regulacje prawne na poziomie UE), a tymi państwami, które do UE nie należą.

Wreszcie- ostatnia część niniejszego rozdziału będzie poświęcona temu, czy współpraca państw członkowskich i Komisji w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji ma jakikolwiek wpływ na efektywność eksterytorialnego stosowania polskich regulacji zakazujących praktyk antykonkurencyjnych.

3.2. Przedsiębiorca zagraniczny a zakres podmiotowy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zakazy stosowania praktyk antykonkurencyjnych stypizowane w art. 6 ust. 1 i art. 9 ust. 1 i 2 OKIKU kierowane są przede wszystkim do przedsiębiorców[370]. To przedsiębiorcy mogą być sprawcami deliktów administracyjnych, o których mowa w tych przepisach W konsekwencji – to przedsiębiorcy mogą być adresatami środków stosowanych w ramach postępowania toczącego się przed Prezesem UOKiK, które ingerują w sferę ich praw i wolności (zob. np. art. 50 oraz 62-66 OKiKu). Prezes UOKiK może także nakładać na nich kary pieniężne (zob. art. 106 i nast. OKiKu).

Jak była o tym mowa powyżej, z art. 1 ust. 2 OKiKu wynika pośrednio, że zawarte w niej uregulowania adresowane są również do przedsiębiorców zagranicznych. Co do takiego zakresu podmiotowego ustawy nie ma wątpliwości sam Prezes UOKiK[371]. Taki pogląd

[370] W niniejszej pracy pominięto zagadnienia odpowiedzialności osób fizycznych zarządzających przedsiębiorcami, która wynika z art. 6a OKiKu.

[371] Przed Prezesem UOKiK zawisło np. postępowanie wyjaśniające dotyczące irlandzkiej spółki Facebook Ireland pod kątem ewentualnego stosowania przez nią we wzorcach umownych postanowień naruszających

wyraża również większość przedstawicieli doktryny (zob. komentarze do art. 1 ustawy (w:) Stawicki A., Stawicki D. (red.) 2016; Kohutek, Sieradzka 2014; Skoczny (red.) 2014, Banasiński, Piontek 2009). W większości opracowań uzasadnienie tego stanowiska sprowadza się do argumentu natury funkcjonalnej, powiązanego z celem i zakresem przedmiotowym ustawy, tj. że skoro tym zakresem objęte mają być wszystkie praktyki lub koncentracje, o których mowa w art. 1 ust. 2 ustawy, mogące wywoływać skutki na terytorium RP, nie ma znaczenia, jaka, jest przynależność państwowa przedsiębiorców uczestniczących w tych praktykach i gdzie podejmują niedozwolone zachowania. Na pewne wątpliwości co do objęcia zakresem podmiotowym OKiKu również przedsiębiorców zagranicznych wskazują D Miąsik i T. Skoczny (w:) Skoczny (red.) 2014:48). Wątpliwości te (których autorka nie podziela) mają związek z legalną definicją pojęcia przedsiębiorcy, zawartą w OKiKU. Zagadnienie to zostanie przedstawione poniżej.

W niniejszym podrozdziale zostanie podjęta próba zgromadzenia argumentacji przesądzającej o tym, że przedsiębiorcy zagraniczni pozostają w kręgu podmiotów, do których stosuje się zakazy praktyk antykonkurencyjnych ujęte w art. 6 ust. 1 i art. 9 ust. 1 i 2 OKIKU.

W ustawie antymonopolowej określono jej zakres podmiotowy, wprowadzając doń definicję pojęcia „przedsiębiorca" (art. 4 pkt 1). Definicja ta nie jest jednak w pełni autonomiczna, lecz w pewnym zakresie odwołuje się do przepisów ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[372] (dalej jako SDGU). Zgodnie z art. 4 pkt 1 OKiKu przedsiębiorca to:

i. przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 *in initio* OKiKu),
ii. osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością

---

prawa konsumentów; komunikat prasowy dostępny na: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12799 (dostęp 28 kwietnia 2017 r.). W roku 2015 rosyjska spółka PAO Gazprom (oraz pięciu innych przedsiębiorców z siedzibami w krajach Europy) złożyło do UOKiK wniosek o wyrażenie zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy pod nazwą Nord Stream 2 AG z siedzibą w Szwajcarii. Decyzja nie została wydana ze względu na cofnięcie wniosku; komunikaty prasowe UOKiK dostępne na: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?tag=PAO%20Gazprom (dostęp 28 kwietnia 2017 r.). Warto zaznaczyć, że w zakresie koncentracji współcześnie za oczywiste uznaje się konkurencję jurysdykcji, powodującą konieczność zgłaszania przez przedsiębiorców zamiaru koncentracji w kilku państwach – zob. uwagi dot. modelowej ustawy UNCTAD w rozdziale 1.3.5.4.

[372] T.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1829 z późn. zm.

gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 lit. a OKiKu),

iii. osoba fizyczna wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadząca działalność w ramach wykonywania takiego zawodu (art. 4 pkt 1 lit. b OKiKu),

iv. osoba fizyczna, która posiada kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13 ustawy (art. 4 pkt 1 lit. c OKiKu),

v. związek przedsiębiorców (izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców) jak również związki tych organizacji - na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 4 pkt 1 lit. d OKiKu).

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej zawiera odrębne definicje pojęć „przedsiębiorcy" (art. 4 SDGU) i „przedsiębiorcy zagranicznego" (art. 5 pkt 3 SDGU). Do tego drugiego pojęcia przepisy OKiKu nie odwołują się –skąd biorą się wspomniane wyżej wątpliwości.

Zgodnie z art. 4 SDGU „Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą".

Z kolei - według art. 5 pkt 3 SDGU- „przedsiębiorca zagraniczny" to osoba zagraniczna[373] prowadząca działalność gospodarczą za granicą oraz obywatel polski wykonujący działalność gospodarczą za granicą. Biorąc pod uwagę definicję „osoby zagranicznej" ujętej w art. 5 pkt 2 SDGU, „przedsiębiorcami zagranicznymi" w rozumieniu art. 5 pkt 3 SDGU są zatem:

- osoby fizyczne nieposiadające obywatelstwa polskiego, wykonujące działalność gospodarczą za granicą,
- obywatele polscy wykonujący działalność gospodarczą za granicą,
- osoby prawne z siedzibą za granicą, wykonujące działalność gospodarczą za granicą,

[373]Zgodnie z art. 5 pkt 2 SDGU pojęcie „osoba zagraniczna" oznacza:
a) osobę fizyczną nieposiadającą obywatelstwa polskiego,
b) osobę prawną z siedzibą za granicą,
c) jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną posiadającą zdolność prawną, z siedzibą za granicą;

- jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, lecz posiadające zdolność prawną, z siedzibą za granicą, wykonujące działalność gospodarczą za granicą.

Argument przeciwstawiający kategorię „przedsiębiorcy" kategorii „przedsiębiorcy zagranicznego" w oparciu o definicje legalne zawarte w SDGU – i tym samym zmierzający do wyłączenia przedsiębiorców zagranicznych z zakresu podmiotowego OKiKU- nie wydaje się przekonujący już w oparciu o samą językową analizę tych definicji. Traci zaś całkiem na znaczeniu w świetle dalszych jeszcze argumentów.

Zbadanie ww. definicji na płaszczyźnie czysto językowej prowadzi do następujących konstatacji. Po pierwsze – pojęcie „przedsiębiorcy" zdefiniowane w art. 4 SDGU nie odwołuje się do przynależności państwowej podmiotów tam wymienionych, ale do kryterium „przedmiotowego",tj. prowadzenia działalności gospodarczej. SDGU nie nadaje temu pojęciu znaczenia innego, niż wynikałoby to z językowych reguł znaczeniowych. W szczególności nie utożsamia pojęcia „przedsiębiorca" z pojęciem „przedsiębiorca polski", „przedsiębiorca prawa polskiego" czy „przedsiębiorca z siedzibą w Polsce". Nadto – nie wyznacza też w żaden sposób terytorium, na którym podmiot miałby prowadzić działalność gospodarczą, aby mógł zostać uznany za „przedsiębiorcę". Po drugie – definicja „przedsiębiorcy zagranicznego" również odwołuje się do kryterium przedmiotowego, jakim jest prowadzenie działalności gospodarczej (w tym przypadku -za granicą). W porównaniu do art. 4 SDGU w artykule 5 pkt 3 SDGU zawężono jednak krąg podmiotów (ujęto w nim trzy kategorie podmiotów bez polskiej przynależności państwowej) oraz obszar na którym podmioty te wykonują (pierwotną[374]) działalność gospodarczą. Płynie z tego wniosek, że - ze względu na językowe reguły znaczeniowe (w braku szczegółowych regulacji SDGU, która pozwalałaby odejść od wykładni językowej) - kategoria „przedsiębiorca zagraniczny" stanowi subkategorię zbioru „przedsiębiorca". Innymi słowy – nie ma podstaw, by traktować te kategorie jako przeciwstawne, a zbiór desygnatów nazwy „przedsiębiorca zagraniczny" będzie zawsze podzbiorem zbioru desygnatów nazwy „przedsiębiorca".

A zatem – już na gruncie ustalenia znaczenia pojęcia „przedsiębiorcy" w rozumieniu SDGU nie ma podstaw, by wyłączać przedsiębiorców zagranicznych z zakresu podmiotowego OKiKU ze względu na odesłanie do SDGU zawarte w art. 4 pkt 1 *in initio* OKiKU.

[374] Pojęcie „pierwotna działalność gospodarcza" oznacza działalność gospodarczą prowadzoną za granicą, na podstawie prawa obcego. Prawo polskie nie przewiduje możliwości, by podmiot prowadzący pierwotną działalność gospodarczą za granicą (przedsiębiorca zagraniczny) mógł równocześnie być przedsiębiorcą prawa polskiego. Zgodnie z normami SDGU przedsiębiorca zagraniczny może w oparciu o polskie prawo prowadzić na obszarze RP działalność gospodarczą tylko w formach „wtórnych" – oddziału lub przedstawicielstwa, pozostając przy tym cały czas przedsiębiorcą zagranicznym. Szerzej na ten temat zob. (Szafrański 2010: 18, 19).

Takie stanowisko uzasadniają też inne argumenty.

Po pierwsze – należy uznać za w pełni słuszny podnoszony przez przedstawicieli doktryny argument, przytoczony powyżej, wywodzony z zakresu przedmiotowego OKiKu. Uzupełniając tę argumentację można dodać, że jeżeli uznajemy, iż legalnym – w świetle prawa międzynarodowego – łącznikiem jurysdykcyjnym dla stworzenia normy prawa krajowego jest wystąpienie na terytorium RP negatywnych skutków antykonkurencyjnych praktyk, nie trzeba poszukiwać innych łączników, by usprawiedliwić aktywność Prezesa UOKiK w sprawach transgranicznych. W szczególności nie jest konieczne, by uczestnik tych praktyk musiał podlegać jurysdykcji RP za względu na zasadę zwierzchnictwa personalnego.

Nadto, nie można domniemywać wyłączenia przedsiębiorców zagranicznych z zakresu podmiotowego OKiKU, skoro ona sama wyraźnie nie przewiduje tego wyłączenia. W definicji ujętej w art. 4 pkt 1 OKiKu (jak też w pozostałych przepisach tej ustawy) brak jakiegokolwiek odniesienia do przynależności państwowej wymienionych tam kategorii podmiotów. Mowa zwłaszcza o podmiotach, których dotyczą art. 4 pkt 1 lit. a) –d), gdyż w tych jednostkach redakcyjnych nie ma żadnego odwołania do SDGU, które ewentualnie sugerować by mogło rozdzielność kategorii „przedsiębiorcy" i „przedsiębiorcy zagranicznego". W stosunku do zdefiniowanych w art. 4 pkt 1 lit. a) –d) kategorii podmiotów w ogóle brak podstaw, by doszukiwać się ewentualnego ograniczenia zakresu znaczeniowego pojęcia „przedsiębiorcy" w oparciu o definicje zawarte w SDGU. Skoro zatem w przepisach OKiKu brak jest normatywnego zawężenia zakresu pojęcia „przedsiębiorca", należy przypisać mu takie znaczenie, jakie ma ono w języku potocznym. Reguły znaczeniowe języka potocznego nie wiążą w żaden sposób pojęcia „przedsiębiorcy" z kryterium przynależności państwowej podmiotów określanych tym mianem. *Lege non distinguente,* skoro w zakresie podmiotowym wskazanym w punktach art. 4 pkt 1 lit. a) –d) mieszczą się przedsiębiorcy zagraniczni, taki sam zakres podmiotowy należy przypisać art 4 pkt 1 *in initio* .

Na uwagę zasługuje też szeroki, od strony podmiotowej, normatywny zakres pojęcia „przedsiębiorca" przyjęty w OKiKU. Obejmuje on także takie podmioty, które nie są przedsiębiorcami na gruncie innych ustaw, zwłaszcza na gruncie SGDU, tj. zakwalifikowane do tej kategorii według kryteriów przedmiotowych innych niż „prowadzenie działalności gospodarczej". Skoro zatem definicja zawarta w art. 4 pkt 1) OKiKu zmierza do stworzenia szerokiego, samoistnego pojęcia „przedsiębiorcy", nieuzasadnione są próby dokonywania takiej wykładni, która prowadziłaby do jego zawężenia.

Pozostając w kręgu argumentacji natury formalno- językowej, gdyby nawet przyjąć założenie, iż zakresy znaczeniowe pojęć „przedsiębiorca" i „przedsiębiorca zagraniczny" w

rozumieniu SDGU są rozłączne, warto powtórzyć za (Materną 2009:2.1.5.) „iż sformułowane w [art. 4 pkt 1 OKIKu – dop. M.U.A.] odesłanie nie odnosi się wprost do art 4 SDGU tylko ogólnie do definicji przedsiębiorcy w >>przepisach [l.mn. - przypis autora] o swobodzie działalności gospodarczej<<. Te zaś zawierają definicje kilku pojęć posługujących się określeniem >>przedsiębiorca<< . W tym świetle za >>przedsiębiorców w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej<< należałoby uznać podmioty odpowiadające wszelkim definicjom posługującym się określeniem >>przedsiębiorca<<, znajdującym się w SDGU".

W uzupełnieniu powyższych argumentów warto wskazać na stanowisko SOKiK (uznane za słuszne również przez Sąd Najwyższy w wyroku z 10 maja 2007, III SK 24/06[375]), zaś odwołujące się do koncepcji racjonalnego ustawodawcy. SOKiK wskazał, iż ustawa antymonopolowa z 1990 (mająca zastosowanie w sprawie podlegającej rozpoznaniu) jest *„ustawą* podstawową w zakresie ochrony konkurencji, kreującą prawa i zasady ochrony konkurencji" i w związku z tym „gdyby ustawodawca miał zamiar i cel ograniczenia kręgu podmiotów uprawnionych do ochrony na podstawie *ustawy* o ochronie konkurencji, uczyniłby to dokonując stosownych zmian w tej *ustawie,* a nie w *ustawie* posiłkowej"[376]. Mimo zmiany stanu prawnego argument ten pozostaje aktualny.

Należy też dostrzec, że współcześnie, przynajmniej w niektórych sprawach, za stosowaniem przepisów OKiKU do przedsiębiorców zagranicznych przemawiać będzie obowiązek dokonywania prounijnej wykładni norm prawa krajowego. W określonych warunkach Prezes UOKiK ma obowiązek stosować nie tylko art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 i 2, ale również art. 101 TFUE lub art. 102 TFUE[377]. Zakresem podmiotowym ww. przepisów traktatowych objęci są z pewnością przedsiębiorcy ze wszystkich krajów UE. Co więcej – jak wynika z przedstawionego w rozdziale 2.1. orzecznictwa organów ochrony konkurencji UE - objęci są nim również przedsiębiorcy z państw trzecich. W sprawach, w których Prezes UOKiK ma obowiązek stosować art. 101 TFUE lub art. 102 TFUE równolegle z przepisami krajowymi, nie jest możliwe rozdzielenie zakresu podmiotowego 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 i 2 od zakresu podmiotowego ww. przepisów traktatowych. Można też dodać, że od strony

375 Wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2007 r., *III SK 24/06, OSNP 2008, nr 9-10, poz. 152.*

376 Przez ustawę „posiłkową" rozumiano w przytoczonym orzeczeniu obowiązującą ówcześnie ustawę z 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, Dz. U. z 1999 r., nr 101, poz. 1178.

377 Obowiązek ten wynika z art. 3 ust.1 Rozporządzenia Rady (WE) NR 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. UE 2003 C 1/1. W zgodzie z nim pozostaje art. 10 ust. 1 OKiKu.

funkcjonalnej nie byłoby możliwie zrealizowanie ciążącego na Prezesie UOKiK obowiązku stosowania art. 101 lub 102 Traktatu, gdyby uznać, że stronami postępowania w polskim postępowaniu antymonopolowym mogą być tylko przedsiębiorcy krajowi (polscy). Jeżeli bowiem praktyki antykonkurencyjne mają wpływ na handel między państwami członkowskimi (która to przesłanka decyduje o zastosowaniu art. 101 TFUE lub 102 TFUE), z reguły zaangażowani są w nie przedsiębiorcy z kilku krajów członkowskich UE (lub też z państw trzecich).

Kolejną grupę argumentów przemawiających za uznaniem, że przedsiębiorcy zagraniczni są adresatami zakazów praktyk antykonkurencyjnych zawartych w OKiKu stanowią argumenty natury funkcjonalnej. Nawiązują one do ustroju gospodarczego RP oraz aktualnej rzeczywistości gospodarczej, w której mamy do czynienia ze znaczną liberalizacją handlu międzynarodowego. Wskutek postępującej globalizacji gospodarki uczestnictwo w obrocie handlowym na terytorium RP (lub poza nim, lecz ze skutkiem dla konkurencji na terytorium RP) podmiotów prowadzących działalność gospodarczą a niebędących przedsiębiorcami polskimi jest po prostu codziennością. Przepisy kształtujące ustrój gospodarczy RP oczywiście zakładają istnienie takiego stanu rzeczy. Zasada społecznej gospodarki rynkowej – ujęta w art. 20 Konstytucji RP[378] – oraz zasada swobody działalności gospodarczej – wyrażona w art. 22 Konstytucji RP[379]- nie odnoszą się wyłącznie do osób podlegających zwierzchnictwu personalnemu RP, ale dotyczą wszystkich (Borkowski 2009: 98, Strzyczkowski (w:) Kosikowski (red.) 2005: 21-24, Szafrański (w:) Wierzbowski, Wyrzykowski (red.) 2005:52,53). Również inne normy realizujące postulat wolności gospodarczej adresowane są do wszystkich uczestników rynku w Polsce (Borkowski 2009: 87).

Zasady i warunki funkcjonowania zagranicznych podmiotów gospodarczych w systemie gospodarczym RP są ustalane przez prawo krajowe, pozostając wszakże w ścisłym związku ze zobowiązaniami międzynarodowymi Polski, wynikającymi z różnorodnych traktatów mających na celu zniesienie barier w handlu międzynarodowym. Mimo tej samej podstawy konstytucyjnej, istnieje zróżnicowanie uregulowań w zależności od kraju pochodzenia podmiotu podejmującego działalność gospodarczą w RP. Jest ono pochodną

[378] Artykuł 20 Konstytucji RP stanowi: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej."

[379] Artykuł 22 Konstytucji RP stanowi: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny".

stopnia zaawansowania integracji gospodarczej pomiędzy Polską, a tym krajem (Borkowski 2009:98). Przedsiębiorcy z Unii Europejskiej mogą prowadzić działalność w RP w oparciu o zasadę swobody przedsiębiorczości (art. 49- 55 TFUE)[380]. Szczególne zobowiązania z tytułu członkostwa Polski w UE i EOG znajdują odzwierciedlenie w art. 13 ust. 1 SDGU, który udziela „osobom zagranicznym" z państw będących członkami tych organizacji tzw. „przywileju traktowania narodowego" w zakresie możliwości prowadzenia pierwotnej działalności gospodarczej na obszarze RP. Z kolei uprawnienia podmiotów z pozostałych państw w tym zakresie określają przepisy art. 13 ust. 1a-5 SDGU[381]. Nadto podmioty z państw UE, EOG oraz państw, które zawarły z UE i jej państwami członkowskimi umowę regulującą swobodę *świadczenia usług*, nie podlegając obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego ani do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności gospodarczej, jak też nie tworząc oddziału ani przedstawicielstwa- mogą również czasowo świadczyć usługi na zasadach określonych w art 56 TFUE oraz w ustawie z 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej[382].

Przewidziane w polskich przepisach krajowych możliwości prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium RP przez podmioty prowadzące pierwotną działalność gospodarczą za granicą i niemające polskiej przynależności państwowej są rozmaite. Przede wszystkim, przedsiębiorcom prowadzącym pierwotną działalność gospodarczą poza RP wolno wykonywać na terytorium RP poszczególne czynności prawne lub faktyczne związane prowadzoną działalnością (np. prowadzić negocjacje) bez obowiązku nadawania takiej aktywności gospodarczej żadnych ram prawno – organizacyjnych wynikających z prawa

[380]Zasada swobody przedsiębiorczości stanowi, że osoby fizyczne i prawne mają prawo wyboru miejsca oraz formy działalności gospodarczej w ramach Unii Europejskiej.

[381] Na temat zróżnicowania regulacji działalności gospodarczej na terytorium RP osób zagranicznych z UE, EOG i pozostałych państw zob. (Szafrański, (w:) Wierzbowski, Wyrzykowski 2005: 86 i nast.)

[382]T.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 893, zm. Dz. U. z 2016 r., poz. 1948 oraz z 2017 r. poz. 1089. Zgodnie z art 4. ust. 1 tej ustawy usługodawca z innego państwa członkowskiego może czasowo świadczyć usługi na zasadach określonych w przepisach Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską albo w postanowieniach umów regulujących swobodę świadczenia usług bez konieczności uzyskania wpisu do rejestru przedsiębiorców albo ewidencji działalności gospodarczej. Ze względu na treść definicji, zawartej w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustaw, podział na „przedsiębiorców" i „ usługodawców" nie jest rozłączny. „Usługodawca" oznacza bowiem:
a) osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, z innego państwa członkowskiego, nieprowadzącą działalności gospodarczej, która czasowo oferuje lub świadczy usługę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
b) przedsiębiorcę z innego państwa członkowskiego, który wykonuje działalność gospodarczą zgodnie z obowiązującymi w tym państwie przepisami, a na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej czasowo oferuje lub świadczy usługę,
c) osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która posiada siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nieprowadzącą działalności gospodarczej, oferującą lub świadczącą usługę.

polskiego (arg. z art. 6 ust. 1 w zw. z art. 5 pkt 3 USDG). Wolno im również prowadzić tzw. wtórną[383] działalność gospodarczą w Polsce, w formie oddziału lub przedstawicielstwa.

Każdy podmiot korzystający z prawa prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce - czy to w formie pierwotnej, czy wtórnej - musi jednak podporządkować się również ograniczeniom jego wolności gospodarczej wynikającym z polskich, krajowych przepisów. Ograniczenia te – zgodnie z art. 22 Konstytucji - mogą być wprowadzone mocą ustaw ze względu na ochronę innych wartości, w interesie publicznym. Odnosząc powyższe do zakresu regulacji OKiKU należy stwierdzić, że przedsiębiorca zagraniczny, czerpiąc korzyści z uczestniczenia w rynku zlokalizowanym na obszarze Polski, musi podporządkować się polskim regulacjom zakazującym praktyk antykonkurencyjnych, które zostały ustanowione w celu ochrony funkcjonowania mechanizmu konkurencji na tym obszarze[384]. Wynika to zwłaszcza z art. 6 ust. 1 SDGU, który stanowi, że „Podejmowanie, wykonywanie i zakończenie *działalności gospodarczej* jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.“ Skoro ustawa używa kwantyfikatora „każdy“ normę tę należy odnosić zarówno do przedsiębiorców polskich, jak i zagranicznych.

Co do obowiązku podporządkowania się normom zakazującym praktyk antykonkurencyjnych przez przedsiębiorców zagranicznych, którzy nie prowadzą działalności na obszarze RP, jak słusznie zauważa (Materna 2009:2.1.5.) „nieracjonalne byłoby ograniczenie możliwości ingerencji Prezesa UOKiK w ich działania do momentu, gdy taką działalność zaczną faktycznie prowadzić w Polsce. Uniemożliwiłoby to wyeliminowanie praktyk ograniczających konkurencję mających wywrzeć skutek na terytorium RP, które takie osoby mogą stosować np. przygotowując się do faktycznego rozpoczęcia działalności w Polsce. Prezes UOKiK miałby wyłączoną możliwość podjęcia jakichkolwiek kroków prawnych wobec osób prowadzących działalność gospodarczą za granicą, oddziałujących na

[383] Na temat pojęcia zob. Szafrański 2009. Przedsiębiorcy zagraniczni (podmioty prowadzące pierwotną działalność gospodarczą zagraniczną) mogą prowadzić wtórną działalność gospodarczą na terenie RP w formie oddziału lub przedstawicielstwa. Zgodnie z prawem polskim podmiot może być, alternatywnie, albo przedsiębiorcą zagranicznym albo przedsiębiorcą polskim (Szafrański 2010).Polskie prawo nie przewiduje natomiast takiej możliwości, by przedsiębiorca zagraniczny (inaczej: przedsiębiorca prawa obcego, przedsiębiorca z siedzibą za granicą) był jednocześnie „pierwotnym” przedsiębiorcą prawa polskiego. Zgodnie z art 5 pkt 4 SDGU oddział jest wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Zasady tworzenia oddziałów przedsiębiorców zagranicznych reguluje art. 85 SDGU. Z kolei art. 94 i nast. SDGU regulują kwestie dotyczące przedstawicielstwa przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce. Oddziały i przedstawicielstwa stanowią integralną część struktury tego przedsiębiorcy jako podmiotu prawa. Nie mają odrębnej od przedsiębiorcy zagranicznego podmiotowości ani zdolności prawnej (arg. z art. 85 w zw. z art. 5 pkt 4 SDGU oraz z art. 94 SDGU).

[384] Szerzej na temat ochrony konkurencji w kontekście zagadnień ustroju gospodarczego RP zob. (Strzyczkowski (w:) Kosikowski (red.) 2005: 29-32).

polski rynek pośrednio (np. *zagranicznego* producenta towarów importowanych do Polski, który zawiera z polskimi konkurentami porozumienie ustalające wielkość produkcji przeznaczanej na polski rynek). Prowadziłoby to do swoistego paradoksu, że do rynku konkurencji dopuszcza się wszystkich przedsiębiorców (zarówno polskich, jak i zagranicznych), ale ograniczenia nakłada tylko na niektórych z nich.".

Warto na koniec zaznaczyć, że za uznaniem, iż krajowe (polskie) regulacje prawa antymonopolowego znajdują zastosowanie także do przedsiębiorców zagranicznych opowiada się również orzecznictwo.

Już na gruncie ustawy antymonopolowej z 1990 roku zawisła przed ówczesnym Sądem Antymonopolowym sprawa dotycząca porozumienia, którego stronami byli przedsiębiorca polski i przedsiębiorca niemiecki[385]. W uzasadnieniu wyroku Sąd ten stwierdził m. in., że „Umowa […] podlega ocenie przepisów polskiej ustawy antymonopolowej, co tym samym przesądza o właściwości polskich organów - Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz polskich sądów. Wynika to z art. 1 powołanej ustawy, konstruującej zasadę ekstraterytorialności. W świetle tego przepisu, […] ustawa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom monopolistycznym podmiotów gospodarczych oraz ich związków, które wywołują skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także określa organy właściwe w tych sprawach. Zatem, stosownie do tej regulacji, ustawa antymonopolowa wchodzi w grę, jeżeli na polskim terytorium wystąpią skutki w postaci praktyk monopolistycznych, podlegające ocenie tej ustawy. Ten wymóg został spełniony." SOKiK uznał zatem, *implicite*, że przynależność państwowa stron porozumienia nie stanowi przesłanki stosowania przepisów ustawy z 1990 r.

Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z 10 maja 2007[386] przedmiotem analizy było zagadnienie, czy status „przedsiębiorcy zagranicznego" wystarcza do uzyskania „statusu „przedsiębiorcy"[387]. Spór dotyczył pojęcia „przedsiębiorcy" i „przedsiębiorcy zagranicznego" w rozumieniu obowiązującej ówcześnie ustawy z 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej[388] (dalej jako PDGU), jednak stanowisko SN pozostaje aktualne, pomimo zmian legislacyjnych. Strona negująca możliwość uznania „przedsiębiorcy

[385] Wyrok Sądu Antymonopolowego z 21 stycznia 1998 r., XVII Ama 55/97, Wokanda 1999, nr 2, s. 48.

[386] Wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2007 r., *III SK 24/06, OSNP 2008, nr 9-10, poz. 152.*

[387] Spór dotyczył pojęcia „przedsiębiorcy" i „przedsiębiorcy zagranicznego" w rozumieniu ustawy z 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, Dz. U. z 1999 r., nr 101, poz. 1178 (zob. art. 2 ust. 1 i 2 oraz art. 4 pkt 3 tej ustawy), jednakże podniesione argumenty pozostają aktualne pomimo zmian legislacyjnych.

[388] Dz. U. z 1999 r., nr 101, poz. 1178. Zob. art. 2 ust. 1 i 2 oraz art. 4 pkt 3 tej ustawy.

zagranicznego" za „przedsiębiorcę", podnosiła, że przedsiębiorcą jest tylko podmiot prowadzący pierwotną działalność gospodarczą na terytorium Polski, w oparciu o wpis do właściwego rejestru przedsiębiorców. Utrzymywała, że faktyczne uczestnictwo w rynku na obszarze RP, które nie przybrało żadnej formy zinstytucjonalizowanej przewidzianej w PDGU, nie przydawało prowadzącemu tę działalność statusu przedsiębiorcy (a w konsekwencji, że ustawa antymonopolowa z 1990 r. nie obejmowała go swoim zakresem podmiotowym). Ze względu na różnice w redakcji pomiędzy obecnymi a ówczesnymi przepisami trzeba wskazać że zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej z 1990 r. za przedsiębiorców uważano w szczególności: „osoby fizyczne i prawne, a także jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, prowadzące działalność gospodarczą". Wyjaśniając znaczenie tego przepisu SN wskazał, że art. 2 pkt 1 ustawy z 1990 r. nie odsyłał w przedmiocie ustalenia treści pojęcia „przedsiębiorcy" do przepisów PDGU. Zawierał własną, autonomiczną definicję podmiotu gospodarczego (przedsiębiorcy), zaś odesłanie do PDGU dotyczyło jedynie pojęcia „prowadzenia działalności gospodarczej". W rozumieniu art. 2 ust. 1 PDGU działalnością gospodarczą była zaś „działalność wytwórcza, budowlana, handlowa i usługowa, prowadzona w celach zarobkowych i na własny rachunek podmiotu prowadzącego taką działalność". Zdaniem SN tylko te, przedmiotowe, kryteria były relewantne z punktu widzenia statusu podmiotu gospodarczego (przedsiębiorcy) w rozumieniu ustawy antymonopolowej z 1990 r. Nie miał znaczenia również fakt wpisania podmiotu do określonego rejestru. Na tej podstawie SN wywiódł, że dla uznania danego podmiotu za podmiot gospodarczy nie było istotne, czy prowadził on działalność gospodarczą w Polsce w sposób przewidziany przepisami ustawy o działalności gospodarczej lub innych ustaw. Znaczenie miało jedynie to, czy dany podmiot był osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną i wykonywał czynności, które w świetle przepisów PDGU można było uznać za działalność gospodarczą. A zatem - decydujące dla uznania podmiotu za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej z 1990 r. było kryterium przedmiotowe, tj. fakt prowadzenia działalności gospodarczej.

Dokonując takiej wykładni SN zaakcentował też szerszy zakres znaczeniowy normatywnego pojęcia przedsiębiorcy w prawie konkurencji w porównaniu do znaczeniu przypisanego mu w PDGU. Podkreślił celowość szerokiej interpretacji tego pojęcia w świetle treści art. 1 ustawy antymonopolowej z 1990 r., który odwoływał się do faktu wywołania przez praktykę skutków na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jako przesłanki stosowania ustawy. W tym kontekście SN jednoznacznie stwierdził iż „Status podmiotu dopuszczającego

się takiej praktyki w świetle przepisów SDGU jest - z punktu widzenia zastosowania art. 1 ustawy [antymonopolowej z 1990 r.- przyp. M.U.A.] - bezprzedmiotowy".

Sąd Najwyższy potwierdził również słuszność stanowisk wyrażonych we wcześniejszym orzecznictwie Sądu Antymonopolowego. Wynikało z nich, że „ustawę antymonopolową z 1990 roku należało stosować do przedsiębiorców zagranicznych, którzy nie prowadzili działalności gospodarczej na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej w formie przewidzianej w przepisach prawa o prowadzeniu działalności gospodarczej lub czy też w innych aktach prawnych regulujących status przedsiębiorców zagranicznych w RP" (wyrok z 24 stycznia 1991 r., XV Amr 19/90[389]), jak również, że „Dla oceny, czy określone zachowanie zagranicznego przedsiębiorcy ma na polskim terytorium skutek praktyki monopolistycznej, podlegającej ocenie polskiego prawa, stosownie do art. 1 ustawy z 1990 r., miarodajna jest pozycja (siła) rynkowa tego przedsiębiorcy na obszarze rynku zagranicznego, na którym koncentruje on swoją działalność w zakresie danego produktu" (wyrok z 21 stycznia 1998 r., XVII Ama 55/97[390]). Analogicznie - „Z ochrony przewidzianej w polskiej ustawie antymonopolowej może skorzystać także przedsiębiorca zagraniczny." (wyrok SOKiK z 18 grudnia 2002 r., XVII Ama 19/01[391]).

Zmiana stanu prawnego, jaka miała miejsce od czasu wydania ww. orzeczeń, nie wpływa na aktualność wyrażonych w nich stanowisk.

Powyższe rozważania prowadzą w sposób jednoznaczny do wniosku, że przedsiębiorcy zagraniczni są objęci zakresem podmiotowym zakazów wyrażonych w art. 6 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 i 2 OKiKU.

Na potrzeby dalszych rozważań należy zatem ustalić znaczenie pojęcia „przedsiębiorca zagraniczny" dla potrzeb stosowaniu OKiKU. Jak wynika z powyższych uwag, do kategorii tej należą:

a. przedsiębiorcy zagraniczni w rozumieniu SDGU (art. 4 pkt 1 *in initio* OKikU), czyli:
   i. osoby fizyczne nieposiadające obywatelstwa polskiego, wykonujące działalność gospodarczą za granicą,
   ii. obywatele polscy wykonujący działalność gospodarczą za granicą,
   iii. osoby prawne z siedzibą za granicą, wykonujące działalność gospodarczą za granicą,

[389] Wokanda 1992, nr 5, s. 37.
[390] Wokanda 1999, nr 2, s. 48.
[391] Dz. Urz. UOKiK 2003/2/260.

iv. jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, lecz posiadające zdolność prawną[392], z siedzibą za granicą, wykonujące działalność gospodarczą za granicą,

b. osoby fizyczne niepodlegające polskiemu zwierzchnictwu personalnemu[393], spełniające cechy definicyjne wymienione w art. 4 pkt 1 lit. a lub lit. b lub lit. c OKiKU,

c. osoby prawne mające obcą przynależność państwową[394], spełniające cechy definicyjne wymienione w art. 4 pkt 1 lit. a OKiKU,

d. jednostki organizacyjne z siedzibą poza RP, niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, spełniające cechy definicyjne wymienione w art 4 pkt 1 lit. a OKiKU,

e. związki przedsiębiorców, o których mowa w art. 4 pkt 1 lit. d OKIKU, mające obcą przynależność państwową.

3.3. Problemy proceduralne w transgranicznych sprawach antymonopolowych – postępowanie administracyjne

3.3.1. Kompetencja Prezesa UOKiK do rozstrzygania w sprawach dotyczących zachowań mających miejsce za granicą

Pytanie o kompetencje organów administracji krajowej do rozstrzygania spraw, których przedmiotem są zachowania podejmowane za granicą dotyczy oczywiście problematyki zakresu jurysdykcji krajowej („właściwości międzynarodowej") a dokładniej - jurysdykcji do stosowania prawa. Z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego (reguła *Lotus*) wykonywanie tej jurysdykcji nawet wobec zachowań, które miały miejsce poza terytorium państwa *forum* jest legalne dopóty, dopóki wdrażanie norm krajowych odbywa się terytorialnie (tj, organy państwa działają na własnym terytorium). Niniejszy rozdział będzie zaś poświęcony zagadnieniu, w jaki sposób polskie prawo krajowe ustala relacje pomiędzy przestrzennym zasięgiem jurysdykcji legislacyjnej (art. 1 ust.2 OKiKu) a przestrzennym zasięgiem jurysdykcji Prezesa UOKiK do stosowania polskiego publicznego prawa ochrony konkurencji (jurysdykcji do orzekania).

Jak była o tym mowa w rozdziale 1.2.1., zakres spraw objętych przedmiotem krajowej regulacji (zakres jurysdykcji legislacyjnej) jest – z punktu widzenia prawa

[392] Szerzej na temat. ustalania zdolności prawnej podmiotów zagranicznych zob. poniżej, rozdz. 3.3.2.
[393] Na ten temat zob. (Szafrański 2009:13, 14).
[394] Na ten temat zob. (Szafrański 2009:14, 15).

międzynarodowego – swobodnie określany przez państwo. Relacja między zakresem jurysdykcji legislacyjnej państwa, a zakresem jego jurysdykcji do stosowania prawa (sądowniczej) jest jednak dość złożona. Jeżeli nawet norma prawa materialnego „nadaje się" do tego, by zastosować ją do spraw z elementem zagranicznym, nie musi to oznaczać, że przepisy proceduralne będą z tym spójne, tj. że ustawodawca przyzna organom państwa kompetencję do prowadzenia spraw z takim elementem. Decyzja ta pozostaje bowiem w sferze jego suwerennych uprawnień. W przepisach proceduralnych ustawodawca wyłącza niekiedy kompetencję organów krajowych do rozstrzygania, ze względu na brak łącznika pomiędzy państwem *forum* a stroną postępowania, bądź dlatego, że brak łącznika z terytorium państwa *forum*[395]. Takie rozwiązania są zwłaszcza charakterystyczne dla prawa prywatnego (cywilnego). W odniesieniu do prawa publicznego natomiast raczej nie są one stosowane. Jest to pochodna podstawowego założenia, jakie leży u podstaw tworzenia prawa publicznego – tj. iż jego normy służyć mają realizacji określonych celów publicznych (ochronie interesu publicznego). Zgodnie z zasadą *lex fori processualis* organ prowadzący postępowanie stosuje prawo procesowe własnego kraju. Poniżej zostaną prześledzone rozwiązania proceduralne przyjęte w polskim prawie, w celu zbadania, jaki model przyjął polski ustawodawca. Ponieważ przepisy OKiKu nie dotyczą tego zagadnienia, konieczne jest sięgnięcie do podstawowego aktu prawa polskiego regulującego procedurę administracyjną – tj. kodeksu postępowania administracyjnego. Z art. 1 pkt 1 KPA w zw. z art. 5 § 2 KPA wynika, że w trybie KPA procedują m.in. centralne organy administracji rządowej. Z kolei art. 29 ust. 1 ustawy antymonopolowej stanowi, że Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Nadto, art. 83 OKiKu wyraźnie odsyła do stosowania KPA w kwestiach proceduralnych w niej nieuregulowanych.

W polskim porządku prawnym o właściwości rzeczowej organów administracji stanowią przepisy materialnoprawne regulujące ich kompetencje[396]. Zakres przedmiotowy jurysdykcyjnego (ogólnego) postępowania administracyjnego określają zatem przepisy materialnego prawa administracyjnego, stwarzając podstawy prawne dla organów administracji do wydania decyzji (tzn. norm jednostkowych regulujących indywidualne prawa lub obowiązki adresatów). Za właściwością organów administracji w określonej kategorii spraw nie przemawia żadne domniemanie- konieczny jest w odniesieniu do każdej takiej kategorii wyraźny przepis prawa materialnego, który w tym zakresie stwarza możliwość drogi procesu administracyjnego (Borkowski 2006:218). Ta materialna podstawa działania określa

[395] Zob. rozdz. 1.2.1.
[396] Przepisy art 19 i nast. KPA, dotyczące właściwości, maja tylko charakter pomocniczy.

właściwość organu, której musi on zawsze przestrzegać pod sankcją nieważności decyzji[397]. Z tego względu organ zawsze bada swą właściwość – przy wniesieniu podania (art. 65 § 1 KPA), przy wniesieniu skargi (art. 233 § 1 KPA), bądź z urzędu poszukuje podmiotów, które są stronami w sprawie (art. 61 § 4, art. 91 § 3 KPA), a popełnienie błędu w ustaleniu kręgu stron czyni postępowanie wadliwym (art. 145 § 1 pkt 4 KPA), bądź powoduje nieważność decyzji (art. 156 § 1 pkt 4 KPA). Podstawą takiej konstrukcji jest zasada państwa prawa wyrażona w art 7 Konstytucji, który stanowi, że „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa". Organowi władzy publicznej wolno tylko na podstawie normy prawnej ustanowionej przepisem prawa powszechnie obowiązującego władczo i jednostronnie (aktem administracyjnym) ingerować w prawa i obowiązki jednostki, mając na uwadze, że rozstrzygnięcie to oddziaływać może pośrednio lub bezpośrednio na prawa lub obowiązki osób trzecich, czy też zakres czynności innych organów władzy publicznej. Organ administracji publicznej do rozstrzygnięcia o obowiązku (lub interesie prawnym) nie jest legitymowany samym tylko przepisem procedury administracyjnej, lecz musi zawsze z urzędu badać swoją właściwość rzeczową i miejscową, „albowiem tylko tyle ma on władztwa, ile jego uzyskuje z treści normy prawnej ustanowionej prawem powszechnie obowiązującym. Wykroczenie poza sferę właściwości organu zagrożone jest sankcją nieważności jego aktu (art. 156 § 1 pkt 1 KPA)" (Borkowski 2006:219).

Przedmiotowy i podmiotowy zakres stosowania KPA wynika z art. 1 tej ustawy. Stanowi on m. in., że KPA normuje postępowanie przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych. W oparciu o art. 1 pkt 1 KPA oraz o pojęcie strony w postępowaniu administracyjnym (art. 28 KPA), sformułować można następujące przesłanki, które muszą wystąpić łącznie, by można było wszcząć (i prawidłowo prowadzić) postępowanie administracyjne:

- na podstawie norm prawa ustrojowego i prawa materialnego istnieje w strukturze administracji publicznej organ właściwy w sprawie indywidualnej,
- sprawa ta może być załatwiona przez wydanie decyzji administracyjnej,

[397] Stosowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nadzwyczajnych środków wzruszenia decyzji dotyczy art. 82 OKiKU. Wynika zeń, że od decyzji ani od postanowień Prezesa Urzędu stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w KPA dotyczące wznowienia postępowania, uchylenia, zmiany lub stwierdzenia *nieważności* decyzji. Na temat stosowania tych instytucji *ex officio* przez Prezesa UOKiK szerzej zob. (Kwieciński, Witkowska (w:) Stawicki. A., Stawicki E. (red.) 2016: komentarz do art. 82 ustawy). Niezależnie od powyższego, kwalifikowane naruszenia procedury stanowią podstawę zarzutów odwołania do SOKiK.

- rozpoznanie i załatwienie sprawy może nastąpić w administracyjnym postępowaniu jurysdykcyjnym (ogólnym),
- istnieje podmiot niepodporządkowany organowi administracyjnemu, mający zgodnie z przekonaniem organu swój obowiązek, którego będzie dotyczyć postępowanie (Borkowski 2006: 223, 224).

Jak wynika z powyższego, w prawie polskim nie zachodzi „kolizja" pomiędzy przepisami materialnego prawa administracyjnego (w tym przypadku – przepisami OKiKu) a przepisami kodeksu postępowania administracyjnego, która polegałaby na tym, że normy proceduralne ograniczałyby pod kątem przedmiotowym kompetencję organów wynikającą z ustawowo określonego zakresu ich właściwości rzeczowej. Wynika to ze specyficznej relacji pomiędzy normami KPA a normami ustaw zawierającymi normy materialnego prawa administracyjnego. Polskie organy administracji mają kompetencję do rozstrzygania spraw administracyjnych, jeżeli w danej sytuacji materialne prawo administracyjne obowiązujące w Polsce ma zastosowanie (Niedźwiedź 2017:411)

Kodeks postępowania administracyjnego nie zawiera odrębnych unormowań dotyczących „właściwości międzynarodowej" w postępowaniu administracyjnym. Przestrzenny zakres kompetencji orzeczniczych organów obowiązanych do stosowania KPA nie jest określony w oparciu o jakiekolwiek łączniki jurysdykcyjne znane prawu międzynarodowemu publicznemu. W szczególności przepisy proceduralne nie uzależniają dopuszczalności wszczęcia i prowadzenia postępowania przez organ (działający w zakresie swoich kompetencji wyznaczonym normami prawa materialnego) od tego, czy zachowanie lub zdarzenie, którego dotyczy sprawa administracyjna, miało miejsce na terytorium RP, czy poza nim.

Powyższe ustalenie – przeniesione na grunt OKiKu – oznacza, że przepisy KPA nie wyłączają spod kompetencji prezesa UOKiK praktyk antykonkurencyjnych, których źródłem jest zachowanie mające miejsce poza terytorium RP.

3.3.2. Zdolność administracyjnoprawna przedsiębiorców zagranicznych

Ustaliwszy, że przepisy materialnoprawne OKiKU obejmują zakresem podmiotowym przedsiębiorców zagranicznych oraz że normy kompetencyjne nie ograniczają Prezesa UOKiK w prowadzeniu postępowań co do zachowań mających miejsce zagranicą, należy zbadać, czy przepisy proceduralne nie stoją na przeszkodzie uczestnictwu przedsiębiorców zagranicznych w polskim administracyjnym postępowaniu antymonopolowym. Innymi słowy – jak przedstawia się zdolność administracyjnoprawna

przedsiębiorców zagranicznych w prawie polskim. Przepisy ustawy antymonopolowej zawierają wprawdzie pewne regulacje o charakterze proceduralnym, ale nie dotyczą one zagadnienia zdolności przedsiębiorców zagranicznych do udziału w postępowaniu. W szczególności art. 88 ust. 1 ustawy abstrahuje od zagadnienia, czy krajowe postępowanie może toczyć się z udziałem przedsiębiorców zagranicznych[398]. Artykuł 83 OKiKU w sprawach w niej nieuregulowanych odsyła do KPA. Zatem i w odniesieniu do tego problemu należy poddać badaniu podmiotowy zakres stosowania KPA, tj. zagadnienie, w jaki sposób została w nim ukształtowana instytucja „strony".

Cechę zdolności do tego, by być podmiotem praw i obowiązków określa się mianem zdolności prawnej. Jest to z istoty rzeczy zagadnienie prawa materialnego. Emanacją zdolności prawnej w postępowaniu administracyjnym jest zdolność administracyjnoprawna (zdolność do bycia stroną postępowania). Organ administracji publicznej ma obowiązek ustalenia kręgu podmiotów, które są stronami w sprawie (art. 61 § 4, art. 91 § 3 KPA), a popełnienie błędu w tym zakresie czyni postępowanie wadliwym (art. 145 § 1 pkt 4 KPA), bądź powoduje nieważność decyzji (art. 156 § 1 pkt 4 KPA).

Pojęcie „strony" wprowadza art. 28 KPA. Wynika z niego, że stroną postępowania administracyjnego może być „każdy", czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny bądź obowiązek. Jest to zatem regulacja bardzo pojemna pod względem podmiotowym i przedmiotowym, otwarta zarówno na regulacje prawa publicznego, jak i prywatnego oraz ich zmiany. Cechuje ją wysoki poziom abstrakcji zasadniczych kryteriów, które spełnia strona postępowania administracyjnego. Ze względu na takie sformułowanie art. 28 KPA „strona" jest instytucją procesową, a to oznacza, że uregulowania jej statusu trzeba wywodzić nie z jednego, lecz wielu przepisów prawa administracyjnego, wspierając je przepisami prawa cywilnego, jak również z przepisów ustrojowych dotyczących administracji publicznej i repartycji w niej właściwości oraz kompetencji i wreszcie przepisów procedury stosownej do sprawy (Borkowski 2006: 226). Skorelowanie pojęcia strony z okolicznością, iż określonemu podmiotowi przysługuje pewne uprawnienie, bądź też, że jest on obciążony pewnym obowiązkiem powoduje, że to przepisy prawa materialnego stwarzają dla określonego podmiotu legitymację procesową strony (Borkowski 2006:229). Przyjęta w art. 28 metoda regulacji procesowej instytucji „strony" pozostaje w ścisłym związku z szeroko

[398] Art. 88. ust. 1 OKiKu stanowi: „Stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających *konkurencję."*

sformułowaną przesłanką kompetencji jurysdykcyjnej (orzeczniczej) organów administracyjnych. Innymi słowy, uzależnienie zakresu kompetencji jurysdykcyjnych organu od regulacji przepisów prawa materialnego (art. 1 pkt 1 i pkt 2 KPA) implikuje szerokie ujęcie instytucji „strony" w postępowaniu administracyjnym (Szubiakowski (w:) Wierzbowski 2015: 54). Przepisy materialnoprawne wiążą posiadanie statusu strony z określonym przedmiotem spraw indywidualnych rozpatrywanych i załatwianych w drodze decyzji w postępowaniu administracyjnym ogólnym. Ten, kto może być podmiotem praw i obowiązków, o których rozstrzyga się w decyzji administracyjnej będzie występował jako strona w postępowaniu administracyjnym zmierzającym do wydania tej decyzji. W skrócie rzecz ujmując – każdy, kto może stać się, z mocy decyzji, stroną stosunku prawnego nawiązywanego na podstawie prawa materialnego, będzie występował w postępowaniu administracyjnym jako strona (Matan (w) Łaszczyca, Martysz, Matan, 2010:29).

Ze względu na powyższe, nie znajdziemy w KPA określenia podmiotowych cech kwalifikujących poszczególne jednostki jako potencjalną „stronę" postępowania administracyjnego. Art. 29 KPA wymienia pewne kategorie podmiotów, które mogą być stronami postępowania administracyjnego. Są to:

a) osoby fizyczne, a więc każdy człowiek bez wskazania dodatkowych cech kwalifikacyjnych; w szczególności nie jest istotne obywatelstwo[399],
b) osoby prawne – czyli Skarb Państwa orz inne podmioty państwowe, samorządowe i prywatne, które z mocy przepisów szczególnych mają osobowość prawną,
c) państwowe jednostki organizacyjne bez osobowości prawnej, wyodrębnione w strukturze władzy publicznej,
d) samorządowe jednostki organizacyjne bez osobowości prawnej, wyodrębnione w strukturze samorządu terytorialnego,
e) jednostki organizacyjne bez osobowości prawnej, wyodrębnione w strukturze innych form samorządu,
f) organizacje społeczne bez osobowości prawnej.

Nie jest to bynajmniej katalog wyczerpujący. Jest to wyliczenie podstawowe, które nie obejmuje wszystkich podmiotów mogących być stronami w rożnych postępowaniach administracyjnych (np. nie obejmuje osobowych spółek prawa handlowego). Przepisy odrębnych ustaw w odniesieniu do poszczególnych typów spraw administracyjnych stanowią

[399]Stroną może być osoba małoletnia, pełnoletnia, ciesząca się pełnią praw albo ograniczona w prawach publicznych, posiadająca obywatelstwo wyłącznie polskie lub „podwójne", apatryda, osoba będąca sukcesorem prawa osoby fizycznej z każdego tytułu prawnego (Borkowski 2006:236).

podstawę prawną do tego, żeby poszczególne podmioty mogły być stronami postępowania administracyjnego, nawet jeżeli nie zostały wymienione w art. 29 KPA. Ze względu na niejednorodność prawną materii, w której mogą być wydawane decyzje administracyjne, nie można było ustanowić w art. 29 KPA ścisłych kryteriów przyznania zdolności administracyjnoprawnej, lecz trzeba było dopuścić możliwie najszerszy krąg podmiotów do udziału w postępowaniu administracyjnym. (Borkowski 2006:230).

Powyższe uwagi można zatem podsumować następująco. Ze względu na fakt, że nie jest możliwe, by na przyszłość, według jednej tylko generalnej reguły określić wszystkie przypadki, w których organy administracyjne będą w drodze decyzji orzekały o prawach lub obowiązkach stron- albowiem prawo materialne jest kształtowane przez prawodawcę według zasad przyjętych w danym czasie i zgodnie z bieżącymi potrzebami - w określeniu zdolności administracyjnoprawnej odstąpiono od wprowadzania istotniejszych ograniczeń. Nie można ich bowiem wprowadzać co do zasady w ogólnej procedurze, skoro nie ma takich generalnych ograniczeń w prawie materialnym, które swymi przepisami wyłącznie może dać podstawę do władczej ingerencji administracji publicznej w działanie podmiotów niepodporządkowanych jej organizacyjnie, przez wydanie decyzji administracyjnej (Borkowski 2006:232).

W sprawach szczególnego rodzaju wprowadza się unormowania zacieśniające krąg stron postępowania, mając na uwadze jego przedmiot. Przykładowo - takie ograniczenia znajdziemy również w ustawie antymonopolowej. W artykule 94 ust. 1 – 3 OKiKU określono odrębnie legitymację stron postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorstw.

Stroną postępowania będzie zatem osoba (jednostka organizacyjna) wymieniona w art. 29 KPA lub w przepisach odrębnych, która na podstawie prawa obowiązującego powinna być obarczona powinnością określonego zachowania wyznaczonego nakazem lub zakazem. Z uwagi na przedmiot stosunków administracyjnoprawnych mogą to być także podmioty, które w innych dziedzinach obrotu prawnego nie mogłyby występować ze skutkiem prawnym. W ten sposób określona zdolność administracyjnoprawna nie pokrywa się z podmiotowością prawną w dziedzinie prawa cywilnego materialnego i procesowego.

Mimo tego specyficznego ukształtowania zdolności administracyjnoprawnej, KPA w zakresie zdolności prawnej odsyła do „przepisów prawa cywilnego" (art. 30 KPA). Znaczenie tego przepisu nie jest całkiem jasne. Zgodnie z poglądem (Borkowskiego 2006: 241) należy rozumieć go w ten sposób, że jeśli przepisy materialnego prawa administracyjnego nie określają wprost, kto podlega wynikającym z niego prawom lub obowiązkom, zdolność

administracyjnoprawną podmiotu należy oceniać wg tych reguł „ogólnych". Innymi słowy – należy uznać, że adresatem odpowiednich przepisów materialnego prawa administracyjnego jest każdy, kto posiada zdolność prawną w rozumieniu prawa cywilnego, o ile przepisy te nie określają w specyficzny sposób kręgu swoich adresatów (nie zawężają go ani nie rozszerzają). Przyczyną odesłania do reguł prawa cywilnego jest brak odpowiednich „ogólnych" przepisów materialnego prawa administracyjnego.

Jak się okazuje, odesłanie to bywa przydatne również wówczas, gdy przepisy szczególne określają swoich adresatów. Tak jest w przypadku definicji ujętej w art. 4 pkt 1 OKiKu. Znajdujące się we wstępnej części tego przepisu odwołanie do SDGU wymaga ustalenia, czy dany podmiot posiada zdolność prawną, ponieważ do tej cechy odsyłają z kolei przepisy SDGU (zob. wyżej). Odwołuje się do niej również art. 4 pkt 1 lit. a OKiKu.

Odesłanie zawarte w art. 30 KPA należy odnosić do art 8, 33 oraz 33^1 Kodeksu cywilnego[400] (dalej jako KC). Wynika z nich, że zdolność prawną mają osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym przepis szczególny przyznaje jednak zdolność prawną. Z kolei zdolność prawną podmiotów, które podlegają zwierzchnictwu personalnemu innych państw, w zakresie uprawnień i obowiązków z dziedziny prawa publicznego (administracyjnego) należy oceniać według art. 37 Konstytucji RP oraz – ze względu na ww. odesłanie do norm prawa cywilnego - według regulacji ustawy prawo prywatne międzynarodowe[401] (dalej jako PPM).

Artykuł 37 ust. 1 Konstytucji zrównuje w wolnościach i prawach wszystkie osoby znajdujące się „pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej", a w ust. 2 stanowi, że wyjątki od tej zasady, odnoszące się do cudzoziemców określa ustawa. Cudzoziemcy w zasadzie korzystają więc z tych samych praw, co obywatele polscy[402].

Ustawa prawo prywatne międzynarodowe nie posługuje się pojęciem „przedsiębiorca" ani „przedsiębiorca zagraniczny", lecz terminami: „osoba fizyczna", „osoba prawna" i „jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej"[403] (p. niżej). Regulacje PPM są pod względem podmiotowym szerokie i obejmują wszystkie kategorie podmiotów, które mogą być przedsiębiorcami, tj. zarówno te podmioty, które są zdefiniowane w SDGU jako „przedsiębiorcy zagraniczni", jak i te, którym OKiKU przydaje przymiot

[400] Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 z późn. zm.

[401] Ustawa z 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1792.

[402] W polskim porządku prawnym istnieje grupa przepisów regulujących tzw. „prawo obcych" odnoszących się do cudzoziemców przebywających na terytorium Polski, które regulują ich szczególne prawa i obowiązki. W pozostałym zakresie cudzoziemcy przebywający na terytorium Polski mają w zasadzie te same prawa i obowiązki co obywatele polscy, a wyjątki mogą wynikać z przepisów ustawowych (Borkowski 2009:98).

[403] Ustawa ta nie odwołuje się do wymagania posiadania zdolności prawnej przez taką jednostkę.

przedsiębiorcy w autonomicznej (nieodwołującej się do SDGU) części definicji ujętej w art. 4 pkt 1 lit. a-d. Przepisy PPM regulujące zdolność prawną można zatem odnosić do wszystkich kategorii podmiotów, które OKiKU traktuje jako przedsiębiorców (które mogą być stroną w postępowaniu antymonopolowym).

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 11 ust. 1 PPM zdolność prawną osób fizycznych ustala się według ich prawa ojczystego (czyli zdolność prawna wynika z ich statutu personalnego). Z kolei zdolność prawna osób prawnych i jednostek nieposiadających osobowości prawnej podlega prawu państwa, w którym osoba ta (albo jednostka) ma siedzibę (art. 17 ust. 1 pkt 4 i art 21 PPM).

Również w zakresie zdolności do czynności prawnych art. 30 ust. 1 KPA odsyła do norm prawa cywilnego. Procesowym odpowiednikiem zdolności czynności prawnych jest zdolność procesowa (zdolność do dokonywania przez stronę czynności procesowych). Z art. 37 Konstytucji RP oraz z art. 11- 17 KC, art. 38 KC oraz art. 11 ust. 2, art. 17 ust. 1 pkt 4 i art 21 PPM wynika, że również o zdolności do czynności prawnych (a przez to – o zdolności procesowej) decyduje prawo ojczyste (prawo siedziby) podmiotu. Dodatkowo – w stosunku zarówno do osób fizycznych, osób prawnych, jak i jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej- stanowi się, że jeżeli podmiot *„[...] dokonuje czynności prawnej w zakresie prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa, wystarczy, że ma zdolność do dokonania tej czynności według prawa państwa, w którym przedsiębiorstwo jest prowadzone”* (odpowiednio: art.11 ust. 2 PPM, art. 18 ust.1 PPM oraz art. 21 PPM w zw. art. 18 ust.1 PPM).

Zawarta w art. 30 ust. 1 KPA regulacja powoduje zatem, że zdolność administracyjnoprawną podmiotów zagranicznych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK należy oceniać wg ich statutu personalnego– więc w oparciu o normy spoza systemu prawa polskiego[404]. Powoduje to pewne trudności praktyczne, związane z koniecznością dotarcia do właściwych przepisów obcego porządku prawnego. Ponadto, poczynienie błędnych ustaleń odnośnie omawianych okoliczności prowadzi do poważnych negatywnych konsekwencji proceduralnych. Mianowicie- nieprawidłowe ustalenie zdolności administracyjnoprawnej osoby potraktowanej przez organ jako strona, pociąga za sobą wadę nieważności decyzji (art. 156 § 1 pkt 4 KPA). Natomiast w przypadku utraty przez stronę zdolności do czynności

[404] Jedynie w przypadku obywatela polskiego, który jest przedsiębiorcą zagranicznym (zob. definicja „przedsiębiorcy zagranicznego“ w art 5 pkt 3 SDGU) zdolność prawną będzie się ustalać w oparciu o prawo polskie.

procesowych (art. 97 § 1 pkt 2 i pkt 3 KPA) postępowanie winno zostać zawieszone i – do czasu usunięcia tego braku - decyzja nie może zostać wydana (art 97 § 2 KPA).

Teoretycznie nie można wykluczyć, że wynik tej oceny będzie taki, iż podmiotowi brak jest zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych. Z drugiej strony wydaje się jednak mało prawdopodobne, by współcześnie porządki prawne dopuszczały do prowadzenia działalności gospodarczej (przydawały status przedsiębiorcy według prawa krajowego) podmiotowi, który nie ma zdolności prawnej[405] lub zdolności do czynności prawnych (co najmniej w zakresie czynności dokonywanych w zakresie prowadzonego przedsiębiorstwa).

Przy okazji omawianej tematyki warto zaznaczyć**,** że oddziały ani przedstawicielstwa zagranicznych przedsiębiorców Polsce- ponieważ same nie są przedsiębiorcami i zgodnie z prawem polskim nie mają zdolności prawnej (p. wyżej)- nie mogą być podmiotem postępowania przed Prezesem UOKiK. Jeżeli zatem przedsiębiorca zagraniczny dopuści się złamania zakazu praktyk ograniczających konkurencję „rękami" oddziału lub przedstawicielstwa, stroną postępowania antymonopolowego będzie ten przedsiębiorca, a nie jego oddział (przedstawicielstwo).

Z powyższych rozważań płynie wniosek, że przepisy proceduralne nie wyłączają spod kompetencji orzeczniczych prezesa UOKiK praktyk antykonkurencyjnych, których sprawcami są przedsiębiorcy zagraniczni. Wszakże, posiadanie przez nich zdolności administracyjnoprawnej zależy od tego, czy według swojego prawa ojczystego posiadają zdolność prawną. Wyjątkiem są tutaj związki przedsiębiorców, o których mowa w art. 4 pkt 1 lit. d OKiKu. Przepis ten – w odróżnieniu od innych jednostek redakcyjnych składających się na art. 4 pkt 1 – w żaden sposób nie odnosi się do zdolności prawnej takich związków.

3.3.3. Doręczenia do przedsiębiorców zagranicznych

W niniejszym podrozdziale podjęta zostanie problematyka transgranicznych doręczeń w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Została ona uczyniona przedmiotem odrębnych uwag, ponieważ obrazuje, że już na etapie postępowania głównego (jurysdykcyjnego) pojawiają się trudności związane z przestrzennym zasięgiem uprawnień jurysdykcyjnych organów krajowych w kontekście prawa międzynarodowego. Jest tak dlatego, że dokonywanie doręczeń przez organy administracji jest przejawem wykonywania władztwa państwowego. Niekiedy traktowane jest nawet jako wykonywanie jurysdykcji egzekucyjnej (zob. rozdz. 1.1.). Dokonywanie oficjalnych doręczeń za granicę oznacza zatem

[405] Mowa tu o jednostkach organizacyjnych, a nie o osobach fizycznych, gdyż te ostatnie, jak należy założyć, mają zdolność prawną co najmniej od urodzenia.

wykonywanie czynności władczych na terytorium innego suwerena, choć inne czynności postępowania toczą się na terytorium *forum* Tymczasem, jak wynika z reguły *Lotus,* „Pierwszym i najważniejszym ograniczeniem nałożonym na państwa przez prawo międzynarodowe jest to, że – jeżeli nie istnieje wyraźna norma dozwalająca – państwo nie może wykonywać władztwa, w jakiejkolwiek formie, na terytorium innego państwa."

Przedmiotem doręczeń są „pisma". Mając na uwadze obowiązującą w KPA zasadę pisemności (art. 14 par. 1 KPA) formę pisma przyjmuje wiele czynności organów administracji – od rozstrzygnięć merytorycznych po zawiadomienia (np. o terminie rozprawy).

Doręczenie polega na przekazaniu pisma adresatowi przez organ administracji publicznej w sposób określony prawem. Doręczenia nie mają bynajmniej charakteru czynności formalnotechnicznych, lecz są niezwykle istotną instytucją procesową. Cele dokonywania doręczeń są zróżnicowane. Właściwe normatywne ukształtowanie tej instytucji, gwarantujące, iż adresat (ewentualnej przyszłej) decyzji wie o toczącym się postępowaniu i jego przedmiocie, ma oczywisty wpływ na realizację prawa jednostki do czynnego udziału w postępowaniu i zapewnienie jej możliwości efektywnej obrony swoich praw. Jest to jedna z podstawowych reguł demokratycznego państwa prawnego, warunkująca przeprowadzenie postępowania zakończonego ważną, decyzją, która nie będzie mogła zostać wzruszona ani na skutek zwyczajnych, ani nadzwyczajnych środków prawnych (art. 10 § 1 KPA w zw. z art. 6 KPA w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 KPA, w zw. z art. 84 OKiKu i w zw. z art.84 OKiKu)[406]. Ponadto, od skutecznego dokonywania doręczeń zależy niekiedy w ogóle możliwość faktycznego prowadzenia postępowania. Doręczenia wezwań do stawienia się na czynności, czy też wezwań do przedłożenia dokumentów lub informacji- zmierzają do spowodowania określonej aktywności strony lub innych podmiotów (np. świadków), warunkując możliwość przeprowadzenia dowodów. Wreszcie - prawidłowe doręczenie indywidualnego aktu administracyjnego jest warunkiem jego wejścia do obrotu prawnego, a to z kolei warunkuje możliwość wyegzekwowania skonkretyzowanego w nim obowiązku (Niedźwiedź 2017:29).

Doręczenia pełnią zatem niezwykle istotą rolę dla biegu postępowania i wydania niedotkniętej wadą decyzji administracyjnej.

Ze względu na brak w ustawie antymonopolowej odrębnych przepisów dotyczących doręczeń, w postępowaniu przed Prezesem UOKiK zastosowanie w tym zakresie znajdują

[406] Na temat stosowania *ex officio* przez Prezesa UOKiK instytucji stwierdzenia nieważności, uchylenia lub zmiany decyzji oraz stwierdzenia nieważności decyzji zob. szerzej (Kwieciński, Witkowska (w:) Stawicki. A., Stawicki E. (red.) 2016: komentarz do art. 82 ustawy).

przepisy KPA (art.83 OKiKu). Doręczenia transgraniczne KPA reguluje w art. 40 § 4 i § 5. Przepisy te mają aktualnie następujące brzmienie: „Strona, która nie ma miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu albo siedziby w Rzeczypospolitej Polskiej lub innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, jeżeli nie ustanowiła pełnomocnika do prowadzenia sprawy zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej i nie działa za pośrednictwem konsula Rzeczypospolitej Polskiej, jest obowiązana wskazać w Rzeczypospolitej Polskiej pełnomocnika do doręczeń, chyba że doręczenie następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej." (art. 40 § 4 KPA) oraz: „W razie niewskazania pełnomocnika do doręczeń przeznaczone dla tej strony pisma pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia. Stronę należy o tym pouczyć przy pierwszym doręczeniu. Strona powinna być również pouczona o możliwości złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie i wyjaśnień na piśmie oraz o tym, kto może być ustanowiony pełnomocnikiem." (art. 40 § 5 KPA). Z kolei art. 45 KPA, podstawowy, jeśli idzie o określenie miejsca doręczenia, brzmi: „Jednostkom organizacyjnym i organizacjom społecznym doręcza się pisma w lokalu ich siedziby do rąk osób uprawnionych do odbioru pism. Przepis art. 44 stosuje się odpowiednio." Ustawodawca polski, uwzględniając możliwość udziału osób zagranicznych w polskim postępowaniu administracyjnym „pozostawił" w swojej kompetencji ustawodawczej kwestię doręczeń za granicę - art. 40 § 4 i § 5 KPA w zw. art 45 KPA. Regulacja ta przewiduje, że pierwszego doręczenia w postępowaniu ogólnym dla strony zamieszkałej za granicą lub mającej siedzibę za granicą, dokonuje się za granicę, do jej miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu[407] albo lokalu siedziby, pouczając m. in. o możliwości ustanowienia pełnomocnika do prowadzenia sprawy w Polsce lub pełnomocnika do doręczeń w Polsce. Jeżeli żaden z pełnomocników nie zostanie ustanowiony pisma kierowane do strony pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia (o czym stronę również informuje się przy pierwszym doręczeniu).

Z powyższego wynika kilka okoliczności istotnych dla doręczeń do przedsiębiorców zagranicznych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK.

Po pierwsze – KPA nie przewiduje możliwości, by do przedsiębiorców zagranicznych (będących osobami prawnymi lub innymi jednostkami organizacyjnymi) dokonywać doręczeń na adresy ich oddziałów lub przedstawicielstw w Polsce. Nie są to bowiem adresy ich siedziby. Aby być zagraniczną osobą prawną lub zagraniczną jednostką organizacyjną trzeba mieć siedzibę za granicą, co wynika z odpowiednich przepisów SDGU

[407] Bliżej na temat znaczenia pojęć „miejsca zamieszkania" oraz „zwykłego pobytu" zob. (Niedźwiedź 2017:36 i nast., Wróbel 2016: komentarz do art. 40)

(zob. uwagi nt. pojęcia przedsiębiorcy, powyżej w rozdz. 3.2.). Wyprzedzając uwagi dotyczące regulacji doręczeń do przedsiębiorców w KPC (zob. rozdz. 3.4.3.), w tym miejscu należy zgłosić postulat *de lege ferenda*, by w sprawach antymonopolowych wprowadzić regulację umożlwiającą Prezesowi UOKiK dokonywanie doręczeń do oddziałów (lub przedstawicielstw) przedsiębiorców zagranicznych.

Po drugie – może się zdarzyć sytuacja, gdy osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą zagranicznym (zarówno będąca, jak i niebędąca obywatelem polskim), będzie miała miejsce zamieszkania lub pobytu na terytorium RP. Wówczas można dokonać doręczeń na adres na terytorium RP. Artykuł 42 § 1 KPA, regulujący miejsce doręczania pism osobom fizycznym, stanowi, że: „ Pisma doręcza się osobom fizycznym w ich mieszkaniu lub miejscu pracy". Nie przewidziano odrębnej regulacji dla osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą. W ww. przypadku nie będziemy mieli do czynienia z doręczeniem transgranicznym.

Po trzecie - przedsiębiorcom zagranicznym mającym siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) poza UE doręcza się pierwsze pismo w sprawie, a następnie, o ile nie zostaną spełnione inne wskazane w przepisie warunki, powinien on ustanowić pełnomocnika do doręczeń w Polsce. Jeżeli tego nie uczyni, nie będą nawet podejmowane próby kolejnych doręczeń. Adresowane do niego pismo, pozostawione w aktach sprawy, zostanie uznane za doręczone (fikcja doręczenia).

Po czwarte – z art. 40 § 4 i § 5 KPA nie wynika jasno, w jaki sposób dokonywać doręczeń do przedsiębiorców zagranicznych mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w UE. Od strony technicznej możliwe są dwa rozwiązania. Pierwsze z nich polega na doręczaniu za pośrednictwem właściwych organów państwa, na obszarze którego znajduje się ta siedziba lub miejsce zamieszkania (pobytu). Drugie - to dokonywanie doręczeń przez polskie organy bezpośrednio, tj. przez pocztę, na adres tejże siedziby lub miejsca zamieszkania (pobytu). Wykładnia przepisów 40 § 4 i § 5 KPA (nie stosuje się fikcji doręczenia w stosunku do adresatów w UE), w zw. z art. 42 par. 1 i art. 44 KPA (doręczeń dokonuje się na adres miejsca zamieszkania lub siedziby) prowadzi do wniosku, że intencją ustawodawcy było, aby ww. przedsiębiorcom doręczać bezpośrednio za granicę nie tylko pierwsze, ale i pozostałe pisma w postępowaniu.

Szereg wątpliwości budzą zagadnienia wymienione wyżej jako trzecie i czwarte. Im też będą poświęcone dalsze rozważania, począwszy od ostatniej z wymienionych kwestii.

Uregulowanie w KPA transgranicznych doręczeń jest stosunkowo nowym rozwiązaniem legislacyjnym. Przepisy art. 40 § 4 i § 5 zostały dodane 11 kwietnia 2011 r.[408], były następnie zmieniane, a przytoczoną wyżej redakcję przyjęły od 1 listopada 2015 r.[409]. Istotna zmiana w porównaniu do pierwotnego brzmienia polegała zwłaszcza na tym, że w poprzednich redakcjach przepisy te przewidywały dopuszczalność fikcji doręczenia („doręczenie" przez pozostawienie pisma w aktach sprawy) zarówno wobec stron mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) w państwach niebędących członkami UE, jak i w państwach członkowskich. Przyczyną wprowadzenia zmiany eliminującej możliwość pozostawiania pism w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia wobec stron mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) w UE było stanowisko TSUE wyrażone w orzeczeniu *Alder przeciwko Orłowska*[410], który uznał, że stosowanie takiej fikcji doręczenia jest niezgodne z art. 1 rozporządzenia 1393/2007 dotyczącego doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych[411]. Sprawa dotyczyła art. 1135^5 KPC (zob. rozdz. 3.4.3.), ale ze względu na tożsamość problematyki polski ustawodawca zdecydował się zmienić również art. 40 § 4 kpa, eliminując również w postępowaniu administracyjnym instytucję omawianej fikcji doręczenia w odniesieniu do podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) na obszarze UE[412]. Okoliczność, że TSUE uznał za niedozwolone stosowanie takiej fikcji

---

[408] Na mocy art. 1 pkt 9 lit. b ustawy z 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. z 2011 r., nr 6, poz. 18. Z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy, wynika, że polski ustawodawca celowo skopiował do art. 40 KPA rozwiązanie legislacyjne zawarte w KPC. Czytamy tam: „Nowelizacja art. 40 ma na celu wprowadzenie do Kodeksu regulacji w zakresie doręczeń dla strony zamieszkałej lub mającej siedzibę za *granicą*, analogicznej jak w przypadku Kodeksu postępowania cywilnego (art. 1135^5 KPC). Brak regulacji w tym zakresie powodował konieczność odpowiedniego stosowania w postępowaniu administracyjnym art. 1135^5 K.p.c., co budziło kontrowersje." Uzasadnienie projektu ustawy dostępne na: http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/2987.html, druk nr 2987 (dostęp 11 maja 2017 r.).

[409] Na mocy art. 139 pkt 1 ustawy z 25 czerwca 2015 r. - Prawo konsularne, Dz. U. z 2015 r., poz. 1274.

[410] Wyrok Trybunału (pierwsza izba) z 19 grudnia 2012 r., *Krystyna Alder i Ewald Alder przeciwko Sabina Orłowska i Czesław Orłowski,* wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Sąd Rejonowy w Koszalinie – Polska, sprawa C-325/11, Zb. Orz. elektr. 2012.

[411] Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000, Dz. Urz. UE 2007 L 324/79.

[412] Jak podano w uzasadnieniu projektu ustawy „Przepis wymaga modyfikacji w związku z istniejącymi wątpliwościami co do jego zgodności z prawem UE, w szczególności w związku z zainicjowaniem przez Komisję Europejską procedury EU Pilot (1953/11/JUST) dotyczącej dyskryminacji pośredniej dostrzeżonej w analogicznym kształcie instytucji pełnomocnika do doręczeń, uregulowanej w art. 1135^5 ustawy kodeks

doręczenia nie oznacza bynajmniej, że uznał za zgodne z prawem UE to, by polski organ dokonywał doręczeń bezpośrednio do adresatów na terytoriach państw członkowskich. Wprawdzie TSUE nie sfomułował wprost takiego zakazu, jednak z orzeczenia tego wynika, że w doręczeniach transgranicznych obowiązuje „zasada pośredniości". Została ona zwłaszcza wyrażona w motywie 6 preambuły rozporządzenia 1393/2007 oraz w jego art. 2 ust. 1 , który stanowi, iż „Każde państwo członkowskie wyznacza urzędników państwowych, organy lub inne osoby, zwane dalej „jednostkami przekazującymi", właściwe do przekazywania dokumentów sądowych lub pozasądowych, które mają zostać doręczone w innym państwie członkowskim." Rozporządzenie 1393/2007 bazuje na stosowanym w UE w sposób powtarzalny modelu współpracy w zakresie doręczeń, który oparty jest na zasadach wzajemności i pośredniości (w stosunkach między organami państw członkowskich UE) oraz zasadach: zrozumiałego języka, skuteczności doręczeń i niedyskryminacji (Cisowska-Sakrajda 2016: 43) [413] [414]. Sam fakt, że współpraca oparta na tym modelu odbywa się w ramach UE w pewnych obszarach, nie rozwiązuje problemów z doręczeniami w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Zgodnie z art. 1 ust.1 rozporządzenia 1393/2007 nie obejmuje ono w szczególności „spraw skarbowych, celnych czy administracyjnych". A zatem, nie stanowi ono podstawy do doręczeń transgranicznych w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Co więcej, w ramach UE nie ma takiego aktu prawnego, który konstruowałby podobne ramy współpracy w zakresie doręczeń ogólnie dla całej dziedziny prawa administracyjnego (Niedźwiedź 2017: 40). Ustawodawca unijny dostrzegł, że realizacja przez obywateli państw członkowskich UE przysługujących im

---

postępowania cywilnego. Uzasadnienie projektu ustawy milczy jednak na temat zagadnienia pośredniości i bezpośredniości doręczeń, a zwłaszcza legalności tych ostatnich w świetle prawa międzynarodowego; druk **nr 3290, dostęp na:** http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/przebiegproc.xsp?Nr=3290 **(10 maja 2017 r.).**

[413] W sekcji 1 rozdziału 1 rozporządzenie 1393/2007 zawiera przepisy służące doręczaniu pośredniemu, zaś w sekcji 2 tego rozdziały przewiduje inne sposoby doręczeń, w tym bezpośrednie (przez pocztę) do adresata. Z przepisów rozporządzenia nie wynika w ogóle, jaka jest hierarchia uregulowanych w nim sposobów doręczenia. TSUE, w omawianym wyroku (motyw 31), odczytuje to w ten sposób, iż nie ma między nimi żadnej hierarchii (pierwszeństwa).

[414] W odniesieniu do doręczeń dokonywanych przez Komisję w sprawach antymonopolowych do przedsiębiorców z państwa trzecich Trybunał uznaje wszakże, że doręczenie bezpośrednie za granicę zawiadomienia o wszczęciu postępowania jest ważne i skuteczne. Wymaga listu poleconego. Jeżeli chodzi o doręczenia do przedsiębiorców z państw trzecich decyzji stwierdzających naruszenie prawa konkurencji, Komisja zwykle dokonuje prób doręczenia z pomocą władz państwa spółki matki (z siedzibą poza UE), a jeśli jest to niemożliwe –do jej spółki zależnej z siedzibą w państwie UE. Doręczenie uznaje się za skuteczne gdy adresat miał możliwość zapoznania się z decyzją. W sprawie *ICI (I)* jedna ze spółek – Geigy, z siedzibą w Szwajcarii – zgodnie z rekomendacją własnego rządu zwróciła Komisji decyzję. Mimo to Komisja i Trybunał uznały ją za prawidłowo doręczoną (Whish, Bailey 2011:498).

swobód rodzi potrzebę transgranicznej współpracy w zakresie doręczeń dokumentów w toku toczących się sformalizowanych postępowań prowadzonych przez organy państwowe. Pierwsze akty prawne UE (wówczas EWG) regulujące te kwestie przyjęte zostały w latach 70-ych XX w.. Niemniej do dzisiaj regulacja ta jest fragmentaryczna. Ma ograniczony zakres przedmiotowy - dotyczy przede wszystkim spraw celnych i podatkowych oraz świadczeń udzielanych w ramach wspólnych środków polityki rolnej (zob. poniżej – rozdział 3.6.1. nt. egzekucji)[415]. Nie obejmuje doręczeń w sprawach antymonopolowych. Warto w szczególności zauważyć, że rozporządzenie 1/2003[416], które stanowi podstawę funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji i obliguje Prezesa UOKiK do stosowania art. 101 i 102 TFUE (zob. rozdz. 3.7.) nie zawiera regulacji dotyczących doręczeń. Wobec tego nawet w postępowaniach, w których polski organ ochrony konkurencji jest obowiązany wdrażać unijne prawo konkurencji, regulacje te nie wychodzą naprzeciw potrzebie zapewnienia mechanizmów transgranicznego doręczania dokumentów.

Fragmentaryczne są również regulacje międzynarodowe dotyczące doręczeń w sprawach administracyjnych, przyjęte na forum Rady Europy, OECD oraz umowach dwustronnych i wielostronnych (Niedźwiedź 2017:210). Pod auspicjami Rady Europy podpisano 24 listopada 1977 r. European Convention on the Service Abroad of Documents relating to Administrative Matters (Europejską Konwencję o Doręczaniu za Granicę Dokumentów Dotyczących Spraw Administracyjnych). Sprawy antymonopolowe są objęte jej zakresem przedmiotowym (art. 1 Konwencji). Polska nie jest stroną tej konwencji[417].

W zakresie nieuregulowanym na poziomie UE podstawę dokonywania transgranicznych doręczeń stanowi prawo krajowe oraz umowy bilateralne między poszczególnymi państwami, o ile zostały zawarte (Cisowska-Sakrajda 2016: 43,52)[418]. Polska nie jest stroną żadnej umowy dotyczącej doręczeń w postępowaniach z dziedziny publicznoprawnej ochrony konkurencji.

Prawo krajowe, oczywiście, musi pozostawać w zgodzie z normami prawa międzynarodowego. Jak podaje (Cisowska-Sakrajda 2016: 43), regułą w prawie

[415] Szerzej na temat różnych form współpracy administracyjnej przewidzianej przez akty prawa UE zob. (Niedźwiedź 2017:270 i nast.).

[416] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. UE. 2003 L 1/1 z późn. zm. Szerzej na temat tego rozporządzenia zob. rozdział 3.7.

[417] Tekst konwencji dostępny na: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680077325 (dostęp 19 grudnia 2017 r.) Szerzej na temat historii jej powstania zob. (Niedźwiedź 2017:148,201 i nast.). Konwencję ratyfikowały: Austria, Belgia, Estonia, Francja, Niemcy, Włochy, Luksemburg i Hiszpania. Nadto podpisały ją (ale nie ratyfikowały) Grecja, Malta, Portugalia i Szwajcaria.

[418] Przywołana autorka wymienia umowy zawarte przez RP (lub jeszcze PRL) a dotyczące doręczeń transgranicznych. Odnosiły się one jednak do spraw cywilnych lub karnych.

międzynarodowym (tak samo, jak w prawie UE) jest doręczanie dokumentów oficjalnych za granicę za pośrednictwem organów współdziałających państw. Taki sam wniosek co do treści zwyczajowej normy prawa międzynarodowego dotyczącej doręczeń nasuwa się na podstawie analizy zaleceń OECD (zob. rozdz. 1.3.5.1.). Zwraca się w nich m. in. uwagę na potrzebę dokonywania doręczeń na własnym terytorium, na prośbę innego państwa, dla potrzeb prowadzonego postępowania dotyczącego naruszeń konkurencji. Bazując na powyższym oraz na wynikającej z orzeczenia *Lotus* regule, iż państwo może działać poprzez swoje organy wyłącznie na własnym terytorium, można postawić tezę, że dokonywanie przez organ państwa *forum* doręczenia bezpośrednio (tj. korzystając z usług operatorów pocztowych) do adresata na terytorium innego państwa stoi w sprzeczności z zasadą poszanowania suwerenności. Jest to bowiem czynność oficjalna, urzędowa, czynność będąca emanacją sprawowania władztwa państwowego. Dotyczy to zarówno do stosunków RP z państwami członkowskimi UE, jak i z pozostałymi państwami.

Odrębnym zagadnieniem jest to, czy zastosowanie fikcji doręczenia przez pozostawienie pisma w aktach jest zgodne z nakazem zapewnienia stronie czynnego udziału w postępowaniu. W motywie 41 omawianego wyroku TSUE wskazał, że „ten mechanizm pozbawia wszelkiej skuteczności prawo adresata dokumentu sądowego, posiadającego miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu poza państwem członkowskim, gdzie toczy się postępowanie, do faktycznego i skutecznego otrzymania tego dokumentu i to zwłaszcza ze względu na okoliczność, że adresatowi nie gwarantuje się ani zapoznania się z dokumentem sądowym w odpowiednim czasie pozwalającym na przygotowanie swojej obrony, ani tłumaczenia tego dokumentu." Trybunał zauważył nadto, że fikcja doręczenia przewidziana w art. $1135^{5`}$ KPC (który był sformułowany identycznie jak art. 40 par. 4 KPA, przed zmianą dokonaną od 1 listopada 2015r.) w pozostaje w sprzeczności nie tylko z przepisami rozporządzenia 1393/2007, które (w odniesieniu do swojego przedmiotu regulacji) zawiera wyczerpujący katalog sposobów doręczeń (i bynajmniej nie fikcyjnych). Takie rozwiązanie legislacyjne pozostaje również w sprzeczności z zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ujętym w art. 18 TFUE. Oznacza to, że instytucja fikcyjnego doręczenia, niezależnie od tego, w jakiej procedurze (administracyjnej czy cywilnej) zostałaby zastosowana, będzie pozostawała w sprzeczności z prawem pierwotnym UE.

Przytoczona refleksja TSUE ma znaczenie bynajmniej nie tylko dla oceny regulacji art. 40 § 4 i § 5 KPA w świetle norm prawa UE, ale jest istotna również w perspektywie norm prawa międzynarodowego publicznego. Do zapewnienia stronie czynnego udziału w postępowaniu (również administracyjnym) Polska zobowiązana jest na mocy art. 6 ust. 1

Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (do norm tej Konwencji TSUE również odwołuje się w swojej argumentacji). Ponadto, art. 14 tej Konwencji zakazuje dyskryminacji (tak jak art. 18 TFUE). Taki sam zakaz wynika też z art. 2 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[419]. Ze względu na ścisłe powiązanie pomiędzy zasadą wolności gospodarczej i zasadą równości (zob. art. 32 Konstytucji RP, art. 6 SDGU) normy te należy rozumieć jako zakaz arbitralnego różnicowania sytuacji prawnej gospodarujących podmiotów (Szafrański (w:) Wierzbowski, Wyrzykowski (red.) 2005:52). Gwarancji tej należy wobec tego przestrzegać również wobec przedsiębiorców z siedzibą lub miejscem zamieszkania (pobytu) poza UE.

Należy odnotować, iż nowelizacja KPA, która weszła w życie 1 czerwca 2017 r.[420] wprowadziła do tej ustawy dział VIIIa, zatytułowany „Europejska współpraca administracyjna" (art. 260a – 260g). Przepisy te stanowią bardzo ogólne ramy wykonywania pomocy w sprawach administracyjnych w relacjach z państwami członkowskimi UE. Z punktu widzenia postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK regulacja ta nie ma niestety istotnego znaczenia. Znowelizowane przepisy nie dotyczą bowiem współpracy w dziedzinie administracji w ogólności. W dużej mierze mają charakter odsyłający - swój zakres przedmiotowy obowiązywania określają tylko pośrednio, nakazując polskim organom administracji publicznej udzielać pomocy organom innych państw członkowskich Unii Europejskiej, organom administracji Unii Europejskiej oraz organom państw będących stronami umowy o EOG i Konfederacji Szwajcarskiej, jak również zwracać się o pomoc do tychże, „jeżeli przepisy prawa Unii Europejskiej tak stanowią i na zasadach określonych w tych przepisach" (art. 260a § 1, art. 260b §1, art. 260f KPA). Nie regulują w ogóle zagadnienia doręczeń w obrocie prawnym z zagranicą. Wprowadzone nowelą przepisy nie stanowią zatem dla Prezesa UOKiK podstawy do współpracy w sprawach transgranicznych, w szczególności w zakresie doręczeń.

Wracając do możliwości zastosowania regulacji art. 40 § 4 i § 5 KPA w świetle zasygnalizowanej problematyki z dziedziny stosunków międzynarodowych RP, należy dostrzec, że:

i. dokonywanie doręczeń bezpośrednich do przedsiębiorców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) w UE pozostaje w sprzeczności z ukształtowanym w prawie UE modelem pośredniości

[419] Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 169.

[420] Ustawa z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017r., poz. 935.

doręczeń, co stawia pod znakiem zapytania zgodność takiego działania z prawem UE; taki sposób doręczeń wydaje się również sprzeczny z normą prawa międzynarodowego publicznego, wynikającą z orzeczenia *Lotus,* zakazującą wykonywania czynności władczych poza swoim terytorium, jak i z zasadą pośredniości doręczeń, obowiązującą w prawie międzynarodowym publicznym;

ii. prawo UE nie zawiera norm, które stanowiłyby podstawę do dokonywania w sprawach prowadzonych przez Prezesa UOKiK doręczeń do stron za pośrednictwem organów państw, w których strona ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu); w szczególności norm takich brak w rozporządzeniu 1/2003, dotyczącym funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji;

iii. doręczenia pośrednie (jak też ewentualnie bezpośrednie) do przedsiębiorców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) w UE, możliwe byłoby tylko w przypadkach, gdyby między RP a danym państwem członkowskim, obowiązywała umowa obejmująca odpowiednie postanowienia;

iv. dokonywanie doręczeń bezpośrednich do przedsiębiorców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) poza UE wydaje się sprzeczne z normą prawa międzynarodowego publicznego, wynikającą z orzeczenia *Lotus,* zakazującą wykonywania czynności władczych poza swoim terytorium, jak i z zasadą pośredniości doręczeń, obowiązującą w prawie międzynarodowym publicznym;

v. doręczenia pośrednie (jak też bezpośrednie) do przedsiębiorców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) poza UE, możliwe byłoby tylko w przypadkach, gdyby między RP a danym państwem obowiązywała umowa obejmująca odpowiednie postanowienia.

Uzupełniając uwagi nt. metod doręczeń przewidzianych przez KPA należy wspomnieć jeszcze, iż potencjalnie doręczenia za granicę może dokonać konsul RP oraz może ono nastąpić za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Każde z nich ma jednak swoje ograniczenia.

Możliwość dokonywania doręczeń przez konsulów wynika z art. 26 ust. 2 ustawy Prawo konsularne[421]. Skuteczność takiego rozwiązania jest ograniczona co najmniej z trzech powodów. Po pierwsze –możliwa jest tylko w stosunku do z obywateli polskich. Po drugie - adresatowi wolno doręczyć pismo tylko wówczas, gdy dobrowolnie zgodzi się na to, co wyłącza dopuszczalność doręczenia zastępczego. Po trzecie – konsulowi wolno doręczyć pismo do adresata tylko wówczas, gdy pozwala na to odpowiednia umowa międzynarodowa lub prawo państwa przyjmującego. W przeciwnym razie musi się zwrócić do właściwych organów tego państwa o dokonanie tego doręczenia (Niedźwiedź 2017:32, 42,137,207).

Z kolei sposób sformułowania przesłanek doręczeń przez pocztę elektroniczną implikuje w każdym przypadku zgodę adresata na takie doręczenie i podejmowanie przez niego aktywności w toczącym się postępowaniu (art. 39^1 KPA), co nie zawsze występuje.

Dokonywanie doręczeń w zgodzie z prawem międzynarodowym w aspekcie relacji międzypaństwowych oraz w aspekcie zapewnienia stronie efektywnych mechanizmów uczestnictwa w postępowaniu stanowi tylko część problematyki. Inną ważką kwestią jest np. konieczność dokonania oceny, czy doręczenie pośrednie, dokonane przez organy innego państwa (który dokonuje go zgodnie z własnymi przepisami proceduralnymi), czy też bezpośrednie (przez pocztę za granicą) może być uznane za skuteczne w świetle KPA (Cisowska-Sakrajda 2016:43,52,53). Osobny problem stanowi, w jakim języku powinny być doręczane dokumenty za granicę. Wymienione zagadnienia nie zostały w ogóle uregulowane w KPA.

Podsumowując, regulacje KPA dotyczące doręczeń transgranicznych są zdecydowanie niewystarczające – brak przepisów określających kompetencje organów administracji (w tym – Prezesa UOKiK) w dziedzinie współpracy międzynarodowej, w tym – w zakresie doręczeń. Kompetencji Prezesa UOKiK w tym obszarze nie reguluje także OKiKu. Nadto, zachodzą poważne wątpliwości, czy przepisy przewidujące doręczenia bezpośrednie za granicę pozostają w zgodzie z prawem międzynarodowym oraz prawem UE. W prawie UE brak przepisów przewidujących pomoc w zakresie doręczeń za granicę w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Polska nie jest również stroną żadnej umowy międzynarodowej, która przewidywałaby taką pomoc.

Doręczeń do przedsiębiorców zagranicznych nie można skutecznie dokonać na adresy ich oddziałów lub przedstawicielstw funkcjonujących na terenie RP.

[421] Ustawa z 25 czerwca 2015 r. - Prawo konsularne, Dz. U. z 2015 r., poz. 1274 z późn. zm.

3.4. Problemy proceduralne w transgranicznych sprawach antymonopolowych – postępowanie cywilne

3.4.1. Jurysdykcja krajowa

Sprawa antymonopolowa może być rozpoznana przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyniku złożenia przez przedsiębiorcę odwołania od decyzji Prezesa UOKiK. Wynika to wprost z art. 81 ust. 1 OKiKu i art. 479^{28} § 1 pkt 1 KPC[422]. Sprawa ta staje się wówczas - w znaczeniu formalnym – sprawą cywilną (art. 1 KPC). Na podstawie 479^{28} KPC SOKiK jest również właściwy w sprawach zażaleń na postanowienia Prezesa UOKiK oraz na niektóre czynności Prezesa UOKiK. Zażalenia przysługują w sytuacjach enumeratywnie przewidzianych w 479^{28} KPC i w OKiKu, Wobec tego należy zweryfikować, czy przepisy procedury cywilnej są spójne z ujętym w art. 1 ust. 2 OKiKU rozwiązaniem legislacyjnym zakładającym eksterytorialne stosowanie tej ustawy.

W KPC kompetencja sądów krajowych do rozpoznawania spraw cywilnych określana jest jako „jurysdykcja krajowa". Występowanie jurysdykcji krajowej jest zaliczane do bezwzględnych przesłanek procesowych i warunkuje dopuszczalność postępowania cywilnego. W razie stwierdzenia braku jurysdykcji krajowej sąd odrzuca pozew lub wniosek. Jurysdykcja krajowa sądów polskich w poszczególnych kategoriach spraw jest określona za pomocą łączników, wyszczególnionych w przepisach art. 1103-1103^{10} KPC. W doktrynie wskazuje się, że normy określające jurysdykcję krajową, wynikające z przepisów KPC, mają charakter tzw. norm jednostronnych, gdyż wskazują jedynie jurysdykcję krajową sądów polskich (polskie przepisy nie określają zakresu jurysdykcji sądów obcych państw). W doktrynie rozróżnia się jurysdykcję fakultatywną i wyłączną sądów polskich, natomiast przepisy kodeksu postępowania cywilnego posługują się tylko pojęciem jurysdykcji wyłącznej. Gdy w określonej kategorii spraw cywilnych sądom polskim przyznana jest jurysdykcja krajowa (bez określenia jej charakteru), jest to jurysdykcja fakultatywna. Regułą w polskim systemie prawnym jest jurysdykcja fakultatywna. Z jurysdykcją wyłączną mamy do czynienia, gdy przepis przyznający sądom polskim jurysdykcję wyraźnie stanowi, że ma ona charakter wyłączny. Jurysdykcja fakultatywna sądów polskich nie stoi na przeszkodzie uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności orzeczenia sądu zagranicznego wydanego z naruszeniem przepisów o tej jurysdykcji. Wydanie przez sąd zagraniczny orzeczenia w sprawie należącej do jurysdykcji wyłącznej sądów polskich jest przeszkodą uniemożliwiającą stwierdzenie wykonalności i uznanie tego orzeczenia w Polsce (art. 1146 § 1 pkt 2 KPC).

[422] Poniższe rozważania odnoszą się odpowiednio oczywiście również do zażaleń na postanowienia Prezesa UOKiK, które, podlegają rozpoznaniu przez SOKiK (art. 479^{28} § 1 pkt 2 KPC).

Aktualnie obowiązująca regulacja KPC odnośnie do jurysdykcji krajowej sądów polskich jest wyznaczona za pomocą łączników podmiotowych odnoszących się do pozwanego (zgodnie z regułą *actor sequitur forum rei*). Ze względu na zakres niniejszej pracy, w polu zainteresowania leży tylko fragment tej regulacji, mianowicie przepisy o jurysdykcji krajowej w procesie. Dział IVa KPC, zatytułowany „Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji" mieści się bowiem w księdze I części I KPC - „Proces". Sprawy z odwołań od decyzji Prezesa UOKiK są zatem rozpoznawane w trybie procesowym. Jurysdykcji krajowej w procesie dotyczy tytuł III księgi I części IV KPC. Spośród regulacji tego tytułu z punktu widzenia analizowanej problematyki istotny jest art. 1103, który ma charakter ogólny[423]. Stanowi on, że sprawy rozpoznawane w procesie należą do jurysdykcji krajowej, jeżeli pozwany ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu albo siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej.

Prezes UOKiK nie jest w sensie ścisłym „pozwanym" (przepisy KPC nie określają go w ten sposób[424]). Niemniej powszechnie przyjmuje się obecnie, że odwołanie od decyzji Prezesa UOKIK jest odpowiednikiem pozwu. Z kolei postępowanie przed SOKiK jest pierwszoinstancyjnym postępowaniem rozpoznawczym, a nie postępowaniem odwoławczym w stosunku do postępowania administracyjnego[425]. W sensie procesowym Prezes UOKiK, będąc centralnym organem polskiej administracji rządowej, urzędującym w Warszawie (art. 29 ust. 1 OKiKU i art. 33 ust. 1 OKiKu) jest zatem „pozwanym" z siedzibą na terytorium RP.

W sprawach z odwołań od decyzji Prezesa UOKiK „pozwanym" będzie zawsze ten właśnie organ[426]. Co do przynależności państwowej powoda - przepisy o jurysdykcji w procesie nie przewidują wyłączenia międzynarodowej właściwości SOKiK z tej przyczyny, że powód nie ma polskiej przynależności państwowej. „Powodem" w postępowaniu przed SOKiK może być zatem przedsiębiorca zagraniczny będący stroną w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, a także inna osoba zagraniczna, jeżeli jest np. uprawniona do wniesienia zażalenia w konkretnym przypadku.

Chociaż przepisy o jurysdykcji krajowej można – w wyżej przedstawiony sposób – odnieść do postępowania szczególnego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i

[423] Pozostałe przepisy tego tytułu regulują bowiem jurysdykcję w postępowaniach o specyficznym, wąsko zakreślonym przedmiocie – np. w sprawach rodzinnych, alimentacyjnych, z zakresu prawa pracy.

[424] Art. 479^{29} § 1 KPC stanowi, ze Prezes UOKiK jest stroną w postępowaniu przed SOKiK.

[425] Zob. wyrok SN z 19 stycznia 2001 r., I CKN 1036/98, Lex/el. nr 52708. Na temat. modelu postępowania przed SOKiK zob. również Błachucki M., 2011, Sądownictwo Antymonopolowe w Polsce – historia i ustrój, 2011 oraz Turno B., *Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,* PiP 2012/10/33-47.

[426] Na temat zdolności sądowej i procesowej Prezesa UOKiK zob. (Telenga (w:) Jakubecki (red.) 2015: komentarz do art 479^{29} KPC).

konsumentów, wydaje się jednak, że są one dostosowane przede wszystkim do spraw cywilnych w znaczeniu materialnym. Nie zawierają szczególnych regulacji odnośnie tych postępowań sądowych, w których na mocy art.1 KPC rozpoznaje się sprawy mające w sensie materialnoprawnym charakter administracyjny. Dlatego powyższe uwagi, jako argumenty przemawiające za jurysdykcją krajową SOKiK w postępowaniach wywołanych środkami zaskarżenia od decyzji Prezesa UOKiK, mogą mieć charakter uzupełniający. Należało je jednak przedstawić, by pokazać, iż nie stoją one w sprzeczności z uwagami poczynionymi poniżej.

O tym, że w sprawach antymonopolowych zachodzi jurysdykcja SOKiK niezależnie od przynależności państwowej podmiotu składającego odwołanie (odpowiednio- zażalenie) przesądza przede wszystkim wyraźna, wyodrębniona regulacja dotycząca tego rodzaju postępowań, ujęta w dziale IVa KPC (księgi I, części I). Sprawy tego rodzaju nie podlegają więc rozpoznaniu przez SOKiK w oparciu o „domniemanie" że każda sprawa cywilna podlega rozpatrzeniu przez sąd powszechny. KPC zawiera szczególną regulację proceduralną dla spraw o wąsko wyznaczonym zakresie przedmiotowym („sprawy z zakresu ochrony konkurencji"), przewidzianą specjalnie dla rozpatrywania środków odwoławczych od orzeczeń Prezesa UOKiK. Wyraźnie stanowi się (art. 479^{29} § 1 KPC) że „Stroną postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów jest Prezes Urzędu oraz podmiot będący stroną w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, a także wnoszący zażalenie". Regulacja ta nie wyłącza przy tym spod kompetencji sądów żadnej „podkategorii" spraw antymonopolowych (np. dotyczących zachowań podjętych za granicą) ani żadnych kategorii podmiotów składających odwołanie lub zażalenie (p. niżej). Art. 479^{28} § 1 KPC stanowi, że Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest właściwy „w sprawach odwołań od decyzji Prezesa UOKiK oraz zażaleń na postanowienia wydane przez ten organ**".**. Ustalenie właściwości rzeczowej SOKiK następuje zatem nie poprzez wskazanie danej kategorii spraw określonych przedmiotowo (co typowo ma miejsce w KPC – zob. np. art. 16 i 17 KPC), lecz poprzez wskazanie określonych kategorii orzeczeń, których rozstrzygnięcia SOKiK mają dotyczyć. Zakres przedmiotowy tych ostatnich wynika z kolei z przepisów OKiKu**.** A zatem – właściwość rzeczowa SOKiK jest tak szeroka, jak właściwość rzeczowa Prezesa UOKiK, wyznaczona przez przepisy określające zakres przedmiotowy ustawy antymonopolowej. Mamy zatem tutaj do czynienia z konstrukcją taką, jaka typowo występuje w sprawach administracyjnych - o zakresie właściwości rzeczowej organu (w tym przypadku – SOKiK) przesądzają przepisy materialnoprawne prawa administracyjnego. Ponieważ przepisy proceduralne (zawarte w OKiKu czy KPC) nie wprowadzają żadnych

wyjątków, kognicja SOKiK obejmuje wszystkie sprawy z odwołań (zażaleń) od orzeczeń Prezesa UOKiK, niezależnie od tego, jaką przynależność państwową ma wnoszący odwołanie (zażalenie) oraz niezależnie od tego, czy stanowiące antykonkurencyjną praktykę zachowanie miało miejsce poza terytorium RP. Potwierdza to orzecznictwo[427].

Z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego trudno zresztą wyobrazić sobie, by krajowy ustawodawca „zrezygnował" częściowo z jurysdykcji krajowej w sądowych postępowaniach antymonopolowych, wyłączając spod kognicji SOKiK te sprawy, w których stroną jest przedsiębiorcą zagraniczny lub też te dotyczące zachowań podjętych za granicą. Tak samo, jak postępowanie przed Prezesem Urzędu, postępowanie przed SOKiK służy bowiem ochronie interesu publicznego

Niezależnie od powyższego jest oczywiste, że organy żadnego innego państwa nie uznałyby istnienia swojej kompetencji międzynarodowej do rozpoznania środka odwoławczego od decyzji Prezesa UOKiK. Mamy tu bowiem do czynienia z zupełnie innym charakterem regulacji niż ten, który dotyczy decyzji o kompetencji sądu krajowego do rozpoznania w pierwszej instancji sporu pomiędzy podmiotami prawa prywatnego (w sprawie cywilnej w sensie materialnym). Prezes UOKiK jest organem publicznym, a jego orzeczenie jest oficjalnym aktem władczym centralnego organu administracji państwowej (*actum de iure imperii*) – aktem państwa[428]. Z doktryny aktu państwa – zakazującej organom krajowym kwestionowania ważności lub legalności oficjalnych aktów innego suwerena - wynika, że żaden organ państwa obcego nie ma „kompetencji międzynarodowej" do rozpoznania odwołania od orzeczeń Prezesa UOKiK.

A zatem - SOKiK ma jurysdykcję w sprawie każdego odwołania od decyzji Prezesa UOKiK (odpowiednio – zażalenia na postanowienie Prezesa UOKiK) niezależnie od zaistnienia w sprawie elementów transgranicznych. Jest tak mimo tego, że w przepisach KPC z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego nie znajdziemy przepisu, który zawierałby kryterium „skutku praktyki na terytorium RP" jako łącznika jurysdykcyjnego warunkującego właściwość międzynarodową SOKiK. Choć przepisy KPC nie stanowią tego *expressis verbis,* jurysdykcja ta ma charakter wyłączny.

3.4.2. Zdolność sądowa i procesowa przedsiębiorców zagranicznych w postępowaniu cywilnym

427 Zob. wyrok Sądu Antymonopolowego z 21 stycznia 1998 r, XVII Ama 55/97, Wokanda 1992, nr 5, s. 37.
428 Na temat doktryny „aktu państwa" („aktu stanu") zob. (Czapliński, Wyrozumska 1999: 202).

Przepisy KPC dotyczące międzynarodowego postępowania cywilnego nie wykluczają, oczywiście, możliwości udziału w polskim postępowaniu sądowym podmiotów mających obcą przynależność państwową. Z tej przyczyny niezbędne jest ustalenie, w jaki sposób określać się będzie zdolność sądową i zdolność procesową takich podmiotów. KPC wprowadza w tym zakresie regulacje odrębne w stosunku do zawartych w części ogólnej art. 64 i art. 65, regulujących zdolność sądową[429] i procesową[430] obywateli polskich oraz polskich osób prawnych i polskich jednostek organizacyjnych. Te szczególne regulacje zawarte są w art. 1117 § 1 – § 3 KPC. Wynika z nich, że:

i. zdolność sądową cudzoziemców (osób fizycznych), zagranicznych osób prawnych i jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi określa się według prawa właściwego do określenia ich zdolności prawnej,
ii. zdolność procesową ww. podmiotów określa się według prawa właściwego do określenia ich zdolności do czynności prawnych,
iii. cudzoziemiec (osoba fizyczna) niemający zdolności procesowej według prawa właściwego do określenia jego zdolności do czynności prawnych może dokonywać czynności procesowych przed sądem polskim, jeżeli miałby zdolność procesową według prawa polskiego.

Unormowania zawarte w art. 1117 KPC powodują więc, że aby określić, czy podmiotom niemającym polskiej przynależności państwowej przysługuje zdolność sądowa lub zdolność procesowa, należy sięgnąć do PPM, która ustala prawo właściwe dla zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych. Ze względu na taką konstrukcję, wynik oceny zdolności do udziału w postępowaniu i zdolności do (samodzielnego) podejmowania czynności w postępowaniu powinien być dla danego podmiotu zagranicznego identyczny w postępowaniu cywilnym, jak w postępowaniu administracyjnym (por. rozdział 3.3.2). A zatem – każdy podmiot, który może być stroną postępowania przed Prezesem UOKiK, może również występować w takim charakterze w postępowaniu przed SOKiK.

Do takiego wniosku prowadzi nie tylko analiza ww. przepisów mających charakter regulacji ogólnych, ale również szczególna regulacja ujęta w art. 479^{29}, która ułatwia ocenę zdolności sądowej i procesowej stron postępowania przed SOKiK. Przytaczany już wyżej 479^{29}§ 1 KPC, zamieszczony w rozdziale IVa KPC, stanowi, że: „*Stroną postępowania przed*

[429] Artykuł 64 § 1 KPC stanowi „Każda osoba fizyczna i prawna ma zdolność występowania w procesie jako strona (zdolność sądowa)", zaś § 1^1: „Zdolność sądową mają także jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną".

[430] Artykuł 65 § 1 KPC stanowi: „Zdolność do czynności procesowych (zdolność procesową) mają osoby fizyczne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne, o których mowa w art. 64 § 1^1".

sądem ochrony konkurencji i konsumentów jest Prezes Urzędu oraz podmiot będący stroną w postępowaniu przed Prezesem Urzędu oraz wnoszący zażalenie". Wynik wykładni gramatycznej tego przepisu jest jasny i nie wymaga stosowania innych metod interpretacji. Należy go rozumieć w ten sposób, że przedsiębiorca, który był stroną w postępowaniu przed Prezesem UOKiK ma zdolność sądową w antymonopolowym postępowaniu sądowym. Wprowadzenie tego przepisu było potrzebne, aby uniknąć ewentualnych rozbieżności pomiędzy szeroko zakreślonym pojęciem strony w art 29 KPA, a sposobem określenia zdolności sądowej w KPC. Jest to więc przepis szczególny przede wszystkim w stosunku do art. 64 KPC (Telenga 2015: komentarz do art. 479^{29}, Stefańska 2015: komentarz do art. 479^{29}, Ereciński 2016: komentarz do art. 479^{29}). Jego zamieszczenie w KPC ułatwia ocenę posiadania zdolności sądowej i zdolności procesowej również przez przedsiębiorców zagranicznych. Mianowicie - zagadnienie zdolności podmiotu do bycia stroną w postępowaniu antymonopolowym i do samodzielnego podejmowania czynności w tym postępowaniu musi być rozstrzygnięcie na etapie postępowania administracyjnego. Gdyby nie przepis art. 479^{29} KPC, trzeba by było badać te kwestie w postępowaniu sądowym, w oparciu o art 1117 KPC. Natomiast dzięki 479^{29} KPC można mieć pewność, że jeśli podmiot posiada ww. przymioty w postępowaniu administracyjnym, będzie miał je również w postępowaniu sądowym.

Podobnie jak w KPA, tak i w KPC prawidłowe określenie zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych jest istotne. Błąd w tym zakresie może powodować nieważność postępowania (art 379 pkt 2 KPC).

3.4.3. Doręczenia do przedsiębiorców zagranicznych

Doręczenia w procedurze cywilnej pełnią rolę równie istotną, jak w procedurze administracyjnej (zob. rozdz. 3.3.3.).

Rozwiązania legislacyjne zawarte w KPC dotyczące doręczeń w sprawach transgranicznych są nieco bardziej rozbudowane niż w KPA. Jednakże ich istota jest podobna i wiążą się z nimi podobne problemy.

W aspekcie stosunków międzynarodowych RP, tak jak w odniesieniu do regulacji ujętej w KPA, należy zwrócić uwagę na dwie sfery zagadnień. Pierwsza – to kwestia dopuszczalności dokonywania doręczeń bezpośrednich za granicę. Druga – zagadnienie dopuszczalności stosowania fikcji doręczenia na tle zobowiązań międzynarodowoprawnych RP.

Inaczej niż KPA – który poza szczątkowym rozwiązaniem art. 40 §4 milczy na ten temat - przepisy KPC wyraźnie odwołują się do potrzeby dokonywania doręczeń za granicę. W art. 1132 § 1 i 2 KPC przyjęto zasadę, że doręczenie do osób (niekoniecznie stron) mających miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu albo siedzibę za granicą następuje za pośrednictwem sądów lub innych organów państw obcych. Sądy polskie winny przy tym zwracać się o dokonanie doręczenia wprost do tych organów (tj. z wyłączeniem udziału właściwych ministerstw czy też służb konsularnych lub dyplomatycznych). Na podstawie art. 1133 § 1 KPC korespondencja sądowa może być przesyłana także bezpośrednio do adresatów zagranicę, jeżeli taki sposób dopuszcza prawo państwa wezwanego, a także za pośrednictwem polskiego przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego[431]. Jednakże bezpośrednie doręczenie przez sąd polski za granicę KPC przewiduje również wówczas, gdy organy państwa wezwanego o dokonanie doręczenia odmówiły wykonania odezwy (niezależnie od tego, czy prawo tego państwa dopuszcza dokonywanie bezpośrednich doręczeń przez sąd polski) – art. 1132 § 2 KPC.

Dodatkowo, zgodnie z art. 1134 KPC sądy mogą występować do polskiego przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego o doręczenie pisma, jeżeli osoba mająca być przesłuchana lub odbiorca pisma jest obywatelem polskim przebywającym za granicą. Ta możliwość może mieć znaczenie w postępowaniu antymonopolowym, gdy mamy do czynienia z obywatelem polskim (osobą fizyczną), który ma status przedsiębiorcy zagranicznego. Warto jednak dodać, że skuteczność takiego rozwiązania legislacyjnego jest wątpliwa. Zgodnie bowiem z art. 26 ust 2 ustawy Prawo konsularne[432] adresatowi wolno doręczyć pismo tylko wówczas, gdy dobrowolnie zgodzi się na to.

W odniesieniu do powyższych regulacji należy poczynić kilka uwag.

Po pierwsze – tak jak w odniesieniu do procedury administracyjnej- aktualna pozostaje wątpliwość, czy doręczanie bezpośrednie do adresatów mających miejsce zamieszkania (pobytu) lub siedziby poza terytorium RP nie stanowi wkroczenia w sferę suwerenności państwa, na obszar którego urzędowe pismo jest kierowane. Reguła *Lotus* nakazuje uznać takie doręczenia za niezgodne z prawem międzynarodowym publicznym. Jest to bowiem wykonywanie czynności władczej poza własnym terytorium. Taki sam wniosek płynie też z rozważań TSUE w sprawie *Alder*. Można sobie oczywiście wyobrazić, że taki sposób doręczania będzie legalny, jeżeli jego dopuszczalność przewiduje prawo wewnętrzne państwa przeznaczenia lub też umowa międzynarodowa. Polska jest stroną wielu umów

[431] Szerzej na temat doręczeń dokonywanych przez konsulów zob. (Niedźwiedź 2017:33).
[432] Ustawa z 25 czerwca 2015 r. - Prawo konsularne, Dz. U. z 2015 r., poz. 1274 z późn. zm.

dotyczących współpracy w sprawach sądowych[433]. Abstrahując od kwestii, czy dopuszczają one bezpośrednie zagraniczne doręczenia do adresatów, zasadniczy problem tkwi w tym, że ich zakres przedmiotowy obejmuje sprawy „cywilne i handlowe". Nie dotyczą one spraw o charakterze administracyjnym rozpoznawanych przez sądy w postępowaniu cywilnym.

Po drugie - odnośnie do legalności, w świetle prawa międzynarodowego, bezpośrednich doręczeń poza własnym terytorium warto zwrócić uwagę na art. 10 Konwencji o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzonej w Hadze 15 listopada 1965 r.. Przepis ten przewiduje możliwość dokonywania w postępowaniu cywilnym zarówno doręczeń bezpośrednich za granicę (tj. z wykorzystaniem usług operatora pocztowego), jak też przez właściwych urzędników państwa wysyłającego za pośrednictwem „właściwych osób państwa przeznaczenia", ale w obu przypadkach warunkiem jest, by państwo przeznaczenia nie zgłosiło sprzeciwu wobec tych dwóch metod doręczeń[434]. Jest to dodatkowy argument by uznać, że normą zwyczajowego prawa międzynarodowego jest zakaz dokonywania oficjalnych doręczeń poza własne terytorium

Jak podają (Ciszewski (w:) Ereciński 2016: komentarz do art. 1133 KPC oraz Radwan (w:) Manowska 2015: komentarz do art. 1133 KPC) Polska złożyła sprzeciw w odniesieniu do stosowania na jej terytorium doręczenia bezpośrednio przez pocztę. W przepisach KPC dotyczących pomocy prawnej w sprawach międzynarodowych (art. 1130 i nast. KPC) nie przewidziano bynajmniej dopuszczalności dokonywania przez sądy państw trzecich bezpośrednich doręczeń do adresatów na obszarze RP. W tych okolicznościach można co najwyższej skonstatować, że stanowisko RP co do omawianej kwestii nie jest konsekwentne.

Powyższe uwagi dotyczą w równym stopniu relacji z państwami trzecimi , jak i krajami członkowskimi UE. Nie ma zatem międzynarodowoprawnych podstaw by w

[433] Są to w szczególności: Konwencja o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzona w Hadze 15 listopada 1965 r., Dz.U. z 2000 r., nr 87, poz. 968, Konwencja o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzona w Hadze 15 listopada 1965 r., Dz.U. z 2000 r., nr 87, poz. 968, Konwencja między Prezydentem Rzeczypospolitej Polskiej a Jego Królewską Mością odnośnie do Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanji i Północnej Irlandji w przedmiocie postępowania w sprawach cywilnych i handlowych, podpisana w Warszawie 26 sierpnia 1931 r., Dz. U. z 1932 r., nr 55, poz. 533 z późn. zm., Konwencja dotycząca Procedury Cywilnej, podpisana w Hadze 17 lipca 1905 r., Dz. U. z 1926 r., nr 126, poz. 735 z późn. zm., Konwencja dotycząca procedury cywilnej, podpisana w Hadze 1 marca 1954 r. , Dz. U. z 1963 r., nr 17, poz. 90 z późn. zm.

[434] W art. 9 tej konwencji przewidziano też, że każde umawiające się państwo może ponadto korzystać z pośrednictwa konsulatów dla przekazania dokumentów, żeby dostarczyć je tym organom innego umawiającego się państwa, które do tych celów zostały przez to ostatnie wyznaczone. W stosunku do takiego rozwiązania nie przewidziano możliwości zgłoszenia sprzeciwu przez państwa- strony.

sprawach o charakterze administracyjnym rozpoznawanych przez sądy w postępowaniu cywilnym dokonywać doręczeń bezpośrednich do stron mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu). Ta kategoria spraw została wyraźne wyłączona z zakresu przedmiotowego rozporządzenia 1393/2007, na mocy jego § 1 ust. 1. Rozporządzenie to nie znajdzie zastosowania do doręczeń w postepowaniach zawisłych przed SOKiK. Nie obowiązuje w tej dziedzinie inna szczególna regulacja na poziomie UE. Brak jest umów RP z poszczególnymi państwami członkowskimi.

Co się tyczy doręczeń pośrednich - te zawsze będą wymagać współpracy państwa przeznaczenia.

Kolejnego z sygnalizowanych zagadnień, fikcji doręczenia, dotyczy wzmiankowany już wcześniej art. 1135^5 KPC (zob. rozdz. 3.3.3). Przewiduje on, że: „§ 1. Strona, która nie ma miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu albo siedziby w Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, jeżeli nie ustanowiła pełnomocnika do prowadzenia sprawy zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej, jest obowiązana wskazać pełnomocnika do doręczeń w Rzeczypospolitej Polskiej; § 2. W razie niewskazania pełnomocnika do doręczeń, przeznaczone dla tej strony pisma sądowe pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia. Stronę należy o tym pouczyć przy pierwszym doręczeniu. Strona powinna być również pouczona o możliwości złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie i wyjaśnień na piśmie oraz o tym, kto może być ustanowiony pełnomocnikiem.”.

A zatem w obrocie zagranicznym w postępowaniu cywilnym tzw. „pierwsze doręczenie” do strony mającej siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) poza UE ma nastąpić za granicę, a dopiero kolejne – do odbiorcy na terytorium RP (pełnomocnika procesowego lub pełnomocnika do doręczeń) albo pozostawione w aktach sprawy (Jakubecki 2016: komentarz do art. 1135^5). Krajowa procedura nakazuje zatem stosować instytucję fikcji doręczenia. Obecnie norma ta nie obowiązuje już w stosunku do stron mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w UE. Jednakże, rozważania TSUE zaprezentowane w orzeczeniu w sprawie *Alder vs. Orłowski*, ukazują, że takie rozwiązanie legislacyjne budzi wątpliwości co do zgodności z prawem międzynarodowym publicznym również w odniesieniu do podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) poza UE. Pozostaje ono w sprzeczności z zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, wyrażonym w 18 TFUE,

art. 2 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 14 EKPC oraz z zasadą prawa do obrony, wyrażoną w art. 6 ust. 1 EKPC[435].

Jak wynika z powyższego, regulacja KPC, stanowiąca – w zamyśle polskiego ustawodawcy- podstawę dla dokonywania przez SOKiK doręczeń transgranicznych, budzi liczne zastrzeżenia. Dokonanie skutecznego doręczenia uwarunkowane jest współpracą organów państw trzecich. Dokonywanie doręczeń z pominięciem takiej współpracy, chociaż przewidziane przez krajową procedurę cywilną, rodzi wątpliwości co do zgodności z regułą poszanowania suwerenności innych państw. Zastrzeżenia budzi również obecna w procedurze cywilnej instytucja fikcji doręczenia w sprawach transgranicznych, która dotyczy stron mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) poza państwami UE. Na tym tle powstaje pytanie, jaki wpływ na trwałość orzeczenia miałaby okoliczność, że SOKiK zastosował fikcję doręczenia. Na myśl nasuwa się przede wszystkim możliwość postawienia zarzutu nieważności takiego orzeczenia, ze względu na pozbawienie strony możności obrony swoich praw (art. 379 pkt 5 KPC). Dokonanie bezpośredniego doręczenia za granicę nie przełożyłoby się bezpośrednio na trwałość orzeczenia. Niemniej, mogłoby spowodować podjęcie przez państwo przeznaczenia środków prawa krajowego, zmierzających do zniweczenia celu postępowania – np. odmowy współpracy w dziedzinie gromadzenia dowodów (co w praktyce mogłoby oznaczać np. uchylenie decyzji Prezesa UOKiK, z powodu braku dostatecznych dowodów praktyki antykonkurencyjnej). Można się też spodziewać, że państwo, do którego RP zwróciłaby się o wykonanie orzeczenia wydanego w sprawie antymonopolowej, zapewne odmówiłoby pomocy w jego wykonaniu, gdyby stwierdziło, że w toku postępowania naruszono normy prawa międzynarodowego, do których przestrzegania RP jest względem tego państwa zobowiązana.

Podobnie jak w KPA, w przepisach procedury cywilnej brak rozwiązań dotyczących oceny kryteriów skuteczności doręczenia transgranicznego (dokonywanego przez organy państw obcych) oraz języka, w którym dokument wysyłany przez SOKiK ma być doręczony.

Z kolei odmiennie niż w procedurze administracyjnej przedstawia się w postępowaniu cywilnym zagadnienie doręczeń do oddziałów przedsiębiorców zagranicznych. Kwestia ta wymaga osobnych uwag.

[435] Jak wskazano w rozdziale 3.3.3., usunięcie z art. 1135^5 instytucji fikcji doręczenia w stosunku do stron mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) w państwach UE było efektem uwzględniania stanowiska TSUE wyrażonego w sprawie *Alder vs. Orłowski*. Biorąc pod uwagę, że opierało się ono nie tylko na przepisach rozporządzenia 1393/2007, ale również na normie art. 18 TFUE i art. 6 ust. 1 EKPC (której stronami są bynajmniej nie tylko państwa członkowskie UE), trudno zrozumieć, dlaczego polski ustawodawca uznał, że jest to rozwiązanie legislacyjne dopuszczalne z punktu widzenia art. 6 ust. 1 Konwencji w stosunku do stron mających siedzibę lub miejsce zamieszkania (pobytu) poza państwami członkowskimi UE.

Jak była o tym mowa wyżej (zob. rozdz. 3.2.), oddziały przedsiębiorców zagranicznych w Polsce są jednostkami organizacyjnymi utworzonymi przez przedsiębiorców zagranicznych w oparciu o polskie prawo krajowe. Jednostki te nie mają zdolności prawnej (art. 85 w zw. z art. 5 pkt 4 SDGU), w konsekwencji - nie mają zdolności administracyjnoprawnej (zob. art. 30 § 1 KPA). Nie należą też do kręgu podmiotów, które z mocy przepisów szczególnych, tj. przepisów OKiKu, byłyby adresatami zakazów stosowania praktyk antykonkurencyjnych (por. uwagi w rozdz. 3.3.1. i 3.3.2). Wobec powyższego, oddziały przedsiębiorców zagranicznych nie mogą być stronami w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, a w konsekwencji – przed SOKiK (zob. rozdz. 3.4.1.). Rodzi się zatem pytanie, czy brak tej zdolności automatycznie oznacza zakaz dokonywania do tych jednostek doręczeń pism, których adresatem jest zagraniczny przedsiębiorca. Wydaje się, że są to jednak dwie odrębne i niezależne od siebie kwestie.

Sposoby doręczeń pism w postepowaniu cywilnym reguluje, w interesującym dla analizowanej problematyki zakresie, art. 133 KPC. Paragraf § 2 tego przepisu wskazuje komu (na czyje ręce) – należy dokonywać doręczeń. Stanowi on, że: „Pisma procesowe lub orzeczenia dla osoby prawnej, jak również dla organizacji, która nie ma osobowości prawnej, doręcza się organowi *uprawnionemu do reprezentowania ich przed sądem* [podkr. M.U.A.] lub do rąk pracownika upoważnionego do odbioru pism. Z kolei art. 133 § 2a zd. 1 określa, na jaki adres dokonywać doręczeń do przedsiębiorców. Stanowi on, iż: „Pisma procesowe dla przedsiębiorców i wspólników spółek handlowych, wpisanych do *rejestru* sądowego albo Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej jako CEIDG), *doręcza się na adres udostępniany w rejestrze* [podkr. M.U.A.] albo CEIDG, chyba że strona wskazała inny adres dla doręczeń.“.

Należy pamiętać, że oddziały przedsiębiorców zagranicznych, również, gdy tymi przedsiębiorcami są osoby fizyczne, podlegają wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego (nie do CEiDG), zgodnie z art. 36 pkt 14 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym[436] (dalej jako KRSu).

Analiza przepisów art. 133 § 2 KPC i art. 133 § 2a KPC pozwala wyciągnąć wzajemnie sprzeczne wnioski co do dopuszczalności dokonywania doręczeń do oddziałów przedsiębiorców zagranicznych.

Z art. 133 § 2 wynika, że skoro doręczenie ma nastąpić do *organu uprawnionego do reprezentowania przedsiębiorcy przed sądem,* musi ono zawsze nastąpić za granicę. Przepisy

[436]T.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 700.

prawa polskiego nie przewidują bowiem lokalizacji „siedziby zarządu" zagranicznych osób prawnych ani innych zagranicznych jednostek organizacyjnych na terytorium RP. Aby być przedsiębiorcą zagranicznym - zagraniczną osobą prawną lub zagraniczną jednostką organizacyjną – w rozumieniu polskich przepisów krajowych, trzeba mieć siedzibę za granicą (por. art. 5 pkt 2 i art. 5 pkt 3 SDGU oraz uwagi w rozdz. 3.3.). W konsekwencji, zarząd (organ zarządzający) przedsiębiorcy zagranicznego - również będzie zlokalizowany zagranicą.

Z drugiej strony dostrzegalna jest różnica w redakcji pomiędzy art. 133 § 2a KPC a art. 45 KPA. Podczas gdy ten ostatni wyraźnie mówi o doręczaniu do „siedziby", w analizowanym przepisie KPC posłużono się sformułowaniem „adres udostępniony w rejestrze". Interpretacja tego sformułowania rodzi rozliczne problemy[437]. Dla analizowanego tutaj zagadnienia istotne jest, że w Krajowym Rejestrze Sądowym ujawnia się (poza adresem zagranicznej siedziby przedsiębiorcy – art. 38 pkt 14 KRSu) również adres oddziału zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce (art. 36 pkt 14 KRSu). Jeżeli różnicę w sposobie zredagowania art. 45 KPA i art. 133 § 2a KPC uznać za celową (do czego skłania założenie o racjonalności ustawodawcy), można twierdzić, że dopuszczalne jest w postępowaniu cywilnym doręczanie pism sądowych kierowanych do stron będących przedsiębiorcami zagranicznymi również na adresy ich oddziałów w Polsce. Adres oddziału jest bowiem również „adresem podanym w rejestrze". Taka interpretacja przyjmowana jest przez sądy w praktyce[438] Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Kaliszu[439] „działalność oddziału ma charakter zależny i powoduje bezpośrednie powstanie praw i obowiązków po stronie przedsiębiorcy zagranicznego, co sprawia, że doręczenie pozwu na adres siedziby oddziału należy traktować jako doręczenie pozwanemu przedsiębiorcy zagranicznemu." Za taką interpretacją może również przemawiać nakaz, by przedsiębiorca zagraniczny tworzący w Polsce oddział ustanowił osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego na obszarze RP. Nakaz ten wynika z art. 87 SDGU. Imię i nazwisko oraz adres na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby upoważnionej do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale podlega ujawnieniu w KRS (art. 89 pkt 1 SDGU i art. 39 pkt 4 KRSu). W literaturze zaznacza się, że chodzi tu nie o instytucję przedstawiciela

[437] Na temat trudności interpretacyjnych, jakie rodzi to sformułowanie zob. Weitz K. [w:] Ereciński 2016: komentarz do art. 133 KPC.

[438] Postanowienie Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2015, III CSK 72/14, dostęp na: http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/iii%20csk%2072-14.pdf (14 maja 2017 r.).

[439] Postanowienie Sądu Okręgowego w Kaliszu, z 14 września 2015, II z. 545/15, dostęp na: http://orzeczenia.kalisz.so.gov.pl/content/$N/152505000001003_II_Cz_000545_2015_Uz_2015-09-14_001 (14 maja 2017 r.).

ustawowego, ale o pełnomocnictwo ogólne (Kosikowski 2013:komentarz do art. 87; Wieczorek (w:) Powałowski (red.) 2007: komentarz do art. 87).) oraz że chodzi o umożliwienie przedsiębiorcy zagranicznemu podejmowania czynności prawnych w Polsce gdyż „oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie posiada zdolności do czynności prawnych, a przedsiębiorca zagraniczny nie może skutecznie dokonywać czynności prawnych związanych z prowadzeniem oddziału, pozostając jednocześnie w kraju swojego pochodzenia" (Wieczorek (w:) Powałowski (red.) 2007: komentarz do art. 87). Akcentuje się też, że upoważnienie obejmuje dokonywanie każdego rodzaju czynności w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego, ale tylko tych „związanych z działalnością oddziału na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej" (Sieradzka (w:) Sieradzka, Zdyb 2013: komentarz do art. 87). Do powyższych uwag warto dodać, że dbałość ustawodawcy o zapewnienie skuteczności czynności przedsiębiorcy zagranicznego w obrocie prawnym w Polsce nie wynika raczej z troski o jego interesy, a z potrzeby ochrony interesu publicznego[440]. Realizacja tego interesu obejmuje zapewnienie prawnej skuteczności działań przedsiębiorcy zagranicznego podjętych na obszarze RP nie tylko w sferze prawa prywatnego (kontaktów gospodarczych) w interesie ogółu jego kontrahentów i prawidłowości obrotu gospodarczego, ale również– może nawet przede wszystkim- prawa publicznego. Niezwykle istotne jest zatem umożliwienie organom władzy publicznej podjęcia wobec przedsiębiorcy zagranicznego właściwych czynności leżących w sferze ich kompetencji. Skoro przedsiębiorca zagraniczny korzysta z prawa prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium RP, to podlega również wiążącym się z tym obowiązkom i ograniczeniom, nakładanym przez prawo polskie. Właściwe organy powinny zatem dysponować skutecznymi narzędziami wywierania na takiego przedsiębiorcę przymusu państwowego, na wypadek, gdyby tym obowiązkom lub zakazom nie podporządkował się. Oczywiste jest w tym kontekście znaczenie sprawnego doręczania korespondencji urzędowej (sądowej). Powyższe przemawia za tym, by uznać za skuteczne doręczenia kierowane na adres oddziału zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce.

Problematyczne pozostaje jednak określenie zakresu spraw, w których doręczenie może być dokonane w taki sposób. Wynika to z niejasnego statusu prawnego „osoby upoważnionej w oddziale", co przekłada się w szczególności na wątpliwości co do zakresu jego uprawnień do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Tymczasem skuteczne

[440] Niestety z uzasadnienia rządowego projektu ustawy nie wynika, jaki był cel ustanowienia instytucji pełnomocnika przedsiębiorcy zagranicznego. Zob. na: http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/B7D1FEF83BD1BE9DC1256DC8003EE3FD/$file/2118.pdf (dostęp 16 maja 2017 r.).

doręczenie wymaga nie tylko skierowania pisma na właściwy adres, ale i do rąk właściwej osoby.

Artykuł 87 SDGU nakłada obowiązek ustanowienia „osoby upoważnionej w oddziale *do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego"* [podkr. M.U.A]. Sama redakcja przepisu nie ogranicza zatem zakresu spraw objętych tym umocowaniem. Jednakże, jak wspomniano powyżej, komentatorzy podkreślają, że umocowanie pełnomocnika może dotyczyć tylko czynności związanych z działalnością oddziału. Nie wiadomo, czy intencją ustawodawcy było rzeczywiście jakiekolwiek ograniczenie zakresu tego pełnomocnictwa (bowiem rządowe uzasadnienie projektu ustawy milczy na ten temat), czy też może sens tego przepisu polega na nałożeniu obowiązku ustanowienia szczególnego rodzaju prokury – pełnomocnictwa obejmującego umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa (dotyczącej wszystkich spraw z zakresu działania zagranicznego przedsiębiorcy). Druga ze wskazanych propozycji interpretacyjnych o wiele bardziej odpowiada praktycznym potrzebom. Takie – szerokie – pojmowanie zakresu uprawnień „osoby upoważnionej w oddziale" zapewniłoby bowiem stałą „operacyjną obecność" w Polsce przedsiębiorcy zagranicznego i umożliwił kontakt z nim w związku ze wszelkimi aspektami jego działalności będącymi przedmiotem regulacji polskiego prawa. Zdaniem autorki tak właśnie winien być pojmowany cel tego przepisu. Jest to zresztą zbieżne z literalnym jego brzmieniem, które nie przewiduje ograniczeń zakresu umocowania. Potraktowanie „upoważnienia", o którym mowa w art. 87 SDGU jako prokury wyeliminowałoby nie tylko wątpliwości co do zakresu umocowania pełnomocnika w obrocie prywatnoprawnym, ale też wątpliwości co do umocowania „osoby upoważnionej w oddziale" do odbioru korespondencji urzędowej (sądowej).

Komentatorzy opisujący tę regulację (Kosikowski 2013: komentarz do art. 87; Wieczorek (w:) Powałowski (red.) 2007: komentarz do art. 87) nie podzielają przedstawionego tu poglądu autorki. Podnoszą, że „osoba upoważniona w oddziale" to pełnomocnik, o którym mowa w art. 98 i nast. KC i podkreślają raczej jej znaczenie w obrocie prywatnoprawnym. Pełnomocnik prawa materialnego, o którym mowa w przepisach KC, nie jest żadną z osób wskazanych w art. 133 § 2 KPC, tj. nie jest ani organem uprawnionym do reprezentacji przedsiębiorcy zagranicznego przed sądem, ani pracownikiem uprawnionym do odbioru pism sądowych. Gdyby przyjąć ten pogląd komentatorów, nie byłoby możliwe dokonywanie doręczeń do „osoby upoważnionej w oddziale", gdyby nie dysponowała ona odrębnym pełnomocnictwem do odbioru pism w postępowaniu sądowym.

Stanowisko orzecznictwa odbiega od poglądów doktryny. W orzecznictwie wyraźnie dostrzegalna jest linia upatrująca w instytucji „osoby upoważnionej w oddziale" nie pełnomocnictwa uregulowanego w art. 98 i nast. KC, ale właśnie instytucji zbliżonej do prokury, jednak nie nieograniczonej (art. 109^1 KC), lecz ograniczonej – oddziałowej (art. 109^5 KC)[441]. W konsekwencji takiego stanowiska sądy uznają, że uprawnienia „osoby upoważnionej w oddziale" obejmują też prawo reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w postępowaniu sądowym, jak również do ustanawiania pełnomocnika procesowego". Oznacza to oczywiście w szczególności możliwość dokonywania w toku postępowania sądowego doręczeń na jego ręce. Akcentowane jest również znaczenie ustanowienia tego pełnomocnika dla „ułatwienia relacji przedsiębiorcy zagranicznego z organami władzy publicznej". Konsekwentnie w orzeczeniach mowa jest jednak, iż zakres umocowania „osoby upoważnionej w oddziale" obejmuje „sprawy związane z działalnością oddziału"[442]. Wydaje się, że do takiej interpretacji skłania sądy wykładnia systemowa. Instytucja „osoby upoważnionej w oddziale" mieści się wśród przepisów dotyczących ustroju oddziałów przedsiębiorców zagranicznych. Na tej podstawie można wywodzić, że jej upoważnienie obejmuje zakresem tylko czynności związane z działalnością tych jednostek organizacyjnych przedsiębiorców zagranicznych. U podstaw takiej interpretacji tkwi być może również milczące założenie, że w zakresie zainteresowania polskiego prawa pozostawać będą tylko te aspekty działalności przedsiębiorców zagranicznych, w których wykonywanie zaangażowany jest oddział (przedstawicielstwo), gdyż to one przede wszystkim będą mieć znaczenie na terytorium RP (i z punktu widzenia prawa RP). W przypadku prawa antymonopolowego takie założenie nie sprawdza się – działania przedsiębiorcy zagranicznego

[441] Zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z 26 lutego 2014 r., III CZP 103/13, OSNC 2014/12/119: „Artykuł 87 u.s.d.g. zawiera regulację autonomiczną, niedającą się w pełni wprost utożsamić z żadną z klasycznych konstrukcji prawa cywilnego, zwłaszcza z pełnomocnictwem. Wynikająca z tego przepisu konstrukcja łączy w sobie elementy przedstawicielstwa (do którego zastosowanie mogą mieć per analogiam art. 95 i n. kodeksu cywilnego) oraz upoważnienia do dokonywania czynności faktycznych. (…) Artykuł 87 u.s.d.g. przewiduje odrębne w stosunku do określonych w kodeksie cywilnym umocowanie, co do zakresu o cechach zbliżonych do prokury oddziałowej (art. 109^5 k.c.). Należy też przyjąć, że analogicznie do kodeksowego uregulowania dotyczącego prokury, ustanowienie osoby upoważnionej oznacza, że jest ona *ex lege* (na podstawie normy wynikającej z art. 87 u.s.d.g.) umocowana również do dokonywania czynności sądowych. (…)". W orzecznictwie zaznacza się też, że „osoba upoważniona w oddziale" nie jest ani przedstawicielem ustawowym przedsiębiorcy zagranicznego, ani jego organem.

[442] Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 26 lutego 2014 r., III CZP 103/13, OSNC 2014/12/119; postanowienie Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2014r., I CZ 21/14, Lex/el. nr 1477421; wyrok Sądu Najwyższego z 11 października 2013, I CSK 769/12, Lex/el. nr 1532958; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 26 czerwca 2015, I ACa 415/15, Lex/el. nr 1770843.

podjęte za granicą, nawet bez zaangażowania jego polskiego oddziału (przedstawicielstwa), mogą mieć negatywne skutki dla konkurencji na terytorium RP[443].

Powyższe uwagi dotyczące zakresu pełnomocnictwa „osoby upoważnionej" należy odnieść również do doręczeń kierowanych do przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych w Polsce (dla których podstawą działania jest art. 93 USDG). Również w przedstawicielstwie należy ustanowić „osobę upoważnioną do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego" (arg. z 97 ust. 1 pkt 3 SDGU w zw. z art. 87 SDGU). Mimo że przedstawicielstwo ma prowadzić działalność wyłącznie „w zakresie reklamy i promocji przedsiębiorcy zagranicznego" – art. 94 SDGU – przepisy nie ograniczają *expressis verbis* zakresu umocowania „osoby upoważnionej" do tych wyłącznie kwestii.

Więcej trudności niż określenie zakresu umocowania stwarza natomiast kwestia, czy pojęcie „rejestru", o którym mowa w art. 133 § 2 KPC można odnieść również do rejestru przedstawicielstw. Artykuł 133 § 2 KPC zd. 1 KPC w swojej początkowej części odwołuje się bowiem wyraźnie do rejestru *sądowego* [podkr. M.U.A.], podczas gdy przedstawicielstwa przedsiębiorców zagranicznych są ewidencjonowane w odrębnym rejestrze prowadzonym przez ministra właściwego do spraw gospodarki (art. 96 ust. 1 SDGU), a nie w rejestrze sądowym. Wydaje się zatem, że w obecnym stanie prawnym interpretacja dopuszczająca dokonywanie doręczeń na adres przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych byłaby *contra legem.*

Względy prakseologii zdecydowanie przemawiają za dopuszczalnością dokonywania doręczeń do oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych w Polsce. Nie wydaje się również, by w tym zakresie normy dotyczące jurysdykcji stanowiły przeszkodę

[443] Wskazać też należy na pewną trudność praktyczną, która pojawia się, gdy uznamy, że zakres umocowania „osoby upoważnionej" jest ograniczony do „spraw związanych z działalnością oddziału". Dokonując czynności procesowej, jaką jest doręczenie na adres oddziału, na ręce „osoby upoważnionej" - oceny, czy zarzucane naruszenie ma związek z działalnością oddziału, czyli dokonać oceny elementu faktycznego sprawy. Jest to swego rodzaju „przedsąd", co nie powinno mieć miejsca. Jeżeli chodzi o wpływ tego „przedsądu" na dokonywane następnie ustalenia stanu faktycznego, nie będzie on pewnie istotny. Jednakże prawidłowość ustalenia, że sprawa ma związek z działalnością oddziału warunkuje (już na tak wczesnym etapie, jak pierwsze doręczenie) prawidłowy bieg postępowania, tj. prawidłowość doręczeń. Jeżeli *ex post* okaże się, że doręczenia były, bezpodstawnie, dokonane do „osoby upoważnionej" - ponieważ sprawa nie dotyczyła działalności oddziału - może to mieć daleko idące skutki procesowe. Oczywista jest możliwość postawienia w środku odwoławczym zarzutu naruszenia przepisów procedury cywilnej (art. 133 § 2 i art. 133 § 2 a KPC). W zależności od okoliczności sprawy naruszenie to może różnie oddziaływać na wynik sprawy. Może nie mieć w ogóle wpływu, skutkować tylko uchyleniem lub zmianą wyroku, ale w skrajnym przypadku nawet nieważnością postępowania, gdyby na skutek nieprawidłowego doręczenia przedsiębiorca zagraniczny został pozbawiony możliwości obrony swoich praw (art. 379 pkt 5 KPC). Z drugiej strony – akurat w odniesieniu do postępowania przed SOKiK- nie należy tego problemu wyolbrzymiać. Na etapie postępowania przed SOKiK stan sprawy powinien być już dostatecznie dobrze wyświetlony w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, aby móc ocenić, czy „osoba upoważniona w oddziale" może reprezentować przedsiębiorcę zagranicznego w tym postępowaniu i odbierać korespondencję z nim związaną.

(reguła *Lotus*), gdyż działania polskich organów ograniczają się w takim przypadku do terytorium *forum*. Stosowanie takich rozwiązań pozwoliłoby również uniknąć – w niektórych przypadkach – doręczeń zagranicznych i związanych z nimi wątpliwości co do legalności (w przypadku doręczeń bezpośrednich). Jak pokazują powyższe rozważania dopuszczalność dokonywania doręczeń do oddziałów i (zwłaszcza) przedstawicielstw nie jest oczywista. Jeszcze więcej wątpliwości budzi określenie zakresu spraw, w których doręczeń tych można by dokonywać. *De lege ferenda* należy postulować wprowadzenie regulacji, która doprecyzuje te zagadnienia.

Warto dostrzec, że przyjmowane przez orzecznictwo kryterium „powiązania sprawy z działalnością oddziału (przedstawicielstwa)", warunkujące możliwość dokonywania doręczeń na ręce „osoby upoważnionej", jest takie samo jak kryterium warunkujące istnienie jurysdykcji krajowej w ogólnym postępowaniu procesowym (zob. art. 1103^7 pkt 3 KPC). Dlatego w postępowaniach cywilnych w sensie materialnym przyjęte przez sądy ograniczenie, iż doręczeń do „osoby upoważnionej w oddziale" można dokonywać tylko w sprawach mających związek z jego działalnością może być w wielu sprawach wystarczające dla potrzeb prowadzenia postępowania. Jeżeli natomiast chodzi o SOKiK, sprawa przedstawia się inaczej. Zasięg jego właściwości międzynarodowej jest szerszy niż to by wynikało z art. 1103^7 KPC ponieważ jest pochodną zakresu przedmiotowego spraw przed nim zawisłych. Kompetencja międzynarodowa SOKiK dotyczy w związku z tym również zachowań przedsiębiorców zagranicznych podjętych poza terytorium RP (zob. rodz. 3.4.1.), niekoniecznie mających związek z aktywnością ich oddziału (przedstawicielstwa) w Polsce. Gdyby odnośnie doręczeń przyjąć – w ślad za przywołanym orzecznictwem – że SOKiK ma kompetencję by dokonywać doręczeń do oddziału (przedstawicielstwa) przedsiębiorcy zagranicznego tylko w sprawach dotyczących tych praktyk antykonkurencyjnych, które miały związek z działalnością tego oddziału (przedstawicielstwa), byłoby to rozwiązanie powodujące powstanie rozbieżności pomiędzy zakresem jurysdykcji SOKiK, a przyznaną mu kompetencją w zakresie dokonywania doręczeń na obszarze kraju. Byłoby to też rozwiązanie wielce niepraktyczne i stojące w sprzeczności z założeniem, wyrażonym w art. 1 ust. 2 OKiKu, że polskie publiczne prawo ochrony konkurencji ma oddziaływać eksterytorialnie.

O ile prawidłowość i celowość wprowadzenia do SDGU ogólnej konstrukcji zakładającej, że w każdej sprawie dotyczącej przedsiębiorcy zagranicznego (czy to cywilnej, czy administracyjnej) polskie organy dokonują doręczeń do jego polskiego oddziału (przedstawicielstwa) wymagałaby dalej idącej analizy, o tyle wprowadzenie takiej szczególnej regulacji w sprawach antymonopolowych w postępowaniu cywilnym jest jak najbardziej

uzasadnione. Jeżeli uznajemy za zgodną z prawem międzynarodowym normę dopuszczającą eksterytorialne oddziaływanie krajowego prawa antymonopolowego, trzeba uznać też za zgodne z prawem międzynarodowym rozwiązania proceduralne, zmierzające do zapewnienia efektywności tej regulacji, dopóki dotyczą działań organów krajowych ograniczających się do obszaru *forum* (reguła *Lotus*). Taka konstrukcja odpowiadałaby również względom prakseologii. Trudno byłoby postawić takiemu rozwiązaniu zarzut, iżby zagraniczny przedsiębiorca został pozbawiony czynnego udziału w postępowaniu (możliwości obrony swoich praw). Nie mielibyśmy bowiem do czynienia z fikcją doręczenia, lecz z faktycznym doręczeniem do jednostki, która jest „emanacją" zagranicznego przedsiębiorcy na terytorium RP. Jeżeli reguła taka byłaby wyrażona jasno w przepisach, rzeczą zagranicznego przedsiębiorcy byłoby zapoznanie się z nią – należyta staranność obliguje do poznania prawa państwa, w którym prowadzi się działalność gospodarczą (oddział lub przedstawicielstwo). Wprowadzenie proponowanych regulacji – jeśli miałoby dotyczyć tylko spraw antymonopolowych- nie powodowałoby też istotnych trudności w z zakresie techniki legislacyjnej. Właściwe rozwiązania powinny znaleźć się w KPC, w przepisach dotyczących postępowania przed SOKiK w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 479^{28} i nast. KPC).

Należy również postulować *de lege ferenda*, by również Prezes UOKiK dysponował możliwością dokonywania doręczeń do oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych, w zakresie umożliwiającym efektywną realizację jego ustawowych zadań. Wystarczające byłoby wprowadzenie odpowiednich zmian do OKiKu (nie musiałaby to być zmiana dotycząca ogólnej procedury administracyjnej).

3.5. Pozyskiwanie dowodów zza granicy w sprawach antymonopolowych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK oraz w postępowaniu sądowym

Zarówno polskie postępowanie administracyjne, jak i polskie postępowanie cywilne opierają się na otwartym systemie dowodów. Odnosi się to również do postępowania przed Prezesem UOKiK. Co do zasady źródłem dowodu może być wszystko, co może przyczynić się do rozstrzygnięcia sprawy i nie jest sprzeczne z prawem. W postępowaniu antymonopolowym, bazującym na zasadzie działania z urzędu, to na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek prawidłowego ustalenia faktów istotnych dla sprawy (art. 7 i art. 75

KPA)[444]. W postępowaniu przed SOKiK, opartym na zasadzie kontradyktoryjności, obowiązek wskazywania dowodów spoczywa na stronach (art. 232 zd. 1 KPC). Nie oznacza to jednak bierności sądu w postępowaniu dowodowym. „Wskazanie" dowodu przez stronę nie oznacza bowiem zawsze obowiązku jego przedłożenia. Strona może zwrócić się do sądu o wydobycie środka dowodowego, którym nie dysponuje (art. 244, 248, 249, 250 KPC). Sąd ma nadto możliwość dopuszczenia dowodu niewskazanego prze stronę (art. 232 zd.2 KPC). W obu procedurach niezbędne są zatem przepisy, które przyznają organowi, przed którym sprawa zawisła, kompetencje do podejmowania czynności władczych w celu pozyskania środków dowodowych.

Ustawa antymonopolowa zawiera szczególne regulacje dotyczące pozyskiwania informacji i dowodów dla potrzeb postępowania. Nadto, zgodnie z art 84 OKiKu, w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu w zakresie w niej nieuregulowanym stosuje się odpowiednio art. 227-231 KPC. Model postępowania przed SOKiK nie wyklucza przeprowadzania nowych dowodów również na etapie sądowego postępowania antymonopolowego[445]. Z tych przyczyn uzasadnione jest łączne omówienie zagadnień dotyczących pozyskiwania informacji i dowodów na etapie postępowania przed Prezesem UOKiK i przed SOKiK w sprawach o charakterze międzynarodowym, a raczej - istotnych ograniczeń, które zachodzą w tym obszarze. Odrębny rozdział (3.7.2.) poświęcony będzie wpływowi uczestnictwa Prezesa UOKIK w Europejskiej Sieci Konkurencji na możliwości pozyskiwania przez niego materiału dowodowego.

O tym, jak ważką kwestią, warunkującą możliwość przeprowadzania postępowania, jest możliwość uzyskiwania materiału dowodowego nie trzeba nikogo przekonywać. O jej wadze świadczą pośrednio uregulowania ustaw blokujących (zob. rozdz. 1.3.3.), zmierzające w szczególności do ograniczenia organom państw trzecich prowadzących postępowanie w sprawie transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych możliwości pozyskania dowodów poza własnym terytorium. Warto przypomnieć, że wśród ujętych w nich instytucji znajdowało się w szczególności przyznanie rządowi prawa do ustanawiania wobec obywateli swojego państwa oraz krajowych przedsiębiorców zakazu dostarczania dokumentów, informacji i składania zeznań w sprawach antymonopolowych rozpatrywanych przez władze innych państw. Choć ustanowienie takiego zakazu we współczesnych porządkach prawnych będzie raczej wyjątkiem niż regułą, nie oznacza to bynajmniej, że pozyskiwanie informacji i

[444] Szerzej na temat pojęcia dowodu i innych zagadnień postępowania dowodowego w procedurze administracyjnej, w tym zagranicznego dokumentu urzędowego jako dowodu, zob. (Niedźwiedź 2017: 70-73, 75-79, 85-87).

[445] Na temat modelu postępowania przed SOKiK zob. (Błachucki 2011, Turno 2012).

dowodów znajdujących się za zagranicą, czy też pozyskiwanie ich od podmiotów przebywających (czy też mających siedzibę albo miejsce zamieszkania lub pobytu) poza terytorium państwa prowadzącego postępowanie jest rzeczą prostą. Nie wydaje się, by przedsiębiorcy zagraniczni zechcieli dobrowolnie współpracować z polskimi organami ochrony konkurencji. Zadośćuczynienie żądaniu przedstawienia informacji stanowi bowiem dla nich dodatkową pracę, do wykonania której muszą przeznaczyć określone zasoby (ze szkodą dla swojego bieżącego funkcjonowania). Nadto – jeżeli to adresat żądania jest „podejrzanym" o dopuszczenie się antykonkurencyjnej praktyki- wiązać się może z ryzykiem samooskarżenia W świetle uwag na temat przestrzennego zasięgu jurysdykcji państw, zamieszczonych w rozdziale 1.1, jest oczywiste, że możliwość zastosowania przymusu państwowego w celu skłonienia adresata do spełnienia żądania (jak np. wyegzekwowanie grzywny nałożonej za niewykonanie obowiązku przedstawiania informacji lub dowodów), wobec podmiotów, które nie podlegają zwierzchnictwu personalnemu RP jest znacznie ograniczona. Wydaje się, że w sprawach transgranicznych możliwe będzie uzyskanie materiału dowodowego od trzech kategorii podmiotów zagranicznych. Pierwszą z nich stanowić będą osoby (fizyczne lub prawne, w tym przedsiębiorcy) udzielające informacji (przedstawiające dowody) dobrowolnie, czyniące tak ze względu na swój interes w określonym rozstrzygnięciu sprawy. Drugą – podmioty, które posiadają na terytorium Polski istotny majątek, który mógłby stać się przedmiotem egzekucji w przypadku nałożenia grzywien za odmowę dostarczenia dowodów, których żąda Prezes UOKiK lub SOKiK (art. 106 ust. 2 pkt 2 OKiKU, art. 251, art. 274, art. 287, art.296 KPC). Przedsiębiorcy niechętnie podejmują na żądanie administracji czynności i raczej tylko wówczas, gdy bezwzględnie stoją pod przymusem prawnym lub faktycznym. Trzecią kategorią podmiotów, która mogłaby pomóc w pozyskaniu informacji są organy innych państw, przy czym wobec nich - oczywiście – polskie organy nie dysponują środkami przymusu.

Zasadnicza trudność w sprawach antymonopolowych z elementem zagranicznym polega na tym, że w ogólnym postępowaniu administracyjnym nie przewidziano rozwiązań dotyczących pomocy w postępowaniu dowodowym (czy szerzej: wymiany informacji) w zakresie obrotu prawnego z zagranicą, które to rozwiązania Prezes OKiKu mógłby zastosować na mocy art. 83 OKiKu. Przepisy działu VIIIa KPA – „Europejska współpraca administracyjna" - nie kreują mechanizmów współpracy w tym zakresie. Odpowiednich przepisów kompetencyjnych dla podjęcia współpracy w organami państw obcych nie zawiera również OKiKu. Artykuł 31 ustawy antymonopolowej obejmuje jedynie bardzo ogólnikowe

postanowienia dotyczące międzynarodowej współpracy Prezesa UOKiK[446]. Na tym tle – w świetle art. 7 Konstytucji RP, nakazującego działać organom władzy publicznej wyłącznie na podstawie i w granicach prawa, rodzi się pytanie, czy Prezesowi UOKiK, w braku podstaw kompetencyjnych wolno podjąć współpracę z organami państw obcych. Abstrahując od tej kwestii, rozważania w dalszej części będą poświęcone kwestiom bardziej pragmatycznym. Poniżej przedstawiony zostanie przegląd instytucji uregulowanych w OKiKU oraz KPC, które służyć mają gromadzeniu materiału dowodowego[447], a których skuteczność na pewno ulegnie osłabieniu w sprawach transgranicznych.

Zgodnie z art. 50 ust. 1 OKiKu przedsiębiorcy są obowiązani do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu oraz do składania wyjaśnień. Artykuł 52 OKiKu przewiduje możliwość przesłuchania świadków. Wezwanie do świadka powinno być skierowane na jego adres zamieszkania i nakazywać stawiennictwo w określonym miejscu. Świadków i strony Prezes UOKiK może nadto wezwać na rozprawę administracyjną (art. 60 OKiKu). Przepisy ustawy antymonopolowej nie określają, jak należy postąpić, gdy zaistnieje potrzeba doręczenia za granicę wezwań do wykonania ww. obowiązków, czy też wezwań do stawiennictwa – tj. jak uzyskać zeznania od świadka, który zamieszkuje za granicą. W OKiKu nie przewidziano też możliwości zwracania się do organów państw trzecich o pomoc w tym względzie (choćby *ad hoc*). KPA (którego przepisy winny być stosowane odpowiednio w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, na mocy art. 83 OKiKu) również nie reguluje tych kwestii. Artykuł 40 KPA, dotyczący doręczeń za granicę (abstrahując od dotyczących go wątpliwości, które zostały już przedstawione powyżej) odnosi się wyłącznie do stron, nie zaś do podmiotów niebędących stronami. Ww. uprawnienia Prezesa UOKiK w zakresie gromadzenia dowodów mogą być zatem zrealizowane wobec podmiotów zagranicznych tylko, jeśli właściwy organ państwa trzeciego wyrazi gotowość pomocy *ad hoc*[448], ewentualnie- w oparciu o dobrowolne współdziałanie takich podmiotów. Jeżeli chodzi o obywateli polskich przebywających za granicą, mogą oni zostać przesłuchani przez konsula, jeżeli wyrażą na to zgodę (art. 26 ust. 2 ustawy Prawo konsularne[449]).

[446] Artykuł 31 ust 5 OKiKu stanowi, ze do obowiązków Prezesa UOKiK należy „współpraca z krajowymi i międzynarodowymi organami i organizacjami, do których zakresu działania należy ochrona konkurencji i konsumentów" (nie ma w tym przepisie mowy o organach innych państw). Natomiast punkt 14 tego przepisu jako obowiązek Prezesa UOKiK określa „realizację zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie współpracy i wymiany informacji w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów.".

[447] Na temat dopuszczania zagranicznych dokumentów urzędowych jako dowodów w postępowaniu administracyjnym ogólnym oraz ich mocy dowodowej zob. (Niedźwiedź 2017: 76).

[448] A nawet w takim przypadku – brak jest podstaw proceduralnych, by Prezes UOKiK wystąpił o taką pomoc.

[449] Ustawa z 25 czerwca 2015 Prawo konsularne, Dz. U. z 2015 r., poz. 1274 z późn. zm.

Podobnie – pozbawione efektywności będą przepisy dotyczące gromadzenia dowodów zamieszczone w KPC (których odpowiednie stosowanie w postępowaniu przed Prezesem Urzędu nakazuje art. 84 OKiKU). W szczególności dotyczy to art. 248 KPC, nakładającego na „każdego" (w tym organy publiczne) obowiązek przedstawienia na żądanie sądu dokumentu znajdującego się w jego posiadaniu oraz art. 249 KPC, przewidującego możliwość zapoznania się z księgami i dokumentami przedsiębiorstwa lub wyciągami z tychże. Należy pamiętać, że art. 84 OKiKu nie odsyła ogólnie do przepisów KPC, ale konkretnie do art. 227 – 315 KPC. Odesłanie nie obejmuje zatem przepisów KPC dotyczących pomocy międzynarodowej w przeprowadzaniu dowodów, o których będzie mowa poniżej. Aktualne uregulowania nie obejmują zatem takich narzędzi proceduralnych, w oparciu o które Prezes UOKiK mógłby wykorzystać przepisy KPC dotyczące pomocy w sprawach o charakterze transgranicznym.

Praktyczne zastosowanie straci również art. 72 OKiKU, nakazujący organom administracji publicznej udostępnianie Prezesowi UOKiK znajdujących się w ich posiadaniu akt oraz informacji istotnych dla toczącego się przed nim postępowania. Zgodnie z regułą *par in parem non habet imperium* Prezes UOKiK nie może oczywiście żądać tego od organów państw trzecich. Ich ewentualna pomoc jest możliwa wyłącznie na zasadzie dobrowolności.

Oczywiście, niemożliwe jest również przeprowadzenie poza terytorium RP przeszukania i kontroli (art. 91 oraz rozdział 5 działu VI OKiKu) lub oględzin (art. 292 KPC w zw. z art. 84 OKiKu) – gdyż podjęcie czynności władczych na ich obszarze stanowiłoby naruszenie zasady poszanowania suwerenności.

W przeciwieństwie do KPA, przepisy postępowania cywilnego zawierają rozwiązania legislacyjne przewidujące współpracę międzynarodową przy gromadzeniu dowodów. Rozwiązania te mają zastosowanie w postępowaniu przed SOKiK. W zakresie przeprowadzania dowodów przewidziano w nich zasadę bezpośredniego porozumiewania się sądów polskich z sądami i innymi organami państwa wezwanego (art. 1130 § 1 i art. 1131 § 1 i 2 KPC). Sądy polskie mogą zwracać się do tych organów o przeprowadzenie dowodów. Przepisy KPC (art. 1131 §3 i 4 KPC) przewidują również, że w prowadzonych przez zagraniczny organ czynnościach dowodowych uczestniczyć będą strony (polskiego) postępowania, a nawet sędzia wyznaczony oraz powołany przez polski sąd biegły. Z kolei art. 1131 § 5 KPC zakłada możliwość samodzielnego przeprowadzenia przez polski sąd lub sędziego wyznaczonego dowodu zagranicą - za zgodą państwa wezwanego. Bardzo ciekawym (pojemnym) rozwiązaniem legislacyjnym jest 1131^1 KPC, który stanowi, iż opisane wyżej mechanizmy współpracy stosuje się również „jeżeli sądy występują do sądów

lub innych organów państw obcych o dokonanie *innych czynności* [podkr. M.U.A.] niż przeprowadzenie dowodów.”. Można sobie wyobrazić, iż na tej podstawie SOKiK zwróci się do sądu zagranicznego o to, by nałożył (i wyegzekwował) grzywnę, w celu przymuszenia do ujawnienia dokumentów albo też, by zwrócił się do innego organu o udostępnienie pozostających w jego zasobach informacji. Rozwiązania KPC w zakresie współpracy międzynarodowej są zatem narzędziem elastycznym, obejmującym szeroką sferę aktywności sądów. Uregulowanie podstaw transgranicznej współpracy polskich sądów, w tym SOKiK, zasługuje oczywiście na pozytywną ocenę. Należy postulować, by ustawodawca umożliwił również Prezesowi UOKiK posługiwanie się analogicznymi instrumentami. Jednakże samo istnienie krajowej regulacji nie oznacza bynajmniej, że gromadzenie przez SOKIK dowodów w sprawach międzynarodowych będzie bardziej efektywne, niż działalnie Prezesa UOKiK w tym zakresie. Mimo znaczącej różnicy pomiędzy KPC i KPA w dziedzinie współpracy międzynarodowej, oczywiste jest przecież, że możliwość wykorzystania wszystkich ww. instytucji przewidzianych w KPC otwiera się w praktyce (co wynika z samej treści omawianych przepisów) dopiero, gdy sąd lub inny organ państwa obcego wyrazi wolę współpracy – w związku z obowiązującą umową międzynarodową, lub *ad hoc*. Niemniej – tej przeszkody nie da się pokonać przy pomocy krajowej legislacji.

Dodatkowo, zgodnie z art. 1134 KPC sądy mogą występować do polskiego przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania, jeżeli osoba mająca być przesłuchana jest obywatelem polskim przebywającym za granicą. Warto jednak dodać, że skuteczność takiego rozwiązania legislacyjnego jest osłabiona przez to, iż konsulowi wolno przeprowadzić przesłuchanie tyko wówczas, gdy przesłuchiwany dobrowolnie zgodzi się na to. (art. 26 ust 2 ustawy Prawo konsularne).

Regulacje UE dotyczące pomocy w pozyskiwaniu informacji (dowodów) mają ograniczony zakres przedmiotowy –dotyczą zwłaszcza spraw podatkowych, celnych ,niektórych postępowań egzekucyjnych w administracji oraz nadzoru nad sektorem finansowym (Niedźwiedź 2017:88-93, 95 i nast.218 i nast. 273,; zob. też rozdz. 3.6.1.poniżej).

Również współpraca międzynarodowa z w dziedzinie prawa administracyjnego dotyczy głównie spraw podatkowych (Niedźwiedź 2017:159, 163, 170 i nast.). Jeżeli chodzi o potencjalnie dostępne instrumenty współpracy międzynarodowej odnoszące się ogólnie do prawa administracyjnego, w ramach Rady Europy uchwalono “European Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative Matters” (Europejską

Konwencję w Sprawie Uzyskiwania Za Granicą Informacji i Dowodów w Sprawach Administracyjnych). Sprawy antymonopolowe są objęte jej zakresem przedmiotowym (art. 1 Konwencji). Konwencję udostępniono do ratyfikacji 15 marca 1978r.. Do dnia dzisiejszego podpisało ją jedynie 8 państw, wśród nich nie ma Polski[450]. Polska nie jest stroną żadnej umowy międzynarodowej (choćby dwustronnej), która dotyczyłaby wymiany informacji i dowodów w sprawach z zakresu publicznoprawnej ochrony konkurencji (Błachucki, Jóźwiak 2012:149). Do wymiany informacji w takich sprawach zachęca Państwa OECD, w swoich zaleceniach (zob. rozdz. 1.3.5.1.). Jednak wzajemne uprawnienia i obowiązki Państw w tym zakresie powstają dopiero na mocy zawartych przez nie traktatów.

3.6. Egzekucja polskich orzeczeń administracyjnych i sądowych w transgranicznych sprawach antymonopolowych

3.6.1. Egzekucja decyzji Prezesa UOKiK

Egzekucja decyzji Prezesa UOKiK w dużej mierze sprowadza się do egzekucji kar pieniężnych. Kary te mają różny charakter. Są wymierzane przede wszystkim za popełnienie deliktów stypizowanych w OKiKu, ale też za różnego rodzaju naruszenia natury proceduralnej.

Odpowiednie przepisy OKiKu przewidują również, że w decyzjach nakłada się sankcje o charakterze niepieniężnym – jak np. nakaz zaniechania stosowania antykonkurencyjnej praktyki. OKiKu przewiduje w art. 107 szczególne rozwiązanie, niezależne od instrumentów uregulowanych w postępowaniu egzekucyjnym, które ma skłonić adresatów do wykonania obowiązków niepieniężnych - wynikających łącznie z decyzji Prezesa UOKiK i właściwych wyroków. Przepis ten przyznaje Prezesowi UOKiK uprawnienie do nałożeniu kary pieniężnej, w celu przymuszenia przedsiębiorcy do wykonania tego obowiązku.

Regulacje dotyczące nakładania na przedsiębiorców kar pieniężnych zawarte są w 106 i kolejnych OKiKu. Nadto przedmiotem egzekucji mogą być koszty postępowania.

Artykuł 112 ust. 4 ustawy antymonopolowej nakazuje ściągać kary pieniężne nałożone ostateczną decyzją Prezesa UOKiK w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. W sposób spójny z powyższą regulacją artykuł 2 § 1 pkt 2

[450] Dostęp na: https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/100 (23 grudnia 2017 r.). Sygnatariuszami są: Azerbejdżan, Belgia, Niemcy, Włochy, Luksemburg i Portugalia. Podpisały ją nadto Szwajcaria i Turcja, przy czym w tych państwach konwencja nie obwiązuje, ponieważ nie została ratyfikowana.

ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[451] (dalej jako PEA) stanowi, iż egzekucji administracyjnej podlegają grzywny i kary pieniężne wymierzane przez organy administracji publicznej. Dodatkowo, zgodnie z art. 2 § 1 pkt 5 tej ustawy, egzekucji administracyjnej podlegają należności pieniężne przekazane do egzekucji administracyjnej na podstawie innych ustaw.

OKiKu milczy na temat sposobu prowadzenia egzekucji obowiązków niepieniężnych nałożonych w decyzjach Prezesa UOKiK. Z art. 2 § 1 pkt 10 PEA wynika jednak, że stosuje się jej przepisy również do „obowiązków o charakterze *niepieniężnym* pozostających we właściwości organów administracji rządowej". Biorąc pod uwagę, że podstawową sankcją administracyjną nakładaną przez Prezesa UOKiK jest nakaz zaniechania praktyk antykonkurencyjnych, podstawowym środkiem egzekucji decyzji Prezesa UOKiK będzie grzywna w celu przymuszenia (art. 119 i nast. PEA)[452]

Jak wynika z powyższego, Prezes UOKiK jest podmiotem uprawnionym do żądania wykonania w drodze egzekucji administracyjnej kar pieniężnych oraz obowiązków niepieniężnych nałożonych w wydanej przez niego decyzji, czyli wierzycielem (w rozumieniu art. 5 § 1 pkt 1 w zw. z art. 1a pkt 13 PEA). Organem egzekucyjnym mającym kompetencję do prowadzenia egzekucji kar nakładanych przez Prezesa UOKiK jest właściwy miejscowo naczelnik urzędu skarbowego (art. 5 § 1 pkt 13 w zw. z art. 19 § 1 w zw. z art. 22 PEA)[453].

Możliwość wszczęcia postępowania egzekucyjnego w administracji jest uwarunkowana doręczeniem przez wierzyciela dłużnikowi pisemnego upomnienia. Postępowanie to może zostać wszczęte dopiero po upływie 7 dni od dnia doręczenia tego upomnienia (art. 15 § 1 PEA).

Do 20 listopada 2013 r. PEA zawierała bardzo rozbudowane regulacje dotyczące wykonywania za granicą decyzji administracyjnych wydanych przez polskie organy

[451] Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 599 z późn. zm.

[452] Art. 119 §1 PEA stanowi: „Grzywnę w celu przymuszenia nakłada się, gdy egzekucja dotyczy spełnienia przez zobowiązanego obowiązku znoszenia lub zaniechania albo obowiązku wykonania czynności, a w szczególności czynności, której z powodu jej charakteru nie może spełnić inna osoba za zobowiązanego". Kara pieniężna przewidziana w art. 107 OKiKu oraz grzywna w celu przymuszenia to dwie odrębne instytucje, które mogą być stosowane niezależnie. Jak wskazują komentatorzy, różni je przede wszystkim to, że o ile grzywna w celu *przymuszenia* nie może być nałożona po wykonaniu rozstrzygnięcia organu administracji, o tyle sam fakt wykonania obowiązku o charakterze niepieniężnym nie stanowi przeszkody do nałożenia kary pieniężnej przewidzianej w art. 107 OKiKu. Zarówno grzywna, jak i kara pieniężna mają charakter środków przymusu. Jednak kara pieniężna pełni nadto funkcje represyjną i prewencyjną. Szerzej na ten temat zob. Komorowska, Stawicki A. (w:) Stawicki A, Stawicki E. (red.) 2016: komentarz do art. 107, Lex/el; Banasiński, Piontek 2014: komentarz do art. 107, Lex/el.

[453] Z mocy art. 479^{28} KPC właściwy do rozpoznawania zażaleń na postanowienia – tak wierzyciela, jak i organu egzekucyjnego - wydawane w *postępowaniu* egzekucyjnym prowadzonym w celu wykonania obowiązków wynikających z decyzji i postanowień wydawanych przez Prezesa Urzędu jest SOKiK. Zob. Ereciński (w:) Ereciński (red.) 2016: komentarz do art. 479^{28}.

administracji. Zagadnieniom transgranicznej egzekucji poświęcony był rozdział 7 działu I PEA. Nosił on tytuł „Udzielanie pomocy obcemu państwu oraz korzystanie z jego pomocy przy dochodzeniu należności pieniężnych". Rozdział ten został uchylony w związku z wejściem w życie (21 listopada 2013 r.) ustawy z 11 października 2013 r. o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, ceł i innych należności pieniężnych[454] (dalej również jako UWP). Ustawę tę uchwalono w wykonaniu obowiązku implementacji dyrektywy Rady 2010/24/UE z 16 marca 2010 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń[455]. Artykuł 1 UWP stanowi, że określa ona zasady: (i) udzielania wzajemnej pomocy przez Rzeczpospolitą Polską i państwa członkowskie oraz państwa trzecie przy dochodzeniu podatków, należności celnych i innych należności pieniężnych; (ii) wykorzystywania informacji otrzymywanych w ramach udzielania wzajemnej pomocy także do celów innych niż dochodzenie podatków, należności celnych i innych należności pieniężnych.

W odniesieniu do transgranicznego egzekwowania kar pieniężnych nałożonych w decyzji Prezesa UOKiK omówienia wymagają dwa zagadnienia:

a) po pierwsze- możliwość prowadzenia, na terytorium RP egzekucji przeciwko przedsiębiorcom zagranicznym, którzy posiadają majątek na tym terytorium,

b) po drugie- możliwość prowadzenia, egzekucji z majątku przedsiębiorcy (polskiego lub zagranicznego) znajdującego się poza terytorium RP.

Co do pierwszej ze wskazanych kwestii - pkt a) - jest ona w całości przedmiotem polskiej regulacji krajowej. Prowadzenie egzekucji z majątku położonego na obszarze Polski znajduje bowiem oparcie w zasadzie terytorialnej. Elementem międzynarodowym, który należy zbadać jest zagadnienie zdolności przedsiębiorców, którzy nie podlegają polskiemu zwierzchnictwu personalnemu (przedsiębiorców zagranicznych) do udziału w postępowaniu (egzekucyjnym). Przedstawia się ono w sposób, który na tle dotychczasowej analizy wydaje się dość oczywisty. Mianowicie, PEA posługuje się w art. 1a pkt 20 pojęciem zobowiązanego, które oznacza „osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej albo osobę fizyczną, która nie wykonała w terminie obowiązku o charakterze pieniężnym lub obowiązku o charakterze niepieniężnym, a w postępowaniu zabezpieczającym - również osobę lub jednostkę, której zobowiązanie nie jest wymagalne albo jej obowiązek nie został ustalony lub określony, ale zachodzi obawa, że brak

[454] Ustawa z dnia 11 października 2013 r. o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, ceł i innych należności pieniężnych, Dz. U. z 2013 r., poz. 1289 z późn. zm.

[455] Dz. Urz. UE 2010 L 84/1.

zabezpieczenia mógłby utrudnić lub udaremnić skuteczne przeprowadzenie egzekucji, a odrębne przepisy na to zezwalają". W artykule 18 PEA, w zakresie w niej nieuregulowanym, odsyła do KPA. W odniesieniu do zdolności administracyjnoprawnej przedsiębiorców zagranicznych PEA nie wprowadza szczególnych regulacji. Aktualne pozostają zatem wszystkie uwagi w tym zakresie poczynione w uwagach dotyczących KPA. Przedsiębiorcy zagraniczni należą zatem do kategorii „zobowiązanych" na równi z przedsiębiorcami polskimi i mogą być stronami postępowania egzekucyjnego w administracji.

Jeżeli chodzi o drugi ze wskazanych problemów – pkt b) – z racji uchylenia rozdziału 7 działu I PEA, rozwiązań dotyczących ewentualnych możliwości prowadzenia za granicą egzekucji kar nałożonych przez Prezesa UOKiK należy poszukiwać w UWP. Jak wskazano w rządowym uzasadnieniu projektu ustawy[456], obejmuje ona „kompleksową regulację dotyczącą prowadzenia egzekucji należności pieniężnych w stosunkach międzynarodowych.". Chociaż wprowadzenie ustawy jest efektem implementacji dyrektywy Rady 2010/24/UE, dotyczy ona pomocy udzielanej nie tylko przez państwa członkowskie UE, ale także przez inne państwa (art. 1 pkt 1).

UWP przewiduje następujące formy wzajemnej pomocy RP i innych państw:

- udzielanie informacji,
- „powiadomienie", tj. doręczenie podmiotowi dokumentu odnoszącego się do należności pieniężnych ciążących na tym podmiocie,
- prowadzenie egzekucji lub dokonanie zabezpieczenia należności pieniężnych – na podstawie tytułu wystawionego przez państwo wzywające.

Znaczna część regulacji ustawy poświęcona jest organizacji międzynarodowej współpracy. W szczególności określono organ odpowiedzialny za kontakty z państwami członkowskimi lub państwami trzecimi w zakresie wzajemnej pomocy. Jest to centralne biuro łącznikowe (art. 9 UWP), którego zadania wykonywać będzie Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu (§ 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z 15 lutego 2017 r. w sprawie wyznaczenia centralnego biura łącznikowego[457]). Za jego pośrednictwem będą wysyłane wnioski o udzielenie pomocy oraz przekazywane dokumenty i informacje.

[456]Dostęp na: http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1490 (7 kwietnia 2017 r.).

[457] Dz. U. z 2017 r., poz. 300. Jak podano w uzasadnieniu projektu ustawy, jest to jednostka która posiada praktykę i wieloletnie doświadczenie wypracowane w toku realizacji międzynarodowej współpracy administracyjnej w sprawach podatkowych. Jest również przygotowana od strony infrastrukturalnej oraz teleinformatycznej do realizacji zadań w zakresie wzajemnej pomocy (np. wykorzystuje platformę opartą na wspólnej sieci łączności CCN z państwami członkowskimi Unii Europejskiej, posiada dostęp do właściwych rejestrów oraz dostęp do oprogramowania).

Ustawa nie definiuje kategorii informacji, które mają być wymieniane, ale też nie ustanawia żadnych ograniczeń w tym zakresie. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy, wymieniane informacje mają dotyczyć w szczególności adresu zamieszkania (siedziby) zobowiązanego podmiotu, posiadanych przez niego rachunków bankowych, ruchomości i nieruchomości, wysokości uzyskiwanych dochodów, źródła dochodów, rodzaju i miejsca zatrudnienia, rodzaju i miejsca prowadzonej działalności. Informacje te mają służyć wierzycielowi oraz organowi egzekucyjnemu do podjęcia decyzji, czy wystąpić z wnioskiem o udzielenie pomocy, tj. – odpowiednio - o powiadomienie, odzyskanie należności pieniężnych lub podjęcie środków zabezpieczających.

W rozdziale 3 działu III ustawy zawarto przepisy dotyczące występowania do państwa członkowskiego UE z wnioskiem o powiadomienie zobowiązanego podmiotu o decyzji, postanowieniu lub innych dokumentach wydanych w Rzeczypospolitej Polskiej i odnoszących się do należności pieniężnych. Z wnioskiem o powiadomienie będzie mógł wystąpić, za pośrednictwem centralnego biura łącznikowego, wierzyciel lub organ egzekucyjny (art. 39 ustawy). Do powiadomienia załącza się dokumenty, które podlegają doręczeniu.

Z kolei w rozdziale 4 działu III (art. 41–46) ustawy ujęto regulacje dotyczące występowania do państwa członkowskiego z wnioskiem o odzyskanie (egzekucję) należności pieniężnych i ich rozliczanie, określając w szczególności procedurę zaskarżalności tzw. jednolitego tytułu wykonawczego, który stanowić ma podstawę do odzyskania należności pieniężnych w państwie członkowskim.

W uzasadnieniu projektu ustawy zaakcentowano, iż oczekuje się, że UWP ułatwi „procedurę występowania z wnioskiem o udzielenie pomocy do państw członkowskich również przez zastąpienie jednolitymi tytułami wykonawczymi i standardowymi formularzami tytułów wykonawczych z wcześniej dokonanymi tłumaczeniami tych dokumentów.” Skuteczność egzekucji ma zostać poprawiona również dzięki wykorzystaniu narzędzi informatycznych i komunikacji elektronicznej.

Skrótowe przytoczenie regulacji UWP dotyczącej egzekucji poza terytorium RP daje wyobrażenie, jakiego rodzaju mechanizm zapewnia polskie ustawodawstwo (i ustawodawstwo pozostałych państw członkowskich UE, które winno było powstać w efekcie implementacji dyrektywy 2010/24/UE). Rodzi się jednak pytanie, czy ta regulacja jest wystarczająca do wykonywania decyzji Prezesa UOKiK za granicą – w państwach członkowskich UE oraz w innych państwach. Innymi słowy - czy zakres przedmiotowy UWP obejmuje kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK. W art. 2 § 1 pkt 4 UWP mowa jest,

iż stosuje się ją do „kar, grzywien, opłat i dopłat administracyjnych" dotyczących należności wymienionych w art. 2 § 1 pkt 1- 3. Literalne brzmienie wskazanych przepisów nie pozwala na uznanie, że kary nałożone przez Prezesa UOKiK są objęte zakresem przedmiotowym UWP. Zważywszy jednak, że UWP została uchwalona w wyniku implementacji przepisów UE, zasadne jest zweryfikowanie, czy prounijna wykładnia nie pozwala nadać sformułowaniom art. 2 UWP szerszego znaczenia, niż wynika to z ich dosłownego brzmienia – tj. odnosić je również do kar nakładanych przez Prezesa UOKiK. Poniżej zostanie przedstawiona analiza tego zagadnienia, również retrospektywnie, tj. z uwzględnieniem regulacji dawnego rozdziału 7 działu I PEA oraz ewolucji legislacji unijnej, która doprowadziła do przyjęcia dyrektywy Rady 2010/24/UE.

Zgodnie z art. 66a PEA, zamieszczonym w nieobowiązującym już rozdziale 7 działu I tej ustawy, zawarte w tym rozdziale przepisy miały zastosowanie przy udzielaniu pomocy obcemu państwu lub korzystaniu z jego pomocy „*w sprawach dotyczących należności pieniężnych, o których mowa w art. 2 § 1 pkt 8 i 9 PEA* [podkr. M.U.A] jeżeli ratyfikowana umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, nie stanowiła inaczej". Nadto, art. 66c § 1 PEA, stanowił, że „obowiązek udzielenia pomocy obcemu państwu lub *możliwość skorzystania z jego pomocy* (…), *istnieje, jeżeli ratyfikowana umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub prawo obcego państwa zobowiązuje do udzielenia podobnej pomocy Rzeczypospolitej Polskiej* [podkr. M.U.A]. We wskazanym brzmieniu art. 66c § 1PEA obowiązywał od 1 stycznia 2004 r., opierając na zasadzie wzajemności udzielanie pomocy obcemu państwu, tj. zarówno państwu będącemu członkiem UE, jak i niebędącemu członkiem UE. Zakres przedmiotowy tej współpracy określały art. 2 § 1 pkt 8 i pkt 9 PEA oraz - w założeniu- umowy międzynarodowe.

Redakcja artykułu 2 § 1 pkt 8 PEA (w postaci obowiązującej do 20 listopada 2013 r.) wskazywała, iż dotyczył on niektórych należności pieniężnych państw członkowskich UE - z przepisu tego wynikał dla Polski obowiązek udzielania pomocy w egzekucji ośmiu kategorii wierzytelności, ujętych w postaci zamkniętego katalogu. Przepis ten stanowił implementację art. 1 i 2 dyrektywy 76/308/EWG[458], a zatem-analogiczne rozwiązania legislacyjne powinny były znaleźć się w porządkach prawnych pozostałych państw członkowskich. W ostatniej pozycji art. 2 § 1 pkt 8 PEA - w podpunkcie oznaczonym literą „i" - ujęto „odsetki, kary i grzywny administracyjne, koszty i inne należności związane z należnościami, o których

[458] Dyrektywa Rady 76/308/EWG w sprawie wzajemnej pomocy przy windykacji roszczeń wynikających z czynności stanowiących część systemu finansowania Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej oraz opłat rolnych i ceł oraz w odniesieniu do podatku od wartości dodanej i podatków akcyzowych, Dz. Urz. WE 1976 *L 73/23*.

mowa w lit. a)-h)". Istotne jest zatem ustalenie, czy owe *„odsetki, kary i grzywny administracyjne"* mogą oznaczać każde odsetki, kary, lub grzywny nałożone w postępowaniu administracyjnym, czy też dopuszczalne jest wyłącznie dokonywanie zawężającej wykładni tego przepisu. W tym celu należy odwołać się do odpowiednich przepisów prawa wspólnotowego, które spowodowały wprowadzenie do PEA artykułu 2 § 1 pkt 8.

Wspomniana dyrektywa Rady 76/308/EWG- należąca do aktów ze sfery współpracy administracyjnej w ramach EWG - wydana została w oparciu art. 100 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą. Pierwotny jej tytuł brzmiał „dyrektywa Rady 76/308/EWG z 15 marca 1976 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy dochodzeniu roszczeń wynikających z operacji będących częścią systemu finansowania Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej oraz rolniczych opłat wyrównawczych i opłat celnych". Z samego tytułu wynikał zatem zakres przedmiotowy jej stosowania. Po kilku nowelizacjach została zastąpiona „dyrektywą Rady 2008/55/WE z 26 maja 2008 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących niektórych opłat, ceł, podatków i innych obciążeń"[459]. Wprowadzenie ujednoliconej wersji służyć miało zapewnieniu jej przejrzystości i zrozumiałości. Jako podstawę traktatową dyrektywa 2008/55/WE powoływała art. 93[460] i 94[461] TWE. Przepisy te – uogólniając – dotyczyły podejmowania przez WE środków w celu zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, w tym przepisów dotyczących podatków pośrednich, w zakresie, w jakim harmonizacja ta była niezbędna do zapewnienia ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego. W preambule dyrektywy z 2008 roku (motyw 3) akcentowano potrzebę odpowiedzi na zagrożenia dla interesów finansowych Wspólnoty i państw członkowskich oraz dla rynku wewnętrznego, wynikające z nadużyć finansowych, oraz wskazywano na potrzebę zapewnienia jego konkurencyjności i neutralności fiskalnej. Podkreślano tam również, że „fakt, iż przepisy prawa krajowego odnoszące się do odzyskiwania wierzytelności są stosowane jedynie na terytorium danego państwa, jest sam w

[459] Dyrektywa Rady 2008/55/WE z 26 maja 2008 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących niektórych opłat, ceł, podatków i innych obciążeń, Dz. U. UE. 2008 L 150/28.

[460] Artykuł 93TWE stanowił: „Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim oraz Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, uchwala przepisy dotyczące harmonizacji ustawodawstw odnoszących się do podatków obrotowych, akcyzy i innych podatków pośrednich w zakresie, w jakim harmonizacja ta jest niezbędna do zapewnienia ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego w terminie przewidzianym w artykule 14."

[461] Artykuł 94 TWE stanowił „Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim i Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, uchwala dyrektywy w celu zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, które mają bezpośredni wpływ na ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego."

sobie przeszkodą w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego". Jednakże w kolejnych motywach preambuły rozważania koncentrowały się na tym, że ww. stan rzeczy uniemożliwia pełne i rzetelne stosowanie zasad wspólnotowych, szczególnie w zakresie wspólnej polityki rolnej oraz ułatwia nadużycia finansowe. Z motywów 3 oraz 5 preambuły wynikało, że celem dyrektywy było przede wszystkim zapewnienie skutecznej egzekucji wierzytelności dotyczących różnych środków będących częścią systemu całkowitego lub częściowego finansowania Europejskiego Funduszu Gwarancji Rolnej i Europejskiego Funduszu Rolniczego Rozwoju Obszarów Wiejskich, dochodzenia opłat wyrównawczych dla rolników oraz podatków. Niemniej mowa była również o tym, że mechanizmy transgranicznej egzekucji powinny odnosić się również do „dochodzenia odsetek, kar i grzywien administracyjnych". Zamieszczenie w preambule odwołań do rynku wewnętrznego, konkurencyjności oraz „kar i grzywien administracyjnych" - bez określenia zakresu przedmiotowego owych kar i grzywien - nasuwa myśl, że dyrektywa dotyczyć miała generalnie pomocy w transgranicznej egzekucji administracyjnej na obszarze UE. Tak jednak nie było, co wyjaśniała lektura artykułu 1 Rady 2008/55/WE. Wyraźnie stanowił on, że dyrektywa znajdowała zastosowanie tylko do „odzyskiwania wierzytelności określonych w art. 2". Z kolei artykuł 2 dyrektywy obejmował zamknięty katalog wierzytelności publicznoprawnych. W ostatnim punkcie tego katalogu (punkcie „i") wymienione były „odsetki, kary i grzywny administracyjne", ale nie jako należności samodzielne, lecz akcesoryjne, związane z pozostałymi rodzajami wierzytelności wymienionymi w punktach a-h. Pośród należności wskazanych w punktach a - h nie ujęto kar nakładanych w postępowaniach z zakresu publicznoprawnej ochrony konkurencji.

Z powyższej analizy płynie wniosek, że ani dyrektywa Rady 76/308/EWG ani zastępująca ją dyrektywa Rady 2008/55/WE nie obejmowały swoim zakresem przedmiotowym kar nakładanych przez krajowe organy ochrony konkurencji państw członkowskich. Z powyższych względów, stosując zasadę prowspólnotowej wykładni przepisów krajowych, należy uznać, że nie były one objęte również art. 2 § 1 pkt 8 lit. i PEA (obowiązującym do 20 listopada 2013 r.). Takie stanowisko znajduje poparcie w doktrynie (Kijowski 2015, komentarz do art. 2).

Wejście w życie UWP całkowicie wyeliminowało ewentualne wątpliwości interpretacyjne co do zakresu przedmiotowego art. 2 § 1 pkt 8 PEA. Mocą tej ustawy zmodyfikowany został katalog zawarty w art. 2 § 1 pkt 8 PEA, wobec czego nie występuje już w nim punkt „i" (ani żaden jego odpowiednik). Sama UWP w art. 2 zawiera katalog pieniężnych należności publicznoprawnych, do których stosuje się ujęte w niej rozwiązania

proceduralne (służące współpracy międzynarodowej w egzekucji). Nie znajdziemy w tym katalogu postanowień, które wprost włączałyby do jej zakresu przedmiotowego kary nałożone przez Prezesa UOKiK. Wprawdzie w punkcie 4 artykułu 2 tej ustawy znajduje się sformułowanie odpowiadające treści dawnemu art. 2 § 1 pkt 8 PEA, jednak w świetle przedstawionej wyżej analizy nie ma wątpliwości, że również drogą interpretacji nie można „rozszerzyć" zakresu UWP na te kary. Potwierdza to również rządowe uzasadnienie projektu ustawy. Wyraźnie w nim wskazano, iż w art. 2 UWP ujęty jest katalog *zamknięty* [podkr. M. U.-A.] należności pieniężnych, do których zastosowanie ma ta ustawa, przy czym w punktach 1–6 tego artykułu zamieszczono kategorie należności pieniężnych te same, które określone zostały w art. 2 dyrektywy 2010/24/UE. Dyrektywa 2010/24/UE zastąpiła dyrektywę Rady 2008/55/WE, lecz jej celem (co wynika z preambuły) było głównie usprawnienie instrumentarium wzajemnej pomocy (a nie zmiana kategorii należności publicznoprawnych, których dotyczyć ma współpraca w dziedzinie egzekucji). W konsekwencji taki jest też efekt wprowadzenia UWP. W motywie 4 preambuły dyrektywy 2010/24/UE wprawdzie jest mowa o rozszerzeniu wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności, ale chodzi o wierzytelności podatkowe i celne nieobjęte wcześniej wzajemną pomocą. Dyrektywa, wzorem swoich poprzedniczek, obejmuje zakresem przedmiotowym należności podatkowe i celne, środki stanowiące część całkowitego lub częściowego systemu finansowania Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji (EFRG) oraz Europejskiego Funduszu Rolniczego Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW), a także inne należności pieniężne przewidziane w ramach wspólnej organizacji rynku Unii Europejskiej dla sektora cukru (zob. art. 2 omawianej dyrektywy oraz art. 2 UWP). Jako swoje podstawy traktatowe dyrektywa powołuje art. 113[462] i 115[463] TFUE, będące aktualnie obowiązującymi odpowiednikami przytoczonych wyżej art. 93 i art. 94 Traktatu o EWG.

[462] Artykuł 113 TFUE stanowi: „Rada, stanowiąc jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Parlamentem Europejskim oraz Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, uchwala przepisy dotyczące harmonizacji ustawodawstw odnoszących się do podatków obrotowych, akcyzy i innych podatków pośrednich w zakresie, w jakim harmonizacja ta jest niezbędna do zapewnienia ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz uniknięcia zakłóceń konkurencji." Artykuł 113 zawarty jest w Części Trzeciej Traktatu, Tytule VII - Wspólne reguły w dziedzinie konkurencji, podatków i zbliżenia ustawodawstw- Rozdziale 2 - „Postanowienia podatkowe".

[463] Artykuł 115 TFUE stanowi: „Z zastrzeżeniem, że Traktaty nie stanowią inaczej, do urzeczywistnienia celów określonych w artykule 26 stosuje się następujące postanowienia. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmują środki dotyczące zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego." Artykuł 115 zawarty jest w Części Trzeciej Traktatu, Tytule VII - Wspólne reguły w dziedzinie konkurencji, podatków i zbliżenia ustawodawstw- Rozdziale 3 „Zbliżanie ustawodawstw".

A zatem, zakładając, że państwa członkowskie prawidłowo wdrożyły dyrektywę, w ich porządkach prawnych powinny znajdować się przepisy, które zapewniają pomoc w wykonaniu polskich decyzji administracyjnych, ale tylko tych, które dotyczą wierzytelności wymienionych w art. 2 UWP. Nie mieszczą się wśród nich decyzje Prezesa UOKiK nakładające kary pieniężne za popełnienie praktyk antykonkurencyjnych stypizowanych w OKiKu. Wśród aktów prawa wtórnego UE w dziedzinie współpracy administracyjnej nie ma takich, które przewidywałyby, że decyzje w sprawach antymonopolowych wydane przez organy jednego państwa członkowskiego będą przedmiotem egzekucji (administracyjnej) prowadzonej przez organy innych państw członkowskich.

Dyrektywa 2010/24/UE, w art. 24, dopuszcza możliwość szerszej przedmiotowo współpracy wynikającej z dwustronnych lub wielostronnych umów międzynarodowych, które mogą zawrzeć państwa członkowskie. Co więcej – w wykonaniu zobowiązań wynikających z takich umów państwa członkowskie mogą korzystać z elektronicznej sieci łączności i standardowych formularzy stosowanych przy wykonywaniu tej dyrektywy. Mając na uwadze to rozwiązanie, w art. 2 pkt 7 UWP przewidziano możliwość realizacji wzajemnej pomocy w odniesieniu do należności wynikających z ratyfikowanych umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska. Mogą to być oczywiście zarówno umowy z państwami członkowskimi Unii Europejskiej[464], jak i z państwami trzecimi. Z tym ogólnym postanowieniem korespondują postanowienia działu V UWP. Zawarto w nim regulacje proceduralne dotyczące wzajemnej pomocy w ww. sprawach. Przewidziano instrumenty pomocy takie same, jak pomocy świadczonej wzajemnie przez państwa członkowskie w oparciu o rozwiązania dyrektywy. Niestety w odniesieniu do spraw antymonopolowych przepisy działu V UWP nie mają aktualnie jakiegokolwiek znaczenia praktycznego. Obecnie nie obowiązuje bowiem żadna umowa międzynarodowa, na mocy której Polska mogłaby się zwrócić do innych państw o egzekucję kar nałożonych przez Prezesa UOKiK. Nie istnieją mechanizmy uznawania i wykonywania orzeczeń Prezesa UOKiK.

UWP obejmuje regulacje, które ewentualnie można rozważać jako podstawę do wykorzystania przez Prezesa UOKiK informacji pozyskanych przez innych polskich wierzycieli lub organy egzekucyjne w wyniku stosowania tej ustawy. Artykuł 25 UWP stanowi wprawdzie, że - co do zasady - „Informacje otrzymywane w ramach udzielania wzajemnej pomocy mogą być wykorzystane do dochodzenia lub zabezpieczenia należności

[464] W szczególności w punkcie 17 preambuły dyrektywy wskazuje się, że nie powinna ona powodować zawężenia wzajemnej pomocy między poszczególnymi państwami członkowskimi w ramach dwustronnych lub wielostronnych porozumień lub umów.

pieniężnych, o których mowa w art. 2, oraz do obliczenia i dochodzenia obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne, zgodnie z odrębnymi przepisami", jednakże art. 28 przewiduje możliwość szerszego wykorzystania tych informacji. Zgodnie z nim: „Wierzyciel lub organ egzekucyjny może wystąpić do państwa członkowskiego o wyrażenie zgody na wykorzystanie informacji pochodzących od tego państwa do celów innych niż określone w art. 25 [tj. innych niż dochodzenie lub zabezpieczenie należności pieniężnych objętych zakresem przedmiotowym ustawy – przyp. M.U.A.], podając cel, któremu informacje te mają służyć (ust. 1). W przypadku uzyskania zgody, o której mowa w ust. 1, informacje pochodzące od państwa członkowskiego wykorzystuje się do celów wskazanych we wniosku (ust. 2).". Z art. 28 UWP wynika, że informacje mają pierwotnie zostać uzyskane w celu dochodzenia lub zabezpieczenia wierzytelności, o których mowa w art. 2 UWP. Dodatkowy wniosek ma dotyczyć jedynie nowego sposobu wykorzystania tych informacji. Jednocześnie art. 28 UWP nie zawiera ograniczeń kategorii spraw („wtórnych" celów), co do których można się zwrócić o zgodę na wykorzystanie informacji. Podobnie, nie nakłada takich ograniczeń przedmiotowych art. 23 ust. 3 dyrektywy 2010/24/UE, którego art. 28 jest implementacją. Przepis art. 23 ust. 3 dyrektywy nadto kategorycznie stwierdza, iż państwo członkowskie udzielające informacji *zezwala* [podkr. M.U.A.] na ich wykorzystanie w państwie członkowskim otrzymującym informacje do celów innych niż określone w dyrektywie, „jeżeli na mocy ustawodawstwa państwa członkowskiego udzielającego informacji dane informacje mogą być wykorzystane do podobnych celów".

Pojawia się jednak wątpliwość, czy Prezesa UOKiK można zaliczyć do grona wierzycieli, o których mowa w art. 28 UWP. W przepisach UWP brak definicji wierzyciela. Prezes UOKiK jest wierzycielem w rozumieniu PEA. W drodze wykładni systemowej- ustalając, czy danemu podmiotowi przysługuje status wierzyciela w rozumieniu UWP - należy zatem stosować definicję przyjętą w PEA (Olszanowski, Piątek 2016: II.5). Jednak artykuł 28 ustawy można rozumieć dwojako, a niestety ani uzasadnienie projektu UWP ani preambuła dyrektywy nie dają wskazówek w tym względzie. Pierwsza możliwość jest taka, że dotyczy on tylko tych wierzycieli, których wierzytelności są objęte zakresem przedmiotowym UWP, a składają wniosek o zgodę na (wtórne) wykorzystanie informacji w celu dochodzenia innych wierzytelności, nieobjętych tym zakresem (gdyby to również mieściło się w ich kompetencjach). Jednak dopuszczalna wydaje się też taka interpretacja, że art. 28 UWP stanowi samoistną podstawę rozszerzenia podmiotowego zakresu stosowania UWP na tych wierzycieli, których wierzytelności nie zostały ujęte w katalogu zamieszczonym w art. 2 ustawy. Za tą drugą interpretacją – nieograniczającą kręgu wierzytelności- przemawia

okoliczność, że art. 28 UWP nie ustanawia żadnych ograniczeń co do celów, jakim, „wtórne" wykorzystanie informacji ma służyć. Takie ujęcie miałoby też istotny walor prakseologiczny z punktu widzenia działań organów egzekucyjnych. Mianowicie, zakres egzekwowanych przez nie wierzytelności zakreślony jest szeroko (art. 2§ PEA), znacznie szerzej niż katalog wierzytelności ujęty w art. 2 UWP. Z wnioskiem, o którym mowa w art. 28 UWP, wolno wystąpić również organowi egzekucyjnemu. Z punktu widzenia efektywności prowadzenia egzekucji należności publicznych oczywiste jest, że organ egzekucyjny, który w związku z egzekucją prowadzoną w jednej sprawie poweźmie informacje o składniku majątkowym dłużnika, powinien móc prowadzić egzekucję z tego składnika (o ile jego wartość będzie wystarczająca) także w innych postępowaniach. Innymi słowy celowe jest, by naczelnik urzędu skarbowego, który podjął współpracę międzynarodową na podstawie UWP (egzekwując wierzytelności objęte jej zakresem przedmiotowym) i uzyskał w związku z tym informacje od państwa członkowskiego, a który równocześnie prowadzi egzekucję kary nałożonej przez Prezesa UOKiK (wierzyciela), wystąpił na podstawie art. 28 UWP z wnioskiem o wyrażenie zgody na wykorzystanie tych informacji dla celów egzekucji tej kary. Podstawę do takiego działania stanowią art. 36 § 1 PEA w zw. z art 7 KPA i art 18 PEA, z których wynika prawo organu egzekucyjnego do zwracania się do nieoznaczonego kręgu podmiotów o udzielenie informacji w celu wszczęcia lub prowadzenia egzekucji oraz obowiązek dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy.

Wątpliwość o charakterze praktycznym pojawia się, gdyby art. 28 miał być samodzielną podstawą kompetencyjną dla Prezesa UOKiK do złożenia wniosku o wyrażenie zgody na „wtórne" wykorzystanie informacji pozyskanych na podstawie UWP. Trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób informacje te miałyby uprzednio dotrzeć do Prezesa UOKiK.

Z powyższego wynika, że potencjalnie informacje uzyskane przy korzystaniu z pomocy państwa członkowskiego mogą być wykorzystane w celu egzekucji kar nałożonych przez Prezesa UOKiK.

Nawet jednak, jeśli uznać, że art. 28 UWP stanowi podstawę do żądania wyrażenia zgody na wykorzystanie informacji w celu prowadzenia egzekucji kar, nałożonych przez Prezesa UOKiK aktualny pozostaje problem, w jaki sposób uzyskanie przez ten organ takich informacji rzeczywiście mogłoby zostać wykorzystane do egzekucji wierzytelności. Dyrektywa 2010/24/UE – przypomnijmy- nie nakłada obowiązku współpracy w odzyskiwaniu kar nałożonych w postępowaniu antymonopolowym, zaś sam art. 28 UWP stanowi tylko podstawę do wymiany informacji Jeżeli zatem udzielone informacje dotyczyłyby składników majątkowych znajdujących się poza terytorium RP (w szczególności

np. wierzytelności przedsiębiorcy z tytułu zwrotu podatków należnych w państwach członkowskich), ich pozyskanie byłoby przydatne tylko wówczas, gdyby organ państwa członkowskiego podjął się jednocześnie, dobrowolnie, *ad hoc* przeprowadzić na swoim terytorium egzekucję kary nałożonej przez Prezesa UOKiK .

Podsumowując zatem uwagi nt. zakresu przedmiotowego międzynarodowej pomocy dla polskich wierzycieli (publicznych) trzeba stwierdzić, że katalog należności objętych UWP formalnie nie ma charakteru zamkniętego i obejmuje, dwie podstawowe grupy należności pieniężnych, tj.:

i. wymienione enumeratywnie należności wynikające ze zobowiązań Polski z tytułu członkostwa w UE (art. 2 punkty 1-6 UWP)
   oraz (otwarta część katalogu):
ii. należności pieniężne przekazane do egzekucji administracyjnej na podstawie ratyfikowanych umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska (art. 2 pkt 7 UWP):
   ii.i zawartych z państwami niebędącymi członkami UE
   lub
   ii.ii zawartych z państwami - członkami UE, dotyczącymi należności innych niż wymienione w sposób wyczerpujący w art.2 punkty 1-6 UWP.

W grupie wskazanej w punkcie (i) nie mieszczą się wierzytelności Prezesa UOKiK. Co do grupy wskazanej w punkcie (ii) – niestety nie istnieją obecnie takie umowy, które mogłyby obejmować wierzytelności Prezesa UOKiK (Banasiński 2015:181). Spośród przepisów UWP art. 28 może być tratowany jako podstawa do uzyskiwania informacji dla potrzeb prowadzonych egzekucji kar nałożonych przez Prezesa UOKIiK. Nie wynika jednak z niego obowiązek państw trzecich do podejmowania samych czynności egzekucyjnych, w celu uzyskania tych należności.

Obecnie nie istnieją zatem podstawy prawne do prowadzenia egzekucji orzeczeń Prezesa UOKiK w stosunku do majątku znajdującego się poza terytorium RP**.**

3.6.2. Egzekucja polskich wyroków sądowych w sprawach antymonopolowych

Sprawy rozpoznawane przez SOKiK (odpowiednio: SA w Warszawie, SN) są ze swej istoty sprawami administracyjnymi przekazanymi tylko na pewnym etapie do rozpoznania w postępowaniu cywilnym. Sprawy tę są zatem sprawami cywilnymi tylko w sensie formalnym (art. 1 KPC).

Obowiązujące przepisy nie dają jasnej odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób – tj. w drodze egzekucji cywilnej czy administracyjnej - należy egzekwować wyroki wydane w sprawach ochrony konkurencji przez sądy. Zagadnienie sprowadza się do egzekucji wyroków reformatoryjnych, gdyż wyroki o charakterze kasatoryjnym ze swej istoty nie nadają się do egzekucji.

Wbrew wnioskowi, jaki nasuwa się z lektury art. 777 § 1 pkt 1 KPC, tj. iż prawomocne orzeczenie sądu podlega egzekucji cywilnej, wyroki sądów wydane w sprawach antymonopolowych (o ile będą nadawały się do egzekucji) podlegać będą egzekucji administracyjnej. Jest tak z następujących przyczyn.

Z art. 3 § 1 w zw. z art. 2 pkt 2 PEA wynika, że egzekucję administracyjną stosuje się w celu wyegzekwowania kar pieniężnych *wynikających z decyzji właściwych organów administracji publicznej* [podkr. M.U.-A.]. Obowiązki publicznoprawne nakładane na stronę postępowania antymonopolowego wynikają- oczywiście – z takiej właśnie decyzji. Sprawa (zarówno na etapie postępowania przed Prezesem UOKiK, jak i na etapie postępowania sądowego) ma, w sensie materialnoprawnym, charakter sprawy administracyjnej. Okoliczność, że prawidłowość decyzji Prezesa UOKiK podlega następnie weryfikacji przez sądy nie zmienia faktu, że chodzi o obowiązek wynikający z „decyzji właściwego organu administracji publicznej“[465]. SOKiK, wydając wyrok reformatoryjny, musi bowiem odnieść się do zawartego w decyzji rozstrzygnięcia (tenor wyroku brzmi: „zmienia zaskarżoną decyzję, w ten sposób, że …“). Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie, wydając w wyniku rozpoznania apelacji rozstrzygnięcie o charakterze reformatoryjnym musi się odnieść zarówno do wyroku SOKiK, jak i do będącej przedmiotem kontroli decyzji Prezesa UOKiK (tenor takich wyroków może np. przyjmować brzmienie: „zmienia zaskarżony wyrok SOKiK [w punkcie …] w ten sposób, iż zmienia zaskarżoną decyzję [punkcie ...], w ten sposób że …“ lub też: „zmienia zaskarżony wyrok SOKiK [w punkcie …] w ten sposób, że oddala odwołanie”). Tym samym, aby wiedzieć, jakie ostatecznie obowiązki podlegają egzekucji należy znać nie tylko treść decyzji Prezesa UOKiK, ale i treść orzeczeń wszystkich sądów uczestniczących - w następstwie zaskarżenia tej decyzji- w procesie orzekania w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję. Innymi słowy - w sensie materialnoprawnym obowiązki wynikające z decyzji i takich wyroków stanowią jedność. Wynikające łącznie z

[465] Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 2 grudnia 1997 r., I SA/Po 233/97, Lex/el. 521784329.

decyzji i wyroków kary samoistne podlegają zatem egzekucji administracyjnej, na podstawie art. 112 ust. 4 OKiKu.

Wzmiankowany już wyżej art. 107 OKiKu przewiduje również szczególne rozwiązanie polegające na możliwości nałożenia przez Prezesa UOKiK kary pieniężnej za „niewykonanie wyroków sądowych w sprawach z zakresu praktyk ograniczających *konkurencję*." Taka kara pieniężna również podlega ściągnięciu w drodze egzekucji administracyjnej (art. 112 ust. 4 OKiKU). Sam mechanizm przewidziany w art. 107 OKiKu nie zastępuje jednak postępowania egzekucyjnego, również w stosunku do orzeczeń sądowych[466].

Funkcjonujące na poziomie UE akty prawne nie dotyczą kwestii uznawania i wykonywania wyroków sądowych w sprawach administracyjnych. Akty prawa UE dotyczące współpracy sądowej odnoszą się do postępowań cywilnych i handlowych[467], ich celem jest wyeliminowanie postępowania derywacyjnego i klauzulowego. Z ich zakresu przedmiotowego wyraźnie wyłączono sprawy administracyjne (choćby nawet rozstrzygnięcia w tych sprawach zapadały w postaci wyroków sądowych[468]). Przesądzający jest zatem materialnoprawny charakter sprawy[469], a nie rodzaj organu, który ją rozstrzyga (organ sądowy czy administracyjny).

3.7. Znaczenie funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji dla eksterytorialnego stosowania polskich przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych

[466] Intencja ustawodawcy w odniesieniu do możliwości nakładania kar pieniężnych za niewykonywanie wyroków sądowych na mocy art. 107 OKiKu nie jest jasna. Szerzej na ten temat zob. (Banasiński, Piontek 2009: komentarz do art. 107).

[467] Zob. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i Dz.Urz. UE 2009 L 339/3, Rozporządzenie (WE) nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych, Dz. Urz. UE L 143/15.

[468] Artykuł 1 Rozporządzenia nr 1215/2012 stanowi: „Niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie w sprawach cywilnych i handlowych, niezależnie od rodzaju sądu. Nie obejmuje ono w szczególności spraw podatkowych, celnych, administracyjnych ani spraw dotyczących odpowiedzialności państwa za działania lub zaniechania w wykonywaniu władzy publicznej (*acta iure imperii*)." Z kolei artykuł 2 rozporządzenia 805/2004 stanowi: "Niniejsze rozporządzenie ma zastosowanie w sprawach cywilnych i handlowych, bez względu na charakter sądu lub trybunału. Nie rozciąga się ono, w szczególności, na sprawy skarbowe, celne lub administracyjne, ani na dotyczące odpowiedzialności państwa za działania i zaniechania w wykonywaniu władzy publicznej (*acta iure imperii*)."

[469] W szczególności pozostaje bez znaczenia, iż okresie od 13 kwietnia1990 r. do 3 maja 2012 r. sprawy z odwołań od decyzji Prezesa UOKiK były traktowane w KPC jako sprawy „gospodarcze". Wynikało to z z art. 25 ustawy z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, Dz.U. z 1990 r., nr 14, poz.88), a następnie z art. 78 ust. 2 ustawa antymonopolowa z 2000 roku. Tej kategoryzacji poniechano wobec rezygnacji z odrębnego trybu postępowań w sprawach gospodarczych, co nastąpiło na mocy ustawy z 16 września 2011 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2011 r., nr 233, poz.1381.

3.7.1. Podstawy funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji i jej cele a możliwość prowadzenia transgranicznej egzekucji decyzji krajowych organów ochrony konkurencji

Poszukując dalej ewentualnych podstaw do wykonywania za granicą polskich orzeczeń antymonopolowych należy zwrócić uwagę na treść regulacji samej ustawy antymonopolowej. Niektóre jej przepisy powierzają bowiem Prezesowi UOKiK obowiązki w zakresie współpracy międzynarodowej – w ramach UE i poza nią. Zgodnie z art. 29 ust. 2 pkt 1 ustawy Prezes Urzędu jest „organem wykonującym zadania nałożone na władze państw członkowskich Unii Europejskiej na podstawie art. 104 i art. 105 TFUE. W szczególności Prezes Urzędu jest właściwym organem ochrony konkurencji w rozumieniu art. 35 rozporządzenia nr 1/2003/WE". Z kolei art. 31 pkt 60 ustawy stanowi, że do zakresu działania Prezesa Urzędu należy „wykonywanie zadań i kompetencji organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego Unii Europejskiej, określonych w rozporządzeniu nr 1/2003/WE (…)" zaś punkt 14) tego artykułu do zadań tych zalicza również realizację „zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie współpracy i wymiany informacji w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów(…) ". Na oficjalnej stronie internetowej jako instytucje międzynarodowe, z którymi Prezes UOKiK współpracuje w dziedzinie ochrony konkurencji[470] - w wykonaniu nałożonych przez ustawę obowiązków, wymienione są: OECD i ICN471 (zob. rozdz. 1.3.5.1., 1.3.5.3.), a także Środkowoeuropejska Inicjatywa Współpracy Organów ds. Konkurencji (ang. C*entral European Competition Initiative* – CECI)472 oraz Sieć Europejskich Organów ds. Konkurencji (ang. E*uropean Competition Authorities* – ECA)473.

Co do kooperacji w ramach UE – jak to przedstawiono powyżej - „ogólne" środki współpracy administracyjnej nie dają podstawy do zapewnienia egzekucji decyzji Prezesa UOKiK w państwach członkowskich. Nie ma takich mechanizmów również dla wyroków sądowych w sprawach antymonopolowych, na podstawie ogólnych aktów prawnych dotyczących współpracy sądowej. Zasadne wydaje się wobec tego poszukiwanie środków „szczególnych" odnoszących się do polityki konkurencji, zwłaszcza że ustawa antymonopolowa zawiera odniesienia do owych „szczególnych" regulacji.

[470] Prezes UOKiK prowadzi nadto współpracę międzynarodową w dziedzinie ochrony konsumentów.
[471] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów został członkiem ICN w listopadzie 2001 roku.
[472] CECI została powołana 3 kwietnia 2003 r. deklaracją o współpracy podpisaną przez przedstawicieli urzędów ochrony konkurencji pięciu państw z Europy Środkowej: Czech, Słowacji, Słowenii, Polski i Węgier.
[473] ECA została powołana w Amsterdamie, w kwietniu 2001 jako forum for dyskusyjne organów ochrony konkurencji w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Przepisy prawa pierwotnego UE dotyczące ochrony konkurencji zamieszczone zostały w części trzeciej TFUE, w Tytule VII - „Wspólne reguły w dziedzinie konkurencji, podatków i zbliżenia ustawodawstw". Rozdział 1 poświęcony jest regułom konkurencji. W rozdziale tym znajdują się art. 101 i art. 102, ustanawiające, odpowiednio, zakaz zawierania porozumień antykonkurencyjnych oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej. Zakaz dotyczy zachowań powodujących zakłócenie konkurencji na wspólnym rynku.

Wśród aktów prawna wtórnego, wydanych w celu wykonania ww. przepisów, jest m. in. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu[474] (dalej jako Rozporządzenie lub Rozporządzenie 1/2003). Rozporządzenie wydane zostało jako jeden z wielu aktów w procesie reformy europejskiego prawa konkurencji (tzw. pakiet modernizacyjny[475]). Jego celem jest decentralizacja stosowania unijnego prawa konkurencji, wobec czego zawiera ono szereg przepisów które, z jednej strony, dają krajowym organom ochrony konkurencji (w tym sądom) jednoznaczne uprawnienie do stosowania art. 101 i art. 102 TFUE, z drugiej strony – by zapewnić jednolite stosowanie norm z nich wynikających - ustanawiają zasady współpracy pomiędzy państwami członkowskimi oraz pomiędzy państwami członkowskim i Komisją (zob. np. art. 11-13 Rozporządzenia). Na podstawie przepisów tego Rozporządzenia Komisja Europejska i krajowe organy ochrony konkurencji 28 Państw Członkowskich UE tworzą Europejską Sieć Konkurencji (ECN[476]). Ze strony Polski członkiem ECN jest Prezes UOKiK. Rozwiązania przyjęte w Rozporządzeniu mają na celu zapewnienie jednolitego i skutecznego stosowania wspólnych reguł konkurencji UE, w szczególności zapewnienie efektywnego ścigania transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych (por. np. motywy, 1, 7, 8 preambuły Rozporządzenia 1/2003).

Z uwagi na tak zakreślony cel Rozporządzenia, dalsze rozważania będą dotyczyły kwestii, czy i -ewentualnie- na ile funkcjonowanie ECN może eliminować choćby niektóre trudności w ściganiu transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych zakazanych przez art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 i ust. 2 OKiKu.

Zastanawiając się nad zagadnieniem, na ile funkcjonowanie ECN może wspierać ekstraterytorialne stosowanie polskiego prawa antymonopolowego, trzeba pamiętać, że prawo antymonopolowe UE oraz publiczne prawo konkurencji każdego państw członkowskich (więc

[474] Dz. Urz. UE. 2003 L 1/1. Chodzi o artykuły 81 i 82 TWE, których odpowiednikami są obecne art. 101 i art.102 TFUE.
[475] Bliżej na ten temat zob. np. (Jóźwiak 2011: 3 i nast.)
[476] Od skrótu nazwy w języku angielskim: „European Competition Network".

i Polski) to odrębne reżimy prawne[477], które mogą być stosowane niezależnie, w tym – równolegle. Polityka ochrony konkurencji należy bowiem do tzw. kompetencji równoległych UE i państw członkowskich[478]. Każdy z tych porządków prawnych samodzielnie określa przesłanki zastosowania swoich norm. W przypadku prawa antymonopolowego UE są to (wynikające wprost z art. 101 i art. 102 TFUE):

- zakłócenie lub zagrożenie zakłócenia konkurencji na wspólnym rynku

  i

- odczuwalny wpływ określonej praktyki antykonkurencyjnej na handel między państwami członkowskimi[479].

Przesłanki te rozgraniczają, od strony przedmiotowej, zakresy stosowania krajowych i wspólnotowego prawa ochrony konkurencji.

Decentralizacji stosowania europejskiego prawa konkurencji służy przyznanie zarówno NCAs, jak i Komisji kompetencji do stosowania (materialnych) norm tego prawa (to

[477] Choć oczywiście prawo UE oddziałuje na prawo polskie. Prawdą jest, że przy stosowaniu polskich norm publicznego prawa konkurencji często spotyka się odwołania do przepisów i praktyki stosowania tej dziedziny prawa unijnego. Wynika to z potrzeby sięgania po pewne wzorce i rozwiązania do systemu o kilkadziesiąt lat starszego niż polski, chociaż nie jest to obowiązek wynikający z hierarchii systemów czy źródeł prawa. Jednakże tendencje do zbliżania ustawodawstw krajowych do prawa unijnego, tym samym – do unifikacji krajowych przepisów antymonopolowych - wzmogły się na skutek funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji. Jak zauważa (Jóźwiak 2011:4, 11, 13) funkcjonowanie Europejskiej Sieci Konkurencji w praktyce przerosło wszelkie oczekiwania i nadało strukturalny impet stosowaniu europejskiego prawa antymonopolowego. (…) w szczególności efekt „harmonizacji" w przypadku równoległego stosowania prawa krajowego i unijnego wymuszają w dużej mierze reguły konwergencji. Prace i wymiana doświadczeń w ramach Sieci rozszerzają bowiem szybko konwergencję materialnoprawną również na obszary, gdzie nie jest ona obligatoryjna, jak i stopniowo powodują zbliżanie, czy nawet ujednolicanie, procedur.

Co do relacji pomiędzy unijnym reżimem prawnym a krajowymi regulacjami z zakresu prawa antymonopolowego zob. również (Krasnodębska-Tomkiel 2006, np. rozdział VII, rozdział IX pkt 4 oraz rozdział X pkt 3, str. 224. i nast., Kowalik –Bańczyk 2012: 244-248,548).

[478] Mamy do czynienia z kompetencjami równoległymi w dziedzinie konkurencji, mimo że sformułowanie art. 3 ust. 1 lit. b TFUE sugeruje, jakoby były to kompetencje wyłączne UE. Jak zaznacza (Saganek 2010:95, 96) „Wskazanie reguł konkurencji jako przykładu kompetencji wyłącznych może budzić poważne wątpliwości. Można było bowiem uznać, powołując się na orzeczenie w sprawie *Walt Wilhelm,* reguły konkurencji jako obszar objęty kompetencjami równoległymi. Elementem decydującym było to, że wspólnotowe prawo konkurencji nie wyklucza istnienia krajowych norm dotyczących konkurencji. Porządki te funkcjonowały zatem równolegle względem siebie, stąd też łatwo zrozumieć odwołanie do koncepcji kompetencji równoległych. Trzeba jednak zauważyć, że art. 3 ust. 1 lit. b TFUE statuuje wyłączność kompetencji UE jedynie w zakresie >>ustanawiania reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego<<. Z tego postanowienia nie wynika nic odnośnie do krajowych reguł konkurencji dotyczących porozumień i praktyk niewpływających na rynek wewnętrzny. (...) Oczywiście pod warunkiem respektowania prawa wspólnotowego i nieutrudniania jego funkcjonowania".

[479] Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, przesłanka ta jest spełniona, jeżeli na podstawie obiektywnych czynników prawnych lub faktycznych, można z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa przewidzieć, że dana praktyka może mieć wpływ bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie na warunki handlu między państwami członkowskimi, co zarazem może zaszkodzić realizacji integracyjnego celu Wspólnoty. Zob. np. wyrok Trybunału z 30 czerwca 1966 r. *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm, w*niosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Cour d'appel de Paris, sprawa 56/65, Zb. Orz. 1966-23. Zob. też obwieszczenie Komisji „Wytyczne dotyczące pojęcia wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, o którym mowa w art. 81 i 82 TWE", Dz. Urz. UE 2004 C 101/81.

rozwiązanie również określa się mianem „kompetencji równoległych"). Zamierzeniu temu daje wyraz art. 3 ust.1 Rozporządzenia 1/2003, z którego wynika jednoznacznie uprawnienie Prezesa UOKIK (jak i innych NCAs) do stosowania regulacji prawa UE dotyczących praktyk antykonkurencyjnych. Przepis ten obliguje organy antymonopolowe państw członkowskich (a także sądy krajowe) - które w danej sprawie stosują krajowe prawo konkurencji do zachowań podlegających zakazom ustanowionym w art. 101 i 102 TFUE - do stosowania także powołanych przepisów prawa unijnego. Stąd też w stosunku do jednych i tych samych zachowań przedsiębiorców mogą (i to nierzadko) znaleźć zastosowanie równocześnie przepisy wspólnotowego oraz polskiego prawa konkurencji. Innymi słowy, jeżeli antykonkurencyjne praktyki powodują zakłócenie konkurencji na obszarze RP i jednocześnie mają wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi, Prezes UOKiK równolegle stosuje normy dwóch reżimów prawnych – krajowego (a więc art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 lub ust. 2 OKiKu) i unijnego (zasada podwójnej podstawy) [480] [481]. Zbieżny z regulacją ujętą w art. 3 ust.1 Rozporządzenia jest art. 10 OKiKu, który stanowi, że „Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w art. 6 lub w art. 9 ustawy lub w art. 101 lub w art. 102 TFUE".

Jednoczesne stosowanie norm dwóch porządków prawnych mogłoby prowadzić do sytuacji, w których analogiczne praktyki rynkowe przedsiębiorców byłyby odmiennie oceniane przez prawo krajowe niż przez prawo unijne. Normy służące rozstrzyganiu takich

[480] Jak podaje (Jóźwiak 2011:11) powszechnie przyjęta przez państwa członkowskie jest zasada równoległego stosowania (podwójnej podstawy), która daje tę korzyść, że pozwala na utrzymanie decyzji w mocy w części opartej na prawie krajowym, w przypadku gdyby przesłanka wpływu na handel nie została uznana za wypełnioną przez krajowe organy odwoławcze. Jednak legislacje krajowe mogą zawierać uregulowania zakładające „wypieranie" prawa krajowego przez prawo europejskie. Brzmienie art. 3 ust. 1 nie wyklucza takiej możliwości. Zasada wyłącznego stosowania uregulowań unijnych czy też tzw. zasada pojedynczej zapory (ang. *single barier rule*) zawarte są w ustawach antymonopolowych Włoch czy Luksemburga.

[481] Sporne jest zagadnienie, czy Prezes UOKiK jest uprawniony do prowadzenia postępowania wyłącznie na podstawie art. 101 lub 102 TFUE, tj. w sytuacji, gdy dana praktyka nie wywiera (faktycznych bądź potencjalnych) skutków na terytorium RP. Taki pogląd reprezentuje (Kowalik-Bańczyk 2010), przywołując zasadę lojalności i zasadę bezpośredniego skutku. Stanowisko tej autorki znajduje poparcie w treści motywu 9 Obwieszczenia o współpracy w ramach Sieci Ochrony Konkurencji, *Dz. Urz. UE 2004 C 101/43.* W literaturze często spotyka się jednak pogląd, że Prezes UOKiK może tylko wówczas prowadzić postępowanie w oparciu o art 101 i art. 102 TFUE, gdy praktyki ograniczające konkurencję w rozumieniu tych przepisów jednocześnie faktycznie lub potencjalnie wywierają skutek na terytorium Polski oraz wpływają na handel między Polską a innymi państwami członkowskimi (zob. np Bernatt, Jurkowska-Gomułka, Skoczny 2014:771 i powołana tam literatura). Dla niniejszego opracowania najistotniejsza jest jednak konstatacja, że mogą mieć miejsce takie sytuacje, gdy Prezes UOKiK ma kompetencję do równoległego stosowania krajowych i unijnych norm dotyczących praktyk antykonkurencyjnych.

konfliktów (tzw. reguły konwergencji – zob. niżej) przewidziane zostały również w art. 3 Rozporządzenia 1/2003.

Do pakietu modernizacyjnego należy również wydane przez Komisję Obwieszczenie o współpracy w ramach Sieci Ochrony Konkurencji[482]. Czytamy w nim, m.in., (motyw 1) że: „Rozporządzenie 1/2003 tworzy system równoległych kompetencji, w których Komisja i organy ochrony konkurencji państw członkowskich (zwane „NCAs"[483]) mogą stosować art. 81 i art. 82 Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej. NCAs i Komisja tworzą sieć organów publicznych: działają w interesie publicznym i współpracują ściśle w celu ochrony konkurencji. Sieć jest forum dyskusji i współpracy w stosowaniu i wdrażaniu polityki konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Zapewnia ramy współpracy organów ochrony konkurencji w sprawach, w których stosowane są artykuły 81 i 82 i jest podstawą do stworzenia i utrzymania wspólnej kultury konkurencji w Europie. Sieć ta nazywa się Europejska Sieć Konkurencji (ECN)."

Zarówno Rozporządzenie, jak i (uszczegóławiające je) Obwieszczenie przewidują następujące formy współpracy:

- efektywne alokowanie spraw (kierowanie do prowadzenia przez organ tego państwa członkowskiego, który będzie w stanie najbardziej efektywnie zająć się sprawą),
- koordynowanie prowadzonych postępowań,
- pomoc w prowadzonych postępowaniach zwłaszcza poprzez wymianę materiału dowodowego i informacji oraz prowadzenie kontroli u przedsiębiorców,
- wzajemne informowanie się o sprawach i wydanych decyzjach,
- dyskutowanie o kwestiach stanowiących przedmiot wspólnego zainteresowania.

Analiza regulacji zawartych w Rozporządzeniu 1/2003 (jak i w Obwieszczeniu ECN[484]) prowadzi do następujących konkluzji. Po pierwsze - akt ten został przyjęty w celu zapewnienia jednolitego i skutecznego stosowania europejskiego prawa konkurencji, w szczególności efektywnego ścigania transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych[485]. Współpraca NCAs ma służyć temu celowi. Po wtóre – co najistotniejsze, z punktu widzenia

[482] *Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities*, *Dz. Urz. UE C 101/43*. Tekst tego obwieszczenia nie został opublikowany po polsku, tłumaczenie tytułu własne.

[483] Od skrótu nazwy w jęz. angielskim: „National Competition Authorities".

[484] Włącznie z analizą wspólnego oświadczenia Komisji i Rady dotyczącego funkjonowania NCA – „Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities"; dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf, 16 lutego 2015r., akt ten nie został opublikowany po polsku.

[485] Por. np. motywy, 1, 7, 8 preambuły Rozporządzenia 1/2003.

przedmiotu niniejszego opracowania - Rozporządzenie nie odnosi się bezpośrednio do kwestii wspierania efektywności stosowania przepisów antymonopolowych poszczególnych państw członkowskich. W szczególności - nie dotyka problemu udzielania sobie wzajemnej pomocy przez NCAs w takich postępowaniach, w których stosowane miałyby być wyłącznie krajowe normy ochrony konkurencji, choćby nawet antykonkurencyjne praktyki objęte takimi postępowaniami miały charakter transgraniczny[486]. Rozporządzenie nie reguluje zwłaszcza zagadnienia współpracy NCAs w zakresie zbierania oraz wymiany informacji (dowodów) dla potrzeb stosowania wyłącznie krajowych przepisów antymonopolowych (Bremmer 2009: 235).

Nadto, Rozporządzenie (ani inne akty tworzące pakiet modernizacyjny) nie odnoszą się w żaden sposób do zagadnienia egzekucji. Dotyczy to również egzekucji kar nałożonych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Odnośnie do tego zagadnienia wydaje się wręcz, że wprowadzenie Rozporządzenia stworzyło pewną lukę legislacyjną w zakresie wykonywania w Polsce orzeczeń o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję wydanych w oparciu o art. 101 lub art. 102 TFUE. Dopóki bowiem prawo wydawania takich decyzji przysługiwało wyłącznie Komisji, dopóty podstawą ich egzekucji w państwach członkowskich był art. 299 TFUE stanowiący, że „Decyzje Rady lub Komisji, które nakładają zobowiązanie pieniężne na podmioty inne niż Państwa stanowią tytuł egzekucyjny. Postępowanie egzekucyjne jest regulowane przez przepisy procedury cywilnej obowiązujące w Państwie, na terytorium którego ma ono miejsce.“ Przepis ten stanowi zatem „uzupełnienie“ katalogu tytułów wykonawczych w postępowaniu cywilnym, wymienionych w art. 777 KPC. Wyraźnie odnosi się on jednak wyłącznie do decyzji Komisji, nie zaś do aktów stosowania prawa wydanych przez organy państw członkowskich.

Całokształt regulacji rozporządzenia 1/2003, a zwłaszcza jego art. 3 i art. 5, wskazuje, że NCAs mogą wydawać orzeczenia w których równolegle orzekać będą o naruszeniu własnego (krajowego) prawa konkurencji oraz o naruszeniu unijnych reguł konkurencji. Niezależnie od formalno-technicznego rozwiązania przyjętego w danym kraju (tj. niezależnie od nazwy orzeczenia, od tego, czy orzeczenie stwierdzające naruszenie prawa krajowego i unijnego będzie ujęte w jednym dokumencie czy też wydane zostaną dwa odrębne akty stosowania prawa), akt administracyjny bądź wyrok sądowy orzekający o naruszeniu przez jednostkę przepisów prawa konkurencji (w szczególności, o sankcjach z tego tytułu), będzie zawsze aktem prawa krajowego - również w tym zakresie, w którym

[486] Jest to możliwe w sytuacji, gdy nie została spełniona przesłanka (odczuwalnego) wpływu na handel między państwami członkowskimi i w związku z tym normy UE nie mają zastosowania.

oparty jest na materialnych normach prawa UE. Trudności w zakresie transgranicznej egzekucji takiego aktu w równym stopniu dotyczyć będą tej jego części, która oparta została na prawie krajowym, jak i tej, która oparta została na unijnych regulacjach antymonopolowych. Rozporządzenie 1/2003 nie zajmuje się tą kwestią. Nie ma też w prawie unijnym innych norm, które nakazywałyby państwom członkowskim wzajemne wykonywanie orzeczeń NCAs orzekającego o naruszeniu art. 101 lub art. 102 TFUE [487]. Brak również umów międzynarodowych dotyczących tej kwestii. Możliwość zapewnienia egzekucji krajowego aktu stosowania prawa (czy to wyroku sądowego, czy decyzji administracyjnej) jest więc w praktyce bardzo ograniczona. W polskich przepisach o egzekucji - ani administracyjnej, ani sądowej - nie wprowadzono odrębnych rozwiązań dla sytuacji, gdy materialną podstawę orzeczenia NCAs stanowi prawo UE, które dawałyby takim orzeczeniom jakiś szczególny status jako tytułom wykonawczym. Co do regulacji porządków innych państw członkowskich w tym względzie – zbadania wymagałby każdy porządek z osobna. Egzekucja orzeczenia krajowego opartego na materialnym prawie konkurencji UE byłaby możliwa tylko, gdyby prawo krajowe innego państwa członkowskiego przewidywało taką możliwość.

Paradoksalnie zatem, system, który miał zapewnić upowszechnienie stosowania unijnego prawa konkurencji i tym samym poprawę efektywności jego stosowania, może w praktyce prowadzić do znacznych trudności w wykonywaniu orzeczeń NCAs, których materialnoprawną podstawę stanowią unijne przepisy antymonopolowe. Problem ten zauważa (Krasnodębska-Tomkiel 2006: 228), stawiając pytanie, czy wobec tego możliwe będzie w ogóle położenie kresu danej praktyce antykonkurencyjnej (w którą zaangażowane są podmioty z więcej niż jednego państwa członkowskiego) poprzez wydanie (i egzekucję) decyzji wydanej przez jeden krajowy organ antymonopolowy, czy też raczej konieczne będzie prowadzenie równoległych postępowań przez organy z różnych państw albo załatwienie sprawy przez Komisję Europejską. Trafnie podnosi, że egzekucja obowiązków wynikających z krajowych aktów stosowania prawa byłaby możliwa dopiero w sytuacji, w której zarówno system prawny państwa prowadzącego postępowanie, jak i państwa, w którym siedzibę [lub majątek- dopisek M. U.-A.] ma sprawca praktyki dopuszczałyby takie rozwiązanie. Autorka ta wskazuje, że na etapie przygotowywania projektu Rozporządzenia nie zaproponowano,

[487] Nie wydaje się, by taki obowiązek państw członkowskich można było wywieść z zasady lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 TUE). Byłaby to zbyt daleko idąca wykładnia tego przepisu, skoro egzekucja decyzji Komisji oparta została na wyodrębnionej podstawie traktatowej, zaś współpraca w innych dziedzinach prawa administracyjnego opiera się na aktach prawa wtórnego, które nakładają obowiązek współpracy w prowadzeniu egzekucji tylko w odniesieniu do przedmiotu swojej regulacji.

żeby decyzjom wydawanym przez krajowe organy antymonopolowe w związku ze stosowaniem wspólnotowego prawa konkurencji nadać charakter „transnacjonalny”[488], tj. moc obowiązującą w całej Wspólnocie lub wprowadzić system wzajemnego uznawania krajowych decyzji w innych państwach członkowskich. Poczytano takie rozwiązanie za przedwczesne. W trakcie prac nad dokumentami towarzyszącymi Rozporządzeniu rozważano możliwość rozszerzenia zasięgu terytorialnego decyzji wydawanych przez poszczególne krajowe organy antymonopolowe, np. poprzez wprowadzenie możliwości wzajemnego upoważniania się przez organy krajowe do nakładania kar na przedsiębiorców za naruszenia konkurencji wywołujące skutki również poza terytorium państwa prowadzącego postępowanie (tj. na obszarze państwa udzielającego upoważnienia). Obowiązujące w Polsce przepisy nie dają Prezesowi UOKiK podstaw do udzielania takich upoważnień ani do przyjmowania upoważnień udzielonych przez odpowiednie organy innych państw członkowskich UE. Jak słusznie zwraca uwagę (Krasnodębska-Tomkiel 2006: 285) w niektórych przypadkach jedynym wyjściem będzie prowadzenie równoległych postępowań przez kilka zainteresowanych sprawą organów, co praktyce zniweczy zamiar ustawodawcy, by efektywnie rozdzielać postępowania pomiędzy Komisję i NCAs (zob. niżej).

Mimo, że funkcjonowanie ECN nie rozwiązuje problemu prowadzenia egzekucji orzeczeń w sprawach transgranicznych, działalność tej sieci może mieć jednak znaczenie przy gromadzeniu dowodów (dokumentów i informacji) w takich sprawach. Trzeba wobec tego postawić pytanie, czy funkcjonowanie Europejskiej Sieci Konkurencji może w jakikolwiek sposób wesprzeć efektywność pozyskiwania dowodów w takich postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKIK, w których zachodzi potrzeba, by polskie, krajowe przepisy zostały zastosowane eksterytorialnie i w których materialną podstawę rozstrzygnięcia stanowić miałyby wyłącznie te krajowe przepisy.

Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga przeanalizowania następujących zagadnień. Po pierwsze – w jakich grupach sytuacji w postępowaniu przed Prezesem UOKiK zaistnieć może potrzeba uzyskania dowodu ze źródeł znajdujących się poza terytorium RP. Po drugie – jakie są zasady wymiany informacji i wykorzystywania zgromadzonych informacji jako dowodów obowiązujące w ramach ECN.

[488] Na temat funkcjonujących w UE rozwiązań legislacyjnych przewidujących transnacjonalny charakter aktów stosowania prawa wydanych przez organy krajowe zob. (Biernat 2002: 98 i nast.).

3.7.2. Możliwość wykorzystania informacji uzyskanych w ramach ECN w celu stosowania krajowych (polskich) przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych

Żeby określić skalę możliwości zbierania informacji w ramach ECN w relacji do wszystkich sytuacji, w których w postępowaniu przed Prezesem UOKiK może być potrzebne uzyskanie dowodu ze źródeł znajdujących się poza terytorium RP, należy zidentyfikować te sytuacje. Można je ująć w następujące cztery grupy:

S1) gdy praktyka antykonkurencyjna stanowi wyłącznie złamanie zakazów ujętych w art. 6 lub art. 9 OKiKu (rzeczywiste lub potencjalne zakłócenie konkurencji na terytorium RP), a dowody (choćby niektóre) znajdują się na terytorium państwa trzeciego, niebędącego członkiem UE (np. porozumienie eksportowe pomiędzy przedsiębiorcami ukraińskimi, naruszające art. 6 OKiKu);

S2) gdy praktyka antykonkurencyjna stanowi jednocześnie złamanie zakazów ujętych w art. 6 lub art. 9 OKiKu i (odpowiednio) art. 101 lub art. 102 TFUE, a dowody (choćby niektóre) znajdują się na terytorium państwa trzeciego, niebędącego członkiem UE (przykład j.w.);

S3) gdy praktyka antykonkurencyjna stanowi wyłącznie złamanie zakazów ujętych w art. 6 lub art. 9 OKiKu, a dowody (choćby niektóre) znajdują się na terytorium państwa będącego członkiem UE. Wystąpić mogą dwie kategorie takich sytuacji. Pierwsza- gdy nie zachodzi (nie występuje) „handel między państwami członkowskimi" w rozumieniu art. 101 i art. 102 TFUE[489] a przedsiębiorcy zagraniczni (z państw członkowskich UE) dopuszczają się praktyki zakłócającej konkurencję na rynku o wymiarze lokalnym w całości mieszczącym się na terytorium RP. Na przykład, gdy tacy przedsiębiorcy prowadzą hotele w (jakimkolwiek) mieście w Polsce i dopuszczają się zmowy polegającej na ustaleniu ceny minimalnej swoich usług w tym jednym mieście (np. ceny wynajmu sal konferencyjnych w okresie, gdy trwają w nim międzynarodowe targi). Druga- gdy sam „handel między państwami członkowskimi" ma

[489] Zakres znaczeniowy tego pojęcia został wypracowany w orzecznictwie Komisji Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, którego syntezę stanowi Obwieszczenie Komisji: „Wytyczne dotyczące pojęcia wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, o którym mowa w art. 81 i 82 TWE", Dz. Urz. WE 2004 C 101/81; dalej jako „Wytyczne". Sytuacje, gdy handel miedzy państwami członkowskimi nie zachodzi możliwe najczęściej w odniesieniu do usług i towarów, które w Wytycznych określane są jako „not tradable", czyli dobra „niepodlegające międzynarodowej wymianie". Mówiąc najogólniej, chodzi o towary lub usługi, których natura powoduje, że zarówno ich dostawca, jak i odbiorca muszą znajdować się (funkcjonować) w stosunkowo niedużej odległości od siebie (zob. motywy 18-43 Wytycznych). Należy przy tym uczynić zastrzeżenie, że określenie geograficznego zasięgu rynku właściwego następuje niezależnie od badania przesłanki „wpływu na handel między państwami członkowskimi". Dlatego nie można przyjąć jako reguły, że zawsze, gdy mamy do czynienia z rynkiem o terytorialne niewielkim zasięgu, nie ma miejsca „handel między państwami członkowskim". Zob. np. motyw 12 i 91 Wytycznych.

miejsce, lecz wpływ praktyki na tenże handel nie spełnia wymagania „odczuwalności". Przykładem może być zmowa przetargowa dwóch przedsiębiorców z krajów UE biorących udział w organizowanym w Polsce przetargu na dostawę technologii, którą handel ma miejsce na całym terytorium UE, gdy uczestnicy tej zmowy mają nikły udział w rynku właściwym handlu tą technologią[490]. Jednocześnie, wobec treści art. 6 ust. 1 pkt 7 OKiKu w zw. z art. 7 ust. 3 OKiKu zmowa przetargowa zawsze jest traktowana w polskim prawie jako zakazane porozumienie antykonkurencyjne, niezależenie od tego, jaki udział w rynku właściwym mają strony takiego porozumienia;

S4) gdy praktyka antykonkurencyjna stanowi jednocześnie naruszenie zakazów ujętych w art. 6 lub art. 9 ust. OKiKu i (odpowiednio) art. 101 lub 102 TFUE, gdy dowody (choćby niektóre) znajdują się na terytorium państwa będącego członkiem UE.

Jeżeli chodzi o drugą stronę zagadnienia – tj. możliwość pozyskania informacji i wykorzystania ich jako materiału dowodowego- determinuje ją model wymiany informacji wykształcony w ramach ECN.

Ogólną podstawę do wymiany informacji w ramach ECN stanowi art. 12 ust. 1 Rozporządzenia 1/2003. Ustanawia on zasadę wolnego przepływu informacji w ramach ECN. W oparciu o ten przepis Komisja i NCAs są uprawnione (jednak – nie zobowiązane)[491] do wzajemnego przekazywania i wykorzystywania jako dowodów wszelkiego rodzaju materiałów o charakterze faktycznym lub prawnym, w tym informacji poufnych, w celu stosowania artykułów 101 i 102 TFUE. „Wolny przepływ" podlega jednak ograniczeniom. Zgodnie z art. 12 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, uzyskane w drodze wymiany informacje można wykorzystywać jako dowód wyłącznie:

a) w odniesieniu do przedmiotu, w sprawie którego zostały zebrane przez przekazujący organ,
b) w celu stosowania art. 101 lub art 102 TFUE,
c) w celu stosowania art. 101 lub art 102 TFUE i równoległego z nim stosowania prawa krajowego w tej samej sprawie, pod warunkiem, że nie prowadzi to do odmiennego rozstrzygnięcia.

[490] Udział przedsiębiorców w rynku właściwym, jak również wielkość ich obrotów są jednymi z kryteriów, które decydują o tym, czy praktyki, jakich się dopuścili mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. Na ten temat zob. zwłaszcza motywy 44 i 52 Wytycznych.

[491] Zob. (Bremmer 2009: 232, 234). Jednakże, jak zauważa (Krasnodębska-Tomkiel 2006:179), chociaż przepis ten nie nakłada obowiązku, a jedynie przewiduje możliwość wymiany informacji, powinien być interpretowany w kontekście art. 10 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek współdziałania z instytucjami wspólnotowymi dla realizacji celów zapisanych w Traktacie.

Ponadto, na podstawie art. 28 ust. 1 i 2 Rozporządzenia – który dotyczy obowiązku zachowania tajemnicy służbowej- wypracowano w praktyce tzw. zasadę kraju przeznaczenia (ang. *country of destination principle*), odnoszącą się do zakresu wykorzystywania informacji poufnych. Zgodnie z nią, decyzja, czy informacje będą traktowane jako poufne należy do państwa otrzymującego te informacje. Państwo przekazujące dane może jedynie skierować prośbę o traktowanie ich jako poufnych. Prośba ta nie jest wiążąca dla odbiorcy, za wyjątkiem sytuacji, gdy pochodzi ona od Komisji. Jednakże w prawie polskim – na mocy art. 73 ust. 5 OKiKu- zasada kraju przeznaczenia została odwrócona. Jak wynika z tego przepisu, Prezes UOKiK jest związany wnioskiem kraju przekazującego co do uznania przekazywanych informacji za poufne jak i – szerzej – co do sposobu wykorzystania tych informacji. Jak wskazują (Błachucki, Jóźwiak 2012: 162) wzajemne uznawanie zaklasyfikowania informacji jako „poufnych" w oparciu o art. 28 Rozporządzenia stało się dobrą praktyką członków ECN.

W ramach ECN odbywa się również współpraca w zakresie prowadzenia kontroli u przedsiębiorców. W ramach niej, w szczególności, NCAs mogą przeprowadzić kontrolę na obszarze swojej jurysdykcji, na potrzeby Komisji lub organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego, by ustalić, czy zaistniało naruszenie art. 101 lub 102 TFUE. NCAs nie są wszakże zobligowane do przeprowadzenia takiej kontroli, chyba że zwraca się o to Komisja[492]. Rozporządzenie nie przewiduje jednak takiej formy współpracy w celu ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów krajowych porządków ochrony konkurencji.

Informacje przekazywane są zarówno „wertykalnie" – między poszczególnymi NCAs a Komisją, jak i „horyzontalnie" – wzajemnie pomiędzy poszczególnymi NCAs. Jak wskazują (Błachucki, Jóźwiak 2012: 155) wymiana informacji w ramach ECN przebiega na kilku różnych poziomach i różnymi kanałami, których wybór zależy od tego, „czy określony rodzaj wymiany informacji jest wyraźnie uregulowany w rozporządzeniu, czy też jest to współpraca nieformalna nie znajdująca takiej podstawy". Trzeba wszakże zauważyć, że Rozporządzenie 1/2003 nie zawiera wyczerpujących regulacji określających rodzaje (kategorie) informacji i dopuszczalnych sposobów ich wykorzystania ze względu na przynależność do danej kategorii. Dla potrzeb niniejszego opracowania można wyróżnić następujące kategorie informacji przekazywanych w ramach ECN (podobnie Błachucki, Jóźwiak 2012:154, 155):

K1) informacje publiczne (jawne), tj. takie, które już należą do domeny publicznej w państwie przekazującym),

[492] Zob. art. 22 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003.

K2) informacje, które organ przekazujący zgromadził uprzednio, w związku ze swoją ustawową działalnością, głównie na skutek własnych działań, z wyłączeniem informacji, które organ uzyskał w toku postępowania, od jego stron lub przedsiębiorców niebędących stronami,

K3) informacje otrzymane w toku postępowania od strony (stron) postępowania, od podmiotu składającego skargę lub przedsiębiorców niebędących stronami; chodzi o zbieranie materiału dowodowego bądź dla celów postępowania prowadzonego przez organ krajowy (samodzielnie) albo na wniosek innego NCA.

W ramach współpracy nieformalnej ma miejsce w szczególności wymiana informacji publicznych (jawnych) oraz danych zgromadzonych przez organ (kategorie wskazane wyżej w punktach K1 i K2), zwłaszcza informacji o obowiązujących przepisach, orzecznictwie, danych ekonomicznych. Na drodze nieformalnej następuje również, np. dzielenie się doświadczeniami oraz wiedzą nt. „dobrych praktyk" (Błachucki, Jóźwiak 2012: 159).

Jak już wskazano powyżej, art. 12 ust. 2 Rozporządzenia reglamentuje wykorzystanie informacji uzyskanych w ramach ECN jako dowodów (nawet gdy chodzi o stosowanie wyłącznie art. 101 lub art. 102 TFUE). Trzeba zatem przeanalizować, czy i, ewentualnie, na ile – mimo obowiązywania ograniczeń - gromadzenie i wymiana informacji w ramach ECN może ułatwić zebranie dowodów potrzebnych do merytorycznego zbadania, czy doszło do naruszenia zakazów określonych w art. 6 lub 9 OKiKu (grupy sytuacji S1-S4). Należy przy tym mieć w pamięci, że NCAs gromadzą informacje o różnorodnym charakterze (kategorie K1-K3) i stoją na stanowisku, że niektóre z nich mogą być wymieniane w drodze nieformalnej.

Artykuł 12 ust. 1 Rozporządzenia odnosi się do wymiany „wszelkiego rodzaju materiałów o charakterze faktycznym lub prawnym". Nie dokonano w nim kategoryzacji wszystkich informacji zbieranych i wymienianych w ramach ECN. Wyodrębniono (nazwano) tylko jedną kategorię informacji – informacje poufne. Zastanowienia wobec tego wymaga, czy hipotezą art. 12 ust. 2 objęte są wszelkie możliwe do wyobrażenia kategorie informacji, czy też uregulowane w art. 12 ust. 2 ograniczenia (wymienione powyżej) odnoszą się tylko do niektórych z tych kategorii. Należy zwrócić uwagę, że art. 12 ust. 2 Rozporządzenia mówi o wykorzystywaniu informacji „do sprawy" i „do przedmiotu, w związku z którym zostały zebrane". Prawodawca miał zatem na myśli informacje zebrane w związku z formalnie toczącym się postępowaniem, o ile nie *in personam*, to przynajmniej *in rem*, tj. w związku ze skonkretyzowanym „przedmiotem" (ang. *subject-matter*), tj. określonym naruszeniem

(podejrzeniem naruszenia) zakazów praktyk antykonkurencyjnych[493]. Należy też mieć w pamięci, że w założeniu funkcjonowanie ECN miało być instrumentem sformalizowanej współpracy NCAs, co pozwala twierdzić, że do takiego właśnie rodzaju współpracy odnosił się europejski prawodawca tworząc jego przepisy. Nie brano pod uwagę szerokiego zakresu nieformalnej wymiany informacji. Wreszcie, pamiętać trzeba, że istotną wartością, która podlega ochronie w sprawach „antymonopolowych" - poprzez odpowiednie uregulowania dotyczące ochrony informacji zebranych w postępowaniu - jest tajemnica przedsiębiorstwa. Potwierdza to motyw 28 lit. a Obwieszczenia o współpracy w ramach ECN[494], z którego wynika, że wymiana informacji w ramach ECN ma respektować słuszne prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i innych informacji poufnych (dotyczy ich art. 28 Rozporządzenia), jednak realizowanie tej gwarancji nie może stać na przeszkodzie ujawnianiu informacji w celu wykazania naruszenia art. 101 lub art.102 TFUE. Powyższe argumenty uzasadniają tezę, że określone w zdaniu pierwszym artykułu 12 ust.2 granice wykorzystania informacji z pewnością dotyczą kategorii K3, jednak nie dotyczą kategorii K1 i K2.

Informacje należące do kategorii K1 i K2 mogą być zatem wykorzystane bez ograniczeń w każdej sytuacji S1-S4. Mowa tu o informacjach dotyczących: rozwiązań prawnych pozostałych państw UE, ich doświadczeń praktycznych czy orzecznictwa, funkcjonowania poszczególnych rynków właściwych, w tym statystycznych danych liczbowych o tych rynkach. Nie można jednoznacznie stwierdzić, że dopływ tego rodzaju informacji wspomaga eksterytorialne stosowanie polskiego prawa w konkretnych sprawach, jednak nie da się tego wykluczyć.

Wynikające z artykułu 12 ust. 2 Rozporządzenia istotne ograniczenia dopuszczalności wykorzystywania informacji należy jednak odnieść do kategorii K3 (zwłaszcza tajemnicy przedsiębiorstwa oraz informacji poufnych, o których mowa w art. 28 Rozporządzenia). Przepis ten wyraźnie stanowi, że wymieniane informacje mogą być wykorzystywane jako dowód w celu zastosowania prawa krajowego:

(i) tylko w przypadku równoległego stosowania norm krajowych i unijnych,

a nadto wprowadza dodatkowy warunek, że

(ii) stosowanie przepisów dwóch reżimów prawnych nie może „prowadzić do odmiennego rozstrzygnięcia".

[493] Co do znaczenia pojęcia „przedmiot" w art. 12 Rozporządzenia zob. (Bremmer 2009: 237, 238 i powołane tam orzecznictwo).

[494] *Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities*, *Dz. Urz. UE 2004 C 101/43*. Tekst tego obwieszczenia nie został opublikowany po polsku, tłumaczenie tytułu własne

Znaczenie pojęć „równoległe stosowanie" i „odmienne rozstrzygnięcia" użytych w art. 12 ust.2 nie jest jasne i wymaga bliższej analizy. Uprzednio należy wszakże zwrócić uwagę na wzmiankowane już wyżej reguły konwergencji. Reguły te ujęto w art. 3 ust. 2 Rozporządzenia. Stosowanie reguł konwergencji jest konieczne tylko w przypadku, gdy zachodzi odczuwalny wpływ praktyki na handel pomiędzy państwami członkowskimi[495]. Reguły konwergencji ograniczają w znaczny sposób możliwość wydania w danym postępowaniu rozstrzygnięcia merytorycznego stwierdzającego naruszenie art. 101 lub art. 102 TFUE i niestwierdzającego takiego naruszenia w rozumieniu prawa krajowego[496]. Mianowicie, byłoby to dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdyby Prezes UOKiK uznał – w oparciu o polskie przepisy – że dane zachowanie stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 OKiKu, mimo że to samo zachowanie nie stanowi jednostronnej praktyki antykonkurencyjnej w rozumieniu art. 102 TFUE. Niemniej, zagadnienie to nie ma istotnego praktycznego znaczenia w odniesieniu do polskiego prawa konkurencji, ze względu na podobieństwo regulacji art. 102 TFUE i art. 9 OKiKu[497]. Jeżeli zatem nie będzie miało miejsca nadużycie pozycji dominującej - z punktu widzenia norm materialnoprawnych - rozumieniu art. 102 TFUE, nie będzie również miało miejsca nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 OKiKu.

A zatem, jeżeli spełnione są jurysdykcyjne przesłanki prawa unijnego (zakłócenie lub zagrożenie zakłócenia konkurencji na wspólnym rynku; odczuwalny wpływ antykonkurencyjnej praktyki na handel między państwami członkowskimi) oraz prawa polskiego (zakłócenie konkurencji na obszarze RP) i -w konsekwencji- materialnoprawną podstawę decyzji Prezesa UOKiK stanowią zarówno przepisy polskie, jak i unijne, nie może zapaść takie rozstrzygnięcie, które uznawałoby zachowania rynkowe przedsiębiorców za praktyki antykonkurencyjne w rozumieniu art. 101 lub 102 TFUE, a jednocześnie uznawałoby, że nie są to praktyki antykonkurencyjne w rozumieniu (odpowiednio) art. 6 lub art. 9 OKiKu. Nie zostanie również wydana decyzja, która stwierdzałaby naruszenie art. 6 lub

[495] Gdy wpływ ten nie występuje, nie zostaje spełniona przesłanka stosowania unijnych reguł konkurencji. Ujawnia się wówczas w pełni autonomia porządków krajowych i nie zachodzi ryzyko, iż to samo zachowanie zostanie ocenione odmiennie na gruncie prawa krajowego i unijnego (to drugie nie będzie stosowane). Zob. motyw 8 Obwieszczenia Komisji „Wytyczne dotyczące pojęcia wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, o którym mowa w art. 81 i 82 TWE", Dz. Urz. WE 2004 C 101/81.

[496] Reguły konwergencji stanowią, że w przypadku równoległego stosowania krajowych i unijnych norm konkurencji: (i) nie wolno uznać, że praktyka (jednostronna lub wielostronna) zakazana na mocy prawa unijnego jest dozwolona na mocy prawa krajowego; (ii) nie wolno uznać, że praktyka wielostronna dozwolona na mocy prawa unijnego jest zakazana na mocy prawa krajowego; (iii) praktyka jednostronna dozwolona na mocy prawa unijnego może być uznana za niedozwoloną na mocy prawa krajowego.

[497] Z zastrzeżeniem, oczywiście, że art. 102 TFUE odnosi się do zakłócenia konkurencji na wspólnym rynku, zaś art. 9 – do zakłóceń konkurencji na obszarze RP.

art. 9 OKiKu, a jednocześnie nie stwierdzałaby naruszenia (odpowiednio) art. 101 lub 102 TFUE. Jeżeli Prezes UOKiK dojdzie do przekonania, że analizowane zachowania nie zakłócają konkurencji wyda postanowienie o umorzeniu postępowania antymonopolowego[498]. Z kolei – jeśli uzna, że mają miejsce praktyki ograniczające konkurencję – wyda decyzję nakazującą zaniechanie ich stosowania[499] której materialną podstawę będą stanowiły zarówno przepisy krajowe, jak i unijne, w tym traktatowe.

W takich sytuacjach traci praktyczne znaczenie wątpliwość co do zakresu znaczeniowego terminu „odmienne rozstrzygnięcia", a w konsekwencji problem określenia granic dopuszczalności wykorzystania informacji uzyskanych w ramach ECN. Ww. sytuacje nie stanowią jednak pełnego spektrum rozstrzygnięć możliwych w postępowaniach przed Prezesem UOKiK, w toku których organ ten ma dostęp do informacji przekazanych przez inne NCAs, w tym informacji z kategorii K3 (informacji które nie mają charakteru jawnych, zwłaszcza informacji poufnych oraz tajemnicy przedsiębiorstwa). Możliwe są jeszcze przynajmniej trzy inne scenariusze przebiegu postępowań, dla których określenie znaczenia omawianego pojęcia będzie istotne.

Po pierwsze, OKiKu przewiduje postępowanie wyjaśniające jako jedną z postaci postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK (art. 47 ust. 1 OKiKu). Zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia (w zw. z art. 48 ust. 1 i 48 ust. 2 OKiKu) postępowanie wyjaśniające w sprawie podejrzenia praktyk ograniczających konkurencję powinno jednocześnie zmierzać do ustalenia, czy nie nastąpiło naruszenie zakazów określonych w TFUE (jeżeli zachowanie przedsiębiorców, będące przedmiotem badania jest tego rodzaju, iż wstępna ocena pozwala na ustalenie, że może ono mieć wpływ na handel miedzy państwami członkowskimi[500]).

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK może, na podstawie art. 12 ust. 1 Rozporządzenia, zwracać się do innych NCAs o udzielenie informacji. Postępowanie to nie kończy się wydaniem merytorycznego orzeczenia (decyzji), lecz wydaniem postanowienia o zakończeniu postępowania (art. 104 § 2 KPA, art. 123 § 2 KPA, art. 47 ust. 3 OKiKu). Niemniej, poczynione w jego toku ustalenia mogą stanowić podstawę do wszczęcia postępowania antymonopolowego (art. 47 ust. 2 OKiKu). Powstaje zatem zagadnienie, w jaki

[498] Od strony proceduralnej „niestwierdzenie praktyki" naruszającej art. 101 TFUE lub art. 102 TFUE oznacza konieczność umorzenia postępowania. Proceduralną podstawę takich postanowień stanowią art. 80 OKiKu w zw. z art. 105 KPA w zw. z art. *5 in fine* Rozporządzenia 1/2003. Szerzej na temat podstawy prawnej umorzenia postępowania w przedmiocie naruszenia art. 101 lub art. 102 TFUE zob. (Jóźwiak 2011:13 i nast.).

[499] Zob. art 10 ust. 1 i ust. 2 OKiKu.

[500] Por. np. (Kohutek 2014, komentarz do art. 3 Rozporządzenia 1/2003), (Krasnodębska-Tomkiel 2006:179, 212), którzy również z treści art. 3 ust. 1 Rozporządzenia wywodzą obowiązek krajowych organów antymonopolowych i sądów krajowych badania z urzędu przy podejmowaniu postępowań na podstawie prawa wewnętrznego, czy w danym przypadku są spełnione również przesłanki naruszenia art. 101 lub art. 102 TFUE.

sposób wolno będzie Prezesowi UOKiK wykorzystać informacje zgromadzone w postępowaniu wyjaśniającym, uzyskane dzięki ECN, gdy po jego przeprowadzeniu dojdzie do przekonania, że ma miejsce antykonkurencyjna praktyka, która nie wpływa na handel pomiędzy państwami członkowskimi, ale narusza art. 6 lub art. 9 OKiKu (np. zmowa przetargowa, przedstawiona w przykładzie wyżej)501. Oczywiście Prezes UOKiK nie wydałby wówczas żadnej decyzji, która merytorycznie oceniałaby ww. praktykę pod kątem zgodności z art. 101 czy 102 TFUE. Ewentualne naruszenie norm prawa unijnego byłoby przedmiotem badania tylko w toku postępowania wyjaśniającego (zaś toku postepowania antymonopolowego już nie).

Po drugie, można sobie wyobrazić sytuację, gdy po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego (w którym pozyskano materiał dowodowy dzięki ECN) Prezes UOKiK ostatecznie dojdzie do przekonania, że praktyka nie wpływa na handel między państwami członkowskimi (a wiec nie mają zastosowania przepisy unijnego prawa konkurencji), ale doszło do naruszenia przepisów krajowych. W takiej sytuacji również nie zapadnie decyzja co do naruszenia norm TFUE502, natomiast zostanie wydane rozstrzygnięcie merytoryczne co do naruszenia prawa krajowego[503].

[501] Niestety baza orzeczeń UOKiK nie pozwala na sprawdzenie, czy w praktyce zdarzyły się takie sytuacje, jak opisana powyżej. Baza ta zawiera bowiem tylko decyzje, nie obejmuje natomiast postanowień. Na podstawie dostępnych komunikatów prasowych Prezesa UOKiK można stwierdzić, że w praktyce zdarzają się raczej sytuacje odwrotne – tj. jeżeli w postępowaniu bada się daną praktykę pod kątem naruszenia prawa krajowego oraz ewentualnego naruszenia norm TFUE, postępowanie wyjaśniające dostarcza informacji uprawdopodabniających naruszenie TFUE, wskutek czego Prezes UOKIK informuje o tym Komisję Europejską, a ta wszczyna postępowanie. Tak było np. w sprawach dotyczących spółek Velux, Ferrero Polska oraz Microsoft (na podstawie komunikatu prasowego UOKiK: dostęp na http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=459, 20 kwietnia 2016).

[502]W praktyce Prezes UOKiK umarzał w takiej sytuacji postpowanie w części dotyczącej naruszenia prawa unijnego - zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2006r., nr DOK-166/06, dostęp na: http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/3AB7C7C7B819CABAC12574F6002934D6/$file/Decyzja_nr_DOK 166_2006_z_29_grudnia_2006.pdf (20 kwietnia 2016 r.). Wydaje się jednak, że możliwe jest również po prostu powstrzymanie się Prezesa UOKiK od wydania decyzji odnośnie do naruszenia prawa UE – zob. (Jóźwiak 2011: 13 i nast.).

[503] Jak zwraca uwagę (Botta 2017:474), z danych statystycznych pozyskanych przez Komisję (dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html, 31 grudnia 2017r.) wynika, że większość NCAs wszczyna postępowania z powołaniem zarówno na krajowe, jak i unijne prawo konkurencji. Jednakże nieporównanie mniejsza jest ilość decyzji NCAs wydawanych w oparciu o art. 101 i 102 Traktatu. W okresie od 1 maja 2014 r. do 31 grudnia 2015 r . NCAs notyfikowały Komisji wszczęcie 2066 postępowań opartych na ww. przepisach. W tym samym okresie zgłosiły wydanie tylko 907 decyzji na podstawie art. 101 lub art. 102 TFUE. W odniesieniu do Prezesa UOKiK wartości te wynoszą, odpowiednio, 29 i 13. W okresie od 1 maja 2014 do 31 grudnia 2017 r. Prezesa UOKiK wydał łącznie 964 decyzje stwierdzające praktyki antykonkurencyjne (źródło: sprawozdania z działalności UOKIK za lata 2004 – 2016, dostęp na: https://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php, dostęp w dniu 31 grudnia 2017 r. oraz dane ze strony: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf dostęp w dniu 31 grudnia 2017 r. Oznacza to, że przytłaczająca większość decyzji Prezesa UOKiK wydawana się w dalszym ciągu w oparciu o art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 lub ust 2. OKiKu.

Wreszcie, po trzecie, możliwe jest również, że Prezes UOKiK, błędnie uzna, że spełniona została przesłanka (odczuwalnego) wpływu na handel między państwami członkowskim i wyda decyzję, w której uzna, że doszło do naruszenia zarówno polskich, jak i unijnych zakazów praktyk antykonkurencyjnych. Następnie decyzja ta zostanie zaskarżona, ze względu na ww. błąd, a SOKiK, w wyniku rozpoznania odwołania, stwierdzi, że przesłanka ta nie została spełniona. Sąd winien wówczas uchylić decyzję tylko w odpowiedniej części (zob. Jóźwiak 2011: 13 i nast.) – tj. w zakresie, w jakim stwierdzono w niej naruszenia art. 101 lub art. 102 TFUE. Oczywistym absurdem byłoby bowiem uchylenie decyzji w całości, tj. również w tej części, która opiera się na materialnych przepisach polskich i jest prawidłowa, z tej tylko przyczyny, że ostatecznie nie zapadło „równoległe" merytoryczne rozstrzygnięcie stwierdzające naruszenie art. 101 lub art. 102 TFUE. Uchylenie decyzji w całości musiałoby się opierać na ocenie, iż Prezes UOKiK poczynił ustalenia faktyczne nieznajdujące oparcia w materiale dowodowym (skoro, gdy stosuje się tylko prawo polskie, nie wolno by było czynić użytku z informacji uzyskanych w ramach ECN). Wymagałoby zatem przyjęcia prawnej fikcji, jakoby dowodów tych było brak.

Sytuacje opisane w przykładach drugim i trzecim nie będą pewnie częste, gdyż na etapie postępowania wyjaśniającego Prezes UOKiK będzie zapewne w stanie zebrać dostatecznie dużo informacji by ustalić, czy jest celowe wydanie postanowienia w sprawie wszczęcia postępowania antymonopolowego tylko „w kierunku" naruszenia art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 lub 2 OKiKu, czy również „w kierunku" naruszenia (odpowiednio) art. 101 lub art. 102 TFUE. Całkowicie nie da się jednak wykluczyć, że takie sytuacje procesowe zaistnieją.

W żadnym z przytoczonych przykładów przepisy prawa unijnego nie stanowiliby materialnej podstawy ostatecznego merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie. W konsekwencji, oczywiście, nie miałaby miejsca niespójność (sprzeczność) merytorycznej oceny praktyki dokonanej na gruncie prawa unijnego i krajowego. Rodzi się zatem pytanie, czy w opisanych sytuacjach wolno wykorzystać jako podstawę merytorycznego rozstrzygnięcia dowody zgromadzone dzięki ECN. Aby na nie odpowiedzieć, trzeba ustalić, co oznaczają sformułowania „równoległe stosowanie" unijnego i krajowego prawa konkurencji oraz „odmienne rozstrzygnięcia", użyte w art. 12 ust. 2 Rozporządzenia.

Zwrot „równoległe stosowanie (w tej samej sprawie)" można rozumieć dwojako[504]. Po pierwsze szeroko – tj. że „równoległość" oznacza wszelkie takie sytuacje, gdy

[504] W ujęciu teoretycznoprawnym te dwie możliwości można określić jako: (i) proces ustalania przez organ państwa prawnych konsekwencji ustalonych faktów, w sposób wiążący (dla określonych adresatów) albo (ii)

postępowanie, na którymkolwiek etapie, było prowadzone (również) w sprawie naruszenia art. 101 lub art. 102 TFUE, ale ostatecznie rozstrzygnięcie merytoryczne wydane zostało tylko w oparciu o przepisy krajowe (ponieważ ostatecznie ustalono, że nie zachodziła przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi). Po drugie - wąsko – tj., że z równoległym stosowaniem mamy do czynienia tylko wówczas, gdy zapada ostatecznie rozstrzygniecie merytoryczne oparte jednocześnie na materialnych normach krajowego i unijnego prawa konkurencji (podwójna podstawa rozstrzygnięcia).

Przedstawiciele doktryny zgłębiający zagadnienia związane ze stosowaniem art. 12 Rozporządzenia nie podejmują analizy pojęć „stosowania prawa" ani „równoległości stosowania" norm krajowych i unijnych. Przyjmują oni – jak się wydaje[505]- że „stosowanie" normy prawa materialnego oznacza „wydanie rozstrzygnięcia" w oparciu o te normę. W konsekwencji zajmują stanowisko, że gdy rozstrzygnięcie merytoryczne oparte jest tylko o przepisy krajowe, informacja uzyskana poprzez ECN nie może służyć jako bezpośredni[506] dowód naruszenia (niespełniona przesłanka równoległości stosowania). Swoje stanowisko opierają na orzecznictwie z okresu sprzed wejścia w życie Rozporządzenia 1/2003, które również nie podejmowało analizy ww. pojęć[507].

Tymczasem szereg argumentów przemawia za szerokim ujmowaniem pojęcia „równoległego stosowania". W samym Rozporządzeniu nie znajdujemy definicji legalnej,

---

rezultat tego procesu – tj. wydanie decyzji stosowania prawa; zob. (Wróblewski 1984:124 i nast.).

[505] Wnioskować o tym można tylko z kontekstu wypowiedzi, ponieważ nie wyjaśniają oni, jakie znaczenie nadają temu pojęciu. Zob. (Kohutek 2014, komentarz do art. 3 Rozporządzenia 1/2003), (Bremmer 2009:236) i powołana tam literatura.

[506] Może wszakże ich zdaniem służyć jako informacja, w oparciu o którą przeprowadzone zostanie kolejne dochodzenie (krajowe postępowanie) w celu uzyskania innych dowodów. Por. przypis bezpośrednio poniżej. W literaturze anglojęzycznej rozróżnia się wykorzystanie informacji jako dowodu (*evidence*) od możliwości jej wykorzystania jako punktu wyjścia do poszukiwania innych dowodów (*intelligence*).

[507] Zob. wyrok ETS z 17 października 1989, *Dow Benelux NV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* C-85/87, motywy 17- 19, wyrok ETS z 16 lipca 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia przeciwko Asociación Española de Banca Privada i in.* C-67/91, motywy 27-43. W orzeczeniach tych punkt ciężkości stanowiło zagadnienie, czy krajowemu organowi ochrony konkurencji wolno wykorzystać jako dowód w postepowaniu dotyczącym naruszenia krajowych zakazów praktyk antykonkurencyjnych informację (materiał) , który Komisja pozyskała w postępowaniu dotyczącym naruszenia wspólnotowych przepisów antymonopolowych. Rozważania prowadzone były pod kątem obowiązku dochowania tajemnicy służbowej i zapewnienia przedsiębiorcom prawa do obrony. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich zajął stanowisko, iż „Obowiązek zachowania tajemnicy służbowej oznacza m. in. zakaz wykorzystywania [jako dowodu- przyp. M.U.-A.] przez organy administracji informacji pozostających w ich posiadaniu, o ile nie ma wyraźnego przepisu, który by im na to zezwalał". Trybunał nie wyjaśnił jednak, skąd wywiódł taką normę. W szczególności brak w orzeczeniu satysfakcjonującej argumentacji uzasadniającej, w jaki sposób prawo przedsiębiorcy do obrony mogłoby zostać naruszone, gdyby przekazane przez niego informacje zostały wykorzystane w postępowaniu prowadzonym przez organ państwa członkowskiego w oparciu o przepisy krajowe, w odniesieniu do tego samego zachowania („przedmiotu"), w związku z którym Komisja zażądała przekazania informacji. Stanowisko Trybunału jest przy tym niekonsekwentne. Sprzeciwia się on bowiem wykorzystywaniu uzyskanych od Komisji informacji w postepowaniu „krajowym" jako dowodów naruszenia krajowych norm „antymonopolowych", dopuszczając jednocześnie wykorzystywanie tych samych informacji jako podstawy do wszczęcia postepowania przez organ krajowy.

która określałaby, czym jest „równoległe stosowanie". Jedyną bodaj wskazówkę do interpretacji językowej zawiera art. 12 ust. 2, który mówi o stosowaniu prawa „w sprawie" (w angielskiej wersji językowej: *in the case*), co jest sformułowaniem szerokim, odnoszącym się do całego toku postępowania. W Rozporządzeniu brak jest niestety również takich regulacji, które umożliwiłyby wykładnię systemową tego pojęcia. Usprawiedliwione jest wobec tego zastosowanie wykładni celowościowej. Za cel, w kontekście dążeń przyświecających powstaniu ECN, należy przy tym poczytać zapewnienie możliwości efektywnego wykorzystania materiału dowodowego zebranego w związku z analizowanym, konkretnym zachowaniem przedsiębiorców, tj. zarzucaną im praktyką będącą przedmiotem postępowania („sprawy"). Takiemu określeniu celu nie stoi na przeszkodzie warunek „wykorzystania informacji w odniesieniu do przedmiotu, w sprawie którego zostały zebrane przez przekazujący organ" (art. 12 ust. 2 Rozporządzenia). We wszystkich trzech podanych wyżej przykładach („scenariuszach") postępowania toczyły się (aż do końca) w związku z tym samym „przedmiotem" – tj. w związku z określonym zachowaniem stanowiącym praktykę antykonkurencyjną (podejrzeniem stosowania określonej praktyki antykonkurencyjnej).

Nazbyt formalistyczne, ścisłe, rozumienie pojęcia „równoległego" stosowania przepisów dwóch porządków prawnych – tj. takie, że „równoległość" musi mieć miejsce od początku do końca postępowania („równoległość" zachodzi tylko wówczas, gdy decyzja stosowania prawa oparta jest na podwójnej podstawie)- doprowadziłoby do absurdalnych rezultatów. W sytuacjach, gdy dowody uzyskane byłyby dzięki współpracy w ramach ECN, a ostatecznie nie doszłoby do merytorycznej oceny praktyki pod kątem art. 101 lub art. 102 TFUE[508], trzeba by było przyjąć prawną fikcję, jakoby Prezes UOKiK (lub SOKiK) nie dysponował (dostatecznym) materiałem dowodowym wskazującym na zaistnienie zachowania stanowiącego naruszenie (odpowiednio) art. 6 lub art. 9 ust OKiKu[509]. Taki rezultat wykładni nie jest do zaakceptowania[510]. Wprawdzie celem Rozporządzenia 1/2003 nie jest poprawa efektywności stosowania krajowych regulacji antymonopolowych, jednak

[508] W podanych przykładach, odpowiednio: (i) dowody uzyskano by w postępowaniu wyjaśniającym, a nie wszczęto by postępowania antymonopolowego w kierunku naruszenia art. 101 TFUE lub 102 TFUE, (ii) wydano by decyzję opartą tylko na przepisach krajowych, (iii) SOKiK uchyliłby decyzję w części opartej na przepisach traktatowych.

[509] Ujawnia się tutaj konflikt z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich (por. Basedow, Franc, Idot 2012: 259, 260), w przypadku polskich przepisów widoczny w odniesieniu do przepisów kodeksu postępowania cywilnego, które nie pozwalają na pominięcie w opisanej sytuacji procesowej dowodów uzyskanych dzięki ECN.

[510] W szczególności wówczas, gdyby dowód uzyskany dzięki ECN był jedynym istniejącym dowodem naruszenia, wobec czego NCA, nawet, gdyby podjął dalsze czynności dochodzeniowe, w oparciu o informacje wynikające z tego dowodu (jak to sugerują zwolennicy wąskiego ujmowania pojęcia „równoległe stosowanie") nie byłby w stanie ustalić żadnych nowych źródeł dowodowych.

nie można uznać, aby było nim paraliżowanie ich stosowania. Ostatecznie przecież art. 3 ust. 1 Rozporządzenia przewiduje stosowanie krajowych ustawodawstw antymonopolowych równolegle z unijnym prawem antymonopolowym, nie zaś ich całkowite wyparcie. Wreszcie – celem zarówno krajowych, jak i unijnych przepisów antymonopolowych jest wyeliminowanie zachowań powodujących zakłócenie konkurencji.

W oparciu o powyższą argumentację należy uznać, że z „równoległym stosowaniem" będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy NCA na jakimkolwiek etapie prowadzonego przez siebie postępowania będzie badał, czy zachowanie będące przedmiotem postępowania może naruszać art. 101 lub art. 102 TFUE. W szczególności „równoległość stosowania" nie musi oznaczać, że ostatecznie NCA wyda decyzję merytoryczną stwierdzającą łącznie naruszenie art. 101 lub 102 TFUE i naruszenie odpowiednich materialnych przepisów prawa krajowego[511].

Pozostaje zatem do ustalenia, co oznacza termin „odmienne rozstrzygnięcia" użyty w art. 12 ust. 2 Rozporządzenia. Analizowane wyrażenie można rozumieć w sposób następujący: (i) wąsko – jako sprzeczność rozstrzygnięć (ocen) merytorycznych (stwierdzenie zaistnienia praktyki antykonkurencyjnej jako przeciwieństwo jej niestwierdzenia) albo (ii) szeroko – jeśli za „odmienność" (jako kategorię przeciwną do „identyczności") uznać wszystkie te sytuacje, gdy aktywność organu stosującego prawo nie doprowadzi do wydania decyzji stwierdzającej (odpowiednio – niestwierdzającej) praktyki antykonkurencyjnej w oparciu o „podwójną podstawę". Przy tym szerokim ujęciu do kategorii „odmiennych" od siebie należałyby zatem rozstrzygnięcia wymienione we wszystkich przedstawionych wyżej przykładach.

Jeżeli uznać by za zasadny pogląd, że z równoległym stosowaniem unijnych i krajowych przepisów antymonopolowych mamy do czynienia tylko wówczas, gdy ostatecznie decyzja merytoryczna w sprawie ma „podwójną podstawę", ustalenie znaczenia pojęcia „odmienne rozstrzygnięcia" staje się proste. Z „odmiennymi rozstrzygnięciami" możemy mieć do czynienia tylko w jednej sytuacji, tj. wówczas, gdy decyzja stwierdza, że miała miejsce jednostronna praktyka antykonkurencyjna w rozumieniu przepisów krajowych, mimo że nie stwierdzono praktyki jednostronnej w rozumieniu art. 102 TFUE (Bremmer 2009:

[511]Podobnie kwestię tę przedstawia (Kowalik-Bańczyk 2012:521,522). Nie jest natomiast jasne stanowisko (Krasnodębskiej-Tomkiel 2006: 179,218,219). Wskazuje ona iż z warunek „równoległego stosowania" w kontekście możliwości wykorzystania informacji zgromadzonych dzięki ECN w celu zastosowania prawa krajowego oznacza, że „krajowy organ antymonopolowy nie może wykorzystać informacji, które uzyskał w związku z zastosowaniem art. 12 rozporządzenia Nr 1/2003, aby wszcząć postępowanie na podstawie prawa krajowego, jeżeli takie samo postępowanie nie jest równocześnie podejmowane na podstawie prawa wspólnotowego". Nie wyjaśnia jednak, jak należy postąpić w sytuacji, gdy „równoległe stosowanie" zostało poniechane na pewnym etapie postępowania.

234). Wówczas – ze względu na zakaz wynikający wprost z art. 12 ust. 2. Rozporządzenia - informacje uzyskane dzięki ECN nie mogą być wykorzystane jako dowodowa podstawa rozstrzygnięcia wydanego w oparciu o przepisy krajowe.

Jeżeli jednak opowiedzieć się za szerszym znaczeniem pojęcia „równoległe stosowanie" – które przyjęto powyżej - ponownie rodzi się pytanie, jak należy rozumieć termin „odmienne rozstrzygnięcia". Czy w trzech sytuacjach („scenariuszach") opisanych powyżej mamy do czynienia z „odmiennymi rozstrzygnięciami" w rozumieniu art. 12 ust. 2 Rozporządzenia?

W ocenie autorki, nawet przyjmując szerokie znaczenie pojęcia „równoległe stosowanie", należy pozostać przy wąskim ujęciu terminu „odmienne rozstrzygnięcia" i pojmować je jako sprzeczność merytorycznych ocen danego zachowania, dokonywanych ze względu na treść norm materialnoprawnych. Za takim rozumieniem przemawia – po pierwsze- argumentacja oparta o wykładnię celowościową, przedstawiona powyżej, po drugie- motyw 28 (b) Obwieszczenia ECN, który mówi o sprzeczności w zakresie „ustalenia zaistnienia naruszenia"512. Zatem, w żadnym z podanych wyżej przykładów nie mielibyśmy do czynienia z „odmiennością rozstrzygnięć". Wobec tego wykorzystanie dowodów zebranych dzięki ECN byłoby dozwolone również po to, aby w oparciu o te dowody wydać merytoryczną decyzję opartą wyłącznie o przepisy krajowe.

Niezależnie od tego, że określenie dopuszczalnego zakresu wykorzystania informacji zebranych w ramach ECN w celu zastosowania przepisów polskiego prawa konkurencji sprawia trudności z tego powodu, że przepisy Rozporządzenia nie są dostatecznie jasne, kolejne wątpliwości rodzą się w związku z brzmieniem art. 73 ust. 5 OKiKu. Przepis ten opiera się na zasadzie wzajemnego uznania standardów proceduralnych przyjętych w systemach prawnych poszczególnych członków ECN513. Wynika z niego, że informacje uzyskane w toku postępowania od innego NCA mogą być wykorzystane: (i) tylko w toku tego postępowania, a nadto (ii) na warunkach, na jakich zostały przekazane. Należy zatem postawić pytanie, czy polski ustawodawca tym samym nałożył na Prezesa UOKiK ograniczenia dalej idące, niż by to wynikało z Rozporządzenia. Ponownie, jak przy analizie art. 12 ust. 1 i 2 Rozporządzenia, pierwszą kwestią, jaką trzeba wyjaśnić jest to, czy art. 73

[512]Stanowi on: „Zgodnie z art 12. ust. 2 Rozporządzenia przekazywane informacje mogą zostać wykorzystane również dla celów stosowania krajowego prawa konkurencji równolegle w tej samej sprawie. Jest to jednak dopuszczalne tylko wówczas, jeżeli zastosowanie prawa krajowego w odniesieniu do ustalenia zaistnienia naruszenia, nie prowadzi do innego rezultatu niż stosowanie art. 81 i 82 Traktatu.", tłum. własne (Obwieszczenie ECN nie zostało opublikowane w języku polskim.)

[513] Zob. *Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities*, dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf (20 kwietnia 2016 r.).

ust. 5 odnosi się wszystkich informacji, czy tylko niektórych ich kategorii. Tak jak w przypadku art. 12 ust. 2 należy uznać, że chodzi jednak tylko o informacje z kategorii K3. Przemawia za tym fakt, że wymiana w ramach ECN informacji z kategorii K1 i K2 ma służyć temu, by wszystkie NCAs miały możliwie szeroką wiedzę o funkcjonowaniu poszczególnych rynków, co powinno poprawiać efektywność ich działania, jak i działania całej ECN. Reglamentowanie wykorzystania tego rodzaju informacji (np. o geograficznym zasięgu danego rynku, wyznaczonym dla potrzeb innego postępowania, o barierach wejścia na rynek, o uczestnikach rynku, o stosowanych przez tych uczestników praktykach dystrybucyjnych czy marketingowych, o związkach przedsiębiorców, które funkcjonują w danej branży) nie byłoby celowe ani z punktu widzenia efektywności funkcjonowania ECN, ani z punktu widzenia potrzeby ochrony uzasadnionych interesów przedsiębiorców. Kolejnym argumentem jest istnienie „zasady kraju przeznaczenia" (zob. wyżej). Dotyczy ona tylko informacji poufnych, a zwłaszcza tajemnicy przedsiębiorstwa, chociaż wykształcona została na tle art. 28 Rozporządzenia, którego językowe sformułowanie wskazywałoby na wszystkie rodzaje informacji. Wskazuje to, że w praktyce funkcjonowania ECN pojawiła się potrzeba reglamentowania wykorzystania tylko niektórych kategorii informacji. Zatem wnioski innych NCAs reglamentujące zakres wykorzystania informacji przekazywanych Prezesowi UOKiK nie powinny dotyczyć informacji z kategorii K1 i K2. Wreszcie, można dokonać systemowej wykładni art.73 ust. 5, biorąc pod uwagę zawarte w art. 12 ust. 2 Rozporządzenia sformułowanie, że „uzyskane w drodze wymiany informacje można wykorzystywać wyłącznie jako dowód w odniesieniu do przedmiotu, w sprawie którego zostały zebrane przez przekazujący organ". Chodzi zatem o ograniczenie zakresu wykorzystania informacji uzyskanych w toku postępowania dotyczącego konkretnej praktyki antykonkurencyjnej („przedmiot"). *A contrario* - wykorzystywanie informacji zebranych (posiadanych) przez NCAs bez związku z takim postępowaniem *in rem* – a więc z kategorii K1 lub K2- nie podlega reglamentacji. Taki wniosek nasuwa się zresztą na podstawie samego art. 73 ust. 5, który odnosi się do informacjach uzyskanych „w toku postępowania", a więc w drodze formalnej, ze względu na toczące się postępowanie, co najmniej *in rem,* jeśli nie nawet *in personam.* Artykuł 73 ust. 5 OKiKu nie dotyczy zatem informacji uzyskanych w toku nieformalnej współpracy.

Pozostają jednak wątpliwości w odniesieniu do stosowania art. 73 ust. 5 do informacji z kategorii K3. „Warunkiem", jaki postawi inny NCA mogłoby być przecież to, aby Prezes UOKiK nie wykorzystywał ich jako dowodu w celu wydania decyzji w oparciu tylko o prawo polskie, gdyby ostatecznie okazało się, że nie zapadnie decyzja stwierdzająca

naruszenie art. 101 lub art. 102 TFUE. Z jednej strony sama treść ww. przepisu sugeruje, że tego rodzaju wniosek byłby wiążący dla Prezesa UOKiK. Z drugiej jednak – uznanie słuszności tego stanowiska doprowadziłoby do absurdalnych rezultatów procesu stosowania prawa, jak te opisane w podanych wcześniej przykładach. Przy tym, jeśli przyjąć szerokie znaczenie pojęcia „równoległe stosowanie", zaproponowane powyżej, można też argumentować, że postawienie ww. warunku nie byłoby jednak dopuszczalne ze względu na samo brzmienie art. 12 ust. 2 (który zezwala na wykorzystywanie informacji do równoległego stosowania krajowego prawa konkurencji). Takie właśnie stanowisko trzeba uznać za prawidłowe. Należy tu jeszcze raz przypomnieć, że „zasada kraju przeznaczenia", do której nawiązuje art. 73 ust. 5 OKiKu, wykształciła się w praktyce stosowania art. 28 Rozporządzenia. Przepis ten dotyczy obowiązku zachowania tajemnicy służbowej przez pracowników NCAs (a więc obowiązku nieujawniania informacji osobom nieuprawnionym), nie zawiera natomiast zakazu wykorzystywania informacji jako podstawy faktycznej do wydania rozstrzygnięcia w sprawie antymonopolowej. Uregulowanie art. 73 ust. 5 należy więc rozumieć raczej w ten sposób, że NCAs – zwłaszcza kwalifikując informacje jako „poufne" - mogą zażądać od Prezesa UOKiK, aby zostały one wykorzystane wyłącznie w postępowaniu antymonopolowym i nie zostały przekazane poza struktury UOKiK, w szczególności innym organom (sądom) w celu prowadzenia innych rodzajów postępowań. Taki wniosek znajduje wsparcie w umiejscowieniu art. 73 ust. 5 w systematyce OKiKU – umieszczono go wśród przepisów, które regulują właśnie tajemnicę służbową pracowników UOKiK oraz znacznie ograniczają możliwość przekazania innym organom informacji zebranych w toku postępowania przed UOKiK. Aczkolwiek trzeba przyznać, że samo językowe sformułowanie art. 73 ust. 5 nie wspiera przedstawionego tu poglądu. Stosowanie tego przepisu w praktyce może budzić wątpliwości.

Dalsza reglamentacja dopuszczalności wykorzystania informacji zgromadzonych w ramach współpracy NCAs wynika dość jednoznacznie z art. 12 ust. 3 Rozporządzenia i odnosi się do nakładania sankcji na osoby fizyczne. Obostrzenie to należy stosować kumulatywnie z ograniczeniami narzuconymi w ustępie 2 tego przepisu. Wniosek taki płynie z samego brzmienia ustępu 3 oraz jego celu, którym nie jest zniesienie warunków określonych w ust.2, ale wprowadzenie dalszych ograniczeń, mających charakter gwarancji procesowych dla osób fizycznych. A zatem- zajmując konsekwentnie przestawione wyżej stanowisko - należy uznać, że wykorzystanie informacji zgromadzonych dzięki ECN jest możliwe w celu nałożenia sankcji na osoby fizyczne, zgodnie z przepisami OKiKu (zob. art. 6a, 12a, 106a OKiKu), w tych samych przypadkach, w których informacje te mogą być

wykorzystane w celu zastosowania prawa polskiego w ogóle, opisanych powyżej, jednak dodatkowo spełnione muszą być warunki wynikające z art. 12 ust. 3 Rozporządzenia[514] .

3.7.3. Zasada *ne bis idem* w prawie konkurencji UE a eksterytorialne stosowanie polskiego prawa konkurencji

W prawie konkurencji UE obowiązuje zasada *ne bis in idem,* zapisana w art. 50 Karty Praw Podstawowych UE i stosowana w orzecznictwie ETS (Stefanicki 2012: 21). Podstawowa dla stosowania tej zasady okoliczność, jaką jest tożsamość czynu, badana jest w orzecznictwie ETS w trzech płaszczyznach - podmiotowej, przedmiotowej oraz pod kątem chronionego interesu prawnego. W aspekcie podmiotowym badaniu podlega tożsamość przedsiębiorców, którym przypisuje się dane zachowanie. W aspekcie przedmiotowym chodzi o tożsamość samego zachowania, rozumianego łącznie jako określona aktywność i jej skutki (w tym okres i obszar, na których występują). Wreszcie – przesłanką stosowania jest tożsamość interesu prawnego, który podlega ochronie[515].

Dla eksterytorialnego stosowania polskiego krajowego prawa konkurencji obowiązywanie zasady ne *bis in idem* w prawie konkurencji UE ma dwojakie skutki.

Pierwszy z nich polega na tym, że przeprowadzenie przez Komisję postępowania i wydanie przez nią decyzji w oparciu o art. 101 lub art. 102 TFUE pozbawia Prezesa UOKiK możliwości wydania decyzji odnośnie tego samego zachowania tych samych przedsiębiorców w oparciu o art. 6 lub 9 OKiKu. Wynika to z uregulowań art. 11 ust. 6 i art. 16 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 oraz stąd, że interes prawny chroniony w oparciu o przepisy krajowe (ochrona mechanizmu konkurencji na obszarze RP – tj. na części wspólnego rynku) jest „pochłaniany" przez interes prawny podlegający ochronie na podstawie art. 101 lub 102 TFUE (ochrona mechanizmu konkurencji na obszarze wspólnego rynku)[516]. Wprawdzie art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 nie zakazuje wprost wszczęcia postępowania i wydania decyzji na podstawie krajowych przepisów o ochronie konkurencji, ale jednocześnie wynika zeń, że po wszczęciu postępowania przez Komisję, NCA nie może działać na tej samej podstawie prawnej w odniesieniu do tego samego porozumienia tych samych przedsiębiorstw

[514] Ograniczenia wynikające z art. 12 ust. 3 Rozporządzenia nie będą przedmiotem bliższej analizy w niniejszej pracy. Więcej na ten temat, pod kątem gwarancji procesowych podmiotów postępowania zob. np. (Błachucki, Jóźwiak 2012: 149).

[515] Zob. np. wyrok Trybunału w sprawie *Toshiba Corporation i in. przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* oraz opinia rzecznik generalnej J. Kokott, przedstawiona w tej sprawie.

[516] Autorka podziela w tym względzie pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony w postanowieniu z 26 września 2017 r., III SK 39/16, Lex./el. 2382418, stanowiącym pytanie prawne do ETS odnośnie do relacji pomiędzy interesem prawnym chronionym z jednej strony przez krajowe, z drugiej – przez unijne prawo konkurencji.

na tym samym właściwym rynku geograficznym i produktowym[517]. W przypadku wydania decyzji w odniesieniu do danego porozumienia przez Komisję, której przedmiotem ochrony jest interes prawny Unii Europejskiej w postaci ochrony konkurencji na rynku wewnętrznym nie jest więc już potrzebne, aby ten sam interes podlegał ochronie w postępowaniu prowadzonym przez organ krajowy, na podstawie prawa wewnętrznego (Bożekowska-Zawisza 2012:144, Stefanicki 2012:24). Możliwe jest natomiast podjęcie przez NCA działań pomimo wydania decyzji przez Komisję, jeżeli nie będzie zagrażać jednolitości stosowania przepisów Traktatu, a jednocześnie pozwoli na realizację innego interesu prawnego chronionego w przepisach krajowego prawa konkurencji (o ile ma to miejsce) - stosownie do art. 3 ust. 3 Rozporządzenia 1/2003.

Powyższe należy odnieść w równym stopniu do sytuacji, gdy to jeden z NCA wydał uprzednio rozstrzygnięcie w oparciu o art. 101 lub art. 102 TFUE.

Obowiązywanie zasady *ne bis in idem* powoduje zatem, że gdy cel stawiany przez art. 1 ust. 2 OKiKu - ochrona konkurencji na obszarze RP - został zrealizowany dzięki wydaniu przez Komisję lub NCA orzeczenia opartego o art. 102 lub 102 TFUE, eksterytorialne stosowanie art. 6 lub 9 OKiKu w tej samej sprawie (”idem”) nie jest już dopuszczalne. Cel założony w art. 1 ust. 2 OKiKu zostałby osiagniet jako „refleks” stosowania unijnego prawa ochrony konkurencji

Powyższy stan rzeczy może jednak mieć pozytywny wpływ na ochronę konkurencji na obszarze RP. Wiąże się do z obowiązywaniem w ramach ECN zasady efektywnej alokacji spraw (reguła *best-placed authority*). Zasada ta wynika z art. 11 ust. 3 Rozporządzenia, a szczegółowe regulacje jej dotyczące zawiera rozdział 2 Obwieszczenia ECN. Przewidziano w nim, że postępowanie w danej sprawie może prowadzić: 1) jeden krajowy organ antymonopolowy (samodzielnie lub za pomocą organów z innych państw członkowskich), 2) kilka działających równolegle krajowych organów antymonopolowych lub 3) Komisja Europejska. Sprawą powinien zająć się organ, który będzie najwłaściwszy do jej rozpatrzenia. Bierze się pod uwagę następujące kryteria:

- czy dana praktyka wywołuje skutek na terytorium państwa członkowskiego, którego organ zamierza prowadzić postępowanie,
- czy decyzja wydana przez ten organ będzie skuteczna i wykonalna (tj., czy położy ona kres naruszeniom),

[517] Zob. pkt 51 Obwieszczenia ECN. Zob. również art. 87 OKiKu.

- czy dany organ dysponuje środkami, aby przeprowadzić to postępowanie, np. czy jest w stanie zebrać dowody.

System rozdziału spraw przyjęty w Obwieszczeniu ECN zakłada, że najlepiej byłoby, gdyby jedną sprawą (dotyczącą naruszenia art. 101 lub 102 TFUE) każdorazowo zajmował się jeden organ ochrony konkurencji. W związku z tym proponuje się, aby przyjąć następujące reguły (co wszakże nie jest wiążące):

- postępowania w sprawach praktyk, które wywołują skutki głównie w jednym państwie członkowskim, powinien prowadzić organ ochrony konkurencji tego państwa członkowskiego,
- w przypadku praktyk wywołujących skutki głównie w dwóch albo trzech państwach członkowskich, postępowanie, o ile to jest możliwe, powinien prowadzić również jeden krajowy organ antymonopolowy lub ewentualnie dwa lub trzy takie organy równolegle;
- sprawy praktyk antykonkurencyjnych wywołujących skutki w więcej niż trzech państwach członkowskich będzie rozpatrywać Komisja.

Jak wynika z powyższego, może mieć miejsce sytuacja, że -w oparciu o regułę *best-placed authority* - postępowanie w sprawie praktyk antykonkurencyjnych określonych przedsiębiorców mających wpływ na handel między państwami członkowskimi i powodujących (mogących powodować) zakłócenie konkurencji m. in. na obszarze Polski powinien prowadzić ten organ, którego działanie będzie najbardziej efektywne. Organ ten powinien zatem mieć możliwość efektywnego prowadzenia postępowania, w tym gromadzenia dowodów, jak i efektywnego przeprowadzenia egzekucji nałożonej kary. Wysokość kary powinna odzwierciedlać szkodliwy wpływ praktyki na rynek właściwy zlokalizowany na obszarze RP. Prezes UOKiK może zostać w ten sposób „wyręczony" w sowich obowiązkach.

3.7.4. Wnioski

Reasumując rozważania nt. wpływu funkcjonowania ECN na eksterytorialne stosowanie polskiego prawa antymonopolowego należy wskazać na następujące węzłowe kwestie.

Kooperacyjny model stosowania prawa kreowany przez akty prawne stanowiące podstawy funkcjonowania ECN silnie wiąże Prezesa UOKiK z działalnością struktur wspólnotowych, angażując go przede wszystkim w stosowanie prawa wspólnotowego (Krasnodębska-Tomkiel 2006:284). Założenia systemowe współpracy w ramach ECN jedynie

nie wykluczają (nie zakazują) stosowania wewnętrznych przepisów państw członkowskich skierowanych na zwalczanie praktyk antykonkurencyjnych, jednak w żadnym razie nie odnoszą się do wspierania (eksterytorialnego) stosowania tych przepisów – ani na etapie postępowania rozpoznawczego (jurysdykcyjnego), ani egzekucyjnego. Rozporządzenie 1/2003 nie nadaje orzeczeniom NCAs transnacjonalnego charakteru ani nie obejmuje mechanizmów wzajemnego uznawania ani wykonywania orzeczeń NCAs.

Nadto, warunkiem niezbędnym, by doszła do skutku współpraca pomiędzy NCAs dotycząca zbierania i wymiany informacji jest zgodna wola wszystkich zainteresowanych organów. Element podporządkowania występuje tylko w relacjach pomiędzy NCAs a Komisją.

Korzyścią z funkcjonowania ECN jest potencjalnie szerszy dostęp Prezesa UOKiK do informacji o rynkach w ogóle oraz do informacji niezbędnych w postępowaniach prowadzonych w związku z naruszeniem unijnych norm o ochronie konkurencji.

Pozyskanie informacji w ramach ECN jest jednakże możliwe tylko w dwóch spośród czterech zidentyfikowanych grup spraw (S1, S2, S3, S4), w których w celu eksterytorialnego stosowania polskiego publicznego prawa ochrony konkurencji może zachodzić potrzeba gromadzenia materiału dowodowego znajdującego się poza terytorium RP – tj. w grupach oznaczonych jako S3 i S4. W grupie sytuacji określonych wyżej jako S1 w ogóle nie ma podstaw prawnych do nawiązania współpracy NCAs. Z kolei w sytuacjach S2 wymiana informacji w ramach ECN może okazać się instrumentem niewystarczającym do zgromadzenia potrzebnych dowodów. Nadto, nawet w sprawach, w których gromadzone przez członków ECN informacje trafiają do Prezesa UOKiK (sytuacje S3 i S4) rodzą się wątpliwości, jaki jest dopuszczalny zakres ich wykorzystania jako podstawy dowodowej (faktycznej) rozstrzygnięcia wydanego w oparciu o art. 6 lub art. 9 OKiKu. O ile informacje zebrane dzięki ECN mogą być (z pewnymi tylko ograniczeniami o charakterze gwarancji procesowych) wykorzystane do wydania decyzji o naruszeniu art. 101 lub 102 TFUE, o tyle dopuszczalny zakres ich wykorzystania w celu wydania decyzji o stwierdzeniu praktyki antykonkurencyjnej, której materialnoprawną podstawę stanowić będą wyłącznie przepisy krajowe, może być sporny. Trudności w jego ustaleniu nastręczają nieprecyzyjne regulacje Rozporządzenia, a w szczególności nieokreślony zakres znaczeniowy pojęć „równoległość stosowania" krajowego i unijnego prawa konkurencji oraz „odmienne rozstrzygnięcia", użytych w art. 12 ust.2 Rozporządzenia.

Analiza unormowań Rozporządzenia 1/2003 oraz praktyki współpracy NCA prowadzi do wniosku, że nie występują ograniczenia odnośnie do sposobu wykorzystania

danych należących do domeny publicznej w poszczególnych państwach UE oraz informacji zgromadzonych przez poszczególne NCAs w związku z ich działalnością, lecz nie w toku postępowań dotyczących (podejrzeń) konkretnych praktyk antykonkurencyjnych i nie pochodzących od przedsiębiorców. Dostęp do tych „generalnych" danych o rynkach wspiera eksterytorialne stosowanie polskiego prawa antymonopolowego w tym tylko ogólnym sensie, że z pewnością wzbogaca zasób informacji, którymi dysponuje Prezes UOKiK, co może ułatwiać gromadzenie danych w poszczególnych postępowaniach. Istotne ograniczenia wynikają natomiast z przepisów Rozporządzenia 1/2003/WE jeśli chodzi o wykorzystanie informacji zgromadzonych przez NCAs w toku sformalizowanego postępowania, w szczególności tych pozyskanych od stron postępowania i innych przedsiębiorców, gdyż informacje takie mają zwykle charakter „poufnych", często stanowiąc tajemnicę przedsiębiorstwa. Ostateczna konkluzja wypływająca z badania zakresu tych ograniczeń jest taka, że Prezes UOKiK może wykorzystać otrzymane dzięki ECN informacje również wówczas, gdy – ze względu na ujawniony ostatecznie w postępowaniu brak wpływu praktyki na handel między państwami członkowskimi- wydaje decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą art. 6 lub art. 9 OKiKU, zaś nie wydaje decyzji merytorycznej w oparciu o art. 101 lub art. 102 TFUE (równoległość stosowania unijnego i polskiego prawa „w szerokim sensie"). Oczywiście wykorzystanie materiałów uzyskanych od innych NCAs jest też możliwe wówczas, gdy jurysdykcyjna przesłanka wpływu na handel jest spełniona i stosowanie regulacji krajowej i unijnej jest równoległe „w sensie ścisłym", tj. decyzja o uznaniu praktyki za naruszającą konkurencję oparta jest na „podwójnej podstawie". W tych dwóch ostatnich grupach sytuacji funkcjonowanie ECN z pewnością wspiera proces „eksterytorialnego" gromadzenia dowodów dla potrzeb stosowania polskiego prawa konkurencji.

Gdyby zaś przyjąć, prezentowany przez niektórych autorów, pogląd, iż z „równoległością stosowania" mamy do czynienia wyłącznie w przypadku decyzji wydanych w oparciu o „podwójną podstawę", uzyskane od innych NCAs informacje mogą służyć co najmniej jako źródło wiedzy, ukierunkowujące dalsze działania Prezesa UOKiK w zakresie zbierania (innych) dowodów istnienia praktyki, zidentyfikowanej dzięki tymże informacjom.

Pewną korzyść dla ochrony konkurencji na obszarze RP może stanowić to, że pozostałe NCAs, stosując unijne prawo antymonopolowe, wydadzą odpowiednie decyzje, które będą mogły zostać przez nie efektywnie wykonane (zasada efektywnej alokacji spraw) również wobec podmiotów (będących przynależnymi państwa *forum*), których działanie zakłóciło konkurencję na obszarze Polski. Trudno jednak ocenić, czy, i na ile, rozdział spraw

zgodnie z zasadą efektywnej alokacji ograniczy potrzebę prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowań w sprawach, w których uczestniczą przedsiębiorcy z siedzibą poza RP lub takich, gdzie istniałaby potrzeba wykonania decyzji polskiego organu poza terytorium RP. Okoliczność, że decyzje NCAs nie mają mocy obowiązującej w całej Unii zdecydowanie osłabia oddziaływanie mechanizmu efektywnej alokacji, zwłaszcza w tych sprawach, gdzie mamy do czynienia z praktykami przedsiębiorców z dwóch lub trzech państw członkowskich, czyli takimi, którymi, przynajmniej z założenia, nie powinna być obciążona Komisja (por. powyżej zasady alokacji).

Na zakończenie warto dodać, że obecnie w toku jest tzw. projekt ECN PLUS, tj. przedsięwzięcie zmierzające do zacieśnienia współpracy w ramach ECN. W tego projektu Komisja przygotowała projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nadania organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu zapewnienia skuteczniejszego egzekwowania reguł konkurencji i należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (dalej jako projekt dyrektywy ECN PLUS)[518]. Projekt – opierając się na diagnozie niedostatków dotychczasowego funkcjonowania ECN – zakłada wprowadzenie do porządków krajowych państw członkowskich instytucji pozwalających na zacieśnienie współpracy pomiędzy NCAs w dziedzinie wymiany informacji (uczestnictwa w kontroli) i zapewnienia możliwości nałożenia kary przez NCA na przedsiębiorcę z innego państwa członkowskiego (co implikuje istnienie obowiązku pomocy w prowadzonym przez niego postępowaniu, w tym – w doręczeniach). Ponadto zawarte w projekcie dyrektywy regulacje nakładają na organ współpracujący obowiązek wykonania grzywny nałożonej przez organ wnioskujący. W dalszym ciągu współpraca dotyczyć ma jednak stosowania art. 101 i 102 TFUE, a nie krajowych porządków prawnych w dziedzinie ochrony konkurencji.

3.8. Podsumowanie

Rozwiązanie legislacyjne ujęte w art. 1 ust. 2 ustawy antymonopolowej jest odzwierciedleniem doktryny skutków. Zamiarem ustawodawcy było zatem objęcie kompetencją Prezesa UOKiK zwalczania wszelkich praktyk antykonkurencyjnych powodujących skutki na obszarze RP, również tych, których źródło tkwi w zachowaniu mającym miejsce za granicą i których uczestnikami są zagraniczni przedsiębiorcy.

Ponieważ przepisy prawa materialnego nie ograniczają kręgu adresatów zakazów praktyk antykonkurencyjnych stypizowanych w art. 6 ust. 1 i art. 9 ust. 1 i 2 OKiKu do

[518] Dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_pl.pdf (27 grudnia 2017 r.).

przedsiębiorców polskich, adresatami decyzji administracyjnych lub wyroków sądowych w sprawach antymonopolowych mogą być również przedsiębiorcy zagraniczni. Jednakże, z rozwiązań przyjętych w procedurze administracyjnej oraz procedurze cywilnej wynika, że o tym, czy dany przedsiębiorca zagraniczny może być stroną w polskim postępowaniu antymonopolowym (tak administracyjnym, jak i cywilnym, zarówno rozpoznawczym, jak i egzekucyjnym) zależy od sposobu uregulowania jego zdolności prawnej przez jego statut personalny. Okoliczność, czy zagraniczny przedsiębiorca posiada zdolność prawną, Prezes UOKiK będzie musiał zatem ustalić w oparciu o przepisy jego państwa pochodzenia.

Stosowanie OKiKu w transgranicznych sprawach antymonopolowych napotyka nadto liczne problemy o charakterze proceduralnym.

Istotne trudności powoduje transgraniczne doręczanie pism. Polska nie jest stroną żadnych umów międzynarodowych, które przewidywałyby pomoc międzypaństwową w doręczaniu pism w postępowaniach antymonopolowych. Niezależnie od tego, w procedurze administracyjnej brak przepisów, które regulowałyby sposób korzystania i udzielania takiej pomocy na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Jest to istotna luka w regulacji polskiego postępowania administracyjnego. Problematyka ograniczonych możliwości transgranicznego doręczania pism ma znaczenie w kilku aspektach. Przede wszystkim - z punktu widzenia obowiązku zapewnienia ochrony praw podmiotowych strony pod znakiem zapytania stoi możliwość zapewnienia przedsiębiorcy zagranicznemu efektywnego udziału jako strony w postępowaniu, gdyż rozwiązania proceduralne ujęte zarówno w KPA, jak i w KPC) obejmują instytucję fikcji doręczenia. Ponadto – brak efektywnych mechanizmów doręczeń oznacza też potencjalne trudności z dokonywaniem oficjalnych doręczeń nie tylko do stron, ale i do podmiotów niebędących stronami - w szczególności świadków i innych podmiotów, które mogłyby być źródłem informacji istotnych dla prowadzonej sprawy. Wreszcie – przewidziane, zarówno w KPA, jak i w KPC – bezpośrednie doręczenia na terytoria innych państw mogą stanowić naruszenie ich suwerennych uprawnień

Drugim istotnym problemem proceduralnym jest ograniczony dostęp do informacji i dokumentów znajdujących się poza terytorium RP. Jest on uwarunkowany, poza trudnościami dotyczącymi doręczeń, również brakiem możliwości przymuszenia „źródeł" do udzielenia tych informacji (dostarczenia dokumentów) oraz brakiem kompetencji polskich organów do przeprowadzenia poza terytorium RP innych władczych czynności zmierzających do wykrycia dowodów, jak kontrola i przeszukanie, czy też innych czynności dowodowych – jak np. przesłuchanie. Podstawową przyczyną tego stanu rzeczy jest to, że Polska nie jest stroną żadnych umów międzynarodowych, które przewidywałyby pomoc międzypaństwową w

pozyskiwaniu dowodów w postępowaniach antymonopolowych. Niezależnie od tego, w procedurze administracyjnej brak przepisów, które regulowałyby sposób korzystania i udzielania takiej pomocy na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Jest to istotna luka w regulacji polskiego postępowania administracyjnego.

W istocie – jeżeli Prezes UOKiK (ewentualnie – SOKiK) miałby podejmować jakiekolwiek czynności procesowe za granicą lub w stosunku do podmiotów znajdujących się za granicą, legalność ich podjęcia, w świetle prawa międzynarodowego publicznego, jak i ich skuteczność zależy od zgody i współpracy państw trzecich. Rezolucje OECD zalecają współpracę w zakresie wymiany dokumentów i informacji o antykonkurencyjnych praktykach, zwłaszcza w celu gromadzenia materiału dowodowego. Niemniej podjęcie się takiej pomocy zależy od swobodnej decyzji państw. Polska procedura cywilna przewiduje instrumenty współpracy międzynarodowej, które można by wykorzystać, gdyby organy państwa ojczystego przedsiębiorcy podjęły się współpracy z SOKiK (chodzi zwłaszcza o kwestie doręczeń i przeprowadzania czynności dowodowych). Procedura administracyjna jest w tym zakresie dalece niewystarczająca.

Kolejną istotną przeszkodą w realizacji wyrażonego art. 1 ust. 2 OKiKu zamiaru eksterytorialnego stosowania polskich regulacji zakazujących praktyk antykonkurencyjnych jest to, że polskim organom oczywiście nie wolno prowadzić za granicą egzekucji krajowych orzeczeń wydanych w sprawach antymonopolowych. Zgodnie z zasadą terytorializmu, łączącą się z zasadą poszanowania suwerenności innych państw, wyłącznie suwerenowi wolno wykonywać przymus państwowy na swoim terytorium (wyłączność jurysdykcji egzekucyjnej). Zastosowanie przymusu państwowego w celu wykonania polskich decyzji (wyroków) antymonopolowych w ostatecznym rozrachunku sprowadza się do wyegzekwowania kar pieniężnych. Konieczny jest wobec tego dostęp do majątku przedsiębiorcy. Jeżeli zatem adresatem decyzji będzie podmiot nieposiadający na terytorium RP żadnego majątku, Prezes UOKiK nie będzie miał możliwości doprowadzenia do jej wykonania. Polskie krajowe przepisy (UWP) wprawdzie przewidują szczegółowe mechanizmy współpracy w zakresie egzekucji niektórych należności publicznoprawnych. Rozwiązania te są odpowiednie do zastosowania również w odniesieniu do egzekucji kar nałożonych w postępowaniu antymonopolowym. Jednakże są w tym zakresie bezużyteczne, ponieważ Polska nie jest stroną żadnych umów międzynarodowych, które przewidywałyby pomoc międzypaństwową w egzekucji orzeczeń wydanych w postępowaniach antymonopolowych.

Członkostwo w Unii Europejskiej w nikłym stopniu wpływa na możliwość poprawy efektywności stosowania polskiego prawa antymonopolowego w sprawach transgranicznych. Korzyści w tym względzie istnieją niejako tylko „przy okazji" uczestnictwa w ECN, ale nie stanowią celu funkcjonowania tej sieci. Mianowicie - współpraca w ramach ECN nakłada obowiązek wymiany informacji o naruszeniach prawa konkurencji UE. Te same zachowania mogą jednocześnie naruszać polskie prawo antymonopolowe. Uzyskane dzięki ECN informacje mogą być przydatne również w sprawach dotyczących naruszenia ustawy antymonopolowej. Dopuszczalny zakres wykorzystania tych informacji w celu stosowania prawa krajowego nie jest jednak precyzyjnie określony.

Decentralizacja stosowania unijnego prawa konkurencji i związana z nią współpraca organów antymonopolowych Państw Członkowskich w ramach ECN nie przekładają się na przyjmowanie takich rozwiązań prawnych, które zapewniłyby egzekucję w państwie członkowskim orzeczenia w sprawie antymonopolowej wydanego przez organ innego państwa członkowskiego opartego na prawie krajowym. Ani w ramach współpracy administracyjnej, ani w ramach współpracy sądowej UE nie przyjęto takich aktów prawa wtórnego, które zapewniłyby bezpośrednią skuteczność orzeczeniom z dziedziny prawa antymonopolowego, czy też zapewniły ich uznanie i wykonanie.

Współpraca w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji- we wszystkich aspektach istotnych w sprawach transgranicznych (uzyskiwanie informacji, doręczenia, egzekucja kar) zapewne ulegnie intensyfikacji na skutek wejścia w życie dyrektywy ECN PLUS i jej implementacji w porządkach prawnych państw członkowskich. Należy jednak pamiętać, że projektowana dyrektywa dotyczy stosowania art. 101 i art. 102 TFUE (i równoległego z nim stosowania krajowych przepisów), a nie współpracy w sprawach, w których kraj członkowski stosuje wyłącznie krajowe przepisy z dziedziny ochrony konkurencji.

W konsekwencji powyższego, aby po stronie państw trzecich – zarówno tych należących, jak i nienależących do UE - istniał obowiązek udzielenia Prezesowi UOKIK pomocy przy prowadzeniu postępowań antymonopolowych lub też wykonania polskich orzeczeń, konieczne jest zawarcie przez Polskę odpowiednich umów międzynarodowych. Obecnie Polska nie jest związana żadnymi umowami, które zapewniałyby taką pomoc.

Możliwość pozyskiwania informacji (dowodów) za granicą oraz dysponowanie instrumentami zapewniającymi skuteczne doręczenia, a także egzekucję kar na majątku położonym poza obszarem RP warunkują skuteczność eksterytorialnego stosowania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych. Nie jest to specyfika prawa antymonopolowego. Dotyczy to w równym stopniu i innych sfer regulacji. Kwestia została

oczywiście dostrzeżona w stosunkach międzynarodowych. W wielu obszarach zawarto traktaty dotyczące tych właśnie zagadnień. Również akty prawa wtórnego UE regulują je w odniesieniu do wybranych dziedzin – tak prawa prywatnego (cywilnego), jak i publicznego. W szczególności omawiana wyżej dyrektywa Rady 2010/24/UE zawiera wypracowane mechanizmy współpracy w sprawach dotyczących odzyskiwania należności publicznoprawnych. Metoda współpracy jest więc powszechnie znana. *De lege ferenda* należy postulować, by współpracą tą objąć również sprawy z dziedziny publicznoprawnej ochrony konkurencji. Wymaga to oczywiście nie tylko działań ze strony krajowego ustawodawcy (jak wprowadzenie do KPA przepisów o współpracy międzynarodowej), ale i woli innych państw członkowskich UE. Na marginesie – nurtujące jest pytanie, dlaczego do tej pory tego nie uczyniono. Odpowiedź na nie nasuwa się dość niepokojąca – mianowicie, że państwa członkowskie nie chcą jednak dopuścić do tego, by inni członkowie UE wykonywali jurysdykcję wobec praktyk gospodarczych nieszkodzących gospodarce kraju, w którym praktyki te są podejmowane, choćby były szkodliwe dla konkurencji w innych państwach. Gdyby domysły te odpowiadały prawdzie, oznaczałoby to, że państwa członkowskie w dalszym ciągu okazują pewną skłonność do wspierania swoich rynków kosztem gospodarek sąsiadów, więc że „wspólny rynek" nie jest jednak postrzegany jako rzeczywiście wspólny. Niezależnie od towarzyszącej członkom UE motywacji należy skonstatować, że skoro aktualne prawodawstwo unijne nie wspiera eksterytorialnego stosowania polskich przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych, poprawa tej efektywności zależy od wprowadzenia odpowiednich mechanizmów w prawie krajowym.

Rozdział 4

Ku zwiększeniu skuteczności eksterytorialnego oddziaływania krajowych norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych – zasada czynnego zwierzchnictwa personalnego jako wsparcie dla doktryny skutków

4.1. Uwagi wprowadzające

Podnoszony przez akademików postulat współpracy państw w zwalczaniu międzynarodowych karteli (praktyk antykonkurencyjnych) – zob. rozdz. 1.3.4. - zasługuje oczywiście na poparcie. Trudno sobie wyobrazić - przynajmniej w teorii - bardziej efektywny sposób zwalczania tych praktyk niż to, że międzynarodowa społeczność państw solidarnie, ramię w ramię stanie przeciwko naruszeniom prawa popełnianym przez międzynarodowy biznes. Jednakże doprowadzenie do tego, by ta idealistyczna wizja ziściła się, jest zadaniem niezwykle trudnym i nie należy się spodziewać, aby zostało ono zrealizowane w najbliższej przyszłości. Pomijając nawet takie kwestie, same w sobie niełatwe, jak konieczność porozumienia się co do ustalenia zakresu jurysdykcji państw w poszczególnych sprawach, czy też zagadnienia formalnoorganizacyjne, można wskazać co najmniej trzy kategorie okoliczności, które stoją na przeszkodzie „u źródeł" takiej kooperacji. Po pierwsze, postulat zorganizowania międzynarodowej współpracy opiera się na założeniu, iż państwa będą miały motywację, by współpracować. Motywacja ta musi mieć oparcie w jakimś interesie państwa, którym zwykle będzie potrzeba wspierania prawidłowego funkcjonowania własnej gospodarki. Tymczasem nie każde antykonkurencyjne porozumienie o charakterze transgranicznym musi być (jednakowo) szkodliwe dla państw, w których mają siedziby jego

uczestnicy. W szczególności, państwa często wyłączają spod własnych regulacji antymonopolowych kartele eksportowe, gdyż te mogą korzystnie oddziaływać na gospodarkę krajową, mimo że szkodzą ekonomii tych krajów, do których eksportowane są produkty objęte kartelowym porozumieniem[519]. Nie należy chyba spodziewać się, aby państwa zechciały – w imię międzynarodowej solidarności, budowania dobrobytu światowego, czy też dobrobytu swoich sąsiadów- wziąć na siebie ciężar (i koszty) współpracy przy zwalczaniu kartelu, który nie oddziałuje negatywnie na konkurencję na ich terytorium, a przy tym daje temu państwu bieżące korzyści, jak np. wpływy z podatków i miejsca pracy u uczestnika kartelu (Dudzik 2010: 290, Ryngaert 2006: 182, 184, 185)[520]. Drugą przeszkodą jest to, że nie wszystkie państwa uważają, że w interesie rozwoju ich gospodarki jest wprowadzenie regulacji prawnych reglamentujących działalność gospodarczą na ich obszarze – czy to dotyczących prawa pracy, ochrony środowiska, czy ochrony konkurencji. W tym aspekcie widoczna jest różnica stanowisk pomiędzy państwami „pierwszego" i „trzeciego" świata. Te ostatnie, jako zachętę dla „zachodnich" korporacji do czynienia inwestycji, napędzających rozwój gospodarczy tych państw, traktują między innymi zaniechanie wprowadzenia norm, które ograniczają swobodę działalności gospodarczej i nakładają na przedsiębiorców ciężary (Ryngaert 2006: 184). Skoro zatem nie zamierzają wprowadzać we własnym prawodawstwie norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych, nie będą zainteresowane ustanowieniem wspólnych norm z tej dziedziny prawa, czy też pomocą w ekstraterytorialnym stosowaniu prawa konkurencji innych państw (de Schutter 2006:21). Trzecia istotna przeszkoda tkwi w tym, że poszczególne państwa – będąc zgodnymi co do potrzeby ochrony konkurencyjnej struktury gospodarki - różnią się w merytorycznej ocenie tego, jakie zachowania rynkowe sprzyjają konkurencji, a jakie są dla niej szkodliwe. Zakładając więc nawet, iż mamy obecnie międzynarodowy konsensus co do tego, iż należy zwalczać praktyki ograniczające konkurencję, istotną trudność będzie stanowiło osiągnięcie jednomyślności odnośnie do zagadnienia, jakie zachowania uznaje się za antykonkurencyjne (Fox 2009: 168).

Jak zauważa (Dudzik 2010: 299) choć OECD zrzesza najbardziej rozwinięte kraje świata, nawet w ramach tej organizacji nie udało się przyjąć żadnego wiążącego instrumentu dotyczącego prawa konkurencji, w tym współpracy organów z różnych jurysdykcji. Zalecenia

[519] Szerzej na ten temat zob. (Molski 2003).

[520] Warto zauważyć, że tak daleko posuniętej „solidarności" nie ma nawet w ramach UE. Jak była o tym mowa w rozdziale 3.7.1. Europejska Sieć Konkurencji działa „w jednym kierunku", tj. w celu zapewnienia efektywności prawa konkurencji UE. Członkowie ECN nie są zobowiązani do wzajemnej pomocy w sprawach praktyk antykonkurencyjnych, które wywierają skutki tylko na terytorium jednego z państw członkowskich UE i nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi. Zmiany w tym zakresie może wszakże przynieść uchwalenie dyrektywy ECN PLUS.

OECD maja charakter prawa miękkiego i są sformułowane na tyle ogólnie, że nie rozwiązują wielu realnych problemów.

Z kolei (Niedźwiedź 2017:143,144) wskazuje, że w prawie międzynarodowym publicznym nie ma bynajmniej normy, która nakładałaby na państwa obowiązek świadczenia międzynarodowej pomocy prawnej. Chociaż – mimo braku tego obowiązku – współpraca ta rozwinęła się w dziedzinie prawa cywilnego i karnego, tendencja ta nie dotyczy prawa administracyjnego w ogólności. Mimo, że już w latach 70 podjęto inicjatywę stworzenia konwencji o ogólnej współpracy w sprawach administracyjnych, do tej pory nie została stworzona (Niedźwiedź 2017: 148, 201). Dwie konwencje przyjęte w ramach Rady Europy - dotyczącą doręczeń w sprawach administracyjnych oraz pomocy w pozyskiwaniu informacji- ratyfikowała garstka państw.

Nawet orędownicy idei zharmonizowania prawa konkurencji na poziomie światowym i ścisłej współpracy państw we wdrażaniu norm tej dziedziny prawa dostrzegają, iż dopóki nie zostanie ona wcielona w życie, jedyną możliwością zwalczania antykonkurencyjnych praktyk mających oddziaływanie transgraniczne są jednostronne działania państw (Fox 2009: 174), w tym takie, dla których łącznikiem jurysdykcyjnym jest przynależność państwowa podmiotów zaangażowanych w antykonkurencyjne praktyki (Parrish 2011:402).

Można powiedzieć, że Prezes Urzędu ochrony Konkurencji i Konsumentów w zasadzie nie wydaje decyzji w sprawie praktyk antykonkurencyjnych, które dotyczyłyby zagranicznych przedsiębiorców. W okresie od stycznia 2000 r. do grudnia 2017 r. wydanych zostało 9 takich decyzji[521], przy czym tylko w jednej stwierdzono praktykę

[521] Były to następujące decyzje: z 24 sierpnia 2001 r., **DDF-52/2001**, z udziałem: Visa International Service Association z siedzibą w Wilmington (USA), New Castle i Europay International z siedzibą w Belgii,; Waterloo oraz banki działające w ramach porozumienia emitentow Visa Forum Polska i Europay Forum Polska tj. BIG Bank Gdański S.A. w Warszawie, Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. w Warszawie, Bank Inicjatyw Społeczno-Ekonomicznych S.A. w Warszawie, Bank Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie, Bank Pekao S.A. w Warszawie, Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy, Bank Przemysłowo-Handlowy S.A. w Krakowie, Bank Śląski S.A. w Katowicach, Bank; Współpracy Regionalnej S.A. w Krakowie, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, BRE Bank S.A. w Warszawie, Fortis Bank Polska S.A. w Warszawie, Gornośląski Bank Gospodarczy S.A. w Katowicach, Bank Handlowy w Warszawie S.A., Invest Bank S.A. w Poznaniu, Kredyt Bank S.A. w Warszawie, LG Petro Bank S.A. w Łodzi, Lukas Bank Świętokrzyski S.A. w Kielcach, Powszechna Kasa; Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, Powszechny Bank Kredytowy S.A. w Warszawie, Prosper-Bank S.A. w Warszawie, Związek Bankow Polskich – decyzja o odmowie wszczęcia postępowania; z 31 grudnia 2002 r., **RŁO-30/2002,** z udziałem: Austrian Gaming Industries GmbH w Gumpoldskirchen (Austria) i Novo Poland sp. z o.o. w Łódzi – decyzja niestwierdzająca nadużywania pozycji dominującej; z 26 lutego 2002 r., **RŁO-3/2002**, z udziałem: Austrian Gaming Industries GmbH Gumpoldskirchen w Austrii i Novo Poland sp. z o.o. w Łodzi – decyzja niestwierdzająca nadużywania pozycji dominującej; 21 sierpnia 2003 r., **RGD-15/2003**, z udziałem: Zarządu Morskiego Portu G. S.A., International Container Terminal Services Inc. z Manilii, Filipiny i Bałtyckiego Terminalu Kontenerowego Sp. z o.o. w Gdyni - decyzja o odmowie wszczęcia postępowania antymonopolowego); z 29 grudnia 2006 r., **DAR-15/2006**, z udziałem: Visa International Service Association z siedzibą w Wilmington, USA, Visa Europe Limited z

antykonkurencyjną popełnioną przez zagranicznego przedsiębiorcę, a w żadnej nie nałożono kary, do której zapłaty byłby zobowiązany zagraniczny przedsiębiorca. Zachodzi wyraźna dysproporcja między ww. liczbą, a liczbą decyzji w sprawach koncentracji z udziałem przedsiębiorców zagranicznych. Te są regularnie wydawane (co najmniej od 2000 r.). W roku 2000 było ich 15, w roku 2001 – 109, w kolejnych latach liczba ta regularnie oscylowała w granicach kilkudziesięciu, w roku 2016 wynosiła 115, w roku 2017 – 84. Pozwala to postawić tezę, że przyczyną małej ilości decyzji dotyczących praktyk eksterytorialnych (z udziałem przedsiębiorców zagranicznych) nie jest to, iż przedsiębiorcy zagraniczni nie uczestniczą w aktywności gospodarczej mającej wpływ na konkurencję na rynkach zlokalizowanych w granicach Polski. W pewnej części brak decyzji dotyczących eksterytorialnych praktyk można złożyć na karb trudności w wykryciu takich praktyk. Wydaje się, że równie istotną przyczyną jest brak instrumentów proceduralnych, które pozwoliłyby na skuteczne prowadzenie postępowań w sprawie takich praktyk (z udziałem zagranicznych przedsiębiorców). Ciekawego spostrzeżenia dokonał również (Semeniuk 2015: 228), iż nawet w najgłośniejszych sprawach kartelowych – a więc gdy naruszenie zostało wykryte- Prezes UOKiK nie prowadzi postępowania z udziałem przedsiębiorców zagranicznych i ogranicza się do nakładania kar na spółki zarejestrowane w Polsce, mimo ze spółki te często są częścią europejskich, a nawet światowych struktur kapitałowych[522]. O ile

siedzibą w Londynie, MasterCard Europe Sprl z siedzibą w Waterloo, Belgia, Bank Millenium S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Inicjatyw Społeczno-Ekonomicznych S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Ochrony Środowiska S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Pocztowy S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Bank BPH S.A. z siedzibą w Krakowie, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, Deutsche Bank PBC S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. z siedzibą we Wrocławiu, BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, Fortis Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Getin Bank S.A. z siedzibą w Katowicach, Invest Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Kredyt Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Nordea Bank Polska S.A. z siedzibą w Gdyni, Lukas Bank S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie, HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i Związek Banków Polskich – decyzja stwierdzająca zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję przez banki mające siedzibę w Polsce i niestwierdzająca porozumienia zawartego z udziałem zagranicznych przedsiębiorców; z 14 maja 2007 r., **DOK-59/2007**, z udziałem: Discovery Communications Europe z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania - w decyzji stwierdzono nadużywanie pozycji dominującej, ale nie nałożono kary; 6 listopada 2002 r., **DDI-98/2002**, z udziałem: Swets Blackwell GmbH z siedzibą we Frankfurcie nad Menem (Niemcy) – decyzja niestwierdzająca nadużycia pozycji dominującej); 6 września 2002 r., **DDI-73/2002,** z udziałem: Buena Vista International Inc. i CPT Holdings Inc. i Warner Bros. International Television Distribution a division of Time Warner Entertainment Company L.P. i HBO Poland Partners z siedzibą w Nowym Jorku (USA) i HBO Poland Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Polska Programming BV z siedzibą w Amsterdamie (Holandia) – decyzja o odmowie wszczęcia postępowania w sprawie nadużywana pozycji dominującej; z 4 listopada 2004 r., **DOK-114/2004**, z udziałem: Discovery Communications Europe w Wisconsin, Maryland, USA - decyzja umarzająca postępowanie w sprawie nadużycia pozycji dominującej. Dane pochodzą ze strony: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (dostęp 31 grudnia 2017 r.).

[522] Sprawa tzw. „kartelu cementowego" - decyzja Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r., DOK-7/09, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.), sprawa kartelu na rynku farb i lakierów - decyzja Prezesa UOKiK z 14 marca 2007 r., DOK-34/07, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.).

zatem obowiązujące regulacje OKiKu są dostateczne dla potrzeb spraw z zakresu kontroli koncentracji, o tyle przepisy dotyczące praktyk antykonkurencyjnych – z punktu widzenia eksterytorialnego stosowania polskiego prawa konkurencji – z pewnością nie.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe, jak i to, że obecnie Polska nie jest stroną żadnej umowy, która zapewniałaby pomoc innych krajów w eksterytorialnym stosowaniu norm OKiKu, niniejszy rozdział postanowiono poświęcić zagadnieniu, czy istnieje możliwość poprawy efektywności eksterytorialnego stosowania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych niezależnie od współpracy międzynarodowej, a więc - poprzez jednostronne działania państwa. W szczególności przedmiotem rozważań będzie to, w jaki sposób można zmodyfikować instrumenty prawne, którymi dysponuje Prezes UOKiK, by stanowiły one narzędzie skutecznego oddziaływania również na zachowania przedsiębiorców zagranicznych, mające miejsce poza terytorium RP. Jak bowiem podkreśla (Raymond 1967: 38), prawo powinno „(…) postawić do dyspozycji władzy wydającej orzeczenie instrumenty zapewniające wprowadzenie go w życie. Jest rzeczą nierozważną i daremną wydanie orzeczenia, próba wykonania którego spotka się z oporem, a które nie może zostać wyegzekwowane.”.

Zajmując się zagadnieniem stosowania polskich przepisów antymonopolowych dotyczących zakazu praktyk antykonkurencyjnych trzeba pamiętać, że przedsiębiorcy - adresaci tych przepisów - mogą pozostawać w rozmaitych relacjach ze swoim otoczeniem rynkowym. W szczególności, mogą być członkami grup kapitałowych, również międzynarodowych, tj. takich, których poszczególni członkowie są przedsiębiorcami mającymi przynależność państwową różnych krajów. Oczywiście możliwy jest wariant, że przedsiębiorca dominujący w grupie kapitałowej (tzw. spółka matka, zwana po angielsku *parent company,* po niemiecku - Konzernspizte[523]) będzie miał siedzibę w Polsce. Nasuwa się w związku z tym pytanie, czy polskie prawo antymonopolowe może „zrobić użytek” z takiego układu relacji między przedsiębiorcami. Innymi słowy, czy można sobie wyobrazić takie instytucje polskiego prawa antymonopolowego, które zapewnią eksterytorialne stosowanie tego prawa przez to, że uzyska się wpływ na zagraniczne spółki córki poprzez

[523] Normatywne znaczenie pojęć „przedsiębiorca dominujący” („spółka dominująca”), „przedsiębiorca zależny” („spółka zależna”), „grupa kapitałowa”, jak i ściśle z nimi powiązanego pojęcia „posiadania kontroli”, bądź też „sprawowania” lub „wykonywania” kontroli nie jest bynajmniej oczywiste. Zagadnienie to będzie przedmiotem bliższych uwag w rozdziale 4.4.4. Tymczasem, na potrzeby dalszych rozważań winno być rozumiane tak, jak podpowiada to „intuicja prawnicza”, tj. iż chodzi o zgrupowania spółek powiązane w szczególny sposób strukturalnie - kapitałowo czy też osobowo - albo tylko umownie, w których to zgrupowaniach jedna ze spółek (ze względu na owe powiązania) ma wpływ na zarządzanie pozostałymi spółkami (w konsekwencji - na ich aktywność rynkową) większy, niż miewa to miejsce w przypadku relacji „zwykłego” wspólnika oraz spółki, w której wspólnik ten uczestniczy.

oddziaływanie na polską spółkę matkę grupy kapitałowej. Utworzenie takich instytucji pozwoliłoby wyeliminować problemy (zarówno teoretyczne, jaki praktyczne), które wiążą się ze stosowaniem krajowych przepisów antymonopolowych wobec obcych przedsiębiorców.

Innymi słowy ostatni rozdział niniejszej pracy będzie poświęcony temu, w jaki sposób „wesprzeć" regulacje oparte na łączniku terytorium (ściślej- na doktrynie skutku) regulacjami opartymi zasadę czynnego zwierzchnictwa personalnego.

Poszukując rozwiązania tak postawionego problemu, należy zająć się następującymi zagadnieniami:

i. kwestią przynależności państwowej spółek kapitałowych,
ii. koncepcjami zmierzającymi do pominięcia reguły nieodpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych za zobowiązania tych spółek,
iii. możliwością zastosowania tych koncepcji w polskim, krajowym prawie antymonopolowym.

Zostaną one kolejno zaprezentowane w tej części opracowania. Rozważania prowadzone będą z wąskiej perspektywy, tj. z punktu widzenia możliwości osiągnięcia celu określonego jako rzeczywiste, skuteczne oddziaływanie polskiego prawa antymonopolowego na działania zagranicznych spółek córek polskich przedsiębiorców, a więc z perspektywy możliwości realizacji interesu publicznego określonego przez polskie prawo jako ochrona mechanizmu konkurencji na terytorium RP. Inne problemy wiążące się z prezentowaną tematyką, tj. zagadnienia konfliktu interesów państw czy wzajemnie sprzecznych ustawodawstw różnych państw (konkurencji i konfliktu jurysdykcji) zostaną jedynie wzmiankowane.

4.2. Przynależność państwowa spółek kapitałowych

Określenie przynależności państwowej („obywatelstwa" czy „narodowości") osób prawnych („korporacji"), zwłaszcza spółek kapitałowych, pozostaje przedmiotem dyskusji. Prawo międzynarodowe publiczne nie przesądza, jakie okoliczności mogą w prawie wewnętrznym determinować przynależność osoby prawnej do danego państwa. Każde prawo krajowe może wobec tego stosować własne kryteria decydujące o tym, którym podmiotom przydać swoją „narodowość" (de Schutter 2006:29, Wyrozumska 1999: 179, 195).

Nie można jednak powiedzieć, aby kwestia doboru tych kryteriów była pozbawiona znaczenia w świetle prawa międzynarodowego publicznego. Z perspektywy terytorialnego zasięgu jurysdykcji państwa dobór ten ma bowiem kluczowe znaczenie – pozwala na manipulowanie zakresem wykorzystania zasady narodowej czynnej, a tym samym –

faktycznym zasięgiem geograficznym jurysdykcji (im szerzej określi się krąg podmiotów „krajowych", „przynależnych", tym częściej będzie można usprawiedliwić wykonywanie zwierzchnictwa personalnego).

Dominuje pogląd, znajdujący odbicie w ustawodawstwach wielu państw, że osoba prawna (spółka) ma narodowość tego państwa, według prawa którego została stworzona i w którym, w konsekwencji, została zarejestrowana. Często łączy się z tym obowiązek posiadania siedziby w państwie rejestracji. Powyższe kryterium wykorzystuje prawo polskie – przeniesienie siedziby zarejestrowanej w Polsce spółki za granicę powoduje, że traci ona byt w świetle prawa polskiego (ulega rozwiązaniu i należy przeprowadzić jej likwidację[524]). Poza kryterium rejestracji i miejsca siedziby powszechnie uznawane jest jeszcze miejsce siedziby zarządu (głównego biura) oraz główne miejsce prowadzenia działalności (Wyrozumska 1999: 179)[525].

Jako zaletę stosowania kryterium rejestracji podaje się, że stwarza ono stan dość dużej pewności prawa - powszechność jego używania sprawia, że jego obecność w porządkach krajowych jest przewidywalna. Dostrzegana jest jednak i jego zasadnicza wada, polegająca na tym, że związki przedsiębiorcy z państwem, w oparciu o którego prawo został stworzony mogą być wyjątkowo słabe, albo nawet żadne. W szczególności, przedsiębiorca wcale nie musi podejmować aktywności gospodarczej na obszarze tego państwa, w którym jest zarejestrowany[526]. Dlatego podnoszą się głosy, że o narodowości prawnej przedsiębiorstw powinno decydować kryterium rejestracji nie samodzielnie, lecz w kombinacji z innymi

[524]Siedziba polskiej spółki może się znajdować jedynie na terytorium Polski (art. 270 pkt 2 KSH). W ramach uprawnienia państwa do samodzielnego określenia kryterium powiązania mieści się kompetencja, by odmówić przedsiębiorcy (spółce) zachowania statusu osoby prawnej prawa krajowego, jeżeli zamierza on(a) zreorganizować się w innym państwie w taki sposób, by przenieść swoją siedzibę na jego terytorium, zrywając w ten sposób powiązanie przewidziane w prawie krajowym. Zob. jednak art. 19 ust. 1 ustawy z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1792, który modyfikuje normę wyrażoną w art. 270 pkt 2 KSH w odniesieniu do sytuacji przenoszenia siedziby spółki w ramach EOG.

[525] Prawo UE przyjmuje bardzo elastyczną formułę określając, jakie osoby prawne są w zakresie swobody przedsiębiorczości traktowane tak, jak obywatele państw członkowskich. Zgodnie z art. 54TFUE są to spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego, a nadto spełniające (alternatywnie) jedno z następujących kryteriów: (i) posiadanie statutowej siedziby, (ii) posiadanie zarządu (tj. głównego ośrodka zarządzania) lub głównego przedsiębiorstwa, na terytorium któregoś z państw członkowskich.

[526] De Schutter (2006:31) przytacza trafne spostrzeżenia L. Marby że: „Uzyskanie osobowości prawnej według prawa państwa rejestracji straciło wiele ze swego praktycznego znaczenia. W przeszłości większość działań przedsiębiorców oraz procesów decyzyjnych miało charakter lokalny, głównie z powodu trudności transportowych i komunikacyjnych oraz ze względu na wymagania prawne, takie jak np. zakaz, by funkcje kierownicze pełnili obcokrajowcy, albo np. nakaz, by zgromadzenia wspólników i posiedzenia zarządu odbywały się w państwie rejestracji. Dzięki temu istniał prawdziwy, istotny związek z państwem rejestracji. Dzisiaj fakt zarejestrowania przedsiębiorcy w danym państwie, czy też fakt, że zostało zorganizowane w oparciu o prawo tego państwa nie przesądza, że ta jurysdykcja stanowi centrum interesów gospodarczych tego przedsiębiorcy, ani że przedsiębiorca ten identyfikuje się wyłącznie z tym państwem albo ma z nim jakieś szczególne związki.", Linda A. Marby "Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Nationality", 87, Geo. L. J. 563, 565, (1999), tłum. własne.

okolicznościami świadczącymi o powiązaniach między państwem a „jego" osoba prawną. Nadanie „narodowości" tylko w oparciu o formalne kryterium rejestracji, bez dbałości o istnienie faktycznych związków pomiędzy państwem a przedsiębiorcą (spółką) pozostawia bowiem miejsce na zachowania patologiczne, które mogą mieć miejsce zarówno po stronie przedsiębiorców (spółek), jak i państw.

Odnośnie do praktyki działania przedsiębiorców wskazuje się, że powiązanie narodowości z państwem rejestracji może stanowić bezużyteczną fikcję ze względu na sposób funkcjonowania współczesnego świata biznesu. Niekiedy dany kraj jest wybierany jako miejsce rejestracji „z wygody", tj. ze względu na to, że dotyczące spółek regulacje prawne tego państwa podmiot zakładający spółkę ocenia jako najbardziej dogodne, w szczególności dające maksimum swobody przy nałożeniu minimum obowiązków, czy też ze względu na to, że państwo to oferuje ochronę interesów przedsiębiorcy. Brak faktycznych powiązań może powodować, że państwo rejestracji w praktyce nie będzie zdolne wykonywać władztwa nad zarejestrowanym w nim podmiotem. Jest to zjawisko odpowiadające co do istoty rejestrowaniu statków pod tzw. „tanimi banderami".

W kontekście prawa antymonopolowego – można sobie wyobrazić, iż spółka mająca polską przynależność państwową zakłada np. w Niemczech swoją spółkę córkę (mającą niemiecką przynależność państwową) po to tylko, aby „jej rękami" podejmować działania ze skutkiem dla rynków znajdujących się na terytorium RP i stanowiących zakazane przez polskie prawo praktyki antykonkurencyjne.

Z kolei – co do zachowań państw- wskazuje się na ryzyko, że stosowanie samego tylko kryterium rejestracji może być przez państwa traktowane jako instrument realizowania własnych interesów i tym samym nadużywane. Podporządkowanie krajowym regulacjom podmiotów niemających z tym państwem „rzeczywistego powiązania" służy temu, by mieć, w razie potrzeby – w oparciu o zasadę personalną czynną – podstawę do sprawowania jurysdykcji, podczas gdy jednocześnie państwo z premedytacją nie wypełnia obowiązku wykonywania rzeczywistego władztwa nad zarejestrowanym podmiotem (np. efektywnego egzekwowania nałożonych przez prawo wewnętrzne obowiązków)[527], co stanowi zaniedbanie z punktu widzenia współczesnych koncepcji solidarności międzynarodowej państw. W szczególności państwo może chcieć rejestrować spółki po to, by były one jego podatnikami. Nadużycie kryterium miejsca rejestracji spółki jako łącznika jurysdykcyjnego może prowadzić do przekroczenia reguł dotyczących prawowitego wykonywania jurysdykcji,

[527]Co do analogicznej kwestii w stosunku do statków wodnych i powietrznych zob. Wyrozumska (w:) Wyrozumska, Czapliński 1999: 179-181.

określonych w prawie międzynarodowym publicznym[528].

W pewnych stanach faktycznych państwa, aby przypisać przedsiębiorcom swoją „narodowość" stosują również inne kryterium – tzw. test kontroli[529]. Przesłanki sprawowania kontroli bywają określane w rożny sposób. Osoba prawna (spółka) może być traktowana jako przynależna do danego państwa dlatego, że jej wspólnicy lub członkowie zarządu są obywatelami (przynależnymi) tego państwa, albo – ogólniej – gdy ich obywatele sprawują w nich faktyczne kierownictwo. Test kontroli bywa powoływany sytuacjach, gdy państwa podejmują próby ochrony dyplomatycznej osób prawnych[530], ochrony inwestycji zagranicznych swoich obywateli (krajowych osób prawnych), w kontekście konfiskat własności nieprzyjacielskiej po konflikcie zbrojnym (Wyrozumska (w:) Wyrozumska, Czapliński 1999: 179, 195). Ostatnio – również na gruncie EKPC- w aspekcie obowiązku zapewnienia ochrony praw człowieka przez to państwo, które, w czasie trwania konfliktu zbrojnego, sprawuje efektywną kontrolę nad danym terytorium (Ryngaert 2006: 185; Wasiński 2012a), jak i w orzecznictwie sądów państw członkowskich UE na gruncie Rozporządzenia 1346/2000[531] dotyczącego prawa upadłościowego (Chilarski 2006). Zakres, w jakim stosowanie kryterium kontroli jest uznawane za legalne przez prawo międzynarodowe publiczne nie jest jeszcze ukształtowany.

Dokonany przez prawo krajowe dobór przesłanek decydujących o uznaniu osoby prawnej (spółki) za podmiot tego prawa determinuje zatem krąg podmiotów, do których może być stosowane prawo tego kraju w oparciu o zasadę personalną czynną. Przekłada się to w

[528]Jak zauważa de Schutter 2006:33, analiza tej materii prowadzi do wniosku, że „jako najistotniejsze z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego, jawi się nie tyle konieczność harmonizacji kryteriów, według których państwa mogłyby określać przynależność krajową osób prawnych, lecz to, jakie konsekwencje prawo międzynarodowe powinno wiązać z faktem, że państwo uznaje daną osobę prawną za mającą jego przynależną przynależność. Chodzi w szczególności o dwie kwestie. Po pierwsze- jak określić granice swobody państw w określaniu tych kryteriów. Po drugie- jakie powinny być, określone prawem międzynarodowym, zobowiązania państwa odnośnie wykonywania władztwa nad osobą prawną, której przyznał swoją „narodowość".(...) Dla prawa międzynarodowego publicznego ważne jest bowiem jednoznaczne ustalenie, jak daleko eksterytorialnie może sięgnąć jurysdykcja państwa oparta o zasadę personalną czynną.", tłum. własne.

[529] Nt. testu kontroli zob. też rozdział 1.2.3.

[530] W sprawie *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (*Belgium v. Spain),* ICJ Rep. 1970, 3, 105, dostęp na: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=50&p3=4 (3 stycznia 2015 r.), MTS uznał, że państwo (Belgia) nie ma prawa do powoływania się na przesłankę „kontroli" aby usprawiedliwić swoje kompetencje do wykonywania prawa do opieki dyplomatycznej wobec spółki, której udziałowcami byli obywatele tego państwa, podczas gdy sama spółka zarejestrowana była w innym państwie (Kanadzie). MTS uznał, że przynależność państwowa wspólników nie determinuje przynależności państwowej spółki, w której uczestniczą. Uzasadniając swoje stanowisko MTS odwołał się do koncepcji odrębności podmiotowości prawnych spółki i jej wspólników. W tym samym orzeczeniu uznał jednak - w sensie ogólnym i podkreślając wyjątkowość tego zabiegu - dopuszczalność odejścia od tejże koncepcji. Dlatego na podstawie tego orzeczenia trudno jest wywieść ogólną regułę, co do (nie)dopuszczalności stosowania kryterium „kontroli" jako powiązania determinującego „narodowość" osób prawnych.

[531]**Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego,** Dz. Urz. WE 2000 L 160/1.

określony sposób na możliwość stosowania prawa krajowego do spółek pozostających w grupach kapitałowych (spółek powiązanych kapitałowo), w sytuacji gdy spółka matka utworzyła spółki córki w innych państwach.

Mianowicie, jeżeli przyjąć test kontroli jako kryterium decydujące o „narodowości" spółek córek, wówczas uznamy, że mają one tę samą „narodowość" co spółka matka, która jest ich wspólnikiem, sprawującym kontrolę nad nimi. W konsekwencji – w oparciu o zasadę personalną czynną – państwo siedziby spółki matki mogłoby adresować swoje przepisy bezpośrednio do spółek córek. W literaturze anglojęzycznej określa się jako *foreign direct liability* (de Schutter 2006:31, zob. też przywołana tam literatura). Dobrym polskim odpowiednikiem tego sformułowania będzie: „bezpośrednie oddziaływanie eksterytorialne"[532].

Jednakże, jeżeli przyjąć jako łącznik kryterium miejsca rejestracji (utworzenia wg prawa państwa rejestrującego), spółka matka będzie przedsiębiorcą przynależnym do państwa, w którym została zarejestrowana, ale jej spółki córki (niezarejestrowane w tym samym państwie) będą miały przynależność państwową innych krajów (stosownie do obowiązujących w tych państwach przepisów). Państwo rejestracji spółki matki, jeżeli chciałoby mieć wpływ na zachowania jej spółek córek (wykonywać efektywne władztwo nad nimi), musiałoby zastosować mechanizm, określany jako *parent-based extraterritorial regulation* (regulacja eksterytorialna oparta na przynależności państwowej spółki matki"; w wolnym tłumaczeniu: „pośrednie oddziaływanie eksterytorialne"[533]. Polega on na tym, że państwo siedziby spółki matki musiałoby w swoim porządku prawnym wprowadzić normy dotyczące zachowania spółek córek, zaś odpowiedzialnością za naruszenie tych norm obciążyć spółkę matkę. Państwo siedziby spółki dominującej nie mogłoby bowiem wykonywać jurysdykcji nad spółkami córkami w oparciu o zasadę personalną czynną –.

Państwo rejestracji spółki dominującej może osiągnąć rezultat w postaci wpływania na zachowania jej spółek zależnych w oparciu o jeden z dwóch modeli. Pierwszy z nich to wprowadzenie mechanizmu odpowiedzialności za działania własne, opierającego się na normatywnym przypisaniu spółce dominującej zachowań jej spółek zależnych, drugi – to model odpowiedzialności za działania podmiotu trzeciego. Tego typu koncepcje znane są poza polskim systemem prawnym, choć taka dystynkcja nie zawsze jest w nich wyraźnie przeprowadzona. Modele te zostaną przedstawione poniżej. Prezentacja posłuży za punkt

[532] *Foreign direct liability* dosłownie oznacza: „bezpośrednia odpowiedzialność zagraniczna".

[533] Ze względów językowo-stylistycznych do określenia sytuacji, które w literaturze anglojęzycznej nazywa się *parent-based extraterritorial regulation* będę używać sformułowania „pośrednie oddziaływanie eksterytorialne". Zdaniem piszącej dobrze oddaje ono zawartość semantyczną angielskiego pierwowzoru.

wyjścia do rozważań, czy w zawarte w nich rozwiązania mogłyby zostać wykorzystane w prawie polskim w celu poprawy efektywności eksterytorialnego oddziaływania krajowych przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych.

4.3. Koncepcje zmierzające do przełamania prawnej odrębności spółek zrzeszonych w międzynarodowych grupach

4.3.1. Geneza

Trudności, jakie pociąga za sobą eksterytorialne stosowanie prawa – zarówno w sferze teoretycznych zagadnień prawa międzynarodowego, o czym była mowa w rozdziale 1, jak i w sferze praktycznej, o czym była mowa w rozdziale 3- zrodziły tendencję do poszukiwania rozwiązań, które wyłączą potrzebę tworzenia norm „ujawniających" wolę krajowego ustawodawcy by bezpośrednio oddziaływać na zdarzenia (osoby, rzeczy) poza jego terytorium (uniknięcie problemu eksterytorialności na etapie wykonywania jurysdykcji legislacyjnej) oraz zdejmą z krajowych organów ciężar podejmowania działań wobec podmiotów obcej narodowości lub poza terytorium krajowym (uniknięcie problemu eksterytorialności na etapie stosowania prawa), ale które jednocześnie zapewnią faktyczne, skuteczne ekstraterytorialne oddziaływanie prawa danego państwa. W orzecznictwie i doktrynie krajów *common law* próby budowania takich konstrukcji prawnych, zmierzających do zerwania z zasadą nieodpowiedzialności wspólników spółki kapitałowej za jej zobowiązania, można dostrzec od kilkudziesięciu lat. Istotne jest przy tym zastrzeżenie, że nie chodzi w nich o przeniesienie odpowiedzialności na wspólników będących osobami fizycznymi, lecz tylko tych będących osobami prawnymi (innymi spółkami). Podobne instytucje znane są również w prawie niemieckim, gdzie mówi się o tzw. prawie „koncernowym" (Błaszczyk 2013:13). Z konstrukcji tych próbuje się korzystać w związku z działalnością międzynarodowych grup kapitałowych, zwłaszcza w sprawach dotyczących ochrony środowiska i ochrony praw pracowników, w kontekście społecznej odpowiedzialności międzynarodowego biznesu (Wrońska 2013: 7-10, Ryngaert 2006: 182-184, Rosemann 2005: 14 i nast.)[534], wreszcie - również w sprawach antymonopolowych.

[534]Wyrazem istnienie takiej tendencji jest powstanie dokumentu „Norms on the human rights responsibilities of transnational corporations and other business enterprises" (Normy w zakresie odpowiedzialności za prawa człowieka dotyczące korporacji transnarodowych i innych przedsięwzięć gospodarczych), będący wynikiem prac Podkomisji ds. Promocji i Ochrony Praw Człowieka ONZ, opublikowany 3 sierpnia 2003 r. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), dostęp na: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=7440 (24 lipca 2015 r.). Status prawny tego dokumentu jest niejasny. W większości przedstawiciele doktryny odmawiają mu mocy wiążącej. Kontrowersje budzi zwłaszcza próba nałożenia przez ten dokument bezpośrednich obowiązków na podmioty prywatne (spółki matki). Więcej na ten temat zob. (Wrońska 2013, Rosemann 2005).

Próby te obejmują, między innymi[535], poszukiwanie metod oddziaływania prawa krajowego na przedsiębiorcę krajowego w taki sposób, aby to na owym przedsiębiorcy spoczywała prawna odpowiedzialność za działania jednostek organizacyjnych z nim powiązanych (spółek-córek, przedsiębiorców powiązanych, oddziałów, przedstawicielstw i in.) ulokowanych i podejmujących działania za granicą[536]. Można zatem powiedzieć, że mamy do czynienia z poszukiwaniem metod, dzięki którym *formalne* eksterytorialne stosowanie prawa zostanie zastąpione *faktycznym* eksterytorialnym stosowaniem prawa.

Znalezienie sposobu na pociągniecie do odpowiedzialności spółek matek międzynarodowych korporacji za naruszenia popełnione poza ich państwem ojczystym (państwem rejestracji), przez powiązane z nimi podmioty, za które to naruszenia spółki te są bezpośrednio lub pośrednio odpowiedzialne, jest istotnym praktycznym problemem (zarówno w sferze regulowanej przez prawo prywatne, jak i tej regulowanej przez prawo publiczne). Trudność w wyegzekwowaniu odpowiedzialności wiąże się ze sposobem, w jaki międzynarodowe grupy kapitałowe są zorganizowane. Z prawnego punktu widzenia aktywność gospodarcza o charakterze międzynarodowym może opierać się na trzech mechanizmach. Po pierwsze – możliwa jest bezpośrednia obecność spółki w państwie przyjmującym, poprzez podejmowanie tam czynności faktycznych związanych z prowadzoną działalnością lub otwarcie oddziału, przedstawicielstwa, biura (bądź innej jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przewidzianej w regulacjach państwa przyjmującego.) Po drugie – spółka może stworzyć odrębny podmiot z osobowością prawną, działający w oparciu o przepisy państwa przyjmującego, nad którym spółka będzie miała kontrolę (na przykład – poprzez posiadanie większości głosów w organach lub dzięki uprawnieniu do wybierania członków zarządu). Innymi słowy, chodzi o stworzenie relacji spółka dominująca – spółka zależna, która może przybierać różne formy, a której istotą jest posiadanie kontroli nad spółką zależną. Po trzecie – spółka może wejść w relacje umowne z kontrahentami operującymi poza jej krajem ojczystym. Nie zachodzi wówczas żadne powiązanie o charakterze inwestycyjnym (strukturalnym), niemniej, w określonych okolicznościach (np. przewagi kontraktowej) spółka może wywierać równie istotny wpływ na

[535]Drugi zasadniczy kierunek to próby rozszerzania zakresu oddziaływania zasady personalnej czynnej poprzez stosowanie w porządkach krajowych wielorakich kryteriów, rozszerzających krąg sytuacji, w których przedsiębiorca zostanie uznany za „krajowego", co wzmiankowano powyżej.

[536]W kontekście ochrony praw człowieka oraz ochrony środowiska chodzi zwłaszcza o to, by spółki matki z krajów „pierwszego" świata uczynić odpowiedzialnymi za naruszenia w tych dziedzinach, których dopuszczają się ich spółki córki z krajów „trzeciego świata". Często bowiem bywa tak, że regulacja tych zagadnień w krajach rozwiniętych nakłada daleko idące obowiązki i ograniczenia na przedsiębiorców, zaś w krajach rozwijających się brak takich regulacji bądź są one szczątkowe.

swojego zagranicznego partnera, jak to się zdarza w przypadku relacji pomiędzy spółką dominującą a spółką zależną.

Pierwsza sytuacja nie rodzi problemów związanych z jurysdykcją eksterytorialną z punktu widzenia państwa rejestracji spółki matki. Nie ma potrzeby, by szukać metod przypisywania tej spółce zachowań oddziału (wyodrębnionej części przedsiębiorstwa, innej jednostki bez osobowości prawnej) - działania i zaniechania takiej jednostki organizacyjnej zawsze będą traktowane jako działania spółki. Państwo ojczyste spółki może zatem wykonywać jurysdykcję wobec niej w oparciu o zasadę terytorialną (do zdarzeń mających miejsce na własnym terytorium) albo zasadę personalną czynną (do zdarzeń mających związek z funkcjonowaniem oddziału lub innej jednostki organizacyjnej, zaistniałych na terytorium państwa, w którym zlokalizowany jest tenże).

Druga i trzecia sytuacja są bardziej skomplikowane. Rozwikłanie pojawiających się w związku z nimi problemów prawnych wymaga znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy spółka dominująca może być pociągnięta do odpowiedzialności za zachowania swoich podmiotów zależnych. Ma to istotny walor praktyczny. Pamiętając o wszystkich wątpliwościach dotyczących dopuszczalnego zakresu jurysdykcji państw w aspekcie terytorialnym, należy przyjąć że państwa co do zasady nie są kompetentne do wykonywania jurysdykcji wobec zachowań przedsiębiorców prawa obcego (zarejestrowanych za granicą przedsiębiorców zależnych wobec przedsiębiorców krajowych), które zostały podjęte na terytorium innego państwa (np. na terytorium państwa, którego przynależność posiada podmiot zależny). Brak jest bowiem wówczas jakiegokolwiek łącznika jurysdykcyjnego. Metodą na „stworzenie" takiego łącznika jest obciążenie krajowej spółki matki odpowiedzialnością za działania jej spółek zależnych będących podmiotami prawa obcego. Tego rodzaju odpowiedzialność może być skonstruowana jako pochodna (zależna) odpowiedzialność spółki matki za zobowiązania spółki córki (odpowiedzialność za zachowanie podmiotu trzeciego) albo odpowiedzialność oparta na bezpośrednim (faktycznym lub opartym na prawnym domniemaniu) udziale spółki matki w zarzucanym zachowaniu. Stosowanie takich rozwiązań– prócz tego, że stanowi uzasadnienie pretensji jurysdykcyjnych państwa - zwiększa też prawdopodobieństwo uzyskania (od grupy kapitałowej) należnych sum (w szczególności- tytułem nałożonych kar administracyjnych[537]) w sytuacji, gdyby majątek spółki zależnej był ku temu niewystarczający.

Oczywistym, i jednocześnie zasadniczym zagadnieniem, które natychmiast przychodzi

[537] Odpowiedzialność oparta o taką konstrukcję może też dotyczyć cywilnych roszczeń odszkodowawczych.

na myśl w kontekście prawnej organizacji spółek kapitałowych jest to, że spółki „matka" i „córka" stanowią dwa odrębne podmioty prawa (posiadają odrębne osobowości prawne). Podstawową zasadą konstrukcyjną spółek kapitałowych jest też to, że wspólnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółki, w której uczestniczą (ryzykują jedynie utratę wniesionego kapitału). Zasada ta stała się „tarczą" chroniącą spółki dominujące przed odpowiedzialnością za zobowiązania jej spółek zależnych. Stosowanie jej do grup kapitałowych, powstających na skutek tworzenia przez spółki kolejnych spółek, jest, z perspektywy historycznej drogi rozwoju tej zasady, anomalią[538]. Pierwotnym celem tej doktryny było zachęcenie indywidualnych inwestorów (osób fizycznych) do kapitałowego angażowania się w przedsięwzięcia gospodarcze, pobudzanie zmysłu przedsiębiorczości, przy jednoczesnym ograniczeniu ryzyka strat do wysokości zaangażowanego kapitału[539]. Obecnie zasada nieodpowiedzialności wspólników jest stosowana również wówczas, gdy wspólnikami spółki są inne spółki Nie funkcjonuje ogólna zasada odpowiedzialności spółki dominującej (wspólnika) za zachowania jej spółki zależnej, wywodzona z samego tylko faktu istnienia takiego powiązania (sprawowania kontroli), mimo że w praktyce związki między tymi podmiotami mogą być bardzo ścisłe, a ich działania skoordynowane Nie przystaje to do współczesnej sytuacji, gdzie na porządku dziennym jest obejmowanie lub nabywanie udziałów w spółkach przez inne spółki, dzięki czemu te ostatnie (wspólnicy) wykorzystują tę możliwość po to, by „schować się" za wielowarstwowym parawanem ograniczonej odpowiedzialności i tym samym uniknąć ponoszenia konsekwencji pewnych operacji. Nadto, wskazuje się, że o ile omawiana zasada może być uznana za odpowiednią w stosunkach kontraktowych (w których obie strony z góry godzą się na pewne ryzyko związane z ograniczeniem odpowiedzialności kontrahenta), o tyle rodzi się pytanie, czy jest to konstrukcja odpowiednia w odniesieniu do deliktów i innych zachowań bezprawnych (de Schutter 2006 : 35, 36).

Ze względu na zgłaszane zastrzeżenia, sukcesywnie powstają wyłomy od zasady nieodpowiedzialności wspólnika będącego przedsiębiorcą dominującym za zobowiązania jego przedsiębiorców zależnych. Mają miejsce głównie w krajach kultury *common law* (w aspekcie odpowiedzialności deliktowej), ale również w orzecznictwie MTS, w kontekście

[538] Jak wskazuje (de Schutter 2006:36) w USA, gdzie doktryna nieodpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki krystalizowała się w drugiej połowie XIX w., gdy została już generalnie zaakceptowana, wciąż uważano za bezprawne, aby osoba prawna posiadała udziały w innej osobie prawnej. Takie rozwiązanie uznano za dopuszczalne dopiero po 1890 r. Na ten temat zob. też (Kubsik 2013:53).

[539] Co tradycyjnie określa się jako „ograniczoną odpowiedzialność". Identyczne w warstwie językowej określenia stosuje się w krajach anglojęzycznych - *limited liability*- i niemieckojęzycznych- *beschränkte Haftung*.

prawa międzynarodowego publicznego oraz w orzecznictwie ETS (TSUE). Poszukiwania metody przełamania zasady nieodpowiedzialności – jeżeli chodzi o relacje pomiędzy spółkami pozostającymi w „zgrupowaniach" - idą w trzech (zbliżonych) kierunkach.

Pierwszy z nich określa się jako „klasyczną" doktrynę *piercing the corporate veil*. Opiera się on na konstrukcji pośredniej odpowiedzialności spółki matki za zachowania spółki zależnej, przy czym powstanie tej odpowiedzialności warunkowane jest *faktycznym* brakiem ekonomicznej (decyzyjnej) samodzielności spółki zależnej (poddaniem jej całkowitej kontroli spółki matki).

Drugi bazuje na założeniu, że wzajemne powiązania spółek w międzynarodowych grupach kapitałowych są tak silne, że wykluczają ekonomiczną samodzielność spółek córek, wobec czego uzasadnione jest przyjęcie *domniemania*, iż każde zachowanie spółki zależnej powinno być traktowane jako zachowanie spółki dominującej (domniemanie poddania spółki córki całkowitej kontroli spółki matki)

Trzecie podejście abstrahuje od badania możliwości czynienia spółce matce zarzutu z tytułu zachowania spółki córki. Opiera się ono na konstrukcji odpowiedzialności spółki matki za własne zachowania (zarówno działania, jak i zaniechania), polegające na niedochowaniu należytej staranności w sprawowaniu kontroli nad spółką córką.

Wszystkie te konstrukcje mieszczą się w nurcie *parent-based extraterritorial regulation*.

4.3.2. Pośrednia odpowiedzialność spółki matki za zachowanie spółek zależnych - klasyczna doktryna *piercing the corporate veil* (rzeczywista kontrola nad spółką zależną)

Doktryna *piercing the corporate veil*[540] wykształciła się w *common law*. W obrazowym tłumaczeniu na polski, sformułowanie to oznacza „przebicie (przekłucie) korporacyjnej zasłony". W niemieckiej doktrynie używa się określenia *Durchgriff*, co można przetłumaczyć jako „bezpośrednie przejście roszczenia" (Kilian 2002:166). W polskiej literaturze, w odniesieniu do prawa spółek, używa się mniej poetyckich, niż angielskie, określeń, tj.(w szerszym ujęciu), „pominięcie (przełamanie) prawnej odrębności spółki", „nieuznanie tożsamości korporacyjnej", „ignorowanie tożsamości korporacyjnej", „pominięcie tożsamości spółkowej" (lub w węższym ujęciu) „przełamanie zasady

[540]Inne określenie to: *lifting the corporate veil* (dosłownie: „podniesienie korporacyjnej zasłony"). Używa się też sformułowania *disregarding the legal entity* (pol. „zignorowanie prawnej podmiotowości") lub *disregarding the corporate identity* (pol. „zignorowanie tożsamości korporacyjnej") .

nieodpowiedzialności wspólników w spółce kapitałowej", odpowiedzialność przebijająca" (Litiwińska-Werner 2007: 86, Gurgul 2010, Opalski 2012, Popłonkowska-Dębińska 2012 i powołana tam literatura, Krawczyk 2016:35, Kidyba 2017: komentarz do art. 151).

W klasycznym ujęciu doktryna *piercing the corporate veil* kładzie nacisk na precyzyjne zbadanie *faktycznych* związków pomiędzy przedsiębiorcą dominującym a zależnym, aby określić czy charakter tej relacji jest taki, że, z punktu widzenia kryteriów ekonomicznych uzasadnia on funkcjonowanie spółki córki jako formalnie odrębnej jednostki, czy też raczej, z jakichkolwiek powodów, prawne wyodrębnienie spółki córki nie odpowiada realiom ekonomicznym, ze względu na brak jakiejkolwiek samodzielności (pełną zależność od spółki matki). Podnosi się, że - w tym drugim przypadku – prawo powinno uwzględniać stosunki faktyczne, a nie formalne. Innymi słowy, spółka dominująca może być pociągnięta do odpowiedzialności za zachowania spółki zależnej wówczas, gdy wykorzystanie konstrukcji spółki (utworzenie spółki córki) stanowi nadużycie (ma służyć uniknięciu odpowiedzialności za bezprawne działania) lub gdy oparcie rozstrzygnięcia na formalnej odrębności (w oderwaniu od stanu rzeczywistego) byłoby niesprawiedliwe (de Schutter 2006:37).

Jako kryterium służące ocenie, czy spółka zależna dysponuje odpowiednim zakresem samodzielności proponuje się badanie, czy kontrola wykonywana przez spółkę matkę nie jest „nadmierna". Stan nadmiernej kontroli zachodzi wówczas, gdy: spółka córka „nie ma własnej woli", „nie egzystuje samodzielnie", „jest jedynie instrumentem w rękach spółki matki", „jest „agentem spółki matki", w sensie ekonomicznym obie spółki stanowią jedno przedsięwzięcie gospodarcze, zaś wyodrębnienie dwóch osób prawnych jest czystą prawną fikcją i ma miejsce tylko „na papierze", spółka córka mogłaby równie dobrze funkcjonować jako oddział spółki matki, spółka córka jest „wydmuszką", przy tym niedostatecznie finansowaną a interesy grupy kapitałowej są połączone do tego stopnia, że nie da się oznaczyć granic pomiędzy działaniami poszczególnych spółek. Wówczas spółka matka ponosi odpowiedzialności za te zachowania (tzw. odpowiedzialność „pośrednia" lub „zależna", ang. *indirect liability, derivative liability*). W procesie dowodzenia, aby ustalić ww. okoliczności, bada się np. zakres (rozmiar), treść i terminy (ramy czasowe) korespondencji między spółkami dotyczącej zdarzenia, za które spółka dominująca ma być pociągnięta do odpowiedzialności. Przytoczone przykładowo przesłanki oceny zaczerpnięte są z orzecznictwa sądów amerykańskich[541]. Ich lista nie jest wyczerpująca, nie stworzono

[541]Przytoczenie za: (de Schutter 2006:38. Zob. również Litwińska-Werner 2007:94, 95).

również żadnej ich hierarchii. Stan ten powoduje, że, z jednej strony, powstaje sytuacja braku pewności prawa dla przedsiębiorców, których odpowiedzialność miałaby być ustalana, zaś z drugiej – na podmiocie, który chce udowodnić taką odpowiedzialność spółki matki spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodów, które, nie dość, że są trudne same w sobie (w sensie procesowym – z punktu widzenia możliwości pozyskania środków dowodowych i wykazania prawdziwości stawianej tezy), to jeszcze ich zakres (przedmiot) jest trudny do ustalenia.

Jak wspomniano, nawiązania do doktryny *piercing the corporate veil* znajdziemy także w orzecznictwie MTS. W przywoływanej już sprawie *Barcelona Traction* MTS odniósł się do tej doktryny, podkreślając jednak, że korzystanie z niej można uznać za usprawiedliwione tylko w wyjątkowych wypadkach-wówczas, gdy konstrukcja osobowości prawnej została wykorzystana w sposób sprzeczny z intencją, która przyświecała tworzeniu przepisów o danym typie osoby prawnej. Zdaniem MTS odrębność osoby prawnej od jej członków nie może być traktowana jako absolutna, zaś prawo, konfrontowane z ekonomiczną rzeczywistością, musi zapewnić skuteczne środki ochrony. Korzystanie z doktryny *piercing the corporate veil* powinno służyć ochronie interesów zarówno członków osób prawnych (wspólników), jak i podmiotów trzecich, wchodzących w relacje z osobami prawnymi, a w szczególności temu, by zapobiegać nadużyciom przywilejów wynikających z konstrukcji osobowości prawnej (np. w przypadkach oszustw lub malwersacji), chronić kredytodawców i kupujących, zapobiegać uchylaniu się od wykonywania obowiązków nałożonych przez przepisy prawa bądź umowy.

Odzwierciedleniem doktryny *piercing the corporate veil* w prawie antymonopolowym UE jest doktryna *single economic unit*. Koncepcja ta odwołuje się do ekonomicznej jedności podmiotów, mających odrębne osobowości prawne. Zdaniem (Semeniuka 2015:81) najbardziej reprezentatywną cechą *single economic unit* („jednego organizmu gospodarczego”*)* jest posiadanie jednego, samodzielnego interesu gospodarczego rozumiane jako gotowość do ponoszenia strat prze część zintegrowanych zasobów w imię maksymalizacji zysku całości tych zasobów. Doktryna ta była stosowana w orzecznictwie ETS pierwotnie do dokonania materialnoprawnej oceny, czy miało miejsce antykonkurencyjne porozumienie w rozumieniu art. 85 Traktatu EWG[542]. W celu przypisania spółce dominującej odpowiedzialności za zachowania spółek, których była udziałowcem i nad

[542]Np. w sprawie *Béguelin* Trybunał uznał, że spółka matka i spółka córka stanowią „jeden organizm gospodarczy”, jeżeli ta druga nie dysponuje ekonomiczną niezależnością. W konsekwencji stwierdził, że zawarte pomiędzy takimi spółkami porozumienie dystrybucyjne nie wchodzi w zakres przedmiotowy art. 85 Traktatu EWG (skoro między spółkami nie zachodzi stosunek konkurencji, to uzgodnienia czynione pomiędzy nimi nie mogą mieć antykonkurencyjnego charakteru).

którymi wykonywała kontrolę ETS zastosował ją w sprawie *Imperial Chemical Industries* (omawianej szerzej w rozdziale 2.1.1.). Uznał, że jeśli przedsiębiorca (mający siedzibą poza obszarem WE) w procesie sprawowania kontroli nad swoimi przedsiębiorcami zależnymi, (mającymi siedziby na obszarze UE), nakazuje im podjęcie zachowania stanowiącego antykonkurencyjną praktykę, zachowanie przedsiębiorców zależnych musi być potraktowane jako zachowanie przedsiębiorcy dominującego[543]. Okoliczność, że podmioty te mają osobowość prawną i każdy z nich jest jednostką formalnie odrębną od przedsiębiorcy dominującego, nie może stanowić dla tego ostatniego „tarczy", która uchroni go od odpowiedzialności, skoro podmiot zależny nie podejmuje samodzielnie decyzji co do swojego zachowania na rynku, a jedynie wypełnia instrukcje spółki matki. Trybunał określił dwa warunki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorca zależny (przedsiębiorcy zależni) mogli być traktowani jako „jeden organizm gospodarczy" (ang. *single economic unit*). Po pierwsze-przedsiębiorca dominujący musi mieć zdolność decydującego wpływu na zachowania podmiotu zależnego. Po drugie- rzeczywiście wykorzystać tę zdolność w sprawie będącej przedmiotem sporu. W takich okolicznościach formalna odrębność, wynikająca z tego że każda ze spółek ma własną osobowość prawną, w procesie stosowania reguł konkurencji nie może przesłaniać jedności zachowań tych spółek na rynku.

Warto podkreślić, że w sprawie *ICI I* posłużenie się koncepcją *single economic unit* służyło dwóm celom. Po pierwsze- istotne było uzasadnienie obciążenia spółki matki odpowiedzialnością (karą) za działania jej spółek zależnych. Trybunał uznał, że okoliczność, iż spółka matka wywiera decydujący wpływ na działania rynkowe spółek córek uzasadnia obciążenie jej finansową odpowiedzialnością za te działania (Nikpay, Faull (w:) Nikpay, Faull (red.) 2007:206)[544]. Równie istotne było jednak uzasadnienie pretensji jurysdykcyjnych

[543]Wyrok ETS w sprawie *ICI I* oparty został na nieczęsto spotykanym zabiegu, polegającym na tym, że stosowanie prawa *forum* zostało rozciągnięte na akty spółki dominującej, zarejestrowanej w państwie trzecim, z powodu czynów popełnionych na terytorium *forum.* przez jej przedsiębiorców zależnych *(*ściślej – chodziło o skutki działań tych podmiotów zależnych, które wystąpiły na terytorium EWG*)*. Z reguły jest odwrotnie – tj. próby ekstraterytorialnego stosowania prawa państwa *forum* są podejmowane wówczas, gdy podmioty zależne, choć utworzone w państwie trzecim, są faktycznie kontrolowane przez spółkę z siedzibą w państwie *forum*.

[544]Doktrynę *single economic unit* przyporządkowano tutaj do koncepcji, które kładą nacisk na faktyczne wywieranie wpływu przez przedsiębiorcę dominującego na przedsiębiorcę zależnego. Trzeba jednak przyznać, że przyporządkowanie jej do opisywanych tu modeli sprawia trudności, z kilku powodów. Po pierwsze, w orzecznictwie ETS *doktryna single economic unit* ewoluuje. Ewolucja ta doprowadziła do wykształcenia się domniemania rzeczywistego wykonywania kontroli przez spółkę dominującą (zob. 4.3.3). Po drugie - płaszczyzny i „przypisania odpowiedzialności" (finansowej) za zachowanie i „przypisania zachowania" nie są wyraźnie rozdzielone, co sprawia wrażenie, że chodzi o odpowiedzialność za własne działania spółki matki. W sprawie *ICI I* pojęcia te są używane zamiennie, przy czym akurat ta sprawa jest o tyle szczególna, że „przypisanie zachowania" spółce macierzystej miało uzasadnić jurysdykcję na gruncie zasady terytorialnej (por. rozdz. 2.1.2.1). W tym celu przyjęto prawną fikcję, że spółka matka „rękami" spółek zależnych podejmowała

Wspólnoty wobec spółki matki, która była przedsiębiorcą zagranicznym. W sprawie *ICI I* Trybunał zastosował prawną fikcję, iż zachowanie spółki zależnej (mającej siedzibę na terytorium Wspólnoty) uważa się za zachowanie przedsiębiorcy macierzystego, o ile to wywiera ono decydujący wpływ na działania rynkowe tej spółki. Rozumowanie to miało uzasadnić twierdzenie, iż (zagraniczny) przedsiębiorca macierzysty podjął pewne działania na terytorium Wspólnoty, a zatem wolno jej wykonywać jurysdykcję w stosunku do niego z tytułu tych działań, w oparciu o tradycyjnie rozumianą zasadę zwierzchnictwa terytorialnego

4.3.3. Pośrednia odpowiedzialność spółki matki za zachowania spółki zależnej - domniemanie kontroli w przedsiębiorstwie zintegrowanym

Druga ze wskazanych metod pokonywania problemów z eksterytorialnym stosowaniem prawa opiera się na domniemaniu, że spółka matka wykonuje efektywną kontrolę nad działaniami swoich spółek zależnych. Koncepcja ta kładzie nacisk na postrzeganie międzynarodowych korporacji jako konglomeratu jednostek tworzących w sensie ekonomicznym jeden byt (ang. *single economic unit*, *single economic entity* lub *single integrated enterprise*), w którym każda z tych jednostek wykonuje konkretne zadania. W ramach podziału tych zadań obowiązkiem przedsiębiorcy dominującego jest zapewnienie fachowej wiedzy i doświadczenia, technologii, nadzoru i finansowania. W tej koncepcji spółka dominująca ponosi odpowiedzialność za wszystkie naruszenia, które są wynikiem zaniedbania w wykonywaniu którejkolwiek z jej funkcji. Wykonywanie kontroli uzasadnia obciążenie spółki matki odpowiedzialnością za naruszenia prawa, których dopuściły się jej podmioty zależne. Można powiedzieć, że omawiane ujęcie jest modyfikacją „klasycznej" doktryny *piercing the corporate veil* polegającą na tym, że na skutek posłużenia się domniemaniem wykonywania kontroli ciężar dowodu przeciwnego przeniesiony został na podmiot(y), którym zarzuca się niedozwolone zachowanie. Innymi słowy, omawiana koncepcja traktuje zachowanie spółki córki jako zachowanie spółki matki, ponieważ opiera się na domniemaniu, że przedsiębiorca zależny podlega tak dalece idącej kontroli ze strony spółki matki, że jest jedynie instrumentem w jej rękach.

W tym kierunku zdąża koncepcja *single economic unit* w prawie konkurencji UE. Orzecznictwo w dalszym ciągu wymaga spełnienia dwóch ww. warunków- tj. możliwości

działania na obszarze Wspólnoty. Celem tego orzeczenia nie było wyraźne koncepcyjne wyodrębnienie płaszczyzn „przypisania zachowania" i „przypisania odpowiedzialności". Po trzecie – orzecznictwo nie jest konsekwentne w tym zakresie. Możliwe jest też obciążenie spółki matki karami finansowymi za zachowania jej podmiotów zależnych, które nie są traktowane jako zachowania spółki matki (Peretz, Ward, Kreisberger (w:) Roth, Rose (red.) 2008: 1328 i nast.)

wywierania przez spółkę dominującą decydującego wpływu na spółkę zależną i faktycznego wywierania tego wpływu. Zmieniają się jednak reguły dotyczące ciężaru dowodu (zob. wyroki w sprawach *AEG*[545] oraz *Stora*[546]). Jeszcze w orzeczeniach z 2006 roku podkreślano, że to na KE ciąży obowiązek wykazania, iż taki wpływ rzeczywiście miał miejsce, zaś wymagany standard tego dowodu był niższy w sytuacji, gdy spółka dominująca posiadała 100% akcji (udziałów) w spółce zależnej (Peretz, Ward, Kreisberger (w:) Roth, Rose, (red). 2008: 1328, 1329 i powołane tam orzeczenia). Obecnie przyjmuje się domniemanie, że spółka dominująca posiadająca 100% udziałów (akcji) spółki zależnej nie tylko zawsze może wywierać decydujący wpływ na jej zachowanie, ale takowy wpływ rzeczywiście wywiera. Jest to domniemanie wzruszalne – ciężar jego obalenia spoczywa na spółce dominującej. Stanowi to niewątpliwe ułatwienie dowodowe dla Komisji. Zasadność posłużenia się takim domniemaniem ETS uznał np. w sprawach *Akzo Nobel*[547]*, Standard Commercial Tobacco*[548] *czy GIS*[549]

Metodę opartą na podobnym rozumowaniu znaleźć można w legislacji USA, która stanowi odpowiedź, z jednej strony, na praktyczne trudności dowodowe związane ze stosowaniem doktryny pierwotnej odmiany *piercing the corporate veil* (zob. wyżej), z drugiej- na próby nadużywania konstrukcji nieodpowiedzialności wspólników w spółce w celu obejścia założeń polityki legislacyjnej. Ustawodawca amerykański w niektórych przepisach wyraźnie określa, że jego intencją jest „objęcie zasięgiem" tych przepisów również przedsiębiorców zagranicznych kontrolowanych przez podmioty krajowe, będące bezpośrednimi adresatami tych przepisów. Współcześnie taką metodę legislacji stosuje się w przepisach dotyczących ochrony praw pracowników, aby nie dopuścić do obejścia tych przepisów poprzez tworzenie zagranicznych spółek, jak również po to, by określić, pod jakimi warunkami stosowanie amerykańskich przepisów o ochronie pracowników ma rozciągać się na działania zagranicznych spółek podległych przedsiębiorcom amerykańskim. Przykładem

[545]Wyrok Trybunału z 25 października 1983 r., *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C- 107/82, Zb. Orz. 1983-3151.

[546] Wyrok Trybunału z 16 listopada 2000 r. *Stora Kopparbergs Bergslags AB przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, C-286/98* P, Zb. Orz. 2000 I-9925.

547 Wyrok Trybunału z 10 września 2009 r., *Akzo Nobel NV i inni przeciwko Komisji,* C-97/08 P, Zb. Orz. 2009 I-8237.

[548] Wyrok Trybunału z 19 lipca 2012 r., *Alliance One International Inc. i Standard Commercial Tobacco Co p-ko Komisji Europejskiej oraz Komisja Europejska p-ko Alliance One International Inc. i in*., sprawy połączone S C-628/10 P i C-14/11 P, Zb. Orz. elektr. 2012.

[549] Streszczenie decyzji Komisji z 24 stycznia 2007 r., *Rozdzielnice z izolacją gazową*, sprawa COMP/F/38.89 (sprawa *GIS*), **wyrok Sądu z 12 lipca 2011 r.,** T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd, przeciwko, Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 2011 II-4091, motyw 229, **wyrok Sądu z 3 marca 2011 r.,** *Areva i in. przeciwko Komisji Europejskiej*, **sprawy połączone** T-117/07 i T-121/07, Zb. Orz. 2011 II-633, motywy 179-184 i 196. Szerzej na temat orzecznictwa odnośnie tego zagadnienia zob. również (Stefanicki: 2011).

zastosowania takiej metody legislacyjnej jest *American with Disabilities Act*, z roku 1999. Ustawa ta zabrania dyskryminacji niepełnosprawnych w zatrudnieniu. Jej eksterytorialne oddziaływanie ma zapewnić przyjęte w niej domniemanie, zgodnie z którym, jeśli „pracodawca" [przedsiębiorca amerykański] kontroluje przedsiębiorcę „obcej narodowości", jakakolwiek praktyka dyskryminacyjna w zatrudnieniu, której dopuścił się kontrolowany, będzie traktowana jak praktyka, której dopuścił się amerykański pracodawca. Domniemanie to jest niewzruszalne. Jednakże, aby pozostawać w zgodzie z zasadą czynnego zwierzchnictwa personalnego wyraźnie wyłącza się stosowanie tego domniemania do osób zagranicznych, które nie są kontrolowane przez amerykańskich pracodawców. Przytoczony sposób regulacji w praktyce zmusza pracodawców amerykańskich, którzy mieszczą się w podmiotowym zakresie obowiązywania ww. ustawy, by zapewnili, że podległe im spółki zagraniczne nie złamią zakazu dyskryminacji niepełnosprawnych w zatrudnieniu. Ustawa stanowi również, że okoliczność, czy pracodawca amerykański ma zdolność sprawowania kontroli nad zagranicznym przedsiębiorcą będzie badana w oparciu o następujące kryteria: (i) wzajemne powiązanie ich działań, (ii) wspólne zarządzanie, (iii) scentralizowana kontrola kwestii dotyczących stosunków pracy oraz (iv) współwłasność lub kontrola finansowa[550].

Chociaż rozwiązania legislacyjne nawiązujące do koncepcji *single economic unit* są obecne w prawie amerykańskim, nie oznacza to, że mają w tym porządku prawnym charakter powszechny. W sprawie *Motorola*[551] (zob. rozdz. 2.2.6.3.) spółka matka tego koncernu (zarejestrowana w USA), w oparciu o omawianą koncepcję, domagała się by uznać, że cała międzynarodowa grupa kapitałowa powinna być traktowana jako jedno przedsiębiorstwo. Celem spółki matki było uzasadnienie jej uprawnienia do wytoczenia przed amerykańskim sądem powództwa nie tylko o naprawienie szkód, które ona sama poniosła na skutek naruszenia postanowień ustawy Shermana przez producentów wyświetlaczy ciekłokrystalicznych, ale również szkód, które z tego powodu poniosły jej podmioty zależne. Sąd odrzucił przedstawioną przez Motorolę koncepcję, twierdząc, że prawo USA co do zasady uznaje odrębność osobowości prawnych spółek zorganizowanych w grupy kapitałowe (kontrolowanych lub powiązanych). Przyznał wprawdzie, że konstrukcja *piercing corporate veil* nie jest obca amerykańskiemu prawu, ale by znalazła zastosowanie muszą zostać

[550] 42 U.S.C. § 12112 (c), przytoczenie za: (de Schutter 2006: 39). Zob. tamże nt. innych aktów prawnych USA, w których zastosowano podobne rozwiązania legislacyjne.

[551] *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, No. 14-8003 (7th Cir. 2014), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/14-8003/14-8003-2015-01-12.html (10 grudnia 2016 r.).

spełnione ściśle określone przesłanki. Z przywołanego przez sąd innego orzeczenia[552], wynika, że korporacyjna zasłona może zostać „przebita", jeżeli zaniechanie tego: (i) spowodowałoby nieuczciwe wzbogacenie jednej ze stron sporu, (ii) pozwoliłoby na uniknięcie odpowiedzialności przez spółkę matkę, która spowodowała, że powstały zobowiązania obciążające jej spółkę zależną i że nie jest ona w stanie ich spłacić, (iii) umożliwiłoby byłym wspólnikom uniknięcia wykonania zobowiązań, (iv) pozwoliłoby na utrzymywanie takiego sposobu organizacji spółek, w którym aktywa znajdują się u podmiotu nieobciążonego odpowiedzialnością, zaś zobowiązania obciążają spółkę pozbawioną aktywów. Pominięcie osobowości prawnej spółek dopuszczalne jest również wówczas, gdyby zaniechanie tego oznaczało usankcjonowanie oszustwa bądź akceptację faktu wyrządzenia krzywdy[553].

Koncepcja „przedsiębiorstwa zintegrowanego", opierając się na założeniu, że przedsiębiorca dominujący efektywnie wpływa na zachowania przedsiębiorcy zależnego, pozostaje w zgodzie ze współczesnym kierunkiem ewolucji sposobu organizowania się międzynarodowych korporacji. Znakomicie istotę funkcjonowania „przedsiębiorstw zintegrowanych" oddają następujące słowa: >>Zdolność tych ponadgranicznych organizacji do dystrybuowania istotnych ilości towarów w sposób sprawny oraz względnie małym kosztem, jak również standaryzacja produktów w skali globalnej, spowodowała przekształcenie klasycznego pojmowania związków pomiędzy spółką matką a jej podmiotami zależnymi. W wielu przypadkach spółka matka występuje jako koordynator zachowań swoich podmiotów zależnych, działających jako sieć jednostek, pomiędzy które rozdzielone są określone funkcje. Rodzaj tych funkcji (specjalizacji) nie ma związku z położeniem geograficznym tych podmiotów. Nazywa się to procesem „dzielenia na oddziały" (ang. *divisionalization*). Wskazuje się, że w przeszłości spółki dominujące nie zajmowały się w takim zakresie strategicznym koordynowaniem współdziałania swoich zagranicznych podmiotów zależnych. Zagraniczne podmioty powiązane były traktowane jako dalekie „wypustki", jako samodzielni „lennicy" operujący niezależnie, a jedynie zobowiązani do

[552] *On Command Video Corp. v. Roti*, 705 F.3d 267 (7thCir. 2013); dostęp na: http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1620665.html (10 grudnia 2016 r.).

[553] Sąd nie dopatrzył się spełnienia tych przesłanek w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy. Warto jednak dostrzec specyfikę tej sprawy, która zapewne nie była bez znaczenia. Mianowicie, zamiarem Motoroli było doprowadzenie do „rozciągnięcia" jurysdykcji sądów amerykańskich na roszczenia dotyczące szkód doznanych przez zagraniczne podmioty (jej spółki zależne) poza terytorium USA, na skutek zachowań innych podmiotów zagranicznych, które również miały miejsce poza tym terytorium. Sądy amerykańskie współcześnie bronią się przed tendencją zagranicznych przedsiębiorców by wytaczać przed tymi sądami powództwa przeciwko innym zagranicznym przedsiębiorcom. Szerzej na ten temat zob. (Molski 2005:799) i nast. Szerzej nt. konstrukcji *piercing the corporate veil* w prawie USA zob.(Litwińska-Werner 2007:94 i nast.).

zapłaty dywidendy do „centrali". Obecnie niektóre międzynarodowe firmy wprowadzają integrację działań produkcyjnych i dystrybucyjnych w wielu krajach, na skalę regionalną i globalną. Podległe spółki zagraniczne, które kiedyś wytwarzały i sprzedawały produkty tylko w kraju, w którym były zlokalizowane, obecnie zaopatrują rynki regionalne lub światowe, w tym, w wielu przypadkach, rynki w kraju, w którym siedzibę ma spółka matka. W tym procesie istnienie nowych struktur organizacyjnych sprawia, że osoby zarządzające w spółce matce są zwierzchnikami menedżerów szczebla lokalnego. Systemy zachęt są zaprojektowane w taki sposób, aby pobudzić do współpracy pracowników zatrudnionych w różnych spółkach powiązanych. Programy i systemy praktyk mają na celu zaszczepienie u różnych grup pracowników, rozrzuconych po całym świecie, poczucia wspólnego celu oraz wspólnych metod działania.<< [554].

4.3.4. Bezpośrednia odpowiedzialność spółki matki za własne zachowania – prawny obowiązek zapewnienia zgodności z prawem zachowań spółek zależnych

Trzecią metodą przełamania prawnej odrębności spółki córki i spółki matki jest konstrukcja bezpośredniej odpowiedzialności przedsiębiorcy dominującego za jego własne czyny. Podobieństwo tej metody do koncepcji opisywanych powyżej wynika ze wspólnego im założenia, że przedsiębiorca dominujący „nadmiernie" kontroluje zachowania jego podmiotów zależnych. Istotna różnica polega na tym, że w omawianym wariancie okoliczność ta staje się przyczyną nałożenia na spółkę dominującą prawnego obowiązku kontrolowania spółek zależnych pod kątem legalności ich zachowań. O ile omówione wcześniej koncepcje okoliczność wykonywania „nadmiernej" kontroli traktują jako ustalenie tylko w zakresie faktów (odpowiednio – rzeczywistych lub domniemanych) omawiany wariant nie tylko przyjmuje domniemanie, że taka kontrola ma miejsce, ale nadto czyni istnienie takiego powiązania podstawą nałożenia na spółkę matkę obowiązku zapewnienia, że jej podmioty zależne będą działały zgodnie (z określonymi[555]) przepisami prawa.

Model odpowiedzialności bezpośredniej spółki matki może występować w dwóch odmianach Pierwszej - w której ową odpowiedzialność podmiotu dominującego wiązałoby się tylko z jego działaniem, w drugiej (szerzej) – zarówno z działaniem, jak i z zaniechaniem. W modelu przyjmującym wyłącznie działanie jako podstawę odpowiedzialności, przedsiębiorca dominujący, chcąc uniknąć odpowiedzialności, winien w ogóle powstrzymać

[554]Linda A. Marby, "Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Nationality", 87, *Geo. L. J.* 563, 565, (1999), przytoczenie za: (de Schutter 2006: 40, 41).

[555]Określenie zakresu działań spółki zależnej, za który odpowiedzialność ponosi spółka dominująca zależy od decyzji ustawodawcy.

się od angażowania w działalność podmiotu zależnego, bądź też zachowywać jedynie „strategiczną kontrolę" (istotną ze względu na swoją wiedzę i doświadczenie), zaś działania wykonawcze – z których podjęciem wiąże się ryzyko zarzutu naruszenia prawa – winien pozostawić w gestii podmiotu zależnego. Z kolei wprowadzenie modelu odwołującego się do odpowiedzialności za zaniechanie wzmaga tendencję do wykonywania ścisłej kontroli nad spółkami zależnymi.

Koncepcję odpowiedzialności bezpośredniej za działanie zastosowano w orzeczeniu brytyjskiej Izby Lordów w sprawie *Connelly vs. RTZ Corporation plc i in.*[556]. Powództwo o odszkodowanie w tej sprawie wytoczył były pracownik Rossing Uranium Ltd. (R.U.L.). R.U.L. była namibijską spółką córką pozwanej, RTZ Corporation plc. z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie. Powód zarzucał, że na skutek pracy w kopalni uranu prowadzonej przez R.U.L. zachorował na raka krtani. Powództwo skierowane było przeciwko spółce brytyjskiej, ponieważ to ona właśnie stworzyła politykę ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i ochrony środowiska dla spółki namibijskiej lub też doradzała tej ostatniej w procesie ustalania owej polityki. Argumentem powoda nie było więc (jak by to miało miejsce w klasycznej doktrynie *piercing the veil*) że odrębność osobowości prawnych ww. spółek powinna być traktowana jako oszukańcza metoda ograniczenia odpowiedzialności spółki dominującej, pozostająca bez związku z realiami ekonomicznymi. Powód argumentował, że sama R.T.Z. swoim własnym działaniem, przyczyniła się do powstania szkody na osobie. Taki argument powoda nie miałby szans powodzenia, gdyby R.T.Z. - zamiast aktywnie uczestniczyć w tworzeniu wzmiankowanych polityk – zignorowała ryzyko związane z wydobyciem uranu i zachowywała się jak „zwykły" wspólnik, interesując się jedynie wynikami finansowymi R.U.L, nie próbując uzyskać informacji o jej działaniach nakierowanych na ochronę zdrowia pracowników, nie mówiąc już o angażowaniu się w tworzenie podstaw organizacyjnych dla tych działań.

Z kolei w sprawie *Lubbe i inni vs. Cape plc*[557], również zawisłej przed Izbą Lordów, przedmiotem badania było zaniechanie spółki matki. W tej sprawie ponad 3000 powodów domagało się odszkodowania z tytułu szkód na osobie (w niektórych przypadkach również z tytułu śmierci). Były one wynikiem kontaktu z azbestem, w kopalniach, które do 1948 roku były własnością pozwanej, a następnie jej południowoafrykańskiej spółki córki, której pozwana była jedynym wspólnikiem. Powstanie szkód na osobie wiązano również z

[556] *Connelly v. RTZ Corporation plc* and Others [1997] UKHL 30; [1998], przytoczenie za: (de Schutter 2006: 42.)

[557] *Lubbe* v. Cape Plc. [2000] UKHL 41, 1 W.L.R 1545 (H.L.), przytoczenie za: (de Schutter 2006: 43).

zamieszkiwaniem na obszarach zanieczyszczonych w związku z działaniem kopalni. Powodowie stali na stanowisku, że spółka matka wiedząc, że ekspozycja na oddziaływanie azbestu jest szkodliwa dla zdrowia, nie podjęła odpowiednich środków w celu zapewnienia odpowiednich metod pracy i ochrony bezpieczeństwa pracy. Nacisk w tej sprawie położony był na to, czy spółka dominująca, która doradza zagranicznej spółce córce i *de facto* kontroluje działania operacyjne oraz wie (bądź powinna wiedzieć), że działania te łączą się z ryzykiem dla zdrowia, ma – z punktu widzenia odpowiedzialności deliktowej- obowiązek dbałości o osoby, których ryzyko to dotyka. Innymi słowy, przedmiotem badania była kwestia, jak określić miernik należytej staranności (ang. *due dilligence*), tj. granice odpowiedzialności spółki matki, która sprawuje ścisłą kontrolę operacyjną nad spółką córką, za zachowania tej ostatniej.

4.3.5. Sprawowanie kontroli w ramach grupy kapitałowej jako narzędzie jurysdykcji eksterytorialnej

Jak wynika z przedstawionych rozważań, sam „test kontroli" jako bezpośrednia podstawa wykonywania przez państwa jurysdykcji nad podmiotami zagranicznymi, z powołaniem się na zwierzchnictwo personalne, nie znajduje szerokiej akceptacji. Jednak samo zjawisko kontrolowania podmiotów zależnych przez podmioty dominujące jest wykorzystywane w celu oddziaływania prawa państwa *forum* na przedsiębiorców zagranicznych, za pośrednictwem przedsiębiorców państwa *forum*, w oparciu o zasadę czynnego zwierzchnictwa personalnego. Służą temu koncepcje zmierzające do pominięcia odrębności prawnej spółek skupionych w grupach kapitałowych. Koncepcje te torują sobie one drogę zarówno w prawie wewnętrznym poszczególnych państw, w prawie międzynarodowym publicznym, jak również w prawie konkurencji UE.

Tradycyjnie rozumiana doktryna *piercing corporate veil* wymaga wykazania rzeczywistego wykonywania „nadmiernej" kontroli. Jej bardziej współczesna odmiana opiera się na domniemaniu wykonywania takiej kontroli. Z kolei konstrukcja bezpośredniej odpowiedzialności przedsiębiorcy dominującego z występowania zjawiska nadmiernej kontroli czyni uzasadnienie dla tworzenia instytucji prawnych, nakładających na takiego przedsiębiorcę obowiązku zapewnienia, by jej (zagraniczne) spółki zależne działały zgodnie z prawem.

Reguła *Lotus* nie zabrania takiego kształtowania zakresu czynnego zwierzchnictwa personalnego, jaki proponują opisane doktryny. Koncepcja bezpośredniej odpowiedzialności krajowego przedsiębiorcy dominującego (za własne czyny) oraz koncepcja „przedsiębiorstwa

zintegrowanego" (oparta na domniemaniu nieograniczonej kontroli i – tym samym – fikcyjnym przypisaniu spółce matce zachowania spółki zależnej) dadzą się bez trudu oprzeć na zasadzie czynnego zwierzchnictwa personalnego. W obu tych koncepcjach mamy bowiem do czynienia z zachowaniem spółki dominującej, która ma przynależność państwa *forum,* choć w pierwszym przypadku chodzi o rzeczywiste zachowanie tej spółki (naruszenie obowiązków nałożonych przez prawo państwa, w którym jest zarejestrowana), a w drugim – o zachowanie „przypisane" jej w oparciu o prawne domniemanie. Trudniej jest usprawiedliwić z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego koncepcję odpowiedzialności zależnej („klasyczną" koncepcję *piercing corporate veil*). Wymaga ona szerokiego pojmowania zasady personalnej czynnej. Prowadzi bowiem do faktycznego rozciągnięcia prawa państwa *forum* (państwa ojczystego spółki dominującej) na zagraniczne podmioty zależne od krajowej spółki. W tej koncepcji normy państwa *forum* regulują zachowania spółek zależnych (nie tworzy się prawnej fikcji, jakoby ich zachowanie było zachowaniem spółki matki), nawet jeśli ostatecznie celem jest to, by obciążyć krajową spółkę dominującą odpowiedzialnością za zachowania tych podmiotów zależnych. Mimo to, tak skonstruowana podstawa jurysdykcji, oparta na związkach państwa *forum* z podmiotem dominującym (ang. *parent-based extarterritorial regulation*, czyli „pośrednie oddziaływanie eksterytorialne) jest postrzegana w stosunkach międzynarodowych jako zagrożenie mniej istotne dla suwerenności państwa ojczystego podmiotów zależnych niż konstrukcja wywodzona z teorii kontroli (ang. *foreign direct liability*, czyli „bezpośrednie oddziaływanie eksterytorialne"), polegająca na bezpośrednim nakładaniu przez państwo ojczyste przedsiębiorcy dominującego zobowiązań na jego zagraniczne podmioty zależne (de Schutter, 2006:44)[558].

Przedstawione konstrukcje dają asumpt do rozważań, w jaki sposób koncepcja przełamania prawnej odrębności spółek może być przydatna w rozszerzeniu faktycznego eksterytorialnego oddziaływania norm prawa polskiego zakazujących praktyk antykonkurencyjnych. Zagadnieniu temu poświęcony będzie kolejny podrozdział.

[558]Z drugiej strony – koncepcja ta nie rozwiązuje newralgicznych problemów w aspekcie relacji międzynarodowych, tj. możliwości istnienia sprzecznych indywidualnych ekonomicznych interesów państw ani ryzyka zaistnienia konkurencji jurysdykcji i konfliktu norm rożnych porządków krajowych.

4.4. Możliwość zastosowania w polskim prawie antymonopolowym koncepcji zwalczania praktyk antykonkurencyjnych z wykorzystaniem łącznika przynależności państwowej spółek kapitałowych i powiązań pomiędzy spółkami w „zgrupowaniach". Kontekst systemowy i rozważania *de lege ferenda*

4.4.1. Prawo UE a dopuszczalność przełamania odrębności prawnej spółek w porządkach krajowych państw członkowskich

W świetle tego, że konstrukcja *single economic unit* jest konsekwentnie stosowana przez organy UE w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, mogłoby się wydawać, że prawo UE nie stoi na przeszkodzie wprowadzaniu do porządków krajowych państw członkowskich instytucji nakładających na wspólnika (spółkę dominującą) odpowiedzialności za zobowiązania spółki, w której uczestniczy (spółki zależnej). Tymczasem okazuje się, że prawo UE nie obejmuje takiego, ogólnie ujętego, dozwolenia. Zagadnienie to było przedmiotem rozważań w wyroku ETS z 21 października 2010 r.[559]. W orzeczeniu tym, dotyczącym dyrektywy Rady 68/15/EWG z 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek[560], ETS uznał, że nałożenie grzywien za naruszenie przepisów i zasad etycznych regulujących działalność stacji telewizyjnych nie tylko na spółki prowadzące stacje telewizyjne, ale również (m. in.) na wspólników (akcjonariuszy), którym przysługuje ponad 2,5% kapitału zakładowego, jest niezgodne z art. 49 i art. 63 TFUE. ETS stwierdził, że ta (grecka) regulacja wprowadzająca odpowiedzialność wspólników może zniechęcać przedsiębiorców zagranicznych do zaangażowania się w sektor medialny w Grecji i wobec tego stanowi zagrożenie dla swobody przedsiębiorczości i przepływu kapitału. Wydaje się, że o takim rozstrzygnięciu w tej konkretnej sprawie przesądziła reguła proporcjonalności. Trybunał argumentował bowiem, że wprowadzone przez greckiego ustawodawcę przepisy nie odpowiadają wymaganiom nadrzędnego interesu publicznego i nie są skutecznym środkiem do egzekwowania przestrzegania zasad etyki dziennikarskiej. Tym samym – nie są właściwe do realizacji celu, dla którego je wprowadzono. Jednocześnie jednak ETS nie uznał, aby nieodpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki była regułą prawa unijnego. Wskazał, że brak jest w

[559]Wyrok Trybunału z 21 października 2010 r., *Idryma Typou przeciwko Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis.* Wniosek o wydanie orzeczenia w w trybie prejudycjalnym: Symvoulio tis Epikrateias – Grecja, sprawa C-81/09, Zb. Orz. 2010 I-1016.

[560]Dyrektywa Rady 68/15/EWG w sprawie w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 ust. 2 TWE, w celu uzyskania ich równości, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, Dz. Urz. WE 1968 L 65/8. Dyrektywa ta została następnie zastąpiona dyrektywą 2009/101/WE, o takim samym tytule, Dz. Urz. UE 2009 L 258 /11.

prawie UE jednolitej legalnej definicji spółki kapitałowej, która zakładałaby nieodpowiedzialności wspólników. Dostrzegł także, że choć prawo unijne nie zawiera przepisów które obarczałyby wspólników spółek kapitałowych odpowiedzialnością za zobowiązania tych spółek, akceptuje takie rozwiązania przyjęte w krajowych porządkach prawnych. Innymi słowy - prawo unijne nie gwarantuje wspólnikom zwolnienia z odpowiedzialności za zobowiązania spółek kapitałowych, nie obejmuje reguły, zgodnie z którą akcjonariusz (wspólnik) nie może nigdy odpowiadać za grzywnę nałożoną na spółkę. Stanowisko ETS nie traci na aktualności, mimo zastąpienia dyrektywy 68/15/EWG dyrektywą 2009/101/WE. Jak zauważa (Popłonowska-Dębińska 2012: 48) pominięcie w nowej dyrektywie motywu odnoszącego się do odpowiedzialności wspólników „ (…) wydaje się być zabiegiem celowym. Ustawodawca dał tym samym wyraz akceptacji prawnych porządków krajowych, w których występują wyjątki od zasady odpowiedzialności spółki ograniczonej do jej aktywów.”.

Jeżeli chodzi o prawo ochrony konkurencji, należy się spodziewać, że w najbliższym czasie państwa członkowskie będą obowiązane do wprowadzenia w swych porządkach prawnych norm przełamujących zasadę nieodpowiedzialności wspólników będących spółkami dominującymi w grupie. Projekt dyrektywy ECN PLUS przewiduje bowiem obowiązek wprowadzenia w porządkach krajowych rozwiązań zapewniających „stosowanie pojęcia przedsiębiorstwa do celów nakładania grzywien na spółki dominujące (…)”. Nie dotyczy to jednak wprowadzenia pojęcia „przedsiębiorstwo” w celu stosowania krajowych norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych, a jedynie w celu „skutecznego i jednolitego stosowania art. 101 i 102 TFUE[561].

4.4.2. Przełamanie prawnej odrębności spółek kapitałowych w prawie polskim

Zasada prawnej odrębności spółek kapitałowych jest w polskim prawie wyrażona w art. 12 KSH[562], art. 151 § 4 KSH[563] i art. 305 § 1 KSH[564]. Z przepisów tych wynika, że spółkom przysługuje osobowość prawna, zaś uczestnicy spółek nie odpowiadają za ich zobowiązania. Majątek spółki i majątek wspólników są rozgraniczone.

Jeśli szukać w istniejących instytucjach prawa polskiego oparcia dla koncepcji przełamania prawnej odrębności spółek, pamiętając, że jedną z przyczyn jej powstania było

[561] Zob. art. 12 ust. 3 w zw. z art. 1 ust. 1 projektu dyrektywy ECN PLUS. Należy się jednak spodziewać, że spowoduje to efekt konwergencji wpływający na kształt instytucji krajowych reżimów prawa konkurencji.

[562] Art. 12 zd. 1 KSH stanowi: „Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji albo spółka akcyjna w organizacji z chwilą wpisu do rejestru staje się spółką z ograniczoną odpowiedzialnością albo spółką akcyjną i uzyskuje osobowość prawną.”

[563] Art. 151 § 4 KSH stanowi: „Wspólnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółki”.

[564] Art. 301 § 5 KSH stanowi: „Akcjonariusze nie odpowiadają za zobowiązania spółki.”.

nadużywanie konstrukcji osobowości prawnej, a tworzenie kolejnych spółek stanowiło jedynie prawną fikcję, na myśl nasuwa się uregulowanie art. 83 KC dotyczące wady oświadczenia woli zwanej pozornością. Teoretycznie można sobie wyobrazić sytuację, że pozorność oświadczenia woli sprawiłaby, że stworzoną dla pozoru spółkę trzeba by uznać za nieistniejącą (skutek nieważności pozornej czynności prawnej). Wówczas za jej działania musiałby odpowiadać inne osoby – w tym zapewne wspólnicy, a więc i spółka matka (ale czy tylko ona?). Posługiwanie się instytucją pozorności oświadczenia woli w celu wykazania „fikcyjności" osoby prawnej już przy pobieżnej tylko analizie jawi się jako niezwykle złożone. Z miejsca nasuwają się na myśl choćby następujące problemy. Po pierwsze- czy wszyscy wspólnicy godzili się na powołanie spółki „dla pozoru" (por. art 83 § 1 KC), a jeżeli wolą niektórych było jej rzeczywiste powołanie, jaki jest skutek tej czynności w oparciu o art. 83 § 1 KC. Po drugie, czy stworzenie spółki córki byłoby czynnością prawną odpłatną w rozumieniu art 83 § 2 KC (jeśli tak, skutek nieważności nie nastąpiłby). Wreszcie, skoro samo istnienie spółki jest fikcją, czy w konsekwencji wadą pozorności dotknięte byłyby wszystkie kolejne oświadczenia woli dotyczące zmian we własności kapitału, prowadzące do powstania określonej struktury tej własności (i w konsekwencji – stanu posiadania kontroli nad spółką zależną) z jaką mamy do czynienia w momencie dopuszczenia się przez spółkę córkę praktyki antykonkurencyjnej. Przykładowo – możliwa jest sytuacja, że oświadczenia wspólników o przystąpieniu do spółki wcale nie musiały być pozorne i wcale nie musiały mieć na celu stworzenia prawnej „wydmuszki". Pełne uzależnienie spółki córki od spółki matki mogłoby być efektem dopiero kolejnych oświadczeń dotyczących kształtu umowy spółki córki, np. dotyczących zmiany struktury własności udziałów albo zakresu kompetencji jej organów. Wówczas korzystanie z instytucji pozorności nie mogłoby stanowić podstaw do uznania prawnego „niebytu" spółki (sankcją nieważności dotknięte byłyby oświadczenia złożone dopiero po powstaniu spółki córki). Już na podstawie powyższych uwag widać wyraźnie, że nawet z teoretycznego punktu widzenia wykorzystanie uregulowanej w kodeksie cywilnym instytucji pozorności oświadczenia woli w celu przełamania prawnej odrębności spółki byłoby niezmiernie trudne, wymagało wielu zabiegów interpretacyjnych, sięgania do wielu instytucji prawa cywilnego i prawa spółek. O ile zatem analiza zasygnalizowanych problemów mogłaby stanowić frapujące ćwiczenie intelektualne, o tyle względy praktyczne przesądzają o tym, że instytucja pozorności oświadczenia woli nie będzie dobrym narzędziem służącym obciążeniu spółki matki odpowiedzialnością za antykonkurencyjne praktyki spółki córki. Ponadto- pomijając wzmiankowane trudności- jej zastosowanie byłoby możliwe do zbyt wąsko określonego kręgu podmiotów. Instytucja pozorności mogłaby bowiem być

wykorzystana tylko w tych sytuacjach, gdy zawiązanie spółki córki bądź zmiana kręgu jej wspólników nastąpiłyby w wyniku oświadczeń woli złożonych dla pozoru. Celem niniejszych rozważań jest zaś poszukanie rozwiązania bardziej uniwersalnego – tj. pozwalającego w każdym przypadku istnienia relacji „matka-córka" obciążyć spółkę matkę odpowiedzialnością za zachowania spółki córki.

Gdyby nawet udało się pokonać trudności leżące w sferze zagadnień teoretycznych oraz te ze sfery prawa materialnego, napotkalibyśmy na kolejne, praktyczne, związane z procedurą, np. dotyczące dowodów na pozorność wielu oświadczeń woli, czy tego, że o prawnym istnieniu bądź nieistnieniu danego podmiotu musiałby rozstrzygnąć sąd w drodze powództwa o ustalenie (?)[565], co spowodowałoby konieczność (?)[566] zawieszenia administracyjnego postępowania antymonopolowego do czasu wyjaśnienia tej kwestii.

Z powyższych rozważań płynie więc konkluzja taka, że próby skorzystania z instytucji pozorności oświadczenia woli nie są właściwym kierunkiem poszukiwań sposobu przełamania zasady prawnej odrębności spółki córki.

Kolejny przepis, którego zastosowanie można by rozważać w związku z fikcyjnym powołaniem spółki (lub uzyskaniem w niej struktury udziałów dającej kontrolę na jej działaniami) to art. 58 § 1 KC. Zgodnie z nim nieważna jest czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście prawa, chyba że przepis szczególny przewiduje inny skutek. Paragraf 2 tego przepisu uzupełnia przytoczoną regulację stanowiąc, że nieważna jest również czynność sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Co się tyczy problemów związanych z zastosowaniem art. 58 § 1 lub § 2 KC, byłyby one, ogólnie ujmując, zbliżone do tych wskazanych w odniesieniu do art. 83 KC więc i konkluzja co do przydatności tej instytucji jako podstawy orzeczenia o prawnym niebycie spółki córki jest analogiczna. Nadto, jeśli chodzi o samą czynność zawiązania spółki, istnieje jeszcze jedna okoliczność, która nakazuje zaniechać rozważań co do możliwości uznania tej czynności za nieważną. Chodzi mianowicie o regulację art. 21 KSH, który eliminuje dopuszczalność potraktowania czynności zawiązania spółki kapitałowej jako bezwzględnie nieważnej *ex tunc*. Artykuł 21 stanowi *lex specialis* w stosunku do wskazanych wyżej regulacji KC, dopuszczając rozwiązanie spółki kapitałowej jedynie przez sąd oraz tylko w razie zaistnienia enumeratywnie w nim wskazanych wad procesu zawiązania. Artykuł 21 KSH jest przepisem przewidującym „inny skutek" czynności zmierzającej do obejścia prawa, w rozumieniu art. 58 § 1 KC. Jest to zgodne ze standardami wymaganymi przez UE,

[565]Zob. art. 189 KPC.
[566]Zob. art. 97 § 1 pkt 4 KPC.

określonymi w dyrektywie 2009/101/WE[567].

W polskiej doktrynie przedmiotem dyskursu jest szeroka koncepcja przełamania prawnej odrębności spółek, tj., ujmując ogólnie, zagadnienie dopuszczalności normatywnego „przypisania" osobom trzecim (w tym wspólnikom) zachowań spółek (i *vice versa)* oraz, w konsekwencji, obciążenia ich prawnymi skutkami tych działań. Możliwość obciążenia wspólnika, w tym - wspólnika będącego spółką dominującą - odpowiedzialnością za zobowiązania jej spółek zależnych jest tylko jednym z wątków tej dyskusji. Przedmiotem rozważań (choćby ze względu na uregulowania dyrektywy 2009/101/WE oraz art. 21 KSH) nie jest jednak możliwość stwierdzenia nieważności czynności zawiązania spółki. Skupiają się one natomiast na możliwości „relatywizacji podmiotowości spółki", tj. pominięciu faktu, że spółka jest podmiotem prawa odrębnym od powiązanych z nią osób (w tym wspólników), w sytuacjach, gdy posłużenie się formą spółki stanowi nadużycie i ma na celu obejście prawa[568] (Kubsik 2013, Opalski 2012, Gurgul 2010, Litwińska-Werner 2007). W rozważaniach tych najczęściej przywoływane są art. 5 KC, art. 58 KC i art. 354 KC[569] (Opalski 2012: 12 i nast.). Wyodrębnionym w dyskursie wątkiem jest też szczególna sytuacja zgrupowań spółek (grup kapitałowych). Uwzględnia się w nim szczególne relacje panujące pomiędzy spółkami powiązanymi kapitałowo, odnośnie do zagadnienia sposobu zarządzania taką grupą spółek – tj. kontrolowanie jednych spółek przez inne. Specyfika tych relacji polega przede wszystkim na tym, iż nie odnosi się do nich argument, jaki pierwotnie legł u podstaw wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek, w których uczestniczą, tj., że obciążenie ich taką odpowiedzialnością zmuszałoby ich do ciągłego angażowania się i kontrolowania bieżących spraw spółki, a tym samym zniechęcało do zaangażowania kapitału. Ze względu na te relacje spółek powiązanych w grupy analizowana jest możliwość szczególnego ich traktowania w sensie prawnym. Analiza ta prowadzona jest z punktu widzenia ewentualnej potrzeby wprowadzenia specyficznych rozwiązań prawnych,

[567]Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 września 2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane od spółek w rozumieniu art. 48 ust. 2 Traktatu, w celu uzyskania ich równości, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, Dz, Urz, UE 2009 L 258/11.

[568]Kierunek tej analizy trafnie oddaje (Opalski 2012:11), pisząc, że: „Między zasadą odrębności spółki wobec wspólników a integracją wspólników ze spółką w procesie kształtowania jej woli istnieje trwały stan napięcia, który wpływa na powstanie dążenia do relatywizacji autonomii spółek wobec wspólników w zróżnicowanych stanach faktycznych". Zauważa on dalej, że: „Relatywny charakter zasady prawnej odrębności spółek jest szczególnie wyrazisty w zgrupowaniach spółek, ponieważ najsilniej zaznacza się tam kontrast między formalną autonomią spółki a jej podporządkowaniem wspólnikowi dominującemu. Prawna odrębność spółek uczestniczących w zgrupowaniu ściera się tam nieustannie z dążeniem do ich zespolenia w jeden organizm gospodarczy realizujący wspólną strategię, postrzegany jako całość z perspektywy ekonomicznej."

[569]Przepis ten stanowi: „§ 1: Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2: W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel."

odpowiednich dla takich struktur, których istnienie przyjmuje się jako element rzeczywistości gospodarczej. W szczególności chodzi o możliwość obciążenia spółki „przewodzącej" grupie odpowiedzialnością za zobowiązania innych członków tej struktury (Szumański (w:) Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, 2001:87-95, Opalski 2012:17; Kubsik 2013:54 i nast.[570]).

Z kolei polskie orzecznictwo sądowe niekiedy skłania się ku koncepcji pominięcia osobowości prawnej spółek w kontekście nadużycia formy prawnej spółki[571].

Jeżeli chodzi o kwestię będącą przedmiotem niniejszego podrozdziału, z analizy tego doktrynalnego dyskursu płyną dwa zasadnicze wnioski. Pierwszy jest taki, że, normy polskiego prawa dają – w określonych sytuacjach - pole do stosowania koncepcji pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych. W doktrynie istnieje względny konsens co do tego, że można wykorzystać obowiązujące przepisy oraz zasady wykładni do „zwalczania" rożnych przejawów szeroko rozumianego nadużycia formy spółki, zwłaszcza w zgrupowaniach spółek (Gurgul 2010: 1147, Opalski 2012:12 i nast.). Co się natomiast tyczy możliwości automatycznego przeniesienia na wspólnika (wspólników) odpowiedzialności za zobowiązania spółki, przeważa pogląd o niedopuszczalności tego zabiegu (Opalski 2012:12 i pogląd S. Sołtysińskiego przywołany tam w przypisie 16), nawet wówczas, gdy chodzi o wspólnika sprawującego kontrolę nad spółką (np. wspólnikiem jest spółka dominująca w grupie kapitałowej). Druga konkluzja- co do której panuje zgodność w doktrynalnym dyskursie – to stwierdzenie, że nie ma przeszkód, by wyjątki od zasady prawnej odrębności spółek kapitałowych, w tym- od zasady nieodpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki -czynił sam ustawodawca, wprowadzając stosowne przepisy (Gurgul 2010:1147, Opalski 2012:12, Kubsik 2013:52, Krawczyk 2016:35).

A zatem, jeżeli w polskim prawie antymonopolowym miałaby zafunkcjonować którakolwiek z opisanych w rozdziałach poprzedzających koncepcji przełamujących zasadę nieodpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, odpowiednie rozwiązanie powinno być wprowadzone do ustawy. Nie byłby to przy tym twór całkiem obcy naszemu porządkowi prawnemu. Polskie prawo zna bowiem rozmaite instytucje przełamujące prawną odrębność spółek kapitałowych polegające na „przypisaniu" różnym podmiotom odpowiedzialności za zobowiązania tych spółek lub zobowiązania „związane z" ich

[570]Ta autorka jednoznacznie postuluje uchylenie w stosunku do spółek pozostających w relacji dominacji-zależności zasady nieodpowiedzialności wspólnika (art. 151 § 4 KSH, art. 301§ 5 KSH) albo co najmniej „znaczne jej zmodyfikowanie, w sposób odpowiadający stosunkom zachodzącym w grupie spółek".

[571]Co do roli sądów we wprowadzaniu do polskiego systemu prawa koncepcji „nadużycia formy prawnej spółki" zob. (Gurgul 2012:12, Opalski 2010:1146).

funkcjonowaniem.

Przykładowo, szczególne przypadki odpowiedzialności osobistej wspólników wobec osób trzecich przewiduje sam KSH[572]. Nie mamy tu jednak do czynienia z odpowiedzialnością za cudzy dług. W wyroku z 24 listopada 2009 r. (V CSK 169/09)[573] Sąd Najwyższy potwierdził, że wspólnicy spółki kapitałowej mogą odpowiadać za szkody poniesione przez osoby trzecie. Sąd jednak podkreślił, że taka odpowiedzialność w każdym wypadku będzie dotyczyła działań własnych wspólników i nie będzie odpowiedzialnością za zobowiązania spółki.

Nadto, ustawa zna odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki kapitałowej. W zakresie roszczeń cywilnych reguluje to zagadnienie art. 299 KSH (w odniesieniu do spółki z o.o.)[574], natomiast w zakresie odpowiedzialności podatkowej – art. 116 ordynacji podatkowej[575](w stosunku do spółki ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji). Aczkolwiek trzeba od razu wyjaśnić, że są to ustawowe konstrukcje, które mieszczą się w szeroko pojmowanej koncepcji przełamania odrębności prawnej spółki, nie zaś w, węższej, koncepcji odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki.

Polskie prawo podatkowe stosowało jednak również instytucję odpowiedzialności wspólników za zobowiązania podatkowe spółki. W okresie od 24 sierpnia 1995 r. do 1 stycznia 1998 r. obowiązywał art. 47 ust.2[576] ustawy o zobowiązaniach podatkowych[577],

[572]Są to następujące sytuacje: (i) zaciągnięcie przez spółkę zobowiązań przed jej wpisaniem do rejestru (art. 13 § 2 KSH), (ii) wniesienie do spółki wkładów niepieniężnych, których wartość została znacznie zawyżona w stosunku do ich wartości zbywczej (art. 175 § 2 KSH) - wspólnik, który wniósł taki wkład oraz członkowie zarządu, którzy wiedząc o zawyżeniu zgłosili spółkę do rejestru, obowiązani są solidarnie wyrównać spółce brakującą wartość).

[573]Lex/el. nr 627248**.**

[574]Art. 299 § 1 stanowi: „Jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za jej zobowiązania." a § 2 tego przepisu: „Członek zarządu może się uwolnić od odpowiedzialności, o której mowa w § 1, jeżeli wykaże, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie układowe, albo że niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcie postępowania układowego nastąpiło nie z jego winy, albo że pomimo niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz niewszczęcia postępowania układowego wierzyciel nie poniósł szkody."

[575]Art. 116 § 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 201 z późn. zm., stanowi: „Za zaległości podatkowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, spółki akcyjnej lub spółki akcyjnej w organizacji odpowiadają solidarnie całym swoim majątkiem członkowie jej zarządu, jeżeli egzekucja z majątku spółki okazała się w całości lub w części bezskuteczna, a członek zarządu: 1) nie wykazał, że: we właściwym czasie zgłoszono wniosek o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie zapobiegające ogłoszeniu upadłości (postępowanie układowe) albo niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewszczęcie postępowania zapobiegającego ogłoszeniu upadłości (postępowania układowego) nastąpiło bez jego winy; 2) nie wskazuje mienia spółki, z którego egzekucja umożliwi zaspokojenie zaległości podatkowych spółki w znacznej części."

[576] Art. 47 ust. 2 ustawy o zobowiązaniach podatkowych w brzmieniu nadanym przez art. 4 ustawy z 22 czerwca 1995 o zmianie ustawy o organizacji i finasowaniu ubezpieczeń społecznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. z 1995 r., nr 85, poz. 426, która weszła w życie 24 sierpnia 1995 r.

który obciążał m. in. wspólnika spółki z o.o. odpowiedzialnością całym jego majątkiem za zobowiązania spółki z tytułu podatków w takiej części, w jakiej miał on prawo uczestniczyć w podziale zysku. Zgodność tego przepisu z konstytucją została zweryfikowana przez Trybunał Konstytucyjny, który orzekł, że takie rozwiązanie legislacyjne jest zgodne z Konstytucją i nie narusza istoty spółki z o.o.[578] (aczkolwiek w składzie orzekającym nie było zgodności co do tego – zgłoszono dwa zdania odrębne).

Odnotować również należy, że art. 200 § 1 zd. 2 i art. 362 § 4 KSH, ograniczając dopuszczalność nabywania przez spółkę kapitałową własnych praw udziałowych, nakazuje stosować te ograniczenia również do nabywania tych praw przez spółkę lub spółdzielnię zależną od ww. spółki kapitałowej. Mamy zatem do czynienia z traktowaniem zachowania podmiotu zależnego tak, jakby było to zachowanie podmiotu dominującego.

W kontekście omawianej problematyki wypada również nawiązać do innego jeszcze, acz pokrewnego zagadnienia istotnego z punktu widzenia koncepcji *single economic unit*, mianowicie - co oznacza pojęcie „grupy kapitałowej" w prawie polskim. Jest to kwestia mająca bezpośredni związek z zagadnieniem wykonywania kontroli (o czym będzie jeszcze mowa poniżej, w rozdziale 4.4.3.). Czynnikiem skłaniającym przedstawicieli doktryny do podejmowania prób ustalenia znaczenia tego pojęcia jest w szczególności redakcja przepisów art. 4 § 1 pkt 4, art. 4 § 3, 4 i 5, art. 5 § 2, art. 6 oraz art. 7 KSH. Odwołują się one do relacji „dominacji" i „zależności" między spółkami. W szczególności, artykuł 7 KSH przewiduje możliwość ponoszenia przez „spółkę dominującą" odpowiedzialności za zobowiązania „spółki zależnej", ale i w tym przypadku nie jest to instytucja, która wprowadzałaby takie rozwiązanie jako ogólną zasadę. Przepis ten stanowi, że „W przypadku zawarcia między spółką dominującą a spółką zależną umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku przez taką spółkę, złożeniu do akt rejestrowych spółki zależnej podlega wyciąg z umowy zawierający postanowienia, które określają zakres odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną spółce zależnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz *zakres odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej wobec jej wierzycieli*"[podkr. M.U.-A.]. W doktrynie sporne jest znaczenie tej normy. Z jednej strony (Rodzynkiewicz 2014:38,39) podnosi, że bezprzedmiotowe jest wyłączanie albo ograniczanie w umowie koncernowej (umowie o zarządzanie) odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej, skoro odpowiedzialność taka *ex lege* w ogóle

[577]Ustawa z 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych, t.j. Dz.U. z 1993 r., nr 108, poz. 486, z późn. zm.

[578] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 października 1994 r., K 2/94, OTK 2/1994, poz. 36.

nie istnieje. Zdaniem przywołanego autora, z samego tego przepisu tego nie można wywodzić zasady, jakoby przedsiębiorca dominujący miał odpowiadać za zobowiązania podmiotu zależnego. Co więcej – przepis ten nie stoi na przeszkodzie ograniczeniu (a nawet wyłączeniu) odpowiedzialności podmiotu dominującego wobec wierzycieli podmiotu zależnego, za szkody których doznali w związku z wykonywaniem ww. zarządu. Z kolei (Szumański (w:) Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja (red.) 2001:100) z przepisu tego wywodzi domniemanie, że spółkę dominującą *ex lege* obciąża nieograniczona odpowiedzialność za zobowiązania spółki zależnej wobec wierzycieli tej ostatniej, powstałe w związku z zarządzaniem spółką zależną przez spółkę dominującą. Przyjmując nawet ten drugi pogląd należy mieć na względzie, że uregulowanie to dotyczy sfery prawa cywilnego, nie zaś prawa administracyjnego i wierzytelności publicznoprawnych. Do takiego wniosku skłania konstrukcja omawianego przepisu, z której wynika uprawnienie stron do swobodnego określenia zakresu odpowiedzialności spółki zarządzającej. Trudno przyjąć, aby ustawodawca wprowadził jako ogólną zasadę, że wykonująca zarząd spółka ponosi *ex lege* odpowiedzialność za wszystkie zobowiązania publicznoprawne podmiotu zarządzanego, a jednocześnie przepisowi wprowadzającemu tę zasadę nadał charakter normy dyspozytywnej. A zatem – z art. 7 KSH nie można wyprowadzić ogólnej reguły, że spółka wykonująca zarząd nad inną spółką ponosi odpowiedzialność za jej publicznoprawne zobowiązania.

Podsumowując – konstrukcja przełamania odrębności prawnej spółek kapitałowych jest znana polskiemu prawu oraz została zaaprobowana przez doktrynę. Regulacje oparte na tej konstrukcji mają jednak charakter cząstkowy. Nie istnieje w polskim prawie ogólna zasada odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej, ani w odniesieniu do zobowiązań prywatnoprawnych, ani do publicznoprawnych, w tym – wynikających z naruszenia art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 i 2 OKiKu.

4.4.3. Koncepcja *single economic unit* a instytucje polskiego prawa antymonopolowego

Na tle powyższych rozważań rodzi się pytanie o obecność w polskim prawie antymonopolowym doktryn, które dawałyby podstawę do przełamania zasady nieodpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych i w konsekwencji podstawę do obciążenia spółki matki odpowiedzialnością za złamanie zakazów praktyk antykonkurencyjnych, którego dopuściły się jej podmioty zależne. Inaczej ujmując problem – czy możliwa jest poprawa efektywności stosowania krajowych przepisów w sprawach dotyczących praktyk eksterytorialnych poprzez ich odpowiednio szeroką (funkcjonalną)

wykładnię, prowadzącą do obciążania spółki dominującej w „zgrupowaniu" odpowiedzialnością za zachowanie jego poszczególnych członków, czy też osiągnięcie takiego rezultatu możliwe jest wyłącznie dzięki odpowiedniej nowelizacji przepisów OKiKu.

OKiKu obejmuje regulacje, świadczące o tym, że polski ustawodawca dostrzega szczególne relacje spółek zorganizowanych w „zgrupowania" oraz znaczenie tych relacji w kontekście reguł ochrony konkurencji. W szczególności widać to w definicji pojęcia „przejęcie kontroli" i związanych z nim terminów „grupa kapitałowa" oraz „przedsiębiorca dominujący"[579]. Ustawa antymonopolowa nie definiuje pojęcia samej „kontroli", ale nadaje normatywne znaczenie sformułowaniu „przejęcie kontroli" (art. 4 pkt 4), stanowiąc, że „przejęciem kontroli" jest „każda forma bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, *umożliwiają* [podkr. M.U.-A.] wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

i. dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
ii. uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
iii. członkowie jego[580] zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
iv. dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
v. prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
vi. umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Ściśle z pojęciem kontroli związane są legalne definicje „grupy kapitałowej" oraz

[579]Odnośnie relacji pojęć „jeden organizm gospodarczy" i „grupa kapitałowa" w polskiej doktrynie zob. (Semeniuk 2015: 105 i nast.).
[580]Przytoczenie dosłowne za art. 4 pkt 4 ustawy, w którym zachodzi błąd w składni zdania.

„przedsiębiorcy dominującego". Przez „grupę kapitałową" rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę (art. 4 pkt 14 OKiKu). Z kolei „przedsiębiorca dominujący" to ten, który posiada kontrolę (w ww. rozumieniu) nad innym przedsiębiorcą (art. 4 pkt 3 OKiKu).

Wszystkie trzy pojęcia zdefiniowane są w tzw. „słowniczku" ustawy (art. 4). Oprócz tego ustawa używa ich tylko w przepisach dotyczących kontroli koncentracji (art. 14, art. 15, art. 16). Na gruncie przepisów o kontroli koncentracji grupa kapitałowa jest traktowana jako „jeden organizm gospodarczy" („jedność ekonomiczna"). Wyrazem przyjęcia tej koncepcji przez krajowego ustawodawcę jest, z jednej strony, wyłączenie obowiązku notyfikacji koncentracji dokonywanych pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do takiej grupy[581], z drugiej – traktowanie grupy kapitałowej jako jednego podmiotu gospodarczego w przypadku działań koncentracyjnych pomiędzy członkiem (członkami) grupy kapitałowej a przedsiębiorcami spoza tej grupy[582]. Powszechne jest stanowisko przedstawicieli doktryny, że treść przytoczonych definicji, wzajemne relacje definiowanych pojęć oraz ich znaczenie dla regulacji dotyczących kontroli koncentracji są przejawem funkcjonowania w polskim prawie doktryny „jednego organizmu gospodarczego" (Skoczny (w:) Skoczny, Jurkowska-Gomułka, Miąsik (red.) 2014:815; Modzelewska-Wąchal 2002: 160 – 161, Kohutek K., (w:) Kohutek, Sieradzka 2014: komentarz do art. 14 pkt 5 oraz do art. 15).

Nie znajdziemy natomiast wprost odniesienia do pojęcia grupy kapitałowej, kontroli czy też do relacji dominacji-zależności w tych regulacjach OKiKu[583], które dotyczą praktyk antykonkurencyjnych. Mimo tego, w polskiej literaturze przedmiotu spotyka się odniesienia

[581]Wyłączenie to zawarte jest w art. 14 pkt 5 ustawy antymonopolowej. Szerzej na ten temat zob.(Skoczny (w:) Skoczny, Jurkowska-Gomułka, Miąsik (red.) 2009:815, komentarz do art. 14 pkt 5 ustawy antymonopolowej; Modzelewska-Wąchal 2002: 160 – 161). Oboje ci autorzy zauważają również, że tożsama regulacja zawarta była w art. 13 ust. 6 ustawy antymonopolowej z 2000 roku. Nie było jej natomiast w ustawie antymonopolowej z 1990 roku, jednak została w czasie jej obowiązywania wypracowana przez orzecznictwo.

[582]Art. 15 ustawy stanowi: „Dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważa się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego". Celem tej regulacji jest to, aby „nie umknęły" kontroli Prezesa UOKiK transakcje dokonywane przez kilka spółek w grupie kapitałowej, które pojedynczo nie podlegałyby obowiązkowi zgłoszenia, zaś brane łącznie prowadzą do uzyskania pośredniej kontroli nad innym podmiotem przez przedsiębiorcę dominującego w tej grupie. Przykładowo, chodzi o transakcje, w których każda ze spółek zależnych z danej grupy kapitałowej nabywałaby pakiet akcji/udziałów danego podmiotu (np 30%). Poszczególne transakcje nie dawałyby podstaw do uznania, iż na ich skutek nastąpiło przejęcie kontroli przez daną spółkę zależną nad danym podmiotem (i tym samym nie powstałby obowiązek zgłoszenia tej transakcji do Prezesa UOKiK). Jednakże dzięki kilku takim transakcjom przedsiębiorca dominujący w grupie faktycznie uzyskałby (mógłby uzyskać) nawet pełną (tj. 100%) kontrolę nad danym podmiotem (mimo że sam bezpośrednio nie nabył żadnej jego akcji/żadnego udziału). Regulacja art. 15 OKiKu uwzględnia właśnie taki przypadek, nakazując, aby wszystkie tego typu transakcje oceniać łącznie. Konsekwentnie – obowiązek zgłoszenia zamiaru tej koncentracji obciąża przedsiębiorcę dominującego (art. 94 ust. 3 ustawy).

[583]Pojęcie grupy kapitałowej jest jednak stosowane w kontekście porozumień ograniczających konkurencję w rozporządzeniach wykonawczych do ustawy.

do koncepcji *single economic unit* przede wszystkim w kontekście możliwości jej stosowania do porozumień, o których mowa w art. 6 ust. 1 OKiKu. Przykładowo Będkowski- Kozioł, (w): Skoczny, Jurkowska-Gomułka, Miąsik (red.) 2014:274-278), komentując art. 4 pkt 14 ustawy zauważa, że ujęte w tym przepisie pojęcie grupy kapitałowej odgrywa istotną rolę w wyznaczaniu granic stosowania zakazów porozumień ograniczających konkurencję w kontekście doktryny *single economic unit*. Nadto, autor ten podnosi, że przyczyną, dla której przedsiębiorców stanowiących odrębne byty od strony formalnoorganizacyjnej, ale powiązanych gospodarczo, traktuje się jako jedną grupę jest (m. in.) określenie zakresu podmiotowego adresatów sankcji za naruszenie zakazów praktyk ograniczających konkurencję. W tym kontekście dość kategorycznie stwierdza, że podstawową *konsekwencją wyodrębnienia grupy kapitałowej jest założenie* (sic!)[584] że przedsiębiorca kontrolujący (dominujący) odpowiada za działania podejmowane przez przedsiębiorców kontrolowanych (zależnych)[585]. Autor ten zdaje się stać na stanowisku, że zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję ustanowionego w art. 6 ust. 1 ustawy antymonopolowej nie stosuje się do porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcą dominującym a przedsiębiorcą zależnym, ze względu na sam fakt istnienia takiej relacji. Doktryna nie jest jednak jednolita co do tego zagadnienia i wielu komentatorów reprezentuje bardziej „umiarkowane" podejście. Autorzy ci wskazują, że zasadniczą kwestią, jaką należy brać pod uwagę, badając celowość stosowania art. 6 ust.1 ustawy do porozumień zawieranych wewnątrz grupy kapitałowej (ze względu na definicję porozumienia zawartą w art. 4 ust. 5 ustawy) jest to, że porozumienie dochodzi do skutku tylko wówczas, gdy jest zawierane pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Zauważają jednak, że ustawa wprost nie wyłącza spod stosowania art. 6 ust. 1 porozumień zawieranych w ramach grupy kapitałowej i w związku z tym mówi się np., że „jeśli poziom niezależności [w ramach grupy] jest duży, porozumienia wewnątrz grupy mogą podlegać zakazowi z art. 6 ust. 1" (Modzelewska - Wąchal 2002:68) lub że „o stosowaniu art. 6 ust. 1 ostatecznie powinna decydować analiza stopnia autonomii przedsiębiorców w kreowaniu zachowań rynkowych" (Jurkowska (w:) Skoczny, Jurkowska-Gomułka, Miąsik (red.) 2009:375). Dodatkowo możliwość stosowania art. 6 ust. 1 do porozumień zawartych w ramach grupy kapitałowej uzależnia się od tego, „czy istnieje relacja konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami zawierającymi porozumienie" (stosowanie art. 6 ust. 1 jest możliwe tylko wówczas, gdy konkurencja ma miejsce i zostanie

[584]Wydaje się, że relacja wynikania jest przeciwna – tj. wychodząc z założenia o wykonywaniu kontroli w danym układzie powiązań ekonomicznych i faktycznych stosunków między spółkami ustawodawca wprowadził do OKiKu pojęcie grupy kapitałowej.

[585] W OKiKu nie ma rozwiązań legislacyjnych, które wprost wprowadzałyby taką zasadę.

ograniczona lub wyeliminowana na skutek zawarcia porozumienia), jak również od tego, „czy uzgodnienia pomiędzy członkami grupy mogą oddziaływać na konkurencję i stosunki gospodarcze na zewnątrz grupy". Jednak i w tych bardziej umiarkowanych wypowiedziach obecne są nawiązania do doktryny *single economic unit* („jednego organizmu gospodarczego").

W praktyce orzeczniczej – zarówno Prezesa UOKiK[586], jak i sądowej - dotyczącej porozumień ograniczających konkurencję również istnieją przykłady traktowania formalnie odrębnych, ale powiązanych kapitałowo przedsiębiorców jak jednego podmiotu gospodarczego. W orzeczeniach Prezesa UOKiK znajdują się wyraźne odwołania do koncepcji „jednego organizmu gospodarczego" stosowanej w prawie UE. Z kolei sądy posługują się również wykładnią funkcjonalną, której zastosowanie prowadzi do wniosku, że porozumienie antykonkurencyjne może zostać zawarte tylko między konkurentami, będącymi niezależnie działającymi przedsiębiorcami. Konkurentami nie są zaś przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej, jeżeli nie podejmują decyzji rynkowych autonomicznie i nie występują między nimi stosunki konkurencyjne. O pozostawaniu w relacji konkurowania nie decyduje sama przynależność do „zgrupowania spółek", ale stopień autonomii decyzyjnej, jaki spółka zachowuje pomimo tej przynależności. Porozumienia antykonkurencyjne mogą być wobec tego zawierane również między spółkami, które są członkami tego samego „zgrupowania"[587]. Efekt wprowadzenia elementu koncepcji *single economic unit* do prawa krajowego osiągnięty więc został drogą funkcjonalnej wykładni przepisów krajowych. Można powiedzieć, że koncepcja *single economic unit* w orzecznictwie sądowym w sprawach antymonopolowych toruje sobie w drogę w wąskim zakresie – tj. w odniesieniu do interpretacji art. 6 ust. 1 OKiKu. Orzecznictwo krajowe zdaje się w tym przypadku zmierzać w tym samym kierunku, co unijne. Mianowicie, decydujące dla oceny, czy między danymi podmiotami może w ogóle mieć miejsce zakazane porozumienie jest nie sam fakt, czy

[586]Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2010 r., DOK-11/2010 (sygn. spraw sądowych: XVII Ama 89/11 i XVII Ama 90/11), dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf (10 lipca 2017 r.), decyzja Prezesa UOKiK z 08 grudnia 2009 r., DOK-7/09 (sygn..spraw sadowych: XVII Ama 174; 173; 176; 175; 178; 177/10), dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.), decyzja Prezesa UOKiK z 14 marca 2007 r., DOK-34/07 (od powyższej decyzji, żadna ze stron nie wniosła odwołania do sądu) dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.).

[587]Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 lutego 2007 r. VI ACa, 819/06, Lex/el. nr 521425769; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 13 grudnia 2013 r. XVII AmA 173/10, Lex/el. nr 522249499 wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 stycznia 2013 r., VI ACa 995/12, Lex/el. nr 1314951. Znajdujemy w nim następujący passus: „Zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień może mieć zastosowanie do spółek zależnych, które z woli właściciela zachowują znaczną autonomię decyzyjną. Jeżeli w rezultacie spółki takie funkcjonują na rynku tak jak konkurenci, to porozumienia przez nie zawarte mogą podlegać ocenie na gruncie przepisów prawa konkurencji."

zachodzą między nimi powiązania dające możliwość sprawowania kontroli, lecz to, czy taka kontrola rzeczywiście jest sprawowana.

Warto zauważyć, że koncepcja „jednego organizmu gospodarczego" rozwinęła się w polskim prawie- a przynajmniej w orzecznictwie - bez wyraźnego nawiązania do doktryny *single economic unit* stosowanej przez sądy wspólnotowe i to w okresie, gdy Polska nie była jeszcze członkiem UE (WE) [588]. W wyroku z 17 stycznia 1996 r. XVII Amr 54/95[589] Sąd Antymonopolowy zaprezentował stanowisko, że „Na potrzeby stosowania ustawy z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym spółki zgrupowane w holdingu stanowią jeden organizm gospodarczy. Umowy zawierane pomiędzy spółkami zgrupowanymi w holdingu nie podlegają ocenie przepisów wspomnianej ustawy o zakazie zawierania porozumień monopolistycznych". Wyrok dotyczył sprawy, w której spółki *Producent* i *Eksporter*, będąc (każda) w 100% zależnymi od spółki *Grupa Holdingowa* zawarły porozumienie. Sąd Antymonopolowy uznał, że ocena, czy porozumienie to mieści się w zakresie przedmiotowym zakazu, o którym mowa w ustawie antymonopolowej, uzależniona jest od oceny charakteru prawnego powiązań pomiędzy uczestnikami holdingu. Sąd stwierdził, że skoro „założycielem holdingu (tzw. spółką matką) jest Grupa Holdingowa, posiadająca w podległych jej spółkach (spółki córki) 100% kapitału zakładowego (…), *Producent* i *Eksporter*, aczkolwiek posiadające, tak jak wszystkie inne spółki prawa handlowego osobowość prawną i zdolność do czynności prawnych, nie są jednakże

[588]Obowiązywał jednakże Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzecząpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony, sporządzony w Brukseli 16 grudnia 1991 r., Dz. U. z 1994 r., nr 11, poz. 38 z późn. zm. Istniała zatem już wówczas perspektywa członkostwa Polski w WE i związany z nią obowiązek zbliżania przepisów krajowych do przepisów wspólnotowych, również w dziedzinie konkurencji (część V, rozdział III, art. 68 Układu). Nadto – sam Układ wprowadzał normy dotyczące ochrony konkurencji w handlu między Polską a Wspólnotą (część V, rozdział II, w szczególności art. 63 i art. 69), które oparte były na brzmieniu ówczesnych art. 81 i art. 82 TWE. Obowiązek zbliżania prawa krajowego do rozwiązań prawa wspólnotowego w dziedzinie ochrony konkurencji oznaczał przejęcie przez prawo krajowe zakresu i sposobu tej ochrony, a nie obowiązek ścisłego odwzorowania w prawie krajowym szczegółowych rozwiązań europejskich (Materna 2006: 49,50). Jak widać z przytoczonego niżej fragmentu wyroku- Sąd Antymonopolowy w ogóle nie powołał się na *acquis communautaire* w dziedzinie konkurencji.

[589] Wyrok Sądu Antymonopolowego z 17 stycznia 1996 r., XVII Amr 54/95, Lex/el., nr 27837. Należy w tym miejscu przypomnieć, że obecny art. 6 OKiKu jest bezpośrednio wzorowany na analogicznym zakazie występującym w prawie unijnym. Odzwierciedla on art. 101 TFUE zarówno jeśli chodzi o konstrukcję, przykładowy katalog antykonkurencyjnych porozumień, jak i system wyłączeń. Regulacja art. 5 ustawy z 2000 roku była analogiczna. Więcej na ten temat zob. np. (Jurkowska (w:) Skoczny (red.) 2009: 349, 365, 366). Jednakże art. 4 ustawy z 1990 r., na gruncie którego wydany został ww. wyrok (ustawa ta obowiązywała w okresie od 13 kwietnia 1990 r. do 1 kwietnia 2001 r.) brzmiał następująco: Praktykami monopolistycznymi są porozumienia polegające w szczególności na: 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen oraz zasad ich kształtowania między konkurentami w stosunkach z osobami trzecimi, 2) podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych, 3) ustaleniu lub ograniczeniu wielkości produkcji, sprzedaży lub skupu towarów, 4) ograniczeniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nie objętych porozumieniem, 5) ustaleniu przez konkurentów lub ich związki warunków umów zawieranych z osobami trzecimi.".

samodzielnymi podmiotami gospodarczymi. Zależą bowiem od spółki Grupa Holdingowa, która reprezentuje we wspomnianych spółkach zgromadzenie wspólników - najwyższy organ spółki, powołany m.in. do ustanowienia jej zarządu. Dla kwestii samodzielności *Producenta* i *Eksportera* nie ma znaczenia zakres swobody, jaki im pozostawia spółka matka. Nawet bowiem niewywieranie wpływu na działalność spółek w niczym nie zmienia ich charakteru, jako podległych spółce matce. Z omawianych więc względów w prawie antymonopolowym obowiązuje zasada, że zgrupowane w holdingu spółki stanowią jeden organizm gospodarczy." Sąd Antymonopolowy uzasadniając swój pogląd przywołał art. 11 ust. 4 ustawy antymonopolowej, dotyczący koncentracji, w świetle którego przy analizowaniu potencjału ekonomicznego łączących się podmiotów gospodarczych należało brać pod uwagę zarówno sprzedaż towarów dokonywaną przez podmiot dominujący, jak i zależny w rozumieniu przepisów obowiązującej ówcześnie ustawy Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych[590]. W oparciu o ww. przepis Sąd Antymonopolowy doszedł do przekonania, że poza polem zainteresowania ustawy antymonopolowej z 1990 r. pozostają wzajemne relacje pomiędzy spółkami zgrupowanymi w holdingu.

Również na gruncie obowiązywania ustawy antymonopolowej z 1990 r., w kontekście powstania unii personalnej jako przesłanki zgłoszenia koncentracji, (Gronowski 1996:242) wyraził pogląd, iż „obsadzanie stanowisk kierowniczych przez podmiot dominujący w podmiocie zależnym, w rozumieniu przepisów wymienionych w art. 11 ust. 4 nie powinno rodzić obowiązku zgłoszenia (…), choćby podmioty te były konkurentami. Z punktu widzenia stosowania przepisów [ustawy antymonopolowej z 1990 r.- przyp. M.U.-A.] oba podmioty gospodarcze stanowią jeden organizm gospodarczy, którym kieruje podmiot dominujący". Okoliczność, dlaczego uznawał ww. podmioty za „jeden organizm gospodarczy" nie została jednak bliżej przez ww. autora wyjaśniona.

Jak wynika z powyższych rozważań, w polskim prawie antymonopolowym nie funkcjonują koncepcje odwołujące się do możliwości nałożenia na spółkę matkę obowiązku

[590]Ustawa z 1990 r. roku nie definiowała pojęcia kontroli ani nie wiązała z tym pojęciem norm dotyczących kontroli koncentracji. Nie zawierała też definicji przedsiębiorcy dominującego ani grupy kapitałowej. W konsekwencji - nie zawierała wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji tych transakcji, które dokonywane były w ramach grupy kapitałowej. Aczkolwiek pewne nawiązanie do koncepcji *single economic unit* można dostrzec w jej art. 11 ust. 4, odnoszącym się do wysokości obrotu, od którego zależał obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji (ówcześnie „łączenia przedsiębiorców"). Przepis ten stanowił, że: „Łączna wartość rocznej sprzedaży towarów, o której mowa w ust. 2, obejmuje zarówno sprzedaż dokonywaną przez podmioty dominujące, jak i zależne w rozumieniu art. 4 pkt 16 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych (Dz. U. nr 118, poz. 754 i nr 141, poz. 945 oraz z 1998 r. nr 107, poz. 669 i nr 113, poz. 715)".

zapewnienia, by zachowanie jej spółek córek było zgodne z prawem (koncepcja odpowiedzialności za działania własne – zob. rozdz. 4.3.4.). W przepisach dotyczących kontroli koncentracji, oraz w orzecznictwie i doktrynie, w odniesieniu do antykonkurencyjnych porozumień zawartych pomiędzy członkami tej samej grupy kapitałowej, odzwierciedlenie znajduje natomiast koncepcja „ekonomicznej jedności przedsiębiorstwa".

Potencjał doktryny *single economic unit*[591] daje jednak możliwość stworzenia w prawie konkurencji innych jeszcze rozwiązań legislacyjnych, poprawiających efektywność jego stosowania, w tym jego eksterytorialnego stosowania. Trafnie i prosto istotę kształtowania odpowiedzialności za praktyki zakłócające konkurencję wynikającą z tej koncepcji ujmuje (Semeniuk 2015:34), wskazując, że chodzi o to, by odpowiedzialnością za naruszenie obciążyć – jako całość- podmiot rzeczywiście zań odpowiedzialny (tj. przedsiębiorcę, pojmowanego jako „jeden organizm gospodarczy"). Możliwe spektrum zastosowań tej doktryny widać zwłaszcza w prawie konkurencji UE. Z centralnego dla niej pojęcia „przedsiębiorstwa", „jednego organizmu gospodarczego" (którym łącznie są spółka dominująca i spółka bądź spółki od niej zależne) prawo UE wywodzi ono następujące konsekwencje (Roth, Rose (w:) Roth, Rose, (red.) 2008: 103, 1329 i nast., Whish, Bailey 2011:95-97):

i. nie można mówić o porozumieniu antykonkurencyjnym pomiędzy podmiotami stanowiącymi „składowe" jednego organizmu gospodarczego,
ii. ustalając udział rynkowy przedsiębiorcy (na potrzeby przepisów dotyczących nadużywania pozycji dominującej, przepisów dotyczących antykonkurencyjnych porozumień zawartych przez niego z podmiotami „zewnętrznymi" – w tym w celu ustalenia możliwości zastosowania wyłączenia grupowego - lub na potrzeby kontroli koncentracji) należy brać pod uwagę łączny udział wszystkich „składowych" jednego organizmu gospodarczego,
iii. spółka matka jednego organizmu gospodarczego ponosi odpowiedzialność za działania „składowych" tego organizmu (tj. spółek córek), o ile rzeczywiście sprawowała ona na kontrolę nad ich działaniami stanowiącymi naruszenie art. 101 lub 102 TFUE; odpowiedzialność spółka matka ponosi solidarnie ze „składową", którą posłużyła się jako „instrumentem" do popełnienia naruszenia; spółka zależna

[591] W dalszym ciągu przez doktrynę *single economic unit* rozumieć się będzie obie jej odmiany, tj. „tradycyjną" , wymagającą wykazania rzeczywistego wykonywania „nadmiernej" kontroli nad zachowaniami spółki zależnej oraz „współczesną" - opierającą się na domniemaniu wykonywania nadmiernej kontroli nad spółką zależną i (łączącym się z tym) przypisaniu spółce dominującej zachowania spółki zależnej.

pozostaje wszakże samodzielnie odpowiedzialna za te działania, które podjęła autonomicznie, bez udziału spółki matki[592],

iv. podstawę do określenia wysokości kary za działania jednej z „składowych" jednego organizmu gospodarczego stanowi światowy obrót całego tego organizmu[593],

v. pojęcie recydywy odnosi się do całego „jednego organizmu gospodarczego"; oznacza to możliwość nałożenia wyższych kar z powodu recydywy, nawet jeżeli poszczególnych praktyk antykonkurencyjnych dopuściły się różne „składowe" tego organizmu,

vi. wolno przeprowadzić przeszukanie każdej „składowej" „jednego organizmu gospodarczego", nawet jeśli podejrzenie naruszenia reguł konkurencji ciąży na innej jego „składowej",

vii. w przypadku sukcesji generalnej (przekształceń) przedsiębiorców (rozumianych tutaj jako odrębne osoby prawne) następca prawny ponosi odpowiedzialność za antykonkurencyjne zachowania swojego poprzednika.

O ile dopuszczalność wyłączenia spod zakresu stosowania art. 6 ust. 1 porozumień zawartych przez przedsiębiorców z jednej grupy kapitałowej jest powszechnie uznawana w polskiej literaturze przedmiotu, o tyle pozostałe implikacje doktryny *single economic unit* nie odegrały roli jako podstawy funkcjonalnej wykładni innych przepisów OKiKu, a w literaturze wyrażany jest sprzeciw wobec takiej możliwości.

Przykładowo (Materna 2009: 4.2.3.) przeszkody do stosowania doktryny *single economic unit* w prawie polskim - w zakresie szerszym niż tylko polegającym na wyłączeniu spod zakazu ujętego w art. 6 ust. 1 OKiKu porozumień zawartych pomiędzy spółkami należącymi do tej samej grupy kapitałowej – upatruje w różnicy pomiędzy pojęciem „przedsiębiorcy" w rozumieniu art. 4 pkt 1 OKiKu a pojęciem „przedsiębiorstwa" stosowanego w prawie UE". Jego zdaniem art. 4 pkt 1 UOKiK nie daje podstaw do tego, by kilka podmiotów wyodrębnionych pod względem organizacyjno-prawnym traktować jak jeden podmiot, zaś występujące w praktyce orzeczniczej przykłady traktowania formalnie odrębnych, ale powiązanych kapitałowo przedsiębiorców jak jednego podmiotu gospodarczego wynikało nie z interpretacji definicji przedsiębiorcy, tylko było efektem

[592]W sprawie *British Gypsum (*decyzja Komisji z 5 grudnia *1998, BPB Industries plc, sprawa IV/31.900, Dz. Urz. WE 1989 L 10/50)* Komisja nałożyła kary na tę spółkę oraz jej spółkę matkę (BPB), w odniesieniu do działalności na obszarze Północnej Irlandii, gdyż ta była na bieżąco monitorowana (kontrolowana) przez BPB. Z kolei za takie same przedmiotowo praktyki podejmowane na obszarze z Wielkiej Brytanii karę nałożono tylko na *British Gypsum*, ponieważ BPB nie była w nie w żaden sposób zaangażowana, przytoczenie za: (Roth, Rose (w:) Roth, Rose (red.) 2008:1329).

[593] Szerzej na ten temat, zob.(Martyniszyn 2016); zob. również orzeczenie w sprawie *Innolux* (rozdz. 2.1.2.8.).

funkcjonalnej interpretacji przepisu ustanawiającego zakaz porozumień ograniczających konkurencję, tzn. z przyjęcia, że zakazowi takich porozumień podlegają tylko porozumienia między przedsiębiorcami niezależnymi, a takimi nie są przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej, jeżeli nie podejmują decyzji rynkowych autonomicznie i nie występują między nimi stosunki konkurencyjne.

Przeciwko stosowaniu koncepcji *single economic unit* w odniesieniu do nadużywania pozycji dominującej na gruncie przepisów prawa polskiego opowiada się również (Stawicki A. (w:). Stawicki A., Stawicki E. (red.) 2016: komentarz do art. 9, pkt 3.2.3.). W jego ocenie brak jest w treści art. 9 OKiKu wystarczających podstaw dla stosowania tej koncepcji. Dodatkowo jako argument należy traktować sformułowanie art. 15 OKiKu *a contarario*. Przepis ten wskazuje bowiem, że tylko określone działania przedsiębiorców zależnych (tj. działania zmierzające do koncentracji) należy traktować jak działania podejmowane przez przedsiębiorcę nad nimi dominującego. Przywołany autor jest zdania, że najwłaściwszym sposobem usunięcia tego problemu byłaby nowelizacja przepisów ustawy antymonopolowej.

Przeszkód do stosowania doktryny „jednego organizmu gospodarczego" również w sprawach dotyczących nadużycia pozycji dominującej nie widzą natomiast (Banasiński i Piontek (w:) Banasiński, Piontek, 2009: komentarz do art. 9). Autorzy ci są zdania, że w sytuacji, gdy spółka matka (posiadająca pozycję dominującą) „przekierowuje*"* do swoich spółek zależnych (nieposiadających pozycji dominującej) zachowania, które noszą znamiona praktyk ograniczających konkurencję, zarzut naruszenia należy wówczas postawić spółce matce. Przywołani autorzy dostrzegają przy tym, że „(…) z formalnego punktu widzenia podmiotem naruszającym przepisy ustawy jest przedsiębiorca, który nie posiada pozycji dominującej (…). Jednakże oceniając przedstawiony stan faktyczny, błędem byłoby analizowanie go wyłącznie poprzez pryzmat zachowań spółki zależnej i jej pozycji rynkowej. W takich przypadkach spółka zależna jest tylko narzędziem, za pomocą którego przedsiębiorca dominujący realizuje własną politykę rynkową. Z punktu widzenia przepisów ustawy nie ma zatem znaczenia, czy działania sprzeczne z ustawą podejmuje przedsiębiorca dominujący samodzielnie, czy też za pośrednictwem swojej spółki córki" Uzasadniając swoje stanowisko powołują się na decyzję Komisji, nie wyjaśniając jednak, jak uzasadnić tego rodzaju „przypisanie" zachowania spółce matce na gruncie przepisów OKiKu.

Stosowanie w prawie polskim koncepcji *single economic unit* do przypisywania spółce matce odpowiedzialności za antykonkurencyjne zachowania jej spółek córek postuluje

również (Turno 2013: rozdział I, pkt 3.3.), jednak nie przedstawia dalej idącej argumentacji w tym zakresie.

Zdecydowanym zwolennikiem szerokiego stosowania koncepcji *single economic unit* w prawie polskim jest P. Semeniuk. Stanowisko tego autora, jak się wydaje, wynika z jego ogólnego przekonania o „ekonomicznym sensie" stosowania tej doktryny i wiążącą się z tym skłonnością do szerokiego stosowania wykładni funkcjonalnej, która w jego ocenie jest uzasadniona ze względu na „ważne racje prawne, społeczne i ekonomiczne", tj. „spójność ekonomicznej >>bazy<< polskiego prawa konkurencji ze światowymi i europejskimi standardami". W jego ocenie na przeszkodzie przeprowadzeniu takiej wykładni nie stoi w szczególności definicja przedsiębiorcy ujęta w art. 4 pkt 1 OKiKu. Ta bowiem „określa podmioty, do których zastosowanie ma ustawa, ze względu na prowadzoną przez nie działalność. Bycie przedsiębiorcą nie oznacza bycia >>samodzielnym przedsiębiorcą<< w kontekście zagadnienia granic przedsiębiorstwa." (Semeniuk 2015: 70, 71). Autor ten jednoznacznie opowiada się za stosowaniem tej koncepcji do oceny porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej oraz w celu określania udziałów poszczególnych „przedsiębiorstw" w rynku, w tym w szczególności ustalenia, czy „przedsiębiorstwo" ma pozycję dominującą. (Semeniuk 2015:76). Dostrzega jednak ograniczenia w zakresie przypisania spółce dominującej zachowań spółki zależnej ze względu na obowiązywanie zasady odpowiedzialności osobistej za własne czyny, ochronę praw człowieka i zasadę winy. W związku z tym – wbrew praktyce wypracowanej w prawie konkurencji UE oraz wbrew zasadzie obiektywnej odpowiedzialność obowiązującej w polskim prawie krajowym- proponuje obciążanie spółki matki odpowiedzialnością na zasadzie winy, z wykorzystaniem koncepcji winy podmiotów zbiorowych (Semeniuk 2015: 205 i nast.).

Należy zgodzić się z twierdzeniem, że stosowanie doktryny *single economic unit* ma „ekonomiczny sens". Uwzględnia ona relacje rzeczywiście współcześnie zachodzące miedzy spółkami skupionymi w „zgrupowaniach", zaś prawo może skutecznie kształtować stosunki społeczne tylko wówczas, gdy u podstaw jego norm leży prawidłowa diagnoza aktualnego stanu tych stosunków. Nie ma też wątpliwości, że ustawową kategorię „przedsiębiorcy" należy odróżniać od kategorii „samodzielnego przedsiębiorcy". Ta druga -na gruncie polskim - ma jednak charakter koncepcji pozaprawnej (ekonomicznej). Zakazy ujęte w art. 6 ust. 1 oraz w art. 9 ust. 1 i 2 są zaś adresowane do „przedsiębiorców" w rozumieniu art. 4 pkt 1 OKiKu. W konsekwencji - tylko „przedsiębiorcy" mogą być stronami postępowania, adresatami decyzji i podmiotami obowiązanymi do zapłacenia kary. Posługiwanie się

koncepcją *single economic unit* w celu stosowania prawa polskiego polegać by musiało na przeprowadzeniu procesu „typowania" tych „składowych" *single economic unit*, które w konkretnym przypadku jako „przedsiębiorcy" (byty mające odrębną osobowość prawną) byliby adresatami zakazów praktyk antykonkurencyjnych (i ponosili dalsze tego konsekwencje). Takie „typowanie" wydaje się zabiegiem idącym jeszcze dalej niż wykładnia funkcjonalna odwołująca się do pojęć pozasystemowych (tu – z dziedziny ekonomii)[594]. Raczej jest to proces dokonywania pewnego wyboru koncepcji ekonomicznej, pewnej „filozofii" prawa konkurencji, która ma dopiero zdecydować o kształcie normy prawnej. W systemie prawa stanowionego jest to kompetencja zastrzeżona dla ustawodawcy; nie przysługuje podmiotom stosującym prawo. Postulat stosowania koncepcji *single economic unit* w procesie stosowania norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych w obecnym stanie polskiego prawa jawi się jako próba zastąpienia ustawodawcy w decyzji co do tego, czy i jakie znaczenie prawne przypisać danym stosunkom społecznym (ekonomicznym) – tu: relacjom pomiędzy spółką dominującą a zależną.

Również gdy rozważać omawiane zagadnienie na płaszczyźnie wykładni, szereg argumentów przemawia przeciwko arbitralnemu posługiwaniu się w jej toku koncepcją *single economic unit*.

Po pierwsze – w polskim prawie administracyjnym zasadą jest, że zarówno przedmiot, jak i podmiot obowiązku musi być jednoznacznie określony w przepisie prawa (zob. rozdz. 3.3.1.), zaś zasada, legalizmu (art. 7 Konstytucji RP) z pewnością stanowi przeszkodę do stosowania funkcjonalnej (rozszerzającej) wykładni przepisów nakładających sankcje.

Po drugie - w polskim prawie administracyjnym nie występuje generalna reguła ponoszenia odpowiedzialności za czyny osoby trzeciej. Zasada pewności prawa (wywodzona z art. 2 Konstytucji RP) stoi na przeszkodzie, by w drodze wykładni nawiązującej do koncepcji pozaprawnych kreować taką odpowiedzialność. Może wszakże odpowiedzialność za czyny osoby trzeciej nałożyć ustawa (zob. uwagi niżej, rozdz. 4.4.4.).

Powyższe należy w równym stopniu odnieść do konstrukcji odpowiedzialności solidarnej.

Po trzecie – nie uzasadniają stosowania koncepcji *single economic unit* szczególne związki pomiędzy krajowym systemem prawa konkurencji a prawem antymonopolowym UE, wynikające z art. 3 Rozporządzenia 1/2003. Należy pamiętać, że system polskiego prawa

[594] Wykładnia polega na ustaleniu znaczenia słów i zwrotów „ucieleśniających" normę. W przypadku takiego „typowania" trudno wskazać, jakie sformułowania OKiKu miałyby podlegać wykładni.

ochrony konkurencji w dalszym ciągu pozostaje autonomiczny w stosunku do prawa konkurencji UE, w ww. związki mają znaczenie w niektórych tylko sprawach, wymagających równoległego stosowania przepisów krajowych i unijnych. Gdy stan faktyczny jest „czysto krajowy" (zakazana praktyka wywołuje antykonkurencyjne skutki na obszarze RP, ale nie ma wpływu na handel między państwami członkowskimi), art. 101 i 102 TFUE nie mają zastosowania. W konsekwencji nie ma potrzeby odwoływania się do zasady pierwszeństwa stosowania prawa UE[595] ani do reguł konwergencji[596]. Nie ma też obowiązku prowspólnotowej wykładni krajowego prawa materialnego[597], obowiązku ujednolicania (brak odpowiedniego rozporządzenia)[598] ani harmonizacji prawa tym zakresie (brak odpowiedniej dyrektywy)[599].

[595]Na temat zasady pierwszeństwa stosowania prawa UE w odniesieniu do relacji unijnych i krajowych reguł ochrony konkurencji zob. wyrok Trybunału z 13 lutego 1969 r., *Walt Wilhelm i inni przeciwko Bundeskartellamt*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Kammergericht Berlin – Niemcy, sprawa 14/68, Zb. Orz. 1969-14. Na ten temat zob. również (Krasnodębska 2006 :122, Materna 2006:52).

[596]Obowiązywanie reguł konwergencji, ujętych w art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, nie przesądza o identyczności wszelkich norm materialnych antymonopolowego prawa unijnego i polskiego (zob. Krasnodębska-Tomkiel 2006: 276 i nast., nt. złożoności relacji pomiędzy krajowym a unijnym prawem konkurencji). Ponadto, reguły konwergencji, mają zastosowanie tylko w przypadku równoległego stosowania prawa unijnego i krajowego. Nie obowiązują, gdy ma zostać zastosowane wyłącznie prawo krajowe. Nie należy zatem w regułach konwergencji upatrywać podstawy do nadania przepisom krajowym (polskim) takiego znaczenia, które – wbrew literalnemu ich brzmieniu – pozwoliłyby przypisać spółce matce zachowania jej spółki zależnej, albo co najmniej nałożyć na spółkę matkę sankcje za te zachowania.

[597]Odmiennie nt. zasady prounijnej wykładni prawa krajowego (w tym: krajowego prawa antymonopolowego) również w odniesieniu do stanów faktycznych, które mają wyłącznie „wymiar krajowy" wypowiada się (Materna 2006:56-58). Obowiązek ten wywodzi z lojalnej współpracy i pierwszeństwa prawa wspólnotowego. Powołuje się również na wyrok Trybunału w sprawie *Leur-Bloem* (wyrok Trybunału z 17 lipca 1997 r., *A. Leur-Bloem przeciwko Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, Gerechtshof Amsterdam – Holandia, sprawa C-28/95, Zb. Orz. 1997 I-4161).Uznano w nim, że również w „czysto krajowych" stanach faktycznych pojęcia przejęte do prawa krajowego z prawa wspólnotowego powinny podlegać prowspólnotowej wykładni. Jednakże tego argumentu nie da się odnieść do stosowania pojęcia „przedsiębiorstwa" rozumianego jako „single economic unit", gdyż istota prezentowanego tu problemu polega właśnie na sporze, czy pojęcie to zostało „przejęte" do prawa polskiego. W sprawie *Leur-Bloem* chodziło o pojęcie transponowane w wyniku implementacji dyrektywy. Na marginesie warto też wspomnieć że tan sam autor (Materna 2009: 4.3) stoi na stanowisku, że „z prawa europejskiego nie wynika *expressis verbis* obowiązek harmonizacji pojęcia przedsiębiorcy w krajowym prawie ochrony konkurencji".

[598] Na temat zakresu ujednolicania procedur w postępowaniach opartych na podwójnej podstawie ,wynikającego z Rozporządzenia 1/2003 zob. (Kowalik- Bańczyk 2012:242-249).

[599]Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008/1-2/25: „obowiązek dokonywania prowspólnotowej wykładni prawa krajowego nie aktualizuje się w sprawach z zakresu prawa konkurencji wynikłych ze stosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obowiązują bowiem równolegle do przepisów wspólnotowego prawa konkurencji, w szczególności do art. 81 i art. 82 TWE. Zasady rozstrzygania kolizji między krajowymi a wspólnotowymi regułami konkurencji składającymi się na prawo antymonopolowe (prawo konkurencji sensu stricto) normuje art. 3 rozporządzenia Rady nr 1/2003 w sprawie stosowania art. 81 i 82 TWE (Dz.Urz. UE 2003/1/1, wydanie w języku polskim Dz.Urz. UE sp-08-2-205). Przepis ten nakazuje sądom krajowym stosować art. 81 TWE do praktyk ograniczających konkurencję, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi (art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003). Jeżeli praktyka nie wpływa na handel wewnątrzwspólnotowy, sądy krajowe stosują jedynie krajowe prawa konkurencji. Przepisy prawa antymonopolowego składają się zatem na tę część prawa krajowego, która nie jest

Co więcej wydaje się – choć może być to przedmiotem sporu – że nawet w sprawach o „wymiarze unijnym" nakaz równoległego stosowania art 101 i 102 TFUE przez Prezesa UOKiK nie oznacza automatycznie konieczności stosowania koncepcji *single economic unit* . Reguły konwergencji mają bowiem na celu ujednolicenie sposobu oceny określonych zachowań jako praktyk antykonkurencyjnych (co można określić jako konwergencję „przedmiotową"). Nie wynika zaś z nich wprost obowiązek stosowania takich samych zasad przypisywania odpowiedzialności poszczególnym podmiotom, jakie stosowane są w prawie UE („podmiotowy" aspekt konwergencji)[600]. Słuszność takiego twierdzenia pośrednio potwierdza analiza przeprowadzona przez Komisję, która doprowadziła do powstania projektu dyrektywy ECN PLUS. Na podstawie badań dotyczących stosowania art. 101 i art. 102 TFUE przez NACs, Komisja doszła do wniosku, że „krajowe organy ochrony konkurencji nie mogą obecnie pociągać do odpowiedzialności spółek dominujących za naruszenia popełnione przez spółki zależne pozostające pod ich kontrolą." Komisja nie ocenia tego bynajmniej jako naruszenia art. 3 Rozporządzenia 1/2003. Dopiero proponuje w projekcie dyrektywy ECN PLUS rozwiązania, które spowodują powstanie obowiązku wprowadzenia w porządkach krajowych instytucji zapewniających „stosowanie pojęcia przedsiębiorstwa do celów nakładania grzywien na spółki dominujące" w celu stosowania art. 101 i 1021 TFUE (tj. w odniesieniu do spraw „ o wymiarze wspólnotowym", a nie „czysto krajowym").

Na podstawie powyższych uwag należy odnotować dwie istotne kwestie, Po pierwsze (w związku z przytoczonymi wyżej przykładami z udziałem „Krajowej" i „Zagranicznej") - nie można kategorycznie wykluczyć zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy spółkami należącymi tego tego samego „zgrupowania". Po drugie – że doktryna *single economic unit* („jednego organizmu gospodarczego", „jedności gospodarczej") jest, w pewnym zakresie, znana polskiemu prawu antymonopolowemu. Była

---

objęta procesem harmonizacji z art. 94 i 95 TWE. Nie można więc mówić o obowiązku dokonywania prowspólnotowej wykładni przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ przepisy tej ustawy dotyczące reguł konkurencji (…) - nie implementują do prawa polskiego postanowień dyrektyw wspólnotowych. Dlatego wyroki ETS oraz decyzje Komisji dotyczące art. 81 i art. 82 TWE stanowią - w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, które nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi - jedynie źródło inspiracji intelektualnej, przykład sposobu rozumowania prawniczego i rozumienia pewnych pojęć, które mogą znaleźć zastosowanie przy wykładni przepisów prawa polskiego.". Zob. również wyrok Sądu Najwyższego z 3 września 2009 r., III SK 9/09, OSNP 2011/11-12/168 oraz (Botta 2017:473, Kowalik-Bańczyk 2012:548).

[600]Choć trzeba przyznać, że w niektórych przypadkach oddzielenie płaszczyzny przedmiotowej i podmiotowej może być trudne. Płaszczyzny te są zwłaszcza powiązane na gruncie dokonywania oceny, czy miało miejsce porozumienie antykonkurencyjne. Uznając, ze nie może mieć miejsce takie porozumienie pomiędzy członkami jednej grupy kapitałowej (element przedmiotowy) wychodzimy *de facto* od podmiotowego przypisania zachowań spółek zależnych spółce matce.

dostrzegalna w przepisach dotyczących kontroli koncentracji już na gruncie ustawy z 1990 roku, jak i w orzecznictwie kształtowanym na jej gruncie. Wpłynęła następnie (poprzez zamierzone nawiązania do *acquis communautaire*) na kształt rozwiązań legislacyjnych dotyczących kontroli koncentracji oraz pojęcie grupy kapitałowej (i innych z nią związanych) zawarte w ustawie z 2000 oraz obecnie obowiązującej OKiKu. Jest obecna w polskim dyskursie doktrynalnym i w orzecznictwie. Mamy zatem w OKiKu pojęcia „kontroli" i „grupy kapitałowej" bazujące na „zdolności do wywierania decydującego wpływu" przedsiębiorcy dominującego na przedsiębiorców zależnych i tym samym silnie nawiązującą do koncepcji *single economic unit*. Podejście do porozumień zawieranych przez przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej przypomina to stosowane w prawie UE. Nie ma jednak podstaw, by koncepcja *single economic unit* była z założenia zawsze uwzględniana w toku stosowania przepisów polskiego prawa antymonopolowego w taki sposób, jak to ma miejsce w prawie UE. Nawet szczególne związki między krajowym i unijnym prawem konkurencji nie są wystarczającą ku temu podstawą. Obecnie obowiązujące uregulowania nie przewidują zatem, by spółkę dominującą obciążać odpowiedzialnością za zachowania jej spółek zależnych, a w konsekwencji – by nakładać na nią obowiązek zapłaty kary. Nie można też uznać, iżby pozostałe implikacje stosowania koncepcji *single economic unit* stanowiły obowiązujące normy polskiego prawa antymonopolowego - brak podstaw do sumowania udziałów rynkowych członków jednej grupy kapitałowej w celu określenia udziału *single economic unit* w rynku właściwym oraz traktowania takiego zsumowanego obrotu jako podstawy obliczenia kary[601]. Wreszcie – przepisy nie przewidują możliwości solidarnego obciążenia przedsiębiorców obowiązkiem zapłaty kary.

Stosowanie rozwiązań wypływających z koncepcji *single economic unit* z pewnością przyczyniłoby się do wzmocnienia efektywności eksterytorialnego oddziaływania krajowych przepisów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych. Konieczna jest zatem interwencja ustawodawcy, by polskie prawo miałoby korzystać z rozwiązania, które obciąży spółkę matkę odpowiedzialnością za to, iż spółki od niej zależne dopuściły się deliktu zakazanego przez prawo antymonopolowe.

Z powyższych przyczyn należy przyłączyć się do stanowiska tych przedstawicieli doktryny, którzy uważają, że wprowadzanie do polskiego prawa kolejnych elementów wynikających z doktryny *single economic unit* wymaga odpowiedniej nowelizacji obowiązujących przepisów.

[601] Zob. (Kohutek, Sieradzka (w:) Kohutek, Sieradzka 2014: komentarz do art. 106).

4.4.4. Rozważania *de lege ferenda*

Ze względu na spodziewane wejście w życie dyrektywy ECN PLUS, wprowadzenie do polskiego prawa instytucji odzwierciedlających doktrynę single economic unit w pewnym zakresie – tj. w odniesieniu do stosowania art. 101 i 102 TFUE – nie będzie już zależało tylko od woli polskiego ustawodawcy, ale będzie jego obowiązkiem. W odniesieniu do sytuacji niemających „wymiaru europejskiego" w dalszym ciągu – przynajmniej teoretycznie - jest to kwestia autonomicznej decyzji polskiego ustawodawcy. Na tym tle rodzi się kilka refleksji.

Po pierwsze – nawet jeśli nie ma obowiązku ujęcia w krajowych przepisach elementów doktryny *single economic* unit w odniesieniu do sytuacji o „wymiarze nie-unijnym" postulat ich wprowadzenia pozostaje aktualny. Dla poprawy eksterytorialnego stosowania norm polskiego, wewnętrznego prawa, zakazujących praktyk antykonkurencyjnych kluczowe jest bowiem stworzenie mechanizmu obciążającego odpowiedzialnością spółki dominujące w grupach kapitałowych mające polską przynależność państwową (a w konsekwencji – jak należy się spodziewać – istotny majątek znajdujący się w Polsce) za działalność zagranicznych spółek będących członkami tych grup. Nie zawsze ci zagraniczni przedsiębiorcy będą mieli narodowość któregoś z krajów członkowskich UE i nie zawsze zaistnieje przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi. W konsekwencji – nie zawsze da się zastosować art. 101 lub 102 TFUE, a cel w postaci ochrony konkurencji na obszarze RP nie zostanie osiągnięty jako „refleks" stosowania tych przepisów. (zob. rozdz. 3.7.3.). Ponadto z projektu dyrektywy nie wynika obowiązek pomocy w egzekucji kar nałożonych w oparciu oprawo krajowe. Dlatego polskie organy uczestniczące w procesie stosowania przepisów OKiKu powinny dysponować możliwością obciążenia spółki matki odpowiedzialnością za antykonkurencyjne zachowania jej spółek córek również wówczas, gdy rozstrzygnięcie oparte jest wyłącznie art. art. 6 ust. 1 lun art. 9 ust. 1 lub ust. 2 OKiKu. Nowelizacja powinna mieć na względzie te okoliczności.

Po drugie – rozwiązania legislacyjne dla spraw o „wymiarze unijnym" i „pozostałych" mogą się różnić. Jest to chyba jednak niecelowe, z punktu widzenia przejrzystości regulacji, jak i z punktu widzenia podstaw ekonomicznych, leżących u podstaw koncepcji *single economic unit (*które- trzeba uznać – są takie same, niezależnie od tego, czy mówimy o potrzebie ochrony konkurencji w granicach kraju, czy w sprawach transgranicznych). Takie zróżnicowanie może też rodzić istotne trudności praktyczne, gdyż na wczesnym etapie sprawy niekiedy trudno jest stwierdzić, czy zastosowanie powinno mieć

tylko prawo krajowe, czy również, równolegle art. 101 i 102 TFUE[602]. Wreszcie – wydaje się ono nawet wręcz niedozwolone w świetle konstytucyjnej zasady równości. Weźmy dwa przykłady. W pierwszym - jeśli przedsiębiorca zależny P1 (mający polską przynależność państwową) z grupy kapitałowej GK1 zaangażowany jest w porozumienie ograniczające konkurencję na obszarze Polski i Niemiec, mające wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi. W drugim - przedsiębiorca zależny P2 (mający polską przynależność państwową), z grupy kapitałowej GK2 zaangażowany jest w taką samą przedmiotowo działalność, ograniczającą konkurencję na obszarze Polski i Ukrainy. Nie byłoby uzasadnione, by w przykładzie pierwszym przyjąć jako podstawę obliczenia wysokości kary pieniężnej obrót grupy GK1, a w przykładzie drugim - tylko obrót przedsiębiorcy P2.

Po trzecie – redakcja projektu dyrektywy nie ułatwia bynajmniej zadania polskiemu ustawodawcy. Projektowane przepisy nakładają bowiem na państwa członkowskie obowiązek „zapewnienia stosowania pojęcia przedsiębiorstwa do celów nakładania grzywien na spółki dominujące (…)" dla celów stosowania art. 101 i art. 102 TFUE (art. 12 ust. 3 projektu dyrektywy.). Z innych fragmentów projektu dyrektywy (art. 12 ust. 2, str. 17 i str. 21 projektu oraz motyw 31 preambuły) wynika, że chodzi również o stosowanie reguły solidarnej odpowiedzialności spółki matki ze spółką córką oraz uwzględnienie obrotu grupy kapitałowej jako podstawy obliczania kary. W pozostałym zakresie projekt dyrektywy nie precyzuje, co uznać za konieczne implikacje stosowania pojęcia przedsiębiorstwa (np. kwestia recydywy, określenie udziału w rynku jako udziału wszystkich przedsiębiorców z grupy kapitałowej –

[602]Jak wskazano w projekcie dyrektywy ECN PLUS (str. 7): „Dyrektywa, której dotyczy wniosek, wpływa ponadto na ujednolicenie krajowych przepisów prawa w takim zakresie, w jakim odnosi się do stosowania krajowych reguł konkurencji. W praktyce większość krajowych organów ochrony konkurencji stosuje w tej samej sprawie krajowe przepisy prawa konkurencji równolegle z art. 101 i 102 TFUE. Dyrektywa, której dotyczy wniosek, będzie nieuchronnie miała wpływ na krajowe przepisy prawa konkurencji, stosowane równolegle przez krajowe organy ochrony konkurencji. Ponadto, jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji podejmuje czynności dochodzeniowe na wczesnym etapie postępowania w danej sprawie, często trudno stwierdzić, czy występuje wpływ na wymianę handlową, uruchamiający stosowanie unijnego prawa konkurencji. W związku z tym krajowy organ ochrony konkurencji musi przyjąć, że zastosowanie może mieć zarówno prawo UE, jak i prawo krajowe.". Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na spostrzeżenie (Botty 2017:474) dokonane w oparciu o dane statystyczne zamieszczone na stronie http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html. Zauważył on, że większość NCAs wszczyna postępowania z powołaniem zarówno na krajowe, jak i unijne prawo konkurencji. Jednakże nieporównanie mniejsza jest ilość decyzji NCAs wydawanych w oparciu o art. 101 i 102 Traktatu. W okresie od 1 maja 2014 r. do 31 grudnia 2015 r . NCAs notyfikowały Komisji wszczęcie 2066 postępowań opartych na ww. przepisach. W tym samym okresie zgłosiły wydanie tylko 907 decyzji na podstawie art. 101 lub art. 102 TFUE. W odniesieniu do Prezesa UOKiK wartości te wynoszą, odpowiednio, 29 i 13. W okresie od 1 maja 2014 do 31 grudnia 2017 r. Prezesa UOKiK wydał łącznie 964 decyzje stwierdzające praktyki antykonkurencyjne (źródło: sprawozdania z działalności UOKIK za lata 2004 – 2016, dostęp na: https://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php, 31 grudnia 2017 r. oraz dane ze strony: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf dostęp w dniu 31 grudnia 2017 r.)

zob. rozdz. 4.4.3.). W art. 2 pkt 8 – w którym ujęto „słowniczek" – zdefiniowano „przedsiębiorstwo" jako: „każdy podmiot zaangażowany w działalność gospodarczą, bez względu na jego status prawny oraz sposób jego finansowana *zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*" [podkr. M. U.-A.], zaś w motywie 31 preambuły wskazano, że chodzi o „jednostkę gospodarczą, nawet jeśli składa się z kilku osób fizycznych lub prawnych". Twórcy projektu dyrektywy uznali, że jest to pojęcie dostatecznie wyjaśnione w prawie UE. Abstrahując od słuszności tego założenia, trzeba pamiętać, że tak Komisja, jak i Trybunał twórczo rozwijają koncepcje stosowane w prawie konkurencji UE, dając priorytet celowi, którym jest skuteczne zwalczanie antykonkurencyjnych praktyk. Prawdziwym wyzywaniem dla ustawodawcy działającego w systemie prawa stanowionego będzie stworzenie takich norm, które zapewnią z jednej strony, pewność prawa, a z drugiej – będą dostatecznie „elastyczne" (umożliwią organom stosującym prawo dokonywania wykładni funkcjonalnej), by nadążyć za rozwojem pojęcia „przedsiębiorstwa"- a ściślej, jego potencjalnych implikacji - który z pewnością będzie miał miejsce w orzecznictwie Komisji i TSUE[603].

W świetle okoliczności przywołanych w rozdziale poprzedzającym, wprowadzenie do polskiej ustawy antymonopolowej dalszych rozwiązań wywodzonych z koncepcji „ekonomicznej jedności" grupy kapitałowej nie byłoby całkowitą nowością legislacyjną, lecz wpisywałoby się w ramy pewnej „ewolucji". „Nowość" polegałaby na „większym wykorzystaniu potencjału" tej koncepcji, podobnie, jak ma to miejsce w prawie konkurencji UE. Tak więc służyłaby ona już nie tylko poszukiwaniu zakresu podmiotowego (granicy) stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz zapewnieniu efektywności norm z dziedziny kontroli koncentracji. Postulowany mechanizm miałyby służyć efektywnej ochronie konkurencji na obszarze RP również poprzez wzmocnienie faktycznego ekstraterytorialnego oddziaływania norm polskiego prawa zakazujących praktyk ograniczających konkurencję.

Aby nie prowadzić rozważań zupełnie *in abstracto,* wyjdźmy od prostych przykładów przedstawiających sytuacje, w jakich możliwości wykorzystania przedstawionych koncepcji pominięcia odrębności prawnej spółek w grupach kapitałowych byłyby pożądane z punktu widzenia poprawy efektywności eksterytorialnego stosowania ujętych w polskim prawie zakazów praktyk antykonkurencyjnych. Przyjąć trzeba przy tym, oczywiście, jako *status quo*,

[603]W przekonaniu piszącej, zawarte w dyrektywie odwołania od pojęcia „przedsiębiorstwa" nie wykluczają *a limine* przyjęcia rozwiązań legislacyjnych opartych na konstrukcji odpowiedzialności spółki matki za działania własne (tj. modelu, o którym mowa w rodz. 4.3.4.). Stąd w dalszej części pracy pojawią się nawiązania do tej konstrukcji.

iż według prawa polskiego przynależność państwową RP mają spółki utworzone według prawa polskiego i zarejestrowane w Polsce, a polskie prawo nie posługuje się „testem kontroli". Mamy zatem do czynienia ze spółką pod firmą *Krajowa*, utworzoną w oparciu o przepisy prawa polskiego i zarejestrowaną w Polsce. *Krajowa* (spółka dominująca), kontroluje *Zagraniczną* (spółkę zależną), utworzoną wg prawa innego państwa, np. Niemiec lub Ukrainy. *Zagraniczna* nie ma polskiej przynależności państwowej, w konsekwencji czego organy RP nie mogą wykonywać jurysdykcji wobec niej w oparciu o zasadę czynnego zwierzchnictwa personalnego.

Pierwsza sytuacja przedstawia się w ten sposób, że spółki te – dominująca i zależna- zawierają między sobą porozumienie ograniczające konkurencję (z udziałem podmiotów trzecich bądź nie – ta okoliczność nie ma znaczenia w tym przykładzie), w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy antymonopolowej[604]. Porozumienie dotyczy rynku produktów P, który w ujęciu geograficznym obejmuje całość lub część terytorium Polski (spełniona jest przesłanka zaistnienia skutku antykonkurencyjnego porozumienia na terytorium Polski).

Drugi stan faktyczny jest taki, jak powyżej, z tą różnicą, że uczestnikiem porozumienia – w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy antymonopolowej - zawartego na rynku P z innymi podmiotami jest tylko *Zagraniczna* (nie uczestniczy w nim *Krajowa*).

Ostatni przykład to sytuacja, gdy *Krajowa* (spółka dominująca w grupie kapitałowej), mając pozycję dominującą na rynku produktu P, który w ujęciu geograficznym obejmuje całość lub część terytorium Polski, przenosi na *Zagraniczną* całość swojej aktywności związanej z działalnością na rynku produktu P. Tym samym *Zagraniczna* uzyskuje pozycję dominującą na rynku produktu P, a następnie – pozostając pod kontrolą *Krajowej* - podejmuje działania stanowiące nadużycie tej pozycji w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 ustawy antymonopolowej.

Dla uproszczenia, aby wyłączyć z rozważań zagadnienie kolidujących ustawodawstw antymonopolowych rożnych państw, kwestię konkurencji jurysdykcji i ewentualnej możliwości prowadzenia sprawy przez organ państwa siedziby „Zagranicznej" oraz zagadnienie równoległego stosowanie prawa UE, przyjmijmy, że antykonkurencyjne praktyki mają skutki wyłącznie na terytorium RP (a nadto – nie zachodzi wpływ na handel między państwami członkowskimi) co sprawia, że mamy do czynienia z „czysto krajowym" stanem faktycznym, w konsekwencji czego organ żadnego innego państwa nie jest zainteresowany

[604]Nt. zagadnienia, czy zakres podmiotowy art. 6 ust. 1 OKiKu obejmuje porozumienia pomiędzy spółką matką a spółką córką zob. rozdz. 4.4.3. Będzie o tym mowa również poniżej. Dla potrzeb tego przykładu przyjmujemy, że porozumienie zawarte przez spółki pozostające członkami jednej grupy kapitałowej wchodzi w zakres stosowania tego przepisu.

ich ściganiem. Z kolei Prezes UOKiK jest zobligowany do wszczęcia postępowania. Prezes UOKiK będzie zatem jedynym organem zainteresowanym (prawnie zobligowanym) do prowadzenia postępowań w ww. sprawach.

Jak pamiętamy z rozważań ujętych w rozdziałach od 3.3. do 3.6., prowadzenie postępowania w sytuacjach takich, jak te wskazane przykładowo powyżej, napotyka na wiele problemów. *Krajowa* z pewnością może być stroną postępowania antymonopolowego (tak administracyjnego, jak i sądowego). Może być wobec niej wydana decyzja i – w razie potrzeby – nałożona kara i prowadzone postępowanie egzekucyjne (w celu jej wyegzekwowana). *Zagraniczna* również może być stroną postępowania i (w konsekwencji) adresatem decyzji, aczkolwiek, z jej udziałem w postępowaniu wiążą się istotne trudności, np. w zakresie doręczeń, ograniczeń w zakresie możliwości gromadzenia dowodów, a zwłaszcza egzekucją nałożonych kar (zob. rozdz. 3.3 i 3.4.). W celu wyeliminowania (lub choćby ograniczenia) opisanych wcześniej problemów, przydatność omówionych w podrozdziale 4.3. koncepcji służących pominięciu zasady nieodpowiedzialności wspólników w spółce w odniesieniu do takich stanów faktycznych można zatem rozważać w dwóch aspektach – materialnym i procesowym. Pierwszy z nich dotyczy odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób przypisać *Krajowej,* w sensie prawnym, zachowanie *Zagranicznej* lub – jeśli nie samo zachowanie - odpowiedzialność za to zachowanie. Drugi - dotyczy możliwości udziału *Krajowej* w postępowaniu antymonopolowym nie tylko w imieniu własnym, ale również jako przedstawiciela *Zagranicznej*. Chodzi o zdolność *Krajowej* do udziału w postępowaniu (również) w zakresie zachowań, których faktycznie dopuściła się *Zagraniczna* (nakazanych jej przez *Krajową* lub też nie) i które prawo traktuje jako zachowania *Zagranicznej* (nie tworzy fikcji, jakoby były to zachowania *Krajowej* ani nie obciąża „Krajowej" odpowiedzialnością za te zachowania). Płaszczyzny te – materialna i procesowa- są ściśle powiązane. Potrzeba tworzenia rozwiązań proceduralnych, które czyniłyby *Krajową* „przedstawicielem procesowym" zagranicznej będzie zależała od tego, która koncepcja pominięcia odrębności prawnej spółek zostanie przyjęta jako materialnoprawna podstawa kształtowania zakresu odpowiedzialności. Przykładowo- jeżeli przyjęta zostałaby koncepcja bezpośredniej odpowiedzialności spółki dominującej (opisana w podrozdziale 4.3.4.) rozwiązania proceduralne zapewniające udział (bądź reprezentację) *Zagranicznej* w postępowaniu nie byłyby potrzebne, gdyż wówczas przyjęte rozwiązania materialnoprawne całym ciężarem odpowiedzialności za antykonkurencyjne praktyki obciążałyby *Krajową*.

Obecnie obowiązujące przepisy ustawy antymonopolowej nie zawierają rozwiązań legislacyjnych, które kształtowałyby zakres odpowiedzialności przedsiębiorców za praktyki

antykonkurencyjne w oparciu o koncepcję przełamania prawnej odrębności spółek zrzeszonych w grupach kapitałowych. Dalsze rozważania zawarte w niniejszym rozdziale skupione będą wokół zagadnień, które musiałyby zostać uwzględnione w takich rozwiązaniach. W przeważającej części rozważania te odnosić się będą do pojęcia „kontroli" i relacji „spółka zależna" - „spółka dominująca". Ustalenie normatywnego zakresu znaczeniowego tych pojęć determinuje bowiem konstrukcję modelu tego typu odpowiedzialności i skuteczność przyjętych rozwiązań legislacyjnych (o czym niżej). Ponadto, rozważania dotyczyć będą zagadnień szczegółowych, które musiałyby zostać uregulowane przy wprowadzaniu tego rodzaju rozwiązań.

Wcześniej jednak kilka uwag należy poświęcić zagadnieniu bardzo istotnemu z punktu widzenia systemowego, tj. w jaki sposób w prawie administracyjnym ukształtowana została konstrukcja odpowiedzialności za zachowanie osób trzecich.

Odpowiedzialność prawna oznacza obowiązek ponoszenia przez podmiot przewidzianych prawem ujemnych konsekwencji zdarzeń lub stanów rzeczy podlegających ujemnej kwalifikacji normatywnej i przypisywalnych prawnie podmiotowi określonemu przez przepisy. Koniecznym warunkiem odpowiedzialności jest, by zdarzenia, za które się odpowiada mogły być w ogóle przypisane jakiemuś podmiotowi, tj. powiązane z zachowaniem jakiegoś podmiotu.. Nie jest natomiast wymogiem koniecznym, aby zdarzenie było przypisane podmiotowi, który prawo obciąża odpowiedzialnością za to zdarzenie (Wincenciak 2008:19).

Z punktu widzenia teorii prawa administracyjnego, nałożenie na spółkę dominującą ciężaru konsekwencji zachowań jej spółek zależnych oznaczałoby wprowadzenie do ustawy nowych kategorii deliktów administracyjnych. Ustawodawca może względnie swobodnie określać, jakim stosunkom społecznym nadaje charakter stosunków prawnych i jakie wiąże z nimi skutki. Prawo precyzuje, kiedy i w jakich okolicznościach określone zachowanie rodzi ujemne konsekwencje prawne oraz jaki podmiot ponosi te konsekwencje. W prawie administracyjnym ustawodawca dotychczas nie sformułował kompleksowo zasad odpowiedzialności deliktowej – w tym ogólnych zasad przypisywalności deliktów administracyjnych określonym podmiotom. W szczególności, nie ma w prawie administracyjnym jednolitych reguł, które decydowałyby o tym, czy odpowiedzialność ma charakter obiektywny, czy też zależy również od subiektywnych elementów stosunku sprawcy do swojego zachowania (wina). Od woli ustawodawcy zależy w każdym przypadku określenie podmiotu ukarania oraz wskazania jego cech prawnie relewantnych. Odpowiedzialność za delikt administracyjny podmiotu innego niż ten, który się go dopuścił,

musi wynikać z przepisów prawa. Odpowiedzialność administracyjna może dotyczyć nie tylko sprawcy, którego zachowanie wyczerpało znamiona deliktu administracyjnego, ale również podmiotów mających określony związek z przedmiotem deliktu. Ustawodawca może również konstruować równocześnie odpowiedzialność kilku podmiotów, formułując zróżnicowane kryteria ich odpowiedzialności i pozostawić organowi wydającemu rozstrzygnięcie w sprawie określenie podmiotu podlegającego ukaraniu (Wincenciak 2008 : 91, 127, 133).

Podobne podejście, akcentujące, iż to do organów władzy publicznej należy określanie podmiotów odpowiedzialnych za praktyki zakłócające konkurencję, widoczne jest w orzecznictwie ETS, jak np. w sprawach połączonych *Areva i in.* przeciwko Komisji Europejskiej[605]. W postępowaniu tym spółki pozostające w jednej grupie kapitałowej i nadto związane umową, dotyczącą rozkładu odpowiedzialności związanej z aktywnością rynkową, którą następnie uznano za porozumienia antykonkurencyjne, argumentowały, iż nie wolno było Komisji obciążyć odpowiedzialnością za te praktyki tej z nich, z której ww. umowy zdejmowały tę odpowiedzialność. Odnosząc się do tych argumentów ETS stwierdził, że: „Artykuł 81 WE i przez analogię art. 53 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) stanowią przepisy porządku publicznego niezbędne do wypełnienia zadań powierzonych Wspólnocie Europejskiej i EOG, tak że odpowiedzialność i sankcja grożące spółkom w przypadku naruszenia tych przepisów nie mogą zostać pozostawione do dyspozycji tych spółek.”.

Jak wzmiankowano powyżej, kluczową kwestią, która wymagałaby uregulowania w rozwiązaniach legislacyjnych powodujących obciążenie „spółki dominującej” odpowiedzialnością za zachowania jej „spółek zależnych”- determinującą model tej odpowiedzialności - byłoby zagadnienie, co oznacza „kontrola” i jak ścisła powinna być kontrola sprawowana przez tę pierwszą, aby uzasadniała taką jej odpowiedzialność.

Drugą, nie mniej ważną, przyczyną, dla której należy zająć się tą kwestią jest rozwiązane legislacyjne ujęte w projekcie dyrektywy ECN PLUS, co również sygnalizowano powyżej. Artykuł 12 ust. 3 tego projektu stanowi, że „Państwa członkowskie zapewniają stosowanie pojęcia przedsiębiorstwa do celów nakładania grzywien na spółki dominujące oraz następców prawnych i gospodarczych przedsiębiorstw”. Odpowiednie rozwiązania legislacyjne należy wprowadzić w krajowych porządkach prawnych w celu stosowania art.

[605]**Wyrok Sądu z 3 marca 2011, w połączonych sprawach,** T-117/07 i T-121/07, *Areva i in. przeciwko Komisji Europejskiej*, Zb. Orzeczeń 2011 II-00633. Postępowanie dotyczyło niektórych z odwołań wniesionych w sprawie *GIS* – zob. rozdz. 2.1.2.6.

101 i art. 102 TFUE. Jak wynika z dalszych wyjaśnień zawartych w projekcie dyrektywy (str. 17 i str. 21 projektu oraz motyw 31 preambuły) stosowanie tego pojęcia ma oznaczać, że „podmioty prawne należące do jednego „przedsiębiorstwa" mogą być solidarnie pociągnięte do odpowiedzialności za wszelkie grzywny nałożone na takie „przedsiębiorstwo" i „krajowe organy ochrony konkurencji powinny móc stosować pojęcie przedsiębiorstwa w celu znalezienia odpowiedzialnej spółki dominującej i nałożenia na nią grzywien za postępowanie jednej z jej spółek zależnych, w przypadku gdy taka spółka dominująca i jej spółka zależna stanowią jedną jednostkę gospodarczą." Biorąc pod uwagę powyższe sformułowania oraz znaczenie pojęcia „przedsiębiorstwo" w prawie konkurencji UE, wynikające z orzecznictwa (zob. rozdz. 4.3.2. i 4.3.3.) ustalenie znaczenia pojęcia „kontroli" jest sprawą pierwszorzędną. W dyrektywie ani pojęcie „kontrola" (czy też „wywieranie decydującego wpływu") ani pojęcie „spółka dominująca" nie zostały zdefiniowane.

Zagadnienie to wymaga prezentacji w szerszej perspektywie, tj. na tle ogólniejszego dyskursu, dotyczącego tzw. „prawa grup spółek". Dotyczy on w szczególności semantycznej zawartości (powiązanych ze sobą) pojęć „grupa kapitałowa" (czy też „grupa spółek" lub „zgrupowanie spółek"), „spółka dominująca", „spółka zależna" oraz „kontrola", w kontekście ewentualnych przywilejów i szczególnych obciążeń, które mogą (powinny, ze względu na założone cele polityki prawa) wiązać się z pozostawaniem niektórych spółek w takich swoistych wzajemnych relacjach. Spójność systemu prawa wymaga, by te pojęcia były jednakowo rozumiane zarówno w regulacjach „ogólnych" dotyczących spółek kapitałowych, jak i w przepisach prawa antymonopolowego. Na taki zamiar polskiego ustawodawcy wskazuje zresztą sposób zdefiniowania pojęcia „spółki dominującej" w art. 4 § 1 pkt 4 KSH, jak i pojęcia „przedsiębiorcy dominującego" i „przejęcia kontroli", ujęte w art. 4 pkt 3 i pkt 4 OKiKU (zob. niżej).

Jak podkreśla (Błaszczyk 2013:8 i nast.), struktury zwane ogólnie „grupami kapitałowymi" (czy też – niekiedy zamiennie- „koncernami" lub „holdingami"[606]) są w praktyce bardzo zróżnicowane i że „nie ma dwóch identycznych grup spółek". Powoduje to trudności w stworzeniu jednolitej prawnej definicji tych organizmów. Przywołany autor wskazuje, że: „Sposób zorganizowania poszczególnych holdingów może polegać na bardzo ścisłym podporządkowaniu spółki lub spółek zależnych podmiotowi dominującemu i całkowitym przejęciu faktycznego zarządzania tymi podmiotami przez spółkę matkę. Możliwy jest też model nieco luźniejszej współpracy, w której spółka dominująca określa wprawdzie strategię gospodarczą całej grupy, lecz zostawia uczestniczącym jej podmiotom

[606] Co do pojęć zob. również (Kubsik 2013:50).

znaczny margines swobody w prowadzeniu spraw spółki. Wpływ spółki dominującej może mieć przy tym charakter ciągły (…) [wówczas – dop. M. U.-A.] spółka zależna staje się w istocie częścią przedsiębiorstwa spółki matki i nie sposób wyróżnić konkretne przejawy jej oddziaływania na zarządzanie spółką córką". Autor ten dostrzega również, że: „W mało zintegrowanych grupach spółek, których stopień wewnętrznego zorganizowania jest stosunkowo niewielki, dyskusyjna wydaje się celowość dopuszczenia [przez prawo podejmowania przez spółki dominujące – dop. M. U.-A.] działań leżących w interesie grup spółek. W praktyce podmioty te nie funkcjonują bowiem jak jednolity organizm gospodarczy i nie mają wspólnego celu gospodarczego. Możliwość realizacji rzekomego interesu grupy mogłaby być wówczas nadużywana [przez spółkę dominującą - dop. M. U.-A]". Szczegółowa problematyka poruszana w cytowanym artykule jest wprawdzie odmienna od zagadnienia możliwości obciążenia spółki dominującej odpowiedzialnością za antykonkurencyjne praktyki spółki zależnej - dotyczy tzw. „interesu grup spółek" - jednak powyższe spostrzeżenia mają ogólniejsze znaczenie. Wyrażają postulat, aby szczególne regulacje tzw. prawa grup spółek miały zastosowanie tylko do podmiotów, pomiędzy którymi powiązania są wystarczająco silne (występuje dostatecznie silna funkcjonalna integracja podmiotów, które w sensie formalnym stanowią odrębne jednostki prawne i organizacyjne). Zbyt luźne związki między spółką dominującą a spółką zależną nie uzasadniają traktowania tych podmiotów jako „jednego organizmu gospodarczego". W konsekwencji nie uzasadniają – na gruncie prawa grup spółek- udzielenia spółce dominującej przywileju realizowania „interesu grup spółek", ani też obciążenia jej odpowiedzialnością za zobowiązania jej spółek zależnych wobec osób trzecich. Uznając słuszność ww. postulatu i przenosząc go na grunt prawa antymonopolowego – należy przyjąć, że brak dostatecznej integracji nie uzasadnia obciążania spółki matki odpowiedzialnością za praktyki antykonkurencyjne popełnione przez jej spółki córki.

Wychodząc od spostrzeżeń dotyczących różnorodności relacji pomiędzy spółkami powiązanymi kapitałowo (Błaszczyk 2013:10) analizuje relacje pojęcia: „grupa spółek" do pojęć „spółka dominująca" i „spółka zależna", na tle regulacji art. 4 § 1 pkt 4 KSH. Przepis ten określa spółkę dominującą jako: „spółkę handlową w przypadku, gdy:

a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub
e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7".

Autor ten zwraca w szczególności uwagę na zasadniczą odmienność kryteriów służących ocenie dominacji- zależności ujętych w art. 4 § 1 pkt 4 KSH lit. a-e od kryterium ujętego pod literą „f". Pierwsza grupa przesłanek dotyczy okoliczności o charakterze formalnym, wymiernym, których zaistnienie można w prosty sposób zweryfikować. Przesłanki te nie dotykają kwestii, czy spółka dominująca rzeczywiście wpływa (i jak silnie) na działalność spółki zależnej. Jednakże każda z tych przesłanek z osobna to okoliczność tego rodzaju, która otwiera możliwość wywierania takiego wpływu. Jedynie ostatni podpunkt – lit. „f" – odwołuje się do faktycznego wywierania wpływu i to wpływu „decydującego". Sama okoliczność istnienia określonych powiązań kapitałowych między spółkami nie przesądza o tym, że w rzeczywistości wywierany jest decydujący wpływ na podmiot zależny. Stwarza jedynie możliwość takiego oddziaływania. W literaturze zauważa się, że dla powstania stanu kontroli niezbędne jest wystąpienie tzw. elementu statycznego (polegającego na spełnieniu przesłanek formalnych dominacji – zależności) i, łącznie z nim, elementu dynamicznego – w postaci realnego (i permanentnego) oddziaływania na spółkę zależną. Innymi słowy przez „wykonywanie kontroli" powinno rozumieć się stan rzeczywistego odziaływania, a nie tylko dysponowanie taką możliwością (zob. Błaszczyk 2013:12 i powołana tam literatura). Wobec tego postuluje się, by odróżniać sytuację dominacji-zależności – którą oceniano by w oparciu o kryteria formalne, np. odnoszące się do własności udziałów bądź członkostwa w organach- od sytuacji faktycznego wykonywania „kontroli"[607]. Tylko w tym drugim przypadku – tj.

[607] Na temat ścierania się w prawie spółek UE koncepcji dotyczących pojęcia „grupy spółek" ze względu na możliwość zastosowania kryteriów powiązań formalnych albo kryterium wykonywania faktycznej kontroli zob.

„kwalifikowanej" relacji dominacji - mielibyśmy do czynienia z „grupą kapitałową"[608] czy też „koncernem" (Błaszczyk 2013:12, z powołaniem na rozwiązania prawa niemieckiego; Kubsik 2013:57, z powołaniem na koncepcje prawa francuskiego i brytyjskiego). Tego rodzaju postulaty idą zatem w kierunku zrównania pojęcia „grupy kapitałowej" z pojęciem „jednego organizmu gospodarczego", tak, jak jest ono rozumiane w prawie konkurencji UE[609] .

Na tle powyższych zagadnień warto też przytoczyć uwagi (Wincenciaka 2008:133) odnośnie do okoliczności, które należy brać pod uwagę oceniając, czy odpowiedzialność za delikt powinien ponieść sprawca wykonawczy, czy też podmiot trzeci, pozostający w określonym stosunku z tym sprawcą. Stany faktyczne, z których wywiedziono te uwagi odnoszą się do pracownika wykonującego, w ramach stosunku pracy, określone działania mieszczące się w sferze regulacji prawa administracyjnego, jak też sytuacji, gdy wykonawca robót budowlanych, bez wymaganego zezwolenia, dokonał wycinki drzew w celu prowadzenia robót budowlanych zleconych przez inwestora. Wnioski przedstawione przez tego autora mają wszakże walor uniwersalny. Wywodzi on, iż: „Odpowiedzialność za delikt podmiotu innego niż sprawca jest dopuszczalna tylko i wyłącznie wtedy, gdy działanie wyczerpujące znamiona deliktu z punktu widzenia łączącego strony stosunku prawnego było dopuszczalne, a więc mieściło się treściowo w zakresie uprawnień i obowiązków wynikających z łączącego strony stosunku prawnego, z którego istoty wynika, że sprawca działał ze skutkiem prawnym dla zlecającego. Brak wyraźnych przesłanek odpowiedzialności za osobę trzecią nie może powodować automatycznego przerzucania odpowiedzialności ze sprawcy deliktu na inny podmiot, tylko z powodu łączącego strony stosunku prawnego. Zatem, gdy sprawca dopuszcza się popełnienia deliktu administracyjnego w warunkach rażącego naruszenia przepisów prawa, świadomie przekraczając umocowanie do działania wynikające z łączącego strony stosunku prawnego, to podmiotem odpowiedzialnym administracyjnie winien być sprawca, a nie inny podmiot pozostający w stosunku prawnym ze sprawcą. Niezwłoczne zanegowanie sposobu działania sprawcy, który przekracza umocowanie i tym samym wyczerpuje znamiona deliktu administracyjnego, winno powodować uchylenie odpowiedzialności tego podmiotu za działanie podmiotu dopuszczającego się deliktu administracyjnego. *Natomiast polecenie podjęcia działania*

(Błaszczyk 2013: 13, 14).

[608] W KSH brak jest definicji grupy kapitałowej.

[609](Kubsik 2013:50) proponuje, by przez „grupę kapitałową: rozumieć struktury, których cechą wspólną jest „faktyczne wykreowanie jednego organizmu gospodarczego powiązanych ze sobą (odrębnych i autonomicznych) podmiotów (spółek), w których występuje stosunek podporządkowania opierający się na powiazania kapitałowych bądź personalnych, gdzie jeden z podmiotów -nazywany spółką dominującą -sprawuje powszechną kontrolę".

wyczerpującego znamiona deliktu administracyjnego, w ramach łączącego strony stosunku prawnego, obciążałoby odpowiedzialnością podmiot zlecający [podkr. M. U.-A.].”

Nawiązując w tym kontekście do źródeł powstania konstrukcji nieodpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki kapitałowej, warto przypomnieć, że motywacją ku temu była ochrona „pasywnego inwestora” – którymi są „zwykli” wspólnicy. Ochrony takiej nie wymaga inwestor „aktywny” – spółka kontrolująca działania innej spółki, której jest wspólnikiem (Kubsik: 2013:53).

Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, że obciążenie spółki matki odpowiedzialnością za praktyki antykonkurencyjne, której dopuszczają się jej spółki córki powinno mieć miejsce tylko wówczas, gdy sprawuje ona rzeczywistą, permanentną, ścisłą operacyjną kontrolę nad działalnością tych spółek, a co najmniej – sprawowała taką kontrolę odnośnie do działań stanowiących praktyki antykonkurencyjne[610]. Definicja „przejęcia kontroli”[611] ujęta w art. 4 pkt 4 OKiKu (oraz ściśle powiązana z nią definicja „przedsiębiorcy dominującego” sformułowana w art. 4 pkt 3 OKiKu) nie odpowiadają temu postulatowi. Abstrahują od tego, czy kontrola była rzeczywiście wykonywana w sprawie będącej przedmiotem sporu. Elementy definicyjne pojęcia „przejęcie kontroli” odwołują się do kryteriów „formalnych”. O stanie „posiadania kontroli decyduje to, czy przedsiębiorca ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, nie zaś to, czy taki decydujący wpływ faktycznie wywiera (Banasiński 2009, komentarz do art. 4 pkt 4). Innymi słowy obecnie regulacja ustawowa w OKiKu nie rozróżnia „posiadania” od „(rzeczywistego) wykonywania” kontroli. Inaczej niż w art. 4 pkt 4 KSH, żaden z elementów definicji nie odwołuje się do wywierania rzeczywistego wpływu przez spółkę matkę na działania spółki córki. Definiując pojęcie kontroli na potrzeby stosowania przepisów OKiKu dotyczących koncentracji Polski ustawodawca przyjmuje zatem podejście odmienne od podejścia stosowanego w prawie konkurencji UE do oceny stanu zaistnienia kontroli na potrzeby zastosowania doktryny *single economic unit*. Ten ostatni dla uznania spółki kontrolującej i

[610]Nawiązując jeszcze do przytaczanych wyżej rozważań dotyczących odpowiedzialności spółki matki za zobowiązania cywilnoprawne swoich spółek córek trzeba zaznaczyć, że nie wszyscy autorzy uznają za zasadne, by nawet w sytuacji wywierania rzeczywistego wpływu na spółkę zależną przez spółkę dominującą obciążać te ostatnią odpowiedzialnością „za działania osoby trzeciej”. Proponują oni posługiwać się istniejącymi już instytucjami prawa cywilnego kształtującymi deliktową odpowiedzialność podmiotów (tu: spółki dominującej) za działania własne zob. (Opalski 2011: 20; Litiwńska-Werner 2007:99). Na marginesie warto też dodać, że gdyby ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do porządku prawnego konstrukcji publicznoprawnej odpowiedzialności spółek matek za praktyki antykonkurencyjne spółek córek, powstałby niezwykle złożony problem relacji takiej konstrukcji do zagadnienia odpowiedzialności spółek matek za szkody u podmiotów trzecich wywołane tymi praktykami (*private enforcement*), skoro nie obowiązywałaby analogiczna regulacja o charakterze generalnym, dotycząca relacji prywatnoprawnych.

[611]Ustawa nie definiuje „posiadania kontroli”. Należy jednak uznać, że stan „posiadania kontroli” następuje w rezultacie „przejęcia kontroli” (Banasiński 2009: komentarz do art. 4 pkt 4).

kontrolowanej za jeden organizm gospodarczy wymaga bowiem nie tylko „posiadania kontroli", ale i tego, by kontrolujący „zdolność kontroli rzeczywiście wykorzystał w sprawie będącej przedmiotem sporu" czy też, innymi słowy „wywierał rzeczywisty wpływ" (por. podrozdział 4.3.2). Daje to asumpt do wyodrębnienia pojęć „posiadania kontroli" i „wykonywania kontroli", podobnie jak czyni się to w omawianych wyżej rozważaniach doktrynalnych na płaszczyźnie cywilnoprawnej. W wypowiedziach doktryny i orzecznictwa z dziedziny prawa antymonopolowego również niekiedy podnosi się, że w ramach grupy kapitałowej możliwa jest gradacja stopnia podporządkowania przedsiębiorstw zależnych przedsiębiorcy dominującemu[612]. W szczególności (Będkowski – Kozioł (w:) Skoczny, Jurkowska-Gomułka, Miąsik (red.) 2014:277) komentując definicję ujętą w art. 4 pkt 4 OKiKu pisze, że „im większa swoboda, tym powiązania w ramach grupy będą luźniejsze, *co może prowadzić do zanegowania faktu istnienia grupy* [podkr. M.U.-A]". Chciałoby się wobec tego zapytać, gdzie, na gruncie definicji z art. 4 pkt 4 OKiKu, poszukiwać „przestrzeni" w której jest miejsce na „luźniejsze powiązania" czy też „stopień autonomii", które nie doprowadzą jednak do „unicestwienia grupy kapitałowej" (stosunku dominacji-zależności). Zdaniem piszącej ww. definicja takiej przestrzeni nie pozostawia. Moglibyśmy jej poszukiwać dopiero wówczas, gdybyśmy – posługując się przesłankami o charakterze materialnym, a nie formalnym- zastanawiali się, czy kontrola jest „faktycznie wykonywana". Zgodnie z kryteriami definicyjnymi ujętymi a art. 4 pkt 4 OKiKu stan posiadania kontroli jest bowiem równoznaczny z zaistnieniem określonych okoliczności, które dają „możliwość decydującego wpływu". Wprawdzie możemy orzec, że możliwość ta istnieje w większym lub mniejszym stopniu, ale nie ma to znaczenia z punktu widzenia wyznaczonego normatywnie znaczenia pojęcia „posiadania kontroli". Innymi słowy, ze względu na aktualne brzmienie definicji z art. 4 pkt 4, „posiadanie kontroli" gradacji nie podlega, a ściślej- nie ma potrzeby określania „stopnia" posiadania kontroli, aby orzec, że posiadanie kontroli ma miejsce, a w konsekwencji– że zachodzi stosunek dominacji-zależności w rozumieniu ustawy i mamy wobec tego do czynienia z grupą kapitałową. Przejawy faktycznego wykonywania kontroli mogą być jednak różne. Mieszczą się one w sferze od „niewykonywania kontroli w ogóle" (gdyby przedsiębiorca dominujący -w rozumieniu art. 4 pkt 3 w zw. z art. 4 pkt 4 był „zwykłym" wspólnikiem, zainteresowanym wyłącznie uzyskiwaniem dywidendy, zaś niezainteresowanym wpływaniem na działalność swojej spółki córki), poprzez ogólne, strategiczne koordynowanie czy wytyczanie celów, aż do bieżącego, detalicznego zarządzania

[612]Por. sformułowania używane przez przedstawicieli doktryny przytoczone wyżej w kontekście możliwości stosowania art. 6 ust. 1 do porozumień w grupach kapitałowych (rozdz. 4.4.3.).

spółką zależną. Odpowiednio do tego, w której części tego przedziału mieszczą się zachowania spółki dominującej, będą one mieć większy lub mniejszy wpływ na rynkowe zachowania jej przedsiębiorców zależnych (zakres jej swobody). Jak słusznie, choć w innym kontekście, podaje (Litwińska-Werner 2007 :83) „istota problemu sprowadza się do zbalansowania interesu osób tworzących spółkę, ewentualnie aktualnych wspólników lub osób zarządzających i interesu pozostałych podmiotów: samej spółki i osób trzecich.”.

Jeżeli zatem przyjąć pogląd – za czym opowiada się pisząca- że obciążenie spółki matki odpowiedzialnością za praktyki antymonopolowe spółek córek jest zasadne tylko wówczas, gdy wywierała ona faktyczny wpływ na ich działalność składającą się na te praktyki, wprowadzenie do OKiKu konstrukcji takiej odpowiedzialności wymagałoby w pierwszym rzędzie wprowadzenia nowego pojęcia „kontroli”, „grupy kapitałowej” oraz określenia relacji dominacji – zależności. Obecna definicja „przejęcia kontroli” – abstrahując od tego, czy jest odpowiednia dla potrzeb postępowań w zakresie kontroli koncentracji - ma bowiem zakres znaczeniowy zbyt szeroki w stosunku do „potrzeb” szkicowanej instytucji[613].

Dodatkowym argumentem za tym, by w prawie krajowym rozumieć „kontrolę” (czy też: „wykonywanie kontroli”) jako „faktyczne wywieranie wpływu” jest spodziewane uchwalenie dyrektywy ECN PLUS (co wzmiankowano powyżej).

Nie ma wątpliwości, że ustalenie, iż spółka dominująca faktycznie oddziaływała na bieżące, operacyjne działania spółki córki (stanowiące praktyki antykonkurencyjne) nie będzie w praktyce stosowania prawa rzeczą prostą (por. Błaszczyk 2012: 13, w kontekście „martwego” charakteru przepisu art. 4 pkt 4 lit. f KSH). Biorąc wszakże pod uwagę, że w postępowaniu w sprawie praktyk antykonkurencyjnych należy szczegółowo ustalić stan faktyczny składający się na taką praktykę, akurat w odniesieniu do tej dziedziny prawa nie jest to silny argument, który przemawiałby przeciwko sformułowaniu definicji legalnej odwołującej się właśnie do faktycznych (a nie formalnych) relacji pomiędzy spółkami[614].

Kończąc rozważania nt. pojęcia kontroli warto dostrzec, że właściwe ukształtowanie normatywne zakresu tego pojęcia, odwołujące się do faktu rzeczywistego oddziaływania spółki matki na spółkę córkę (a nie tylko do istnienia powiązań kapitałowych lub osobowych), otwiera możliwość wprowadzania dalszych zmian legislacyjnych, pozwalających na obciążenie przedsiębiorcy odpowiedzialnością za działania innego

[613]Odrębnym problemem pozostawałoby wówczas, jak „uzgodnić” formalne definicje „kontroli” i „grupy kapitałowej” dla potrzeb kontroli koncentracji z definicjami przyjętymi dla potrzeb postępowań w sprawie praktyk antykonkurencyjnych. Odnośnie tego zagadnienia w prawie UE zob. (Semeniuk 2015:66,109 i nast.).

[614]Obecnie obowiązującej definicji „przejęcia kontroli” można by postawić ten sam zarzut, gdyż samo sformułowanie „możliwość wywierania decydującego wpływu” – na którym opiera się otwarta definicja z art. 4 pkt 4 OKiKu ma nieostry zakres znaczeniowy.

przedsiębiorcy, choćby nie istniały między nimi powiązania strukturalne (kapitałowe czy osobowe), a jedynie kontraktowe, jeżeli są one tego rodzaju, że jeden z nich (w zakresie tej relacji kontraktowej) rzeczywiście wywiera wpływ na działania drugiego. Zalążek takiego rozwiązania można dostrzec zarówno w art. 4 pkt 4 lit. f OKiKu, jak i w art. 4 pkt 4 lit. f KSH[615]. Takie rozwiązania mogłyby być stosowane również do porozumień o charakterze transgranicznym, gdyby podmiotem kontrolującym była spółka mająca polską przynależność państwową.

Niezależnie od potrzeby ustalenia normatywnego znaczenia pojęcia „wykonywania kontroli" wprowadzenie mechanizmu prawnej odpowiedzialności spółki dominującej wymagałoby dokonania wyboru koncepcji, stanowiącej podstawę tej odpowiedzialności. Koncepcje te zostały opisane w rozdziale 4.3.. Ten, niełatwy, wybór należy oczywiście do sfery polityki prawa. Ze względu na cel, ujmowany jako efektywne realizowanie założeń legislacyjnych państwa ojczystego spółki matki, najbardziej skutecznym narzędziem wydaje się konstrukcja bezpośredniej odpowiedzialności spółki matki. Jej wdrożenie do systemu prawnego musi polegać na wprowadzeniu ustawy (normy) nakładającej bezpośrednio na krajową spółkę macierzystą prawnego obowiązku zapewnienia, by podmioty, nad którymi wykonuje kontrolę (w znaczeniu przyjętym przez ustawę) postępowały zgodnie z prawem - w jakimś obszarze, również określonym konkretnie przez tę ustawę. W tym przypadku chodzi oczywiście o nałożenie na spółkę matkę nakazu sprawowania nadzoru nad tym, że jej zagraniczne podmioty zależne nie naruszą zakazów praktyk konkurencyjnych ujętych w art. 6 ust. 1i art. 9 ust. 1 i 2 OKiKu. Konstrukcja ta mogłaby być nadto „wzmocniona" (na

[615]Nt. „koncernu umownego" zob. Błaszczyk 2013:8, 13. Również w orzecznictwie Trybunału w sprawach antymonopolowych dostrzec można argumentację, z której wynika, że koncepcja *single economic unit* może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do spółek pozostających wyłącznie w stosunkach kontraktowych, niepowiązanych kapitałowo – zob. uzasadnienia orzeczeń w sprawach *Intel* i *InnoLux*, opinie rzeczników generalnych przedstawione w tych postępowaniach oraz wyrok **Sądu z 12 lipca 2011 r.**, *Fuji Electric Co. Ltd, przeciwko Komisji Europejskiej*, **sprawa** T-132/07, Zb. Orz. 2011 II-4091. Na temat stosowania koncepcji *single economic unit* w sytuacjach innych, niż strukturalno – kapitałowe powiązania pomiędzy podmiotami zob. również Semeniuk 2015:64, 149-183, 242-263. Z kolei w kontekście zapewnienia ochrony praw człowieka w przez „międzynarodowy biznes" możliwość zastosowania takiej konstrukcji rozważa (de Schutter 2006:42). Punkt wyjścia jego rozważań stanowi to, że koncepcje zmierzające do zanegowania zasady nieodpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek kapitałowych ukształtowały się w odpowiedzi na faktyczny kształt relacji pomiędzy przedsiębiorcami dominującymi a zależnymi w grupie kapitałowej (sprawowanie kontroli). De Schutter zastanawia się więc, czy faktyczne, ekonomiczne, relacje między przedsiębiorcami w „łańcuchu dostaw" mogłyby uzasadniać obciążenie jednego kontrahenta odpowiedzialnością za działania drugiego, gdy relacja kontraktowa służyła jedynie zatajeniu tego, iż jeden z „partnerów" handlowych faktycznie wykonuje kontrolę nad drugim. Jako przykład wskazuje sytuację, gdy to samo zadanie uprzednio było wykonywane w ramach jednego przedsiębiorstwa, a następnie zostało zlecone na zewnątrz, jednostce, którą specjalnie w tym celu stworzono (z inicjatywy lub z pomocą „partnera" kontrolującego). Taka sytuacja nie różniła by się przecież niczym od tej, która dała asumpt do powstania koncepcji *piercing the corporate veil*.

niekorzyść spółki matki) domniemaniem niedopełnienia obowiązku nadzoru – ciężar wykazania, że uniknięcie zarzucanego zachowania spółki córki nie było możliwe (mimo zachowania podejmowania czynności nadzorczych, wysiłków w kierunku gromadzenia informacji o zachowaniach spółki zależnej i podejmowania stosownych do sytuacji działań) spoczywałby na spółce macierzystej. Z drugiej strony – biorąc pod uwagę zamieszczone wyżej uwagi nt. różnorodności relacji pomiędzy spółkami powiązanymi strukturalnie – nakładanie na daną spółkę obowiązku sprawowania ścisłej kontroli nad inną spółką z tej przyczyny, że istnieją pomiędzy nimi jakieś powiązania formalne (kapitałowe czy osobowe) wydaje się iść zbyt daleko. Wkracza bowiem w sferę swobody działalności gospodarczej i tym samym rodzi wątpliwości co do zgodności z zasadą proporcjonalności wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Pomimo tego, że sprawowanie przez spółkę dominującą ścisłego kierownictwa nad spółką zależną jest bardzo częste, nie można traktować tego jako reguły, a w konsekwencji zmuszać spółek inwestujących kapitałowo w inne spółki, by takie kierownictwo sprawowały. W sferze swobody przedsiębiorczości (swobody działalności gospodarczej) – tak w rozumieniu przepisów traktatowych, jak i polskich – mieści się bowiem prawo wyboru, czy stworzyć ścisłe powiązania między spółkami, czy też spółka inwestująca kapitał będzie zachowywała się jedynie jak „zwykły" wspólnik.

Zdaniem piszącej, bardziej adekwatne byłoby zastosowanie rozwiązania, które wymagałoby wykazania (przez organ stosujący prawo), że spółka macierzysta faktycznie wykonywała kontrolę nad konkretnym zachowaniem stanowiącym praktykę antykonkurencyjną. Jednocześnie możliwe byłoby wprowadzenie domniemania, że przy określonym układzie powiazań formalnych między spółkami (np. posiadanie więcej niż 50 % udziałów lub akcji) wykonywanie tej kontroli miało miejsce. Ciężar wykazania, że było inaczej, spoczywałby na przedsiębiorcach, którym zarzucono naruszenie.

Po dokonaniu tych zasadniczych wyborów – co do stosowanej koncepcji oraz modelu odpowiedzialności - przedmiotem decyzji musiałyby być dalsze zagadnienia dotyczące legislacyjnego kształtu (konstrukcji) nowych norm. I tak, rozwiązań wymagałby w szczególności następujące zagadnienia.

Po pierwsze- jaka byłaby zasada odpowiedzialności spółki matki. Czy odpowiedzialność ta opierałaby się na winie spółki matki (konstrukcja odpowiedzialności charakterystyczna dla prawa karnego), czy też byłaby to odpowiedzialność obiektywna, niezależna od winy (konstrukcja odpowiedzialności charakterystyczna dla prawa

administracyjnego w ogólności, w tym dla ustawy antymonopolowej)[616]. Względy praktyczne (kwestia trudności dowodowych), jak i aktualna konstrukcja przepisów krajowych przemawiają za wyborem drugiej ze wskazanych możliwości[617]. Kwestia jest jednak otwarta. Z jednej strony art. 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 wskazuje na winę, jako przesłankę nałożenia kary – karę można nałożyć, gdy art. 101 lub art. 102 TFUE zostały naruszone „umyślnie bądź w wyniku zaniedbania". Z drugiej strony praktyka Komisji w przypisywaniu odpowiedzialności spółce matce sprzeniewierza się tej normie. W szczególności zauważalne są trudności z obaleniem przez te spółki domniemania wywierania rzeczywistego wpływu (Semeniuk 2015: 216; Whish, Bailey 2011: 480). Okoliczność, na ile domniemanie wywierania decydującego wpływu (składające się na pojęcie „przedsiębiorstwa") determinuje podstawę odpowiedzialności spółki matki (wina czy odpowiedzialność obiektywna) wymaga istotnie pogłębionej analizy. Przy okazji nowelizacji spowodowanej implementacją projektowanej dyrektywy, warto by krajowy ustawodawca wziął też pod uwagę możliwość zróżnicowania przesłanek sankcji typowo administracyjnych (odpowiedzialność obiektywna) od „karnych" (odpowiedzialność oparta na winie), a także istniejące już w prawie krajowym koncepcje odpowiedzialności podmiotów zbiorowych[618].

Rozstrzygnięcia wymagałoby również, czy odpowiedzialność spółki matki polegałaby tylko na obowiązku zapłaty kary nałożonej na jej spółkę córkę, czy też- w celu ominięcia trudności proceduralnych związanych z udziałem w postępowaniu podmiotu prawa obcego (zob. rozdz. 3.3. – 3.6.) - stroną postępowania antymonopolowego dotyczącego praktyk konkurencyjnych zarzucanych spółce córce byłaby, „w jej miejsce"- spółka matka[619]. To

[616] Odpowiedzialność za niewykonanie obowiązków o charakterze publicznoprawnym nie zawsze jest zobiektywizowana – np. artykuł 116 § 1 pkt 1 lit. b ordynacji podatkowej subsydiarną odpowiedzialność członków zarządu uzależnia od ich winy w zaniechaniu złożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości lub wszczęcia postępowania układowego. Szerzej nt. podstaw odpowiedzialności w prawie administracyjnym zob. ogólnie Wincenciak 2008. Na temat odpowiedzialności obiektywnej oraz odpowiedzialności opartej na przesłance umyślności (winy) w ustawie antymonopolowej zob. np. (Kohutek (w:) Kohutek, Sieradzka 2014, komentarz do art. 6 i do art. 106 pkt 6).

[617] Wbrew stanowisku (Semeniuka 2015: 215, 217) należy uznać, że OKiKu bazuje jednak na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej, nie na zasadzie winy. Możliwość nałożenia podstawowej przewidzianej w tej ustawie sankcji administracyjnej – nakaz zaniechania stosowania praktyki antykonkurencyjnej- jest niezależna od winy. Artykuł 106 OKiKu nie uzależnia nawet możliwości nałożenia kary od ponoszenia przedsiębiorcę winy, co rzeczywiście może budzić zastrzeżenia. W piśmiennictwie podkreśla się znaczenie okoliczności strony podmiotowej jako przesłanki nałożenia kary za delikty prawa antymonopolowego (Król- Bogomilska (w:) Skoczny, Jurkowska, Miąsik (red.) 2014: 1606). Tendencja do podkreślania znaczenia tych okoliczności obecna jest także w krajowym orzecznictwie (Urbańska-Arendt 2017: 46 i nast.).

[618] Na ten temat zob. (Semeniuk 2015:212 i nast.).

[619] Obecnie swego rodzaju „wykonywanie zastępstwa" przez spółkę matkę w charakterze strony przewidziane jest w art. 94 ust. 1 i art. 94 ust. 3 ustawy antymonopolowej. Zgodnie z tymi regulacjami, w przypadku gdy koncentracji dokonuje przedsiębiorca dominujący za pośrednictwem co najmniej dwóch przedsiębiorców zależnych, zgłoszenia zamiaru tej koncentracji dokonuje przedsiębiorca dominujący. Jest on wówczas stroną postępowania w sprawie zgłoszenia koncentracji. Jest to jednak regulacja dotycząca szczególnych przypadków.

drugie rozwiązanie wymagałoby materialnoprawnego przypisania zachowania spółki zależnej spółce matce, albo co najmniej normatywnego przypisania odpowiedzialności.

Kolejną kwestią jest to, czy kara od razu byłaby nakładana solidarnie na spółkę matkę i spółkę (odpowiedzialność finansowa spółki matki byłaby pierwszorzędna) czy subsydiarna (np. uzależniona od bezskuteczności egzekucji skierowanej do spółki córki),

W zależności od powyższego, musiałoby być prowadzone albo jedno postępowanie administracyjne - jednocześnie w sprawie praktyki antykonkurencyjnej zarzucanej spółce zależnej i obciążenia sankcją spółki dominującej (wariant przewidujący normatywne przypisanie zachowania lub pierwotnej odpowiedzialności) - albo też te dwie kwestie musiałyby być przedmiotem odrębnych, prowadzonych kolejno postępowań (wariant przewidujący odpowiedzialność subsydiarną)[620].

Dopuszczalne byłoby też pozostawienie organowi wydającemu rozstrzygnięcie w sprawie – w ramach jego dyskrecjonalnego działania - określenie podmiotu podlegającego ukaraniu, pod warunkiem wskazania przez ustawodawcę kryteriów, którymi organ miałby się kierować.

Można też rozważać, czy spółka matka miałaby w istocie występować jako „strona", czy też mogłaby mieć tylko status reprezentanta procesowego spółki córki. Ze względów praktycznych reprezentant ten powinien być co najmniej podmiotem właściwym do obioru korespondencji oraz powinny na nim ciążyć obowiązki dotyczące udzielania przez spółkę zależną informacji i przedstawiania dokumentów żądanych przez Prezesa UOKiK. Rozwiązanie takie nie dawałoby jednak możliwości prowadzenia egzekucji z majątku spółki matki, co odbiera mu istotny walor praktyczny. Można jednak rozważać jego wprowadzenie w stosunku do sytuacji, gdy stwierdzone zostanie, że brak faktycznej kontroli spółki dominującej nad zachowaniami stanowiącymi zakazane praktyki uniemożliwia traktowanie jej jako strony w postępowaniu.

W dalszej kolejności można również brać pod uwagę, czy należy ustanowić jakiś (i

---

Nie da się z jej w drodze wykładni rozciągnąć na postępowania w sprawie praktyk antykonkurencyjnych.

[620]Por. art 106a ust. 1 ustawy antymonopolowej - zgodnie z nim przeciwko przedsiębiorcy i osobie nim zarządzającej prowadzone jest jedno postępowanie, zaś nałożenie na osobę zarządzającą kary pieniężnej może nastąpić wyłącznie w decyzji nakładającej karę pieniężną na przedsiębiorcę. Innymi słowy - sankcja za naruszenie reguł konkurencji (przez przedsiębiorcę) i sankcja za umyślne dopuszczenie do tego konkretnego naruszenia (na osobę zarządzającą) nakładane są w jednej decyzji. Z kolei o odpowiedzialności, o której mowa w art. 116 ustawy ordynacja podatkowa (solidarna, ale subsydiarna odpowiedzialność podatkowa osób trzecich, tj. członków zarządu) orzeka się w osobnym postępowaniu, o czym przesądza przede wszystkim treść art. 107, 108, 109 i 116 ordynacji podatkowej. Podobnie skonstruowana jest odpowiedzialność wspólnika spółki jawnej – jest ona jednocześnie solidarna i subsydiarna (art. 22 § 2 KSH w zw. z art. 33 § 1 KSH). Wynikająca z prawa UE (i podkreślana w projekcie dyrektywy) konstrukcja odpowiedzialności solidarnej nie wyłącza ukształtowania jej jako odpowiedzialności subsydiarnej.

jaki) limit kwotowy odpowiedzialności finansowej spółki matki, odrębny od ustanowionego w art. 106 ust. 1 OKiKu[621]. W tym aspekcie ustanowienie odrębnych uregulowań w odniesieniu do kar nałożonych za naruszenie przepisów krajowych się możliwe.

W odniesieniu do kwestii procesowych należy uczynić jeszcze inny wtręt. Otóż, podtrzymując punkt widzenia, że materialnoprawny ciężar odpowiedzialności mógłby ciążyć na spółce dominującej tylko wówczas, gdyby faktycznie sprawowała ona kontrolę nad działaniami spółki zależnej, nie można nie dostrzec, że poczynienie takiego ustalenia wymaga szczegółowego zbadania faktów. Możliwe jest w zasadzie dopiero w orzeczeniu kończącym postępowanie. Gdyby zatem chcieć zastosować albo wariant, w którym spółka matka jest stroną postępowania, w miejsce spółki córki, albo też wariant, w którym jest jej reprezentantem procesowym, ze względów praktycznych konieczne byłoby posłużenie się jednak pewnym domniemaniem kontroli opartym o kryteria formalne (powiazania osobowe lub kapitałowe, na wzór kryteriów ujętych aktualnie w art. 4 pkt 4 OKiKU). W przeciwnym razie w chwili wszczęcia postępowania utrudnione byłoby ustalenie, kto powinien w nim uczestniczyć. Takie domniemanie powinno łączyć się również z normą nakazującą uznać czynności procesowego dokonane wobec spółki matki za skuteczne wobec spółki córki, nawet wówczas, gdyby ostatecznie uznano, że brak było faktycznej kontroli (a odpowiedzialność za delikt powinna ponieść spółka córka).

Na myśl nasuwa się też pytanie, czy instytucja ta powinna zawierać szczególne rozwiązania dla przypadku, gdy została zawarta umowa o zarządzanie pomiędzy przedsiębiorcą dominującym a przedsiębiorcą zależnym.

Złożonym zagadnieniem będzie również rozłożenie ciężaru dowodu, wymagające zwłaszcza podjęcia decyzji, czy i jakie wprowadzić domniemania. Przyjęcie zasady, że odpowiedzialność ponosić ma tylko spółka matka wykonująca rzeczywistą kontrolę, nie przeszkadza samo w sobie wprowadzeniu domniemania, że taka kontrola – w określonych okolicznościach – jest wykonywana.

Projektowana zmiana powinna również przewidywać wyraźne wyłączenie stosowania art. 6 ust. 1 do porozumień zawartych przez przedsiębiorców, pozostających –w odniesieniu do przedmiotu działalności, którego dotyczy porozumienie – pod efektywną kontrolą ich spółki dominującej. Sam fakt, że konstrukcja ta jest do co zasady uznana przez doktrynę oraz pojawia się w orzecznictwie nie przesądza o jednolitości rozumienia i stosowania tej konstrukcji. Dobrym przykładem jest decyzja Prezesa UOKiK w sprawie tzw.

[621] Jak to uczyniono wobec osób zarządzających – por. art. 106a ustawy antymonopolowej.

„kartelu cementowego”[622], który pokazuje, że w braku jednoznacznych rozwiązań ustawowych ta sama „baza” ekonomiczna może prowadzić do wydania różnych orzeczeń. W decyzji tej Prezes UOKiK uznał, że spółka zależna nie dysponowała samodzielnością decyzyjną, wobec czego nie można jej uznać ani za stronę porozumienia ze spółką matką, ani z innymi uczestnikami kartelu. W konsekwencji, uznał że uczestnikiem kartelu była spółka matka i tylko na nią nałożył karę, biorąc za podstawę obrót spółki matki. Taki sposób zastosowania doktryny *single economic unit* skrytykował (Semeniuk 2015: 225 i nast.). Podniósł, że w takiej samej sytuacji faktycznej Komisja – bazując na tej samej ekonomicznej doktrynie– zapewne uznałaby, że uczestnikami kartelu była zarówno spółka matka, jak i spółka córka, a podstawą obliczenia wysokości kary byłby obrót generowany przez całą grupę kapitałową.

Najogólniej rzecz ujmując, poprawa skuteczności eksterytorialnego stosowania krajowych norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych zależy od wprowadzenia zmian ustawodawczych na dwóch płaszczyznach – materialnej i procesowej. Jeżeli chodzi o pierwszy aspekt – sprowadza się on do uczynienia spółki matki finansowo odpowiedzialnej za antykonkurencyjne zachowania jej spółek zależnych. Jeżeli zaś chodzi o drugi – zmiany powinny iść w tym kierunku, by na etapie ustalania tej odpowiedzialności (tj. w toku postępowania) zminimalizować konieczność udziału w postępowaniu zagranicznych spółek córek[623]. Ciężar uczestniczenia w postępowaniu powinien spocząć na krajowej spółce matce, co zminimalizowałoby potrzeby w zakresie prowadzenia postępowań z elementem zagranicznym i konieczność korzystania z międzynarodowej pomocy prawnej.

Można również wyobrazić sobie rozwiązania legislacyjne, które wykorzystają zasadę czynnego zwierzchnictwa personalnego aby „dosięgnąć” zagranicznych spółek matek będących wspólnikami (dominującymi) spółek córek mających polską przynależność państwową. Spółka córka mogłaby zostać obciążona odpowiedzialnością finansową za antykonkurencyjne działania, których dopuściła się ona sama, ale działając jako „narzędzie” spółki matki. Połączenie tego rozwiązania z wykorzystaniem koncepcji *single economic unit* pozwoliłoby na nałożenie na spółkę córkę kary obliczonej w oparciu o światowy obrót grupy kapitałowej, której jest członkiem. Potencjalnie oznaczałoby to jej bankructwo, co z pewnością zakłóciłoby funkcjonowanie całej grupy, opartej na założonym przez spółkę matkę modelu) zapewne: przedsiębiorstwa integrowanego). Wydaje się, że takie realne zagrożenie

[622] Decyzja Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r., DOK-7/09, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.).

[623] Co w żadnym razie nie może oznaczać zakazania im udziału w postępowaniu, jeśli zachcą realizować swoje prawo do czynnego w nim udziału.

dla funkcjonowania koncepcji biznesowej grupy mogłoby skłonić spółkę matkę zarówno do uczestnictwa w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UOKiK, jak i do uiszczenia kary (choćby tylko) nałożonej na spółkę córkę, bez konieczności podejmowania prób prowadzenia transgranicznej egzekucji. Nawiasem mówiąc, taką samą metodę zastosowała Komisja w sprawie *ICI I,* by „dosięgnąć" brytyjskiej spółki matki – Imperial Chemical Industries- mającej spółki zależne z siedzibą na terenie Wspólnoty (w Belgii). Wówczas, by uzasadnić swoją jurysdykcję w świetle prawa międzynarodowego publicznego, Komisja przyjęła fikcję, jakoby Imperial Chemical Industries dopuściła się działań na obszarze Wspólnoty. Obecnie – gdy w dziedzinie prawa antymonopolowego doktryna skutków stanowi uznaną zasadę jurysdykcyjną – prawo międzynarodowe publiczne nie wymaga już uzasadniania pretensji jurysdykcyjnych w taki sposób.

4.5. Podsumowanie

Koncepcje zmierzające do przełamania prawnej odrębności spółek zrzeszonych w grupach kapitałowych są znane w różnych porządkach prawnych, w tym w prawie antymonopolowym UE. U źródeł ich powstania leży, wynikająca z poczucia sprawiedliwości, potrzeba efektywnego oddziaływania na podmioty dominujące w grupie, nadużywające mechanizmu ograniczonej odpowiedzialność wspólników spółek kapitałowych. W sprawach o charakterze transgranicznym łącznikiem jurysdykcyjnym, na którym opierają się te koncepcje, jest przynależność spółki dominującej do *państwa forum*.

Z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego, wykorzystanie tych koncepcji w polskim prawie antymonopolowym nie powinno budzić zastrzeżeń. „Skutek na terytorium RP" pozostawałby bowiem w dalszym ciągu łącznikiem uzasadniającym jurysdykcję. Dodatkowo, jurysdykcja Prezesa UOKiK byłaby uzasadniona ze względu na polską przynależność państwową spółki dominującej, na którą nakłada się odpowiedzialność. Konstrukcja *parent-based foreign liability* jest uznawana przez prawo międzynarodowe publiczne.

Prawo UE nie zakazuje stosowania w porządkach państw członkowskich rozwiązań legislacyjnych przełamujących zasadę nieodpowiedzialności wspólnika spółki kapitałowej za jej zobowiązania. Jednocześnie, stosowanie doktryny *single economic unit* w prawie konkurencji UE nie oznacza, że tym samym obowiązuje ona w prawie polskim. Stąd, w celu jej wprowadzenia, niezbędna jest interwencja krajowego ustawodawcy.

Koncepcje zmierzające do przełamania prawnej odrębności spółek zrzeszonych w grupach kapitałowych są obecne w dyskursie naukowym z dziedziny krajowego prawa

spółek. Doktryna *single economic unit* znajduje wyraz w przepisach OKiKu dotyczących kontroli koncentracji, jak i znalazła zastosowanie w orzecznictwie w odniesieniu do wyłączenia spod zakazu porozumień zawartych między spółkami z tej samej grupy kapitałowej (co spotkało się z aprobatą doktryny). Instytucja odpowiedzialności przedsiębiorcy dominującego za praktyki antykonkurencyjne, których dopuścili się jego przedsiębiorcy zależni nie będzie stanowiła „ciała obcego" w polskim systemie prawa.

Wprowadzenie do polskiego prawa antymonopolowego takiej instytucji jest warte uwagi. Tkwi w niej bowiem potencjał, którego wykorzystanie powinno wspomóc efektywność eksterytorialnego oddziaływania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych. Nie zmienia to faktu, że dobór właściwych rozwiązań legislacyjnych będzie niełatwym zadaniem. Zaprezentowane uwagi należy traktować jako propozycję kierunku poszukiwań nowych regulacji. W żadnym razie nie aspirują one do miana rozwiązań wyczerpujących, całkowicie eliminujących istniejące problemy w zakresie eksterytorialnego stosowania polskiego prawa antymonopolowego. Należy dostrzec zwłaszcza szereg trudności związanych z zastosowaniem konstrukcji przełamania prawnej odrębności spółek. Abstrahując nawet od obecnego w doktrynalnym dyskursie zagadnienia, czy nieodpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki (i *vice versa*) jest „immanentną" cechą konstrukcyjną spółek kapitałowych, czy też odpuszczalne są wyjątki od tej reguły, wprowadzenie takiego wyjątku w ustawie antymonopolowej wymagałoby analizy zgodności takiego rozwiązania z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wyraża ona zasadę proporcjonalności, rozumianą w szczególności jako nakaz wyważenia zakresu ochrony interesu publicznego i zakresu obciążania jednostek obowiązkami w celu zapewnienia tej ochrony. Dokonanie takiej oceny wymagałoby znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy potrzeba ochrony interesu publicznego uzasadnia nałożenie odpowiedzialności na spółki dominujące i gdzie biegnie - uzasadniona owym interesem – granica tej odpowiedzialności.

Jeżeli chodzi o kwestie szczegółowe, kłopot sprawiałoby bez wątpienia w dalszym ciągu eksterytorialne gromadzenie materiału dowodowego (tj. pozyskanie źródeł dowodowych pozostających u spółki córki). Można wprawdzie – jak wzmiankowano powyżej - wyobrazić sobie, że ustawodawca nałożyłby na spółkę matkę obowiązek udzielenia informacji i dokumentów dotyczących zarzucanych spółce córce działań. Powinna ona posiadać wszelkie dowody dotyczące tych działań, skoro byłaby „mózgiem" takiej operacji, a spółka córka jedynie „narzędziem" w jej rękach. Tak byłoby jednak tylko wówczas, gdyby przyjąć koncepcję, iż przełamanie zasady odrębności prawnej spółek byłoby możliwe w przypadku rzeczywistego kierowania przez przedsiębiorcę macierzystego bieżącą

działalnością operacyjną przedsiębiorcy zależnego. Gdyby ustawodawca zdecydował się jednak na wprowadzenie modelu opartego na formalnych tylko powiązaniach osobowych lub kapitałowych, zasób informacji, jakimi dysponowałaby spółka matka byłby zapewne mniejszy. Jednak, z drugiej strony – jej powiązania ze spółką córką dawałyby możliwości uzyskania materiałów i informacji z zagranicy. W dalszym ciągu wyłączone byłoby jednak prowadzenie kontroli lub przeszukania u zagranicznej spółki córki, które to czynności stanowią potencjalny środek weryfikacji, czy przekazane informacje były wyczerpujące i odpowiadały prawdzie.

Gdyby uznać – zgodnie z proponowanym tu stanowiskiem – że przełamanie zasady odrębności prawnej spółek kapitałowych byłoby zasadne wyłącznie wówczas, gdyby spółka dominująca sprawowała rzeczywiste kierownictwo operacyjne, pojawiłby się także problem, czy zasadne jest przyjęcie takiego rozwiązania w stosunku do praktyk antykonkurencyjnych, podczas gdy obowiązujące obecnie w ustawie antymonopolowej pojęcie posiadania (przejęcia) kontroli – stosowane w postępowaniach dotyczących koncentracji - odwołuje się do „formalnych" powiązań między przedsiębiorcą dominującym a zależnym, które dają „możliwość wywierania decydującego wpływu" na działania przedsiębiorcy zależnego (nie przesądza się, że taki wpływ rzeczywiście miał miejsce).

Wykonywanie jurysdykcji w sprawach transgranicznych opartej o relację kontroli pomiędzy spółką krajową (polską) a zagraniczną nie rozwiązuje niestety problemów związanych z zachowaniami przedsiębiorców zagranicznych zakłócających konkurencję na obszarze RP, którzy nie pozostają w tego rodzaju powiązaniach ze spółkami mającymi polską przynależność państwową. Zakładając nawet, że z racji prowadzenia działalności na obszarze RP podmioty takie miałyby na terytorium RP majątek, co umożliwiałoby prowadzenie egzekucji, aktualne pozostawałby inne trudności związane z prowadzeniem postępowania z elementem zagranicznym. W szczególności w zakresie doręczeń i zapewnienia stronie czynnego udziału w postępowaniu (zob. rozdz. 3.3.-3.6.). W dalszej perspektywie można rozważać wprowadzenie rozwiązań legislacyjnych odwołujących się do rzeczywistej kontroli wykonywanej przez przedsiębiorcę wobec jego kontrahenta w stosunkach kontraktowych (nie zaś organizacyjno –strukturalnych). Tendencja taka pojawia się w ostatnich orzeczeniach organów ochrony konkurencji UE oraz znajduje poparcie w literaturze.

Należy w każdym razie pamiętać, że samo wprowadzenie rozwiązań prawa materialnego bazujących na koncepcji *single economic unit* obecnej w prawie UE nie będzie wystarczającym narzędziem. Występują bowiem istotne różnice pomiędzy statusem Komisji a statusem Prezesa UOKiK. Prezes UOKiK nie dysponuje takimi środkami dochodzeniowymi

jak Komisja. Pomoc NCA's dla Komisji jest obligatoryjna, zaś w układzie horyzontalnym – tylko dobrowolna. Ponadto- co już wielokrotnie podkreślano – pomoc ta nie obejmuje spraw, w których stosowane jest wyłącznie prawo krajowe. Nadto gwarancje procesowe w polskim prawie zdają się niekiedy być wyższe, od standardów stosowanych przez Komisję – chodzi zwłaszcza o doręczenia. Komisja podchodzi dość swobodnie do doręczeń transgranicznych (a nadto, ma „do wyboru" dokonanie doręczeń w obszarze swojej niekwestionowanej jurysdykcji obejmującej terytoria 28 państw), podczas gdy na gruncie prawa polskiego naruszenie procedury w odniesieniu do transgranicznych doręczeń mogłoby stanowić podstawę do uchylenia czy to decyzji Prezesa UOKiK, czy to wyroku SOKiK. Wreszcie – konieczne jest zapewnienie egzekucji z majątku znajdującego się na terytorium RP. Artykuł 299 TFUE daje podstawy do egzekwowania decyzji Komisji w każdym państwie członkowskim. Prezes UOKiK nie dysponuje takim narzędziem. Z projektu dyrektywy ECN PLUS nie wynika obowiązek pomocy w egzekucji kar wydanych w oparciu o normy wyłącznie krajowego prawa konkurencji.

Zakończenie

W rozprawie badano problematykę eksterytorialnego oddziaływania polskich regulacji zakazujących praktyk antykonkurencyjnych - kwestie legalności rozwiązania ustawodawczego opierającego się na doktrynie skutków oraz jego skuteczności. Postawiono dwie hipotezy badawcze. Pierwszą - że doktryna skutków jest obecnie uznawana przez prawo międzynarodowe publiczne za zasadę jurysdykcyjną obowiązującą w dziedzinie prawa ochrony konkurencji, drugą - że nie istnieją prawne mechanizmy, które zapewniałyby rzeczywiste eksterytorialne oddziaływanie zakazów praktyk antykonkurencyjnych uregulowanych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przeprowadzone badania potwierdziły trafność hipotezy o legalności doktryny skutków. Rozwój tej doktryny trwa już kilkadziesiąt lat, niemal wiek. Pierwotnie - w drugim i trzecim dziesięcioleciu XX w.- doktryna ta była stosowana przez sądy USA w sprawach karnych. Na lata 20 XX w. można również datować pierwsze sygnały ze strony środowiska naukowego, iż akceptuje ono tę koncepcję.

Wykształcenie się doktryny skutków znanej współcześnie w prawie ochrony konkurencji przebiegało w dwóch etapach. Pierwszym była zmiana sposobu pojmowania zasady obiektywnej jurysdykcji terytorialnej, jaka zaszła w sprawach karnych. Pierwotnie zasadę tę stosowano wówczas, gdy jeden z „konstytutywnych elementów przestępstwa", tj. zachowanie (współ)sprawcy „dopełniające" inkryminowanego czynu, miało miejsce na obszarze państwa zgłaszającego aspiracje do wykonywanie jurysdykcji wobec sprawców tego

przestępstwa. Zmiana podejścia polegała na tym, iż stopniowo za jeden z „konstytutywnych elementów zdarzenia" zaczęto uznawać nie samo zachowanie, ale fizyczny skutek zachowania.. W ten sposób łącznik jurysdykcyjny w postaci „zachowania" jako fizycznego aktu działania człowieka obecnego na obszarze *forum*, został zastąpiony „skutkiem zachowania". Zaistnienie skutku na terytorium państwa *forum* niekoniecznie zaś wymagało obecności sprawcy na tym terytorium. Drugim etapem było przeniesienie takiego sposobu pojmowania łącznika skutków jako „konstytutywnych elementów zdarzenia" na sprawy z dziedziny ochrony konkurencji. W ten sposób skutki fizyczne (materialne) zostały zastąpione niefizycznymi (ekonomicznymi). Przełożeniu akcentu z „zachowania" na „skutki" sprzyjała metoda regulacji stosowana w prawie ochrony konkurencji. W prawie tym nie określa się szczegółowo przesłanek zachowań (znamion czynów) uznanych przez prawodawcę za bezprawne. Zachowania te definiuje się „poprzez skutek". Niezgodne z prawem jest każde zachowanie, które powoduje zakłócenie funkcjonowania mechanizmu konkurencji, niepożądane z punktu widzenia ustawodawcy. W rezultacie, zaistnienie na obszarze państwa niechcianych ekonomicznych skutków zachowania podjętego poza tym obszarem zaczęto stopniowo traktować jako samodzielny łącznik jurysdykcyjny (będący odmianą zasady jurysdykcji terytorialnej).

Źródłem obowiązywania doktryny skutków w prawie międzynarodowym publicznym jest przede wszystkim zwyczaj międzynarodowy – jednostronna praktyka państw, połączona z występowaniem po ich stronie przekonania, iż praktyka ta jest prawem (*opinio iuris).* Krajem, który konsekwentnie stosuje doktrynę skutków w sprawach antymonopolowych od roku 1945 są Stany Zjednoczone Ameryki Północnej. Ekstrapolacja doktryny skutków ze spraw karnych, które dotyczą sytuacji prawnej jednostek, na prawo ochrony konkurencji, tj. dziedzinę, której normy są narzędziem ochrony interesu gospodarczego państw, wywołało początkowo sprzeciw krajów europejskich. Stopniowo jednak i one zaczęły ją stosować w krajowych normach prawa ochrony konkurencji. Jako pierwsze uczyniły to Niemcy, w których rozwiązania legislacyjne oparte na doktrynie skutków zaczęły obowiązywać 1 stycznia 1958 r.. Od początku lat 60 XX w. zaistnienie na obszarze *forum* szkodliwych ekonomicznych skutków zachowania podjętego za granicą traktowane było jako łącznik jurysdykcyjny w postępowaniach dotyczących praktyk antykonkurencyjnych zawisłych przed organami EWG. Jest tak aż do dziś. Na przełomie lat 60 i 70 XX w. do kryterium skutków odwoływało się też holenderskie i francuskie prawo ochrony konkurencji. Mimo stopniowego rozpowszechniania się doktryny skutków w

Europie, sprzeciwy krajów europejskich wobec orzecznictwa sądów USA opartych na tej doktrynie miały miejsce również w latach 80 XX w.

Ostatni protest przeciwko orzeczeniu opartemu na doktrynie skutków, który mógłby zostać uznany za akt zapobiegający uznaniu zwyczaju międzynarodowego za normę prawa międzynarodowego, miał miejsce w roku 1992 r. Został on wyrażony w liście *amicus curiae* złożonym przez rząd Wielkiej Brytanii przed sądem USA w sprawie *Hartford Fire*. Również w latach 90 XX w. (1991 r. i 1998 r.) zawarto umowy pomiędzy EWG a USA dotyczące pomocy w prowadzeniu postępowań w dziedzinie prawa antymonopolowego. Lata 90 XX w. można zatem uznać za cezurę czasową, która wyznacza moment zaakceptowania doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej. Traktuje się ją jako odmianę zasady jurysdykcji terytorialnej. Oprócz USA, UE i krajów europejskich uznały ją również m. in. Japonia, Korea Południowa, Chiny, Tajwan, Kanada, Brazylia oraz Rosja.

Nie oznacza to, że dyskurs na temat miejsca doktryny skutków w prawie międzynarodowym publicznym jest już zamknięty. O ile akceptowane jest samo posługiwanie się łącznikiem jurysdykcyjnym wystąpienia antykonkurencyjnych skutków na terytorium *forum,* o tyle przedmiotem debaty pozostaje ustalenie ostatecznego kształtu doktryny skutków. Dyskusja dotyczy zwłaszcza dwóch wątków. Po pierwsze - charakteru skutków, które uzasadniają wykonywanie jurysdykcji, tj. tego, czy mogą to być dowolne skutki, czy też w jakiś sposób kwalifikowane (zwłaszcza: bezpośrednie, natychmiastowe, istotne, zamierzone). Po drugie - jak ścisły ma być związek przyczynowy pomiędzy „zagranicznym" zdarzeniem a jego „krajowymi" skutkami. Zagadnienia te stanowią przedmiot swoistego „transatlantyckiego dialogu", w którym z jednej strony biorą udział organy UE, z drugiej – sądy USA. Analiza ich orzecznictwa ujawnia dużą „plastyczność" łącznika skutków. Mimo tego, że obie jurysdykcje są co do zasady zgodne, że wyłącznie wystąpienie na obszarze forum antykonkurencyjnych skutków o kwalifikowanym charakterze - tj. „przewidywalnych, bezpośrednich (lub natychmiastowych) i istotnych" - uzasadnia wszczęcie postępowania, w dalszym ciągu nie ustalono znaczenia tych pojęć. Co więcej, zauważalne są przeciwstawne tendencje odnośnie do określania geograficznego zasięgu jurysdykcji. Sądy USA obecnie wykazują skłonność do jego ograniczania, powołując się właśnie na brak wystąpienia kwalifikowanych skutków (sprawa *Empargan*). Wiąże się to ze stosowaniem jurysdykcyjnej reguły rozsądku (*comity*) i nastawieniem na unikanie konfliktów jurysdykcyjnych. Z kolei w UE widoczna jest tendencja do zaspokojenia pragmatycznej potrzeby, by objąć jurysdykcją wszystkie rynkowe praktyki zakłócające (potencjalnie lub rzeczywiście) funkcjonowanie mechanizmu konkurencji na obszarze UE. Prowadzi to do szerokiego zakreślania

geograficznego zasięgu jurysdykcji i obejmowania nią nawet tych zachowań, które miały miejsce w południowo-wschodniej Azji (sprawy *InnoLux i Intel)*. Wykonując eksterytorialną jurysdykcję w sprawach antymonopolowych organy UE z rzadka tylko biorą pod uwagę interes innych państw jako okoliczność, która winna ewentualnie ograniczać aspiracje jurysdykcyjne.

Doktryna skutków nie tylko jest stosowana przez państwa, ale ostatecznie zyskała również przychylność akademików. W wystąpieniach doktrynalnych widoczne jest zrozumienie dla problemu, że zrezygnowanie z możliwości traktowania skutku jako łącznika jurysdykcyjnego znacznie obniżyłoby efektywność norm wewnętrznego prawa ochrony konkurencji poszczególnych państw. Ciężar rozważań prowadzonych w literaturze przeniósł się z zagadnienia legalności doktryny skutków na problematykę, w jaki sposób unikać konfliktów jurysdykcyjnych pomimo jej stosowania oraz jak powinna wyglądać współpraca państw, aby nadać tej doktrynie ostateczny kształt (powszechnie uznawany zakres) i zapewnić efektywne wdrażanie krajowych norm prawa konkurencji w sprawach dotyczących praktyk antykonkurencyjnych mających charakter transgraniczny.

Postulowana przez akademików współpraca na arenie międzynarodowej została podjęta na wielu polach. Nie dotyczy ona tylko wąsko ujętego zagadnienia ustalenia miejsca doktryny skutków jako zasady jurysdykcyjnej w prawie międzynarodowym publicznym, ale raczej generalnego poprawienia skuteczności transgranicznego oddziaływania krajowych norm prawa antymonopolowego.

Potrzebę uregulowania zagadnień ochrony konkurencji na szczeblu międzynarodowym dostrzegano już w latach 20 XX w. Niemniej próby w tym zakresie zostały powstrzymane przez wybuch II Wojny Światowej, a następnie były osłabione w okresie Zimniej Wojny. Znaczące międzynarodowe gremia (OECD, WTO, ICN, UNCTAD) od lat podejmują wysiłki w kierunku zintensyfikowania współpracy państw w zakresie wzajemnej pomocy w stosowaniu norm krajowych porządków ochrony konkurencji do transgranicznych praktyk antykonkurencyjnych. Wysiłki te - w przypadku OECD- sięgają jeszcze drugiej połowy lat 60 XX w. Mimo upływu czasu, aż do dzisiaj instrumenty zmierzające do intensyfikacji współpracy w ww. zakresie przyjęte w ramach OECD mają jedynie charakter niewiążący. OECD zaleca pewne formy współpracy, które są istotne dla prowadzenia postępowania w sytuacji, gdy jego podmioty oraz dowody znajdują się poza terytorium *forum*. Chodzi zwłaszcza o pomoc w zdobywaniu informacji i dokumentów. OECD rekomenduje także podejmowanie postępowań krajowych w interesie ochrony konkurencji na obszarze innych państw. Działania OECD nie spotykają się jednak z odzewem

na dużą skalę. Bazując na zaleceniach OECD Państwa zaczęły w latach 90-ych XX w., zawierać bilateralne konwencje dotyczące współpracy w sprawach antymonopolowych. Z raportu ICN z 2007 r. wynika jednak, że tylko trzynaście organów ochrony konkurencji podało, że zawarły (one same lub rządy ich państw) jedną lub więcej bilateralnych umów dotyczących współpracy w zakresie prawa konkurencji. Tymczasem przepisy z dziedziny ochrony konkurencji ma w swoich porządkach prawnych już ponad 100 państw.

Do dziś nie obowiązują żadne wielostronne umowy międzynarodowe dotyczące współpracy w transgranicznym wdrażaniu krajowych norm prawa ochrony konkurencji. Z kolei większość umów dwustronnych ogranicza się do zobowiązań państw do wymiany informacji oraz pomocy w pozyskiwaniu materiału dowodowego. Często jednak pozostawiają one państwu-stronie swobodę w podjęciu decyzji, czy jego „istotne interesy" uzasadniają odmowę przekazania państwu wzywającemu konkretnej informacji. Najdalej idącą współpracę międzypaństwową regulują dwustronne umowy tzw. „trzeciej generacji". Dopuszczają one wykonywanie pewnych czynności mieszczących się w dziedzinie jurysdykcji egzekucyjnej na terytorium państwa wezwanego o udzielenie pomocy (jak obecność urzędników państwa wzywającego w czynnościach postępowania dowodowego lub wręcz wykonywanie przez nich tych czynności). Jednak nawet postanowienia takich umów nie idą tak daleko, by zapewnić pomoc w pozostałych obszarach krytycznych dla eksterytorialnego odziaływania krajowych norm. Brak w nich mianowicie zobowiązań do pomocy w zakresie doręczeń oraz zobowiązań do uznawania i wykonywania na swoim terytorium zagranicznych orzeczeń dotyczących praktyk zakłócających konkurencję.

W ramach ONZ podjęto pewne kroki w celu uregulowania w prawie międzynarodowym problematyki jurysdykcji w ogólności, w tym jurysdykcji opartej na doktrynie skutków. W raporcie z 2006 r. Komisji Prawa Międzynarodowego działającej przy ONZ zaproponowano strukturę konwencji dotyczącej jurysdykcji. Z dokumentu opisującego tę strukturę wynika, że doktryna skutków miałaby być jedną z zasad jurysdykcyjnych, stanowiącą podstawę do wykonywania zarówno jurysdykcji legislacyjnej, jak i egzekucyjnej. Na bazie tej struktury nie powstał jednak nawet projekt konwencji. W obecnym stanie w prawie międzynarodowym brak zatem „skodyfikowanych" ogólnych norm w regulujących zagadnienie jurysdykcji, w tym jurysdykcji opartej na doktrynie skutków. W konsekwencji brak jest w szczególności norm dotyczących uznawania i wykonywania krajowych orzeczeń wydanych w sprawach z dziedziny ochrony konkurencji. Bez takich norm wykonanie orzeczeń krajowych za granicą jest w zasadzie niemożliwe.

Z uznaniem doktryny skutków za legalną podstawę jurysdykcji legislacyjnej i jurysdykcji orzeczniczej nie idzie zatem w parze zgoda państw na wykonywanie w obrębie swojego terytorium orzeczeń organów innych państw opartych o tę doktrynę. Zgodnie z *regułą Lotus* państwu, którego organ wydał takie orzeczenie nie wolno podejmować poza swoim terytorium działań należących do sfery jurysdykcji egzekucyjnej. Wśród tych działań krytyczne dla zapewnienia eksterytorialnej skuteczności krajowych norm ochrony konkurencji jest nie tylko prowadzenie działań *stricte* egzekucyjnych, tj. zmierzających do przymuszenia adresata do podporządkowania się merytorycznemu rozstrzygnięciu organu. Do sfery jurysdykcji egzekucyjnej należą też działania służące pozyskiwaniu za granicą dowodów (np. żądanie dostarczenia dokumentów) oraz dokonywanie tam doręczeń. Brak norm (konwencyjnych) zobowiązujących państwa do wzajemnej pomocy w tych obszarach oznacza, iż brak jest prawnych mechanizmów, które umożliwiałyby podejmowanie takich działań. Powyższe powoduje, że normy prawa krajowego oparte na doktrynie skutków mają - w stosunku do praktyk transgranicznych - ograniczoną skuteczność.

Pomimo uznania doktryny skutków za zasadę jurysdykcyjną, co jest wyrazem zmiany podejścia państw do idei terytorializmu, w praktyce nie straciła wiele na swej aktualności przypisywana Paulusowi paremia, iż można być bezkarnie nieposłusznym państwu, które rości pretensje do regulowania zachowań mających miejsce poza własnym terytorium.

Niedostatek umów dotyczących wzajemnej pomocy państw w stosowaniu krajowych norm ochrony konkurencji stanowi część szerszego zjawiska – tj. ogólnego deficytu konwencji międzynarodowych odnoszących się do współpracy w sprawach administracyjnych.

Problem braku konwencji zapewniających współpracę we wdrażaniu norm krajowego prawa antymonopolowego dotyczy oczywiście również RP. Polska nie jest stroną żadnej umowy międzynarodowej, która zapewniałaby pomoc innego państwa w prowadzeniu postępowania dotyczącego praktyk antykonkurencyjnych, o których mowa w art. 6 ust. 1 lub 9 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czy też pomoc w przeprowadzeniu za granicą egzekucji orzeczeń wydanych w oparciu o te regulacje. Brak takich umów stanowi oczywiście istotną przeszkodę w eksterytorialnym stosowaniu ww. przepisów ustawy antymonopolowej. Oznacza on, że właściwe polskie organy nie mają możliwości korzystania z pomocy innych państw w szczególności przy dokonywaniu doręczeń, pozyskiwaniu informacji i dokumentów, prowadzeniu egzekucji, tj. przy działaniach, które w praktyce warunkują eksterytorialne wdrażanie norm krajowego prawa antymonopolowego. Potwierdza się zatem i druga z postawionych hipotez badawczych, tj. że

nie istnieją prawne mechanizmy, które zapewniałyby rzeczywiste eksterytorialne oddziaływanie zakazów praktyk antykonkurencyjnych uregulowanych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Wyrażona w art. 1 ust. 2 ustawy antymonopolowej norma, oparta na doktrynie skutków, nakazująca eksterytorialne stosowanie zakazów praktyk antykonkurencyjnych stypizowanych w art. 6 ust. 1 lub w art. 9 ust. 1 i ust. 2 OKiKu, pozostaje wobec tego w dużej mierze „postulatem" polskiego ustawodawcy.

Niezależnie od braku właściwych norm konwencyjnych zapewniających ww. przepisom eksterytorialną skuteczność, można zidentyfikować również niedostatki polskiego prawa wewnętrznego, które stoją na przeszkodzie tej skuteczności (i stałyby nawet wówczas, gdyby inne państwa wyraziły wolę współpracy.) Istotne deficyty wykazują mianowicie regulacje dotyczące niektórych kwestii kompetencyjnych i proceduralnych (o czym niżej).

Podstawowym warunkiem, od którego zależy możliwość ścigania eksterytorialnych praktyk zakłócających konkurencję na obszarze Polski jest zapewnienie przez prawo wewnętrzne, by organom krajowym przysługiwała kompetencja do rozpoznawania tego typu spraw. Nie mniej ważne jest objęcie przedsiębiorców zagranicznych zakresem podmiotowym krajowych regulacji zakazujących praktyk antykonkurencyjnych oraz prawne zagwarantowanie ich zdolności do uczestnictwa w postępowaniu jako strony, zarówno na etapie postępowania przed Prezesem UOKiK, jak i na etapie postępowania sądowego. Unormowania polskiego prawa czynią zadość tym dwóm wymaganiom. Zasięg przestrzenny jurysdykcji orzeczniczej („właściwości międzynarodowej") Prezesa UOKiK oraz sądów zaangażowanych w proces stosowania norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych pokrywa się z zasięgiem przestrzennym jurysdykcji legislacyjnej (wyznaczonym przez regulację art. 1 ust. 2 OKiKu). Jest tak ze względu na ścisłe powiązanie pojęcia „strony" w postępowaniu administracyjnym z materialnoprawnymi normami regulującymi kompetencje organów administracji. Innymi słowy – polskim organom zaangażowanym w proces rozpoznawania spraw z dziedziny ochrony konkurencji jurysdykcja orzecznicza przysługuje zawsze wtedy, gdy zastosowanie mają krajowe przepisy dotyczące takich praktyk**.** Przedsiębiorcy zagraniczni zostali objęci podmiotowym zakresem OKiKu. Przepisy proceduralne nie wyłączają możliwości ich udziału ani w postępowaniu administracyjnym, ani sądowym. W konsekwencji, może zostać wydana wobec nich decyzja (jak i wyrok) i nałożone sankcje. Jednakże, posiadanie przez przedsiębiorców zagranicznych, odpowiednio, zdolności administracyjnoprawnej i zdolności sądowej (a w konsekwencji: procesowej) zależy od tego, czy według swojego prawa ojczystego posiadają zdolność prawną. W tym

zakresie możliwość zastosowania polskich rozwiązań zakazujących praktyk antykonkurencyjnych o charakterze eksterytorialnym zależy od rozwiązań prawa obcego.

Wspomniane deficyty krajowej regulacji istnieją natomiast w innych obszarach. Aby możliwe było eksterytorialne stosowanie zakazów praktyk antykonkurencyjnych określonych w art. 6 ust. 1 i art. 9 ust. 1 i ust. 2 OKiKu konieczne jest, by Prezes UOKiK oraz (odpowiednio) sądy orzekające w sprawach antymonopolowych dysponowały instrumentami prawnymi umożliwiającymi po pierwsze – pozyskiwanie zza granicy informacji i dowodów, po drugie – dokonywanie za granicę skutecznych doręczeń, po trzecie – prowadzenie egzekucji z majątku znajdującego się za granicą. Krajowe przepisy proceduralne (kompetencyjne) odnoszące się do międzynarodowej pomocy prawnej powinny zatem dawać podstawę ku temu, by ww. organy mogły korzystać z pomocy państw trzecich przy prowadzeniu wskazanych wyżej czynności. Bez takiej pomocy podjęcie tych czynności jest niemożliwe (*reguła Lotus*). W tym właśnie obszarze najbardziej widoczne są niedostatki polskiej regulacji, stojące na przeszkodzie realizacji założenia o eksterytorialnym stosowaniu krajowego prawa antymonopolowego. Niedostatki te ujawniają się zwłaszcza w przepisach postępowania administracyjnego.

Kodeks postępowania cywilnego zawiera rozbudowane i elastyczne regulacje dotyczące przeprowadzania dowodów w sprawach z elementem zagranicznym. Przewidziane w KPC instrumenty mogą zostać wykorzystane w postępowaniu sądowym toczącym się na skutek odwołania (bądź zażalenia) od orzeczenia Prezesa UOKiK. Rozwiązania ujęte w KPC wydają się adekwatne do potrzeb. W obowiązujących przepisach nie przewidziano natomiast niestety podstaw kompetencyjnych dla Prezesa UOKiK do współpracy w prowadzeniu postępowania dowodowego z organami władzy publicznej państwa obcego. Odpowiednich przepisów nie znajdziemy ani w KPA, ani w OKiKu, zaś odesłanie do KPC zawarte w art. 84 tej ostatniej nie odnosi się do przepisów z zakresu współpracy międzynarodowej *w* przeprowadzaniu dowodów. Od 1 czerwca 2017 r. obowiązują wprawdzie w KPA przepisy działu VIIIa, zatytułowanego „Europejska współpraca administracyjna", lecz nie wynikają z nich dla Prezesa UOKiK żadne uprawnienia w zakresie współpracy międzynarodowej. Przepisy te mają w przeważającej mierze charakter blankietowy. Odsyłają do regulacji prawa unijnego, które przewidują współpracę w określonych kategoriach spraw z dziedziny prawa administracyjnego. Wśród tych regulacji brak jest takich, które stanowiłyby podstawę do współpracy w zakresie eksterytorialnego stosowania polskiego publicznego prawa ochrony konkurencji. W świetle powyższego, należy zdecydowanie postulować, by ustawodawca umożliwił również Prezesowi UOKiK posługiwanie się takimi instrumentami w dziedzinie

współpracy międzynarodowej w postępowaniu dowodowym, jakimi dysponują sądy w postępowaniu cywilnym. W obecnym stanie prawa zachodzi bowiem wątpliwość, czy – wobec zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP – wolno by było Prezesowi UOKiK, bez wyraźniej podstawy kompetencyjnej, podjąć współpracę z organem państwa obcego w zakresie postępowania dowodowego, gdyby organ ten wyraził gotowość pomocy.

Zakaz wykonywania jurysdykcji poza własnym terytorium wyłącza również możliwość dokonywania przez organy krajowe doręczeń bezpośrednich (tj. przez pocztę) za granicę. Mimo to zarówno KPC, jak i KPA przewidują taki sposób doręczania pism. Sama wątpliwość co do międzynarodowoprawnej legalności takiego zabiegu nie ma wpływu na formalną ocenę skuteczności doręczenia. Może jednak rodzić problemy praktyczne. W szczególności - wobec adresata korespondencji znajdującego się za granicą nie da się zastosować środków przymusu w celu skłonienia do wykonania obowiązków, do których w tej korespondencji jest wzywany.

Z drugiej strony normy KPA oraz KPC przewidują instytucję fikcji doręczenia (pozostawienie korespondencji w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia)[624]. Wprawdzie eliminuje ona ww. problem oceny legalności doręczenia za granicę, ale w to miejsce rodzi wątpliwości co do zgodności z nakazem zapewnienia stronie czynnego udziału w postępowaniu, która jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w obu procedurach. Nie usuwa też praktycznego problemu przymuszenia adresata do wykonania nałożonych nań obowiązków.

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje kompetencję dla sądów do podejmowania współpracy międzynarodowej w celu dokonania doręczenia za pośrednictwem organu państwa wezwanego oraz możliwość dokonywania doręczeń do oddziałów przedsiębiorców zagranicznych w Polsce (jednak tylko w sprawach związanych z działalnością oddziału). Brak w prawie krajowym norm, które dawałyby takie kompetencje Prezesowi UOKiK (procedura administracyjna przewiduje doręczenia wyłącznie do siedziby przedsiębiorcy).

Pokonanie wszystkich trudności dotyczących transgranicznych doręczeń, które wynikają z nakazu poszanowania suwerenności innych państw, nie leży w mocy krajowego ustawodawcy i wymaga zawarcia umów międzynarodowych regulujących tę kwestię. *De lege ferenda* należy jednak postulować następujące zmiany legislacyjne, które stanowić będą częściowe remedium na te trudności.

[624] Rozwiązania ujęte w KPC przewidują instytucję fikcji doręczenia tylko wobec podmiotów mających siedzibę albo miejsce zamieszkania lub pobytu poza UE.

Po pierwsze –Prezes UOKiK powinien zostać wyposażony w instrumenty współpracy międzynarodowej w dziedzinie dokonywania doręczeń takie, jakie obecnie przewidziano w KPC. Można spodziewać się, że ilość praktyk antykonkurencyjnych o charakterze transgranicznym będzie wzrastać. W ślad za nią powinna wzrastać liczba prowadzonych postępowań antymonopolowych skierowanych przeciwko tym praktykom. Takie instrumenty będą więc niezbędne. Powinny istnieć w prawie krajowym mimo obecnego braku umów międzynarodowych zapewniających współpracę. Mogą być bowiem wykorzystane przy podjęciu współpracy *ad hoc* ze wszystkimi krajami. Nadto, w relacjach między państwami członkowskimi UE, można spodziewać się zacieśnienia współpracy po wejściu w życie w porządkach krajowych regulacji będących wynikiem implementacji (projektowanej) dyrektywy ECN PLUS.

Po drugie – należy jednoznacznie ująć w przepisach możliwość dokonywania w sprawach antymonopolowych (zarówno w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, jak i w postępowaniu sądowym) doręczeń do oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych w Polsce. Możliwość ta powinna dotyczyć wszystkich spraw dotyczących przedsiębiorcy, do którego kierowane jest doręczenie (nie tylko spraw „związanych z działalnością" przedstawicielstwa lub oddziału). Doręczenia powinny być kierowane na ręce „osoby upoważnionej" (rozumieniu właściwych przepisów SGDU) w przedstawicielstwie lub oddziale. Takie doręczenia winny być traktowane jako doręczenia dokonane do przedsiębiorcy zagranicznego. Normy prawa międzynarodowego publicznego nie stoją na przeszkodzie dokonywaniu doręczeń w taki sposób. Proponowane rozwiązanie legislacyjne pozwoli w wielu przypadkach na uniknięcie komplikacji związanych doręczaniem pism za granicę lub ze stosowaniem fikcji doręczenia.

Deficyty regulacji krajowej – z punktu widzenia eksterytorialnego wdrażania krajowych zakazów praktyk antykonkurencyjnych – ujawniają również przepisy dotyczące postępowania egzekucyjnego. Należy odnotować, że przedsiębiorcom zagranicznym, na równi z polskimi, przysługuje status „zobowiązanych" w postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Według ich statutu personalnego należy ustalić, czy przysługuje im zdolność prawna (co i tak musi zostać uczynione na wcześniejszym etapie postępowania). W polskim prawie szczegółowo uregulowano zagadnienia współpracy międzypaństwowej w dziedzinie egzekucji należności publicznoprawnych. Właściwe rozwiązania ujęto w ustawie o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, należności celnych i innych należności pieniężnych (UWP). Mechanizmy przewidziane w samej ustawie, jak i aktach wykonawczych do niej, są odpowiednie do egzekwowania kar nałożonych w postępowaniu antymonopolowym.

W obecnym stanie prawa nie mogą jednak zostać wykorzystane w tym celu. Kary nakładane przez Prezesa UOKiK nie są bowiem ujęte w katalogu określającym zakres przedmiotowy UWP. Należy wobec tego postulować, by krajowy ustawodawca umieścił je w tym katalogu. W ten sposób Prezes UOKiK, jako wierzyciel, uzyska możliwość korzystania z przewidzianych w niej mechanizmów, o ile inne państwo wyrazi wolę pomocy w prowadzeniu egzekucji. Trzeba też dodać, że kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK mogłyby znaleźć się w zakresie przedmiotowym stosowania UWP, gdyby Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą ich egzekucji. Przepisy UWP zakładają bowiem, iż jej przepisy będą stosowane do tych należności publicznoprawnych, odnośnie do których Rzeczpospolita Polska zawrze umowę przewidującą pomoc w ich egzekucji.

Oczywiście, nawet najdoskonalsze krajowe rozwiązania w dziedzinie współpracy międzynarodowej pozostaną martwe, jeżeli współpraca ta nie będzie mogła zostać podjęta ze względu na brak odpowiednich międzynarodowych norm konwencyjnych. Obecnie, jak już wspomniano, Polska nie jest stroną żadnej umowy międzynarodowej (choćby dwustronnej) dotyczącej pomocy w transgranicznym gromadzeniu dowodów lub dokonywaniu doręczeń w sprawach zakresu publicznoprawnej ochrony konkurencji. Nie jest też stroną umów dotyczących egzekucji (uznawania i wykonywania orzeczeń). Nie istnieją zatem prawne mechanizmy, w oparciu o które kara pieniężna nałożona przez Prezesa UOKiK mogłaby zostać wykonana na majątku zagranicznych przedsiębiorców znajdującym się za granicą. O ile w polskim prawie wewnętrznym wprowadzono by odpowiednie zmiany – odnośnie do zakresu kompetencji Prezesa UOKiK w dziedzinie współpracy międzynarodowej oraz poszerzenia zakresu przedmiotowego UWP, o czym była mowa powyżej - dałoby to przynajmniej możliwość podejmowania międzynarodowej współpracy *ad hoc*.

Przeszkody w podejmowaniu współpracy w dziedzinie przekazywania dowodów oraz dokonywania doręczeń mogłyby zostać częściowo pokonane przez przystąpienie RP do konwencji dotyczących współpracy w sprawach administracyjnych, dotyczących pomocy w przeprowadzaniu dowodów oraz dokonywaniu doręczeń, zawartych pod auspicjami Rady Europy. „Częściowo" dlatego, że konwencje te ratyfikowała niewielka grupa państw.

Przynależność Polski do UE i wynikające zeń członkostwo Prezesa UOKiK w Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN) nie mają istotnego wpływu na poprawę efektywności eksterytorialnego stosowania krajowych norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych**.** Korzyści w tym względzie istnieją niejako tylko „przy okazji" uczestnictwa w ECN, ale nie stanowią celu funkcjonowania tej sieci. Rozporządzenie 1/2003 (kreujące Europejską Sieć Konkurencji) przewiduje wzajemną pomoc w postępowaniach prowadzonych przez krajowe

organy ochrony konkurencji w celu zastosowania art. 101 i art. 102 TFUE, ale nie w celu stosowania samych regulacji krajowego prawa antymonopolowego. Pewne korzyści w zakresie stosowania norm wynikających z art. 6 ust. 1 lub art. 9 ust. 1 i lub ust. 2 OKiKu można odnieść dzięki wynikającemu z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 1/2003 nakazowi stosowania art. 101 lub art. 102 TFUE równolegle ze stosowaniem prawa krajowego. Polegają one przede wszystkim na możliwości pozyskania informacji (dowodów) od pozostałych uczestników ECN. Zachowania stanowiące naruszenie art. 101 i art. 102 TFUE mogą jednocześnie naruszać zakazy stosowania praktyk antykonkurencyjnych ustanowione w polskim prawie wewnętrznym. Uzyskane dzięki ECN informacje mogą być wobec tego przydatne również w sprawach dotyczących naruszenia wyłącznie art. 6 lub art. 9 ust. 1 lub ust. 2 ustawy antymonopolowej. Dopuszczalny zakres wykorzystania informacji pozyskanych dzięki ECN w celu stosowania wyłącznie przepisów krajowych nie jest jednak precyzyjnie określony. Pogląd mniej korzystny z punktu widzenia efektywności prowadzenia postępowania zakłada, że uzyskane w ramach ECN informacje nie mogą posłużyć jako środek dowodowy w postępowaniu prowadzonym w oparciu wyłącznie o przepisy krajowe. Zgodnie z nim, informacje takie mogą służyć jedynie jako źródło wiedzy, ukierunkowujące dalsze działania Prezesa UOKiK w zakresie zbierania (innych) dowodów istnienia ściganej praktyki.

Inną korzyść, jaką niesie członkostwo w ECN dla ochrony konkurencji na obszarze RP może stanowić to, że organy ochrony konkurencji pozostałych państw członkowskich, stosując unijne prawo antymonopolowe, wydadzą decyzje, które będą mogły być przez nie efektywnie wykonane na własnym terytorium (zasada efektywnej alokacji spraw). Sankcje nałożone w tych decyzjach za naruszenie art. 101 lub art. 102 TFUE powinny odzwierciedlać wagę naruszenia (zakłócenia konkurencji) na obszarze całej UE, więc również i w Polsce. W ten sposób prawidłowe funkcjonowanie konkurencji w Polsce również może zyskać ochronę. Jednak istnienie tego mechanizmu jest zjawiskiem odrębnym od eksterytorialnego stosowania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych.

Decyzje krajowych organów konkurencji, tworzących ECN, nie mają mocy obowiązującej w całej Unii (nawet w zakresie, w którym orzekają o naruszeniu art. 101 lub 102 TFUE). Osłabia to możliwości egzekucji w sprawach, w których organ krajowy wyda rozstrzygnięcie dotyczące praktyk przedsiębiorców z dwóch lub więcej państw członkowskich. Rozporządzenie 1/2003 nie przewiduje bowiem pomocy w zakresie egzekucji ani mechanizmów uznawania orzeczeń.

Rozporządzenie 1/2003 nie dotyczy również pomocy w dziedzinie doręczeń.

W prawie wtórnym UE brak jest zharmonizowanych lub jednolitych ogólnych regulacji międzynarodowej pomocy prawnej w sprawach administracyjnych oraz wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń wydanych przez organy państw członkowskich (tym bardziej – ich bezpośredniej skuteczności). Istnieją akty prawa wtórnego dotyczące współpracy w niektórych dziedzinach prawa administracyjnego. Nie dotyczą one jednak postępowań w sprawach naruszeń krajowych norm ochrony konkurencji.

W odniesieniu do zagadnień egzekucji należy zwrócić uwagę na dyrektywę 2010/24/UE (której implementację stanowi UWP). Dotyczy ona pomocy w egzekucji niektórych należności publicznoprawnych państw członkowskich. Nie obejmuje wprawdzie wierzytelności z tytułu kar nałożonych w krajowych postępowaniach antymonopolowych, ale dopuszcza możliwość szerszej przedmiotowo współpracy wynikającej z dwustronnych lub wielostronnych umów międzynarodowych, które mogą zawrzeć państwa członkowskie. Co więcej – w wykonaniu zobowiązań wynikających z takich umów państwa członkowskie mogą korzystać z elektronicznej sieci łączności i standardowych formularzy stosowanych przy wykonywaniu przepisów stanowiących implementację tej dyrektywy. W Polsce funkcjonuje również organ wyspecjalizowany we współpracy z państwami członkowskimi UE prowadzonej w oparciu o UWP - Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu. Gdyby zatem Polska zawarła z innym państwem członkowskim UE konwencję przewidującą pomoc w egzekucji kar nałożonych przez Prezesa UOKiK, w celu jej realizacji mogłyby być wykorzystane już istniejące, gotowe rozwiązania proceduralne prawa krajowego i unijnego.

Współpraca pomiędzy państwami członkowskimi UE w zakresie wykonywania kar pieniężnych nałożonych ze względu na naruszenie krajowych norm prawa konkurencji może się zacieśnić ze względu na (antycypowane) wejście w życie dyrektywy ECN PLUS. Zawarte w projekcie tej dyrektywy regulacje (art.25) nakładają na organ współpracujący obowiązek wykonania kary nałożonej przez organ wnioskujący z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Jako podstawa proceduralna tej współpracy posłużyć może w Polsce UWP (a w innych państwach członkowskich – odpowiednie akty prawne implementujące dyrektywę 2010/24/UE). Należy jednak podkreślić, że dyrektywa ECN odnosi obowiązek współpracy wyłącznie do rozstrzygnięć krajowych orzekających o naruszeniu art. art. 101 lub 102 TFUE. Włączenie w przedmiotowy zakres tej współpracy również kar nałożonych z tytułu naruszenia wyłącznie norm prawa wewnętrznego państwa członkowskiego zależeć będzie w dalszym ciągu od woli poszczególnych krajów. Wola ta manifestować się może w zawarciu odpowiednich konwencji.

Postulowane w niniejszej pracy zmiany dotyczące krajowych regulacji proceduralnych w odniesieniu do postępowania dowodowego oraz doręczeń (opisane powyżej) są istotne dla poprawy efektywności eksterytorialnego oddziaływania polskich norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych, ale oczywiście niewystarczające. Nawet efekt osiągnięty dzięki doskonale funkcjonującym mechanizmów postępowania ogólnego (rozpoznawczego) – w postaci wydania i doręczenia decyzji – zostanie zniweczony, jeżeli nie będzie możliwości prowadzenia egzekucji z majątku przedsiębiorców zagranicznych położonego za granicą. Chociaż, ja się wydaje, zwolna rysuje się perspektywa współpracy egzekucyjnej w ramach UE, brak tej perspektywy w relacjach z innymi krajami. Żadna norma prawa międzynarodowego publicznego nie nakazuje państwom podejmowania współpracy w dziedzinie uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach antymonopolowych. Biorąc pod uwagę, że postulaty podjęcia współpracy w tej dziedzinie są obecne w relacjach międzynarodowych od połowy lat 90 XX w. (zawieranie konwencji w oparciu o zalecenia OECD) i do tej pory nie znalazły istotnego odzewu, nie należy się spodziewać, aby w najbliższym czasie Polska mogła zawrzeć umowy (choćby dwustronne) które pozwoliłyby na wykonywanie za granicą decyzji Prezesa UOKiK. Z tej przyczyny w niniejszej rozprawie zaproponowano wprowadzenie odpowiednich zmian w polskim prawie wewnętrznym, które powinny poprawić efektywność eksterytorialnego oddziaływania norm zakazujących zawierania porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej.

Istota pomysłu zasadza się na tym, by Prezes UOKiK (i właściwe sądy) w sprawach dotyczących transgranicznych naruszeń konkurencji nie były zmuszone do korzystania z pomocy organów obcych państw ani w toku rozpoznawania sprawy, ani w celu prowadzenia egzekucji – skoro nie mają obecnie takich możliwości. Propozycja dąży do zmiany modelu odpowiedzialności za popełnienie praktyk zakłócających konkurencję. Pożądany model to taki, który przewiduje odpowiedzialność (majątku) przedsiębiorców krajowych, znajdującego się na obszarze Polski, za antykonkurencyjne działania przedsiębiorców zagranicznych podjęte za granicą. Postulowany model odwołuje się do relacji kontroli – podporządkowania spółek zrzeszonych w zgrupowaniach. Jest wobec tego odpowiedni do zastosowania przede wszystkim w odniesieniu do przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej. Model posługuje się koncepcją przełamania odrębności prawnej spółek zrzeszonych w grupie kapitałowej (przełamania zasady nieodpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki). Zakłada, że skutecznym narzędziem do powstrzymania spółki dominującej (kontrolującej) od „wysługiwania się" spółkami zależnymi w celu popełniania naruszeń prawa konkurencji (i unikania odpowiedzialności) jest obciążenie jej odpowiedzialnością finansową za działania

podmiotów, które formalnie stanowią odrębne od niej byty prawne (są odrębnymi osobami prawnymi). Model nawiązuje do znanej w prawie UE koncepcji *single economic unit* oraz do znanych w porządkach prawnych innych państw koncepcji, zmierzających do nałożenia na spółki dominujące mające siedziby w państwach „kręgu cywilizacji zachodniej" odpowiedzialności za działania ich spółek zależnych mających obcą przynależność państwową (w szczególności - krajów „trzeciego świata") w celu zapewnienia określonych standardów postępowania tych ostatnich. Z punktu widzenia norm prawa międzynarodowego publicznego proponowany model opiera więc na jurysdykcyjnej zasadzie czynnego zwierzchnictwa personalnego – wobec spółki prawa krajowego

Model został zaprezentowany na tle koncepcji zmierzających do przełamania prawnej odrębności spółek zrzeszonych w grupach kapitałowych, obecnych w dyskursie naukowym z dziedziny krajowego prawa spółek. Ukazano również jego związki z elementami doktryny *single economic unit* obecnymi przepisach OKiKu dotyczących kontroli koncentracji. Takie tło prezentacyjne zarysowano by ukazaać, że instytucja odpowiedzialności przedsiębiorcy dominującego za praktyki antykonkurencyjne, których dopuścili się jego przedsiębiorcy zależni nie będzie stanowiła „ciała obcego" w polskim systemie prawa. Jednocześnie, jej zafunkcjonowanie w porządku prawnym wymaga interwencji ustawodawcy. Jeśli bowiem mowa o eksterytorialnym stosowaniu krajowych (polskich) regulacji zakazujących praktyk antykonkurencyjnych, obecność doktryny *single economic unit* w prawie konkurencji UE w odniesieniu do takich praktyk nie oznacza, że obowiązuje ona w wewnętrznym, polskim prawie antymonopolowym.

Zasadnicza trudność dla ustawodawcy krajowego w ukształtowaniu proponowanej regulacji polegałaby na określeniu, jakie dokładnie powiązania między spółkami uzasadniają ponoszenie przez jednego z nich odpowiedzialności za działania drugiego. Wprowadzane do OKiKu zmiany modelu odpowiedzialności za naruszenie krajowych norm zakazujących praktyk antykonkurencyjnych będą też musiały uwzględnić rozwiązania legislacyjne zawarte w projektowanej dyrektywie ECN PLUS, odwołującej się do pojęcia *single economic unit* („przedsiębiorstwo").

Literatura

1. Adams K.D. (2007), Blaming the Mirror: The Restatements and the Common Law., *Indiana Law Review 40 (2)* s. 205-270, https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/contents.cfm (2 października 2016 r.)
2. Adamiak E., Borkowski J. (2006), *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz,* Warszawa, C.H. Beck
3. Amann D.M. (red.) (2014), *Benchbook on International Law, § II.A Jurisdictional, Preliminary and Procedural Concerns*, American Society of International Law, dostęp na: www.asil.org/benchbook/jurisdiction.pdf (30 sierpnia 2016 r.)
4. Banasiński C. (2015), *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa, Wolters Kluwer
5. Banasiński C., Piontek E. (2009), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis
6. Battini S. (2008), *Extraterritoriality: an Unexceptional Exception*, referat wygłoszony na seminarium: Séminaire de droit administratif, européen et global, Extraterritoriality and Administrative Law, Paryż, 11 kwietnia 2008 r., dostęp na: http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/stefano_battini.pdf (28 sierpnia 2013 r).
7. Basedow J., Franc S., Idot L. (red.) (2012), *International Antitrust Litigation. Conflict of laws and coordination*, Oxford i Portland, Hart Publishing
8. Bernatt M., Jurkowska-Gomułka A.,Skoczny T. (2013) Podstawy i zakres publicznoprawnej ochrony konkurencji w: Kępiński M.. (red.) *Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego. Tom 15.*, C.H. Beck, Warszawa
9. Biernat S. (2002), Europejskie prawo administracyjne i europeizacja krajowego prawa administracyjnego (zarys problematyki), w: Seweryński M., Hajn Z. (red.) *Studia prawno-europejskie* (t.VI, s. 71-111), Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
10. Błachucki M. (2011), *Sądownictwo Antymonopolowe w Polsce – historia i ustrój*, Warszawa, UOKiK

11. Błachucki M., Jóźwiak S. (2012), Exchange of Information and Evidence between Competition Authorities and Entrepreneurs' Rights, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 5(6)*, s.137-167
12. Błaszczyk P. (2013), Pojęcie grupy spółek na tle stosunku dominacji i zależności w kodeksie spółek handlowych, *Przegląd Prawa Handlowego (7)* s. 8-14
13. Borkowski A. (2009), Zasada wolności gospodarczej a reglamentacja aktywności gospodarczej osób zagranicznych w Polsce w: Szwajdler W., Nowicki H. (red.) *Księga Jubileuszowa prof. dr hab. Stanisława Jędrzejewskiego,* Toruń, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa
14. Botta, M. (2017), The Draft Directive on the Powers of National Competition Authorities: The glass half empty and half full, *European Competition Law Review* 38 (10), s. 470- 477
15. Bożekowska-Zawisza K. (2012), Czy wciąż potrzebne jest nam krajowe prawo konkurencji? Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie C-17/10 Toshiba Corporation i inni przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 1(1),* s. 139-148
16. Bremmer S. (2009), *Co-operation between national competition agencies in the enforcement of EC competition law*, Oxford i Portland, Hart Publishing
17. Brol J. (red). (2001), Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, w: *Prawo handlowe*, Lex/el., Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis,
18. Buxbaum H. L. (2009), Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict, *Articles by Maurer Faculty*. *Paper 132,* dostęp na: http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/132 (20 sierpnia 2014 r.)
19. Chilarski T. (2006), Ogłoszenie upadłości spółki zależnej przez sąd zagraniczny w świetle prawa wspólnotowego, w: Seweryński M, Hajn Z. (red.) *Studia Prawno-Europejskie* (t. VIII, s. 54-65), Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
20. Cisowska-Sakrajda E. (2016), Doręczanie transgranicznych dokumentów urzędowych i sądowych w świetle prawa do dobrej administracji i prawa do sądu, *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* (1), s. 34-54
21. Czapliński W., Wyrozumska A. (1999), *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa, C.H. Beck
22. de Schutter O. (2006), *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human*

Rights Accountability of Transnational Corporations, dostęp na: http://business-humanrights.org/en/pdf-extraterritorial-jurisdiction-as-a-tool-for-improving-the-human-rights-accountability-of-transnational-corporations (20 sierpnia 2014 r.)

23. Dodge W. S. (2017), Jurisdiction in the Fourth Restatement of Foreign Relations Law, *Yearbook of Private International Law* (18), s. 143-170, dostęp na: https://ssrn.com/abstract=2972612 (17 grudnia 2017 r.)
24. Dodge W. S. (1998a), Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism, *Harvard International Law Journal* 39 (1), s.101- 169, dostep na; http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/119 (20 listopada 2015 r.)
25. Dodge, W. S., (1998b), Understanding the Presumption against Extraterritoriality, *Berkeley Journal of International Law* 16 (1) s. 85-125, dostęp na: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol16/iss1/5 (20 listopada 2015 r.)
26. Ereciński, T. (2016), Komentarz do art.. 479[29] w: Ereciński T. (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Postępowanie rozpoznawcze*., Lex/el., Wolters Kluwer
27. Faull J., Nikpay A. (2007), *The EC Law of Competition*, Nowy Jork, Oxford University Press
28. Fox E. M. (2009), Modernization of effects jurisdiction: from hands-off to hands-linked, *New York University Journal of International Law and Politics* 42, s. 159-174, dostęp na: http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/42.1-Fox.pdf, (20 października 2017 r.)
29. Gerber D. J. (1984), Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws*, Yale Journal of International Law* 10, s.185-221
30. Gerber D.J. (2004), Prescriptive Authority: Global Markets as a Challenge to National Regulatory Systems*, Houston Journal of International Law* 26 (1), s. 287-308
31. Gerber D. J. (2010a), Globalization, europeization and competition law; locating Europe, locating Poland, w: Krasnodębska Tomkiel M. (red.) *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad,* Warszawa, UOKiK
32. Gerber D. J. (2010b), *Global Competition, Law, Markets, and Globalization*, Nowy Jork, Oxford University Press
33. Gronowski S. (1996), *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*., Warszawa, C.H. Beck
34. Gurgul S. (2010), Odpowiedzialność wspólnika (akcjonariusza) za zobowiązania spółki kapitałowej w stosunku do jej wierzycieli, *Monitor Prawniczy* (20),

s. 1146-1151

35. Hixson K. (1988), Extraterritorial Jurisdiction Under the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, *Fordham International Law Journal* 12 (1) s.127-152, dostęp na: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1207&context=ilj; (14 lipca 2013 r.)
36. Hrycaj A. (2011), Jurysdykcja krajowa w sprawach o ogłoszenie upadłości, Warszawa,
37. Jaśkowska M., Wróbel A (red.) (2016) *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, Lex./el, Wolters Kluwer
38. Jóźwiak S. (2011), *Europejska Sieć Konkurencji - model: struktura i współpraca oraz kompetencje decyzyjne członków,* Warszawa, UOKiK
39. Jurkowska A., Skoczny T. (red.) (2007) *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa, Wolters Kluwer
40. Kidyba A. (2017), *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych,* Lex/el., Wolters Kluwer
41. Kohutek K., Sieradzka M. (2014), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex/el., Wolters Kluwer
42. Kohutek K. (2014), *Komentarz do Rozporządzenia Rady WE i Parlamentu Europejskiego nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie przepisów konkurencji w art. 81 i 82 Traktatu*, Lex/el., WoltersKluwer
43. Kijowski D. (2015), *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.* Komentarz, Lex/el., Wolters Kluwer
44. Kosikowski C. (2013), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz.* Warszawa, LexisNexis
45. Kojima T. (2002), International Conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy, Weatherhead Center for International Affairs Harvard University Fellows Publications, dostęp na: programs.wcfia.harvard.edu/fellows/files/kojima.pdf (4 sierpnia 2016 r.)
46. Kowalik-Bańczyk K. (2012), *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa, Wolters Kluwer
47. Kowalik-Bańczyk K. (2010), Pojęcie wpływu na handel w decyzjach Prezesa UOKiK, *Europejski Przegląd Sądowy* (5), s.34-42
48. Kozieł T. (2012) Extraterritorial Application of EU Environmental Law – Implications

of the ECJ's Judgment in Air Transport Association of America, *The Columbia Journal Of European Law Online*, dostęp na: http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/journal-european-law/files/koziel.pdf (28 sierpnia 2013 r.)

49. Krasnodębska-Tomkiel M. (2006), *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa, UOKiK
50. Krawczyk A. (2016), Przebicie przez przypisanie w koncernie, *Przegląd Prawa Handlowego* (1), s. 34-39
51. Kubsik S. (2013), Odpowiedzialność wspólników (akcjonariuszy) spółki kapitałowej za zobowiązania spółki w stosunku do jej wierzycieli na przykładzie grupy spółek, *Przegląd Prawa Handlowego* (8), s. 50-58
52. Kulesza J. (2010), Jurysdykcja międzynarodowa Stanów Zjednoczonych w sporach domenowych, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. LXXXI, s. 93-113
53. Litwińska-Werner M. (2007), Nadużycie formy prawnej spółki, *Studia Prawa Prywatnego* (3-4), s. 86-98
54. Łaszczyca G., Martysz C., Matan A. (red.) (2010), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Lex/el/, Wolters Kluwer
55. Materna G. (2006), Pojęcie „przedsiębiorca" a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji, w: Banasiński C. i in. (red)., *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa, UOKiK
56. Materna G. (2009), *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Lex/el. Wolters Kluwer
57. Miąsik D., Skoczny T. (2014) w: Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, Warszawa, C.H. Beck
58. Miąsik D., Skoczny T. (2009) w: Skoczny T. (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*., Warszawa, C.H. Beck
59. Marek A. (2010), *Kodeks karny. Komentarz.*, Lex/el., Wolters Kluwer
60. Martyniszyn M. (2017), Japanese Approaches to Extraterritoriality in Competition Law, *International and Comparative Law Quarterly* 66 (3), s.747-762, dostęp na: http://pure.qub.ac.uk/portal/files/125650658/JAPANESE_APPROACHES_TO_EXTRATERRITORIALITY_IN_COMPETITION_LAW.pdf, (17 lipca 2017 r.)
61. Martyniszyn M. (2016), How high (and far) can you go? On setting fines in cartel cases involving vertically integrated undertakings and foreign sales., *European Competition Law Review* 37 (3) s. 99-107

62. Martyniszyn M. (2015), On Extraterritoriality and the Gazprom Case, *European Competition Law Review* 36 (7) s. 291-294
63. Maziarz A. (2012), Eksterytorialne stosowanie unijnego prawa konkurencji, *Państwo i Prawo,* (5), s. 61 – 72
64. Michałek M (2013), Szwajcarskie prawo konkurencji w zarysie, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 7(2), s.104-116
65. Modzelewska-Wąchal E. (2002), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*., Warszawa, Twigger
66. Molski R. (2005), Prywatnoprawna ochrona konkurencji w amerykańskim prawie antytrustowym, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* (3), s. 765-810
67. Molski R. (2003), Kartele eksportowe w świetle prawa ochrony konkurencji, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* (3), s. 17-39
68. Molski R., (2002), Eksterytorialne Stosowanie Prawa Ochrony Konkurencji, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* (3) , s. 13-35
69. Najeeb S., (1981) *Extraterritorial Enforcement of U.S. Antitrust Laws: the British Reaction*, Maryland Journal of International Law 7 (1), s. 58 - 66 http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol7/iss1/7 (15 września 2014 r.)
70. Nesterowicz M. A. (2012), Brazylijska Ustawa o Systemie Ochrony Konkurencji, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 3(1), s.129-134
71. Niedźwiedź M. (2017), *Międzynarodowa pomoc prawna w sprawach administracyjnych w świetle prawa unijnego*, Warszawa, Instytut Wydawniczy EuroPrawo
72. O'Keefe R. (2004), Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept, *Journal of International Criminal Justice,* (3) s. 735-760, dostęp na: http://documents.law.yale.edu/sites/default/files/O'Keefe%20-%20Universal%20Jurisdiction%20-%202004.pdf (30 sierpnia 2015 r.)
73. Olszanowski J., Piątek W. (2016), *Współpraca państw członkowskich UE przy odzyskiwaniu wierzytelności podatkowych*, Lex/el. Wolters Kluwer
74. Opalski A. (2012), Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych, *Przegląd Prawa Handlowego* (8), s. 10-20
75. Ostropolski T. (2004), Jurysdykcja uniwersalna w prawie międzynarodowym, w: Seweryński M, Hajn Z. (red.) *Studia Prawno-Europejskie* (t. VII, s. 257-279), Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
76. Parrish A. L. (2011), Morrison, The Effects Test, and the Presumption Against

Extraterritoriality: A Reply to Professor Dodge, *Articles by Maurer Faculty. Paper 892*., dostęp na: http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/892 (20 sierpnia 2014 r.)

77. Parrish A. (2009), Reclaiming International Law From Extraterritoriality, *Minnesota Law Review (93),* s. 815 - 874, dostęp na: http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/Parrish_mlr.pdf (23 sierpnia 2014 r.)
78. Parrish A. (2008), The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business*, Vanderbilt Law Review* 61 (5), s. 1455-1505, dostęp na: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiJqc777PLYAhWRGuwKHX2NDRIQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.repository.law.indiana.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1893%26context%3Dfacpub&usg=AOvVaw1rDs_O7_3VVZJvrrTToe_V&httpsredir=1&article=1893&context=facpub (21 sierpnia 2014 r.)
79. Płachta M. (2010), Konflikty jurysdykcyjne w sprawach karnych: pojęcie, geneza i środki zaradcze, *Prokuratura i Prawo* (11), s. 6-28
80. Podlasin W. (2014), Nowe prawo konkurencji Hongkongu, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 1(3), s. 49-58
81. Popłonkowska-Dębińska A., (2012), Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółek kapitałowych w świetle unijnego prawa spółek, *Glosa* (3), s. 44-52
82. Popofsky M. S. (2008), *Extraterritoriality and the Empagran Case,* dostęp na: http://www.abanet.org/antitrust/at-committees/at-ic/pdf/spring/05/popofsky.pdf (16 listopada 2016 r.)
83. Powałowski A. (red.) (2007), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*., Warszawa, ABC
84. Raymond J. M. (1967), The Exercise of Concurrent International Jurisdiction: Move with Circumspection Appropriate, *Boston College Law Review* 8 (4), s.673-711, dostęp na: http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/v ol8/iss4/1 (6 września 2014 r.)
85. Rodzynkiewicz M. (2014), *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, Warszawa, Lexis Nexis
86. Roth P., Rose V. (red.) (2008), *European Community Law of Competition*, Nowy Jork, Oxford University Press
87. Rosemann N. (2005), The UN Norms on Corporate Human Rights Responsibilities, An Innovating Instrument to Strengthen Business‘ Human Rights Performance,

Dialogue on Globalization, Occasional Papers Geneva 20, dostęp na: http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/04669.pdf 9 (25 lipca 2015 r.)

88. Ryngaert C. (2006), *Jurisdiction In International Law. United States and European Perspectives*., dostęp na: https://lirias.kuleuven.be/bitstream/1979/911/2/doctoraat.pdf (13 sierpnia 2013 r.)
89. Saganek P. (2011), Nowe reguły dotyczące podziału kompetencji między Unię Europejską a państwa członkowskie w świetle traktatu z Lizbony, *Przegląd Sejmowy* (4), s.83-106
90. Saganek P. (1997), Ekstraterytorialne stosowanie prawa Wspólnot Europejskich, *Przegląd Prawa Europejskiego* (1), s. 41 - 54
91. Semeniuk P. (2015), *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa, Wydawnictwo Wydziału Zarzadzania Uniwersytetu Warszawskiego
92. Sieradzka M., Zdyb M. (2013), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz.,* Lex/el., Wolters Kluwer
93. Skoczny T., Jurkowska-Gomułka A., Miąsik D. (red.) (2014), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*., Warszawa, C.H. Beck
94. Skoczny T. (2002), Europejskie prawo konkurencji – od doskonalenia przez modernizację w kierunku transformacji, w: Seweryński M., Hajn Z. (red.) *Studia prawno-europejskie* (t.VI, s. 112 – 127), Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
95. Skoczny T. (2003), Reguły konkurencji, w: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*., Warszawa, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza
96. Skoczny T. (1990)*, Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890-1989*, Warszawa, Wydawnictwo Przemiany
97. Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J, (red.) (2001), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom 1.,* Warszawa, C.H. Beck
98. Stanger A.,(2003), Analyzing U.S. Antitrust Jurisdiction over Foreign Parties After Empagran S.A. v.F.Hoffman-LaRoche, Ltd*., Brigham Young Law Review 4(6) s.* 1453-1486, dostęp na: http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2003/iss4/6 (15 września 2016 r.)
99. Stawicki. A., Stawicki E. (red.) (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, Lex/el.,Wolters Kluwer
100. Stefanicki R. (2012), Zasada ne bis in idem w procesie wykonywania prawa konkurencji, *Przegląd Prawa Handlowego (8),* s. 21-27

101. Stefanicki R. (2011), Domniemanie decydującego wpływu spółki dominującej na zachowania antykonkurencyjne spółek zależnych, *Forum Prawnicze* (8), s.30-42
102. Stefańska E. (2015), Komentarz do art. 1-505[38] w: Manowska M. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I.,* Lex/el., Wolters Kluwer
103. Stephens B. (2002), Individuals Enforcing International Law: The Comparative and Historical Context*, DePaul Law Review* 52 (2), s. 433-72
104. Strzyczkowski K. (2005), Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa, w: Kosikowski C. (red.) *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe
105. Strzyczkowski K (2000), Nowe Prawo Konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów., *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* (9), s. 2-11.
106. Szafrański D**.** (2010), Przedsiębiorca zagraniczny jako kategoria normatywna w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, *Przegląd Prawa Handlowego* (8), s. 50-58
107. Szafrański D. (2009), Przedsiębiorca zagraniczny jako przedsiębiorca w zakresie praktyk ograniczających konkurencję, *Europejski Przegląd Sądowy* (6), s. 13-16
108. Telenga, P. (2015), Komentarz do art. 479[29] w: Jakubecki A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Lex/el., Wolters Kluwer
109. Turno B. (2013), *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex/el., Wolters Kluwer
110. Turno B. (2012), Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Państwo i Prawo* (10), s. 33-47
111. Urbańska-Arendt M. (2017), Wpływ EKPC na uwzględnianie „winy" jako przesłanki dopuszczalności nakładania kar pieniężnych w orzecznictwie dotyczącym deliktów prawa antymonopolowego i energetycznego, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (7), s. 42-54
112. Wasiński M. (2012a), Ekstraterytorialne stosowanie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Al-Skeini, *Studia Prawno-Ekonomiczne, t. LXXXVI*, s. 157-172
113. Wasiński M. (2012b), Immunitet państwa a jurysdykcja terytorialna (na tle orzeczenia SN w sprawie Natoniewski v. RFN), *Państwo i Prawo* (10), s. 76-88

114. Wasiński M. (2002), Jurysdykcja legislacyjna państwa w prawie międzynarodowym publicznym, *Państwo i Prawo* (3), s. 56-69
115. Whish R., Bailey D. (2011), Competition Law, Nowy Jork, Oxford University Press
116. Wierzbowski M. (red.) (2015), *Postępowanie administracyjne - ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnym*i, Warszawa, C.H. Beck
117. Wierzbowski M., Wyrzykowski M. (red.) (2005), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa, Lexis Nexis
118. Wincenciak M. (2008), *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa, Wolters Kluwer
119. Wiszniewska I. (1991), *Granice kartelowoprawne ważności licencji patentowych*, Warszawa, Ossolineum
120. Wrońska I. (2013), Korporacje transnarodowe a ochrona praw człowieka, *Zarządzanie i Finanse,* (1/3), 469-472 dostęp. na: http:/jmf.wzr.pl/pim/2013_1_3_33.pdf, http://zif.wzr.pl/pim/2013_1_3_33.pdf (15 lipca 2015 r.)
121. Wróblewski J. (1984), Wstęp do prawoznawstwa, Łódź, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
122. Zoll A. (red.) (2004), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I.*, Kraków, Zakamycze

Akty prawne opublikowane w Dzienniku Ustaw RP (w układzie chronologicznym)

1. Konwencja dotycząca procedury cywilnej, podpisana w Hadze 17 lipca 1905 r., Dz. U. z 1926 r., nr 126, poz. 735 z późn. zm.
2. Konwencja między Prezydentem Rzeczypospolitej Polskiej a Jego Królewską Mością odnośnie do Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanji[625] i Północnej Irlandji[626] w przedmiocie postępowania w sprawach cywilnych i handlowych, podpisana w Warszawie dnia 26 sierpnia 1931 r., Dz. U. z 1932 r., nr 55, poz. 533 z późn. zm.
3. Ustawa z 28 marca 1933 r. o kartelach, Dz.U. z 1933 r., nr 31, poz. 270
4. Ustawa z 13 lipca 1939 r. o porozumieniach kartelowych, Dz. U. z 1939, nr 63, poz. 418,
5. Karta Narodów Zjednoczonych. Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych, Dz.U. z 1947 r., nr 23, poz. 90

[625] Pisownia oryginalna.
[626] Pisownia oryginalna.

6. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284
7. Konwencja o morzu pełnym, sporządzona w Genewie dnia 29 kwietnia 1958 r., Dz.U. z 1963 r., nr 33, poz. 187
8. Konwencja dotycząca procedury cywilnej, podpisana w Hadze dnia 1 marca 1954 r., Dz. U. z 1963 r. Nr 17, poz. 90 z późn. zm.
9. Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.
10. Konwencja w sprawie przestępstw i niektórych czynów popełnionych na pokładzie statków powietrznych sporządzona w Tokio dnia 14 września 1963 r., Dz.U. z 1971 r., nr 15, poz.147
11. Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 z późn. zm.
12. Ustawa z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1822 z późn. zm.
13. Konwencja o doręczaniu za granicą dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzona w Hadze dnia 15 listopada 1965 r., Dz.U. z 2000 r., nr 87, poz. 968
14. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 169
15. Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 599 z późn. zm.
16. Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi sporządzona w Hadze dnia 16 grudnia 1970 r., Dz. U. 1972 r., nr 25, poz. 181 i 182
17. Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzona w Montrealu dnia 23 września 1971 r., Dz. U. z 1976 r., nr 8, poz. 37 i 38
18. Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu i karaniu zbrodni apartheidu, przyjęta dnia 30 listopada 1973 r. rezolucją 3068 (XXVIII) Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych, Dz. U. 1976, nr 32, poz. 186,
19. Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., Dz.U. z 2002 r., nr 59, poz. 543
20. Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta w Nowym Jorku przez

Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r., Dz. U. 1989, nr 63, poz. 378

21. Europejska Konwencja w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej, sporządzona w Strasburgu dnia 19 sierpnia 1985 r., Dz.U. z 1995 r., nr 129, poz. 625
22. Ustawa z 28 stycznia 1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej, Dz. U. z 1987 r., nr 3, poz. 18 z późn. zm.
23. Konwencja Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzona w Wiedniu dnia 20 grudnia 1988 r., Dz.U. z 1995 r., nr 15, poz. 69
24. Ustawa z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, t.j. Dz.U. z 1999 r., nr 52, poz.547 z późn. zm.
25. Ustawa z 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych, t.j. Dz.U. z 1993 r., nr 108, poz. 486, z późn. zm.
26. Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzecząpospolitą Polską, z jednej strony, a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, z drugiej strony, sporządzony w Brukseli dnia 16 grudnia 1991 r., Dz. U. z 1994 r., nr 11, poz. 38 z późn. zm.
27. Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2204 z późn. zm.
28. Ustawa z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 700
29. Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 201 z późn. zm.
30. Ustawa z 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, Dz. U. z 1999 r., nr 101, poz. 1178
31. Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu finansowania terroryzmu, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1999 r., Dz. U. z 2004 r., nr 263, poz. 2620
32. Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r., Dz.U. z 2007 r., nr 76, poz. 494
33. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1578 z późn. zm.

34. Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 z późn. zm.
35. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (obecnie: Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej) Dz. U. z 2004 r. nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.
36. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (d. Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą), Dz. U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.
37. Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 229
38. Ustawa z 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2011 r., nr 233, poz. 1381.
39. Ustawa z 11 października 2013 r. o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, ceł i innych należności pieniężnych, Dz. U. z 2013 r., poz. 1289 z późn. zm.
40. Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, t.j. Dz. U. z 2016 r.,poz. 1829 z późn. zm.
41. Ustawa z 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 893 z późn. zm.
42. Ustawa z 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. z 2011 r., nr 6, poz. 18
43. Ustawa z 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1792
44. Ustawa z 25 czerwca 2015 r. - Prawo konsularne, Dz. U. z 2015 r., poz. 1274 z późn. zm.
45. Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 15 lutego 2017 r. w sprawie wyznaczenia centralnego biura łącznikowego, Dz. U. z 2017 r., poz. 300
46. Ustawa z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017 r., poz. 935

Orzeczenia sądów polskich (w układzie chronologicznym)

1. Wyrok Sądu Antymonopolowego z 24 stycznia 1991 r., XV Amr 19/90, Wokanda 1992, nr 5, s. 37
2. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 października 1994 r., K 2/94, OTK 2/1994, poz. 36

3. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 2 grudnia 1997 r., I SA/Po 233/97, Lex/el. nr 521784329
4. Wyrok Sądu Antymonopolowego z 17 stycznia 1996 r., XVII Amr 54/95, Lex/el. nr 27837
5. Wyrok Sądu Antymonopolowego z 21 stycznia 1998 r., XVII Ama 55/97, Wokanda 1999, nr 2, s. 48
6. Wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2001 r., I CKN 1036/98, Lex./el nr 52708
7. Wyrok SOKiK z 18 grudnia 2002 r., XVII Ama 19/01, Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., nr 2, poz. 260
8. Wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008/1-2/25
9. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 lutego 2007 r., VI ACa 819/06, Lex/el. nr 521425769
10. Wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2007 r., *III SK 24/06, OSNP 2008, nr 9-10, poz. 15*
11. Wyrok Sądu Najwyższego z 3 września 2009 r., III SK 9/09, OSNP 2011/11-12/168
12. Wyrok Sądu Najwyższego 24 listopada 2009 r., V CSK 169/09), Lex/el. nr 627248
13. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 stycznia 2013 r., VI ACa 995/12, Lex/el. nr 1314951
14. Wyrok Sądu Najwyższego z 11 października 2013 r., I CSK 769/12, Lex/el. nr 1532958
15. Wyrok SOKiK z 13 grudnia 2013 r., XVII AmA 173/10, Lex/el. nr 522249499
16. Uchwała Sądu Najwyższego z 26 lutego 2014r., III CZP 103/13, OSNC 2014/12/119
17. Postanowienie Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2014 r., I Cz 21/14, Lex/el. nr 1477421
18. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2015 r., III CSK 72/14, dostęp na: http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/iii%20csk%2072-14.pdf (14 maja 2017 r.)
19. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 26 czerwca 2015 r., I Aca 415/15, Lex/el. nr 1770843
20. Postanowienie Sądu Okręgowego w Kaliszu, z 14 września 2015 r., II Cz 545/15, dostęp na: http://orzeczenia.kalisz.so.gov.pl/content/$N/152505000001003_II_Cz_000545_2015_Uz_2015-09-14_001 (14 maja 2017 r.)
21. Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 września 2017 r., III SK 39/16, Lex./el. 2382418,

Decyzje Prezesa UOKiK (w układzie chronologicznym)

1. Decyzja Prezesa UOKiK z 24 sierpnia 2001 r., DDF-52/2001, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.)
2. Decyzja Prezesa UOKiK z 26 lutego 2002 r., RŁO-3/2002, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.)
3. Decyzja Prezesa UOKiK z 6 września 2002 r., DDI-73/2002, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.).
4. Decyzja Prezesa UOKiK z 6 listopada 2002 r., DDI-98/2002, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.).
5. Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2002 r., RŁO-30/2002, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.)
6. Decyzja Prezesa UOKiK z 21 sierpnia 2003 r., RGD-15/2003, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.)
7. Decyzja Prezesa UOKiK z 4 listopada 2004 r., DOK-114/2004, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.)
8. decyzja Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2006 r., DOK-166/06, dostęp na: http://decyzje.uokik.gov.pl/dec (20 kwietnia 2016 r.)
9. Decyzja Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2006 r., DAR-15/2006, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.)
10. Decyzja Prezesa UOKiK z 14 marca 2007 r., DOK-34/07, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.)
11. Decyzja Prezesa UOKiK z 14 maja 2007 r., DOK-59/2007, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (31 grudnia 2017 r.)
12. Decyzja Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r., DOK-7/09, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.),
13. Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2010 r., DOK-11/10, dostęp na: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec (10 lipca 2017 r.)

Akty prawne opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE (UE) - (w układzie chronologicznym)

1. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 25 marca 1957 r. (obecnie: Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej) wersja skonsolidowana: Dz. Urz. WE 2016 C 202/47
2. Rozporządzenie 17/62/EWG w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 85 i 86 Traktatu, Dz. Urz. WE 1962 P 13/204
3. Dyrektywa Rady 68/15/EWG w sprawie w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek rozumieniu art. 58 ust. 2 TWE, w celu uzyskania ich równości, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, Dz. Urz. WE 1968 L 65/8
4. Dyrektywa Rady 76/308/EWG w sprawie wzajemnej pomocy przy windykacji roszczeń wynikających z czynności stanowiących część systemu finansowania Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej oraz opłat rolnych i ceł oraz w odniesieniu do podatku od wartości dodanej i podatków akcyzowych, Dz. Urz. WE 1976 *L 73/23*
5. Rozporządzenie Rady (EWG) 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. WE 1990 L 395/1
6. *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws* (23.08.1991.) (Umowa pomiędzy Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki a Komisją Wspólnot Europejskich w sprawie stosowania prawa ochrony konkurencji; podpisana 23 sierpnia 1991.r.) Dz.Urz. WE 1995 L 95/47
7. Traktat o Unii Europejskiej z 7 lutego 1992 r., wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE 2016 C 202/13
8. Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Dz. Urz. WE 1994 L 37/3
9. *Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws (4.06.1998)* (Umowa pomiędzy Wspólnotami Europejskimi a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie stosowania zasad *positive comity* we wdrażaniu ich prawa ochrony konkurencji (zawarta 4 czerwca 1998 r.), Dz. Urz. WE 1998 L 173/ 28
10. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej sporządzona 7 grudnia 2000 r. w Nicei (Dz. Urz. WE 2000 C 364/1, Dz. Urz. UE 2007 C 303/ 1, Dz. Urz. UE 2010, C 83/389)

11. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Traktat z Nicei) podpisany 26 lutego 2001 r., wszedł w życie 1 lutego 2003 r., tekst skonsolidowany: Dz. Urz. UE 2006 C 321 E/37
12. Rozporządzenie Rady (WE) 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. UE 2003 L 1/1
13. Dyrektywa 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiająca system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie oraz zmieniająca dyrektywę Rady 96/61/WE, *Dz. Urz. UE 2003 L 275/32*
14. Akt dotyczący warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej, Dz .Urz. WE 2003 L 236/33
15. Traktat między Królestwem Belgii, Królestwem Danii, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Grecką, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Irlandią, Republiką Włoską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Królestwem Niderlandów, Republiką Austrii, Republiką Portugalską, Republiką Finlandii, Królestwem Szwecji, Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (państwami członkowskimi Unii Europejskiej) a Republiką Czeską, Republiką Estońską, Republiką Cypryjską, Republiką Łotewską, Republiką Litewską, Republiką Węgierską, Republiką Malty, Rzecząpospolitą Polską, Republiką Słowenii, Republiką Słowacką dotyczący przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii, Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej, Dz. Urz. WE 2003 L 236/17
16. Commission Notice — Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Obwieszczenie Komisji- wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel ujętego w art. 81 i 82 Traktatu) Dz. Urz. UE 2004 C 101/81
17. ***Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities*** **(**Obwieszczenie Komisji *w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów Konkurencji) Dz. Urz. UE 2004 C 101/43*
18. Rozporządzenie (WE) 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych, Dz. Urz. UE L 143/15

19. Obwieszczenie Komisji „Wytyczne dotyczące pojęcia wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, o którym mowa w art. 81 i 82 TWE", Dz. Urz. UE 2004 C 101/81
20. Rozporządzenie 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000, Dz. Urz. UE 2007 L 324/79
21. Dyrektywa Rady 2008/55/WE w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących niektórych opłat, ceł, podatków i innych obciążeń, Dz. Urz. UE 2008 L 150/28
22. *Dyrektywa* 2008/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniająca dyrektywę 2003/87/WE w celu uwzględnienia działalności lotniczej w systemie handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie, *Dz. Urz. UE 2009 L 324/79*
23. Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane od spółek w rozumieniu art. 48 ust. 2 Traktatu, w celu uzyskania ich równości, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, Dz. Urz. UE 2009 L 258 /11
24. Dyrektywa Rady 2010/24/UE w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, ceł i innych obciążeń, Dz. Urz. UE 2010 L 84/1
25. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 1215/2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania oraz wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.U. UE 2009 L 339/3
26. Komunikat Komisji „Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*)", Dz. Urz. UE 2014 C 291/1

Orzeczenia organów WE (UE) oraz opinie rzeczników generalnych (w układzie chronologicznym)

1. Decyzja Komisji z 11 marca 1964 r., *Grosfillex-Fillistorf*, sprawa IV/A-00061, Dz. Urz. WE 1964 P 58/915
2. Decyzja Komisji z 1 czerwca 1964 r., *Mertens & Straet -Bendix Corporation*, sprawa IV-A/12.868, Dz. Urz. WE 1964 P 92/1426

3. Decyzja Komisji z 30 lipca 1964 r., *Nicholas Freres - Vitapro*, sprawa IV/A-00095, Dz. Urz. WE 1964 P 136/2287
4. **Wyrok Trybunału z dnia 30 czerwca 1966 r.** *Société Technique Minière przeciwko Maschinenbau Ulm.* **Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Cour d'appel de Paris**, sprawa 56/65*,* Zb. Orz. 1966-23
5. Decyzja Komisji z 27 czerwca 1967 r., *Transocean Marine Paint Association*, sprawa IV/223, Dz. Urz. WE 1967 P 163/10
6. Wyrok Trybunału z 13 lutego 1969 r. *Walt Wilhelm i in. przeciwko Bundeskartellamt*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Kammergericht Berlin – Niemcy, sprawa 14/68, Zb. Orz. 1969-1
7. Decyzja Komisji z 13 marca 1969 r.*, European Machine Tool Exhibition*, sprawa IV/93, Dz. Urz. WE 1969 L 69/13
8. Decyzja Komisji z 24 lipca 1969 r., *Farbstoffe*, sprawa IV/26 267, Dz. Urz. WE 1969 L 195/11
9. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18 lutego 1971 r., *Sirena S.r.l. przeciwko Eda S.r.l. i innym.* Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym **Tribunale civile e penale di Milano – Włochy,** sprawa C- 40/70, Zb. Orz. 1979 -03169
10. Opinia rzecznika generalnego D. de Lamothe'a, przedstawiona w sprawie *Béguelin Import v. G.L. Import Export* w dniu 28 października 1971 r., sprawa 22/71, Zb. Orz. 1971 – 964
11. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 25 listopada 1971 r., *Béguelin Import v. G.L. Import Export*, sprawa 22/71, Zb. Orz. 1971 – 949
12. Połączone opinie rzecznika Generalnego D. Mayrasa przedstawione w dniu 2 maja 1972 r., w sprawach ***Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 48/69, *Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 49/69, *Farbenfabriken Bayer AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 51/69, *J. R. Geigy AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 52-69, *Sandoz AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 53-69, *SA française des matières colorantes (Francolor) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 54-69, *Cassella Farbwerke Mainkur AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 55-69, *Farbwerke Hoechst AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****, sprawa 56-69, *Azienda Colori Nazionali - ACNA S.p.A. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*****,** Zb. Orz. 1971 – 965

13. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1972 r., *Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 48/69, Zb. Orz. 1972 - 619
14. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1972 r., *J.R. Geigy AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 52/69, Zb. Orz. 1972 -787
15. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 14 lipca 1972 r., *Sandoz AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa 53/69, Zb. Orz. 1972-845
16. Decyzja Komisji z 14 grudnia 1972 r., *ZOJA/CSC - ICI*, sprawa IV/26.911, Dz. Urz. WE L 299/ 51
17. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 6 marca 1974 r*., Istituto Chemioterapico Italiano S.p.Ai Commercial Solvents Corporation przeciwko Komisji*, połączone sprawy 6/73 i 7/73, Zb. Orz. 1974-223
18. Wyrok Trybunału z 12 grudnia 1974 r., *Walrave i Koch vs. Union Cycliste Internationale*, sprawa 36/74, Zb. Orz. 1974-1405.
19. Decyzja Komisji z 19 grudnia 1984 r, *Import aluminium z Europy wschodniej*, sprawa IV/26.870, Dz. Urz. WE 1985 L 92/1
20. Decyzja Komisji z 19 grudnia 1984 r, *Ahlström Osakeyhtiö i in.,* sprawa IV/29.725, Dz. Urz. WE 1985 L 85/1
21. Wyrok Trybunału z 25 października 1983 r, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-107/82, Zb. Orz. 1983-3151
22. Opinia rzecznika Generalnego M. Darmona, przedstawiona 25 maja 1988 r. w połączonych sprawach 89, 104, 114, 116, 117 i 125 do 129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* Zb. Orz. *1988 -5214*
23. Wyrok Trybunału z 27 września 1988 r., *A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* połączone sprawy 89, 104, 114, 116, 117 i 125 do 129/85, Zb. Orz. 1988 – 5193
24. Decyzja Komisji z 21 grudnia 1988 r., *Atochem S.A.* i in., sprawa IV/31.865, Dz. Urz. WE 1989 L 74/1
25. Wyrok Trybunału z 17 października 1989 r., *Dow Benelux NV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, sprawa* C-85/87, Zb. Orz. 1989-3237
26. Wyrok Trybunału z 16 lipca 1992 r., *Dirección General de Defensa de la Competencia przeciwko Asociación Española de Banca Privada i in.,* sprawa C-67/91, Zb. Orz. 1992 I-4785

27. Wyrok Trybunału z 24 listopada 1992 r. *Anklagemyndigheden przeciwko Peter Michael Poulsen i Diva Navigation Corp.*, Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Kriminal- og Skifteretten i Hjørring – Dania, sprawa C-286/90, Zb. Orz.1992 I-6019
28. *Decyzja Komisji z 24 kwietnia 1996 r., Gencor i in., sprawa IV/M.619, Dz. Urz. WE 1997 L 11/30*
29. Decyzja Komisji z 24 kwietnia 1997 r., *Boeing/McDonnell Douglas*, sprawa IV/M. 877, *Dz. Urz. WE 1997 L 336/16*
30. Wyrok Trybunału z 17 lipca 1997 r., *A. Leur-Bloem przeciwko Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, Gerechtshof Amsterdam – Holandia, sprawa C-28/95, Zb. Orz. 1997 I-4161
31. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 25 marca 1999 r., *Gencor Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-102/96, Zb. Orz. 1999 II-753
32. Wyrok Sądu z 14 maja 1998 r., *Europa Carton przeciwko Komisji*, sprawa T-304/94, Zb. Orz. 1998 II-869
33. Wyrok Trybunału z 16 listopada 2000 r. *Stora Kopparbergs Bergslags AB przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, C-286/98* P, Zb. Orz. 2000 I-9925
34. Decyzja Komisji z 18 lipca 2001 r., w sprawie, COMP/E-1/36.490 , *elektrody grafitowe,* Dz. Urz. WE 2002 L 100/1
35. Decyzja Komisji z 3 lipca 2001 r., *General Electric/Honeywell*, sprawa COMP/M.2220, Dz. Urz. UE 2004 L 48/1
36. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 29 kwietnia 2004 r.,*Tokai Carbon Co. Ltd i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* sprawy połączone T-236/01, T-239/01, T-244/01 do T-246/01, T-251/01 oraz T-252/01, Zb. Orz. 2004 II-01181
37. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 14 grudnia 2005 r., *Honeywell International, Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-209/01, *Zb. Orz. 2005 II-5575*
38. Opinia rzecznika generalnego L. A. Geelhoeda przedstawiona w dniu 19 stycznia 2006 r. w sprawie *SGL Carbon AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, sprawa C-* 308/04, Zb. Orz. 2006 I-5977
39. Opinia rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda przedstawiona w dniu 19 stycznia 2006 r., *Showa Denko KK przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* sprawa C-289/04 P, Zb. Orz. 2006 I-5859

40. **Wyrok Trybunału z 29 czerwca 2006 r., *Showa Denko KK przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-289/04 P,** Zb.Orz. 2006 I-5859
41. Wyrok Trybunału z 29 czerwca 2006 r., *SGL Carbon AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-308/04 P, Zb. Orz.2006 I-5977
42. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji 18 czerwca 2008 r. *Hoechst GmbH przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-410/03, Zb. Orz. 2008 II-881
43. Wyrok Trybunału z 3 września 2009 r., *William Prym GmbH & Co. KG i Prym Consumer GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa C-534/07 P, Zb. Orz. 2009 I-7415
44. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 6 grudnia 2005 r., *Brouwerij Haacht NV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich,* sprawa T-48/02, Zb. Orz. 2005 II-5259
45. Streszczenie decyzji Komisji z 24 stycznia 2007, *rozdzielnice z izolacją gazową*, sprawa COMP/F/38.899, Dz. Urz. UE 2007 C 5/7
46. Streszczenie decyzji Komisji z 25 czerwca 2008 r., *fluorek glinu*, sprawa COMP/39.180, Dz.U. z 2008 C 40/22
47. **Streszczenie decyzji Komisji z 13 maja 2009 r., *Intel*, sprawa COMP/C-3/37.990, Dz. Urz. UE. 2009 C 227/13**
48. Wyrok Trybunału z 10 września 2009 r., *Akzo Nobel NV i inni przeciwko Komisj*i, C-97/08 P, Zb. Orz. 2009 I-8237
49. Streszczenie decyzji Komisji z 14 lipca 2010 *r., British Airways/American Airlines/Iberi, sprawa COMP/39.596*, Dz. Urz. UE C 278/14
50. Streszczenie decyzji Komisji z 8 grudnia 2010 r., *InnoLux/LCD*, sprawa COMP/39.309, Dz.Urz. UE, 2011 C 295/9
51. Wyrok Trybunału z 21 października 2010 r., *Idryma Typou przeciwko Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*. Wniosek o wydanie orzeczenia w w trybie prejudycjalnym: Symvoulio tis Epikrateias – Grecja, sprawa C-81/09, Zb. Orz. 2010 I-10161
52. **Opinia rzecznika generalnego N. Jääskinena przedstawiona 9 grudnia 2010 r. w sprawie *L'Oréal SA i inni przeciwko eBay International AG i inni*, Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division - Zjednoczone Królestwo, sprawa C-324/09, Zb. Orz. 2011 I-6011**
53. **Wyrok Trybunału z 21 grudnia 2011 r.,** *Air Transport Association of America i in. przeciwko Secretary of State for Energy and Climate Change.* Wniosek o wydanie

orzeczenia w trybie prejudycjalnym: High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) - Zjednoczone Królestwo, sprawa C-366/10, Zb. Orz. 2011 I-13755.

54. **Wyrok Sądu z 12 lipca 2011 r.**, *Fuji Electric Co. Ltd, przeciwko Komisji Europejskiej*, **sprawa** T-132/07, *Zb. Orz. 2011 II-4091*
55. **Wyrok Sądu z 3 marca 2011 r.**, *Areva i in. przeciwko Komisji Europejskiej*, **połączone sprawy** T-117/07 i T-121/07, *Zb. Orz. 2011 II-633*
56. Wyrok Sądu 16 czerwca 2011 r.*, Team Relocations i in przeciwko Komisji Europejskiej,* sprawy połączone T-204/08 i T-212/08, Zb. Orz. 2011 II-3569
57. Opinia rzecznika generalnego J. Kokott przedstawiona 8 września 2011 r. w sprawie *Toshiba Corporation i in*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Krajský soud v Brně - Republika Czeska, sprawa C-17/10, Zb. Orz. elektr. 2011
58. Wyrok Trybunału z 14 lutego 2012 r., *Toshiba Corporation i in. przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Krajský soud v Brně, sprawa C-17/10 , Zb. Orz. elektr. 2012
59. Wyrok Sądu z 14 listopada 2012, *Nexans France SAS i Nexans SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawa T-135/09, Zb. Orz. elektr. 2012
60. Wyrok Trybunału z 19 lipca 2012 r., *Alliance One International Inc. i Standard Commercial Tobacco Co p-ko Komisji Europejskiej oraz Komisja Europejska p-ko Alliance One International Inc. i in.*, sprawy połączone C-628/10 P i C-14/11 P, Zb. Orz. elektr. 2012
61. Wyrok Trybunału z 19 grudnia 2012 r., *Krystyna Alder i Ewald Alder przeciwko Sabina Orlowska i Czeslaw Orlowski*. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Sąd Rejonowy w Koszalinie – Polska, sprawa C-325/11, Zb. Orz. elektr. 2012
62. Wyrok Trybunału z 11 lipca 2013 r., *Team Relocations NV i in. przeciwko Komisji Europejskiej,* sprawa C-444/11 P, Zb. Orz. elektr 2013
63. **Wyrok Sądu z 18 czerwca 2013 r., *Industries chimiques du fluor (ICF) przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa T-406/08, Zb. Orz. elektr. 2013**
64. Wyrok Sądu z 14 listopada 2012 r.*, Nexans France SAS i Nexans SA przeciwko Komisji Europejskiej,* sprawa T-135/09, Zb. Orz. elektr. 2012
65. Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 3 kwietnia 2014 r. w sprawie *Nexans SA I Nexans France SAS przeciwko Komisji Europejskie*j, sprawa C-37/13 P, Zb. Orz. elektr. 2014

66. **Wyrok Trybunału z 25 czerwca 2014 r., *Nexans SA i Nexans France SAS przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-37/13 P, Zb. Orz. elektr. 2014**
67. Opinia rzecznika generalnego Niila Jääskinena przedstawiona 16 stycznia 2014 r. w sprawach połączonych *X BV i TBG* Limited, C-24/12 i C-27/12, Zb. Orz. elektr. 2014
68. **Wyrok Sądu z 27 lutego 2014 r., *InnoLux Corp. przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa T-91/11,** Zb. Orz. elektr. 2014
69. Wyrok Sądu z 12 czerwca 2014 r., *Intel*, sprawa T-286/09, Zb. Orz. elektr. 2014
70. Opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona 30 kwietnia 2015 r. w sprawie *InnoLux Corp. dawniej Chimei InnoLux Corp., przeciwko Komisji Europejskiej,* sprawa C-231/14 P, Zb. Orz. elektr. 2015
71. Wyrok Trybunału z 9 lipca 2015, *InnoLux Corp. przeciwko Komisji Europejskiej*. sprawa C-231/14 P, Zb. Orz. elektr. 2015
72. Opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla przedstawiona w dniu 20 października 2016 r. w sprawie *Intel Corporation Inc. przeciwko Komisji Europejskiej*, sprawa C-413/14 P, Zb. Orz. elektr. 2016
73. Wyrok Trybunału z 6 września 2017 r. *Intel Corp. Inc. przeciwko Komisji Europejskiej,* C-413/14 P, dotychczas nieopublikowany, dostęp na http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-413/14m (4 grudnia 2017 r.)

Orzeczenia sądów w USA (w układzie chronologicznym)

1 *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347, 29 S. Ct. (1909), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/213/347/case.html (6 listopada 2016 r.)
2 *United States v. American Tobacco Co.,* 221 U.S. 106, S. Ct. 632, (1911), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/case.html (6 listopada 2016 r.)
3 *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268 (1927), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/268/ (6 listopada 2016 r.)
4 *Strassheim v. Daily* 221 U.S. 280 (1911), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/280/ (13 listopada 2014 r.)
5 *United States v. Aluminium Corp. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668 (6 listopada 2014 r.)
6 *Alfred Bell & Co. Ltd.* v. *Catalda Fine Arts, Inc.*, (1947) F. Supp. 973, 977; (1951), 191 F.2d 99, 106., dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/74/973/1410204/ (13 listopada 2016 r.)

7 *United States v. General Electric Co.*, 82 F. Supp. 753 (D.N.J.1949), 115 F. Supp. 835 (D.N.J. 1953), dostęp na http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/82/753/1755675/ (13 listopada 2016 r.)

8 *United States v. Watchmakers of Switzerland Inf. Ctr.*, 168 F. Supp. 904 (S.D.N.Y. 1958; S.D.N.Y. 1963, S.D.N.Y. 1968), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/168/904/1981724 (8 listopada 2016 r.)

9 *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976), dostęp na: http://openjurist.org/549/f2d/597/timberlane-lumber-co-sa-rl-v-bank-of-america-nt-and-sa-e-sa-s-rl-smith (15 listopada 2014 r.)

10 *Mannington Mills v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1296 (3d Cir. 1979); dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597/ (14 listopada 2016 r.)

11 *Westinghouse Uranium Antitrust Litigation*, 617 F.2d 1248, 1255, 1980-1 Trade Cas. §63,183 (7th Cir.), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/617/1248/41203/ (6 listopada 2016 r.)

12 *Montreal Trading Ltd.* v. *Amax, Inc.*, 661 F.2d 864, 870-71 (10th Cir. 1981), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/661/864/298694/ (16 listopada 2016 r.)

13 *Uranium Antitrust Litigation*, 617 F.2d 1248, 1255, 1980-1 Trade Cas. §63,183 (7th Cir.), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/617/1248/41203/ (16 listopada 2016 r.)

14 *Laker Airways Ltd. v. Sabena*, 731 F.2d 909, 948 D.C. Cir. (1984), dostęp na: http://openjurist.org/731/f2d/909/laker-airways-limited-v-sabena-belgian-world-airlines-klm-laker-airways-limited (20 listopada 2016 r.)

15 *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/764/case.html (21 listopada 2016 r.)

16 *Empagran, S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd.*, 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003), dostęp na http://openjurist.org/315/f3d/338/empagran-sa-v-f-hoffman-laroche-ltd (23 listopada 2016 r.)

17 *F. Hoffman-La Roche Ltd. et al.* v. *Empagran S.A. et al.*, 124 S. Ct. 2359 (2004), dostęp na: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/155/concurrence.html (23 listopada 2016 r.)

18 *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, No. 14-8003 (7th Cir. 2014), dostęp na: http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/14-8003/14-8003-2015-01-12.html (10 grudnia 2016 r.)

19 *On Command Video Corp. v. Roti*, 705 F.3d 267 (7thCir. 2013); https://casetext.com/case/on-command-video-corp-v-roti (1 grudnia 2016 r.)

20 *United States v. Hsiung*, 778 F.3d 738, 758-60 (9th Cir. 2015), dostęp na: http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1690875.html (1 grudnia 2016 r.)

Pozostałe orzeczenia (w układzie chronologicznym)

1. *S.S. Lotus* (Francja przeciwko Turcji), 7 lipca 1927 P.C.I.J. publ. (ser. A) nr 10 (7 września 1927), dostęp na: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (5 sierpnia 2014 r.)
2. *Attorney-General of the Government of Israel* v. *Eichmann*, 36 Int'l L. Rep. 277 (1968). dostęp na http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf (5 września 2014 r.)
3. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (Belgium v. Spain), *ICJ Rep.* 1970, 3, 105, dostęp na: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=50&p3=4 (3 stycznia 2015 r.)

Pozostałe źródła (w układzie alfabetycznym)

1. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations,* dostęp na: *https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations* (23 listopada 2016 r)
2. *Best Practices for the Formal Exchange Of Information Between Competition Authorities In Hard Core Cartel Investigations (2005),* dostęp na: https://www.oecd.org/competition/cartels/35590548.pdf (22 września 2014 r.)
3. *General Agreement on Trade in Services, art. VIII, XVII, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf, Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights, art. 40*, dostęp na: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (17 stycznia 2017 r.)
4. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, d*ostęp na: https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html -(17 lipca 2017 r.)

5. *Int'l L. Comm'n Report on the work of the fifty-eighth session (2006), Annex E, Extraterritorial Jurisdiction*, s. 237, dostęp na: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/annexes.pdf&lang=EFSRAC (24 lutego 2017 r.)
6. *International Competition Network Cartels Working Group, Subgroup 1 - general framework; Co-Operation Between Competition Agencies In Cartel Investigations, Report to the ICN Annual Conference, Moscow, May 2007r.*, dostęp na http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf (17 stycznia 2017 r.)
7. *Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities* (Wspólne oświadczenie Rady i Komisji w sprawie funkjonowania Sieci Organów Konkurencji), 10 grudnia 2002, dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf (16 lutego 2015 r.)
1. *Model Law On Competition, Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislation*, dostęp na http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d8_en.pdf (21 stycznia 2017 r.)
2. *Model Law on Competition (2010) – Chapter II, Definitions and scope of application*, s. 18, dostęp na: http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L2_en.pdf (21 stycznia 2017 r.)
3. *Int'l L. Comm'n, Report on the work of the sixty-eighth session (2016), Chapter V, Identification of customary international law*, s. 78, dostęp na: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports, (22 sierpnia 2017 r.)
4. *Norms on the human rights responsibilities of transnational corporations and other business enterprises"*, dokument opublikowany 3 sierpnia 2003 r. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), dostęp na: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=7440 (24 lipca 2015 r.)
5. Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nadania organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu zapewnienia skuteczniejszego egzekwowania reguł konkurencji i należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego („ECN PLUS"). dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_pl.pdf (27 grudnia 2017 r.)
6. *Recommendation of the Council for Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict between Competition and Trade Policies*, z dnia 23 października 1986, C(86)65/FINAL, dostęp na: http://acts.oecd.org/Instruments/ListBySubjectView.aspx (18 stycznia 2017 r.)

7. *Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade,* z dnia 27 lipca 1995 – C(95)130/FINAL, dostęp na: http://acts.oecd.org/Instruments/ListBySubjectView.aspx (18 stycznia 2017 r.)
8. *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, z dnia 25 marca 1998 - C(98)35/FINAL, dostęp na: http://acts.oecd.org/Instruments/ListBySubjectView.aspx, w dniu 17 stycznia 2017r
9. *Recommendation of the OECD Council Concerning International Co-Operation On Competition Investigations And Proceedings,* dostęp na: http://acts.oecd.org/Instruments/ListBySubjectView.aspx (16 września 2014 r.)
10. *Sixth Report on Competition Policy in 1977*, dostęp na: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1976_en.pdf (3 marca 2017 r.)
11. Survey on International Competition Enforcement Co-operation - OECD/ICN (2013), dostęp na: http://www.oecd.org/daf/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm (10 października 2016 r.)
12. Słownik języka prawniczego i ekonomicznego, Kilian A., (2002Warszawa, C.H. Beck
13. *Trade and Competition Policies Exploring the Ways Forward, 1999, OECD Publishing,* dostęp na http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/trade-and-competition-policies_9789264174047-en#.WH4VHX3MXIU#page7 (10 stycznia 2017 r.)
14. Uzasadnienie do projektu ustawy o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, ceł i innych należności pieniężnych; druk nr 1490, http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1490 (10 października 2016 r.)
15. Uzasadnienie do projektu ustawy z 16 lutego 2007 r.. o ochronie konkurencji i konsumentów, Sejm RP V kadencj, druk nr 1110, dostęp na: http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/06AED0325C1F3B3FC125722600445A4A/$file/1110.pdf, (30 sierpnia 2017 r.)
16. Uzasadnienie do projektu ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Sejm RP III kadencji, druk nr 1996, dostęp na: http://orka.sejm.gov.pl/Rejestrd.nsf/wgdruku/1996/$file/1996.pdf (29 kwietnia 2017 r.)
17. Uzasadnienie do projektu ustawy z d2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Sejm RP IV kadencji, druk nr 2118, dostęp na:

http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllByUnid)/B7D1FEF83BD1BE9DC1256DC8003EE3FD/$file/2118.pdf (16 maja 2017 r.)

18. Uzasadnienie do projektu ustawy z 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Sejm RP VI kadencji, druk nr 2987, dostęp na: http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/2987.html (11 maja 2017 r.)
19. Uzasadnienie do projektu ustawy z 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego VII 1272, dostęp na: http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/68700F5E50BD8AFDC1257B50002EC554/%24File/1272.pdf (10 maja 2017 r.)
20. Uzasadnienie do projektu ustawy z 25 czerwca 2015 r. - Prawo konsularne, Sejm RP VII kadencji, druk nr 3290, dostęp na: http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3290 (10 maja 2017 r.)