

Rajmund Molski

Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów

Warszawa 2015



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

**Prawne i ekonomiczne
aspekty polityki promowania
narodowych czempionów**



Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Sześćdziesiąta publikacja Programu Wydawniczego CARS

Seria: Podręczniki i Monografie (17)

Redaktor serii: prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS)

www.cars.wz.uw.edu.pl

CARS powstało w 2007 r. jako grupa badawcza, w skład której wchodził pracownicy naukowcy Wydziału Zarządzania UW, innych wydziałów UW i innych uczelni polskich. W dorobku CARS szczególne miejsce zajmują publikacje książkowe (łącznie 15) oraz periodyki. Od 2008 r. CARS wydaje anglojęzyczne czasopismo naukowe pn. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* (YARS) (www.yars.wz.uw.edu.pl), którego cztery ostatnie numery są już w pełni międzynarodowe. Od 2013 r. wydajemy także polskojęzyczny internetowy periodyk pn. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* (iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl), wychodzący od 2015 r. w dwóch seriach – „Serii Antymonopolowej” i „Serii Regulacyjnej”. Poza działalnością wydawniczą, CARS prowadzi także badania naukowe i świadczy usług doradcze w formie ekspertyz zleconych przez władze publiczne lub przedsiębiorców, ale dostępnych publicznie ze strony www.cars.wz.uw.edu.pl/ekspertyzy. CARS organizuje także konferencje naukowe o wymiarze międzynarodowym (np. ASCOLA Conference Warsaw 2014 (www.ascola-conference-warsaw.2014.wz.uw.edu.pl) lub krajowym (np. 1. Polski Kongres Prawa Konkurencji 2015 (www.1pkpk.wz.uw.edu.pl)). CARS prowadzi również działalność edukacyjną i szkoleniową, oferuje m.in. studia podyplomowe (www.aris.wz.uw.edu.pl) i Otwarte Seminarium Doktoranckie. Współpracuje też z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) oraz polskimi organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK, ULC i KRRiT).

W uznaniu dorobku z lat 2007–2014, z dniem 1.10.2014 r. CARS zostało przekształcone w odrębną – podległą bezpośrednio Dziekanowi – jednostkę organizacyjną o charakterze naukowo-badawczym, zajmującą się ekonomią i prawem ochrony konkurencji i regulacji sektorowych. CARS kontynuuje i intensyfikuje działalność na wszystkich ww. polach badawczych i doradczych w obszarze ochrony konkurencji i konsumentów oraz w sektorach infrastrukturalnych.

Rajmund Molski

Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów

Warszawa 2015



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

**Publikacja dofinansowana ze środków Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu
Szczecińskiego**

Recenzenci:

Prof. dr hab. Sławomir Dudzik

Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Samodzielny Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Korekta i redakcja: Hanna Januszewska

Projekt okładki: Dariusz Kondefefer

© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu
Warszawskiego and Rajmund Molski

ISBN: 978-83-63962-84-5



WYDAWCA:

Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego
02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 1/3
Tel. (+48-22) 55-34-164
E-mail: jjagodziniski@mail.wz.uw.edu.pl
www.wz.uw.edu.pl



SKŁAD I ŁAMANIE:

Dom Wydawniczy ELIPSA,
00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198
Tel./faks (+48-22) 635-03-01; (+48-22) 635-17-85
E-mail: elipsa@elipsa.pl; www.elipsa.pl

DYSTRYBUCJA

Księgarnia Ekonomiczna
02-094 Warszawa, ul. Grójecka 67
Tel. (+48-22) 822-90-42; faks (+48-22) 823-64-67
E-mail: info@ksiegarnia-ekonomiczna.com.pl

Pogłoski o zmierzchu polityki
promowania narodowych czempionów
są mocno przesadzone.

Autor (parafraza słynnego *bon motu* M. Twaina)

Czempionów kreują konkurencyjne rynki,
nie publiczne władze.

P.A. Geroski

Spis treści

Wykaz akronimów	11
Wprowadzenie	15
Rozdział I. Pojęcie i typologia narodowych czempionów	21
1.1. Pojęcie narodowych czempionów	21
1.2. Typologia narodowych czempionów	23
Rozdział II. Motywacje i uzasadnienia polityki promowania narodowych czempionów	25
2.1. Motywacje i uzasadnienia polityczno-strategiczne	25
2.2. Motywacje i uzasadnienia ekonomiczne	31
2.2.1. Korzyści dużej skali przedsiębiorstw	31
2.2.2. Argument raczkującego przemysłu (protekcjonizmu wychowawczego)	34
2.2.3. Względy strategicznej polityki handlowej	39
2.2.4. Względy strategicznej polityki konkurencji	40
Rozdział III. Krytyka polityki promowania narodowych czempionów	49
3.1. Krytyka imperatywu rynków globalnych	49
3.2. Krytyka dużej skali przedsiębiorstw	49
3.3. Problemy w typowaniu przedsiębiorstw do roli narodowych czempionów	54
3.4. Korelacja między polityką promowania narodowych czempionów a poziomem korupcji	58
3.5. Komplikacje polityki promowania narodowych czempionów w sferze stosunków międzynarodowych	61
3.6. Kolidzja polityki promowania narodowych czempionów z imperatywem integracyjnym UE	64

Rozdział IV. Atrybuty oraz instrumentarium polityki promowania narodowych czempionów	71
4.1. Atrybuty polityki promowania narodowych czempionów	71
4.2. Instrumentarium polityki promowania narodowych czempionów	75
Rozdział V. Nadzór właścicielski i administracyjny jako narzędzie polityki promowania narodowych czempionów	87
5.1. Nadzór właścicielski	87
5.2. Nadzór administracyjny	90
Rozdział VI. Subsydia i pomoc państwa na rzecz narodowych czempionów	103
6.1. Definicje subsydium i pomocy państwa w prawie WTO i prawie UE ..	103
6.2. Status pomocy eksportowej w świetle prawa UE i WTO	114
6.3. Zasady udzielania subsydiów i pomocy państwa w świetle prawa WTO i UE	115
6.3.1. Zakaz udzielania subsydiów i pomocy państwa w prawie WTO i prawie UE	115
6.3.2. Wyłączenia spod zakazu pomocy państwa w prawie UE	116
6.3.2.1. Pomoc państwa w celu ratowania lub restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw	118
6.3.2.2. Pomoc państwa na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania	126
6.3.2.3. Pomoc państwa wyłączona spod zakazu na podstawie art. 346 TFUE	130
6.4. Subsydia (pomoc państwa) jako instrument polityki promowania narodowych czempionów w dobie kryzysu	136
6.5. Potencjalne kolizje między unijnymi regułami pomocy państwa a prawem subsydyjnym WTO	145
6.6. Kilka uwag o doniosłości subsydiów (pomocy państwa) z perspektywy polityki promowania narodowych czempionów	147
Rozdział VII. Środki uwarunkowanej protekcji handlowej narodowych czempionów	151
7.1. Środki antydumpingowe	151
7.2. Środki antysubsydyjne	160
7.3. Środki ochrony przed nadmiernym importem	170
Rozdział VIII. Preferencyjne zamówienia publiczne jako instrument polityki promowania narodowych czempionów	181

Rozdział IX. Instrumenty protekcjonizmu antymonopolowego jako element polityki promowania narodowych czempionów	197
9.1. Zwolnienia spod zakazu karteli kryzysowych i eksportowych	197
9.1.1. Kartele kryzysowe	199
9.1.2. Kartele eksportowe	209
9.2. Dyskryminacyjne traktowanie jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję	231
9.3. Dyskryminacyjna polityka kontroli koncentracji	249
Zakończenie	281
Literatura (cytowana)	291

Wykaz akronimów

Akty prawne

ARRA	– <i>the American Recovery and Reinvestment Act</i>
DSU	– <i>Dispute Settlement Understanding</i>
ETCA	– <i>Export Trading Company Act</i>
FINSA	– <i>The Foreign Investment and National Security Act</i>
FTAIA	– <i>Foreign Trade Antitrust Improvements Act</i>
GATS	– <i>General Agreement on Trade in Services</i>
GATT	– <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
GWB	– <i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i>
k.a.	– Porozumienie o stosowaniu artykułu VI Układu ogólnego w sprawie taryf celnych i handlu 1994 (tzw. Kodeks Anty-dumpingowy)
k.s.	– Porozumienie w sprawie subsydiów i środków wyrównawczych (tzw. Kodeks Subsydiów)
MiLoG	– <i>Das Mindestlohngesetz</i>
p.ś.o.	– Porozumienie w sprawie środków ochronnych
p.z.p.	– ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 984, z późn. zm.)
p.z.r.	– Porozumienie w sprawie zamówień rządowych
TEWG	– Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą
TEWWiS	– Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu UE
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
u.o.k.k.	– ustawa z dnia 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r. poz. 184)
u.k.p.	– ustawa z dnia 30.8.1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz.U. z 2015 r. poz. 747)

- u.k.n.i. – ustawa z dnia 24.7.2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (Dz.U. z 2015 r. poz. 1272)
- u.s.d.g. – ustawa z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2015 r. poz. 884, z późn. zmian.)
- ustawa VW
WPA – ustawa o prywatyzacji spółki Volkswagen
– *Webb-Pomerene Act*

Periodyki

- AB – *The Antitrust Bulletin*
- ALJ – *Antitrust Law Journal*
- CLR – *The Competition Law Review*
- CMLR – *Common Market Law Review*
- CPI – *Competition Policy International*
- CPN – *Competition Policy Newsletter*
- ECJ – *European Competition Journal*
- ECLR – *European Competition Law Review*
- ELJ – *Energy Law Journal*
- EPS – Europejski Przegląd Sądowy
- ESALQ – *European State Aid Law Quarterly*
- FILJ – *Fordham International Law Journal*
- FLR – *Fordham Law Review*
- FT – *The Financial Times*
- GWJILE – *George Washington Journal of International Law and Economics*
- GWILR – *George Washington International Law Review*
- GN – Gospodarka Narodowa
- GSP – Gdańskie Studia Prawnicze
- HBR – *Harvard Business Review*
- HILJ – *Harvard International Law Journal*
- HIR – *Harvard International Review*
- iKAR – internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
- IO – *International Organization*
- JCLE – *Journal of Competition Law and Economics*
- JECLP – *Journal of European Competition Law & Practice*
- JICT – *Journal of Industry, Competition and Trade*
- JIE – *Journal of International Economics*
- JIEL – *Journal of International Economic Law*
- JLE – *Journal of Law and Economics*
- JPE – *Journal of Political Economy*

JWT	– <i>Journal of World Trade</i>
KPP	– Kwartalnik Prawa Publicznego
MPC	– Monitor Prawa Celnego
MPCP	– Monitor Prawa Celnego i Podatkowego
NJILB	– <i>Northwestern Journal of International Law and Business</i>
NYULR	– <i>New York University Law Review</i>
PCG	– Przegląd Corporate Governance
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
PS	– Prawo Spółek
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZ	– Problemy Zarządzania
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SE	– Studia Europejskie
W.Comp.	– <i>World Competition</i>
W.Econ.	– <i>The World Economy</i>
WTR	– <i>World Trade Review</i>
YARS	– <i>Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies</i>

Inne

AB	– <i>Appellate Body</i>
AON	– Akademia Obrony Narodowej
BBN	– Biuro Bezpieczeństwa Narodowego
Dz.U.	– Dziennik Ustaw
Dz.Urz. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (od 1.2.2003 r.)
Dz.Urz. WE	– Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich (do 31.1.2003 r.)
EBI	– Europejski Bank Inwestycyjny
EFTA	– <i>European Free Trade Association</i>
EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy
ERTMS	– <i>European Rail Traffic Management System</i>
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie TSUE)
EWG	– Europejska Wspólnota Gospodarcza
EWWiS	– Europejska Wspólnota Węgla i Stali
FFD	– <i>failing firm defence</i>
GUS	– Główny Urząd Statystyczny
IDB	– <i>Inter-American Development Bank</i>
IMF	– <i>International Monetary Fund</i>
IPCEI	– <i>an important project of common European interest</i>

KE	– Komisja Europejska
KNU	– klauzula najwyższego uprzywilejowania
LNG	– <i>liquefied natural gas</i>
MITI	– <i>Ministry of International Trade and Industry</i>
MOFCOM	– <i>Ministry of Commerce of the People's Republic of China</i>
MSP	– Minister Skarbu Państwa
NAFTA	– <i>North American Free Trade Agreement</i>
NATO	– <i>North Atlantic Treaty Organization</i>
NIK	– Najwyższa Izba Kontroli
NOC	– <i>national oil companies</i>
OECD	– <i>Organization for Economic Co-operation and Development</i>
OGEC	– <i>Organization of Gas Exporting Countries</i>
OPEC	– <i>Organization of the Petroleum Exporting Countries</i>
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PKB	– produkt krajowy brutto
RP	– Rzeczpospolita Polska
SAM	– <i>State Aid Modernisation</i>
SASAC	– <i>State-owned Assets Supervision and Administration Commission</i>
SN	– Sąd Najwyższy
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji (obecnie Sąd)
TEN-T	– <i>Trans-European Transport Networks</i>
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości UE
UE	– Unia Europejska
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
URE	– Urząd Regulacji Energetyki
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VER	– <i>voluntary export restraint</i>
WE	– Wspólnota Europejska
WTO	– <i>World Trade Organization</i>
Zb.Orz.	– Zbiór Orzeczeń

Wprowadzenie

W dobie nasilających się procesów globalizacji, w tym zwłaszcza intensyfikacji międzynarodowej konkurencji, która wprowadziła do globalnego porządku gospodarczego maltuzjański element „przetrwania najsilniejszych”, w wielu krajach jak feniks z popiołów odradza się idea gospodarczego patriotyzmu, czy też – jak kto woli – nacjonalizmu¹. Tendencję tę silnie pogłębił ostatni światowy kryzys finansowy i gospodarczy (w sektorze finansowym i sektorach tzw. gospodarki realnej), a jej egzemplifikacją jest

¹ Jak to wyraził B. Yack (*Can Patriotism Save Us from Nationalism? Rejoinder to Viroli*, *Critical Review* 1998, t. 12, nr 1–2, s. 203), „nacjonalizm to tyle, co nie lubiany patriotyzm, a patriotyzm to lubiany nacjonalizm”. Na różnice znaczeniowe między pojęciami „patriotyzm gospodarczy” i „nacjonalizm gospodarczy” wskazują natomiast C. Woll i B. Clift (*Economic Patriotism: Reinventing Control Over Open Markets*, *Journal of European Public Policy* 2012, t. 19, nr 3, s. 307 i n.) oraz B. Clift (*Economic Patriotism, the Clash of Capitalisms, and State Aid in the European Union*, *JICT* 2013, t. 13, s. 101 i n). W tym ujęciu wariantem patriotyzmu gospodarczego może być patriotyzm lokalny lub supranarodowy, który ewokuje konotacje (nie zawsze pozytywne) z regionalnymi ugrupowaniami integracyjnymi (na czele z UE), o czym świadczyć może określanie ich czasem mianem „fortec”; zob. np. B.T. Hanson, *What Happened to Fortress Europe?: External Trade Policy Liberalization in the European Union*, *IO* 1998, t. 52, nr 1, s. 55 i n. Konwencjonalny pogląd uznaje, że w dobie globalizacji nacjonalizm (*vel* patriotyzm) gospodarczy jest anachroniczną doktryną ekonomiczną, jednakże coraz częściej podnosi się, że globalizacja nie podważa go jako ideologii, lecz raczej zmienia techniki wykorzystywane przez nacjonalistów dla osiągnięcia celu, jakim jest wzmocnienie siły, prestiżu i dobrobytu narodu. Jak pisze R.B. Reich (*Praca narodów. Przygotowanie się do kapitalizmu XXI wieku*, Toruń 2000, s. 238 i n.), nacjonalizm (patriotyzm) może być ryzykownym sentymentem, ale może też oznaczać pozytywną postawę, gdy obywatele danego państwa „biorą główną odpowiedzialność za zwiększanie zdolności swych współziomków do pełnego i produktywnego życia, lecz którzy również pracują z innymi narodami tak, aby zapewnić, że ulepszenia te nie nastąpią kosztem kogoś innego”; szerzej zob. R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Bydgoszcz-Szczecin 2007, s. 147 oraz cytowane tam piśmiennictwo.

rosnąca popularność koncepcji aktywnego promowania (w tym kreowania, wspierania i ochrony, czy też protekcji) przez rządy narodowe przedsiębiorstw² określanych mianem narodowych czempionów (liderów) rynkowych (*national champions*)³, która staje się (ponownie) *en vogue* w wielu kręgach gospodarczych i politycznych. Dość wspomnieć o otwartych apelach nawołujących do wsparcia przez państwo tej kategorii przedsiębiorstw, wygłaszanych w obronie oferowanych im przez rządy narodowe licznych programów pomocy państwowej lub dla poparcia promowanych przez te władze operacji koncentracyjnych, mających wykreować takie przedsiębiorstwa, wzmocnić je lub obronić przed tzw. wrogim przejęciem przez zagranicznych rywali. Tradycyjnie apele tego rodzaju najdobitniej wybrzmiewają we Francji, która uchodzi za kolebkę idei promowania narodowych czempionów, wywodzącej się z zakorzenionej tam tradycji *dirigisme*, tj. silnego wpływu państwa na gospodarkę⁴, a w mniejszym stopniu w Niemczech i innych państwach UE, nie wyłączając Polski⁵. Idea promowania narodowych czempionów nie jest

² Z uwagi na ponadnarodowy wymiar poruszanych w niniejszej pracy zagadnień zasadniczo będzie w niej używany termin „przedsiębiorstwo” w znaczeniu podmiotowym, będący polskim odpowiednikiem (tłumaczeniem) stosowanego powszechnie za granicą anglojęzycznego określenia *undertaking*. Termin „przedsiębiorca”, którym posługuje się (skądinąd niekonsekwentnie) polski ustawodawca, będzie natomiast używany w kontekście polskiej rzeczywistości prawnej i ekonomicznej.

³ Koncepcja ta rozciąga się na szczebel ponadnarodowy. W piśmiennictwie wskazuje się np. na jej praktyczne zastosowanie w ramach polityki przemysłowej UE. Dlatego też odpowiednikiem używanego w niniejszej pracy terminu „narodowi czempioni” może być termin „europejczy”, czy też „unijni czempioni”, a uwagi odnoszące się do instytucji narodowych odpowiedzialnych za promowanie narodowych czempionów odnieść można odpowiednio do instytucji unijnych. Nawiasem mówiąc dystynkcja między narodowymi a unijnymi czempionami może być myląca. W rzeczywistości bowiem większość unijnych ugrupowań przemysłowych posiada wyraźną narodową afiliację; zob. D. Geradin, I. Girgenson, *Industrial Policy and European Merger Control – A Reassessment* (3.10.2011), TILEC Discussion Paper No. 2011-053, <http://ssrn.com/abstract=1937586>, s. 25.

⁴ Zob. E. Cohen, *Industrial Policies in France: The Old and the New*, JICT 2007, t. 7, s. 213 i n.; D.J. Gerber, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 2001, s. 180 i n.

⁵ Zob. np. *The global revival of industrial policy: Picking winners, saving losers*, The Economist, 7.8.2010, s. 19; E. Maincent, L. Navarro, *A Policy for Industrial Champions: From picking winners to fostering excellence and the growth of firms*, Industrial Policy and Economic Reforms Papers No. 2, 2006, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/1923/attachments/1/translations/en/renditions/native>, s. 7. Przykładem otwartego powoływania się na potrzebę budowania polskich czempionów są wypowiedzi Ministrów Skarbu Państwa: A. Grada (w kontekście planów przejęcia kontroli nad spółką Energa przez największego producenta energii w Polsce – spółkę PGE stwierdził, że „To wprowadzenie nie jest prywatyzacja, ale w pełni transparentna transakcja, której celem jest stworzenie polskiego czempiona gospodarczego”; cyt. za A. Grzeszak, *Energia: wielkie przejęcie*,

także obca rządów państw pozaeuropejskich (np. Stanów Zjednoczonych, Japonii, Korei Południowej czy Chin).

Zarysowana tendencja budzi kontrowersje, co z kolei prowokuje ożywioną debatę w kwestii zasadności polityki promowania narodowych czempionów przez państwo. W debacie tej wciąż pada więcej pytań niż odpowiedzi. Kluczowy problem sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy przedsiębiorstwa te powinny powstawać same z siebie (samoistnie), czy raczej aktywną rolę w procesie ich tworzenia powinny odgrywać władze państwowe, i na czym ewentualnie to wsparcie miałyby polegać? Odpowiedzi wymaga też pytanie o rzeczywisty wymiar polityki promowania narodowych czempionów realizowanej w praktyce przez różne państwa, a także o jej zgodność z szeroko rozumianym prawem ochrony konkurencji (obejmującym prawo antymonopolowe oraz prawo subsydiów, czy też pomocy państwa). Jakkolwiek pytania te zyskały szczególną doniosłość w okresie nasilonej interwencji publicznej w gospodarkę doby kryzysu, ich aktualność nie ogranicza się bynajmniej do tego okresu.

Celem niniejszej pracy jest próba choćby częściowej odpowiedzi na postawione wyżej fundamentalne pytania. Dla realizacji tego zamierzenia przyjęto następujący porządek rozważań. W pierwszej kolejności (w rozdziale I) objaśniono pojęcie narodowych czempionów oraz przedstawiono ich typologię. Następnie (w rozdziale II) ukazano motywacje i uzasadnienia polityki promowania tej kategorii przedsiębiorstw, a także (w rozdziale III) argumenty wysuwane przez sceptyków, czy wręcz krytyków tej polityki. Rozdział IV, prezentujący atrybuty oraz ramowy przegląd instrumentarium polityki promowania narodowych czempionów, stanowi niejako preludium do najobszerniejszej części rozważań (obejmującej pięć kolejnych rozdziałów), poświęconej poszczególnym instrumentom prawnym tej polityki. W rozdziałach od V do IX pogłębionej analizie poddano: nadzór właścicielski i administracyjny; subsydia i pomoc państwa; środki uwarunkowanej protekcji handlowej; preferencyjne zamówienia publiczne oraz instrumenty protekcjonizmu antymonopolowego. Ta część pracy ukazuje też najpełniej

wielki spór: Podatek czempionowy, 17.9.2010 r., <http://www.polityka.pl>) oraz W. Karpińskiego („Koncentrujemy się także na budowaniu czempionów narodowych, czyli spółek strategicznych, które realizują politykę państwa”; cyt. za *Minister W. Karpiński: Chcemy zbudować czempiony narodowe*, <http://www.strefabiznesu.nowiny24.pl/artukul/minister-w-karpinski-chcemy-zbudowac-czempiony-narodowe>). Interesującym przykładem praktycznego wdrażania idei promowania narodowych czempionów w Polsce przez instytucje publiczne (lokalne i centrale) we współpracy ze środowiskiem biznesowym jest program „Polski Czempion”, realizowany na zlecenie miasta Wrocławia przez Agencję Rozwoju Aglomeracji Wrocławskiej we współpracy z Ministerstwem Gospodarki i Polską Agencją Informacji i Inwestycji Zagranicznych oraz PwC; zob. www.polskiczempion.pl

skomplikowane relacje między polityką promowania narodowych czempionów a polityką i prawem ochrony konkurencji. Pracę wieńczy zakończenie zawierające finalne uwagi i konkluzje.

Z uwagi na uniwersalny (powszechny) charakter podjętego w niniejszej pracy problemu badawczego, jej zakres przedmiotowy nie ogranicza się do wybranych tylko jurysdykcji, choć siłą rzeczy największej uwagi poświęcono rozwiązaniom stosowanym w państwach odgrywających wiodącą rolę w gospodarce światowej i mających największe doświadczenia w zakresie polityki promowania narodowych czempionów. Zważywszy na pogłębiające się w epoce globalizacji rozległe współzależności ekonomiczne, polityczne i prawne pomiędzy państwami i ich ugrupowaniami regionalnymi, konieczne było objęcie zakresem badań nie tylko krajowego, ale także ponadnarodowego porządku prawnego i ekonomicznego. Z oczywistych względów w pracy znalazły się też odniesienia do polskiej rzeczywistości prawnej i ekonomicznej.

Wyraźnie interdyscyplinarny charakter tytułowego zagadnienia wymagał oparcia prezentowanych w monografii ustaleń i poglądów na dorobku nauk prawnych (przede wszystkim) i nauk ekonomicznych (uzupełniająco). Uwzględniono przy tym wypowiedzi zarówno teoretyków, jak i praktyków prawa i ekonomii. Spośród dyscyplin prawniczych, w których przewija się problematyka relacji między państwem a przedsiębiorstwami o statusie narodowych czempionów, pierwszoplanowe miejsce zajęło publiczne prawo gospodarcze, a w jego ramach: prawo przedsiębiorstw publicznych, szeroko rozumiane prawo ochrony konkurencji, prawo handlu międzynarodowego oraz prawo zamówień publicznych. Wyraźna dominacja wypowiedzi zagranicznej doktryny i judykatury (zawartych przeważnie w źródłach anglojęzycznych) spowodowana jest skromnym wciąż polskim wkładem w badania nad tytułowym zagadnieniem (nieliczne poświęcone mu publikacje mają zwykle charakter przyczynkowy).

Specyfika tematu badań zdeterminowała też dobór metod badawczych, jakimi posłużono się w niniejszej pracy. Najbardziej użyteczną i najszerzej wykorzystywaną okazała się metoda komparatystyczna, nieograniczająca się przy tym do porównywania norm prawnych oraz ich zastosowań, ale uwzględniająca także ich kontekst ekonomiczny, społeczny i polityczny. Założone cele badawcze realizowano stosując podejście historyczne, dążąc zarazem do całościowego widzenia analizowanych zagadnień. Zastosowanie znalazła też typowa dla prac prawniczych metoda formalno-dogmatyczna. Analiza ekonomicznych aspektów polityki promowania narodowych czempionów wymagała z kolei zastosowania aparatury pojęciowej będącej dorobkiem nauk ekonomicznych.

*

Autor niniejszej pracy pragnie wyrazić wdzięczność jej Recenzentom – prof. dr. hab. Sławomirowi Dudzikowi oraz prof. dr. hab. Tadeuszowi Skocznemu, za cenne i inspirujące uwagi, które wpłynęły na ostateczny kształt publikacji.

Rozdział I

Pojęcie i typologia narodowych czempionów

1.1. Pojęcie narodowych czempionów

Pojęcie narodowych czempionów, jako kategorii ekonomicznej, nie doczekało się – jak dotąd – jasnej, a przy tym uniwersalnej definicji, i wciąż pozostaje wysoce niejednoznaczne. Nie jest zatem pewne, czy odnosi się ono do dużych przedsiębiorstw (w kategoriach wartości posiadanych aktywów, sprzedaży lub zysków), czy raczej do przedsiębiorstw, które odniosły sukces rynkowy bez względu na ich potencjał (wielkość). A może chodzi bardziej o konkurencyjną pozycję przedsiębiorstw w sektorach uznawanych za strategiczne? Podobnie, nie jest jasne, czy narodowy charakter przedsiębiorstw determinuje kryterium miejsca ich rejestracji, narodowość większości udziałowców, narodowość członków zarządu, siedziba wyższego kierownictwa, lokalizacja kluczowych aktywów, czy może kultura firmy? Zarysowane dylematy definicyjne pogłębia fakt, że coraz częściej pojawia się termin „czempion” (w znaczeniu lidera rynkowego), pozbawiony już (z przyczyn pragmatycznych) elementu narodowościowego, odnoszony do przedsiębiorstwa, którego wyróżniającym przymiotem jest zdolność i gotowość do kreowania miejsc pracy w określonym regionie. Dzieje się tak, gdyż pod wpływem procesów globalizacji i liberalizacji wielu gospodarek duże przedsiębiorstwa (często o statusie narodowych czempionów) przekształcają się niejednokrotnie w korporacje multinarodowe pod względem struktury własnościowej i wizerunku. W wielu przypadkach mogą one liczyć na specjalne (preferencyjne) traktowanie przez państwa zabiegające o atrakcyjnych inwestorów, podobnie jak tradycyjni narodowi czempioni. W rzeczywistości jednak te multinarodowe nominalnie korporacje zachowują w dużej mierze

swoją narodową tożsamość¹, o czym może świadczyć fakt, że pewne funkcje, i to najważniejsze, bo wiążące się z własnością, pozostają zwykle w gestii strategicznych organizatorów tych przedsiębiorstw, osiadłych w państwach ich przynależności. Ponadto, większość swoich aktywów, a zwłaszcza jednostki badawczo-rozwojowe, przedsiębiorstwa te utrzymują zwykle w kraju macierzystym².

Zazwyczaj pojęcie narodowych czempionów używane jest w odniesieniu do rodzimych (krajowych) przedsiębiorstw (autonomicznych lub tworzących grupę kapitałową, np. konsorcjum), które są silnymi konkurentami na rynkach międzynarodowych (tzw. globalnymi graczami) i są w różnoraki sposób wspierane przez władze państwa ich przynależności. Przedsiębiorstwa te są często przedmiotem narodowej chwały (pełnią funkcję krajowych marek czy też „przedsiębiorstw flagowych”), a ich sukces jest wyznacznikiem kondycji gospodarki narodowej³.

Jako koncept polityczny narodowi czempioni kojarzeni są z dużymi korporacjami gospodarczymi z sektorów uznawanych za strategiczne (w rozumieniu obiektywnym lub w ocenie subiektywnej), których misją ma być nie tylko zysk, ale także (czy nawet przede wszystkim) realizowanie szeroko rozumianego interesu publicznego. W związku z tym państwo, niejako z definicji, nie może sobie pozwolić na niepowodzenie takich przedsiębiorstw, niezależnie od profilu ich działalności⁴.

Z kolei w języku władz ochrony konkurencji (antymonopolowych) pojęcie „narodowi czempioni” oznacza (a zarazem stygmatyzuje) przedsiębiorstwa, które pozycję lidera rynkowego zawdzięczają nie tyle ich innowacyjności, efektywności czy też lepszemu zarządzaniu, co raczej publicznej wspomaganiu i protekcji państwa. Przedmiotem krytyki nie jest tu zatem sam fakt osiągnięcia przez nie silnej pozycji na rynku krajowym i za granicą (nie ma w tym przecież nic z gruntu złego). Problemem jest natomiast sposób, w jaki pozycja ta została osiągnięta⁵.

¹ Jak twierdzi H. Chołaj (*Ekonomia polityczna globalizacji*, Warszawa 2003, s. 41), wśród 100 największych korporacji świata nie ma ani jednej, której narodowa przynależność nie byłaby jasna.

² Zob. R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 159 oraz cytowane tam piśmiennictwo.

³ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions*, DAF/COMP/GF(2009)9, OECD 2009, s. 243.

⁴ R.A. Stanikunas, A. Burinskas, *National Champions – The Controversial Industry Policy*, Transformations in Business & Economics 2011, t. 10, nr 1, s. 100.

⁵ D. Geradin, I. Girgenson, *Industrial...*, s. 24 i n. Ilustracją pejoratywnego wydźwięku pojęcia „narodowi czempioni” może być anegdotyczna wypowiedź komisarza ds. konkurencji P. Lowe, który w trakcie jednej z konferencji użył wobec tej kategorii przedsiębiorstw epitetów: „nielegalne, niemoralne i opasłe”; cyt. za J. Galloway, *EC merger*

Poczynione ustalenia terminologiczne prowadzą do wniosku, że objaśniane pojęcie może być używane w różnych kontekstach, co skutkuje różnymi teoriami odnoszącymi się do jego desygnatów⁶.

1.2. Typologia narodowych czempionów

W literaturze przedmiotu wyodrębnia się co najmniej cztery typy przedsiębiorstw kwalifikowanych do kategorii narodowych czempionów⁷. Pierwszy obejmuje przedsiębiorstwa określane obrazowo mianem piskląt (*chicks*), z tzw. raczkujących gałęzi przemysłu (*infant industries*), które właściwie są dopiero potencjalnymi (*in spe*) czempionami. Z uwagi na konwencjonalny pogląd, że przełomowe innowacje są często zasługą nowych, szybko rozwijających się małych i średnich przedsiębiorstw (określanych równie obrazowo mianem „gazel gospodarczego ekosystemu”), nie zaś przedsiębiorstw dużych i zasiedziałych (*incumbents*), zaleca się, aby polityka przemysłowa w branżach wysokich technologii promowała te pierwsze, co sprzyjać ma eksperymentowaniu i różnorodności⁸. Tym samym uznaje się, że polityka promowania narodowych czempionów zorientowana na ten typ przedsiębiorstw skazana jest na niepowodzenie⁹. Drugi typ obejmuje nierentowne przedsiębiorstwa (*lame ducks*) funkcjonujące często w tzw. schyłkowych

control: does the re-emergence of protectionism signal the death of the 'one stop shop'?, Draft Paper to the 3rd Annual CCP Summer Conference, 14.7.2007, University of East Anglia, Norwich, https://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.106582!galloway_paper.doc, s. 3.

⁶ Zob. E. Maincent, L. Navarro, *A Policy...*, s. 7 i n.; R. A. Stanikunas, A. Burinskas, *National Champions...*, s. 100 i n.; D. Neven, *Ownership, performance and national champions* [w:] A.M. Mateus, T. Moreira (red.), *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in EU and North America*, Cheltenham 2010, s. 308 i n.

⁷ Zob. *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 132; E. Cohen, *Industrial Policies...*, s. 215; O. Falck, S. Hebllich, *Do We Need National Champions? If So, Do We Need a Champions-Related Industrial Policy? An Evolutionary Perspective*, Jena Economic Research Papers, No. 2007-088, s. 2 i n.

⁸ Zob. np. Z.J. Acs, D.B. Audretsch, *Innovation and Small Firms*, Cambridge 1991; D.B. Audretsch, *Innovation and Industry Evolution*, Cambridge 1995; *SMEs, Entrepreneurship and Innovation*, OECD Studies on SMEs and Entrepreneurship 2010. Kontrargumenty wskazujące na niedoszacowanie wkładu przedsiębiorstw zasiedziałych w rozwój innowacyjności prezentują np. G.J. Tellis, R.K. Chandy, *The Incumbent's Curse? Incumbency, Size and Radical Product Innovation*, *Journal of Marketing* 2000, t. 64, nr 3, s. 1 n.

⁹ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 132; K.H. Ulltveit-Moe, *Live and let die – industrial policy in a globalised world*, Expert Report No. 22 to Sweden's Globalisation Council 2008, s. 43.

sektorach przemysłu charakteryzujących się niską konkurencyjnością oraz innowacyjnością, zazwyczaj silnie chronione przed konkurencją zagraniczną. Przykłady takich ułomnych czempionów oferuje też sektor bankowy, gdzie niejednokrotnie zdarzały się przypadki ich ratowania przed upadkiem przez państwo „za wszelką cenę” (najbardziej spektakularne obserwowaliśmy w czasie kulminacji ostatniego globalnego kryzysu finansowego)¹⁰. Tymczasem, jak się wskazuje, optymalną polityką przemysłową wobec takich przedsiębiorstw jest umożliwienie ich upadłości lub też wspieranie procesu ich restrukturyzacji¹¹. Pod wieloma względami przypomina je trzeci typ narodowych czempionów, obejmujący przedsiębiorstwa działające w sektorach strategicznych (np. zbrojeniowym i energetycznym) lub też zaangażowane w duże projekty finansowane przez władze publiczne (*exemplum* konsorcja lotnicze: francusko-brytyjskie Concorde oraz europejskie Airbus). Wsparcie publiczne tego rodzaju przedsiębiorstw uzasadnia się nie ich niską wydajnością czy jakimś defektem rynku, a raczej względami natury polityczno-strategicznej¹². Ostatni typ narodowych czempionów stanowią silne, konkurencyjne i technologicznie zaawansowane przedsiębiorstwa. To im przypisuje się miano prawdziwych czempionów, i to one – jak się wskazuje – powinny być typowane do rywalizacji na wysoce konkurencyjnym światowym rynku¹³.

¹⁰ Zob. X. Vives, *Restructuring Financial Regulation in the European Monetary Union*, Journal of Financial Services Research 2001, t. 19, s. 57 i n.

¹¹ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 132; K.H. Ulltveit-Moe, *Live and let die...*, s. 44.

¹² *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 132; K.H. Ulltveit-Moe, *Live and let die...*, s. 45 i n.; P. Seabright, *National and European Champions – Burden or Blessing?*, CESifo Forum 2005, t. 6, nr 2, s. 52 i n.

¹³ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 132; K.H. Ulltveit-Moe, *Live and let die...*, s. 47 i n.

Rozdział II

Motywacje i uzasadnienia polityki promowania narodowych czempionów

Polityka promowania narodowych czempionów opiera się na motywacjach i uzasadnieniach natury głównie polityczno-strategicznej oraz ekonomicznej¹. Zaznaczyć przy tym należy, że to porządkujące rozróżnienie ma charakter wysoce konwencjonalny (umowny), stąd też wskazane niżej motywacje i uzasadnienia mogą być różnie kwalifikowane.

2.1. Motywacje i uzasadnienia polityczno-strategiczne

Polityczny imperatyw promocji narodowych czempionów, tak popularny wśród polityków, wynika nie tyle z przeświadczenia o przymiotach tej kategorii przedsiębiorstw, co raczej z chęci ukrycia defensywnych i protekcyjnych pobudek. Wszak zasiedziały monopolista, czy też zagrożone upadłością duże przedsiębiorstwo zatrudniające pokaźną liczbę pracowników, znacznie łatwiej zdobędą polityczne wsparcie niż np. nowopowstałe małe przedsiębiorstwo. Nie dziwi zatem, że w obliczu powikłań, jakie mogą wywoływać problemy silnie umocowanych politycznie narodowych czempionów, politycy z trudem opierają się pokusie ich promowania, nawet jeśli jest ono problematyczne, czy wręcz ewidentnie nieuzasadnione w świetle wskazań ekonomii². Większość apeli o publiczne wsparcie zagrożonych upadłością przemysłowych czempionów (*lame-duck champions*) w sektorach gospodarki uznawanych (notabene nie zawsze słusznie) za schyłkowe, takich jak np. gór-

¹ Zob. M. Bowsher, *Competition Law and National Champions: A Happy Marriage or a Clash of Incompatible Policies?*, Second Asian Competition Law & Policy Conference, Asian Competition Forum, 11.12.2006, s. 4 i n.

² Tamże; zob. też A. Scott, *National Champions and the Two-Thirds Rule in EC Merger Control*, CCP Working Paper No. 06-6, 2006, <http://ssrn.com/abstract=912170>, s. 11.

nictwo węgla kamiennego, hutnictwo żelaza i stali czy przemysł stoczniowy, ma na celu uniknięcie dotkliwych społecznych kosztów ich przekształceń (faktycznie udzielana pomoc takim przedsiębiorstwom jest zwykle ukrytą formą zmniejszania owych kosztów)³.

Nieco bardziej wyrafinowane są uzasadnienia polityki promowania narodowych czempionów odwołujące się do argumentacji natury strategicznej, aczkolwiek pod względem retoryki i konsekwencji pokrywają się one często z argumentacją typowo polityczną⁴. Uzasadnienia te opierają się na założeniu, że interes narodowy niekiedy wymaga, aby w określonych sektorach gospodarki i na określonych rynkach, które z jakichś powodów uznaje się za szczególnie (strategicznie) ważne, funkcjonowało tylko jedno lub co najwyżej kilka przedsiębiorstw o statusie narodowym (np. będących własnością Skarbu Państwa lub podmiotów przynależnych państwu). Instruktywnym przykładem mogą tu być przedsiębiorstwa z sektorów zbrojeniowego i energetycznego lub banki, których zadaniem jest zapewnianie bezpieczeństwa dostaw strategicznych towarów i usług oraz gwarantowanie stabilności systemu energetycznego i bankowego, zwłaszcza w okresach kryzysowych. Pozostając przy tym przykładzie przywołać można dość rozpowszechniony pogląd, że dla zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw gazu w Europie (która wciąż tylko w niewielkim zakresie zaspokaja popyt na ten strategiczny surowiec z własnych źródeł, a większość gazu importuje z krajów niestabilnych politycznie) niezbędne są narodowe (czy nawet europejskie) przedsiębiorstwa o statusie czempiona, i to „wagi ciężkiej”. Pogląd ten zakłada, że zwiększone zyski takich wertykalnie zintegrowanych dostawców gazu (obciążające konsumentów na ich rodzimych rynkach) są uprawnione zważywszy na konieczność skompensowania nakładów ponoszonych na bardzo kosztowne, ale konieczne (dla zapewnienia dywersyfikacji i bezpieczeństwa) inwestycje infrastrukturalne. Argumentacja ta zyskała aprobatę np. w ramach ewaluacji planu konsolidacji E.ON (największego niemieckiego dostawcy energii elektrycznej) i Ruhrgas (największego niemieckiego dostawcy gazu), w konsekwencji przyczyniając się do zatwierdzenia tej kontrowersyjnej transakcji przez niemieckie władze, która – jak się ocenia – doprowadziła *de facto* do monopolu na niemieckim rynku dostaw energii elektrycznej i gazu naturalnego oraz do powstania największej firmy energetycznej w Europie⁵. Mimo

³ E. Maincent, L. Navarro, *A Policy...*, s. 10.

⁴ M. Bowsher, *Competition...*, s. 4. W kontekście politycznym określenie „przedsiębiorstwo strategiczne” tradycyjnie oznacza, że jest ono „ważne” (np. w kategoriach poziomu zatrudnienia czy zaawansowania technologicznego), lub że działa ono na rzecz obronności.

⁵ Zob. T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012, s. 179 i n.

że Federalny Urząd Kartelowy sprzeciwiał się tej transakcji, wskazując na jej szkodliwy skutek w postaci znacznego wzmocnienia pozycji dominującej E.ON, Minister Gospodarki (w ramach przysługujących mu kompetencji) wyraził zgodę nadzwyczajną (*Ministererlaubnis*) na odnośną koncentrację, powołując się na względy bezpieczeństwa dostaw gazu oraz „wzmocnienie międzynarodowej konkurencyjności Ruhrgas”⁶. Nawiasem mówiąc, kwalifikacja sektorów, rynków czy też przedsiębiorstw jako strategicznie ważnych ewoluuje w czasie, czego przejawem może być np. erozja naturalnych monopoli wskutek postępu technologicznego. Z takim zjawiskiem możemy mieć np. do czynienia w przyszłości na rynku dostaw gazu ziemnego, jeśli uda się zdwersyfikować źródła tych dostaw, zwłaszcza dzięki zwiększeniu dostaw gazu skroplonego (LNG) specjalistycznymi statkami, a także tzw. gazu łupkowego, co m.in. zmniejszy uzależnienie od gazociągów, a tym samym potrzebę protekcji ich dysponentów (czempionów *par excellence*)⁷. Innym przykładem opisywanego zjawiska może być słabnięcie argumentu, że każdy kraj powinien mieć flagowego przewoźnika lotniczego, będące następstwem integracji rynków narodowych w Europie⁸. Podkreślić jednak należy, że o tym, czy dane przedsiębiorstwo, czy też sektor, są strategicznie ważne (*ergo* wymagające zachowania ich narodowego statusu) decydują suwerennie poszczególne państwa, różniąc się czasem znacząco w tej kwestii. Tytułem przykładu, Wielka Brytania nie uznała za celowe chronić narodowego charakteru jej flagowego koncernu motoryzacyjnego British Leyland (po ogłoszeniu upadłości stał się on własnością chińską)⁹, podczas gdy Francja

⁶ Zob. C. Aubert, O. Falck, S. Hebllich, *Subsidizing National Champions: An Evolutionary Perspective*, CESifo Working Paper Series 2008, No. 2380, <http://ssrn.com/abstract=1261796>, s. 33; W. Kerber, O. Budzinski, *Towards a Differentiated Analysis of Competition Laws*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht – Journal of Competition Law* 2003, t. 1, nr 4, s. 426; I. Zenke, *The merger of E.ON and Ruhrgas: A never-ending story?*, *Oil, Gas & Energy Law Intelligence* 2003, t. 1, nr 1, s. 1 i n.; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 179 i n.

⁷ C. Aubert, O. Falck, S. Hebllich, *Subsidizing...*, s. 33.

⁸ M. Bowsher, *Competition...*, s. 4.

⁹ Symptomem odejścia od tej otwartości władz brytyjskich na inwestycje zagraniczne, nawet w formie przejmowania przez kapitał zagraniczny flagowych rodzimych marek, wydaje się być przypadek niedoszedłego przejęcia brytyjsko-szwedzkiego koncernu farmaceutycznego AstraZeneca przez amerykański koncern Pfizer. Wprawdzie początkowo rząd brytyjski zdawał się zachowywać postawę neutralną względem planowanej koncentracji, jednak wywołane nią rosnące obawy społeczeństwa i zaostrzające się debaty polityczne skłoniły go do ostrożnej analizy, czy możliwa byłaby w tej sprawie interwencja publiczna (udarmienie koncentracji) na podstawie klauzuli interesu publicznego. Inna sprawa, że koncentracja ta nie doszła do skutku z innych przyczyn; zob. A. Jones, J. Davis, *Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate*, *ECJ* 2014, t. 10, nr 3, s. 468 i n.

nie zawahała się przed tym nawet w obronie producenta jogurtu i innych produktów spożywczych Danone, kiedy jego zakupem zainteresował się amerykański koncern PepsiCo (odtąd „*L'affaire Danone*” stała się medialnym symbolem francuskiego patriotyzmu ekonomicznego)¹⁰. Natomiast do kategorii humorystycznych już zaliczyć należy (historyczny) przypadek „złotej akcji” polskiego Skarbu Państwa w „strategicznej” restauracji Wierzynek, którą to akcję – jak dowcipnie skomentował Stanisław Sołtysiński – przewidziano zapewne po to, aby zapewnić wpływ na menu i godną obsługę dostojnych gości zagranicznych przebywających pod Wawelem¹¹.

Przynajmniej w części politycznych motywacji można się też dopatrywać w tzw. doktrynie upadającej firmy (*failing firm doctrine*), w myśl której nie należy dopuszczać do upadku przedsiębiorstw o szczególnym znaczeniu dla gospodarki narodowej (zbyt dużych, czy też zbyt ważnych, aby można pozwolić im upaść – *too big, or too important, to fail*), których kwintesencją są np. największe banki, gdyż mogłoby to spowodować nieobliczalne komplikacje systemowe¹². Argument tego rodzaju staje się szczególnie nośny w okresach dekoniunktury, czy też kryzysu gospodarczego, kiedy to widmo upadku staje się wyjątkowo realne (szeroko będzie o tym mowa w pkt. 6.4.).

Również z pobudek strategicznych państwa z reguły zabiegają o to, aby ich kluczowe przedsiębiorstwa nie przenosiły za granicę swoich siedzib, czy też kluczowych aktywów (zwłaszcza ośrodków badawczo-rozwojowych),

¹⁰ Przepisanie koncernowi Danone statusu przedsiębiorstwa „strategicznego” i jego ochrona przed przejęciem przez kapitał amerykański może wydawać się zaskakujące zważywszy na fakt, że 75 proc. obrotów koncern ten realizuje poza Francją, a jego udziałowcami są w ponad 40 proc. podmioty zagraniczne; zob. C. King, H. Segain, *Cross Border Negotiated Deals: Why Culture Matters?*, *European Company and Financial Law Review* 2007, t. 4, nr 1, s. 162.

¹¹ S. Sołtysiński, „Złota akcja” Skarbu Państwa w świetle prawa unijnego i polskiego [w:] A. Łazowski, R. Ostriansky (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Kraków 2005, s. 320.

¹² Szerzej zob. S. Syp, *Doktryna upadającej firmy*, PiP 2012, z. 5, s. 87 i n.; J.W. Markham, *Lessons for Competition Law from the Economic Crisis: The Prospect for Antitrust Responses to the “Too-Big-Fail” Phenomenon*, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 2011, t. 16, nr 2, s. 261 i n.; S.E. Foster, *Too Big To Fail – Too Small To Compete: Systemic Risk Should be Addressed Through Antitrust Law but such a Solution Will Only Work if it is Applied on an International Basis*, *Florida Journal of International Law* 2010, t. 22, s. 31 i n.; J.E. Stiglitz, *Too Big to Fail or Too Big to Safe? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions*, Testimony for the Joint Economic Committee hearing, 21.04.2009, <http://www.josephstiglitz.com>; E. Gardener, P. Molyneux, *The too-big-to-fail doctrine revisited*, *EIB Papers* 1997, t. 2, nr 1, s. 27 i n. oraz S.A. Seelig, *Too Big to Fail: A Taxonomic Analysis* [w:] B.E. Gup (red.), *Too Big to Fail: Policies and Practices in Government Bailouts*, Westport 2004, s. 222 i n.

mimo implikowanego globalizacją spadku znaczenia przynależności państwowej przedsiębiorstw i zacierania się tradycyjnego podziału: „my” – „oni”¹³. Tytułem przykładu, w sprawie przejęcia niemieckiego Mannesmanna przez brytyjską spółkę Vodafone jedną z przyczyn silnego, choć ostatecznie bezskutecznego, oporu władz niemieckich wobec tej konsolidacji była właśnie obawa, że spowoduje ona przeniesienie centrum zarządzającego połączonym podmiotem z Niemiec do Londynu¹⁴. Analogiczne obawy (o utratę narodowej własności i przeniesienie siedziby władz przedsiębiorstwa za granicę) wyrażał rząd szwedzki w sprawie (niedoszłej) akwizycji producenta ciężarówek Scania („perły w koronie” szwedzkiego przemysłu, jak się wyraził premier tego rządu) przez niemieckiego MANa¹⁵.

Z kolei przekonanie o potrzebie zachowania dominacji kapitału krajowego w bankach może wynikać m.in. z przeświadczenia (wzmocnionego przez ostatni globalny kryzys finansowy i gospodarczy), że w bankach kontrolowanych z zagranicy o przyznawaniu kredytów decydują ostatecznie zagraniczni menedżerowie kierujący się korporacyjną logiką, determinowaną bardziej sytuacją macierzystej grupy kapitałowej lub też sytuacją gospodarczą kraju pochodzenia niż lokalnymi uwarunkowaniami kraju goszczącego¹⁶. Przekonanie to nie wydaje się bezpodstawne, o czym świadczy

¹³ Zob. R.B. Reich, *Who is Us?*, HBR 1990, t. 68, nr 1, s. 53 i n.; tenże, *Who is Them?*, HBR 1991, t. 69, nr 2, s. 77 i n.; D. Neven, F.-C. Lapr votte, A. Winckler, *European champions and merger control rules*, *Concurrences* 2014, nr 4, s. 8.

¹⁴ M. Bowsher, *Competition Law...*, s. 4; szerzej zob. M. H pner, G. Jackson, *Revisiting the Mannesmann takeover: how markets for corporate control emerge*, *European Management Review* 2006, nr 3, s. 142 i n.; R. Halsall, *Intercultural mergers and acquisitions as 'legitimacy crises' of models of capitalism: a UK-German case study*, *Organization* 2008, t. 15, nr 6, s. 787 i n.

¹⁵ Zob. S. Dinc, I. Erel, *Economic Nationalism in Mergers and Acquisitions*, *The Journal of Finance* 2013, t. LXVIII, nr 6, s. 2510.

¹⁶ Tak np. A.K. Kluczny, *Narodowi czempioni: od zaniechań do aktywnej polityki rozwoju*, *PCG* 2010, nr 3, s. 78–79. Cytowany autor zwrócił też uwagę na to, że w czasie kryzysu „przywódcy poszczególnych europejskich państw jawnie domagali się, by banki ograniczyły zaangażowanie kredytowe swych zagranicznych filii, a skupiły się na udzielaniu kredytów u siebie” (tamże, s. 78). Niektórzy autorzy (np. M. Lubiński, *Wpływ banków zagranicznych na stabilność gospodarki kraju goszczącego*, *GN* 2012, nr 7–8, s. 27 i n.) wskazują, że zarówno refleksja teoretyczna, jak i wyniki dostępnych analiz empirycznych nie potwierdzają większości zarzutów o dyskryminowanie przez banki zagraniczne lokalnych kredytobiorców, ale też nie pozwalają na zdecydowane odrzucenie tych zarzutów. Inni z kolei autorzy utrzymują, że istnieją silne dowody wskazujące na powszechny (globalny) charakter kryzysowego zjawiska ograniczania akcji kredytowej przez zagraniczne banki w większym stopniu niż banki lokalne; zob. np. S. Claessens, N. van Horen, *Foreign Banks: Trends, Impact and Financial Stability*, IMF Working Paper 2012, No. WP/12/10, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp1210.pdf>, s. 17 i 19; J. Adams-Kane, J. Cabal-

może choćby fakt, że Polsce w latach 2009–2010 banki zależne od międzynarodowych grup bankowych, kontrolujące ponad ponad dwie trzecie aktywów polskiego sektora bankowego, raptownie ograniczyły kredytowanie przedsiębiorstw, a rozwojem kredytu korporacyjnego zajmowały się lokalne, w przeszłości mniej obecne w tym segmencie banki¹⁷. Znamienne, że w tym okresie kredyt korporacyjny (dla przedsiębiorstw) w bankach należących do zagranicznych grup bankowych zmniejszył się łącznie o 12,5 proc., podczas gdy PKB Polski wzrósł realnie o 5,6 proc.¹⁸ Dla kontrastu, banki lokalne (mające centra decyzyjne w Polsce) zwiększyły w tym czasie swój portfel kredytów dla przedsiębiorstw o 20,6 proc.¹⁹ Orędownicy tzw. repolonizacji czy też udomowienia sektora bankowego (tj. zwiększenia udziału kapitału krajowego w tym sektorze lub przesunięcia faktycznego centrum decyzyjnego z central spółek-matek do Polski) wskazują też na inne niż zakłócenia w wykonywaniu przez ten sektor funkcji pośrednictwa finansowego niepożądane skutki dominacji banków kontrolowanych z zagranicy: 1) ryzyko ograniczenia możliwości finansowania strategicznych sektorów w wyniku zewnętrznych wobec Polski decyzji politycznych (przykładowo, w polskiej strategii energetycznej kluczową rolę odgrywają lub mogą odgrywać sektory, których rozwój jest kontestowany w wielu krajach europejskich: energetyka węglowa, gaz łupkowy i energetyka jądrowa); 2) utrudnienia dla stabilnego finansowania długu publicznego oraz 3) ograniczenia możliwości stosowania polityki makroostrożnościowej²⁰.

Z kolei polityczna lekcja, jakiej rządowi małych państw, zależnych od napływu kapitału, udzieliły kryzysy finansowe z lat 1997 i 2007–2009, kiedy to kapitał zagraniczny w formie inwestycji portfelowych – opuszczając rynki wschodzące i uciekając do *safe heavens*, czyli głównie do krajów swego pochodzenia – naraził te państwa na ryzyko gwałtownego załamania, pogłębione dodatkowo nagłym ograniczeniem, czy nawet wstrzymaniem finansowania lokalnych podmiotów przez zagraniczne instytucje finansowe, uświadomiła aż nadto zaletę silnych kapitałowo przedsiębiorstw narodowych

lero, J. Lim, *Foreign Bank Behavior during Financial Crises*, IDB Working Paper 2014, No. IDB-WP-512, <http://ssrn.com/abstract=2533591>, s. 3 i n.

¹⁷ Podaję za S. Kawalec, M. Gozdek, *Raport dotyczący optymalnej struktury polskiego systemu bankowego w średnim okresie*, Capital Strategy, Warszawa 2012, s. 10; podobnie zob. A.K. Kluczny, *Narodowi...*, s. 78–79.

¹⁸ S. Kawalec, M. Gozdek, *Raport...*, s. 7–8.

¹⁹ Tamże.

²⁰ Tamże, s. 6 i n.; zob. też częściowo polemiczną ocenę tych zagrożeń w raporcie M. Bartol, M. Rapkiewicz, *Skutki „repolonizacji” sektora bankowego. Czy tylko pozytywne?*, Centrum Analiz Fundacji Republikańskiej, Warszawa 2013, s. 16 i n.

jako czynnika ograniczającego negatywne skutki gwałtownej zmienności rynków finansowych²¹.

Wreszcie w jakiejś mierze źródłem politycznie motywowanej postawy promującej narodowych czempionów może być nawet atawistyczna (lecz realnie odczuwana) obawa przed podległością obcym, jak również nacjonalistycznie zabarwiona nieufność (czy wręcz niechęć) do obcokrajowców²².

2.2. Motywacje i uzasadnienia ekonomiczne

2.2.1. Korzyści dużej skali przedsiębiorstw

Istnieje wiele pokrewnych lub powiązanych ze sobą teorii ekonomicznych opartych na założeniu, że w gospodarce „duży może więcej”, bądź też „duże jest piękne”. Dość wspomnieć o Josefa Schumpetera teorii, w myśl której monopol lub oligopol bardziej sprzyjają wzrostowi gospodarczemu niż konkurencja doskonała²³, a także o Alfreda Chandlera koncepcjach eksponujących wkład dużych przedsiębiorstw w rozwój kapitalizmu przemysłowego²⁴. Rozwinięciem tych teorii jest argumentacja, że: 1) na określonych rynkach (zwłaszcza globalnym) mogą skutecznie konkurować (*ergo* przetrwać) tylko podmioty, które zdołają osiągnąć określoną „masę krytyczną” (tzw. ekono-

²¹ A.K. Kluczny, *Narodowi...*, s. 88–89.

²² Zob. P.A. Geroski, *Competition Policy and National Champions*, 8.3.2005, http://www.competitioncommission.org.uk/our_peop/members/chair_speeches/pdf/geroski_wifo_vienna_080305.pdf, s. 3; M. Motta, M. Ruta, *Mergers and National Champions*, CESifo conference on 'Do We Need National or European Champions?', Munich, 16–17.11.2007, s. 2.

²³ J.A. Schumpeter, *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, Warszawa 2009, s. 120 i n. Szczególnie wymowny w obronie monopolu, a przy tym nie wolny od kontrowersji, jest argument Schumpetera, że „monopolista ma dostęp do lepszych metod, które bądź to w ogólnie nie są osiągalne dla tłumu konkurentów, bądź też ich uzyskanie przychodzi im z trudem; są bowiem korzyści, które mimo że nie są całkiem wykluczone na konkurencyjnym poziomie przedsiębiorstwa, zapewnione są jednak faktycznie tylko na poziomie monopolu, np. dlatego, że monopolizacja może zwiększyć sferę wpływu lepszych umysłów i zmniejszyć wpływ umysłów pośledniejszych, albo też dlatego, iż monopol cieszy się nieproporcjonalnie silniejszą pozycją finansową” – tamże, s. 123. Warto przywołania jest też stwierdzenie Schumpetera, że „jednostki takie [przedsiębiorstwo o wielkiej skali albo wielka jednostka kontroli – przypis R.M.] stały się najpotężniejszym motorem tego postępu [gospodarczego – przypis R.M.], a w szczególności długookresowej ekspansji produkcji globalnej [...]. Pod tym względem konkurencja doskonała nie tylko nie jest możliwa, ale także jest czymś gorszym” – tamże, s. 130.

²⁴ Zob. A.D. Chandler, F. Amatori, T. Hikino (red.), *Big Business and the Wealth of Nations*, Cambridge 1999; Y. Cassis, *Big Business in Europe's Economy and Society*, Contemporary European History 2000, t. 9, nr 3, s. 401 i n.

mię skali²⁵), która zapewni im większą wydajność w porównaniu z mniejszymi konkurentami (dodatkowym atutem jest osiągnięcie tzw. ekonomii zakresu, która umożliwiając łączenie różnego rodzaju działalności, np. badawczej, produkcyjnej i dystrybucyjnej, pozwala obniżyć ryzyko gospodarcze, zwłaszcza w przypadku tzw. konglomeratów)²⁶; 2) określona wielkość (potencjał) przedsiębiorstwa jest też konieczna do pozyskiwania potrzebnego kapitału (przedsiębiorstwa osiągające wielkość krytyczną na danym rynku zyskują zwykle wyższą wiarygodność kredytową i inwestycyjną); 3) duże przedsiębiorstwa w porównaniu z mniejszymi są z reguły w większym stopniu zdolne i zarazem skłonne angażować się w ambitne przedsięwzięcia innowacyjne²⁷. Wymienionym argumentom towarzyszy zwykle założenie, że większość rynków narodowych nie pozwala krajowym przedsiębiorstwom osiągnąć „masy krytycznej”, dlatego muszą one poszerzać rynki zbytu i wkraczać na rynki regionalne lub globalne²⁸.

W kontekście wszechobecnych we współczesnym świecie procesów koncentracyjnych (łączenia się kilku mniejszych przedsiębiorstw w celu utworzenia większego) nie da się zaprzeczyć, że procesy te prowadzą często do racjonalizacji i obniżenia kosztów produkcji. Dzieje się tak z kilku co najmniej powodów: 1) dzięki koncentracji całej aktywności gospodarczej w jednym podmiocie unika się duplikacji (powielania) kosztów stałych; 2) wysokokosztowe zakłady produkcyjne mogą być zamknięte, a ich rolę mogą przejąć zakłady niskokosztowe; 3) łączące się podmioty mogą skumulować swoje technologie i *know-how*, obniżając tym samym koszty ponoszone przed koncentracją; 4) duże przedsiębiorstwa dysponujące komplementarnymi bazami klientów mogą osiągnąć skalę umożliwiającą prodochodowe lub projakościowe innowacje, a także wdrażanie nowych produktów²⁹.

Dużym przedsiębiorstwom przypisuje się też rolę katalizatora rozwoju zaawansowanych technologicznie przedsięwzięć opartych na specjalistycznej wiedzy, a także klastrów przemysłowych, będących formą inteligentnej specjalizacji regionalnej, w których działalność innowacyjna nie zależy już tylko od wewnętrznych zasobów przedsiębiorstwa, ale od umiejętnego połączenia

²⁵ Ekonomia skali polega na tym, że im więcej się produkuje i sprzedaje, tym koszty produkcji i sprzedaży są niższe.

²⁶ Szerzej na temat ekonomii (korzyści) skali i zakresu zob. C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, UOKiK, Bonn-Warszawa 2007, s. 50 i n.

²⁷ Zob. M. Bowsher, *Competition...*, s. 5; E. Maincent, L. Navarro, *A Policy...*, s. 16.

²⁸ P.A. Geroski, *Competition...*, s. 2 i n.

²⁹ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 28.

wiedzy, umiejętności i działań różnych podmiotów, co pozwala osiągać korzyści aglomeracyjne (zwłaszcza korzyści skali, lokalizacji i urbanizacji)³⁰.

Warto też wspomnieć o szczególnym wkładzie dużych przedsiębiorstw w zwiększanie zatrudnienia, podbudzanie innowacyjności i (ogólnie) rozwój mniejszych przedsiębiorstw. Duże przedsiębiorstwa tworzą bowiem miejsca pracy nie tylko we własnych jednostkach organizacyjnych (zakładach), ale także u swoich kooperantów (dostawców i podwykonawców). Oferując zlecenia mniejszym podmiotom, przyczyniają się tym samym do ich rozwoju, m.in. dlatego, że w wielu przypadkach produkty lub usługi mniejszych przedsiębiorstw mogą, za pośrednictwem ich dużych kooperantów, trafiać na światowe rynki³¹. Duże przedsiębiorstwa mogą też pełnić rolę trampoliny dla innowacyjnych (często nowo powstałych – w fazie *start-up*) małych i średnich przedsiębiorstw technologicznych, a to dzięki generowaniu popytu na tworzone przez nie nowe produkty i usługi oraz oferowaniu możliwości testowania nowych rozwiązań i ich upowszechniania na rynku, co z kolei stwarza możliwość rozwijania zaawansowanych produktów oraz uzyskania referencji z tytułu tzw. pierwszego wdrożenia³². Rodzime duże przedsiębiorstwa są przy tym bardziej skłonne współpracować z lokalnymi mniejszymi podmiotami, podczas gdy inwestorzy zagraniczni często preferują kooperantów z krajów ich pochodzenia³³. Inna sprawa, że wskazane korzystne efekty obecności na rynku dużych przedsiębiorstw mogą wywoływać odwrotne skutki po stronie ich mniejszych konkurentów (widać to np. w sektorze handlu).

³⁰ Szerzej zob. A.M. Kowalski, *Znaczenie klastrów dla innowacyjności przedsiębiorstw w Polsce* [w:] *Klasy – wiedza, innowacyjność, rozwój*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Ekonomiczne Problemy Usług 2012, nr 94, s. 178 i n.; A. Saniuk, S. Saniuk, M. Jakábová, *Korzyści i bariery tworzenia klastrów przemysłowych w Polsce* [w:] *Klasy...*, s. 277 i n.; M. Gorynia, B. Jankowska, *Klasy a międzynarodowa konkurencyjność i internacjonalizacja przedsiębiorstwa*, Warszawa 2008.

³¹ Zob. *Wspólnie budujemy naszą zamożność czyli dlaczego w Polsce zarabiamy 4 razy mniej niż w bogatych krajach Europy Zachodniej*, Raport Fundacji Pomyśl o Przyszłości, wyd. VI, Nowy Sącz 2015, s. 10 i 28. Tytułem przykładu, dostawcami kabli i taśm do przenośników instalowanych w zagranicznych kopalniach (w Chile i Kanadzie) flagowego polskiego czempiona KGHM są polskie przedsiębiorstwa (o mniejszym już potencjale). W ten sposób kreowana jest dla nich przestrzeń i sposobność zaistnienia na rynkach zagranicznych; zob. A. Juzyk, *Potrzebujemy współdziałania i wymiany doświadczeń* [w:] M. Dzierżanowski (red.), *Czempiony dla innowacyjności Polski*, Gdańsk 2015, s. 18.

³² M. Dzierżanowski, *Dajmy szansę polskim czempionom* [w:] M. Dzierżanowski (red.), *Czempiony...*, s. 9 i n.

³³ Zob. *Wspólnie budujemy...*, s. 28 i 48.

2.2.2. Argument raczkującego przemysłu (protekcjonizmu wychowawczego)

Klasyycznym (mającym już ponad dwustuletni rodowód) argumentem wysuwany na poparcie polityki promowania narodowych czempionów jest wzgląd na potrzebę ochrony i stymulacji rozwoju pożądaných przez państwo branż przemysłu (czy ogólniej – gospodarki) znajdujących się w początkowej fazie wzrostu (tzw. przemysłu raczkującego – *infant industry*), który ze względu na mniejszą skalę produkcji i obciążenie wysokimi kosztami jednostkowymi, a także brak odpowiedniego doświadczenia (na wstępnym etapie rozwoju) nie jest w stanie sprostać zaawansowanej konkurencji międzynarodowej (dojrzałych przedsiębiorstw z krajów rozwiniętych gospodarczo). Protekcjonizm wychowawczy, tzn. tymczasowa i selektywna protekcja przez państwo takich początkujących („wykluwających się”) branż przemysłu (za pomocą instrumentów ochronnych, np. importowych ceł wychowawczych lub też instrumentów promocyjnych, np. subsydiów eksportowych³⁴) ma umożliwić szybki rozwój takich branż, co skutkuje pozytywnie w skali całej gospodarki. Po okresie ochrony (wsparcia) branże takie stają się – w założeniu – konkurencyjne i udzielanie im przez państwo nadzwyczajnej pomocy przestaje być konieczne³⁵. W niektórych krajach celem protek-

³⁴ Katalog instrumentów protekcji młodych branż przemysłu jest nader szeroki, i obejmuje nie tylko wymienione już (tradycyjnie eksponowane w tej roli) cła wychowawcze (choć nie zawsze odgrywały one rolę pierwszoplanową) oraz subsydia eksportowe, ale także np. przyznawanie praw wyłącznych (np. monopolu prawnego), przyznawanie preferencji podatkowych, udzielanie preferencyjnych kredytów, legalizowanie karteli, wspieranie działalności badawczo-rozwojowej czy też promowanie instytucji umożliwiających współdziałanie sektora publicznego i prywatnego. Część z tych instrumentów służy substytucji importu, a część – promocji eksportu; zob. np. *Symposium on Infant Industries*, Oxford Development Studies 2003, t. 31, nr 1, s. 9; H.J. Chang, *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, London 2003, s. 65.

³⁵ Argument ochrony raczkujących branż przemysłu został przedstawiony po raz pierwszy przez A. Hamiltona (1791), a następnie rozwinięty i spopularyzowany m.in. przez F. Lista (1841), którego uważa się za głównego ideologa teorii *infant industry*, oraz J.S. Milla (1848). Szerzej o tym argumentie zob. P.R. Krugman, M. Obstfeld, *Ekonomia międzynarodowa. Teoria i praktyka*, t. 1, Warszawa 2007, s. 365 i n.; P.A. Messerlin, *Enlarging the Vision for Trade Policy Space: Special and Differentiated Treatment and Infant Industry Issues*, W.Econ. 2006, t. 29, nr 10, s. 1395 i n.; H.J. Chang, *Kicking Away the Ladder: Infant Industry Promotion in Historical Perspective*, Oxford Development Studies 2003, t. 31, nr 1, s. 21 i n.; G. Criel, *The Infant Industry Argument for Protection: A Reevaluation*, De Economist 1985, t. 133, nr 2, s. 199 i n.; T. Rynarzewski, *Ochrona branż raczkujących jako instrument podnoszenia konkurencyjności międzynarodowej krajów rozwijających się* [w:] T. Rynarzewski (red.), *Konkurencyjność międzynarodowa we współczesnej gospodarce światowej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu 2011, nr 213, s. 126 i n.; tenże, *Cło wychowawcze i cło optymalne w teorii i praktyce polityki handlu*

cjonizmu wychowawczego jest, obok wspierania nowych branż przemysłu również wsparcie branż już istniejących, w okresie dokonywania się w nich głębokich zmian, koniecznych z powodów organizacyjnych lub technologicznych³⁶. Przykładem kraju, w którym przemiany restrukturyzacyjne (w tym proces prywatyzacji), towarzyszące transformacji ustrojowo-gospodarczej, uzasadniały rozsądne „wsparcie wychowawcze” przez państwo branż rozwojowych, jest Polska, co niestety nie zawsze znajdowało zrozumienie i akceptację ośrodków opiniotwórczych, a także kreujących politykę przemysłową państwa³⁷. Co ciekawe, w latach 90. wyjątkowy status branży raczkującej przyznano oficjalnie w Polsce przemysłowi motoryzacyjnemu. Inne branże przemysłu o zbliżonych parametrach ekonomicznych nie uzyskały tego stopnia ochrony i poparcia ze strony rządu³⁸.

Współcześnie uznaje się (z większym lub mniejszym przekonaniem), że polityka protekcji młodych branż przemysłu może być skuteczna, jeśli zaistnieją (kumulatywnie) dwie przesłanki: 1) pojawią się (w tych branżach) dynamiczne efekty uczenia się (owocujące poprawą wydajności, zgodnie z dewizą: trening czyni mistrza), a także 2) spełniony zostanie tzw. test Milla-Bastable, który wymaga, aby: (a) protekcja miała charakter przejściowy (młoda branża musi w końcu dojrzeć i stać się zdolną do przetrwania bez wsparcia publicznego), oraz (b) łączne korzyści wygenerowane przez wspieraną branżę przewyższą koszty jej wspomagania³⁹. Protekcja raczkującego

międzynarodowego, RPEiS 2003, z. 1, s. 92 i n.; J. Myszczyżyn, *Rola polityki wolnego handlu z uwzględnieniem infant industry w kształtowaniu fundamentów gospodarki światowej*, Kultura – Historia – Globalizacja 2011, nr 10, s. 119 i n.; tenże, *Znaczenie polityki Infant Industry w warunkach wczesnego rozwoju gospodarczego na przykładzie Niemiec*, Kultura i Historia 2012, nr 22.

³⁶ R. Molski, *Administracyjnoprawna regulacja obrotu towarowego z zagranicą*, Szczecin 2001, s. 18.

³⁷ Tamże.

³⁸ A. Muńko, *Zmiany stopnia swobody prowadzenia polityki przemysłowej w następstwie stowarzyszenia Polski ze Wspólnotami Europejskimi*, Warszawa 1993, s. 56; G. Mosiej, *Polityka celna a przemysł motoryzacyjny w Polsce*, MPC 2002, nr 7, s. 280 i n.; tenże, *System celny a zmiany na rynku motoryzacyjnym w Polsce po wejściu do Unii Europejskiej – aspekty pozytywne*, MPCP 2005, nr 8, s. 319 i n. Na wyraźną analogię między polskim (czy ogólniej – wschodnioeuropejskim) przemysłem (w szczególności motoryzacyjnym) z okresu przemian ustrojowych lat 90., a przemysłami raczkującymi (*infant industries*) wskazuje też R. Humy, *Industrial Policy and Economic Transformation: The Case of the Polish Motor Industry*, Europe-Asia Studies 1997, t. 49, nr 1, s. 125 i n.

³⁹ Zob. J.S. Mill, *Principles of political economy with some of their applications to social philosophy*, t. II, London 1848, s. 487 i n.; C.F. Bastable, *The Commerce of Nations*, London 1899, s. 135 i n.; M.C. Kemp, *The Mill-Bastable Infant Industry Dogma*, JPE 1960, t. 68, nr 1, s. 65 i n.; M.J. Melitz, *When and How Should Infant Industries Be Protected?*, JIE 2005, t. 66, s. 178 i n.

przemysłu powinna być zatem stosowana tylko w uzasadnionych i wyjątkowych przypadkach (w wąskim zakresie), obejmując tylko te segmenty gospodarki, w których dokonują się rzeczywiste zmiany (prawdziwe branże początkujące – *genuine infant industries*), a nie te, które zmian wymagają. Nie może być przy tym nadmierna, natomiast powinna mieć charakter przejściowy, z wyraźnie określonym terminem jej zakończenia, którym powinien być moment rozwinięcia się wspieranej branży. Rzecz jasna czas trwania protekcji, w którym następuje proces uczenia się danej branży, zależy od jej specyfiki i okoliczności konkretnego przypadku (przykładowo, Japonia chroniła swój przemysł motoryzacyjny, m.in. za pomocą wysokich ceł, przez blisko cztery dekady)⁴⁰. W każdym razie należy pamiętać, że brak konkurencji zagranicznej może pozbawiać chronione przedsiębiorstwa motywacji do obniżania kosztów produkcji i unowocześniania się, a nadto wzrasta wówczas ich opóźnienie technologiczne i zdolność do monopolizacji rynku. Niewłaściwa (nieracjonalna) ochrona *infant industries* (zwłaszcza chroniczna, co jest najczęstszą przyczyną jej fiaska) może doprowadzić do stagnacji segmentów gospodarki objętych taką interwencją, tj. stanu, który zwykle się określał mianem *infant economy*⁴¹. Zarysowane założenia protekcjonizmu wychowawczego dobrze oddaje sentencja: „Opiekuj się noworodkiem, ochraniaj dziecko, a dorosłego uczyn wolnym”⁴². W podobnym duchu wypowiadał się Friedrich List, pisząc, że „ograniczenia są tylko środkami, a dopiero wolność, w jej właściwym znaczeniu, jest finałem”⁴³.

Zarysowane ograniczenia warunkujące użyteczność (efektywność) polityki wspierania młodych branż przemysłu są wysoce restrykcyjne, co powoduje, że w rzeczywistości spełnienie testu Milla-Bastabla nie zdarza się często. Nie dziwi zatem, że współcześnie większość ekonomistów głównego nurtu kwestionuje uzasadnienia teoretyczne i praktyczną użyteczność tego rodzaju polityki (szerzej zob. pkt 3.3.). Paradoksalnie jednak, w początkowym okresie swego rozwoju prowadziły ją nader aktywnie (by nie rzec – agresywnie) niemal wszystkie rozwinięte gospodarczo kraje (włącznie z Wielką Brytanią, Stanami Zjednoczonymi, Japonią i Niemcami), natomiast obecnie znajduje ona zwolenników zwykle w tzw. krajach rozwijających się. Notabene, współcześni apologetci protekcjonizmu wychowawczego zarzucają krajom rozwiniętym, że kontestując politykę krajów rozwijających, którą same uprawiały,

⁴⁰ Zob. J. Lin, H.J. Chang, *Should Industrial Policy in Developing Countries Conform to Comparative Advantage or Defy it? A Debate Between Justin Lin and Ha-Joon Chang*, *Development Policy Review* 2009, t. 27, nr 5, s. 491.

⁴¹ R. Molski, *Administracyjnoprawna...*, s. 20.

⁴² F. Cherunilam, *International Economics*, New Delhi 2008, s. 234.

⁴³ F. List, *The National System of Political Economy*, Philadelphia 1856, s. 64.

stosują podwójne standardy, popadając tym samym w hipokryzję. Wybitny koreański ekonomista Ha-Joon Chang porównał taką postawę (w ślad za Friedrichem Listem) do „zabierania drabiny” („*kicking away the ladder*”)⁴⁴.

Najczęściej przywoływanym współczesnym przykładem udanej polityki protekcjonizmu wychowawczego jest przypadek Korei Południowej, która poprzez umiejętną (rozważną) protekcję określonych branż przemysłu (np. telekomunikacyjnego, a także branż tak wrażliwych i często problematycznych, jak przemysł stalowy, stoczniowy i motoryzacyjny), połączoną ze stopniową liberalizacją reżimu importowego (swoista odmiana protekcji wychowawczej za pomocą metody „kija i marchewki”) uczyniła je jednymi z najbardziej konkurencyjnych w świecie. Początkujące w tych branżach, często niewielkie i lokalne przedsiębiorstwa (parające się czasem drobną wytwórczością i handlem, jak np. Samsung, który rozpoczynał od handlu rybami i produkcji cukru), stały się narodowymi czempionami odnoszącymi spektakularne sukcesy na rynkach globalnych. Tytułem przykładu (oprócz wspomnianego Samsunga) wymienić tu można takie „superczebole” (specyficzne konglomeraty gospodarcze, czy też grupy kapitałowe, będące odpowiednikami japońskich *zaibatsu* i *keiretsu*⁴⁵), jak: Hyundai, Daewoo czy LG⁴⁶. W kontekście dyskusji o słuszności polityki wspierania raczkujących branż przemysłu, czy ogólniej rzecz biorąc – protekcjonizmu wychowawczego i polityki przemysłowej, wskazuje się też na fakt, że tego rodzaju zaangażowanie państwa w gospodarkę istotnie przyczyniło się do rozwoju i komercyjnego zastosowania (komercjalizacji) wielu przełomowych technologii,

⁴⁴ Zob. zwłaszcza H.J. Chang, *Kicking Away the Ladder: Infant...*, s. 24 i n., tenże, *Kicking Away the Ladder: Development...*, s. 4 i n.; tenże, *Kicking Away the Ladder: An Unofficial History of Capitalism, Especially in Britain and the United States*, Challenge 2002, t. 45, nr 5, s. 77; tenże, *Bad Samaritans: The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism*, London 2008.

⁴⁵ Istnieje pogląd, że w dużej mierze to właśnie dzięki czebolom Korea Południowa w ciągu kilku dekad zmieniła się z ubogiego kraju, w którym trzon gospodarki stanowiło rolnictwo, w kraj wysoko uprzemysłowiony i zamożny – jednego ze światowych liderów innowacyjności i eksportu; szerzej zob. M. Lee, J.S. Shims, *The Korean Economic System: Governments, Big Business and Financial Institutions*, Aldershot 2012, s. 66 i n.; J. Kim, *Chaebol Policy for Suppression of Economic Power Concentration*, Seoul 2013; W. Lim, *Chaebol and Industrial Policy in Korea*, Asian Economic Policy Review 2012, t. 7, s. 69 i n.

⁴⁶ Szerzej zob. C.K. Kim, *An Industrial Development Strategy for Indonesia: Lessons from the South Korean Experience*, Journal of the Asia Pacific Economy 2005, t. 10, nr 3, s. 312 i n.; R.M. Steers, *Made in Korea: Chung Ju Yung and the Rise of Hyundai*, London 1999; I. Pirie, *The New Korean Political Economy: Beyond the Models of Capitalism Debate*, The Pacific Review 2012, t. 25, nr 3, s. 365 i n.; S. Lall, *Reinventing Industrial Strategy: The Role of Government Policy in Building Industrial Competitiveness*, Annals of Economics and Finance 2013, t. 14, nr 2(B), s. 795 i n.

takich jak np. odrzutowe samoloty komunikacyjne, satelity, komputery czy obecnie Internet, jak również do powstania wiodących światowych ośrodków innowacyjnych, z Doliną Krzemową na czele (na marginesie można dodać, co nie będzie przesadą, że wszystkie wymienione osiągnięcia są w dużej mierze produktem polityki przemysłowej, kierowanej i finansowanej przez Departament Obrony USA)⁴⁷.

Niezależnie od otwartego pytania o racjonalność polityki protekcjonizmu wychowawczego (szczególnie *vis-à-vis* polityki otwartego handlu) godzi się odnotować, że protekcję handlową nowo powstającego przemysłu (lecz tylko w krajach rozwijających się) dopuszcza w art. XVIII ust. 7 (Rozdział A) i ust. 13-23 (Rozdział C) Układ ogólny w sprawie taryf celnych i handlu 1994 (GATT 1994)⁴⁸. Skorzystanie z tej możliwości obwarowane jest jednak na tyle restrykcyjnymi warunkami (w szczególności wymogiem konsultacji i negocjacji z partnerami handlowymi oraz wymogiem udzielenia im wzajemnych koncesji, tj. adekwatnej rekompensaty z tytułu modyfikacji przyjętych uprzednio zobowiązań, których niewypełnienie upoważnia do zastosowania odpowiednich środków retorsyjnych) oraz skomplikowaną procedurą, że od czasu wejścia w życie porozumień WTO nie odnotowano – jak dotąd – ani jednego przypadku skutecznego wdrożenia środków protekcyjnych na podstawie przywołanej stypulacji (próbowano to uczynić zresztą jedynie trzykrotnie)⁴⁹.

⁴⁷ R. Pollin, D. Baker, *Public Investment, Industrial Policy and U.S. Economic Renewal*, Political Economy Research Institute Center for Economic and Policy Research, Working Paper Series No. 211/2009, http://www.peri.umass.edu/fileadmin/pdf/working_papers/working_papers_201-250/WP211.pdf; zob. też J. Lerner, *Boulevard of Broken Dreams: Why Public Efforts to Boost Entrepreneurship and Venture Capital Have Failed – and What to Do About It*, Princeton 2009; G.R. Fong, *Breaking New Ground or Breaking the Rules: Strategic Reorientation in U.S. Industrial Policy*, International Security 2000, t. 25, nr 2, s. 152 i n.; J.E. Stiglitz, *Knowledge in the Modern Economy*, http://ep2010.salzburgresearch.at/knowledge_base/stiglitz_1999.pdf, s. 52.

⁴⁸ Załącznik do Oświadczenia rządowego z 28.2.2006 r. uzupełniającego Oświadczenie rządowe z 31.7.1995 r. w sprawie ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marakeszu dnia 15.4.1994 r., Dz.U. z 2007 r. nr 44, poz. 278. W świetle postanowień art. XVIII GATT 1994, członek WTO, którego gospodarka jest w stanie zapewnić ludności jedynie niską stopę życiową i znajduje się we wczesnych stadiach rozwoju (kraj rozwijający się), może czasowo zmienić lub wycofać określone koncesje przyjęte w ramach układu, jeżeli uzna, że jest to pożądane „w celu stworzenia określonej gałęzi przemysłu dla podniesienia ogólnej stopy życiowej ludności”.

⁴⁹ Zob. WTO Committee on Trade and Development, *Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions – Note by the Secretariat*, TN/CTD/W/33, 8.6.2010, s. 8; P. Scheuermann, *Normative conditions to make WTO law more responsive to the needs of developing countries*, München 2010, s. 92; Y.S. Lee, G. Horlick,

2.2.3. Względy strategicznej polityki handlowej

W porównaniu z tradycyjnym (nieco przyciąsam już, przynajmniej w rozwiniętych krajach) argumentem ochrony raczkującego przemysłu, znacznie bardziej zaawansowane podstawy teoretyczne polityki promowania narodowych czempionów oferuje teoria tzw. strategicznej polityki handlowej⁵⁰. Teoria ta obejmuje dwa elementy składowe.

Po pierwsze, zakłada ona, że poprzez umiejętną politykę gospodarczą władze danego państwa mogą przyczynić się do wzrostu dochodu narodowego, jeżeli spowodują, że w branżach przemysłu charakteryzujących się znaczącymi efektami skali, umożliwiającymi utrzymanie się na rynku światowym tylko kilku przedsiębiorstw, to krajowe a nie zagraniczne przedsiębiorstwa osiągną konkurencyjną przewagę startową (pierwszego wchodzącego na rynek). Dlatego też rządy narodowe powinny wspomagać (np. subsydiami) perspektywiczne krajowe przedsiębiorstwa, które są aktywne w tego rodzaju nowopowstających branżach gospodarki⁵¹. Tytułem przykładu, pokaźne dotacje na badania i rozwój przyznane w latach 50. i 60. przez rząd Stanów Zjednoczonych koncernowi Boeing niewątpliwie pomogły mu uzyskać przewagę konkurencyjną na wschodzącym rynku produkcji pasażerskich samolotów odrzutowych (notabene model 707, będący pierwszym pasażerskim odrzutowcem, który odniósł sukces komercyjny, stanowił cywilną wersję wojskowego samolotu transportowego). Podobne argumenty podnosi się dziś także w związku z japońską dominacją w produkcji wyświetlaczy ciekłokrystalicznych (używanych np. w telefonach komórkowych, komputerach i telewizorach). Wprawdzie technologia ta powstała w Stanach Zjednoczonych, jednak to rząd japoński, we współpracy z wiodącymi przedsiębiorstwami

W.M. Choi, T. Broude (red.), *Law and Development Perspective on International Trade Law*, Cambridge 2011, s. 112 i n.; N. Sutrisno, *Using World Trade Law to Promote the Interests of Global South: A Study on the Effectiveness of Special & Differential Treatments*, Cianjur 2009, s. 119 i n.

⁵⁰ M. Hart, *The Chimera of Industrial Policy: Yesterday, Today and Tomorrow*, Canada-United States Law Journal 1993, t. 19, s. 39. Twórcami koncepcji strategicznej polityki handlowej są J. Brander i B. Spencer (*Export Subsidies and International Market Share Rivalry*, JIE 1985, t. 18, s. 83 i n.). Określenie „strategiczna polityka handlowa” sugeruje, że jej celem jest wspieranie rozwoju i eksportu strategicznych gałęzi przemysłu, czyli takich, które są szczególnie doniosłe z punktu widzenia wpływu na wzrost gospodarczy kraju oraz zwiększenie dobrobytu społecznego; szerzej zob. T. Rynarzewski, *Strategiczna polityka handlu międzynarodowego*, Warszawa 2005; P.R. Krugman (red.), *Strategic Trade Policy and the New International Economics*, London 1998; P. Guerrieri, P.C. Padoan, *Strategic Trade Policy: A Review of the Theoretical Debate*, The International Trade Journal 2996, t. 10, nr 1, s. 85 i n.

⁵¹ C.W.L. Hill, T. Mckaig, *Global Business Today*, Toronto 2012, s. 206.

elektronicznymi, wybrał tę branżę przemysłu jako obiekt wsparcia badawczego na przełomie lat 70. i 80. W rezultacie to przedsiębiorstwa japońskie a nie amerykańskie osiągnęły później przewagę startową na tym rynku⁵².

Drugi element składowy teorii strategicznej polityki handlowej sprowadza się do argumentu, że państwu może opłacać się interwencja w danej branży przemysłu, jeśli pomoże to krajowym przedsiębiorstwom pokonać bariery wejścia na ten rynek stworzone przez ich zagranicznych konkurentów, którzy już zdążyli wykorzystać przewagę startową⁵³. Argument ten leżał u podstaw wsparcia publicznego konsorcjum Airbus, bez którego ten jedyny dziś konkurent Boeinga w segmencie produkcji szerokokadłubowych samolotów komunikacyjnych nigdy nie zaistniałby na tym rynku. Podobnie, rozwój i dominację japońskiej branży półprzewodników, mimo początkowej przewagi przedsiębiorstw amerykańskich, przypisuje się interwencji rządu japońskiego, który wprowadził nie subsydiował krajowych producentów tego produktu, ale podejmował działania zapewniające im dostęp do niezbędnego technologicznego *know-how*, a zarazem chronił rodzimy rynek przez konkurencyjnym zagranicznym importem⁵⁴.

2.2.4. Względy strategicznej polityki konkurencji

Polityka promowania narodowych czempionów może być też motywowana względami tzw. strategicznej polityki konkurencji (w piśmiennictwie pojawia się także synonimiczne określenie „strategiczna polityka antytrustowa”⁵⁵), która jest odpowiednikiem, czy też substytutem, szeroko opisywanego fenomenu strategicznej polityki handlowej, o której była mowa wyżej⁵⁶.

Istotą strategicznej polityki konkurencji jest kreowanie lub też (znacznie częściej) stosowanie (wdrażanie) prawa ochrony konkurencji (*sensu stricto* – obejmującego regulacje odnoszące się do wielostronnych i jednostronnych zachowań przedsiębiorstw ograniczających konkurencję, tj. antykonkurencyjnych porozumień oraz nadużyć pozycji dominującej, czy też monopolizacji rynku, jak również transakcji koncentracyjnych) w dyskryminacyjny (stron-

⁵² Tamże.

⁵³ Tamże.

⁵⁴ Tamże.

⁵⁵ Zob. np. R.S. Khemani, R. Schöne, *Competition Policy Objectives in the Context of a Multilateral Competition Code* [w:] C.D. Ehlermann, L.L. Laudati (red.), *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, Oxford 1998, s. 233.

⁵⁶ Zob. W. Kerber, O. Budzinski, *Competition of Competition Laws: Mission Impossible?* [w:] R.A. Epstein, M.S. Greve (red.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, Washington 2004, s. 41.

niczy) sposób, wywołujący antykonkurencyjne skutki w wymiarze transgranicznym⁵⁷. Zwięźle rzecz ujmując, strategiczna polityka konkurencji polega na dążeniu do realizacji narodowych (przynajmniej w sferze deklaracji) interesów (zwiększenia dobrobytu narodowego), zwykle kosztem podmiotów zagranicznych, a czasem wręcz dobrobytu globalnego (światowego), za pomocą zalegalizowanych ograniczeń konkurencji, których źródłem są zachowania rynkowe rodzimych przedsiębiorstw. W rzeczywistości polityka ta jest niejednokrotnie emanacją dążeń określonych grup interesu, urzędywistnianych (kosztem mniej wpływowych uczestników rynku) pod pozorem troski o interes publiczny (narodowy). Tak motywowana dyskryminacja (brak symetrii, czy też wzajemności) w zakresie ochrony konkurencji przez poszczególne państwa może manifestować się co najmniej w trojaki sposób.

Po pierwsze, działając w ramach własnej jurysdykcji antymonopolowej państwa te mogą przyjmować strategię świadomego umacniania siły (władzy) rynkowej rodzimych przedsiębiorstw oraz tolerancji, czy nawet promowania, ich zachowań ograniczających konkurencję. W skrajnym przypadku strategia ta polega na całkowitej rezygnacji z własnego systemu prawnej ochrony konkurencji⁵⁸, bądź też rezygnacji z jej istotnego komponentu, jakim jest prawo kontroli operacji koncentracyjnych⁵⁹. Zazwyczaj jednak przejawem tej strategii są selektywne wyłączenia spod reżimu antymonopolowego (np. w formie zwolnienia spod zakazu tzw. karteli kryzysowych lub eksportowych) bądź też egzekwowanie prawa konkurencji względem krajowych przedsiębiorstw w sposób permissywny (pobłażliwy), czego wyrazem może być np. tolerowanie praktyk nadużywania pozycji dominującej godzących głównie czy wyłącznie w podmioty zagraniczne, bądź też przyzwalanie na koncen-

⁵⁷ O. Budzinski, *The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy*, Cheltenham 2008, s. 53.

⁵⁸ Wciąż istnieją państwa, w których nie wdrożono prawa ochrony konkurencji, aczkolwiek od kilku dekad obserwuje się dynamiczną ekspansję (proliferację) tego prawa. Jeszcze w latach 90. tylko stosunkowo niewielka liczba (rozwinętych z reguły) państw posiadała regulacje prawne chroniące konkurencję, podczas gdy obecnie państw tych jest już ponad 150; zob. P. Hubert, M. Leppard, O. Lécroart, *Day-to-Day Competition Law: A Practical Guide for Businesses*, Bruxelles 2014, s. 31.

⁵⁹ Rozwiązanie takie stosują niektóre państwa rozwijające się (np. Jamajka), wdrażając prawo ochrony konkurencji tylko w części obejmującej regulacje chroniące przed praktykami antykonkurencyjnym, a już nie przed antykonkurencyjnymi koncentracjami, co w założeniu ma sprzyjać rozwojowi rodzimych przedsiębiorstw zdolnych konkurować z zagranicznymi potentatami (założenie to wydaje się złudne, albowiem nie uwzględnia zagrożenia polegającego na przejmowaniu lokalnych przedsiębiorstw przez ekspansywnych rywali zagranicznych); zob. P. Brusick, S.J. Evenett, *Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power?*, *Wisconsin Law Review* 2008, nr 2, s. 286 i n.

tracę krajowych przedsiębiorstw skutkujące istotnym umocnieniem ich siły rynkowej oraz ograniczeniem konkurencji.

Po drugie, w celu ochrony krajowych przedsiębiorstw przed zagranicznymi interwencjami antymonopolowymi o charakterze eksterytorialnym⁶⁰ państwa przynależności tych przedsiębiorstw mogą stosować retorsje w formie specyficznych regulacji obronnych. Mogą one w szczególności służyć: 1) utrudnianiu lub uniemożliwianiu zagranicznych postępowań antymonopolowych lub też blokowaniu wykonalności zapadłych w nich orzeczeń, zwłaszcza poprzez wprowadzenie: (a) zakazu udzielania informacji zagranicznym władzom, a także (b) zakazu wykonywania przez krajowe władze zagranicznych orzeczeń sądowych i administracyjnych („*blocking*” statutes), bądź też 2) neutralizacji skutków zagranicznych orzeczeń zasądzających od krajowych przedsiębiorstw odszkodowania (zwłaszcza wielokrotne, np. amerykańskie *treble damages*) za szkody spowodowane naruszeniem reguł konkurencji, poprzez mechanizm rekompensaty przez państwo tym przedsiębiorstwom części zapłaconych przez nie za granicą odszkodowań („*claw-back*” statutes)⁶¹. Z perspektywy chronionych w ten sposób przedsiębiorstw regulacje te umożliwiają w szczególności powołanie się na doktrynę suwerennego przymusu państwowego (*sovereign compulsion doctrine*), co może je uchronić przed zagranicznymi sankcjami antymonopolowymi (w myśl tej doktryny przedsiębiorstwo nie może ponosić odpowiedzialności antymonopolowej przed zagraniczną władzą, jeśli jego zachowania naruszające reguły

⁶⁰ Mimo argumentów wysuwanych na rzecz posługiwania się terminem „ekstraterytorialność” zamiast „eksterytorialność” (zob. np. S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 160, i powołany tam pogląd) w niniejszym opracowaniu stosowane będzie to drugie (słownikowe) określenie, jako bardziej utrwalone w piśmiennictwie.

⁶¹ Pierwszą ustawę obronną uchwaliła (w 1947 r.) Kanada, jednak apogeum rozwoju tego typu regulacji nastąpiło w latach 70. i 80., w następstwie konfliktu międzynarodowego o silnym zabarwieniu politycznym, wywołanego konfrontacyjnym postępowaniem amerykańskich władz antytrustowych wymierzonym w uczestników międzynarodowego kartelu producentów uranu. Funkcją tych regulacji, przyjętych m.in. w Australii, Francji, Holandii, Niemczech, Norwegii, RPA, Szwajcarii, Szwecji, Włoszech i Wielkiej Brytanii, była ochrona krajowych przedsiębiorstw (zwłaszcza strategicznych eksporterów) przed ekspansywną polityką eksterytorialnego stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego, postrzeganą jako niedopuszczalna ingerencja w sferę prerogatyw suwerennych państw; szerzej zob. R.E. Price, *Foreign Blocking Statutes and the GATT: State Sovereignty and the Enforcement of U.S. Economic Laws Abroad*, GWJILE 1995, t. 28, s. 315 i n.; A.V. Lowe, *Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British Protection of Trading Interest Act, 1980*, American Journal of International Law 1981, t. 75, nr 2, s. 257 i n.; *Reassessment of International Application of Antitrust Laws: Blocking Statutes, Balancing Tests, and Treble Damages*, Law and Contemporary Problems 1987, t. 50, s. 197 i n.

konkurencji w wymiarze transgranicznym są wymuszone przez rodzime prawo)⁶².

Po trzecie, formą protekcji krajowych przedsiębiorstw może być też osłabianie pozycji konkurencyjnej ich zagranicznych rywali poprzez nadmierne intensywne (restrykcyjne) egzekwowanie względem tych ostatnich krajowego prawa ochrony konkurencji (skutkujące np. uniemożliwieniem im koncentracji, która nie doprowadziłaby do istotnego ograniczenia konkurencji).

Dyskryminacyjna polityka konkurencji może mieć źródło bezpośrednio w przepisach prawa ochrony konkurencji (np. zawierających wyraźne wyłączenia spod zakazu karteli eksportowych), bądź też (częściej) we władzy dyskrecjonalnej (uznaniu) organów ochrony konkurencji. Przykładem ilustrującym ten drugi przypadek mogą być postępowania w sprawach kontroli koncentracji, które zarówno na etapie ustalania stanu faktycznego, jak i ewaluacji potencjalnie antykonkurencyjnych skutków planowanych transakcji (z uwzględnieniem argumentów proefektywnościowych), otwierają szerokie pole dla strategicznie motywowanych interpretacji, nawet jeśli ich przyjęcia nie wymagają przepisów prawa⁶³.

Strategiczna polityka konkurencji opiera się m.in. na założeniu, że celowe umożliwianie krajowym przedsiębiorstwom (w szczególności narodowym czempionom) osiągnięcia siły rynkowej (dominacji) na rynkach krajowych, co w rezultacie przekłada się na pożądane efekty ekonomii skali i zakresu, może sprzyjać podnoszeniu efektywności tych przedsiębiorstw na rynkach międzynarodowych. Ponieważ są one zwykle większe od krajowych, bardziej efektywne na tych rynkach są także przedsiębiorstwa większych rozmiarów. Stąd też korzystnym rozwiązaniem może okazać się dopuszczenie współpracy krajowych przedsiębiorstw oraz większej ich koncentracji na rynku krajowym (skutkujące wzrostem ich siły rynkowej i zarazem osłabieniem efektywności na krajowym rynku) w zamian za proporcjonalnie większy wzrost efektywności tych przedsiębiorstw na rynkach międzynarodowych (tzw. argument międzynarodowej konkurencyjności, *international competitiveness defence*)⁶⁴.

Dyskryminacyjna polityka ochrony konkurencji może też ułatwiać krajowym przedsiębiorstwom zdobywanie i umacnianie siły rynkowej na rynkach międzynarodowych oraz osiąganie dzięki niej monopolistycznych, czy też

⁶² Szeroko na temat tej doktryny zob. M. Martyniszyn, *A Comparative Look at Foreign State Compulsion as a Defence in Antitrust Litigation*, CLR 2012, t. 8, nr 2, s. 143 i n. J.R. Atwood, *Blocking Statutes and Sovereign Compulsion in American Antitrust Litigation*, W.Comp. 1986, t. 10, nr 2, s. 5 i n.

⁶³ O. Budzinski, *The Governance...*, s. 56.

⁶⁴ W. Kerber, O. Budzinski, *Competition...*, s. 41 i n.; W. Kerber, O. Budzinski, *Towards...*, s. 426.

oligopolistycznych zysków kosztem zagranicznych konkurentów i konsumentów, co przekłada się na wzrost narodowego dobrobytu⁶⁵. Mamy wtedy do czynienia ze swoistą strategią rozwoju na cudzy koszt (*beggar-thy-neighbour strategy*⁶⁶), która charakteryzuje też strategiczną politykę handlową. Strategia ta opiera się na teorii, że jeżeli uszczerbek dobrobytu wskutek antykonkurencyjnych praktyk ponoszą głównie, czy nawet wyłącznie podmioty zagraniczne, to z perspektywy narodowej optymalną polityką konkurencji (wobec takich praktyk) jest jej brak⁶⁷. Inna sprawa, że świadoma rezygnacja z interwencji antymonopolowych w takich przypadkach może być uznana za swoisty przejaw biernej polityki konkurencji⁶⁸.

Kluczowe znaczenie dla zdolności urzeczywistniania strategicznej polityki konkurencji ma zasada eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji⁶⁹. Zasada ta, oparta na tzw. teorii (zwanej też doktryną) skutków (następstwa) lub jej odpowiedniku (wykształconym w orzecznictwie TSUE), jakim jest tzw. teoria wykonania (implementacji), zakłada, że właściwym łącznikiem, koniecznym do zastosowania przepisów prawa ochrony konkurencji, nie jest więź terytorialna z przedsiębiorstwem lub jego zachowaniami ograniczającymi konkurencję (np. w postaci praktyk kartelowych czy koncentracji), ale skutek (następstwo) tych zachowań dla konkurencji na krajowym (rodzimym) rynku (teoria skutków), bądź też miejsce, gdzie zostały one zrealizowane (teoria wykonania)⁷⁰. W myśl tych teorii, nawet w przypadku zachowań przedsiębiorstw zagranicznych mających miejsce za granicą, także legalnych w świetle tamtejszego prawa, państwo (UE) może stosować wobec nich krajowe (unijne) regulacje chroniące konkurencję na podstawie twierdzenia, że wywołują one skutki na terytorium tego państwa (zostały zrealizowane na obszarze UE). Nie ma zatem (w teorii) „ucieczki”

⁶⁵ W. Kerber, O. Budzinski, *Competition...*, s. 42; A.T. Guzman, *Is International Antitrust Possible?*, NYULR 1998, t. 73, nr 5, s. 1534.

⁶⁶ Określenie „*beggar-thy-neighbour*” wprowadziła do terminologii naukowej J. Robinson (*Essays in the Theory of Employment*, New York 1937, s. 210 i n.), odnosząc je do neomerkantylnej polityki zwiększania zatrudnienia kosztem partnerów zagranicznych (poprzez poprawianie bilansu handlowego za pomocą: dewaluacji waluty, obniżania płac, subsydiów eksportowych oraz protekcji importowej).

⁶⁷ A.T. Guzman, *Is International...*, s. 1534.

⁶⁸ R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 174.

⁶⁹ W. Kerber, O. Budzinski, *Competition...*, s. 44 i n.; por. też E. Elhauge, D. Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oxford 2007, s. 1101 i n.

⁷⁰ Zob. R. Molski, *Eksterytorialne stosowanie prawa ochrony konkurencji*, RPEiS 2002, z. 3, s. 13 i n.; tenże, *Prawo antymonopolowe...*, s. 185 oraz cytowane tam źródła. Szerzej w sprawie eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji zob. B. Fuchs, *Prawo kartelowe a prawo prywatne międzynarodowe*, Katowice 2006; A. Maziarz, *Eksterytorialne stosowanie unijnego prawa konkurencji*, PiP 2012, z. 5, s. 61 i n.

przed prawem ochrony konkurencji, a nadto – żadne państwo nie posiada wyłącznej i nieograniczonej jurysdykcji w sprawach ochrony konkurencji, nawet na własnym terytorium⁷¹. W pełni skuteczne wdrożenie zasady eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji uniemożliwiłoby zupełnie prowadzenie polityki konkurencji w wariantach opartych na strategii rozwoju na cudzy koszt. Kiedykolwiek bowiem krajowe władze ochrony konkurencji zezwalałyby na antykonkurencyjne zachowania (np. praktyki kartelowe lub koncentracje) rodzimych przedsiębiorstw zorientowane na zagranicę, zagrożone, czy też dotknięte nimi państwo mogłoby skutecznie interweniować w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym skutkom takich praktyk (koncentracji). W rzeczywistości jednak odnośna zasada nie daje się w pełni skutecznie stosować. Dzieje się tak zwłaszcza z powodu takich jej mankamentów, jak: trudności procesowe (w toku postępowań wyjaśniających), zwłaszcza w dostępie do materiału dowodowego (żadne państwo nie jest w stanie pozyskać dowodów zlokalizowanych na terenie innego państwa bez jego zgody i współpracy – przynajmniej dorozumianej); komplikacje związane z egzekucją prawa za granicą, a także wysoki potencjał generowania konfliktów międzynarodowych (z powodu zagrożenia dla suwerenności państwowej⁷²). W konsekwencji, mimo uniwersalnego charakteru zasady eksterytorialności we współczesnych systemach ochrony konkurencji, nie jest ona w stanie wyeliminować możliwości stosowania strategicznej polityki konkurencji, a co najwyżej je ograniczyć⁷³. Co więcej, sama ta zasada może być używana jako narzędzie strategicznej polityki konkurencji, w celu osłabiania pozycji konkurencyjnej zagranicznych przedsiębiorstw. Jest to tym bardziej możliwe, że istnieje znacząca asymetria władzy jurysdykcyjnej umożliwiającej eksterytorialne stosowanie reguł konkurencji. O ile duże i silne państwa, czy też ich ugrupowania, dysponujące wystarczającą władzą i potencjałem gospodarczym, w tym atrakcyjnymi rynkami zbytu (takie jak np. Stany Zjednoczone czy UE), są praktycznie w stanie (choć nie bez trudności⁷⁴) chronić rodzimy rynek przed ograniczeniami konkurencji mają-

⁷¹ Zob. R. Molski, *Suwerenność państwa w obliczu globalizacja prawa ochrony konkurencji* [w:] I. Gawłowicz, I. Wierzchowiecka (red.), *Koncepcje suwerenności. Zbiór studiów*, Warszawa 2005, s. 92 i n.; A. Bradford, *International Antitrust Negotiations and the False Hope of the WTO*, HILJ 2007, t. 48, nr 2, s. 390 i n.

⁷² Szerzej zob. R. Molski, *Suwerenność...*, s. 93 i n.

⁷³ W. Kerber, O. Budzinski, *Competition...*, s. 45.

⁷⁴ Znamienne, że nawet USA, tradycyjnie uznawane za hegemon w polityce konkurencji i kolebkę idei eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji, napotyka na poważne trudności w wykonywaniu jurysdykcji eksterytorialnej w sprawach antymonopolowych, czego przykładem może być podjęta w połowie lat 90. i zakończona fiaskiem próba neutralizacji kartelu producentów diamentów przemysłowych (kontrolowanego

cymi źródło za granicą, a nawet podejmować eksterytorialne interwencje antymonopolowe w celach protekcyjnych, o tyle małe i rozwijające się państwa (o niewielkim potencjale) zwykle nie mają takich zdolności i wolą unikać ryzyka konfliktów z silniejszymi partnerami⁷⁵. Okazuje się zatem, że spośród wszystkich suwerennych państw, które implementowały zasadę eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji, z powodu asymetrii w zakresie praktycznej zdolności jej realizacji niektóre z tych państw są „bardziej suwerenne” od innych⁷⁶. Znamienny w tym kontekście jest fakt, że w praktyce decyzyjnej polskich organów ochrony konkurencji nie ma – jak dotychczas – ani jednego przykładu czysto eksterytorialnego zastosowania sankcji przewidzianych w ustawie z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (u.o.k.k.)⁷⁷, która w art. 1 ust. 2 *explicite* wyraża zasadę eksterytorialności w formule skutkowej⁷⁸, a trudno przecież zakładać, że Polska jest „oazą” wolną np. od penetracji zagranicznych karteli czy globalnych dominantów. Właściwie jedyną kategorią spraw o charakterze *stricte* eksterytorialnym, jaką w praktyce zajmuje się Prezes UOKiK jest wstępna kontrola koncentracji dokonywanych za granicą, inicjowana notyfikacjami zagranicznymi (w żadnym przypadku – jak dotąd – nie wydano decyzji zakazującej takiej transakcji, czy nawet nakazującej tylko jej modyfikację). Na marginesie warto też odnotować, że począwszy od 2000 r. polskie prawo ochrony konkurencji nie przewiduje przepisów blokujących ewentualne postępowania antymonopolowe wszczynane przeciwko polskim przedsiębiorcom za granicą. Przepisy tego rodzaju zawierała ustawa anty-

przez De Beers – faktycznego monopolistę w światowym obrocie diamentami), a to z powodu przeszkód w dostępie do materiału dowodowego, który znajdował się w większości poza zasięgiem władz amerykańskich; zob. S.W. Waller, *Anticartel Cooperation* [w:] S.J. Evenett, A. Lehmann, B. Steil (red.), *Antitrust Goes Global: What Future for Transatlantic Cooperation?*, Washington 2000, s. 104; tenże, *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, Boston University Law Review 1997, t. 77, s. 377.

⁷⁵ W. Kerber, O. Budzinski, *Competition...*, s. 45; zob. też A. Jacquemin, *Towards an Internationalisation of Competition Policy*, WEcon. 1995, t. 18, nr 6, s. 786; A. Mitschke, *The Influence of National Competition Policy on the International Competitiveness of Nations*, Heidelberg 2008, s. 22.

⁷⁶ O „pełniejszej suwerenności” niektórych państw w zawiadywaniu sprawami gospodarczymi pisze np. S. Sassen, *The State and Economic Globalization: An Implications for International Law?*, Chicago Journal of International Law 2000, t. 1, nr 1, s. 116.

⁷⁷ Dz.U. z 2015 r. poz. 184.

⁷⁸ Przepis ten 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” (podkreślenie R.M.).

monopolowa z 1990 r. (nie zapobiegały one wszczynaniu takich postępowań, ale miały chronić interesy polskich przedsiębiorców poprzez zakaz udostępniania danych lub składania wyjaśnień obcym władzom)⁷⁹, jednak w obliczu zacieśniającej się współpracy międzynarodowej, a zwłaszcza aspiracji Polski do uczestnictwa w UE, regulacje te straciły rację bytu. Akcesja do UE, co warto też podkreślić, stwarza w zamian nieporównanie większe możliwości ochrony polskiego rynku, jako części rynku wewnętrznego Unii, przed antykonkurencyjnymi zachowaniami o charakterze eksterytorialnym, a to dzięki unijnemu prawu konkurencji oraz instytucjom odpowiedzialnym za jego egzekwowanie (z Komisją Europejską na czele).

Trafna wydaje się supozycja, że w braku międzynarodowego (globalnego) reżimu ochrony konkurencji, a także malejącej dostępności instrumentów polityki handlowej na szczeblu krajowym i regionalnym wskutek zobowiązań handlowych przyjmowanych w ramach WTO, spodziewać się można wzrostu skłonności do (nad)używania polityki konkurencji w celach strategicznych⁸⁰. Mimo że, analogicznie do strategicznej polityki handlowej, przypadki w których strategiczna polityka konkurencji zmniejszająca globalny (światowy) dobrobyt faktycznie zwiększa dobrobyt narodowy (regionalny) należą raczej do rzadkości⁸¹. Dzieje się tak dlatego, że nawet jeśli polityka ta nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego (ponieważ jej koszt obniża dobrobyt zarówno narodowy, jak i zagraniczny, czy też międzynarodowy), mogą za nią przemawiać względy racjonalności politycznej. Teoria wyboru publicznego przekonująco dowodzi, że polityka zmniejszająca dobrobyt narodowy może być politycznie racjonalna, jeśli służy interesom poszczególnych lobby (grupom interesu)⁸². Strategiczna polityka konkurencji nie tylko może być motywowana interesem (dobrobytem) rodzimych grup interesu (*lobbyism-biased competition policies*), ale w rzeczywistości prawdopodobnie większość przypadków jej zastosowania jest rezultatem lobbystycznych zabiegów i strategii⁸³. Z zasady bowiem grupy reprezentujące partykularne interesy przedsiębiorstw dysponują większą siłą nacisku na polityków w porównaniu z konsumentami. W szczególności duże przedsiębiorstwa mające status narodowych czempionów (wraz z ich interesariuszami) są skłonne wykorzystywać swą silną pozycję w grze lobbingsowej, w celu uzyskania korzystnych dla

⁷⁹ Zob. S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 373 i n.; T. Ławicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 128 i n.

⁸⁰ W. Kerber, O. Budzinski, *Competition...*, s. 42 i n.

⁸¹ Tamże, s. 61

⁸² Tamże.

⁸³ Tamże, s. 54 i 61.

nich rozwiązań prawnych czy też indywidualnych rozstrzygnięć w zakresie ochrony konkurencji (kosztem interesów mniejszych przedsiębiorstw i konsumentów). W takich jednak przypadkach, gdy działania władz publicznych podyktowane są bardziej interesami wpływowych grup niż troską o dobrobyt narodowy, należałoby mówić o polityce promowania nie tyle narodowych czempionów, co raczej czempionów reprezentujących poszczególne grupy interesu.

Rozdział III

Krytyka polityki promowania narodowych czempionów

Argumenty podnoszone przez zwolenników polityki promowania narodowych czempionów poddawane są intensywnej krytyce zarówno od strony teoretycznej, jak i praktycznej.

3.1. Krytyka imperatywu rynków globalnych

Przeciwnicy polityki promowania narodowych czempionów wskazują, że wprawdzie globalizacja rynków pozostaje kwestią dyskusyjną, niemniej jednak teza o globalnym wymiarze większości rynków jest mało przekonująca. W rzeczywistości jest raczej odwrotnie, tzn. że tylko niewiele z nich ma wymiar globalny, a większość pozostaje rynkami narodowymi. Nadto, przedsiębiorstwa dokonują ekspansji na skalę globalną częściej nie z konieczności, ale z wyboru. W konsekwencji twierdzenie, że aby przetrwać muszą one działać w skali globalnej (*ergo* być dużymi graczami rynkowymi) pozbawione jest podstaw¹.

3.2. Krytyka dużej skali przedsiębiorstw

Nie zawsze pozytywne konotacje ewokują też pokaźne rozmiary (znaczna wielkość) przedsiębiorstw, będące tradycyjnym desygnatem narodowych czempionów. Otwartą kwestią pozostaje zwłaszcza pozytywny związek między dużą skalą przedsiębiorstw a ich efektywnością i konkurencyjnością. Jak przekonuje np. Michael Porter, dowody wskazujące na to, że duża skala przedsiębiorstw jest konieczna, aby mogły one efektywnie konkurować na

¹ P.A. Geroski, *Competition...*, s. 3 i n.

rynkach międzynarodowych, są wątle (jeśli w ogóle istnieją). Międzynarodową konkurencyjność zapewnia przedsiębiorstwom raczej silna konkurencja ze strony rodzimych rywali². Przykładem ekstremalnie negatywnej percepcji znacznej wielkości jako wyróżnika przedsiębiorstw jest stanowisko wybitnego sędziego amerykańskiego Louisa Brandeisa³. Uważał on, że pokaźne rozmiary przedsiębiorstwa są symptomem jego uprzednich nadużyć ze szkodą dla polityki, gospodarki i konsumentów⁴. Mówiąc często o „kłątwie wielkości” Brandeis przekonywał, że znaczna wielkość przedsiębiorstwa sama w sobie nosi „kainowe piętno”, i jest rezultatem nagannych praktyk przedsiębiorstwa w przeszłości⁵. Duże przedsiębiorstwa, zdaniem Brandeisa, uzyskują swoją pozycję nie dzięki wysokiej efektywności, a kosztem konsumentów. Pozycja ta umożliwia takim przedsiębiorstwom kontrolowanie aparatu państwowego (wszak władza gospodarcza łatwo przekłada się na władzę polityczną). Przestrzegał w związku z tym sugestywnie, że mogą one stać się czymś na kształt Frankensteinia – formą życia, nad którą utracono kontrolę⁶. Skrajnie posunięty sceptycyzm Brandeisa i jego następców (z Williamem Douglasem na czele) w kwestii pozytywnego wpływu znacznych rozmiarów przedsiębiorstwa na efektywność mało kogo dziś przekonuje. Wszak trudno zaprzeczyć, że w wielu przypadkach optymalną efektywność można uzyskać w warunkach oligopolistycznej struktury rynku (np. w przemyśle motoryzacyjnym) lub na rynkach działających w oparciu o monopol naturalny (np. w sektorach infrastrukturalnych: przesyłu energii elektrycznej czy gazu), niemniej jednak na uznanie zasługuje dostrzeżenie przez tę szkołę problemu wpływu dużych przedsiębiorstw (i władzy gospodarczej, którą dysponują) na procesy polityczne, ze szkodą dla obywateli, a także wyeksponowanie względów dystrybucyjnych w ocenie zachowań rynkowych przedsiębiorstw (nawet gdy osiągnięto efektywność, niewiele ona znaczy, jeśli w wynikających z niej korzyściach nie mają udziału konsumenci)⁷. Notabene także tzw. populistyczny nurt amerykańskiego prawa antytrustowego (popularny w latach 60. i 70.), odrzucający statyczną efektywność jako jedyne kryterium oceny zachowań rynkowych przedsiębiorstw (co znamionowało

² M.E. Porter, *The Competitive Advantages of Nations*, HBR 1990, t. 68, nr 2, s. 90.

³ Zob. D. Bush, *Too Big to Bail: The Role of Antitrust in Distressed Industries*, ALJ 2010, t. 77, nr 1, s. 277 i n.

⁴ Tamże.

⁵ L.D. Brandeis, *A Curse of Bigness*, Harper's Weekly, 10.1.1914, s. 18; cyt. za B. Orbach, G.C. Rebling, *The Antitrust Curse of Bigness*, Southern California Law Review 2012, t. 85, s. 608; D. Bush, *Too Big to Bail...*, s. 277 i n.

⁶ D. Bush, *Too Big to Bail...*, s. 277 i n.

⁷ Tamże.

tw. szkołę Chicago), eksponował zagrożenia dla indywidualnej wolności wynikające z koncentracji władzy, zarówno politycznej, jak i gospodarczej⁸. Przekonywał, że polityka konkurencji zorientowana na ograniczanie władzy dużych (wpływowch) przedsiębiorstw w konsekwencji ogranicza ryzyko nadużywania systemu politycznego w imię partykularnych interesów grupowych. Resentymenty (uprzedzenia) względem dużych przedsiębiorstw są zresztą obecne w amerykańskiej tradycji antymonopolowej od jej zarania. U jej podstaw legły właśnie obawy społeczeństwa przed trustami⁹, będącymi emanacją rozrastających się ponad miarę korporacji gospodarczych (stąd określenie: prawo antitrustowe)¹⁰. W szczególności obawiano się, że olbrzymia akumulacja bogactwa w rękach wielkich organizmów gospodarczych (oraz ich właścicieli) stanie się źródłem opresji jednostek (obywateli) i będzie szkodziła społeczeństwu *in genere*¹¹. Powstrzymywanie nadmiernej koncentracji siły rynkowej zasadza się na idei, że korporacje gospodarcze nie powinny dysponować większą władzą i wpływami niż wybrane demokratycznie władze publiczne (rząd). Egzemplifikacją poglądu, iż koncentracja władzy gospodarczej w rękach jednego bądź niewielkiej grupy podmiotów stwarza zagrożenie dla demokratycznego państwa jest wypowiedź Franklina D. Roosevelta: „Wolność demokracji jest zagrożona, gdy naród toleruje wzrost władzy prywatnej do takiego stopnia, że władza ta staje się silniejsza od władzy demokratycznego państwa”¹². Także bardziej współcześnie przestrzega się przed taką wykładnią prawa ochrony konkurencji, która w trudnych czasach czyniłaby je niezdolnym do odgrywania roli instrumentu ochrony przed niepożądaną koncentracją władzy gospodarczej¹³.

Budowanie gospodarki kraju na bazie czempionów narodowych, których z definicji nie może być wielu, naraża taki kraj nie tylko na ryzyko

⁸ Tamże.

⁹ Trusty były specyficznymi, zintegrowanymi ugrupowaniami przedsiębiorstw, zarządzanymi przez grupę powierników dysponujących kapitałem akcyjnym uczestników trustu, co zapewniało im kontrolę nad określonymi gałęziami gospodarki. Współczesnym archetypem tego typu monopolistycznego zrzeszenia jest Standard Oil Trust; szeroko na temat trustów zob. C.F. Beach, *A Treatise on the Law of Monopolies and Industrial Trusts, As Administered in England and in the United States of America*, Clark 2007.

¹⁰ Zob. B. Orbach, G.C. Rebling, *The Antitrust Curse...*, s. 606 oraz cytowany tam artykuł G.J. Stiglera, *The Case Against Big Business*, Fortune 1952 nr 5, s. 123 i n.

¹¹ Tamże; zob. też wyrok Sądu Najwyższego USA z 1911 r. w sprawie Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, s. 50.

¹² Cyt. za E.M. Fox, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, Cornell Law Review 1981, t. 66, s. 1150.

¹³ Zob. R. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, University of Pennsylvania Law Review 1979, t. 127, s. 1058.

wymknięcia się ich spod kontroli regulatora czy faktycznego przechwycenia przez nie władzy regulacyjnej i dyktowania państwu korzystnej dla nich polityki (*regulatory capture*), ale także ryzyko wynikające ze zmiennych losów konkretnych przedsiębiorstw i ewentualnych błędów ich kierownictwa¹⁴. Skrajnym przykładem problemów generowanych przez przedsiębiorstwa, które w dążeniu do efektu skali osiągnęły ogromne rozmiary, jest przypadek niektórych instytucji finansowych (zwłaszcza banków). To one właśnie, angażując się w nadmiernie ryzykowne operacje i stwarzając ryzyko systemowe (załamania się krajowych systemów finansowych czy nawet systemu globalnego wskutek upadku instytucji, „która jest zbyt duża, aby mogła upaść”), w dużej mierze przyczyniły się do wybuchu ostatniego globalnego kryzysu finansowego i gospodarczego (jego początkowym symptomem były problemy banków inwestycyjnych i towarzystw ubezpieczeniowych wywołane załamaniem na rynku kredytów hipotecznych *subprime*, czy też – innymi słowy – pęknięciem bańki spekulacyjnej na amerykańskim rynku nieruchomości)¹⁵. Na ironię przy tym zakrawa fakt, że instytucje (zwłaszcza banki), o których mowa, po kilku latach restrukturyzacji (finansowanej głównie ze środków publicznych) w większości wyszły z problemów obronną ręką i znowu rosną w siłę, podczas gdy wiele państw dotkniętych kryzysem (kryzys zadłużeniowy sektora prywatnego doprowadził też do kryzysu zadłużeniowego sektora publicznego) ciągle zmagają się z problemem zadłużenia¹⁶. Skutki kryzysu okazały się szczególnie dotkliwe dla gospodarek Islandii oraz Irlandii, które pograżyło przede wszystkim bankructwo lub nawet tylko niedomaganie rodzimych (dużych) instytucji finansowych¹⁷. Zdaniem nie-

¹⁴ A.K. Kluczny, *Narodowi...*, s. 86.

¹⁵ Zob. J. Węclawski, *Wielkie banki i ich rola w kryzysie finansowym*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 2013, t. 47/1, Sectio H. Oeconomia, s. 222 i n. (ogłoszenie 15.9.2008 r. upadłości jednego z najstarszych banków inwestycyjnych Lehman Brothers uznaje się powszechnie za symboliczny początek kryzysu). Dla porządku tylko dodać tu wypada, że przyczyny kryzysu, o którym mowa, są wielorakie i złożone, a krąg podmiotów zań odpowiedzialnych (w różnym stopniu) obszerny (oprócz uczestników rynku finansowego i władz publicznych mających nań wpływ do kręgu tego zalicza się m.in. ekonomistów akademickich, a nawet media zajmujące się finansami – *sic!*); szerzej zob. np. M. Adamczyk, *Współczesny kryzys finansowy – przyczyny i konsekwencje dla gospodarki światowej*, *Prace i Materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego* 2012, nr 31(1), s. 13 i n.; R. Wierzba, E. Gostomski, M. Penczar, M. Liszewska, P. Górski, J. Giżyński, E. Małecka, *Polski sektor bankowy wobec wyzwań związanych z kryzysem finansowym w strefie euro*, Sopot 2014, s. 13 i n.; J. Crotty, *Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the 'new financial architecture'*, *Cambridge Journal of Economics* 2009, t. 33, s. 563 i n.

¹⁶ Zob. J. Węclawski, *Wielkie banki...*, s. 223 i 228.

¹⁷ A.K. Kluczny, *Narodowi...*, s. 86.

których prominentnych ekspertów tego rodzaju behemoty gospodarcze są zbyt duże, aby je ratować i zarządzać nimi, dlatego zamiast ich wybawiania z opresji za pomocą gigantycznej pomocy państwowej (która tylko potęguje ryzyko systemowe) należałoby je podzielić na mniejsze podmioty¹⁸. W każdym razie doświadczenia empiryczne związane z ostatnim kryzysem zdają się dowodzić, że korzyści przypisywane ekonomii skali i zakresu mogą być przesadzone, przynajmniej w niektórych (choć niebagatelnych) przypadkach. Tym samym pogląd, że koniecznym warunkiem sukcesu gospodarczego jest posiadanie przez przedsiębiorstwo odpowiedniej „masy krytycznej” (zapewniającej wystarczające środki zwłaszcza na działalność badawczo-rozwojową) okazuje się co najmniej dyskusyjny. Współczesna wiedza ekonomiczna sugeruje wręcz, że sukcesy rynkowe (np. będące owocem przełomowych technologii) są często rezultatem łączenia potencjału wielu niekoniecznie dużych przedsiębiorstw w warunkach konkurencji, co najlepiej ilustruje mechanizm formowania klastra, oparty na wspólnej lokalizacji (*co-location*) przedsiębiorstw z danego sektora, która przyciągając nowe rozbudowuje potencjał danego regionu (modelowym przykładem tego fenomenu może być przypadek Doliny Krzemowej lub centrów finansowych w Londynie czy Hong Kongu)¹⁹. Nawiasem mówiąc, kreowanie klastra geograficznego, grupującego konkurentów z danego sektora, jest w istocie kreowaniem narodowego czempiona, aczkolwiek pojmowanego inaczej niż tradycyjny model. Polemizując z argumentem „masy krytycznej” wskazuje się również, że jeśli wejście na rynek lub ekspansja rynkowa będą opłacalne (tzn. że przyszłe dochody przewyższą uprzednie nakłady), to racjonalnie zachowujący się podmiot podejmie inwestycję lub rozwinie działalność niezależnie od ewentualnego wsparcia publicznego. Skoro zatem na rynkach oferujących znaczące korzyści skali przedsiębiorstwa są w naturalny sposób mobilizowane do inwestycji i wzrostu, to zapewnianie dostępu do tych rynków i usuwanie przeszkód utrudniających wzrost (takich jak np. ograniczenia w dostępie do kapitału czy bariery regulacyjne) jest bardziej efektywne od bezpośredniej pomocy państwa dla przedsiębiorstw. Taka protekcja narodowych czempionów, np. w postaci zakazów blokujących konkurentom dostęp do rynku lub osłabiania presji konkurencyjnej, może potęgować problemy, których źródłem jest siła (władza) rynkowa beneficjentów takiej polityki²⁰. Egzemplifikacją

¹⁸ Zob. J.E. Stiglitz, *Too Big...*, s. 5.

¹⁹ P.A. Geroski, *Competition...*, s. 4; M. Gorynia, B. Jankowska, *Klustry...*, s. 32.

²⁰ Siła rynkowa jest jedną z kluczowych kategorii prawa ochrony konkurencji (antymonopolowego). Definiuje się ją najczęściej jako zdolność przedsiębiorstwa do podwyższania poziomu cen, choćby poprzez ograniczenie produkcji, przy równoczesnym zwiększaniu czystych zysków; zob. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*,

tego rodzaju problemów jest trwała utrata dobrobytu społecznego w wyniku nieoptymalnej alokacji zasobów (tzw. zbędna strata społeczna, *deadweight loss*), spadek wydajności i utrata bodźców innowacyjnych²¹. Wypada przy tym dodać, że przedsiębiorstwa mogą osiągać pożądane efekty (korzyści) skali poprzez podejmowanie z partnerami rynkowymi wspólnych przedsięwzięć (*joint ventures*) lub innego rodzaju transakcji niezakładających wspólnoty majątkowej czy przejmowania kontroli nad innymi przedsiębiorstwami.

Trafnie podnosi się również, że wykreowanie (przy wsparciu publicznym) narodowego czempiona posiadającego zdolność konkurowania na wysoce konkurencyjnym rynku globalnym nie gwarantuje, że czempion ów będzie skłonny zrobić użytek z tej zdolności z pożytkiem dla interesu narodowego (wszak możliwość czynienia czegoś nie oznacza jeszcze, że działanie to będzie podjęte). Monopole mają zdolność podwyższania cen, a zarazem obniżania kosztów, ale – jak wiadomo – z powodu braku presji konkurencyjnej często wybierają „beztroskie życie”²². Duży potencjał przedsiębiorstwa nie zabezpiecza więc przed błędami i nie daje pewności, że promowane będą najbardziej innowacyjne rozwiązania technologiczne i organizacyjne. Doświadczenie uczy, że korzyści tego rodzaju zawdzięczamy często staraniom podejmowanym przez niewielkie nowopowstałe przedsiębiorstwa. W konsekwencji, korzyści społeczeństwa z polityki promowania narodowych czempionów, mające rekompensować wyższe ceny będące skutkiem ich (autoryzowanej przez państwo) siły rynkowej, mogą okazać się iluzoryczne.

3.3. Problemy w typowaniu przedsiębiorstw do roli narodowych czempionów

Kolejny argument dyskredytujący politykę promowania narodowych czempionów wskazuje na praktyczne problemy w wyborze sektorów gospodarki lub przedsiębiorstw mających stać się owymi czempionami. Problemy te mają trojaki charakter²³.

Warszawa 2010, s. 79 i n.; U. Dubejko, *Wykorzystanie analizy ekonomicznej przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorców w sprawach z zakresu nadużywania pozycji dominującej i kontroli łącznej* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007, s. 326 i n.; W.M. Landes, R.A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law Review 1981, t. 94, nr 5, s. 937 i n.

²¹ E. Maincent, L. Navarro, *A Policy...*, s. 16.

²² P.A. Geroski, *Competition...*, s. 4 i n.

²³ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 226.

Po pierwsze, zważywszy na niezliczoną ilość niedających się kontrolować czynników mających wpływ na sukcesy lub niepowodzenia poszczególnych przedsiębiorstw lub sektorów gospodarki decydenci polityczni i urzędnicy reprezentujący rząd nie są w stanie przewidzieć, które z nich staną się w przyszłości zwycięzcami w grze rynkowej (i tym samym zasługują na specjalne wsparcie publiczne). To bowiem przede wszystkim proces konkurencji, a nie decyzje planistyczne państwa decyduje o tym, jakie towary, usługi czy technologie znajdują popyt. Nie ma zatem żadnej gwarancji, że dyskrecjonalne „obstawianie zwycięzców” w ramach polityki promowania narodowych czempionów będzie trafne. Argumentację powyższą zdają się potwierdzać liczne doświadczenia empiryczne. Przykładowo, w latach 70. i 80. rząd japoński w ramach polityki kreowania narodowych czempionów skoncentrował się na wsparciu przedsiębiorstw z sektora przemysłu lotniczego, kolejowego oraz informatycznego, a tymczasem prawdziwymi czempionami okazały się przedsiębiorstwa z innych sektorów, które nie otrzymały specjalnego wsparcia, np. producenci robotów przemysłowych, elektroniki użytkowej i urządzeń biurowych²⁴. Podręcznikowym przykładem fiaska polityki promowania narodowych czempionów za pomocą protekcji handlowej na podstawie argumentu, że przemawia za nią potrzeba ochrony młodego (raczkującego) przemysłu, jest przypadek brazylijskiej branży komputerowej²⁵. W celu stworzenia chronionego środowiska, w którym branża ta mogłaby się rozwijać, Brazylia wprowadziła w połowie lat 80. ograniczenia importowe praktycznie blokujące import komputerów do tego kraju. Skutki tego posunięcia okazały się fatalne. Technologicznie komputery brazylijskie stały się wkrótce spóźnione o wiele lat w stosunku do szybko rozwijającego się rynku światowego, a konsumenci płacili za nie dwa lub trzy razy wyższą cenę (jeśli w ogóle mogli je kupić). Komputery te oczywiście nie mogły konkurować na światowych rynkach, co szybko zaszкодziło całej gospodarce brazylijskiej. Niefortunne okazały się też rezultaty protekcji brazylijskiego przemysłu motoryzacyjnego²⁶. Dzięki wysokim cłom i kontyngentom importowym kraj ten stał się dziesiątym producentem samochodów na świecie.

²⁴ Zob. np. H. Baum, *Emulating Japan?* [w:] H. Baum (red.), *Japan: Economic Success and Legal System*, Berlin 1997, s. 9–10.

²⁵ Zob. P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, Poznań 2012, s. 364 i n.; M.J. Slaughter, *Infant-Industry Protection and Trade Liberalization in Developing Countries*, Washington 2004, s. 25 i n. W polskiej literaturze, co może zaskakiwać, opisywany był przypadek przywołano dla wykazania (nielicznych) udanych przypadków zrealizowania koncepcji ochrony *infant industry*; zob. M. Gorynia, *Międzynarodowa konkurencyjność polskiej gospodarki a polityka ekonomiczna*, *Ekonomista* 1996, nr 3, s. 352.

²⁶ C.W.L. Hill, T. Mckaig, *Global...*, s. 205.

Jednak po zniesieniu tych barier w końcu lat 80. okazało się, że mimo trwającej trzy dekady protekcji, brazylijski przemysł motoryzacyjny okazał się jednym z najmniej produktywnych w świecie.

Wprawdzie trudno byłoby przekonująco wykazać, że sektor prywatny jest wolny od podobnych błędów, a zarządzający prywatnymi przedsiębiorstwami są lepsi od urzędników w wyborze projektów gospodarczych zasługujących na wsparcie (ostatni kryzys finansowy uczy, że błędy w sektorze prywatnym mogą być nie mniej fatalne i dotkliwe dla podatników, jak błędy w sektorze publicznym), niemniej jednak bodźce do unikania błędów są znacznie silniejsze w sektorze prywatnym niż w publicznym, gdyż w pierwszym przypadku płacić za nie muszą co do zasady tylko dobrowolnie wyodrębnione grupy (akcjonariusze, pracownicy, menedżerowie), podczas gdy w drugim – wszyscy²⁷. Poza tym, rezygnacja z nietrafionych projektów następuje z reguły znacznie szybciej w warunkach rynkowych (władze publiczne szczególnie niechętnie przyznają się do niepowodzenia własnych projektów i często wykazują skłonność do ich kontynuacji długo po tym, jak już wiadomo, że sukces jest nieosiągalny). Tymczasem umożliwianie szybkiej korekty (zaniechania) chybionych projektów jest immanentnym elementem konkurencji dynamicznej w ujęciu Josepha Schumpetera, tj. „nieustającej burzy twórczego niszczenia” („kreatywnej destrukcji”), która eliminuje z rynku niemrawych i nieefektywnych „maruderów”²⁸. Przykładem opisywanego problemu może być przypadek sponsorowanego przed rząd brytyjski i francuski projektu Concorde. Z powodu kryzysu naftowego lat 70. stał się on nieracjonalny ekonomicznie. Mimo to, z uwagi na stopień jego zaawansowania, nie bacząc na sygnały rynkowe pokaźna grupa wpływowych urzędników i przedsiębiorstw zaangażowanych w ten projekt i zainteresowanych jego kontynuacją doprowadziła do jego realizacji, obarczając wysokimi kosztami oba partycypujące w nim kraje²⁹. Nawiasem mówiąc, Concorde jest typowym przykładem tzw. białego słonia, tj. bardzo drogiego i okazałego projektu gospodarczego, którego realizacja ostatecznie nie spełniła pokładanych w nim oczekiwań i stała się obciążeniem dla inwestorów.

Po drugie, dążąc mimo ryzyka błędu w wyborze do wykreowania narodowych czempionów władze publiczne wypaczają efektywność alokacyjną, która stanowi podstawę funkcjonowania wolnego rynku.

²⁷ J.E. Stiglitz, *The Economic Role of the State*, Oxford 1989, s. 20; M. Gorynia, *Selektywna polityka przemysłowa w okresie transformacji*, GN 1996, nr 4, s. 18.

²⁸ J.A. Schumpeter, *Kapitalizm...*, s. 99 i n.

²⁹ Zob. *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 40 i n.; D.R. Myrdelton, *They Meant Well: Government Project Disasters*, London 2007, s. 107 i n.; P. Seabright, *National...*, s. 52 i n.

Po trzecie wreszcie, władze te często ulegają wpływowi rozmaitych grup nacisku (interesu)³⁰, co poniekąd bywa źródłem zarysowanych wyżej problemów.

Ponieważ nie ma jasnych, ustalonych kryteriów wyboru narodowych czempionów, wybór ten może następować (a w ślad za tym środki na promocję wytypowanych przedsiębiorstw mogą być asygnowane) w oparciu o kryteria polityczne, a nie względy efektywnościowe. Polityka promowania narodowych czempionów może w związku z tym zachęcać do zachowań określanych mianem pogoni za tzw. rentą polityczną (*political rent-seeking*)³¹. Renta ta występuje pod postacią transferu dochodów od jednych podmiotów do innych dzięki wykorzystaniu mechanizmów władzy politycznej³². Kiedy

³⁰ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 226. Grupy interesu to zbiorowości zdolne do podejmowania zorganizowanych działań oraz reprezentowania wspólnego interesu wobec organów władzy publicznej. Grupy interesu związane z biznesem (o charakterze gospodarczym) ze względu na niewielki rozmiar, znaczną jednorodność i łatwość podejmowania zorganizowanych działań zbiorowych są w stanie zdominować na rynku politycznym interes innych grup społecznych, wygrywając dla poszczególnych sektorów gospodarki rozmaite przywileje; zob. P. Tłaczała, *Analiza grup interesu* [w:] J. Wilkin (red.), *Teoria wyboru publicznego. Wstęp do ekonomicznej analizy polityki i funkcjonowania sfery publicznej*, Warszawa 2005, s. 184 i 191; Z. Machelski, L. Rubisz (red.), *Grupy interesu. Teorie i działanie*, Toruń 2003; R.G. Holcombe, *Crony Capitalism. By Product of Big Government*, *The Independent Review* 2013, t. 17, nr 4, s. 545 i n.; M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge 1965, s. 145 i n.

³¹ Termin *rent-seeking* został po raz pierwszy wprowadzony do literatury przez A.O. Krueger (*The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, *American Economic Review* 1974, t. 64, nr 3, s. 291 i n.), jednak samo zjawisko pogoni za rentą polityczną było rozważane już wcześniej przez G. Tullocka (*The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, *Western Economic Journal* 1967, t. 5, nr 3, s. 224 i n.). Później zajmowali się nim też w szczególności: J. Buchanan (*Rent Seeking and Profit Seeking*, [w:] J. Buchanan, G. Tollison, G. Tullock (red.), *Toward a Theory of the Rent Seeking Society*, College Station 1980, s. 3 i n.; *Rent Seeking, Non-compensated Transfers, and Laws of Succession*, *JLE* 1983, t. 26, nr 1, s. 71 i n.) oraz R.A. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, *JPE* 1975, t. 83, nr 4, s. 807 i n.). W literaturze zjawisko pogoni za rentą (polityczną) kojarzy się też czasem z zachowaniami określanymi jako bezpośrednio nieproduktywne działania w dążeniu do zysku (*directly unproductive profit-seeking*); zob. J.N. Bhagwati, *Directly Unproductive Profit-seeking (DUP) Activities*, *JPE* 1982, t. 90, nr 5, s. 988 i n.; tenże, *DUP Activities and Rent Seeking*, *Kyklos* 1983, t. 36, nr 4, s. 634 i n., bądź też nazywa się je (bardziej dosadnie) pogonią za „łupem“ (*booty-seeking*); zob. R.W. McGee, *Legal Ethics, Business Ethics and International Trade: Some Neglected Issues*, *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 2002, t. 10, nr 1, s. 117.

³² W ramach teorii wyboru publicznego oprócz renty politycznej wyróżnia się też rentę ekonomiczną. Obejmuje ona dochody wynikające z wykorzystania zasobów produkcyjnych do wytwarzania towarów i usług. Dążenie do uzyskania renty ekonomicznej (*economic rent-seeking*) jest naturalnym elementem mechanizmu konkurencji i jest istotnym czynnikiem

dane przedsiębiorstwo zostaje wytypowane do roli narodowego czempiona, jest wysoce prawdopodobne, że będzie ono inwestowało znaczne środki w utrzymanie tego statusu i przechwycenie renty politycznej, np. w postaci subsydiów lub przywilejów monopolowych, zamiast inwestować np. w działalność badawczo-rozwojową czy też w obiekty produkcyjne. Pogoń za rentą polityczną (realizowana w sposób legalny – np. za pomocą lobbingu lub nielegalny – np. za pomocą korupcji) jest niekorzystna z punktu widzenia gospodarki, angażuje bowiem ograniczone zasoby (pracę i kapitał) w sposób bezproduktywny – do działalności niezwiększającej ilości produktów i usług służących wzrostowi dobrobytu. W konsekwencji może też przyczyniać się do powstawania niekorzystnych efektów zewnętrznych, np. w postaci napięć społecznych wywołanych poczuciem niesprawiedliwości³³.

3.4. Korelacja między polityką promowania narodowych czempionów a poziomem korupcji

Znamienne w kontekście powyższych uwag są wyniki badań empirycznych wskazujących na bliski związek między polityką przemysłową skierowaną na promocję narodowych czempionów i poziomem korupcji. W szczególności dowodzi się, że faworyzowaniu narodowych czempionów w ramach zamówień publicznych lub poprzez preferencje fiskalne towarzyszy znaczący statystycznie wzrost wskaźnika korupcji³⁴. Ogólniej rzecz biorąc, poziom korupcji jest wyższy w krajach, w których: 1) rodzime przedsiębiorstwa są chronione przed zagraniczną konkurencją za pomocą barier handlowych (naturalnych lub będących efektem prowadzonej tam polityki gospodarczej); 2) gospodarka zdominowana jest przez nieliczną grupę przedsiębiorstw; 3) regulacje antymonopolowe nie są efektywne w przeciwdziałaniu praktykom antykonkurencyjnym³⁵.

W świetle danych OECD 60 proc. przedsiębiorstw ukaranych za korumpowanie zagranicznych urzędników stanowią przedsiębiorstwa duże (zatrud-

mobilizującym przedsiębiorstwa do poprawy efektywności. Jeżeli występuje na rynkach konkurencyjnych, sprzyja rozwojowi gospodarczemu, a więc jest zjawiskiem pozytywnym; J. Wilkin, *Pogoń za rentą przy pomocy mechanizmów politycznych* [w:] J. Wilkin (red.), *Teoria...*, s. 205.

³³ J. Wilkin, *Pogoń...*, s. 205 i n.

³⁴ Zob. *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 40; A. Ades, R. Di Tella, *National Champions and Corruption: Some Unpleasant Interventionist Arithmetic*, *The Economic Journal* 1997, t. 107, nr 443, s. 1023 i n.

³⁵ A. Ades, R. Di Tella, *Rents, Competition, and Corruption*, *The American Economic Review* 1999, t. 89, nr 4, s. 982 i n.

niające 250 i więcej pracowników), podczas gdy małe i średnie – 4 proc.³⁶ Co bardziej zdumiewające, zanim OECD przyjęła w 1997 r. Konwencję o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych³⁷, 11 państw członkowskich tej organizacji, w tym Francja, Niemcy i Wielka Brytania, otwarcie zezwalało rodzimym przedsiębiorstwom na odpisy podatkowe z tytułu łapówek wręczanych za granicą w zamian za lukratywne kontrakty³⁸. Natomiast nie dziwi już, że po serii bulwersujących skandali korupcyjnych z udziałem takich niemieckich gigantów przemysłowych, jak Siemens, Daimler, MAN, DB International czy Rheinmetall, kiedy okazało się, że dla wielu tamtejszych menedżerów korupcja stała się częścią biznesu, Deutsche AG – jak określa się czasem niemieckie firmy – zaczęła stawać się symbolem już nie jakości, lecz korupcji³⁹. W przypadku nadużyć korupcyjnych z udziałem tak dużych przedsiębiorstw wartość udzielanych nielegalnie korzyści bywa ogromna. Przykładowo, Siemens – jedna z największych europejskich spółek giełdowych (niechlubna bohaterka największej afery korupcyjnej w powojennej historii Niemiec) tylko w latach 2000–2006 na łapówki za granicą przeznaczyła ponad 1,3 mld euro⁴⁰. Podobnie szacuje się wartość wydatków na zagraniczne łapówki koncernu zbrojeniowego BAE Systems z siedzibą w Wielkiej Brytanii (ponad 2 mld dol.)⁴¹. Z kolei największą w historii grzywną (ponad 770 mln dol.) za praktyki korupcyjne w wielu krajach ukarany został (w Stanach Zjednoczonych, na podstawie ustawy o zagranicznych praktykach korupcyjnych – Foreign Corrupt Practices Act) francuski koncern Alstom⁴².

³⁶ *OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, OECD 2012, s. 21.

³⁷ Dz.U. nr 23, poz. 264.

³⁸ M.T. Biegelman, J.T. Bartow, *Executive Roadmap to Fraud Prevention and Internal Control: Creating a Culture of Compliance*, Hoboken 2012, s. 335; zob. też *Update on Tax Legislation on the Tax Treatment of Bribes to Foreign Public Officials in Countries Parties to the OECD Anti-Bribery Convention*, OECD 2011.

³⁹ M. Zdziechowska, *Łapówki made in Germany*, Rzeczpospolita z 5.10.2010 r., s. E6-7.

⁴⁰ Szerzej zob. W. Rogowski, *Notatki o skandalu korupcyjnym w Siemens AG*, PCG 2008, nr 1, s. 37 i n.; tenże, *The Siemens Corruption Outburst and the CEOs Who Combat It: A Corporate Governance Case Study*, *Emerging Markets: A Review of Business and Legal Issues* 2009, t. 1, nr 1, s. 4 i n.; E.K. Spahn, *Multijurisdictional Bribery Law Enforcement: The OECD Anti-Bribery Convention*, *Virginia Journal of International Law* 2012, t. 53, nr 1, s. 26 i n.

⁴¹ Zob. E.K. Spahn, *Multijurisdictional...*, s. 12.

⁴² Szczegóły sprawy dostępne na stronie <http://www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-alstom-sa-et-al-court-docket-number-314-cr-00245-jba-314-cr>

Jak zauważa Joseph Stiglitz⁴³, w zaawansowanych gospodarkach (np. amerykańskiej), otwarte płacenie łapówek (przekupstwo bezpośrednie) zostało w dużym stopniu zastąpione przez wpłaty przedsiębiorstw na kampanie polityczne (przekupstwo pośrednie), w zamian za nie jakiś kontrakt na budowę drogi za cenę wyższą od ceny rynkowej, ale zmianę polityki, której implikacje kosztują społeczeństwo dużo więcej. Przykładowo, ponad czterdzieści amerykańskich przedsiębiorstw (w tym General Electric, Microsoft i Disney), które w latach 1991–2001 zainwestowały – tytułem „wsparcia” – 150 mln dol. w partie i kampanie polityczne amerykańskich kandydatów do władz federalnych, uzyskały tylko w trzech latach obniżki podatków rządu 55 mld dol.⁴⁴ Podobnie, tzw. Wielka Piątka amerykańskich spółek audytorskich w latach 1989–2001 przekazała federalnym kandydatom i partiom 29 mln dol. m.in. po to, aby uchronić się przed zagrażającymi im regulacjami prawnymi (działania te były skuteczne do czasu wybuchu tzw. afery Enronu, tj. ujawnienia nadużyć finansowo-księgowych, kojarzonych od tego czasu z tzw. kreatywną księgowością, jakich dopuścił się ten potentat energetyczny wraz z jego audytorem, nie mniej prestiżową agencją audytorską Arthur Andersen)⁴⁵. Jeszcze inny przykład stanowią sięgające 12 mln dol. wydatki poniesione w 2010 r. przez amerykański przemysł cukrowy na finansowanie kampanii politycznej i działania lobbystyczne mające na celu utrzymanie przyznanych mu przywilejów w ramach tzw. programu cukrowego. Pierwotnie miał on chronić amerykańskich właścicieli farm cukrowych na Kubie, a obecnie jego beneficjentami (i wpływowymi propagatorami) są nie tylko tradycyjni producenci cukru w Stanach Zjednoczonych, korzystający bezpośrednio z utrzymywanych dzięki restrykcjom importowym wyższych cen amerykańskiego cukru, ale także farmerzy uprawiający kukurydzę, z której wytwarza się substytut cukru w postaci syropu kukurydzianego⁴⁶.

W skrajnym przypadku wypaczona polityka promowania narodowych czempionów może prowadzić do powstania systemu oligarchicznego, w którym wielkie konglomeraty gospodarcze pomagają partiom politycznym wygrywać wybory (czy też w inny sposób przejmować władzę) w zamian za subsydia i protekcyjnistyczne regulacje prawne⁴⁷.

⁴³ J.E. Stiglitz, *Wizja sprawiedliwej globalizacji. Propozycje usprawnień*, Warszawa 2007, s. 205 i n.; tenże, *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004, s. 211.

⁴⁴ J.E. Stiglitz, *Wizja...*, s. 205.

⁴⁵ Tamże, s. 205 i n. Nawiasem mówiąc, w następstwie ujawnionego skandalu Enron ogłosił upadłość a spółka Arthur Andersen, straciwszy reputację, rozpadła się.

⁴⁶ R.G. Holcombe, *Crony Capitalism...*, s. 545 i n.

⁴⁷ D. Geradin, I. Girgenson, *Industrial...*, s. 27; zob. też M. Noland, H. Pack, *Industrial Policy in an Era of Globalization: Lessons from Asia*, Washington 2003, s. 67 i n.

Ścisłe związki między narodowymi czempionami (zwykle przedsiębiorstwami państwowymi lub prywatnymi wywodzącymi się z sektora publicznego) a władzą polityczną mogą też przybierać postać relacji „klient-patron”, w których decyzje gospodarcze podejmuje polityczni biurokraci, mający niewielkie doświadczenie w efektywnym zarządzaniu operacjami gospodarczymi⁴⁸. Ich decyzje (np. inwestycyjne) często skutkują obniżeniem konkurencyjności, a tym samym produktywności przedsiębiorstw, którymi zarządzają, a nadto, motywacje leżące u podstaw tych decyzji mogą być bardziej polityczne niż ekonomiczne. Mimo to, ponieważ przedsiębiorstwa te korzystają z patronatu władzy politycznej i przewagi konkurencyjnej dzięki subsydiom rządowym, stanowią poważne zagrożenie dla konkurentów z sektora prywatnego, niecieszących się takimi przywilejami⁴⁹. Z taką sytuacją mamy do czynienia np. w Rosji, gdzie warunkiem powodzenia jakiegokolwiek dużego przedsiębiorstwa są jego dobre relacje z władzą państwową, a narodowi czempioni w największych sektorach przemysłowych są z reguły kontrolowani przez niewielką grupę oligarchów powiązanych personalnie z władzą państwową (do tej kategorii przedsiębiorstw można zaliczyć np.: Norilsk Nickel, Novolipetsk Steel, NMK Holding, Evraz, SeverStal i Metalloinvest)⁵⁰. Podobnie rzecz ma się w Chinach, aczkolwiek baza własnościowa opisywanej kategorii przedsiębiorstw jest w tym kraju szersza i obejmuje zwykle mniej znane firmy (do wyjątków należą np: Huawei i Lenovo)⁵¹.

3.5. Komplikacje polityki promowania narodowych czempionów w sferze stosunków międzynarodowych

Nie ulega wątpliwości, że wspomagana przez państwo ekspansja narodowych czempionów na rynki zagraniczne, zwłaszcza przybierająca postać bezpośrednich inwestycji typu *greenfield* (polegających na tworzeniu od podstaw nowych zakładów produkcyjnych), może być z wielu względów korzystna dla krajów przyjmujących inwestycje, niemniej jednak nie da się też wykluczyć

⁴⁸ I. Bremmer, *State Capitalism Comes of Age: The End of the Free Market?*, Foreign Affairs 2009, t. 88, nr 3, s. 44.

⁴⁹ Tamże.

⁵⁰ Tamże, s. 43. Jedynymi dużymi sektorami rosyjskiego przemysłu, które nie są kontrolowane przez oligarchów, są sektory: gazu ziemnego, energetyczny oraz produkcji maszyn (dwa pierwsze są zdominowane całkowicie, a trzeci częściowo, przez monopole państwowe); zob. S. Guriev, A. Rachinsky, *The Role of Oligarchs in Russian Capitalism*, Journal of Economic Perspectives 2005, t. 19, nr 1, s. 135 i n.

⁵¹ I. Bremmer, *State...*, s. 43.

jej niepożądanych następstw. W szczególności szkodliwe może okazać się zjawisko wypierania (wykluczania) z rynku lokalnych przedsiębiorstw przez filie ich zagranicznych konkurentów lub hamowania aktywności inwestycyjnej tych pierwszych. Destruktywna może być też zmiana profilu działalności przejętych przedsiębiorstw (np. z badawczo-rozwojowej czy produkcyjnej na dystrybucyjną). Niekorzystne zmiany strukturalne w krajach przyjmujących inwestycje zagranicznych czempionów mogą wręcz prowadzić do stanu opisywanego jako *subsidiary* czy też *affiliates economy*, tj. gospodarki obciążonej „syndromem podwykonawcy”, w której centrale inwestorów, kierując się własnym interesem, lokują na terenie kraju przyjmującego głównie produkcję mniej złożoną technologicznie (z mniej płatnymi i stabilnymi miejscami pracy), rezygnując (w celu uniknięcia konkurencji) z rozwijania produkcji bardziej zaawansowanej (generującej lepiej płatne posady i najwyższą wartość dodaną)⁵². Inwestycje, o których mowa, są największym zagrożeniem dla rozwoju krajów rozwijających się i przechodzących transformację systemową w sytuacji, gdy inwestorzy są beneficjentami ograniczeń konkurencji na rynku kraju przyjmującego (w skrajnym przypadku ciesząc się pozycją monopolisty)⁵³. Doświadczenia polskiej prywatyzacji z udziałem inwestorów zagranicznych (często o statusie narodowych czempionów) dostarczają aż nadto wiele przykładów urzeczywistnienia się tego typu zagrożeń⁵⁴. Zaryso-

⁵² Zob. Raport Polskiego Lobby Przemysłowego pt. *Straty w potencjale polskiego przemysłu i jego ułomna transformacja po 1989 roku. Wizja nowoczesnej reindustrializacji Polski*, Warszawa 2012, <http://www2.plp.info.pl/wp-content/uploads/2012/12/Raport-o-przemysle.pdf>, s. 47 i powoływane tam źródła.

⁵³ Zob. *Foreign Direct Investment, Development and Corporate Responsibility*, OECD 1999, s. 45.

⁵⁴ Symbolicznym przykładem szkodliwej inwestycji prywatyzacyjnej z udziałem zagranicznego czempiona może być przypadek sprzedaży w 1993 r. przedsiębiorstwa Mera-Elwro (przed zmianą systemową był to jeden z największych i najnowocześniejszych zakładów elektronicznych w Europie Środkowej, będący wizytówką Wrocławia) niemieckiemu koncernowi Siemens, który traktując zakład jak „dziecko niechciane”, zaprzestał wszelkiej produkcji komputerów, zwolnił (za odprawą) większość pracowników i wyburzył część budynków, by w końcu sprzedać pozostałości amerykańskiemu inwestorowi, który ostatecznie zdecydował o likwidacji zakładu. Z kolei po przejęciu Telekomunikacji Polskiej S.A. (polskiego państwowego monopolisty) przez France Télécom (francuskiego państwowego monopolistę) dotychczasowy polski kooperant tej pierwszej (Kable Ożarów) został wyparty przez dostawcę francuskiego, co doprowadziło do upadłości polskiego producenta kabli. Jak ocenia J. Staniszkis (*Władza globalizacji*, Warszawa 2003, s. 107), tego typu przejścia, połączone z bankructwami dotychczasowych kooperantów, dotyczyły około 30 proc. prywatyzacji w Polsce z lat 1990–2001. Obszernie o błędach i wypaczeniach polskiej prywatyzacji, także z udziałem zagranicznych (zwykle dużych) inwestorów (m.in. w przemyśle papierniczym, cementowym i cukrowniczym), piszą też W. Kieżun, *Patologia transformacji*, Warszawa 2013; J. Tittenbrun, *Z deszczu pod rynek. Meandry*

wane jedynie ciemne strony aktywności inwestycyjnej narodowych czempionów za granicą nie sprzyjają rzecz jasna budowie międzynarodowego ładu ekonomicznego, a mogą wręcz być zarzewiem konfliktów międzynarodowych na tle gospodarczym.

Z narodowego punktu widzenia polityka promowania narodowych czempionów (np. na podstawie teorii strategicznej polityki handlowej czy też strategicznej polityki konkurencji) może sprawiać wrażenie gry o sumie dodatniej („win-win”), w której wygrywa (odnosi korzyści) zarówno promowane przedsiębiorstwo, jak i wspierające je państwo. Jednakże z perspektywy ponadnarodowej, polityka taka niemal zawsze okazuje się grą o sumie ujemnej, zmniejszającą dobrobyt globalny. Polityka promowania narodowych czempionów, będąc rodzajem strategii kreowania rodzimych przedsiębiorstw na globalnych dominantów i pomnażania własnego dobrobytu niejednokrotnie kosztem sąsiadów (*beggar-thy-neighbour policy*) nieuchronnie prowadzi do pułapki motywacyjnej opisywanej metaforycznie w teorii gier jako dylemat więźnia (*Prisoner's Dilemma*)⁵⁵. Jeśli bowiem każdy kraj będzie promował narodowych czempionów w tym samym sektorze i w tym samym zakresie, ich pozycja konkurencyjna nie zmieni się istotnie. Będziemy natomiast mieli do czynienia z eskalacją swoistego „wyścigu zbrojeń” w ramach polityki przemysłowej, równie jałowego jak wyścig zbrojeń morskich poprzedzających I wojnę światową. Interwencja protekcyjnista w jednym kraju będzie prowokowała kontrreakcję rywali, neutralizującą tę pierwszą. W obu przypadkach poszkodowanymi będą podatnicy, i to podwójnie – finansując bezpośrednie koszty takich interwencji, a zarazem ponosząc ich konsekwencje⁵⁶. Co więcej, polityka promowania narodowych

polskiej prywatyzacji, t. 3, Poznań 2007 oraz M. Jarosz (red.), *Manowce polskiej prywatyzacji*, Warszawa 2001.

⁵⁵ Klasyczny model teorii gier, jakim jest dylemat diadyczny zwany dylematem więźnia (sformułowany przez matematyka A.W. Tuckera), ilustruje nieusuwalny konflikt pomiędzy racjonalnością indywidualną i racjonalnością grupową. W modelu tym paradoks polega na tym, że gdy każda z dwóch (lub więcej) stron postąpi egoistycznie i nie będzie współpracować (w opisywanym przypadku – będzie promowała narodowych czempionów nawet za cenę ograniczenia dobrobytu pozostałych stron), postąpi gorzej, niż gdyby obie (wszystkie) zachowały się nieegoistycznie i współpracowały (odstępując od promowania narodowych czempionów na cudzy koszt). Okazuje się zatem, że w warunkach dylematu więźnia podmioty racjonalnie dbające o swoje interesy doprowadzają do wyniku niekorzystnego dla wszystkich, w tym i dla nich samych; szerzej zob. P.D. Straffin, *Teoria gier*, Warszawa 2004, s. 94 i n.

⁵⁶ Zob. P.A. Geroski, *Competition...*, s. 5 i n.; J. Südekum, *Cross-border Mergers and National Champions in an Integrating Economy*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2008, t. 164, nr 3, s. 477 i n.; O. Falck, C. Gollier, L. Woessmann (red.), *Industrial Policy for National Champions*, Cambridge 2011, s. 153.

czempionów może prowokować działania retorsyjne ze strony innych państw (jednostronne lub wykorzystujące mechanizmy WTO), a wręcz prowadzić do konfliktów o znamionach wojny handlowej. A skoro mowa o WTO, to warto też zauważyć, że zobowiązania, jakie podjęli jej sygnatariusze w 1994 r., wydatnie ograniczyły ich swobodę posługiwania się instrumentami polityki handlowej (zarówno w zakresie taryf celnych, jak i środków pozataryfowych, a zwłaszcza subsydiów – szerzej zob. pkt 6.3.), co w dużej mierze obniża praktyczną użyteczność koncepcji strategicznej polityki handlowej⁵⁷. Jednakże przyznać też trzeba, że wciąż dosyć szerokie możliwości działania w jej ramach stwarza np. liberalne podejście prawa WTO do subsydiów na badania i rozwój (są one w dużej mierze dozwolone), choć i ten argument nie jest bezdyskusyjny, zważywszy na fakt, iż w dzisiejszym świecie „strategiczne” posługiwanie się tym instrumentem jest wątpliwe (skoro generowana dzięki nim wiedza zazwyczaj staje się powszechnie dostępna w wymiarze międzynarodowym, to trudno utrzymać ich korzystne efekty w granicach państwa, *ergo* beneficjentami takich subsydiów stają się *de facto* nie tylko krajowe, ale i zagraniczne przedsiębiorstwa)⁵⁸.

3.6. Kolidują polityki promowania narodowych czempionów z imperatywem integracyjnym UE

Ostatnim (aczkolwiek nie najmniej istotnym) z najczęściej wysuwanych (w Europie) argumentów przeciwko polityce promowania narodowych czempionów jest jej kolidują z fundamentalnymi założeniami wielkiego projektu integracyjnego, jakim jest UE. Promowanie narodowych czempionów uznaje się za poważną przeszkodę w dziele urzeczywistnienia jednolitego rynku wewnętrznego Unii i efektywnej realizacji polityk, których celem jest pobudzanie transgranicznej konkurencji w ramach tego ugrupowania integracyjnego.

Od zarania integracji europejskiej aż do dzisiaj UE boryka się z protekcyjnymi praktykami władz poszczególnych państw członkowskich, naruszającymi podstawowe swobody rynku wewnętrznego (przepływu towarów, osób, usług, kapitału i płatności, a także swobody przedsiębiorczości). Państwa członkowskie próbują w różny sposób i pod różnymi pozorami ograniczać dostęp do własnego rynku, jeśli tylko uznają, że zagraniczna konkurencja

⁵⁷ D. DeCarlo, *Industrial Policy as Strategic Trade Policy in a Global Economy*, Undergraduate Economic Review 2007, t. 3, nr 1, s. 2 i n.

⁵⁸ Tamże.

godzi w interesy rodzimych przedsiębiorstw, zwłaszcza dużych i wpływowych. W braku możliwości stosowania barier granicznych, szeroko wykorzystywane są w tym celu rozmaite bariery regulacyjne, w tym dotyczące opodatkowania, praw własności intelektualnej, zamówień publicznych, opakowań, znakowania towarów itd. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej oraz orzecznictwo sądów unijnych dostarczają legion przykładów tego rodzaju deliktów. Nie podejmując się tu szerokiej ich analizy, poza przywoływanymi w innych miejscach niniejszej pracy decyzjami i orzeczeniami ilustrującymi naruszenia swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości, warto wskazać kilka choćby przykładów naruszeń swobody przepływu towarów i usług.

W wyroku z 9.12.1997 r. w sprawie C-265/95, Komisja Europejska p. Francji⁵⁹ ETS uznał, że Francja ponosi odpowiedzialność za działania (akcje protestacyjne) francuskich rolników chcących ograniczyć przywóz konkurencyjnych towarów rolnych z sąsiadujących państw członkowskich przez zatrzymywanie samochodów ciężarowych przewożących te towary lub niszczenie ich ładunku. Brak interwencji ze strony organów krajowych został uznany za naruszenie swobody przepływu towarów z uwagi na fakt, że państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia tej swobody na swoim terytorium przez podejmowanie niezbędnych i właściwych środków w celu zapobiegania wszelkim ograniczeniom wynikającym z działań podmiotów niepaństwowych. Trybunał podkreślił przy tym, że wewnętrzne trudności gospodarcze (np. bezrobocie czy trudna sytuacja poszczególnych sektorów gospodarki), podobnie jak ewentualne naruszenia prawa wspólnotowego przez inne państwa członkowskie, nie mogą być usprawiedliwieniem dla tego typu zaniechań⁶⁰. Z kolei w wyroku z 24.11.1982 r. w sprawie C-249/81, Komisja p. Irlandii (Buy Irish)⁶¹ ETS orzekł, że sponsorowany przez rząd Irlandii program promocji towarów krajowych, polegający na zachęcaniu odbiorców do nabywania produktów krajowych zamiast tego samego rodzaju produktów importowanych, jest niedozwolonym środkiem równoważnym do ograniczeń ilościowych w przywozie⁶². Podobnie, w orze-

⁵⁹ Zb.Orz. 1997, s. I-6959.

⁶⁰ Tamże.

⁶¹ Zb.Orz. 1982, s. 4005.

⁶² Nawiasem mówiąc, akcja „Kupuj irlandzkie”, mająca poprawić sytuację irlandzkich producentów i borykającej się z kryzysem gospodarki, nie przyniosła oczekiwanych rezultatów. Inna sprawa, że tzw. etnocentryzm konsumencki, tj. przedkładanie krajowych produktów nad zagraniczne, może być istotnym czynnikiem wspomagającym rozwój narodowych czempionów (np. Japończycy, uważani za największych nacjonalistów zakupowych na świecie, zasadniczo nie kupują nic z zagranicy, jeżeli tylko ma to japoński odpowiednik). Co więcej, jeśli postawa taka (spotykana zazwyczaj w krajach zamożnych) jest wynikiem suwerennych przekonań jednostek motywowanych kulturowo, czy też wynikających z

czeniu z 13.12.1983 r. w sprawie C-222/82, Apple and Pear Development Council p. K.J. Lewis Ltd i innym⁶³ ETS uznał, że ograniczeniem takim jest też prowadzenie kampanii informacyjnej i reklamowej w sposób zniechęcający do zakupu towarów pochodzących z innych państw członkowskich, czy ukazujący te towary w niekorzystnym świetle⁶⁴. Natomiast w orzeczeniu z 9.5.1985 r. w sprawie C-112/84, Michel Humblot p. Directeur des services fiscaux⁶⁵ ETS stwierdził, iż zabronione jest takie różnicowanie stawek podatku nakładanego na samochody, które w praktyce dotyczy głównie samochodów importowanych z innych państw członkowskich, a tym samym stanowi formę ukrytej dyskryminacji zagranicznych towarów. W innym orzeczeniu dotyczącym praktyk naruszających zakaz dyskryminacyjnego lub protekcyjnego opodatkowania ETS zakwestionował obniżone opodatkowanie greckiego ouzo i brandy, przy jednoczesnym znacznie wyższym obciążeniu takich trunków, jak dżin, whisky i rum (wyrok z 18.4.1991 r. w sprawie C-230/89, Komisja p. Grecji⁶⁶). Ilustracją praktyk ingerujących przede wszystkim w swobodę świadczenia usług niech będzie nader aktualna i żywo dyskutowana obecnie sprawa niemieckiej ustawy z 11.8.2014 r. o płacy minimalnej (*Das Mindestlohngesetz – MiLoG*)⁶⁷. Ustawa ta stosuje się do wszystkich pracowników na terytorium RFN, w tym pracowników zatrudnionych przed przedsiębiorstwa mające siedzibę w innych państwach członkowskich UE, tym samym ingerując w działanie unijnego rynku wewnętrznego, ma bowiem wpływ na korzystanie przez takie przedsiębiorstwa ze swobody świadczenia usług i swobody przepływu towarów⁶⁸. Szczególnie dotknięte

przeświadczenia o wysokiej jakości produktów krajowych, to trudno wtedy formułować pod adresem władz zarzut uprawiania polityki protekcyjnej; szerzej zob. A. Figiel, *Etnocentryzm konsumencki. Produkty krajowe czy zagraniczne*, Warszawa 2004; A. Szromnik, E. Wolanin-Jarosz, *Etnocentryzm konsumencki na zglobalizowanym rynku: czynniki i procesy kształtowania (cz.1 i 2)*, Marketing i Rynek 2014, nr 4/5, s. 2 i n.

⁶³ Zb.Orz. 1983, s. 4083.

⁶⁴ Szerzej w sprawie opisywanych praktyk zob. E. Skrzydło-Tefelska, *Krajowe programy promocji towarów a swobodny przepływ towarów w Unii Europejskiej* [w:] A. Łazowski, R. Ostrihansky (red.), *Współczesne...*, s. 267 i n.

⁶⁵ Zb.Orz. 1985, s. 1367.

⁶⁶ Zb.Orz. 1991, s. I-1909.

⁶⁷ Stosowanie tej ustawy rozpoczęło się 1.1.2015 r. (w następstwie zarzutów KE zawieszono je w odniesieniu do tranzytu *sensu stricto* – do czasu wyjaśnienia zgodności spornych przepisów z prawem UE); przeglądu przepisów tej ustawy dokonują M. Spielberger, A. Schilling, *Minimum Wages in Germany – You Might Be Affected, Too: An Overview of the New German Minimum Wage Act (Mindestlohngesetz, MiLoG)*, Labor Law Journal 2014, t. 65, nr 3, s. 163 i n.

⁶⁸ J. Barcz, *Niemiecka ustawa o płacy minimalnej (MiLoG) a transport międzynarodowy w świetle prawa Unii Europejskiej*, ekspertyza wykonana na zlecenie związku pracodaw-

przez MiLoG zostały przedsiębiorstwa transportowe, mające siedzibę poza RFN, zatrudniające mobilnych pracowników, wykonujących w różnych państwach członkowskich usługi transportowe. Przedsiębiorstwa te oraz szereg państw członkowskich, a w końcu i Komisja Europejska⁶⁹, podniosły zarzuty sprzeczności przynajmniej niektórych przepisów MiLoG z prawem UE, wskazując w szczególności na nieproporcjonalne ograniczenie przez tę ustawę swobody świadczenia usług. Nawiasem mówiąc, ścieżką wytyczoną przez Niemcy podążyły również Francja i Norwegia, wprowadzając w 2015 r. podobne regulacje w zakresie płacy minimalnej w transporcie, mające najwyraźniej obniżyć konkurencyjność zagranicznych przedsiębiorstw przewozowych działających w tych krajach (notabene przyjęta 10.7.2015 r. francuska ustawa, tzw. Loi Macron, narzuca m.in. wyższą płacę minimalną, ale w odróżnieniu od niemieckiej MiLoG tylko względem sektora transportowego). Dla Polski ta eskalacja tendencji protekcyjnych w obszarze transgranicznych usług jest tym bardziej problematyczna, że nasz kraj stał się potentatem na tym rynku (dysponując jedną z największych i najnowocześniejszych flot pojazdów transportowych, Polska osiągnęła np. największy udział w całej UE w przewozach towarowych międzynarodowych transportem samochodowym)⁷⁰. Nawiasem mówiąc, to dzięki wyspecjalizowaniu się w świadczeniu najwyższej jakości elastycznych i konkurencyjnych usług w całej UE Polska przestaje być rezerwuarem taniej siły roboczej, a staje się liderem (centrum) usług europejskich (nie tylko transportowych). To zatem w dużej mierze konkurencyjne polskie przedsiębiorstwa usługowe poddają właśnie ciężkiemu testowi gotowość najwyższej rozwiniętych gospodarczo i zamożnych państw członkowskich Unii (czy ogólniej EOG) na pełną realizację zasady swobody świadczenia usług w europejskim obszarze gospodarczym. W oczekiwaniu na ostateczne rozstrzygnięcia co do zgodności kontrowersyjnych regulacji (oraz ich ewentualnych odpowiedników w innych państwach UE) z prawem unijnym wolno zapytać, choćby retorycznie, jak to uczynił Marek Benio w trakcie III Europejskiego Kongresu Mobilności Pracy: Czy rzeczywiście państwa członkowskie są gotowe kon-

ców „Transport i Logistyka Polska”, Warszawa 2015, <http://tlp.org.pl/?portfolio=mil-og-w-swietle-prawa-unii-europejskiej-ekspertyza-wykonana-na-zlecenie-tlp>, s. 5; zob. też A. Grzelak, *Opinia prawna na temat zgodności z prawem Unii Europejskiej niemieckiej ustawy o płacy minimalnej (MiLoG) w zakresie dotyczącym usług transportowych*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 2, s. 125 i n.

⁶⁹ Zob. European Commission – Press release, *Transport: Commission launches infringement case on the application of the German Minimum Wage law to the transport sector*, 19.5.2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5003_en.htm

⁷⁰ Zob. *Transport – wyniki działalności w 2014 r.*, GUS, Warszawa 2015, s. 53.

sekwentnie uczestniczyć w tak znacznie rozszerzonym przed 11 laty wspólnym (wewnętrznym) rynku? Czy są gotowe stawić czoło konkurencyjnym usługom z krajów Europy Środkowo-Wschodniej w takim samym stopniu, jak kraje te były gotowe na konkurencję wynikającą ze swobody przepływu dóbr, a zwłaszcza swobody przepływu kapitału?⁷¹.

Konfrontując politykę promowania narodowych czempionów z europejskim imperatywem integracyjnymi godzi się też zauważyć, że sama UE od zarania swych dziejów uprawiała, głównie siłami Komisji Europejskiej, bardziej lub mniej rygorystyczną strategiczną politykę konkurencji. Urzeczywistnianie idei wspólnego (obecnie wewnętrznego) rynku Unii służyło bowiem nie tylko realizacji celu politycznego, jakim była integracja europejska, ale było także instrumentem umacniania europejskiego przemysłu⁷². Już od początku lat 70. Komisja Europejska dawała oficjalnie wyraz przekonaniu, że jej zorientowana na rynkową integrację polityka konkurencji jest też instrumentem „podnoszenia konkurencyjności wspólnotowego przemysłu”⁷³. Dążąc do zastąpienia aspiracji państw członkowskich do posiadania narodowych czempionów ideą „europejskich czempionów” Komisja Europejska zaczęła aktywnie forsować tę koncepcję, co miało przełożyć się na wzmocnienie ogólnej konkurencyjności gospodarki europejskiej, zwłaszcza względem gospodarek Stanów Zjednoczonych i Japonii⁷⁴. W jednym ze swoich wystąpień (w 2006 r.) Neelie Kroes stwierdziła, że: „narodowi czempioni odeszli w przeszłość [...]. Granice zniknęły. Teraz gra toczy się o europejskich i globalnych czempionów”⁷⁵. W podobnym duchu wypowiedziała się (w 2008 r.) komisarz ds. społeczeństwa informacyjnego i mediów Viviane Reding, deklarując, że „sukces Europy zależy nie od narodowych, ale europejskich czempionów, bo tylko oni posiadają potencjał rozwoju umożliwiający im sprostanie wyzwaniom globalnej gospodarki”⁷⁶. Także komisarz ds. konkurencji Mario Monti w swoim raporcie z 2010 r. (pt. *Nowa strategia dla jednolitego rynku*) odniósł się krytycznie do „narodo-

⁷¹ Tekst prelekcji dostępny na stronie <http://www.koordynacja.org/tekst-wystapienia-dramarka-benio-wiceprezesa-inicjatywy-mobilnosci-pracy>

⁷² W.H. Roth, *Strategic competition policy: a comment on EU competition policy* [w:] H. Ullrich (red.), *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham 2006, s. 41; zob. też N. Aktas, E. de Bodt, R. Roll, *Is European M&A Regulation Protectionist?*, *The Economic Journal* 2007, t. 117, s. 1096 i n.

⁷³ European Commission, *Thirteenth Report on Competition Policy* (1984), s. 11.

⁷⁴ Zob. H. Buch-Hansen, A. Wigger, *The Politics of European Competition Regulation: A critical political economy perspective*, London 2011, s. 67 i 137; W. Sandholtz, J. Zysman, *1992: Recasting the European Bargain*, *World Politics* 1989, t. 42, nr 1, s. 95.

⁷⁵ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 90.

⁷⁶ Tamże.

wych polityk promujących narodowych czempionów”, opowiadając się za „europejskimi czempionami”⁷⁷. Z czasem kreowanie europejskich czempionów uzyskało status jednego z priorytetów wspólnotowej (unijnej) polityki konkurencji⁷⁸. Znamienny w tym kontekście jest fakt, że wiele spośród największych europejskich przedsiębiorstw (o statusie globalnych graczy) powstało wskutek operacji koncentracyjnych (zwykle o charakterze transgranicznym) zaaprobowanych przez Komisję Europejską. Tytułem przykładu wymienić tu można: Airbus Group, Air France-KLM, Total, ArcelorMittal, BNP Paribas, Engie (ex GDF Suez), Vivendi, Daimler, Vodafone czy Sanofi⁷⁹. Przyznać jednak też trzeba, że Komisja podejmowała także decyzje blokujące koncentracje prowadzące do powstania europejskich (unijnych) czempionów, kierując się względami ochrony konkurencji przed zagrożeniami wynikającymi z pojawienia się na rynku superdominanta, czy bez mała monopolisty. Najbardziej znanym (podręcznikowym wręcz) przypadkiem tego rodzaju decyzji jest zakaz koncentracji Aérospatiale-Alenia/de Havilland (zakwestionowana transakcja przejęcia przez francusko-włoskie przedsiębiorstwo amerykańskiego konkurenta doprowadziłaby do powstania podmiotu kontrolującego ponad 60 proc. światowego rynku produkcji regionalnych samolotów turbośmigłowych, z dramatycznymi skutkami dla konkurencji)⁸⁰. Z analogicznego powodu Komisja zablokowała w 2012 r. planowane połączenie Deutsche Börse (właściciel m.in. giełdy papierów wartościowych we Frankfurcie) oraz NYSE Euronext (właściciel m.in. giełdy papierów wartościowych w Nowym Jorku, Paryżu, Brukseli, Amsterdamzie i Lizbonie), wskutek którego powstałaby giełda (z centralą we Frankfurcie) kontrolująca ponad 90 proc. światowego handlu europejskimi instrumentami pochodnymi⁸¹.

⁷⁷ M. Monti, *A New Strategy for the Single Market*, 2010, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf, s. 86.

⁷⁸ Zob. R. Bullard, *Championing European industry?*, Mlex Magazine, October-December 2010, s. 57; M. Thatcher, *European Commission merger control: Combining competition and the creation of larger European firms*, European Journal of Political Research 2014, t. 53, s. 443 i n.

⁷⁹ E. Maincent, L. Navarro, *A Policy...*, s. 42.

⁸⁰ Decyzja KE z 2.10.1991 r. w sprawie IV/M.053 – Aérospatiale-Alenia/de Havilland, Dz.Urz. WE L 334 z 5.12.1991, s. 42.

⁸¹ Decyzja KE z 1.2.2012 r. w sprawie M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext, Dz.Urz. UE C 254 z 5.8.2014, s. 8; decyzję tę utrzymał w mocy Sąd wyrokiem z 9.3.2015 r. w sprawie T-175/12, Deutsche Börse/Komisja, Dz.Urz. UE C 171 z 26.5.2015, s. 24.

Rozdział IV

Atrybuty oraz instrumentarium polityki promowania narodowych czempionów

4.1. Atrybuty polityki promowania narodowych czempionów

Polityka promowania narodowych czempionów jest składową mającej szerszy zakres polityki przemysłowej. Ta ostatnia obejmuje, wedle jednej z wielu jej doktrynalnych definicji, działalność interwencyjną państwa mającą wpływ na decyzje gospodarcze przedsiębiorstw, w tym zarówno interwencje o charakterze horyzontalnym (np. w formie preferencji dla inwestycji transgranicznych lub przedsięwzięć badawczo-rozwojowych), jak i wertykalnym (np. w formie pomocy państwa dla określonych przedsiębiorstw lub branż przemysłu)¹. Polityka promowania narodowych czempionów uznawana jest często za najbardziej ekstremalny typ wertykalnej polityki przemysłowej. Beneficjentem wsparcia publicznego jest tu bowiem niejednokrotnie jedno przedsiębiorstwo – istniejące już lub mające dopiero powstać (*ex nihilo* lub – częściej – w rezultacie operacji koncentracyjnej)². Nadto, wsparcie to ma wyraźnie charakter mikroekonomiczny i selektywny, co może prowadzić do dyskryminacji.

¹ Por. *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 25. Przegląd różnych definicji polityki przemysłowej prezentuje K. Warwick, *Beyond Industrial Policy: Emerging Issues and New Trends*, OECD Science, Technology and Industry Policy Papers 2013, No. 2, s. 14 i n. Termin „polityka przemysłowa” bywa uznawany za anachroniczny, m.in. przez KE, która postuluje zastąpienie go terminem „polityka konkurencyjności”; zob. *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 143 i 147. Z drugiej jednak strony zauważa się rosnącą akceptację polityki przemysłowej jako centralnego elementu w arsenale polityki krajów rozwiniętych, a nawet tendencje wskazujące, że stanie się ona normą; zob. D. Leipziger, *Economic Nationalism Dies Hard: How Political Forces Are Resurrecting “Industrial Policy”*, HIR 2010, t. 32, nr 2, s. 64.

² A. Riess, T. Väililä, *Industrial policy: a tale of innovators, champions, and B52*, EIB Papers 2006, t. 11, nr 1, s. 20 i n.

Polityka przemysłowa może zmierzać w dwóch kierunkach. Może być zorientowana przyszłościowo, koncentrując się na promowaniu przedsiębiorstw lub sektorów gospodarki, które uznaje się za mające wysoki potencjał rozwojowy, ale może też być zorientowana na przeszłość, dążąc do łagodzenia problemów schyłkowych sektorów gospodarki. Polityka promowania narodowych czempionów jest przykładem *par excellence* pierwszego z wyróżnionych modeli polityki przemysłowej³. Opiera się na przekonaniu, że dzięki wsparciu państwa przedsiębiorstwa te osiągną taką pozycję na rynku krajowym lub nawet międzynarodowym, która byłaby nieosiągalna bez takiej pomocy, w efekcie podnosząc konkurencyjność kraju względem zagranicy i zwiększając jego nadwyżkę eksportową. W odróżnieniu od naturalnego rozwoju przedsiębiorstw w warunkach rynkowych, polityka promowania narodowych czempionów powoduje, że mechanizmy konkurencyjne są zastępowane działaniami interwencyjnymi państwa.

Na płaszczyźnie prawnej polityka promowania narodowych czempionów może być postrzegana jako jeden ze sposobów oddziaływania państwa na procesy gospodarcze w ramach urzeczywistniania przyjętego w danym państwie modelu ustroju gospodarczego. Oddziaływanie to z kolei mieści się w ramach ogólnej funkcji wspierania gospodarki przez państwo, przy czym nawet jeśli oddziaływanie to przyjmuje częściej formę interwencjonizmu pozytywnego niż restrykcyjnego, winno być odpowiednio legitymowane prawnie (przynajmniej w demokratycznych państwach prawnych). Na przykładzie polskiego porządku prawnego wymóg ten wywieść można z zasady praworządności (legalizmu), w myśl której każde działanie władzy publicznej musi być określone przepisami prawa (art. 2 i art. 7 Konstytucji RP⁴). Podstawy prawne polityki promowania narodowych czempionów realizowanej przez polskie władze wywodzić można z trzech części składowych porządku prawnego obowiązującego w Polsce: prawa polskiego, prawa UE oraz (klasycznego) prawa międzynarodowego. Konstytucja RP nie zawiera wyraźnych postanowień będących podstawą odnośnej polityki. Przyjmując, że służy ona realizacji ogólniejszej funkcji wspierania przez państwo gospodarki, pozytywnej legitymacji konstytucyjnej dla takich działań doszukiwać się można zwłaszcza w art. 20, konstytuującym ustrój społecznej gospodarki rynkowej⁵. Z kolei

³ Germany, *The Relationship between Competition and Industrial Policies in Promoting Economic Development*, Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Geneva, 7–9.7.2009, s. 4 i n.

⁴ Konstytucja RP z 2.4.1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zmian.

⁵ Na temat tej zasady zob. np. L. Kieres, *Spoleczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] T. Kocowski, J. Gola (red.), *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 372,

szereg innych postanowień i zasad Konstytucji RP wytycza granice tego rodzaju ingerencji publicznej w gospodarkę, które są konieczne zważywszy na zagrożenia (m.in. dla prawidłowego funkcjonowania gospodarki), jakie ingerencja ta może stwarzać (wymienić tu można w szczególności zasady: równości – art. 32, wolności gospodarczej – art. 20 i art. 22, proporcjonalności – art. 31 ust. 3 oraz przychylności prawu międzynarodowemu, procesowi integracji europejskiej i współpracy między państwami – preambuła, art. 9 i art. 90). Jak podkreśla przy tym Trybunał Konstytucyjny⁶, przy interpretacji art. 20 Konstytucji RP należy uwzględnić jego związek z art. 1 i art. 2 Konstytucji RP. Z art. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”, wynika dyrektywa przedłożenia w razie potrzeby dobra ogólnego ponad dobro indywidualne czy partykularny interes grupowy. Dyrektywa ta powinna być podstawowym kryterium działania w przyjętym przez konstytucję modelu społecznej gospodarki rynkowej. Zakotwiczenie zasady społecznej gospodarki rynkowej w ogólnej zasadzie sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP) powoduje, że polityka promowania narodowych czempionów nie może służyć wyłącznie zaspokajaniu ich partykularnych interesów, ale powinna wpisywać się w strategię urzeczywistniania społecznej sprawiedliwości oraz „dobrobytu dla wszystkich”⁷. Powinna zatem służyć również osiągnięciu celów o charakterze ogólnospołecznym, takich jak np. tworzenie nowych miejsc pracy; rozwój określonych sektorów czy branż gospodarki; rozwój nowych produktów czy technologii; rozwój eksportu czy ochrona środowiska⁸. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego⁹, art. 20 Konstytucji RP daje jednoznaczną podstawę do odmiennego traktowania przez ustawodawcę działalności gospodarczej, która nie jest prowadzona z wykorzystaniem mienia prywatnego. Sektor publiczny nie może być traktowany w sposób uprzywilejowany w stosunku do podmiotów prywatnych, natomiast z uwagi na jego inne funkcje mogą być tu wprowadzane ograniczenia i regulacje, które z punktu widzenia konkurencyjności mogą być traktowane jako dodatkowe utrudnienie i obciążenie.

Wrocław 2014, s. 180 i n. oraz K. Kiczka, *Europeizacja społecznej gospodarki rynkowej w Polsce*, [w:] T. Kocowski, J. Gola (red.), *Przedsiębiorca...*, s. 160 i n.

⁶ Wyrok TK z 30.1.2001 r., K. 17/00, Dz.U. nr 11, poz. 90.

⁷ Autorem cytowanego sloganu jest jeden z twórców koncepcji społecznej gospodarki rynkowej L. Erhard, który posłużył się nim w tytule swojej najbardziej znanej książki (*Wohlstand für Alle*).

⁸ Zob. M. Sztydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011, s. 69; K. Horubski, *Wspieranie gospodarki* [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze*, t. 8B, Warszawa 2013, s. 754-755.

⁹ Wyrok TK z 7.5.2001 r., K. 19/00, OTK 2001, nr 4, poz. 82.

Na gruncie podstawowej dla polskiego publicznego prawa gospodarczego ustawy z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (u.s.d.g.)¹⁰ ogólną podstawą prawną działań państwa promujących narodowych czempionów może być zwłaszcza art. 8 ust. 1, stanowiący, że „Organy administracji publicznej wspierają rozwój przedsiębiorczości, tworząc korzystne warunki do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności wspierają mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców”. Ponadto, w art. 103 u.s.d.g. mowa jest o obowiązku stwarzania, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystnych warunków dla rozwoju i funkcjonowania mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Wskazane przepisy nakładają na organy administracji publicznej (państwo) obowiązek „przychylności” dla przedsiębiorców, jednak nie mogą stanowić jedynej podstawy działań dokonywanych przez władze publiczne, ani też samodzielnej podstawy roszczeń przedsiębiorców względem tych władz (państwa)¹¹. Zwłaszcza ten pierwszy (ogólniejszy) przepis powinien być traktowany jako zasada-norma wyznaczająca kierunek (wspieranie) i cel (stwarzanie korzystnych warunków do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej) działań administracji publicznej¹². Beneficjentami tych działań mają być wszyscy przedsiębiorcy (za czym przemawia określenie „w szczególności”), przy czym pozycję *primus inter pares* powinno się przypisywać mikro-, małym i średnim przedsiębiorcom¹³. Nie są zatem z tego kręgu wykluczeni przedsiębiorcy o statusie narodowych czempionów, zwłaszcza że mogą to być także podmioty nieduże (*exemplum* polskie stocznie jachtowe, wśród których zdecydowanie dominują małe i średnie rodzinne zakłady, eksportujące z wielkimi sukcesami dobra luksusowe, co jest ewenementem w polskiej ofercie eksportowej). Z u.s.d.g. nie wynika natomiast, jakie dokładnie organy, za pomocą jakich środków i w jaki sposób realizują obowiązek sformułowany w jej art. 8 ust. 1¹⁴. Konkretnych podstaw prawnych działań władz publicznych w ramach realizacji polityki promowania narodowych czempionów poszukiwać należy w szczegółowych regulacjach publicznego prawa gospodarczego, takich jak np.: prawo przedsiębiorstw publicznych; prawo pomocy państwa (pomocy publicznej); międzynarodowe prawo han-

¹⁰ Dz.U. z 2015 r. poz. 884, z późn. zmian.

¹¹ M. Pawełczyk [w:] A. Powałowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 82–83.

¹² K. Kokocińska, *Prawne aspekty wspierania rozwoju przedsiębiorczości – ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy ustrojowo-kompetencyjne*, RPEiS 2005, z. 4, s. 41.

¹³ Podobnie M. Sieradzka [w:] M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 204.

¹⁴ Tamże, s. 48.

dlowe, w tym prawo inwestycji zagranicznych; prawo zamówień publicznych czy prawo ochrony konkurencji (antymonopolowe).

4.2. Instrumentarium polityki promowania narodowych czempionów

Instrumentarium polityki promowania narodowych czempionów obejmuje szeroki katalog różnorodnych instrumentów prawnych i ekonomicznych. Środki te mają dwojaką naturę. Część z nich stanowią standardowe instrumenty polityki prorynkowej (ogólne środki interwencji), takie jak rozbudowa rodzimego rynku, wspieranie przedsiębiorczości czy ochrona efektywnej konkurencji. Do tej kategorii instrumentów zaliczyć też można specyficzny projekt integracyjny, jakim jest jednolity wewnętrzny rynek UE, który umożliwi przedsiębiorstwom osiągnięcie rozmiarów koniecznych do podjęcia rywalizacji z ich globalnymi konkurentami, przy czym beneficjentami tego projektu są już nie tyle narodowi, co raczej europejscy (unijni) czempioni¹⁵.

Bardziej kontrowersyjny charakter, co będzie przedmiotem szczególnej uwagi w dalszej części niniejszej pracy, mają selektywne instrumenty wsparcia, np. w postaci: nadzoru właścicielskiego i administracyjnego państwa nad przedsiębiorstwami; subsydiów (pomocy państwa); instrumentów tzw. uwarunkowanej protekcji handlowej, a także preferencji w ramach zamówień publicznych. Specyficzną formą wsparcia narodowych czempionów są też przywileje, jakich udziela się im w ramach strategicznej polityki konkurencji, stanowiące wyraz swoistego protekcjonizmu antymonopolowego.

Najszerze możliwości realizacji polityki promowania narodowych czempionów stwarza bezpośrednio zaangażowanie się państwa w gospodarkę – nie w charakterze regulatora, a dysponenta państwowej własności gospodarczej, tj. aktywnego uczestnika gry rynkowej. Wprawdzie do niedawna w sferze realnej gospodarki, a w konsekwencji także w teorii ekonomii, dominowała skłonność do dezawuowania roli i znaczenia własności państwowej jako narzędzia oddziaływania państwa na gospodarkę, jednak od końca XX w., a zwłaszcza po doświadczeniach z globalnego kryzysu ekonomicznego lat 2007–2009, dotychczasowe poglądy w tej kwestii ulegają pewnemu przewartościowaniu¹⁶. Fakt, że w tym okresie nawet w najbardziej

¹⁵ Zob. J. Almunia, *Competition and EU policy-making*, Harvard University, 26.9.2013, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-757_en.htm

¹⁶ M. Bałtowski, *Funkcja właścicielska państwa jako instrument współczesnej polityki gospodarczej*, IX Kongres Ekonomistów Polskich pt. *Ekonomia dla przyszłości. Odkrywać naturę i przyczyny zjawisk gospodarczych*, Warszawa 28–29.11.2013, <http://www.pte.pl/kongres/>

rozwinętych i liberalnych gospodarkach państwo okazało się niejednokrotnie „właścicielem ostatniej instancji”, a wiele przedsiębiorstw prywatnych uległo „dobrowolnej” nacjonalizacji, podważył zasadność ignorowania właścicielskich funkcji państwa w gospodarce¹⁷. Przykładowo, w 2008 r. wskutek procesu „ratunkowej” nacjonalizacji banków brytyjskich, zagrożonych upadłością, rząd brytyjski stał się właścicielem banków Northern Rock oraz Bradford & Bingley, a także głównym udziałowcem Royal Bank of Scotland (w 70 proc.) oraz Lloyds Banking Group (w 43 proc.). W tym samym czasie i w takich samych okolicznościach rząd Stanów Zjednoczonych przejął kontrolę na takimi korporacjami, jak np.: AIG, Citigroup, General Motors i Fannie Mae¹⁸. Co więcej, w obliczu wzrostu partykularyzmów narodowych i regionalnych, a także wypierania idealistycznej koncepcji międzynarodowej współpracy gospodarczej przez koncepcję rywalizacji, w której interesy poszczególnych państw, szczególnie pretendujących do odgrywania roli mocarstw regionalnych lub nawet światowych, realizować można najlepiej poprzez wykorzystywanie państwowej własności gospodarczej, wyrażane są poglądy zapowiadające powrót „kapitalizmu państwowego”¹⁹

referaty/index.php, s. 1 i n., zob. też P. Augustynowicz, G. Kwiatkowski, *Znaczenie przedsiębiorstw państwowych w światowej gospodarce – uwarunkowania i kierunki zmian*, tamże, s. 1 i n.

¹⁷ M. Bałtowski, *Funkcja...*, s. 2; por. też F. Grzegorzcyk, *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo*, Warszawa 2012, s. 83.

¹⁸ Zob. M. Kahan, E.B. Rock, *When the Government Is the Controlling Shareholder*, *Texas Law Review* 2011, t. 89, s. 1293 i n.; S. Wilks, *The Impact of the Recession on Competition Policy: Amending the Economic Constitution?*, *International Journal of the Economics of Business* 2009, t. 16, nr 3, s. 273.

¹⁹ Współcześnie pojęcie kapitalizmu państwowego stosuje się najczęściej do gospodarek krajowych, charakteryzujących się wzmożonym interwencjonizmem państwowym oraz silną pozycją państwowych przedsiębiorstw i wehikułów inwestycyjnych, za pomocą których władze publiczne realizują cele polityczne. Kapitalizm ów może przybierać różne formy, np. francuskiego kapitalizmu etatystycznego, kapitalizmu azjatyckich rynków wschodzących lub rosyjskiego kapitalizmu oligarchicznego czy też biurokratycznego, a wedle innego kryterium – ustroju, w którym państwo pełni rolę większościowego lub mniejszościowego inwestora. Niezależnie od modelu, w kapitalizmie państwowym gospodarka jest z pozoru rynkowa, ale praktycznie wszystkie istotne czynniki produkcji są kontrolowane przez państwo, a kluczowe decyzje gospodarcze mają charakter polityczny; szerzej zob. I. Bremmer, *The End of the Free Market: Who Wins the War Between States and Corporations?*, New York 2010; tenże, *The Return of State Capitalism*, *Survival* 2008, t. 50, nr 3, s. 55 i n.; P.D. Aligica, V. Tarko, *State Capitalism and the Rent-Seeking Conjecture*, *Constitutional Political Economy* 2012, t. 23, nr 4, s. 357 i n.; A. Musacchio, S.G. Lazzarini, *Leviathan in Business: Varieties of State Capitalism and their Implications for Economic Performance* (30.5.2012), <http://ssrn.com/abstract=2070942>; M. Smaga, *Systemy gospodarcze* [w:] T. Włudyka, M. Smaga (red.), *Instytucje gospodarki rynkowej*, Warszawa 2012, s. 84.

(w różnych jego współczesnych odmianach) i swoisty renesans przedsiębiorstw państwowych, czy szerzej rzecz ujmując – publicznych²⁰ (w różnych ich formach organizacyjno-prawnych)²¹. Znamienny w tym kontekście jest fakt, że najbardziej wpływowymi narodowymi czempionami, zajmującymi pozycję *par excellence* strategiczną w skali globalnej (nieprzypadkowo niektóre z nich zyskały wręcz miano „państwa w państwie”), są największe państwowe koncerny naftowe i gazowe (wszystkie spoza państw członkowskich OECD)²². Przedsiębiorstwa te zdetronizowały dominujące do lat 60. prywatne (anglosaskie) korporacje wydobywcze²³ i zdominowały światowy

²⁰ Pojęcie przedsiębiorstwa publicznego zdefiniowano np. w art. 2 lit. b) dyrektywy Komisji 2006/111/WE z 16.11.2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE L 318 z 17.11.2006, s. 17. Zgodnie z tą definicją przedsiębiorstwo publiczne oznacza każde przedsiębiorstwo, na które władze publiczne mogą, bezpośrednio lub pośrednio, wywierać dominujący wpływ z racji bycia jego właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego lub zasad, które nim rządzą. Odpowiednikiem tego pojęcia w prawie polskim jest pojęcie przedsiębiorcy publicznego, zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z 22.9.2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz.U. nr 191, poz. 1411, z późn. zm.). W myśl tej definicji, przedsiębiorca publiczny to każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na sposób działania oraz formę organizacyjno-prawną, w szczególności spółka handlowa, spółdzielnia, przedsiębiorstwo państwowe, towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych oraz bank państwowy, na którego działalność organ publiczny wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty; szerzej zob. K. Strzyczkowski, *Pojęcie przedsiębiorcy publicznego*, PUG 2002, nr 12, s. 6 i n.; F. Grzegorzczak, *Przedsiębiorstwo...*, s. 22 i n.; A. Szafranski, *Przedsiębiorca publiczny wobec działalności gospodarczej*, Warszawa 2010, s. 90 i n.; S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Unii Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 170 i n.

²¹ Zob. M. Bałtowski, *Funkcja...*, s. 2; A. Musacchio, F. Flores-Macias, *The Return of State-Owned Enterprises: Should We Be Afraid?*, HIR (website), 4.4.2009; *New masters of the universe. How state enterprise is spreading*, The Economist 21.1.2012. Wszechstronną analizę pozycji sektora przedsiębiorstw państwowych (publicznych) w gospodarce światowej przedstawili P. Kowalski, M. Büge, M. Sztajerowska, M. Egeland, *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 147, OECD 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/5k4869ckqk7l-en>.

²² Grupę tych tzw. Nowych Siedmiu Sióstr tworzą: Saudi Aramco (Arabia Saudyjska), Gazprom (Rosja), CNPC (Chiny), NIOC (Iran), PDVSA (Wenezuela), Petrobras (Brazylia) i Petronas (Malezja); zob. C. Hoyos, *The new Seven Sisters: oil and gas giants dwarf western rivals*, FT, 12.3.2007.

²³ Tzw. grupę Siedmiu Sióstr, do której należały: British Petroleum, Exxon, Gulf Oil, Mobil, Royal Dutch Shell, Standard Oil of California (SoCal) i Texaco. Twórcą określenia „Siedem Sióstr” jest włoski potentat energetyczny Enrico Mattei; zob. A. Sampson, *Siedem Sióstr: wielkie koncerny naftowe i świat przez nie stworzony*, Warszawa 1981.

przemysł naftowy i gazowy (kontrolując obecnie około 70 proc. światowych rezerw ropy naftowej i gazu oraz ponad 50 proc. światowej produkcji tych nośników energii²⁴). Równie wymowny jest fakt, że w rankingu największych korporacji gospodarczych świata Fortune Global 500 drugą lokatę zajmują podmioty chińskie, spośród których większość stanowią przedsiębiorstwa państwowe²⁵. To one są najbardziej symbolicznym wyrazem kapitalizmu państwowego w chińskim wydaniu – globalną twarzą China Inc.²⁶

Znamienne w tym kontekście są zalecenia zawarte w dokumencie pt. *Narodowy Program Nadzoru Właścicielskiego – nowy ład korporacyjny w spółkach Skarbu Państwa*, przygotowanym w 2010 r. przez Radę Gospodarczą przy Prezesie Rady Ministrów RP, wskazujące, że „duże firmy z kapitałem lokalnym (krajowym) są jednym z fundamentów rozwoju gospodarczego kraju, a własność państwowa skutecznie kompensuje słabość prywatnego kapitału krajowego, zapewniając firmom rozwój i globalną konkurencyjność”²⁷. Rada Gospodarcza postulowała w związku z tym utrzymanie kontroli państwowej nad grupą około 20 wybranych spółek „kluczowych”, zastosowanie względem nich nowych zasad ładu korporacyjnego oraz ich „prywatyzację” giełdową z zachowaniem pakietu około 25 proc. akcji dla Skarbu Państwa, co *de facto* miało utrzymać kontrolę państwa na tymi spółkami²⁸.

Wprawdzie status narodowych czempionów mogą uzyskać podmioty gospodarcze o zróżnicowanych formach organizacyjno-prawnych, zarówno państwowe, jak i prywatne (czy też o mieszanym, publiczno-prywatnym statusie własnościowym), niemniej jednak to te pierwsze stwarzają najszersze możliwości realizacji polityki promowania narodowych czempionów, zwłaszcza poprzez wykonywanie przez państwo jego funkcji właścicielskich. Zaznaczyć przy tym należy, że przedsiębiorstwo państwowe, jako szczególna forma narodowych czempionów, to termin generyczny, obejmujący szerokie spektrum podmiotów – od będących stuprocentową własnością państwa poprzez takie, w których własność ta stanowi większość, aż po przedsiębiorstwa, w których własność państwowa stanowi wprawdzie mniejszość,

²⁴ Zob. D.G. Victor, D.R. Hults, M.C. Thurber (red.), *Oil and Governance: State-Owned Enterprises and the World Energy Supply*, Cambridge, 2012, s. 3; P. Augustynowicz, G. Kwiatkowski, *Znaczenie przedsiębiorstw państwowych...*, s. 7; C. Hoyos, *The new Seven Sisters...*

²⁵ Aktualna lista tego rankingu (za 2014 r.) dostępna jest pod adresem: <http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune500>; zob. też L.W. Lin, C.J. Milhaupt, *We Are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China*, Stanford Law Review 2013, t. 65, s. 697 i n.

²⁶ L.W. Lin, C.J. Milhaupt, *We Are the (National) Champions...*, s. 702.

²⁷ Zob. NPNW, s. 2; cyt. za F. Grzegorzcyk, *Przedsiębiorstwo...*, s. 377.

²⁸ Zob. NPNW, s. 5; szerzej F. Grzegorzcyk, *Przedsiębiorstwo...*, s. 377 i n.

ale dominującą, wystarczającą do sprawowania kontroli korporacyjnej²⁹. Przedsiębiorstwa te mogą funkcjonować w formach prywatnoprawnych (analogicznie jak podmioty prywatne), np. spółek handlowych (z wyłącznym lub większościowym udziałem Skarbu Państwa), na podstawie powszechnych przepisów prawa korporacyjnego (np. w Polsce – ustawy z 15.9.2000 r. Kodeks spółek handlowych³⁰), bądź też w swoistych formach publicznoprawnych, np. przedsiębiorstw państwowych *sensu stricto*, działających na podstawie szczególnych (specjalnie im poświęconych) regulacji prawnych³¹ (np. w Polsce – ustawy z 25.9.1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych³²).

Wspólne dla różnych typów przedsiębiorstw publicznych jest poddanie ich sytuacji w różnych wymiarach dominującemu wpływowi władz publicznych, przy czym relacje między tymi władzami a przedsiębiorstwami spaja wspólny dla obu stron element interesu publicznego³³. Przedsiębiorstwo publiczne realizuje nie tylko zadania, które wyznaczają jego własne interesy, ale także działalność, którą determinują akty (zadania) władz publicznych³⁴. Samodzielność prawna takiego przedsiębiorstwa ma zatem charakter swoisty w tym ujęciu, że jej granice wyznaczają zadania publiczne, które realizuje przez podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej³⁵.

W ramach nadzoru państwa nad działalnością podmiotów gospodarczych, który może być wykorzystywany także w polityce promowania narodowych czempionów, wyróżnia się w szczególności nadzór właścicielski (o charakterze korporacyjnym) oraz nadzór administracyjny. Ten drugi okazuje się szczególnie użyteczny w przypadku, gdy zawodzi, bądź w ogóle nie jest możliwy nadzór właścicielski, co odnosi się do przedsiębiorstw prywatnych.

Do najważniejszych instrumentów oddziaływania państwa na gospodarkę, także w ramach polityki przemysłowej, zwłaszcza zorientowanej na promowanie narodowych czempionów, należą subsydia (w terminologii prawa WTO) i pomoc państwa (w ujęciu prawa UE). Zarazem problematyka subsydiów (pomocy państwa), obejmująca także mechanizmy prawne dyscyplinujące zakres ich stosowania, należy od dawna do najbardziej kontro-

²⁹ M. Bałtowski, *Funkcja...*, s. 3.

³⁰ Dz.U. z 2013 r. poz. 1030, z późn. zm.

³¹ Szerzej zob. P. Kowalski, M. Büge, M. Sztajerowska, M. Egeland, *State-Owned...*, s. 59 i n.; M. Bałtowski, G. Kwiatkowski, *Modele funkcjonowania i nadzoru państwa nad przedsiębiorstwami państwowymi*, GN 2014, nr 4, s. 7 i n.

³² Dz.U. z 2012 r. nr 112, poz. 981, z późn. zm.

³³ L. Kieres, *Kierunki rozwoju regulacji publicznego prawa gospodarczego* [w:] J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska (red.), *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, Katowice 2013, s. 340.

³⁴ Tamże.

³⁵ Tamże.

wersyjnych zagadnień prawa i ekonomii, zwłaszcza w krajach o rozwiniętej gospodarce rynkowej³⁶.

Historycznie rzecz biorąc, podstawowymi instrumentami protekcji krajowych przedsiębiorstw były środki polityki handlowej w postaci ceł i kontyngentów importowych. Jednakże z początkiem XX wieku, wraz z postępami liberalizacji międzynarodowej wymiany handlowej, w dużej mierze za sprawą proliferacji międzynarodowych porozumień handlowych, zawierających m.in. zobowiązania ograniczające swobodę stosowania (elastyczność) tradycyjnych instrumentów protekcji celnej, coraz większą rolę zaczęły odgrywać subsydia. Nie dziwi zatem, że subsydia (pomoc państwa) postrzega się czasem jako substytut ceł lub opłat o podobnym skutku, a tym samym jako środek chroniący gospodarkę narodową przed konkurencją zagraniczną³⁷.

Subsydia (pomoc państwa), jako instrument polityki promowania narodowych czempionów, mogą realizować różne cele³⁸.

Po pierwsze, jeśli polityka ta przybiera swoiście „ofensywną” postać, subsydia (pomoc państwa) często służą wspieraniu rozwojowi nowych („raczkujących”) sektorów gospodarki, zwłaszcza w krajach rozwijających się. Przykładem mogą być: długoterminowa pomoc udzielana przez rząd brazylijski producentowi samolotów Embraer (pierwotnie przedsiębiorstwu państwowemu, które później sprywatyzowano), a także subsydia przyznawane w przeszłości w Korei Południowej w celu pobudzenia dywersyfikacji konglomeratowej wielu sektorów gospodarki. Do tej kategorii subsydiów można też zakwalifikować subsydia na rozwój klastrów innowacyjnych.

Po drugie, jeśli wspieranie narodowych czempionów ma charakter wyrażnie „defensywny”, subsydia (pomoc państwa) trafiają do przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji, aby uchronić je przed zagranicznym (wrogim) przejściem, zapobiec zanikowi działalności gospodarczej uznawanej za niezbędną dla gospodarki narodowej bądź też zapobiec zwolnieniom i towarzyszącym im problemom społecznym. Przykładem może być cykliczna pomoc udzielana w wielu krajach producentom samochodów, przewoźnikom lotniczym i kopalniom węgla. W niektórych przypadkach rządy narodowe czują się zobligowane (czy też przymuszone) do wsparcia wrażliwych sektorów, w celu przywrócenia równowagi konkurencyjnej, zaburzonej przez interwencje pomocowe rządów innych państw.

³⁶ Zob. J.H. Jackson, *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge 2000, s. 281 i n. oraz cytowane tam źródła.

³⁷ Zob. np. B. Kurcz, *Komentarz do art. 107 [w:] A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarck-Kuczer (red.), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. II, Warszawa 2012, s. 428.*

³⁸ *Competition, State Aids and Subsidies*, DAF/COMP/GF(2010)5, OECD 2010, s. 19.

Po trzecie wreszcie, subsydia (pomoc państwa) mogą służyć promowaniu narodowych czempionów niejako pośrednio, gdy zasadniczym motywem przyznania środka pomocowego jest zamiar wspierania czy też pobudzania aktywności, która generuje pożądane efekty zewnętrzne (oprócz prywatnych korzyści dla podejmującego ją przedsiębiorstwa). Przykładem mogą być subsydia (pomoc państwa) na rozwój odnawialnych źródeł energii, działalność badawczą, rozwojową oraz innowacje, a także dla regionów upośledzonych.

Znaczna część (jeśli nie większość) instrumentów polityki promowania narodowych czempionów ma charakter protekcyjnistyczny. Protekcyjnizm (w szerokim ujęciu), będący pochodną interwencjonizmu państwowego w gospodarce, obejmuje ogół działań interwencyjnych państwa na rynku, mających na celu ochronę przedsiębiorstw krajowych przed konkurencyjnym importem (konkurencją zagraniczną) oraz popieranie rodzimego eksportu za pomocą różnego rodzaju instrumentów publicznoprawnych³⁹.

Działania protekcyjnistyczne państwa w sferze wymiany handlowej z zagranicą, przybierające często postać protekcji ochronnej (jej kwalifikowaną formą jest protekcja wychowawcza, o której była mowa w pkt. 2.2.2.), umożliwiają niedopuszczanie lub ograniczanie importu lub eksportu określonych produktów, w celu ochrony przedsiębiorstw krajowych (w tym narodowych czempionów) przed konkurencją ze strony ich zagranicznych rywali. Protekcja ochronna, mając na celu wzrost rodzimej produkcji (a w konsekwencji też zatrudnienia), wywołuje jednak – o czym należy pamiętać – różne skutki niepożądane. W szczególności, często powoduje wzrost cen krajowych, co obciąża zwłaszcza konsumentów, a zarazem narusza równowagę społeczną (prowokując konflikt pomiędzy producentami i konsumentami). Może też powodować spadek jakości i ograniczenie dostępności oferowanych na rynku krajowym produktów. Chroniąc wybrane przedsiębiorstwa (zatrudnienie w wybranych gałęziach gospodarki), pogarsza niejednokrotnie sytuację innych (co przekłada się na wzrost bezrobocia). Co gorsza, bilans zysków i strat tego rodzaju interwencji bywa często niekorzystny. Protekcja ochronna wymaga też nakładów publicznych związanych z funkcjonowaniem

³⁹ Zob. P.I. Levy, *Imaginative Obstruction: Modern Protectionism in the Global Economy*, Georgetown Journal of International Affairs 2009, t. 10, nr 2, s. 9. Autor wyodrębnia trzy specyficzne typy protekcyjnizmu: 1) intencjonalny, obejmujący środki mające na celu otwarte uprzywilejowanie krajowych przedsiębiorstw względem ich zagranicznych konkurentów; 2) niezamierzony (przypadkowy), gdy uzasadniają go inne względy, ale niejako ubocznie skutkuje on ograniczeniem konkurencji importowej oraz 3) instrumentalny, obejmujący szeroki katalog przedsięwzięć handlowych, których celem jest zmiana polityki innego państwa (tamże, s. 9 i n.); w kwestii definiowania protekcyjnizmu zob. też Z.W. Puślecki, *Tradycyjne i nowe argumenty protekcyjnizmu handlowego na przykładzie Wspólnoty Europejskiej*, RPEiS 1992, z. 1, s. 100.

różnych systemów ochronnych (finansowanych z budżetu państwa). Poza tym, będąc formą przymusowej redystrybucji, jest dyskusyjna z etycznego punktu widzenia, choćby z tego względu, że ogranicza wolność wyboru (suwerenność) konsumentów. Poważnym mankamentem protekcji ochronnej jest wreszcie jej negatywny często odbiór przez partnerów zagranicznych, nierzadko przybierający postać retorsji handlowych⁴⁰.

W ramach polityki promowania narodowych czempionów mogą znaleźć zastosowanie instrumenty protekcjonizmu handlowego (należące do szerszej kategorii publicznoprawnych instrumentów reglamentacji wymiany handlowej z zagranicą) o trojakim charakterze: 1) taryfowym (celnym); 2) parataryfowym (paracelnym) oraz 3) pozataryfowym (pozacelnym)⁴¹. Do pierwszej kategorii należą instrumenty ujęte w taryfie celnej, tj. cła powszechnie (konwencyjne) i inne środki taryfowe (np. kontyngenty i plafony taryfowe)⁴². Paradoksalnie, mimo że w świetle porozumień WTO cła, o jakich tu mowa, są preferowanym środkiem ochrony gospodarki krajowej, ich rola systematycznie maleje w efekcie kolejnych redukcji stawek celnych, negocjowanych na forum WTO, a także ich całkowitej bądź znaczącej eliminacji w ramach stref wolnego handlu i unii celnych, takich jak np. UE, EFTA czy NAFTA⁴³. Z tego powodu, a także z uwagi na zasadniczo związany i powszechny zarazem charakter ceł konwencyjnych (raz obniżonych stawek celnych nie można jednostronnie podwyższać, a ich obniżki dotyczą wszystkich – aktualnie 161 – członków WTO), cła tego rodzaju nie są preferowanym instrumentem protekcji narodowych czempionów przed konkurencyjnym importem, co nie znaczy, że nie są w ogóle wykorzystywane w tym celu (dość wspomnieć o relatywnie wysokich cłach stosowanych przez UE na niektóre towary objęte wspólną polityką rolną⁴⁴). Do kategorii instrumentów

⁴⁰ Szerzej o mankamentach protekcji ochronnej zob. R.W. McGee, *The Philosophy of Trade Protectionism, Its Costs and Its Implications*, GWJILE 1993, t. 26, nr 3, s. 539 i n.; tenże, *Protectionism and Morality*, The Dumont Institute for Public Policy Research, Policy Analysis 1996, No. 5, s. 1 i n.; R. Molski, *Administracyjnoprawna...*, s. 17.

⁴¹ Spotyka się różne odmiany tej klasycznej klasyfikacji, np. podział na instrumenty taryfowe i pozataryfowe (w tym ujęciu do kategorii instrumentów pozataryfowych włącza się parataryfowe); zob. np. R. Molski, *Administracyjnoprawna...*, s. 180 i n.

⁴² W sprawie klasyfikacji publicznoprawnych instrumentów oddziaływania państwa na obrót towarowy z zagranicą zob. szerzej A. Kuś, *Publicznoprawne pozataryfowe i parataryfowe instrumenty reglamentacji obrotu towarowego z zagranicą*, Bydgoszcz-Szczecin-Lublin 2006, s. 52 i n.; R. Molski, *Administracyjnoprawna...*, s. 178 i n.

⁴³ Zob. R. Molski, *Administracyjnoprawna...*, s. 188 i n.

⁴⁴ Zob. P. Goodison, *EU's Common Agricultural Policy (CAP): Tools Protecting European Farmers*, The South Centre Analytical Note, Geneva 2011, http://www.cedia.eu/en/policy/2011/swiss_paper_cap_policy_2011.pdf

parataryfowych należą m.in. podatki importowe oraz niektóre środki tzw. uwarunkowanej protekcji handlowej⁴⁵ (chroniące przed nieuczciwym lub nadmiernym importem towarów), np. cła antydumpingowe i antysubsydyjne (wyrównawcze). Z kolei instrumentami pozataryfowymi są wszelkie środki publicznoprawne, które mogą wywierać ograniczający wpływ na wymianę handlową z zagranicą, niezaliczane do wcześniej wyróżnionych kategorii, w tym zwłaszcza zobowiązania cenowe podejmowane w ramach postępowania antydumpingowego i antysubsydyjnego, zakazy oraz ograniczenia (kontyngenty) ilościowe w przywozie towarów z zagranicy, a także techniczne i sanitarne środki kontroli handlowej.

W tym miejscu należy odnotować, że przedsiębiorstwa (także o statusie narodowych czempionów) z państw członkowskich UE oraz państw będących stronami kilku innych (dwustronnych lub regionalnych) porozumień ustanawiających strefę wolnego handlu lub unię celną (np. EFTA), w zasadzie mogą liczyć na objęcie ich protekcją handlową tylko względem konkurentów spoza tych ugrupowań gospodarczych, a zarazem nie są narażone na tego typu protekcję (podejmowaną na rzecz konkurentów) w ramach tych ugrupowań⁴⁶. W przypadku UE wynika to, po pierwsze, z fundamentalnych założeń rynku wewnętrznego tej organizacji integracyjnej, tj. obszaru bez granic wewnętrznych, w którym zapewnione są swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału⁴⁷, a także swoboda przedsiębiorczości⁴⁸, a po drugie, jest to konsekwencją przyjęcia przez UE wspólnej polityki handlowej, która obejmuje stosunki handlowe Unii z państwami trzecimi, pełniąc te same funkcje w stosunku do jej rynku wewnętrznego, jakie pełni

⁴⁵ Stosowanie instrumentów uwarunkowanej protekcji handlowej uzależnione jest każdorazowo od stwierdzenia prawnie określonych przesłanek (np. dumpingu lub subsydiowania, szkody po stronie krajowego przemysłu oraz związku przyczynowego między importem po cenach dumpingowych lub subsydiowanych a szkodą). W przypadku tradycyjnego instrumentu interwencji państwa w wymianę towarową z zagranicą, jakim są cła konwencjonalne (określone w taryfie celnej), prawo nie ustanawia żadnych szczególnych przesłanek ich stosowania; zob. R. Molski, *Prawne aspekty ochrony przed dumpingiem w wymianie towarowej z zagranicą*, PiP 2001, z. 8, s. 51.

⁴⁶ Zob. J. Kasteng, C. Prawitz, *Eliminating Anti-Dumping Measures in Regional Trade Agreements. The European Union Example*, Kommerskollegium 2013, <http://www.kommers.se/publikationer/English-publications>; J.D. Rey, *Antidumping Regional Regimes and the Multilateral Trading System: Do Regional Antidumping Regimes Make a Difference?*, Staff Working Paper ERSD-2012-22, WTO 2012; T. Voon, *Eliminating Trade Remedies from the WTO: Lessons from Regional Trade Agreements*, International and Comparative Law Quarterly 2010, t. 59, nr 3, s. 625 i n.

⁴⁷ Zob. art. 26 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47.

⁴⁸ Zob. art. 49-55 TFUE.

narodowa polityka handlowa względem rynku narodowego (w tym m.in. ochronę rynku unijnego za pomocą środków protekcji handlowej)⁴⁹. Co więcej, ponieważ wspólna polityka handlowa jest dziedziną, w której UE dysponuje kompetencjami wyłącznymi i bezpośrednimi, rządy poszczególnych państw członkowskich pozbawione są zasadniczo możliwości samodzielnego (autonomicznego) stosowania środków protekcji handlowej. W stosunkach handlowych z innymi państwami, a także w ramach WTO, to UE występuje w charakterze jednolitego podmiotu, a nie państwa członkowskie, co znacząco ogranicza ich swobodę w realizacji polityki promowania narodowych czempionów w obszarze wymiany handlowej z zagranicą⁵⁰. Z drugiej jednak strony, członkostwo w UE w zasadniczy sposób zwiększa zdolność do realizacji narodowych interesów w skali globalnej (zwłaszcza na forum WTO), o ile rzecz jasna uda się uzyskać wsparcie ze strony pozostałych członków ugrupowania i wpłynąć w ten sposób na działania instytucji unijnych (głównie Komisji Europejskiej), a to z powodu niepomiernej silniejszej pozycji Unii w gospodarce światowej w porównaniu z pozycją poszczególnych państw członkowskich tej organizacji⁵¹. Dla porównania, udział EU w globalnym eksporcie i imporcie towarów w 2012 r. wyniósł odpowiednio 14,7 proc. i 15,4 proc., podczas gdy Polski – 1,0 proc. i 1,1 proc.⁵² Zarysowane okoliczności sprzyjają szczególnie promowaniu przedsiębiorstw kwalifikujących się do kategorii nie tyle narodowych, co raczej europejskich (unijnych) czempionów.

Także w przypadku kilku innych niż UE ugrupowań integracyjnych lub tylko porozumień o wolnym handlu, mechanizmy protekcji handlowej w relacjach między ich uczestnikami są wyłączone w całości lub w części na mocy odpowiednich postanowień umownych⁵³.

⁴⁹ Zob. art. 3 ust. 1 lit. e), 206, 207 i 218 TFUE. Na temat wspólnej polityki handlowej szerzej zob. M. Górski, *Wspólna polityka handlowa Unii Europejskiej. Aspekty prawne i instytucjonalne*, Warszawa 2012; A. Wróbel, *Wspólna Polityka Handlowa Unii Europejskiej. Implikacje dla Polski*, SE 2011, nr 4, s. 33 i n.

⁵⁰ Zob. szerzej A. Nowak-Far (red.), *Prawo Światowej Organizacji Handlu a Unia Europejska*, Warszawa 2008; Z.W. Puślecki, J. Skrzypczyńska, *Unia Europejska w systemie handlu międzynarodowego WTO*, Warszawa 2011.

⁵¹ Zob. B. Mucha-Leszko, M. Kąkol, *Pozycja i rola Unii Europejskiej w globalnym układzie sił gospodarczych* [w:] U. Mrzygłód (red.), *Wyzwania gospodarki globalnej Prace i Materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego*, Sopot 2012, nr 31, s. 276 i n.

⁵² Zob. *Polska. Raport o stanie handlu zagranicznego*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2013, s. 16; *European Union Trade and Investment 2014*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/january/tradoc_152062.pdf, s. 7.

⁵³ Zob. źródła przywołane w przypisie 46 niniejszego rozdziału.

Ogólnie rzecz biorąc, instrumenty protekcjonizmu handlowego są przedmiotem kompleksowych regulacji WTO, stanowiących trzon międzynarodowego systemu handlu towarami, usługami i prawami własności intelektualnej. Kluczowe znaczenie mają w tym względzie: 1) GATT 1994 (zawierający fundamentalne reguły handlu towarami); 2) Porozumienie o stosowaniu artykułu VI GATT 1994⁵⁴ (tzw. Kodeks Antydumpingowy, k.a.); Porozumienie w sprawie subsydiów i środków wyrównawczych (tzw. Kodeks Subsydiów, k.s.) oraz 3) Porozumienie w sprawie środków ochronnych (p.ś.o.)⁵⁵. Państwa nienależące do WTO nie są rzecz jasna zobowiązane do stosowania norm tej organizacji, niemniej jednak ich krajowe regulacje opierają się z reguły jej zasadach i tylko rzadko znacząco od nich odbiegają⁵⁶.

Polityka promowania narodowych czempionów może przybierać też formę swoistego protekcjonizmu antymonopolowego, realizowanego za pomocą szerokiego spektrum instrumentów strategicznej polityki konkurencji. Do najbardziej charakterystycznych należą: 1) wyłączenie spod zakazu, a czasem wręcz promowanie karteli kryzysowych i eksportowych; 2) dyskryminacyjna polityka przeciwdziałania jednostronnym (zwykle indywidualnym) praktykom ograniczającym konkurencję (nadużyciom pozycji dominującej czy też monopolizacji rynku) oraz 3) dyskryminacyjna polityka kontroli koncentracji. Wskazane instrumenty strategicznej polityki konkurencji, czy też protekcjonizmu antymonopolowego, umożliwiają „ulgowe” (luźniejsze niż standardowe) stosowanie reguł konkurencji względem krajowych przedsiębiorstw, co ma niejako autoryzować (legalizować) ich zachowania ograniczające konkurencję, bądź też bardziej „surowe” (restrykcyjne) egzekwowanie tych reguł względem konkurencyjnych przedsiębiorstw zagranicznych, co ma osłabiać ich efektywność, a tym samym konkurencyjność. Ten drugi cel można osiągać np. poprzez strategiczne nadużywanie zasady eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji, o czym była mowa w pkt. 2.2.4.

Pogłębiona analiza wyróżnionych instrumentów prawnych polityki promowania narodowych czempionów będzie przedmiotem rozważań w dalszych rozdziałach niniejszej pracy.

⁵⁴ Załącznik 1A do Obwieszczenia Ministra Spraw Zagranicznych z 23.2.1998 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. nr 34, poz. 195, z późn. zm.

⁵⁵ Załącznik 1A do Obwieszczenia Ministra Spraw Zagranicznych z 4.12.1995 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. z 1996 r. nr 9, poz. 54.

⁵⁶ *Instrumenty ochrony handlu. Środki antydumpingowe, antysubsydjne i ochronne. Przewodnik dla eksporterów z UE*, Komisja Europejska 2010, s. 8.

Rozdział V

Nadzór właścicielski i administracyjny jako narzędzie polityki promowania narodowych czempionów

5.1. Nadzór właścicielski

Nadzór właścicielski jest pochodną występowania państwa jako dysponenta *dominium*, stanowiącego podstawę do podjęcia działalności gospodarczej w ramach *stationes fisci* Skarbu Państwa bądź też w ramach prawa własności innych państwowych osób prawnych (np. przedsiębiorstw państwowych *sensu stricto* lub spółek handlowych Skarbu Państwa)¹. Pojęcie nadzoru właścicielskiego państwa w szerokim zakresie oznacza wpływ organów państwowych na podmioty gospodarcze, których właścicielem jest państwo (w całości lub w części)². Wpływ ten polega głównie na tworzeniu warunków prawnych i ekonomicznych funkcjonowania tych podmiotów, a także oddziaływaniu państwowego właściciela na poszczególne podmioty poprzez wykonywanie uprawnień w zakresie nadzoru i kontroli przysługujących akcjonariuszom i udziałowcom (głównie poprzez uchwały organów spółek oraz decyzje organu założycielskiego w przypadku przedsiębiorstw państwowych *sensu stricto*)³. Podstawowym celem nadzoru właścicielskiego jest nie tylko zapewnienie, aby wykonywanie prawa własności mienia państwowego przez przedsiębiorstwa państwowe (*sensu largo* – w tym spółki z udziałem Skarbu Państwa), odbywało się zgodnie z obowiązującym prawem, ale także zapewnienie jak najwyższej efektywności ich działalności gospodarczej⁴. Nadzór ten wykracza poza granice nadzoru negatywnego

¹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 172.

² E. Czerwińska, *Nadzór właścicielski państwa w Polsce*, Biuro Studiów i Analiz Kancelarii Sejmu, Informacja nr 758, Warszawa 2000, s. 1.

³ Tamże.

⁴ Zob. K. Strzyczkowski, *Prawo...*, s. 172-173.

(reaktywnego), gdyż zawiera cechy nadzoru pozytywnego (kształtującego), zbliżającego nadzór właścicielski do funkcji kierownictwa gospodarczego⁵.

Na marginesie warto tu odnotować, co jest pewnym paradoksem, że w Polsce przedsiębiorstwa państwowe *sensu stricto*, będące schyłkową formą organizacyjnoprawną działalności gospodarczej sektora publicznego, podlegają nadzorowi właścicielskiemu (czy raczej założycielskiemu) państwa (realizowanemu przez organy założycielskie) w bardziej ograniczonym zakresie aniżeli kontrolowane przez państwo spółki handlowe. Nadzór założycielski nie daje bowiem organom założycielskim zbyt wielkich kompetencji. Jest to konsekwencją specyficznego statusu prawnego przedsiębiorstw państwowych, w których część uprawnień właścicielskich o charakterze strategicznym przysługuje ich organom⁶. Co więcej, słynna zasada (formuła) „3 x S” (samodzielne, samorządne i samofinansujące), stanowiąca *signum specificum* polskich przedsiębiorstw państwowych (będące ewenementem bodaj na skalę światową⁷), umożliwia ingerencję państwa (za pośrednictwem organów założycielskich) w ich bieżącą działalność (w trybie nadzoru) w zasadzie tylko w razie naruszenia przez nie prawa⁸. W konsekwencji rzeczywista władza nad tymi przedsiębiorstwami jest „rozmyta” między ich właściciela (którym w sensie ekonomicznym jest państwo) oraz organy (dyrektora, radę pracowniczą i ogólne zebranie pracowników bądź ich delegatów)⁹. Komercjalizacja przedsiębiorstw państwowych, w efekcie której zostały

⁵ Tamże, s. 173.

⁶ Zob. E. Czerwińska, *Nadzór...*, s. 5; M. Bałtowski, M. Miszewski, *Transformacja gospodarcza w Polsce*, Warszawa 2006, s. 90–91 i 94.

⁷ M. Bałtowski (*Przekształcenia własnościowe przedsiębiorstw państwowych w Polsce*, Warszawa 2002, s. 46, 53–54), opisując obowiązujący w Polsce w latach 80. system zarządzania przedsiębiorstwami państwowymi wyraził pogląd, że „Najprawdopodobniej w żadnym kraju na świecie nie występował wówczas taki zakres samodzielności i niezależności przedsiębiorstwa państwowego (a faktycznie dyrekcji oraz reprezentacji załogi) od państwa”. Zwrócił także uwagę na zaskakujący fakt, że w konsekwencji rozszerzenia uprawnień właścicielskich przedsiębiorstw państwowych (mocą nowelizacji Kodeksu cywilnego wprowadzającej art. 44¹ stanowiący, że mienie państwowe przysługuje Skarbowi Państwa albo innym państwowym osobom prawnym), „państwo, formalny założyciel i właściciel przedsiębiorstwa państwowego zostało faktycznie od tej własności (tj. przysługującego temu przedsiębiorstwu mienia państwowego – przypis R.M.) odseparowane”.

⁸ Zob. art. 1, art. 2, art. 30, art. 32, art. 47 i art. 58 ust. 2 ustawy o przedsiębiorstwach państwowych.

⁹ Zob. Bałtowski, M. Miszewski, *Transformacja...*, s. 91; szerzej na temat statusu prawnego polskich przedsiębiorstw państwowych (*sensu stricto*) zob. J. Grabowski, *Państwowy sektor gospodarczy – struktura podmiotowa* [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze*, t. 8B, Warszawa 2013, s. 10 i n.

one przekształcone w jednoosobowe spółki Skarbu Państwa, podlegające regulacjom Kodeksu handlowego (a później Kodeksu spółek handlowych), przywracała państwu formalne i rzeczywiste władztwo nad gospodarczą własnością państwową¹⁰. Ilustracją trudności w wykonywaniu efektywnego nadzoru nad przedsiębiorstwami państwowymi przez organy założycielskie może być przypadek Polskiej Żeglugi Morskiej (PŻM), jednego z ostatnich spośród 20 przedsiębiorstw państwowych *sensu stricto* (działających na podstawie ustawy o przedsiębiorstwach państwowych), nad którym organ założycielski, tj. Minister Skarbu Państwa, utracił w pewnym okresie pełną kontrolę, m.in. z powodu ograniczeń kompetencyjnych wynikających z ustawowej konstrukcji nadzoru nad przedsiębiorstwami państwowymi. Nawiasem mówiąc, sprawa ta stała się jednym z powodów intensyfikacji prac nad komercjalizacją PŻM, skądinąd ostatecznie zaniechanej¹¹.

W wielu krajach, także w Polsce, dominującą formą organizacyjno-prawną państwowych (czy też *quasi*-państwowych) czempionów są spółki kapitałowe, a zwłaszcza spółki akcyjne, co skłania do kilku choćby refleksji nad specyfiką nadzoru właścicielskiego w takich podmiotach. Na przykładzie polskiego porządku prawnego dostrzec można, że funkcje państwa jako właściciela takich spółek pełni Skarb Państwa, czyli abstrakcyjna osoba prawna, w której imieniu działa, co do zasady (o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej), minister właściwy ds. Skarbu Państwa (MSP), obsługiwany pod względem merytorycznym i organizacyjnym przez aparat urzędniczy (pracowników) Ministerstwa Skarbu Państwa. Taki stan rzeczy powoduje, że na spółki z udziałem państwa wpływ mają czynniki polityczne i administracyjne (stąd też spółki te określa się czasem mianem swego rodzaju hybrydy spółki kapitałowej oraz czynników politycznych i administracyjnych)¹². W spółkach z udziałem państwa, obok tradycyjnych organów (walnego zgromadzenia akcjonariuszy, zarządu i rady nadzorczej), działają urzędnicy, co do zasady, Ministerstwa Skarbu Państwa, których kompetencje wobec organów spółek określają m.in. niemające mocy wiążącej Zasady nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem Skarbu Państwa¹³. Szeroki zakres

¹⁰ Zob. Bałtowski, M. Miszewski, *Transformacja...*, s. 92.

¹¹ Zob. odpowiedź Ministra Skarbu Państwa na interpelację nr 6331 w sprawie nieprawidłowości w Polskiej Żegludzie Morskiej, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/4B485FC6> oraz *Nadzór nad spółkami Skarbu Państwa i przedsiębiorstwami państwowymi w zakresie zaangażowania kapitałowego w spółki prawa handlowego*, NIK, Warszawa 2005, s. 5, 35 i n.

¹² I. Postuła, *Dekonstrukcja struktury spółki kapitałowej. Wpływ urzędników na spółki Skarbu Państwa*, PZ 2014, t. 12, nr 4, s. 140; tenże, *Władza organizacyjna w spółkach Skarbu Państwa*, PZ 2014, t. 12, nr 2, s. 46.

¹³ Załącznik do zarządzenia nr 3 MSP z 28.1.2013 r. w sprawie zasad nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem Skarbu Państwa, dostępne na stronie: www.msp.gov.pl

ról i siła urzędników wobec tych organów czyni ich paraorganem spółek, który nie jest przewidziany w klasycznym modelu struktury organów spółki kapitałowej¹⁴. Jak wynika z badań, wprowadzenie w strukturę organizacyjną spółki kapitałowej paraorganu, jakim są urzędnicy, wpływa destruktywnie na realizację przez spółkę celów biznesowych, a co za tym idzie także na realizację związanego z tymi celami interesu publicznego¹⁵. Nie jest to bynajmniej jedyny argument na rzecz tezy o ułomności funkcjonującego obecnie w Polsce systemu nadzoru właścicielskiego nad państwowymi spółkami, który w ocenie doktryny i praktyki jawi się jako dysfunkcyjny¹⁶. W skrajnych opiniach twierdzi się wręcz, że jest on sprzeczny z interesem społecznym, a rady nadzorcze są przejawem „instytucjonalizacji nieodpowiedzialności”¹⁷. Twierdzenia te znajdują swoje uzasadnienie przede wszystkim w zależności rad od aparatu urzędniczego Ministerstwa Skarbu Państwa oraz politycznego uwarunkowania ich funkcjonowania, co może powodować występowanie bardzo negatywnych zjawisk¹⁸. Wymiernym skutkiem takiego stanu rzeczy może być też zła kondycja spółek z udziałem Skarbu Państwa o statusie narodowych czempionów, bądź też marnotrawienie szans spółek pretendujących do takiego statusu. Jako remedium na te problemy niektóre środowiska postulują przyjęcie ustawy o nadzorze właścicielskim, która wprowadziłaby modelowe zasady ładu korporacyjnego do państwowych spółek, jednak decydenci polityczni nie doszli, jak dotąd, do konsensusu w tej kwestii.

5.2. Nadzór administracyjny

W ramach polityki promowania narodowych czempionów może być także wykorzystywany nadzór administracyjny, jako pochodna władztwa admini-

¹⁴ I. Postuła, *Nadzór korporacyjny w spółkach Skarbu Państwa*, Warszawa 2013, s. 219; tenże, *Dekonstrukcja...*, s. 147; tenże, *Władza...*, s. 28.

¹⁵ I. Postuła, *Dekonstrukcja...*, s. 155.

¹⁶ Zob. np. I. Postuła, *Cechy charakterystyczne i problemy funkcjonowania rad nadzorczych spółek Skarbu Państwa*, *Zarządzanie i Finanse* 2013, nr 2, cz. 6, s. 230; W. Wąlczak, *Organizacyjno-prawne aspekty nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem Skarbu Państwa*, *PCG* 2010, nr 2, s. 35 i n.; G. Majcher-Magdziak, *Połączmy resorty skarbu i gospodarki*, *Rzeczpospolita* z 13.3.2015 r., s. B12.

¹⁷ M. Jarosz, *Rady nadzorcze w kleszczach interesów partyjnych i grupowych* [w:] M. Jarosz (red.), *Manowce...*, s. 45 i n.

¹⁸ I. Postuła, *Cechy...*, s. 230 i n.; zob. też M. Szczepkowska, *Wybrane aspekty nadzoru właścicielskiego w jednoosobowych spółkach Skarbu Państwa i w spółkach z udziałem Skarbu Państwa*, *Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania, Uniwersytet Szczeciński* 2008, nr 1, s. 248.

stracyjnego (*imperium*) państwa w gospodarce. W doktrynie wyodrębnia się czasem w ramach tego nadzoru nadzór policyjny, reglamentacyjny oraz gwarantujący, a w ramach tego ostatniego także nadzór regulacyjny¹⁹. Ogólnie rzecz ujmując, celem nadzoru gospodarczego o charakterze administracyjnym jest ochrona określonych dóbr, takich jak życie, zdrowie, mienie jednostek, bezpieczeństwo i porządek publiczny, moralność publiczna i środowisko naturalne (nadzór policyjny), zapewnienie przestrzegania wszelkich ograniczeń reglamentacyjnych działalności gospodarczej (nadzór reglamentacyjny) oraz gwarantowanie prawidłowego świadczenia usług użyteczności publicznej przez podmioty sektora prywatnego (nadzór gwarantujący, w tym regulacyjny)²⁰.

W przypadku newralgicznych sektorów gospodarki (np. energetycznego), niektóre państwa wprowadziły instrumenty prawne pozwalające im zachować określone kompetencje władcze w prywatyzowanych przedsiębiorstwach państwowych, mimo utraty większościowych (kontrolnych) pakietów udziałów lub akcji w spółkach powstałych z ich przekształcenia (komercjalizacji) (postępujący proces denacjonalizacji europejskich gospodarek nie ominął też strategicznych przedsiębiorstw). Często stosowanym w takich przypadkach narzędziem okazały się specyficzne rozwiązania prawne określane mianem tzw. złotej akcji, czy też złotego weta²¹. W szerokim ujęciu ten skrót myślowy oznacza różne formy specjalnych (szczególnych) uprawnień (przywilejów) umożliwiających państwu kontrolę (o charakterze *ex ante*) strategicznych decyzji w podmiotach prywatnoprawnych (zwykle spółkach handlowych)²². Owe specjalne uprawnienia mogą obejmować w szczególności prawo sprzeciwu wobec uchwał organów spółki, np. dotyczących operacji koncentracyjnych o charakterze transgranicznym. Źródłem tego rodzaju uprawnień mogą być akty władzy publicznej (ustawy lub akty administracyjne zatwierdzające statuty spółek), bądź też czynności cywilnoprawne (statuty

¹⁹ Zob. K. Strzyczkowski, *Prawo...*, s. 170 i n.

²⁰ Tamże.

²¹ Ojczyzną „złotych akcji” są USA, natomiast w Europie pojawiły się one po raz pierwszy w Wielkiej Brytanii w latach 80. w związku z prywatyzacją przedsiębiorstw państwowych o znaczeniu strategicznym dla państwa; szerzej zob. J. Kawka, *Złota akcja i bezpieczeństwo energetyczne państwa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości* [w:] *Polska polityka energetyczna – wczoraj, dziś, jutro*, URE, Warszawa 2010, s. 76; A. Bodnar, D. Sześciło, „Złote weto” Skarbu Państwa a prawo wspólnotowe, *EPS* 2008, nr 5, s. 11; K. Pawłowicz, „Złota akcja” Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego, *PiP* 2007, z. 2, s. 31; S. Sołtyński, „Złota akcja”..., s. 307 i n.; E. Szyszczak, *Golden Shares and Market Governance*, *Legal Issues of Economic Integration* 2002, t. 29, nr 3, s. 255 i n.

²² Zob. M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007, s. 152 i n.; K. Pawłowicz, „Złota akcja”..., s. 30 i n.; E. Małecka, *Publicznoprawne aspekty konstrukcji „złotej akcji”*, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2012, nr 2, s. 30 i n.

spółek)²³. Odpowiednikiem tego rodzaju rozwiązań w polskim porządku prawnym są obecnie regulacje zawarte w ustawie z dnia 18.3.2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (tzw. ustawa o złotym wecie)²⁴. Znamienne, że poprzedzająca przywołaną regulację (notabene zakwestionowana przez Komisję Europejską) ustawa z 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego²⁵ była pomyślana jako remedium na obawy dotyczące możliwości połączenia dwóch największych polskich spółek paliwowych: PKN Orlen S.A. i Lotos S.A., a następnie przejęcia ich przez rosyjski Łukoil, co prowadziłoby m.in. do utraty przez państwo kontroli nad Naftoportem, gromadzącym rezerwy paliw płynnych dla gospodarki narodowej²⁶.

Konstrukcja „złotej akcji” („złotego weta”) może utrudniać transgraniczne inwestycje w ramach UE, godząc tym samym w filary unijnego rynku wewnętrznego – swobodę przepływu kapitału i swobodę przedsiębiorczości. W konsekwencji może stwarzać przeszkody dla rozwoju paneuropejskich przedsiębiorstw, którym prawo unijne gwarantuje swobodę działania na rynku wewnętrznym wolną od krajowych barier protekcyjnych. W obliczu tego zagrożenia Komisja Europejska podjęła (udaną) „krucjatę” wobec państw członkowskich stosujących różne odmiany „złotej akcji”²⁷, czego efektem jest seria orzeczeń TSUE kwestionujących w większości przypadków tę konstrukcję²⁸. Trybunał stanął na stanowisku, że jest ona

²³ M. Szydło, *Złote akcje posiadane przez państwo w prywatyzowanych przedsiębiorstwach a swoboda przepływu kapitału w Unii Europejskiej*, PS 2006, nr 3, s. 22 i n.

²⁴ Dz.U. nr 65, poz. 404; zob. F. Grzegorzczak, *Charakter prawny i skutki „złotego weta” w nowej ustawie o szczególnych uprawnieniach ministra Skarbu Państwa*, PPH 2011, nr 3, s. 47 i n.

²⁵ Dz.U. nr 132, poz. 1108, z późn. zm.; zob. też A. Bodnar, D. Sześciło, „Złote weto”..., s. 11 i n.; M. Mataczyński, *Swoboda...*, s. 185 i n.; K. Pawłowicz, „Złota akcja”..., s. 30 i n.

²⁶ Zob. M. Mataczyński, *Swoboda...*, s. 185 i n.

²⁷ S. Sołtysiński, *Prawo spółek* [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005, s. 246; tenże, „Złota akcja”..., s. 308.

²⁸ Zob. np. wyroki ETS(TSUE) z 23.5.2000 r. w sprawie C-58/99, Komisja p. Włochom, Zb.Orz. 2000, s. I-3811; z 4.6.2002 r. w sprawie C-367/98, Komisja p. Portugalii, Zb.Orz. 2002 I-4731; z 4.6.2002 r. w sprawie C-483/99, Komisja p. Francji, Zb.Orz. 2002, s. I-4781; z 4.6.2002 r. w sprawie C-503/99, Komisja p. Belgii, Zb. Orz. 2002, s. I-4809; z 13.5.2003 r. w sprawie C-463/00, Komisja p. Hiszpanii, Zb.Orz. 2003, s. I-4581; z 13.5.2003 r. w sprawie C-98/01, Komisja p. Wielkiej Brytanii, Zb.Orz. 2003, s. I-4641; z 2.6.2005 r. w sprawie C-174/04, Komisja p. Włochom, Zb.Orz. 2005, s. I-4933; z 28.9.2004 r. w sprawach połą-

sprzeczna ze swobodą przepływu kapitału i swobodą przedsiębiorczości – jeśli zniechęca inwestorów z innych państw członkowskich do dokonywania inwestycji, w efekcie czyniąc te swobody iluzorycznymi. Zarazem jednak uznał za dopuszczalne ograniczenia traktatowych swobód wynikające ze „złotej akcji”, usprawiedliwione względami ochrony nadrzędnego interesu publicznego. Klauzula ta mieści w sobie np. strategiczny interes w postaci bezpieczeństwa energetycznego państwa, a w szczególności interes w postaci zapewnienia ciągłości, czy też minimum dostaw paliw, gazu i energii elektrycznej²⁹. Natomiast za niedopuszczalne Trybunał uznał stosowanie konstrukcji „złotej akcji” dla realizacji „ogólnych interesów ekonomicznych państwa”, „interesów finansowych państwa” lub „celów polityki ekonomicznej państwa” (np. wybór strategicznych inwestorów)³⁰. Trybunał zastrzegł przy tym, że ograniczenia swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości wynikające ze „złotej akcji” powinny być proporcjonalne do zakładanego celu, a nadto – wykonywanie uprawnień z niej wynikających powinno być oparte na obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach oraz powinno podlegać ocenie sądowej³¹. W świetle zarysowanego orzecznictwa TSUE możliwość przejścia kontroli nad narodowymi czempionami przez zagranicznych inwestorów sama przez się nie może być uprawnioną przesłanką ograniczania (powstrzymywania) tego rodzaju transakcji za pomocą konstrukcji „złotej akcji”. Przesłanką taką mogłyby być jednak np. względy bezpieczeństwa i pewności dostaw energii, przy czym zastosowane restrykcje musiałyby być proporcjonalne i obwarowane gwarancjami proceduralnymi inwestora. Inna sprawa, że czasami poszczególne rządy narodowe są gotowe naruszyć prawo unijne dla osiągnięcia założonego celu, tj. ochrony narodowego czempiona przed jego przejściem przez inwestora zagranicznego, co może się powieść z uwagi na znaczny poziom niepewności prawnej i przewlekłość procedur prawnych, mogących skutecznie odstraszyć potencjalnych inwestorów. Przykładem tego rodzaju strategii może być przypadek niedoszłego przejścia największej hiszpańskiej spółki energetycznej Endesa przez niemiecką spółkę z tej samej branży E.ON³².

czonych: C-282/04 i C-283/04, Komisja p. Holandii, Zb.Orz. 2006, s. I-9141; z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05, Komisja v. Niemcom, Zb.Orz. 2007, s. I-8995; z 17.7.2008 r. w sprawie C-207/07, Komisja p. Hiszpanii, Zb.Orz. 2008, s. I-111; z 8.7.2010 r. w sprawie C-171/08, Komisja p. Portugalii, Zb.Orz. 2010, s. I-6817; z 11.11.2010 r. w sprawie C-543/08, Komisja p. Portugalii, Zb.Orz. 2010, s. I-11241.

²⁹ A. Bodnar, D. Sześciło, „Złote weto”..., s. 12.

³⁰ K. Pawłowicz, „Złota akcja”..., s. 33.

³¹ A. Bodnar, D. Sześciło, „Złote weto”..., s. 12.

³² Zob. S.W. Gołębiowski, *Kontrola koncentracji w sektorze energetycznym*, UOKiK, Warszawa 2013, s. 69, 91-94; J. Bröhmer, *The Free Movement of Capital in the European Union*

Symptomem ostrożnego łagodzenia nader restrykcyjnego dotąd stanowiska sądów unijnych w kwestii krajowych regulacji przewidujących mechanizm „złotej akcji” czy też „złotego weta” mogą być dwa wyroki TSUE z 22.10.2013 r.: w sprawie C-95/12, Komisja p. Niemcom (Volkswagen II)³³ oraz w połączonych sprawach Staat der Nederlanden p. Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) i Delta NV (C-107/12)³⁴. W kończącym wieloletni spór (zasługujący na miano prawniczej sagi) pomiędzy Komisją Europejską i Niemcami wyroku w sprawie Volkswagen II TSUE orzekł w przedmiocie skargi Komisji dotyczącej niewykonania wcześniejszego wyroku Trybunału w sprawie o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego³⁵. W tym ostatnim wyroku (Volkswagen I) Trybunał stwierdził, że Niemcy, utrzymując w mocy określone przepisy kontrowersyjnej ustawy z 1960 r. o prywatyzacji udziałów spółki Volkswagen (ustawy VW), nawiasem mówiąc uznawanej za jeden z najbardziej jaskrawych przykładów protekcyjnej regulacji europejskiego państwa chroniącej jego największego przemysłowego czempiona przed obcymi inwestorami³⁶, naruszyły swobodny przepływ kapitału. Trybunał zakwestionował przepisy tej ustawy dotyczące wyznaczania przez państwo federalne oraz kraj związkowy Dolnej Saksonii członków rady nadzorczej Volkswagen AG, a także dotyczące ograniczenia prawa głosu w związku z przepisami przewidującymi mniejszość blokującą wynoszącą 20 proc. do celów podejmowania określonych decyzji przez akcjonariuszy. Wykonując ten wyrok Niemcy uchyliły dwa pierwsze przepisy, utrzymując jednak przepis o mniejszości blokującej (*de facto* zapewniający Dolnej Saksonii, posiadającej zaledwie 20 proc. akcji spółki, prawo weta w jej

and the Problem of 'Golden Shares' and Similar Instruments, Law in Context 2007, t. 25, nr 2, s. 156.

³³ Zb.Orz., EU:C:2013:676.

³⁴ Zb.Orz., EU:C:2013:677.

³⁵ Wyrok ETS z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05, Komisja p. Niemcom (Volkswagen I), Zb.Orz. 2007, s. I-8995; szerzej zob. M. Mataczyński, *Złota akcja Skarbu Państwa a swoboda przepływu kapitału – glosa do wyroku ETS z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05 Komisja Europejska przeciwko Niemcom*, EPS 2008, nr 6, s. 49 i n.; W.G. Ringe, *Company Law and Free Movement of Capital*, Cambridge Law Journal 2010, t. 69, nr 2, s. 385 i n.; P. Zumbansen, D. Saam, *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism*, German Law Journal 2007, t. 8, nr 11, s. 1027 i n.; J. Bröhmer, *The Free Movement...*, s. 153 i n.

³⁶ Polityka konsekwentnej protekcji Volkswagena AG przez niemieckie władze (m.in. za pomocą ustawy VW) silnie kontrastuje z ekspansją tego przedsiębiorstwa w kierunku przejmowania innych (w większości zagranicznych) koncernów motoryzacyjnych. Dość odnotować, że do niemieckiego potentata należą już takie zagraniczne marki, jak np.: Lamborghini, Bentley, Bugatti, Scania i Škoda.

strategicznych sprawach, np. dotyczących operacji koncentracyjnych), co skłoniło Komisję do ponownego wystąpienia do Trybunału ze skargą na jedynie częściowe wykonanie przez Niemcy odnośnego wyroku. Trybunał skargę Komisji oddalił wyjaśniając, że w poprzednim wyroku nie stwierdził uchybienia wynikającego z przepisu dotyczącego mniejszości blokującej rozpatrywanego odrębnie, lecz stwierdził jedynie uchybienie w odniesieniu do związku tego przepisu z przepisem dotyczącym ograniczenia prawa głosu. Trybunał uznał w konsekwencji, że znosząc powiązanie między rozpatrywanymi przepisami Niemcy wykonały ciężące na nich zobowiązania. Takie (pozornie zaskakujące) stanowisko Trybunału może być interpretowane jako przejaw jego bardziej pragmatycznego (liberalnego) podejścia do ochrony przez państwa członkowskie Unii ich przedsiębiorstw o specjalnym znaczeniu przed wrogim przejęciem. Z drugiej jednak strony, nawiązując do antycznej sentencji *Roma locuta causa finita*, przyznać też trzeba, że wprawdzie w spornej sprawie Luksemburg przemówił (i to dwukrotnie), jednakże jej dalszy ciąg wydaje się wciąż możliwy, choćby dlatego, że kwestią otwartą pozostaje legalność (zgodność z unijną swobodą przepływu kapitału) przepisu ustawy VW o mniejszości blokującej rozpatrywanego odrębnie³⁷. Możliwość ta ma jednak charakter jedynie teoretyczny, albowiem z wypowiedzi rzecznika komisarza ds. rynku wewnętrznego po wyroku w sprawie Volkswagen II wynika, że Komisja nie jest już zainteresowana kontynuowaniem sporu i uznaje go za definitywnie zamknięty (kilku co najmniej komentatorów wskazuje na wyraźnie polityczne motywy takiego stanowiska Komisji)³⁸.

Z kolei w wyroku w sprawie Essent TSUE orzekł m.in., że wprowadzony w Holandii bezwzględny zakaz prywatyzacji działających na terytorium tego kraju określonych strategicznych przedsiębiorstw, tj. operatorów systemów dystrybucyjnych energii elektrycznej i gazu, oznaczający w szczególności niemożność nabywania i posiadania przez prywatnych inwestorów akcji lub udziałów w kapitale tych operatorów, mieści się w zakresie art. 345 TFUE, wyrażającym zasadę neutralności traktatów względem zasad prawa własności w państwach członkowskich, z którego wynika m.in., że państwa członkowskie mają prawo ustanawiać i zachowywać publiczną własność określonych przedsiębiorstw. Trybunał uznał przy tym, że wprawdzie zakaz ten stanowi ograniczenie swobody przepływu kapitału podlegające traktatowym postano-

³⁷ Zob. F. Möslin, *Compliance with ECJ judgments vs. compatibility with EU law – Free movement of capital issues unresolved after the second ruling on the Volkswagen law: Commission v. Germany*, CMLR 2015, t. 52, nr 3, s. 801 i n.; R. Funta, *Free Movement of Capital and VW Law: A Never Ending Story?*, Krytyka Prawa 2013, t. 5, nr 1, s. 57 i n.

³⁸ Zob. A. Barker, C. Bryant, *Germany keeps right to veto VW takeovers*, <http://www.ft.com/cms/s/0/e99d23e8-3b06-11e3-87fa-00144feab7de.html#axzz3hb9VdqXS>

wieniom dotyczącym rynku wewnętrznego, niemniej jednak względy leżące u podstaw przyjętego w prawie krajowym systemu własności (publicznej lub prywatnej) operatorów systemów dystrybucyjnych energii elektrycznej i gazu są czynnikami, które można brać pod uwagę jako uzasadnienie tego ograniczenia³⁹.

Wyłączenie *explicite* lub *implicite* możliwości przekształceń własnościowych przedsiębiorstw państwowych (w szczególności zakaz ich prywatyzacji), stanowi bez wątpienia dalece restrykcyjny instrument nadzoru administracyjnego, wykorzystywany dla ochrony narodowych czempionów, zwłaszcza przed wrogimi przejęciami. W Polsce ustawowym zakazem nie tylko prywatyzacji, ale nawet komercjalizacji (tj. przekształcenia w spółkę handlową), objęto np. przedsiębiorstwo państwowe PŻM⁴⁰. Przykład ten jest warty odnotowania zwłaszcza dlatego, że przedsiębiorstwo to, mimo zachowania archaicznej formy organizacyjno-prawnej (co prawda obudowanej niezwykle rozległą i złożoną siecią zależnych spółek handlowych tworzących strukturę holdingową) nie tylko przetrwało na wysoce konkurencyjnym międzynarodowym rynku żeglugowym, ale też jako jedyny polski armator zasługuje dziś w pełni na miano prawdziwego narodowego czempiona na rynku przewozów morskich (jest bowiem jednym z największych w Europie przewoźników suchych ładunków masowych oraz światowym liderem w transporcie siarki płynnej⁴¹). Ustawowym (*ex lege*) zakazem prywatyzacji objęto też w Polsce operatorów systemów przesyłowych, tj. Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. oraz Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. (z mocy art. 9k. ustawy z dnia 10.4.1997 r. – Prawo energetyczne⁴² „Operator systemu przesyłowego działa w formie spółki akcyjnej, której jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa”). Nieco inną konstrukcją zakazu (*implicite*) prywatyzacji zastosowano w Polsce wobec przedsiębiorstw państwowych oraz jednoosobowych spółek Skarbu Państwa o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa. Umieszczono je bowiem w wykazie przedsiębiorstw i spółek o takim statusie, których prywatyzacja wymaga zgody Rady Mini-

³⁹ Zob. T. Horsley, *Death, Taxes, and (Targeted) Judicial Dynamism: The Free Movement of Capital in EU law* [w:] A. Arnull, D. Chalmers, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford 2015, s. 797; F. Möslin, *Compliance...*, s. 811 oraz cytowane tam źródła.

⁴⁰ Z mocy art. 3 ust. 3 pkt 11 ustawy z dnia 30.8.1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (u.k.p.) (Dz.U. z 2015 r. poz. 747), „[...] komercjalizacji mogą podlegać przedsiębiorstwa państwowe, w wyjątku: [...] 11) przedsiębiorstw wykonujących w dniu 1 stycznia 2006 r. działalność gospodarczą w zakresie międzynarodowego transportu morskiego”. Obecnie jedynym takim przedsiębiorstwem państwowym jest PŻM.

⁴¹ Zob. dane na stronie <http://www.polsteam.com/firma>

⁴² Dz.U. z 2012 r. poz. 1059, z późn. zm.

strów (w tym przypadku zakaz nie ma charakteru *ex lege*, ale pozostaje w gestii rządu)⁴³. Nawiasem mówiąc na liście tej umieszczono też m.in. wymienione wyżej spółki: PSE oraz Gaz-System. Waleru normatywnego pozbawiona jest natomiast „Lista podmiotów o strategicznym znaczeniu dla gospodarki państwa w nadzorze Ministra Skarbu Państwa”, stanowiąca załącznik do dokumentu pt. *Priorytety zarządzania portfelem podmiotów nadzorowanych przez Ministra Skarbu Państwa do roku 2015*⁴⁴, która obejmuje 22 podmioty (w tym Grupę Azoty S.A., Grupę Lotos S.A., KGHM Polska Miedź S.A., PGE Polską Grupę Energetyczną S.A., Polską Grupę Zbrojeniową S.A., Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A., Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. i Tauron Polska Energia S.A.), które wprawdzie nie są przedsiębiorstwami państwowymi (*sensu stricto*) ani też wyłącznie jednoosobowymi spółkami Skarbu Państwa, ale którym przypisuje się „rolę liderów gospodarczych w procesie reindustrializacji polskiej gospodarki”⁴⁵. Przywołany dokument, choć niewiążący prawnie, ma jednak doniosłe znaczenie (zwłaszcza praktyczne), albowiem przyznanie określonym w nim podmiotom statusu podmiotów strategicznych oznacza objęcie ich szczególną pieczę i nadzorem państwa, z czym wiąże się (deklarowany przez Ministra Skarbu Państwa) zamiar utrzymania władztwa korporacyjnego państwa w tych podmiotach i niepoddawania ich prywatyzacji. W najdalej idącej formule zakaz prywatyzacji (czy nawet komercjalizacji) narodowych czempionów może przybierać postać normy konstytucyjnej, co w Polsce postuluje się ostatnio w odniesieniu do lasów stanowiących własność Skarbu Państwa, zarządzanych przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe⁴⁶, największą w UE organizację gospodarującą lasami należącymi do Skarbu Państwa. Notabene o szczególnej roli tego przedsiębiorstwa w polskiej gospodarce świadczy to, że sektor leśno-drzewny wypracowuje około 2 proc. polskiego PKB, polski przemysł drzewny sprzedaje za granicę wyroby o wartości około 45 mld zł

⁴³ Zob. art. 1a ust. 1 i 2 u.k.p. oraz rozporządzenie Rady Ministrów z 22.1.2010 r. w sprawie określenia przedsiębiorstw państwowych oraz jednoosobowych spółek Skarbu Państwa o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa, Dz.U. nr 212, poz. 1387 z późn. zm.

⁴⁴ Dostępny na stronie <https://www.msp.gov.pl/pl/przekształcenia/dokumenty-strategiczne/programy-i-strategie/30088,Priorytety-zarzadzania-portfelem-podmiotow-nadzorowanych-przez-Ministra-Skarbu-P.html>

⁴⁵ *Priorytety...*, s. 9.

⁴⁶ Zob. Poselski projekt ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, druk nr 2374; A. Szmyt, *Projekt ustawy o zmianie Konstytucji RP w zakresie ochrony lasów państwowych*, Przegląd Sejmowy 2015, nr 3, s. 9 i n. oraz inne opinie w sprawie odnośnego projektu dostępne na stronie <http://www.npl.ibles.pl/arttykul/materiały-dotyczące-poprawki-do-konstytucji-rp-ws-społecznej-własności-lasów-skarbu-państwa>.

rocznie, co stanowi 10 proc. całego polskiego eksportu, a nadto, Polska jest 10. największym producentem i 4. eksporterem mebli na świecie⁴⁷.

Przedstawione dotąd instrumenty nadzoru właścicielskiego i administracyjnego mogą być co prawda skutecznym narzędziem ochrony narodowych czempionów przed zagrażającymi im operacjami handlowymi, zwłaszcza w postaci wrogich przejęć przez podmioty zagraniczne, jednak nie w każdym przypadku. W szczególności problematyczną może być ochrona przedsiębiorstw, wobec których państwo nie dysponuje ani władztwem korporacyjnym (np. spółek całkowicie prywatnych), ani też administracyjnym wynikającym z regulacji o „złotej akcji” czy też „złotym wecie” (np. spółek spoza sektorów objętych tymi regulacjami). Remedium na ten problem mogą być regulacje przewidujące środki nadzoru administracyjnego o szczególnym charakterze w postaci mechanizmu weryfikacji inwestycji w strategicznych sektorach gospodarki celem ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego. Regulacje tego typu, umożliwiające nadzór nad transakcjami nabywania przez zagraniczne podmioty udziałów lub akcji w rodzimych przedsiębiorstwach (często o statusie narodowych czempionów), obowiązują w wielu państwach zarówno spoza UE (np. Australii, Chinach, Japonii, Kanadzie, Rosji i Stanach Zjednoczonych), jak i w państwach członkowskich Unii (np. Austrii, Francji, Niemczech, Wielkiej Brytanii i Włoszech)⁴⁸. Od niedawna podobnym narzędziem dysponują też polskie władze, a to dzięki uchwalonej 24.7.2015 r. ustawie o kontroli niektórych inwestycji (u.k.n.i.)⁴⁹, która – skrótowo rzecz ujmując – ma na celu ochronę strategicznych polskich przedsiębiorstw przed wrogim przejęciem. Co warte odnotowania, bezpośrednim bodźcem do podjęcia prac legislacyjnych nad tą ustawą była próba wrogiego przejęcia Grupy Azoty S.A., niekwestionowanego polskiego czempiona chemicznego (koncern ten jest największym w Polsce i jednym z największych w Europie producentów nawozów mineralnych, największym odbiorcą gazu w Polsce, a nadto prowadzi prace badawczo-rozwojowe nad grafenem chemicznym⁵⁰), przez Norica Holding, spółkę zależną rosyjskiej grupy Acron – jednego z największych producentów nawozów mineralnych na świecie, który dzięki przejęciu kontroli nad polskim sektorem chemicz-

⁴⁷ Dane dostępne na stronie <http://www.lasy.gov.pl/drewno/polski-przeboj>, cyt. za E. Ratajczak, *Potencjał gospodarczy przemysłów opartych na drewnie i perspektywy ich rozwoju*, GUS, Warszawa 2012.

⁴⁸ Zob. B. Cichocki, A. Konarzewska, Ł. Niewiadomski, P. Pacuła, *Amerykańska ustawa o inwestycjach zagranicznych i bezpieczeństwie narodowym a podobne uregulowania w Unii Europejskiej, Rosji i Chinach*, *Bezpieczeństwo Narodowe* 2008, nr 7-8, s. 183 i n.

⁴⁹ Dz.U. z 2015 r. poz. 1272.

⁵⁰ Szerzej zob. dane na stronie <http://grupaaazoty.com/pl/grupa/raport/24,0>

nym mógłby stosunkowo łatwo zdominować polski rynek oraz omijać cła antydumpingowe na sprzedaż nawozów w UE (niepożądaną operację udaremnilo, nie bez trudu, m.in. dzięki statutowym mechanizmom zabezpieczającym i przyspieszonej konsolidacji polskiego przemysłu chemicznego)⁵¹. Ustawa o kontroli niektórych inwestycji wprowadza mechanizm kontroli transakcji polegających na nabywaniu m.in. udziałów albo akcji lub przedsiębiorstwa (bądź jego części), skutkującym nabyciem lub osiągnięciem „istotnego uczestnictwa” (tj. zdolności wywierania wpływu na działalność podmiotu, przede wszystkim poprzez wykonywanie prawa głosu na walnych zgromadzeniach) albo nabyciem dominacji nad spółką będącą podmiotem podlegającym ochronie (art. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 pkt 4 u.k.n.i.). Kontrola ta ma na celu ochronę porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, o których mowa w TFUE (art. 2 u.k.n.i.). Komentowana ustawa ma charakter sektorowy, przewiduje bowiem (w art. 4 ust. 1) zamknięty katalog 12 obszarów działalności gospodarczej w strategicznych sektorach gospodarki (paliwowo-energetycznym, petrochemicznym, chemicznym, zbrojeniowym i telekomunikacyjnym), w których szczególna kontrola inwestycji będzie mogła być stosowana. Na podstawie fakultatywnego upoważnienia ustawowego wykaz konkretnych podmiotów podlegających ochronie może określić rozporządzeniem Rada Ministrów, uwzględniając m.in. istotny udział danego podmiotu w rynku, skalę prowadzonej działalności, poważne zagrożenia dla fundamentalnych interesów społeczeństwa, jak również brak możliwości wprowadzenia środka mniej restrykcyjnego i niezbędność zastosowania kontroli inwestycji na zasadach określonych w ustawie (art. 4 ust. 2 u.k.n.i.). Kryteria relacji właścicielskich, w tym zaangażowania kapitałowego Skarbu Państwa czy formy prawnej, nie stanowią przeszkód w objęciu danego podmiotu przewidzianą w ustawie procedurą kontrolno-ochronną. Oznacza to, że podmiotem tym może być zarówno prowadzący działalność gospodarczą podmiot publiczny, jak i prywatny. Szczególną kontrolą inwestycji mogą być przy tym objęte transakcje dokonywane zarówno przez krajowe, jak i zagraniczne podmioty (także spoza UE), w czym przejawia się niedyskryminacyjny charakter u.k.n.i. Podkreślić należy, że przewidziany w tej ustawie mechanizm kontrolno-ochronny będzie funkcjonował w praktyce dopiero z chwilą przyjęcia przez Radę Ministrów rozporządzenia wykonawczego

⁵¹ Zob. K. Kowalczevska, *Uprzywilejowana pozycja Skarbu Państwa w spółkach kapitałowych a ochrona strategicznych interesów państwa*, Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje 2015, nr 17, s. 103 i n.; K. Wardacki, *Minister skarbu zablokuje akcje*, Rzeczpospolita z 23.7.2015 r., s. C3 oraz wypowiedź A. Czerwińskiego cytowana w dokumencie pt. *Niektóre spółki muszą być chronione przez państwo*, <http://www.polskieradio.pl/42/4393/Artykul/1483048,Niektore-spolki-musza-byc-chronione-przez-panstwo>

zawierającego wykaz podmiotów podlegających ochronie. Do tego czasu mechanizm ten będzie regulacją z kategorii „*littera mortua*” („nieaktywnym” elementem systemu prawa), zgodnie zresztą z założeniem, że ma on mieć charakter interwencyjny i być uruchamiany „punktowo” na ściśle określony czas, w którym w ocenie Rady Ministrów istniało będzie zagrożenie bezpieczeństwa publicznego lub porządku publicznego⁵². Przyjęte rozwiązania opierają się na założeniu, że to rząd jest organem, który ma najpełniejszą wiedzę o zagrożeniach bezpieczeństwa i porządku publicznego, a forma rozporządzenia (charakteryzującego się mniej sformalizowaną procedurą przyjmowania i uchylania w porównaniu do przepisów ustawowych) umożliwia elastyczne wdrażanie odnośnego mechanizmu, adekwatnie do zagrożeń⁵³. Konsekwencją umieszczenia danego podmiotu w wykazie podmiotów podlegających ochronie będzie powstanie obowiązku zawiadomienia organu kontroli o zamiarze osiągnięcia dominacji nad tym podmiotem lub też uzyskania w nim istotnego uczestnictwa (art. 5 u.k.n.i.). Rzeczoną organem kontroli jest minister właściwy ds. Skarbu Państwa (MSP), a organem doradczym tegoż ministra – Komitet Konsultacyjny, w skład którego wchodzi przedstawiciele określonych organów administracji rządowej, w tym organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i porządek publiczny (art. 3 ust. 1 pkt 6 oraz art. 13 u.k.n.i.). Jeżeli w związku z kontrolowaną inwestycją Minister stwierdzi choćby jedną z określonych taksatywnie w art. 11 ust. 1 pkt 2 u.k.n.i. przesłanek zagrożenia bezpieczeństwa publicznego lub porządku publicznego, obowiązany jest sprzeciwić się tej transakcji w drodze decyzji, która ma charakter związany (jak stanowi bowiem art. 11 ust. 1 u.k.n.i., „Organ kontroli, w drodze decyzji, zgłasza sprzeciw...”). Przed podjęciem decyzji Minister winien przy tym rozważyć, czy decyzja ta nie będzie naruszała prawa UE, a nadto – ma obowiązek wystąpić do Komitetu Konsultacyjnego o rekomendację w zakresie zasadności zgłoszenia sprzeciwu (art. 10 ust. 1 pkt 1 oraz art. 11 ust. 1 pkt 2 u.k.n.i.). Dokonywanie transakcji lub inne zachowania naruszające przepisy u.k.n.i. zagrożone są daleko idącymi sankcjami, w tym m.in.: sankcją nieważności transakcji lub uchwał; niemożnością wykonywania praw z akcji albo udziałów; nakazem zbycia takich akcji albo udziałów oraz karami grzywny albo pozbawienia wolności (art. 12, art. 15 i art. 16 u.k.n.i.).

Skrótowy z konieczności ogląd rozwiązań przyjętych w u.k.n.i. skłania do wniosku, że może ona w istotnym stopniu wzmocnić system ochrony stra-

⁵² Zob. Uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o kontroli niektórych inwestycji, druk nr 3454, s. 19–20.

⁵³ Tamże.

tegicznych polskich przedsiębiorstw przed wrogimi przejęciami. Co godne podkreślenia, także takich, wobec których państwo nie dysponuje innymi skutecznymi instrumentami nadzoru właścicielskiego czy administracyjnego. Nawiasem mówiąc, władczy charakter decyzji kończących postępowania prowadzone na podstawie u.k.n.i. oraz katalog przewidzianych w niej sankcji skłaniają do wniosku, że regulacja ta, wbrew jej tytułowi, nie ogranicza się bynajmniej do wprowadzenia mechanizmu kontroli niektórych inwestycji, ale ustanawia też reżim nadzoru administracyjnego nad nimi, i to o znacznym stopniu restrykcyjności. W kontekście stosunkowo szerokiego zakresu władzy dyskrecjonalnej, jaką dysponują organy odpowiedzialne za wdrażanie u.k.n.i., zwłaszcza w konsekwencji nieostrości przesłanek będących podstawą podejmowanych przez nie działań, nieuniknione staje się pytanie o zgodność przyjętych rozwiązań z zasadą wolności gospodarczej i fundamentalnymi założeniami rynku wewnętrznego UE (zwłaszcza swobodą przepływu kapitału i swobodą przedsiębiorczości). Nie podejmując tu analizy tego zagadnienia odnotować tylko warto, że wskazywane jako pierwowzór u.k.n.i. ustawy o stosunkach gospodarczych z zagranicą – austriacka z 2011 r. i niemiecka z 2013 r. – nie zostały, jak dotąd, zakwestionowane ani na szczeblu krajowym, ani unijnym⁵⁴.

⁵⁴ Zob. T. Siemiątkowski, P.M. Wiórek, *Jak zatrzymać soft kolonizację*, Rzeczpospolita z 3.9.2014 r., s. R7; E. Vranes, *State Measures Protecting Against „Undesirable” Foreign Investment. Issues in EU and International Law*, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 2012, t. 67, nr 4, s. 642 i n.

Rozdział VI

Subsydia i pomoc państwa na rzecz narodowych czempionów

6.1. Definicje subsydium i pomocy państwa w prawie WTO i prawie UE

Istota subsydium (pomocy państwa) sprowadza się do udzielania ze środków publicznych pomocy przedsiębiorstwom, związanej z zobowiązaniem ich do postępowania zgodnego z ustalonymi warunkami w interesie publicznym¹. W praktyce nie istnieje powszechnie akceptowana definicja subsydium i pomocy państwa, a liczne definicje tych pojęć różnią się w zależności od kontekstu (prawnego, politycznego, ekonomicznego etc.)². Poprzestając na charakterystyce subsydium i pomocy państwa w świetle prawa WTO oraz prawa UE – dwóch najważniejszych źródeł prawa subsydyjnego w wymiarze międzynarodowym³, wyjaśnić na wstępie wypada relacje między tymi pojęciami. Wprawdzie są one często traktowane synonimicznie (ponieważ

¹ Zob. M. Pawełczyk, *Prawo konkurencji w systemie publicznego prawa gospodarczego* [w:] J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska (red.), *25 lat fundamentów wolności...*, s. 745; A. Nykiel-Mateo, *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2009, s. 11 i n. oraz cytowane tam źródła.

² Zob. P.A. Buigues, K. Sekkat, *Public Subsidies to Business: An International Comparison*, JICT 2011, t. 11, s. 10.

³ Na podstawie wielostronnych i dwustronnych umów łączących UE z wieloma państwami (np. członkami EFTA, z wyjątkiem Szwajcarii), w tych ostatnich obowiązują reguły pomocy państwa analogiczne do unijnych; zob. M. Blauburger, R.U. Krämer, *European Competition vs. Global Competitiveness: Transferring EU Rules on State Aid and Public Procurement beyond Europe*, Centre for Competition Policy Working Paper 10-10, s. 11 i n. Specyficzne ponadnarodowe regulacje subsydyjne (dalece mniej zaawansowane niż w UE) funkcjonują także w kilku innych regionalnych ugrupowaniach integracyjnych, np. Zachodnioafrykańskiej Unii Gospodarczej i Walutowej. Ponadto, niektóre państwa (np. Rosja) przyjęły autonomiczne (wewnętrzne) regulacje będące odpowiednikiem unijnych reguł pomocy państwa; zob. *Competition, State Aids and Subsidies...*, s. 10 i 23.

wykazują daleko idące podobieństwa), jednak precyzyjne ich znaczenia istotnie się różnią, co może wywoływać niebagatelne implikacje praktyczne.

Definicja subsydium przyjęta w art. 1 Porozumienia WTO w sprawie subsydiów i środków wyrównawczych⁴ (zwanego powszechnie Kodeksem Subsydiów, k.s.) zawiera trzy główne elementy: 1) wkład finansowy bądź wsparcie dochodowe lub cenowe; 2) ze strony rządu albo jakiegokolwiek innej instytucji publicznej, które 3) przynosi korzyść beneficjentowi. Wśród form publicznego wkładu wymienia się m.in.: bezpośredni przepływ środków (np. darowizny, pożyczki, wkłady kapitałowe); potencjalny przepływ środków lub transfer zobowiązań (np. gwarancje kredytowe); umorzenie należności lub odroczenie płatności (np. podatkowych); transfer niektórych dóbr i usług oraz zakup dóbr na warunkach innych niż rynkowe. Świadczenia te mogą być uznane za subsydium nie tylko wtedy, gdy pochodzą wprost od instytucji publicznej, ale także wówczas, gdy są realizowane bezpośrednio przez instytucje prywatne na zlecenie publiczne. Kodeks Subsydiów nie zawiera precyzyjnych wskazówek, jak należy rozumieć i szacować wielkość korzyści wynikających z subsydium. Interpretacja postanowień Kodeksu prowadzi jednak do wniosku, że odnośnych korzyści nie można wywodzić z tych decyzji inwestycyjnych podmiotów publicznych, które nie naruszają standardu rozsądnego inwestora lub wierzyciela rynkowego. Innymi słowy, decyzje takie nie będą uznawane za przynoszące korzyść w rozumieniu Kodeksu Subsydiów, o ile warunki kontraktu nie będą korzystniejsze od możliwych do wynegocjowania dla analogicznej transakcji w normalnych warunkach rynkowych (Kodeks formułuje w art. 14 pewne wskazówki, mające ułatwiać przeprowadzanie tego rodzaju kwalifikacji)⁵.

W orzecznictwie organów WTO nie przyjęto koncepcji zakładającej konieczny związek pomiędzy korzyścią dla beneficjenta subsydium a obciążeniem finansowym po stronie podmiotu publicznego. W konsekwencji na gruncie Kodeksu Subsydiów jako subsydium może być uznana pomoc udzielona przez podmiot prywatny na zlecenie administracji publicznej, nawet w razie braku refundacji z budżetu państwa, a więc gdy nie dochodzi do transferu zasobów państwowych na rzecz beneficjenta⁶. Przykładowo, gdy państwo ustanawia minimalne ceny na zakup określonych produktów, wyższe

⁴ Załącznik 7 do Obwieszczenia Ministra Spraw Zagranicznych z 4.12.1995 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. z 1996 r. nr 9, poz. 54.

⁵ R. Molski, *Prawne formy ochrony przed subsydiami w wymianie towarowej z zagranicą*, Studia Prawnicze 2002, z. 3, s. 59.

⁶ Zob. World Trade Organization, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, Report of the Panel, WT/DS70/R, 14.4.1999, s. 177 i n.; World Trade Organization,

od cen rynkowych, umożliwiając producentom tych produktów uzyskanie dodatkowych (ekstraordynaryjnych) zysków, a zarazem obciążając kosztami tej interwencji konsumentów (nabywców) tych produktów (nie zaś budżet państwa). Okoliczność ta w istotny sposób poszerza zakres pojęcia subsydium w rozumieniu prawa WTO, w porównaniu z pojęciem pomocy państwa w rozumieniu prawa UE, które wymaga każdorazowo zaangażowania (transferu) zasobów państwowych na rzecz beneficjenta i przypisania tego zaangażowania państwu. W konsekwencji, choćby z tego powodu bardziej prawdopodobne jest objęcie interwencji publicznych o charakterze pomocowym reżimem Kodeksu Subsydiów niż unijnymi regułami pomocy państwa⁷.

Na gruncie Kodeksu Subsydiów nie jest także elementem definicji subsydium specyficzność. Jednakże, zgodnie z art. 1 ust. 2 k.s., większość postanowień Kodeksu odnosi się tylko do subsydiów spełniających kryterium specyficzności. Specyficzność oznacza ograniczenie zakresu subsydiów tylko do określonych przedsiębiorstw, ich grup lub gałęzi gospodarki. Odnosi się nie tylko do subsydiów, których ograniczona dostępność wynika wprost z faktu, na podstawie którego są udzielane (specyficzność *de iure*), ale również do subsydiów, z których pozornie mogą korzystać wszystkie zainteresowane podmioty, jednakże ich faktyczna dostępność jest limitowana przez władze publiczne tylko dla niektórych podmiotów (specyficzność *de facto*)⁸. Dodać należy, że Kodeks Subsydiów zawiera postanowienia mające zapobiegać dowolności w procesie kwalifikacji drugiej z wyróżnionych przesłanek. Kryterium specyficzności nie jest jednak do końca klarowne, a zdaniem niektórych komentatorów prawdopodobnie nie istnieją w pełni niespecyficzne subsydia. W każdym razie wydaje się, że koncepcja specyficzności subsydiów ma pełnić funkcję administracyjnoprawnego narzędzia, którego zadaniem jest ułatwianie w praktyce identyfikacji subsydiów podlegających sankcjom⁹.

Przechodząc do definicji pomocy państwa w prawie UE należy na wstępie zauważyć, że pierwotne i pochodne prawo UE nie zawiera definicji legalnej pojęcia „pomoc państwa”. W praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i orzecznictwie sądów unijnych, jak również w doktrynie prawa

Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, Report of the Appellate Body, WT/DS70/AB/R, 2.8.1999, s. 37 i n.

⁷ Zob. G.E. Luengo Hernández De Madrid, *Conflicts Between the Disciplines of EC State Aids and WTO Subsidies: Of Books, Ships and Aircraft*, *European Foreign Affairs Review* 2008, t. 13, nr 1, s. 2, 6–10; C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface between EU State Control and the WTO Disciplines on Subsidies*, *ESALQ* 2006, nr 4, s. 698 i n.; M.M. Slotboom, *Subsidies in WTO Law and in EC Law*, *JWT* 2002, t. 36, nr 3, s. 540 i n.; R. Molski, *Prawne formy...*, s. 59.

⁸ C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface...*, 701 i n.; R. Molski, *Prawne formy...*, s. 59.

⁹ Zob. J.H. Jackson, *The World...*, s. 298; R. Molski, *Prawne formy...*, s. 59 i n.

unijnego pomoc państwa definiuje się poprzez odniesienie do przesłanek zawartych w treści art. 107 ust. 1 TFUE. Uznanie danego środka za pomoc państwa wymaga, by spełnione były (kumulatywnie) wszystkie przesłanki wymienione w tym postanowieniu. Po pierwsze, musi dojść do interwencji państwa lub przy użyciu zasobów państwowych. Po drugie, musi zaistnieć zjawisko selektywnej korzyści (sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub kategoriom przedsiębiorstw bądź też określonym sektorom gospodarki). Po trzecie, interwencja musi być w stanie wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE. Po czwarte, interwencja musi zakłócać konkurencję lub grozić jej zakłóceniem¹⁰.

Nawiasem mówiąc, w polskim porządku prawnym przyjęto termin „pomoc publiczna”¹¹, którym posługuje się też część polskich autorów, jednakże w niniejszej pracy, której przedmiot wykracza dalece poza horyzont krajowy, stosowana jest terminologia bardziej uniwersalna, odwołująca się do oryginalnego brzmienia art. 107 ust. 1 TFUE, zawierającego określenie „*state aid*” (w wersji anglojęzycznej), tłumaczone oficjalnie właśnie jako pomoc państwa. Za przyjęciem takiej konwencji terminologicznej przemawia też argument, że pomoc, o której mowa w przywołanej regulacji traktatowej jest pojęciem prawa unijnego, które winno być interpretowane jedynie w ramach tego porządku prawnego (jego kwalifikacja według prawa krajowego nie ma znaczenia praktycznego)¹².

Jak już sygnalizowano, w odróżnieniu od definicji subsydium w prawie WTO, w prawie UE przyjęto, że przesłanką *sine qua non* pomocy państwa jest przysporzenie korzyści finansowych przez państwo lub ze źródeł państwowych, skutkujące dodatkowym ciężarem dla państwa, instytucji publicznych lub prywatnych wyznaczonych lub utworzonych przez państwo. Wnioskując *a contrario*, tam gdzie nie ma transferu zasobów państwa (np.

¹⁰ Zob. wyrok ETS z 21.3.1990 r. w sprawie C-142/87, Belgia p. Komisji (Tubemeuse), Zb.Orz. 1990, s. I-959, pkt 25; wyrok ETS z 24.7.2003 r. w sprawie C-280/00, Altmark Trans GmbH i Regierungspräsident Magdeburg p. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Zb.Orz. 2003, s. I-7747, pkt 74 i 75; wyrok SPI z 22.2.2006 r. w sprawie T-34/02, EURL Le Levant 001 i inni p. Komisji, Zb.Orz. 2006, s. II-267, pkt 110; wyrok SPI z 25.3.2009 r. w sprawie T-332/06, Alcoa Transformazioni Srl p. Komisji, Zb.Orz. 2009, s. II-00029, pkt 56. W kwestii definiowania pomocy państwa zob. też A. Nykiel-Mateo, *Pomoc...*, s. 43 i n. (autorka prezentuje przegląd licznych definicji pomocy państwa formułowanych w polskiej i zagranicznej doktrynie); M. Szydło, *Pojęcie pomocy państwa w prawie wspólnotowym*, SE 2002, nr 4, s. 33 i n. oraz S. Dudzik, *Pomoc...*, s. 68 i n.

¹¹ Zob. zwłaszcza ustawę z 30.4.2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, Dz.U. z 2007 r. nr 59, poz. 404, z późn. zm.

¹² Tak też np. A. Nykiel-Mateo, *Pomoc...*, s. 14; S. Dudzik, *Pomoc...*, s. 61; I. Postuła, A. Werner, *Pomoc...*, s. 26.

gdy przedsiębiorstwa są wspierane z zasobów prywatnych lub funduszy UE¹³) reguły pomocy państwa nie znajdują zastosowania¹⁴. Dla zobrazowania tej podstawowej różnicy między wykładnią pojęcia pomocy państwa i subsydium przywołać można wyrok w sprawie PreussenElektra, w którym ETS uznał, że obowiązek dokonywania zakupów energii wytwarzanej z odnawialnych źródeł po ustalonych minimalnych cenach, nałożony przez niemieckie przepisy dotyczące promocji energii odnawialnej na prywatne przedsiębiorstwa prowadzące działalność w zakresie dostaw energii, nie pociągał za sobą żadnego bezpośredniego ani pośredniego transferu zasobów państwowych do przedsiębiorstw produkujących ten rodzaj energii, a tym samym nie stanowił pomocy państwa (zastosowany w tej sprawie test dotyczący pochodzenia pomocy od państwa lub z zasobów państwowych traktował oba człony tego warunku łącznie). Dla kontrastu, na gruncie art. 1 ust. 1(a)(1) (iv), a potencjalnie też art. 1 ust. 1(a)(2) k.s. przepisy te można by z powodzeniem zakwalifikować jako subsydium, a to dlatego, że niemiecki rząd zmusił dostawców konwencjonalnej energii do preferencyjnego traktowania producentów energii odnawialnej, udzielając tym samym wsparcia cenowego tym ostatnim, przekładającego się na ich zwiększone dochody, co z kolei spowodowało zmniejszenie importu tego rodzaju energii do Niemiec (na niekorzyść konkurencyjnych producentów energii odnawialnej w krajach sąsiednich)¹⁵.

W świetle unijnych reguł pomocy państwa (podobnie jak i prawa subsydyjnego WTO) środek wsparcia przysparza korzyść dla beneficjenta (którym może być nie tylko przedsiębiorstwo prywatne, ale i publiczne), jeżeli środek ten przyznaje korzyść gospodarczą, której przedsiębiorstwo nie byłoby w sta-

¹³ Zob. wyrok ETS z 13.10.1982 r. w sprawie C-213-215/81, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will i in. p. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorde-nung*, Zb.Orz. 1982, s. 3583. Pomoc ze źródeł unijnych może stanowić pomoc państwa, o ile państwo członkowskie będzie dysponowało swobodą w zakresie alokacji środków pochodzących z tych źródeł (wtedy bowiem można je uznać za zasoby państwa); zob. Komunikat Komisji, Projekt – Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE („komunikat o pojęciu pomocy państwa”), Bruksela 2014, pkt 3.2.2. i 3.2.3.

¹⁴ Zob. wyrok ETS z 24.1.1978 r. w sprawie 82/77, *Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden p. Jacobus Philippus van Tiggele*, Zb.Orz. 1978, s. 25; wyrok ETS z 17.3.1993 r. w sprawach połączonych C-72/91 i C-73/91, *Sloman Neptun Schifffahrts AG p. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schifffahrts AG*, Zb.Orz. 1993, s. I-887; wyrok ETS z 13.3.2001 r. w sprawie C-379/98, *PreussenElektra AG p. Schleswig AG*, Zb.Orz. 2001, s. I-2099; zob. też A. Nykiel-Mateo, *Pomoc...*, s. 77 i n.; B. Kurcz, *Między ustami...*, s. 11 i n.; I. Postuła, A. Werner, *Pomoc publiczna*, Warszawa 2006, s. 49 i n.

¹⁵ G.E. Luengo Hernández De Madrid, *Conflicts...*, s. 13.

nie osiągnąć na rynku (zazwyczaj, ponieważ państwo przyznało tę korzyść nieodpłatnie lub za niewystarczającą opłatą). Korzyść ta występuje zawsze, ilekroć sytuacja finansowa przedsiębiorstwa ulega poprawie w wyniku interwencji państwa. Punktem odniesienia stosowanym do oceny wszystkich rodzajów transakcji gospodarczych zawieranych przez organy publiczne jest normalne zachowanie rynkowe. W celu określenia, co stanowi normalne zachowanie rynkowe, stosuje się test prywatnego inwestora lub wierzyciela (działającego w normalnych warunkach rynkowych)¹⁶. Nie uznaje się przy tym za pomoc państwa interwencji publicznych kompensujących podmiotom prywatnym koszty świadczonych przez nie usług publicznych (w ogólnym interesie publicznym), zgodnie z kryteriami testu wypracowanego w sprawie Altmark¹⁷.

Na gruncie prawa unijnego pomoc państwa, podobnie jak subsydium w prawie WTO, rozumiana jest niezwykle szeroko. Wskazuje na to już samo użycie w art. 107 ust. 1 TFUE określenia „wszelka pomoc” oraz „pomoc [...] w jakiegokolwiek formie”¹⁸. Dla kwalifikacji danego środka jako „pomocy państwa” nie mają znaczenia ani powody, dla których został zastosowany, ani cele, które ma realizować, ani forma, w jakiej został użyty, a jedynie skutki, jakie on wywołuje dla konkurencji na rynku¹⁹. Pomoc taka może

¹⁶ Zob. komunikat o pojęciu pomocy państwa, pkt 4.2; B. Kurcz, *Między ustami a brzegiem pucharu...gdzie jest pomoc państwa? Definicja pomocy państwa w świetle orzecznictwa ETS-u* [w:] B. Kurcz (red.), *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2009, s. 5 i n.; A. Nykiel-Mateo, *Pomoc...*, s. 50 i n.

¹⁷ Zob. komunikat Komisji, *Zasady ramowe Unii Europejskiej dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych* (2011), Dz.Urz. UE C 8 z 11.1.2012, s. 15; komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz.Urz. UE C 8 z 11.1.2012, s. 4; decyzja Komisji 2012/21/UE z 21.12.2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz.Urz. UE L 7 z 11.1.2012, s. 3; rozporządzenie Komisji (UE) Nr 360/2012 z dnia 25.4.2012 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy de minimis przyznawanej przedsiębiorstwom wykonującym usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, Dz.Urz. UE L 114 z 26.4.2012, s. 8; Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym, Bruksela 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2; N. Pesaresi, A. Sinnaeve, V. Guigue-Koeppen, J. Wiemann, M. Radulescu, *The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI)*, CPN 2012, nr 1, s. 1 i n.

¹⁸ M. Pawełczyk, *Prawo konkurencji...*, s. 745; S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, s. 34.

¹⁹ S. Dudzik, *Pomoc...*, s. 34.

być udzielana w sposób zarówno bezpośredni, jak i pośredni. Może mieć ona charakter aktywny (czynny), gdy polega na bezpośrednim transferze do przedsiębiorstw świadczeń pieniężnych lub rzeczowych (np. subwencje, dotacje, kredyty, dopłaty do odsetek, gwarancje kredytowe, dostawy dóbr lub świadczenie usług na szczególnie korzystnych warunkach), lub pasywny (bierny), gdy przyjmuje postać zmniejszenia ciężaru danin publicznych lub zaniechania ich poboru i pozostawienia środków z tego tytułu w dyspozycji beneficjentów pomocy (np. ulgi i zwolnienia podatkowe)²⁰. Sama czynność udzielenia pomocy państwa może być realizowana zarówno przy wykorzystaniu form władczych, jak i niewładczych, aktów generalnych lub konkretnych, które są przejawem działania administracji publicznej w sferze *imperium*, jak i *dominium*, a gdy pomocy udziela podmiot niebędący organem takiej administracji (np. przedsiębiorstwo publiczne lub agencja pośrednicząca), formy udzielenia tej pomocy wykraczają poza prawne formy działania administracji publicznej²¹.

W konsekwencji przyjęcia kryterium selektywności pomocy państwa, która to selektywność może mieć charakter przedmiotowy (przyjmując postać selektywności sektorowej, faktycznej oraz wynikającej z uznania administracyjnego) lub regionalny (geograficzny), nie są pomocą państwa tzw. ogólne środki interwencji, czyli wszelkie działania interwencyjne państwa, które są prowadzone w sposób jednolity we wszystkich sektorach gospodarki i nie faworyzują określonych przedsiębiorstw lub gałęzi produkcji (np. zmiany w stopach procentowych czy ogólne środki polityki fiskalnej)²². W praktyce dokonanie prawidłowego rozróżnienia pomiędzy środkami pomocowymi i ogólnymi środkami interwencji może jednak nastroczać wielu trudności. Tym bardziej, że granica między tymi środkami ulega zatarciu, skoro każdy z nich może potencjalnie zakłócać konkurencję (tego rodzaju problemy demarkacyjne występują zwłaszcza w obszarze prawa podatkowego i polityki podatkowej)²³. Istnieje nawet pogląd, że fikcją jest założenie zakładające istnienie takiej normy, która dotyczy *de facto* wszystkich przedsiębiorstw w takim samym stopniu, nie uprzywilejowując żadnego z nich²⁴. W każdym

²⁰ Zob. M. Pawełczyk, *Prawo konkurencji...*, s. 746 i n.; A. Nykiel-Mateo, *Pomoc...*, s. 58 i n.; M. Szydło, *Pojęcie pomocy...*, s. 36 i n.

²¹ M. Pawełczyk, *Prawo konkurencji...*, s. 745 i n.

²² Zob. komunikat o pojęciu pomocy państwa, pkt 5; szerzej zob. J. Kociubiński, *Selectivity Criterion in State Aid Control*, Wrocław Review of Law, Administration & Economics 2012, t. 2, s. 1 i n.; A. Nykiel-Mateo, *Pomoc...*, s. 158 i n.

²³ A. Nykiel-Mateo, *Pomoc...*, s. 18 i n.

²⁴ P. Nicolaides, M. Kekelekis, P. Buyskes, *State Aid in the European Community*, The Hague 2005, s. 25; cyt. za B. Kurcz, *Między ustami...*, s. 3.

razie orzecznictwo TSUE nie daje jasnej odpowiedzi na pytanie, co jest, a co nie jest środkiem natury ogólnej, a skłania wręcz do wniosku, że prawie każdy środek wsparcia, finansowany z zasobów państwowych, jest w tym lub innym aspekcie selektywny²⁵. Taki stan rzeczy jest o tyle problematyczny, że kryterium selektywności w unijnym prawie pomocy państwa, podobnie jak odpowiadające mu kryterium specyficzności na gruncie Kodeksu Subsydiów, decyduje o zakresie dopuszczalnej interwencji pomocowej państwa²⁶. Jeśli bowiem dany środek nie ma charakteru selektywnego, sprzyjając tym samym wszystkim przedsiębiorstwom znajdującym się w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej, nie jest on uznawany za pomoc państwa, o której mowa w art. 107 TFUE. Podobnie, jeśli nawet jakiś środek może być uznany za subsydlum zgodnie z art. 1 ust. 1 k.s., jeśli nie jest ono specyficzne, nie podlega postanowieniom tegoż Kodeksu. Rozwiązania te opierają się na założeniu, że ogólne środki interwencji, odnoszące się w równym stopniu do wszystkich przedsiębiorstw na rynku i wszystkich sektorów gospodarki, nie grożą zakłóceniem mechanizmów rynkowych (wolnej konkurencji), *ergo* nie powinny być zakazane w żadnym systemie prawa subsydyjnego. Przyjmuje się natomiast, że selektywność, czy też specyficzność danego środka, tj. sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, prowadzi do zniekształcenia konkurencji na rynku wewnętrznym (UE) lub (odpowiednio) handlu między członkami WTO, w konsekwencji godząc w efektywną alokację zasobów na rynku. Dla polityki promowania narodowych czempionów założenia te mają tym większe znaczenie, że w jej ramach preferuje się zwykle właśnie środki o charakterze selektywnym (specyficznym), co oznacza, że (po spełnieniu pozostałych przesłanek) środki te są automatycznie objęte reżimem unijnego prawa pomocy państwa lub prawa subsydyjnego WTO. Notabene jednym z celów tych regulacji jest m.in. powstrzymanie rządów narodowych przed faworyzowaniem silnie umocowanych politycznie przedsiębiorstw narodowych kosztem zagranicznych konkurentów²⁷.

Przesłanki selektywności i specyficzności na gruncie unijnych reguł pomocy państwa oraz prawa subsydyjnego WTO wykazują niewątpliwie daleko idące podobieństwa, wszelako nie są identyczne. Praktyczne różnice w ich wykładni ujawniają się najwyraźniej w przypadku pomocy przyznawanej przez podmioty subnarodowe (pomocy regionalnej). I tak, środki przyzna-

²⁵ B. Kurcz, *Między ustami...*, s. 3; tenże, *Kryterium selektywności w pomocy państwa*, PiP 2008, z. 10, s. 95.

²⁶ G. E. Luengo Hernández De Madrid, *Conflicts...*, s. 13.

²⁷ P. Nicolaides, S. Bilal, *An Appraisal of the State Aid Rules of the European Community. Do they Promote Efficiency?*, JWT 1999, t. 33, nr 2, s. 99.

wane na szczeblu subnarodowym wszystkim przedsiębiorstwom z danego regionu są selektywne w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, podczas gdy te same środki nie są uznawane za specyficzne w rozumieniu art. 2 ust. 2 k.s. W konsekwencji, o ile prawo WTO umożliwi w szerokim zakresie interwencje pomocowe władz regionalnych (w ramach ich właściwości miejscowej), interwencje takie są przedmiotem kontroli pod kątem zgodności z rynkiem wewnętrznym UE (jako pomoc regionalna)²⁸.

Przesłanki zakłócenia konkurencji oraz wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE (wewnątrzunijną), jakkolwiek odrębne, są często rozpatrywane łącznie przy ocenie pomocy państwa, ponieważ z reguły postrzega się je (zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie) jako nierozdzielnie ze sobą związane²⁹. Przesłanki te są specyficzne dla unijnej definicji pomocy państwa i nie znajdują odpowiedników w definicji subsydium na gruncie prawa WTO. Różnica ta ma jednak jedynie teoretyczny wymiar. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby w praktyce środek pomocowy o charakterze *de minimis* (bagatelny), niewpływający na handel wewnątrzunijny bądź też niezakłócający konkurencji mógł być kwestionowany na forum WTO³⁰.

Najogólniej rzecz biorąc uznaje się, że występuje zakłócenie konkurencji, jeżeli środek zastosowany przez państwo poprawia (lub jest w stanie poprawić) konkurencyjną pozycję beneficjenta w stosunku do jego konkurentów³¹. Ze względów praktycznych zakłada się zatem wystąpienie zakłócenia konkurencji (w rozumieniu art. 107 TFUE), jak tylko państwo przyzna korzyść finansową przedsiębiorstwu w sektorze liberalizowanym, gdzie istnieje lub mogłaby istnieć konkurencja³². Notabene, zdaniem wielu komentatorów założenie to nie odpowiada postulatowi bardziej ekonomicznego podejścia do analizy pomocy państwa³³. Definicja pomocy państwa nie zawiera

²⁸ G.E. Luengo Hernández De Madrid, *Conflicts...*, s. 15 i n.; C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface...*, s. 704.

²⁹ Zob. wyrok SPI z 15.6.2000 r. w sprawach połączonych T-298/97, T-312/97 itd. Alzetta i in. p. Komisji, Zb.Orz. 2000, s. II-2319, pkt 81; M. Schmauch, *EU Law of State Aid to Airlines: Law, Economics and Policy*, Berlin 2012, s. 124.

³⁰ C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface...*, s. 705.

³¹ Zob. wyrok ETS z 17.9.1980 r. w sprawie 730/79, Phillip Morris Holland BV p. Komisji, Zb.Orz. 1980, s. 2671, pkt 11.

³² Zob. komunikat o pojęciu pomocy państwa, pkt 6.2., motyw 188.

³³ Zob. Plan działań w zakresie pomocy państwa. Gorzej i lepiej ukierunkowana pomoc państwa: mapa drogowa reformy pomocy państwa na lata 2005–2009, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 7.6.2005, pkt 21 i 22, s. 6 i 7 (nawiasem mówiąc w dokumencie tym przyjęto mylne tłumaczenie na język polski sformułowania: „*less and better targeted state aid*” jako „gorzej i lepiej ukierunkowana pomoc państwa”, zamiast „mniejsza i lepiej

wymogu, aby zakłócenie konkurencji lub wpływ na handel były znaczące lub istotne³⁴. Ocena ewentualnych skutków antykonkurencyjnych interwencji pomocowej powinna uwzględniać nie tylko konkurencję aktualną, ale i potencjalną³⁵. Z negatywnym wpływem na konkurencję środka pomocowego możemy zatem mieć do czynienia także wtedy, gdy jego adresatem jest monopolista, a nie można wykluczyć wejścia na rynek jego konkurenta lub konkurentów. Odnośna przesłanka nie będzie natomiast spełniona, gdy beneficjent pomocy nie spotyka się z konkurencją, ani nie może się z nią spotkać, co zasadniczo dotyczy tylko pomocy kierowanej do monopolistów prawnych. Przesłanka zakłócenia konkurencji jest tym elementem definicji pomocy państwa, który wskazuje na podstawową wartość chronioną przez unijne prawo pomocy państwa. Pomoc taka jest bowiem niezgodna z rynkiem wewnętrznym z uwagi na zakłócenie lub chociażby zagrożenie zakłóceniem konkurencji.

Z kolei dla uznania rzeczywistego lub potencjalnego wpływu środka pomocowego na wewnątrzunijną wymianę handlową nie jest konieczne, aby przedsiębiorstwo będące beneficjentem pomocy samo (bezpośrednio) uczestniczyło w handlu transgranicznym³⁶. Wystarczy, że prowadzi ono wymianę handlową towarów lub usług, które mogą być przedmiotem handlu między państwami członkowskimi UE. Pomoc dla dużych przedsiębiorstw jest zazwyczaj uznawana za mającą wpływ na handel wewnątrzunijny³⁷. W praktyce wykluczenie spełnienia odnośnej przesłanki jest możliwe tylko

ukierunkowana pomoc państwa”); Monopolkommission, *The „More Economic Approach” in European State Aid Control*, Bonn 2008, s. 51 i n.; L. Hancher, *Towards an Economic Analysis of State Aids*, ESALQ 2005, nr 3, s. 425 i n.; J. Haucap, U. Schwalbe, *Economic principles of state aid control*, Düsseldorf Institute for Competition Economics discussion paper 2011, No. 17, s. 17 i n.; T. Kleiner, *Modernization of State aid policy* [w:] E. Szyzszak (red.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham 2011, s. 13 i n.; M. Błachucki, *Ekonomiczne podstawy prawa pomocy publicznej*, *Ekonomia i Prawo* 2010, t. 6, nr 1, s. 371 i n.; K. Skowryra, *Wsparcie dla prawników czy ekonomiczna piąta kolumna? Ekonomiczna analiza jako element ewolucji unijnej kontroli pomocy państwa* [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010, s. 339 i n.

³⁴ Komunikat o pojęciu pomocy państwa, motyw 190.

³⁵ Zob. I. Postuła, A. Werner, *Pomoc...*, s. 69; P. Paradowski, *Prawo pomocy publicznej dla przedsiębiorców* [w:] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 353.

³⁶ Zob. wyrok ETS z 15.12.2005 r. w sprawie C-66/02, Włochy p. Komisji, Zb.Orz. 2005, s. I-10901, pkt 115 i 117.

³⁷ Zob. Commission notice pursuant to Article 93 (2) of the EC Treaty to other Member States and other parties concerning the extraordinary administration of enterprises in a state of insolvency resulting from the obligation to repay aid incompatible with Articles 92 and 93 of the EC Treaty, Dz.Urz. WE C 220 z 25.8.1995, s. 2.

wyjątkowo. Przykładowo, okolicznościami bezpośrednio wykluczającymi wpływ na wewnątrzunijną wymianę handlową mogą być: 1) brak uczestnictwa przedsiębiorstwa w wymianie handlowej na rynku wewnętrznym; 2) wpływ pomocy tylko na handel krajowy; 3) wpływ pomocy tylko na rynki poza UE oraz 4) pomoc *de minimis*³⁸.

Na gruncie prawa UE analiza wpływu środka pomocowego na handel odbywa się *ex ante*, tj. na etapie ustalania, czy środek ten stanowi pomoc państwa. W przypadku pozytywnego wyniku tych ustaleń (i jeśli spełnione są pozostałe przesłanki), rzeczony środek uważa się za niezgodny z rynkiem wewnętrznym. Dlatego też środek taki powinien być zgłoszony Komisji Europejskiej, w celu uzyskania zgody na jego zastosowanie. Dla porównania, w prawie WTO analiza skutków subsydium dla handlu międzynarodowego odbywa się *ex post* na etapie rozstrzygnięcia, czy jest ono zakazane lub podlega sankcjom. Jedynie subsydia negatywnie wpływające na handel ze szkodą dla innego członka WTO mogą być kwestionowane (na forum tej organizacji lub jednostronnie)³⁹.

W świetle nader szerokiej wykładni orzeczniczej i doktrynalnej przesłanki wpływu pomocy państwa na handel wewnątrzunijny zaskakujące wydawać się może stanowisko Komisji Europejskiej w sprawie wsparcia finansowego konsorcjum Airbus przez rządy kilku państw członkowskich UE. W sprawie tej Komisja zajęła stanowisko, że wsparcie jedyne w UE producenta szerokokadłubowych samolotów komunikacyjnych, jakim jest Airbus, nie wpływało na handel między państwami członkowskimi UE, a tym samym nie stanowiło pomocy państwa objętej zakazem z art. 107 ust. 1 TFUE⁴⁰, pomimo że odnośny produkt (duże samoloty komunikacyjne) jest eksportowany poza UE i konkuruje z podobnymi produktami na rynku unijnym⁴¹. Dla kontrastu, w świetle prawa WTO niektóre formy tego wsparcia wypełniają znamiona definicji subsydium w rozumieniu art. 1 k.s., a co więcej – na podstawie art. 5 k.s. kwalifikują się one do kategorii subsydiów podlegających sankcjom (szerzej zob. pkt 7.2.).

³⁸ Zob. B. Kurcz, *Komentarz do art. 107...*, s. 447.

³⁹ G.E. Luengo Hernández de Madrid, *Conflicts...*, s. 17; C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface...*, s. 696.

⁴⁰ Zob. odpowiedź M. Montiego z 11.10.2000 r., udzieloną w imieniu KE na pytanie dotyczące wsparcia finansowego Airbus (Written Question E-2718/00 by Christopher Huhne (ELDR) to the Commission, 1.9.2000 r., Dz.Urz. WE C 113 E z 18.4.2001, s. 164.

⁴¹ Por. M. Blauburger, R.U. Krämer, *European...*, s. 174; G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011, s. 407.

6.2. Status pomocy eksportowej w świetle prawa UE i WTO

Z punktu widzenia polityki promowania narodowych czempionów na szczególną uwagę zasługuje status pomocy eksportowej na gruncie unijnych reguł pomocy państwa oraz prawa subsydyjnego WTO. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo będące beneficjentem pomocy eksportuje poza obszar UE całą swoją produkcję lub jej większość, z zasady nie można wykluczyć wpływu tej pomocy na handel wewnątrzunijny, aczkolwiek wpływ ten może nie być widoczny natychmiast i nie można go założyć jedynie na podstawie faktu, że rynek jest otwarty na konkurencję⁴². Polepszenie sytuacji finansowej takiego przedsiębiorstwa względem innych, bliżej nieokreślonych przedsiębiorstw, nie stanowi samo w sobie o wpływie na wymianę handlową między państwami członkowskimi Unii. Wprawdzie pomoc eksportowa wpływa bezpośrednio na konkurowanie przedsiębiorstw na rynkach poza UE, jednak w przypadku, gdy przedsiębiorstwo eksportuje całą swoją produkcję nie jest oczywiste, w jakim stopniu może naruszać wymianę handlową między państwami członkowskimi. Można by przyjąć takie założenie (o wpływie pomocy na tę wymianę), gdyby rynek pozaunijny był ściśle związany z rynkiem UE i konkurencja na tamtym rynku wpływałaby bezpośrednio lub pośrednio na rynek unijny⁴³. W każdym razie Komisja Europejska dostrzega doniosłość kontroli pomocy eksportowej w związku z zobowiązaniami wynikającymi z Kodeksu Subsydiów (którego stroną jest także UE)⁴⁴. Co więcej, w swojej praktyce decyzyjnej daje wyraz swemu negatywnemu nastawieniu do pomocy udzielanej w związku z działalnością eksportową beneficjentów, zwłaszcza gdy są nimi duże przedsiębiorstwa⁴⁵. Znamienny w tym kontekście jest też fakt, że rozporządzenie KE o pomocy *de minimis*, która jest zwolniona z wymogu zgłoszenia, nie ma zastosowania do pomocy wywozowej oraz pomocy uwarunkowanej pierwszeństwem korzystania z produktów krajowych w stosunku do produktów przywożonych⁴⁶. Dla kontrastu, prawo subsydyjne WTO *expressis verbis* zakazuje (nawet bezwzględnie) subsydiów eksportowych (zob. art. 3 ust. 1(a) k.s.), o czym będzie jeszcze szerzej mowa.

⁴² Zob. Komunikat o pojęciu pomocy państwa, pkt 6.3., motyw 194.

⁴³ Zob. wyrok SPI z 6.9.2006 r. w sprawach połączonych WAM, T-304/04 oraz T-316/04, Zb.Orz. 2006, s. II-64, pkt 74 i n.; zob. też B. Kurcz, *Między ustami...*, s. 14–15.

⁴⁴ Zob. np. *XXVIIIth Report on Competition Policy (1998)*, pkt 229, s. 74.

⁴⁵ Zob. G. Perini, *No export aid to large firms outside the EU*, CPN 2005, nr 2, s. 69 i n.

⁴⁶ Zob. art. 1 ust. 1 lit. d) i e) rozporządzenia Komisji (UE) nr 1407/2013 w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis*.

6.3. Zasady udzielania subsydiów i pomocy państwa w świetle prawa WTO i UE

Dla polityki promowania narodowych czempionów znacznie bardziej istotne od (jak wykazano niebagatelnych) różnic znaczeniowych pomiędzy pojęciami subsydium i pomocy państwa jest podejście do tego rodzaju ingerencji państwa w gospodarkę w prawie subsydyjnym WTO oraz unijnym prawie pomocy państwa. Okazuje się, że i w tym względzie dostrzec można podobieństwa i różnice w obu systemach prawa subsydyjnego, o doniosłych konsekwencjach praktycznych dla podmiotów realizujących rzeczoną politykę.

6.3.1. Zakaz udzielania subsydiów i pomocy państwa w prawie WTO i prawie UE

Niewątpliwie cechą wspólną prawa subsydyjnego WTO oraz unijnych reguł pomocy państwa jest restrykcyjne podejście do interwencji pomocowych państwa, o czym dobitnie świadczy przyjęcie w obu systemach najdalej idącego środka reglamentacji odnośnych interwencji, jakim jest zakaz *ex lege* przyznawania i utrzymywania subsydiów lub (odpowiednio) pomocy państwa. Jednakże zakres i charakter tego zakazu na gruncie prawa subsydyjnego WTO i unijnego prawa pomocy państwa znacząco się różnią.

W prawie WTO (zob. art. 3 k.s.) przyjęto zakaz tylko stosunkowo wąsko zdefiniowanej kategorii subsydiów, które prowadzą do zniekształcenia handlu międzynarodowego ze szkodą dla członków tej organizacji. Chodzi o subsydia eksportowe (uzależnione *de iure* lub *de facto* od działalności eksportowej) oraz subsydia uzależnione od preferencji dla towarów krajowych w stosunku do importowanych. Zakaz, o którym mowa, ma jednak charakter bezwzględny, tzn. że Kodeks Subsydiów nie przewiduje od niego wyjątków. Naruszenie tego zakazu skutkuje nakazem zaprzestania stosowania (wycofania) subsydium. Wszystkie pozostałe subsydia mieszczą się w grupie subsydiów podlegających sankcjom (zob. art. 5, art. 6 i art. 7 k.s.). Nie są one zatem zakazane, ale w przypadku wykazania przesłanek określonych w Kodeksie Subsydiów, poszkodowani nimi członkowie WTO mogą przedsięwziąć środki retorsyjne (w ramach procedur wielostronnych lub jednostronnych). Strona przyznająca tego rodzaju subsydia powinna je wówczas wycofać, bądź też zrekompensować szkody dotkniętym nimi partnerom handlowym. Nie ma zatem obowiązku wycofywania tego rodzaju subsydiów. Obecnie Kodeks Subsydiów nie przewiduje kategorii subsydiów niepodlegających sankcjom (szerzej będzie o tym mowa w pkt. 7.2). Oczywiście różnicą

między Kodeksem Subsydiów a unijnymi regułami pomocy państwa jest też fakt, że ten pierwszy odnosi się tylko do handlu towarami (nie obejmuje zatem swoim reżimem subsydiów udzielanych np. przedsiębiorstwom świadczącym usługi finansowe, np. bankom czy ubezpieczycielom)⁴⁷.

Z kolei na gruncie unijnych reguł pomocy państwa przyjęto (w art. 107 ust. 1 TFUE) jako zasadę ogólny zakaz wszelkiej pomocy państwa (także udzielanej przedsiębiorstwom usługowym). Zakaz ten ma zatem szerszy zakres w porównaniu z zakazem wąskiej kategorii subsydiów przyjętym w prawie WTO. Wprawdzie postanowienia art. 107 ust. 1 TFUE nie stanowią wprost, że pomoc państwa jest zabroniona, a jedynie deklarują, że jest ona niezgodna (*incompatible*) z rynkiem wewnętrznym, jednakże TSUE interpretuje je tak, jak gdyby zawierały zakaz udzielania pomocy, a samą pomoc państwa określa jako zakazaną⁴⁸. Zakaz ten ma jednak charakter względny.

6.3.2. Wyłączenia spod zakazu pomocy państwa w prawie UE

Artykuł 107 ust. 2 i 3 TFUE wprowadza dwie kategorie wyjątków od zakazu udzielania pomocy państwa. Pierwsza obejmuje wyłączenia obligatoryjne, tj. pomoc dozwoloną automatycznie (*ex lege*). W grupie tej mieszczą się trzy przypadki: 1) pomoc o charakterze socjalnym przyznawana indywidualnym konsumentom, pod warunkiem, że jest ona udzielana bez dyskryminacji ze względu na pochodzenie produktów; 2) pomoc mająca na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi; 3) pomoc przyznawana gospodarce niektórych regionów RFN dotkniętych podziałem Niemiec w zakresie, w jakim jest niezbędna do naprawienia niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych tym podziałem. W praktyce dwa pierwsze wyjątki odgrywają niewielką rolę [podręcznikowym przykładem okoliczności uznanych jako nadzwyczajne zdarzenia w rozumieniu art. 107 ust. 2 lit b) TFUE, uzasadniające pomoc państwa dla przewoźników lotniczych, były ataki terrorystyczne dokonane w Stanach Zjednoczonych w dniu 11.9.2001 r., w następstwie których zamknięto na kilka dni określone części przestrzeni powietrznej⁴⁹, a także erupcja wul-

⁴⁷ A.O. Sykes, *The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective*, *Journal of Legal Analysis* 2010, t. 2, nr 2, s. 489.

⁴⁸ Zob. np. wyrok ETS z 10.12.1969 r. w sprawach połączonych C-6/69 i C-11/69, Komisja p. Francji, *Zb.Orz.* 1969, s. 523 i 540.

⁴⁹ Zob. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – The repercussions of the terrorist attacks in the United States on the air transport

kanu Eyjafjallajökull na Islandii w 2010 r., której konsekwencje dla branży lotniczej okazały się skądinąd znacznie poważniejsze od skutków ataków terrorystycznych z 2001 r.⁵⁰], a ostatni nie ma już właściwie żadnego znaczenia, gdyż odnosi się wyłącznie do sytuacji historycznej powstałej w 1948 r. (podział Niemiec na dwie strefy okupacyjne)⁵¹. Zgoła odmiennie sprawa ma się z drugą kategorią wyłączeń, które w praktyce znajdują zastosowanie nader często. Obejmują one pomoc, która może być wyłączona spod zakazu uznaniowo (fakultatywnie), co do zasady przez Komisję Europejską, a wyjątkowo przez Radę. Chodzi o: 1) pomoc regionalną, przeznaczoną m.in. na sprzyjanie rozwojowi gospodarstwu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia; 2) pomoc przeznaczoną na wspieranie realizacji ważnych (zazwyczaj dużych) projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mającą na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego; 3) pomoc przeznaczoną na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem; 4) pomoc przeznaczoną na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej i konkurencji w Unii w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem; 5) inne kategorie pomocy, jakie Rada może określić decyzją, stanowiąc na wniosek Komisji Europejskiej.

Wskazane kryteria wyłączeń uznaniowych spod zakazu udzielania pomocy państwa opisano za pomocą wysoce niedookreślonych zwrotów, co znacznie poszerza zakres swobody decyzyjnej Komisji w ramach rozstrzygania o zgodności danego środka pomocowego z rynkiem wewnętrznym. Rośnie w związku z tym ryzyko nieprzejrzystości procesu decyzyjnego, a także zwiększają się możliwości realizacji celów polityki przemysłowej w postępowaniach dotyczących kontroli pomocy państwa⁵². Zwłaszcza że Komisja Europejska nie pełni roli niezależnego organu ochrony konkurencji, ale jest ciałem politycznym, dysponującym rozległą władzą prawodawczą i wykonawczą,

industry, 10.10.2001, COM(2001) 574 final, pkt 33. Za zgodną z rynkiem wewnętrznym uznano np. pomoc udzieloną przez rząd Grecji narodowemu przewoźnikowi lotniczemu Olympic Airways na pokrycie strat poniesionych w następstwie ataków terrorystycznych; zob. wyrok SPI z 25.6.2008 r. w sprawie T-268/06, Olimpiaki Aeroporia Ypiresies AE p. Komisji, Zb.Orz. 2008, s. II-01091, pkt 49.

⁵⁰ Zob. M. Schmauch, *EU Law...*, s. 147 i n.

⁵¹ B. Kurcz, *Komentarz do art. 107...*, s. 450. Notabene TFUE stanowi w art. 107 ust. 2 lit. c), że po pięciu latach od jego wejścia w życie, Rada, na wniosek Komisji, może podjąć decyzję uchylającą tenże artykuł.

⁵² Monopolkommission, *The „More Economic Approach”...*, s. 30.

składającym się z licznych dyrekcji, realizujących nie zawsze zbieżne względem siebie zadania. Wymowną ilustracją napięć, jakie w związku z tym mogą ujawniać się w łonie Komisji, może być publiczna konfrontacja między dyrekcją generalną ds. konkurencji (COMP, dawniej DG IV) a dyrekcją generalną ds. przedsiębiorstw i przemysłu (ENTR, dawniej DG III), na tle podjętej przez tą pierwszą (przywoływanej już) decyzji odmawiającej zgody na koncentrację przedsiębiorstw lotniczych Aérospatiale-Alenia i de Havilland, kiedy to komisarz ds. polityki przemysłowej Martin Bangemann, kontestując tę decyzję wyraził pogląd, że „ajatollahowie konkurencji” z DG IV rozstrzygają w sprawach koncentracji ignorując realia gospodarcze⁵³. Nie ulega też wątpliwości, że państwa członkowskie często zabiegają o swoje narodowe (partykularne) interesy na szczeblu unijnym i w tym celu próbują wywierać wpływ na instytucje unijne. Wprawdzie decyzje Komisji Europejskiej w sprawach pomocy publicznej podlegają kontroli TSUE, niemniej jednak Trybunał, kontrolując ich legalność, nie może zastąpić oceny Komisji własną oceną, bada natomiast jedynie, czy ocena ta nie jest obciążona oczywistym błędem lub nie stanowi nadużycia władzy⁵⁴. W konsekwencji, zważywszy na wysoce uznaniowy charakter odnośnych decyzji, możliwości ich kwestionowania są w praktyce nader ograniczone.

Większość zwolnień spod zakazu udzielania pomocy państwa Komisja Europejska przyznaje (indywidualnie lub grupowo – w drodze tzw. rozporządzeń blokowych) na podstawie art. 107 ust. 3 lit. a) oraz lit. c) TFUE (pomoc regionalna oraz pomoc przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych)⁵⁵.

6.3.2.1. Pomoc państwa w celu ratowania lub restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw

Z punktu widzenia polityki promowania narodowych czempionów szczególnie interesująca wydaje się pomoc państwa przyznawana w celu ratowania lub restrukturyzacji przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji, udzielana na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE. Wprawdzie jej udział

⁵³ Zob. A. Hill, *Bangemann Hits Out at Competition „Ayatollahs”*, FT, European News, 11.2.1992, s. 2; cyt. za L. Laudati, *The European Commission as regulator: the uncertain pursuit of the competitive market* [w:] G. Majone (red.), *Regulating Europe*, London 2003, s. 237.

⁵⁴ Zob. np. wyroki ETS: z 26.9.2002 r. w sprawie C-351/98, Hiszpania p. Komisji, Zb.Orz. 2002, s. I-8031, pkt 74; z 6.9.2006 r. w sprawie C-88/03, Portugalia p. Komisji, Zb.Orz. 2006, s. I-7115, pkt 99; z 7.3.2002 r. w sprawie C-310/99, Włochy p. Komisji, Zb.Orz. 2002, s. 2289, pkt 45-48.

⁵⁵ Monopolkommission, *The „More Economic Approach”...*, s. 30.

w ogólnej wartości udzielanej pomocy państwa jest relatywnie nieduży (w 2012 r. wynosił on w UE 1,18 proc.⁵⁶, natomiast w Polsce – 2,5 proc.⁵⁷), niemniej jednak w praktyce to właśnie ta kategoria pomocy horyzontalnej⁵⁸ zdaje się budzić najwięcej kontrowersji, a zarazem stanowi jedno z największych wyzwań w obszarze regulacji pomocy państwa⁵⁹. Dzieje się tak głównie dlatego, że pomoc ta stwarza potencjalnie największe zagrożenie dla konkurencji⁶⁰. Kierowana jest bowiem do przedsiębiorstw *de facto* najmniej wydajnych, które najgorzej radzą sobie z konkurencją na rynku, i które bez interwencji państwa musiałyby ten rynek opuścić, ustępując pola konkurentom bardziej efektywnym (generującym niższe koszty lub też oferującym atrakcyjniejsze produkty)⁶¹. Pomoc tego rodzaju stwarza też ryzyko pokusy nadużycia. Przedsiębiorstwa oczekujące, że w razie trudnej sytuacji zostaną uratowane, mogą sięgać po nadmiernie ryzykowne i niezrównoważone strategie biznesowe. Poza tym perspektywa przyznania pomocy na ratowanie lub restrukturyzację danemu przedsiębiorstwu może sztucznie ograniczać jego koszt kapitału, dając mu nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną na rynku⁶². Pomoc tego rodzaju może ponadto osłabiać rynek wewnętrzny UE poprzez przerzucanie na inne państwa członkowskie niesprawiedliwie wysokich kosztów dostosowań strukturalnych oraz powiązanych problemów społecznych i gospodarczych. Jest to niepożądane już samo w sobie i może wywoływać prześciganie się państw członkowskich w udzielaniu dotacji, co prowadzi do marnowania zasobów. Pomoc ta może wreszcie kreować bariery wejścia na rynek oraz osłabiać zachęty do podejmowania działalności trans-

⁵⁶ EU State Aid Scoreboard 2013, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/non_crisis_en.html

⁵⁷ *Raport o pomocy publicznej w Polsce udzielonej przedsiębiorcom w 2012 roku*, UOKiK, Warszawa 2013, s. 81.

⁵⁸ W odróżnieniu od statystyk UOKiK, w klasyfikacji unijnej (w State Aid Scoreboard) pomoc na ratowanie i restrukturyzację zaliczana jest do pomocy sektorowej.

⁵⁹ Zob. A. Heimler, F. Jenny, *The limitations of European Union control of state aid*, Oxford Review of Economic Policy 2012, t. 28, nr 2, s. 358 i 365; M. Lienenmeyer, *State Aid to Companies in Difficulty – The Rescue and Restructuring Guidelines* [w:] M. Sanchez Rydelski (red.), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London 2006, s. 183 i n.

⁶⁰ Komunikat KE – Wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji przedsiębiorstw niefinansowych znajdujących się w trudnej sytuacji („Wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji”), Dz.Urz. UE C 249 z 31.7.2014, s. 1, pkt 6.

⁶¹ A. Mazurkiewicz-Gorgol, *Jak trwoga do to... państwa po pieniądze. Komu pomaga pomoc państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw?* [w:] B. Kurcz (red.), *Pomoc...*, s. 157 i n.

⁶² Wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji, pkt 9.

granicznej, co jest sprzeczne z celami unijnego rynku wewnętrznego⁶³. Mimo wskazanych mankamentów i zagrożeń towarzyszących pomocy na ratowanie lub restrukturyzację, a także silnej skłonności, zwłaszcza wśród przedstawicieli Komisji Europejskiej, do uznawania jej za niezgodną z prawem UE, w praktyce bywa ona udzielana, niejednokrotnie w bardzo dużej wysokości (w indywidualnych przypadkach), na rzecz niewielkiej liczby beneficjentów, którymi są często duże przedsiębiorstwa, zatrudniające nierzadko tysiące pracowników⁶⁴. Tytułem przykładu (z sektora tzw. gospodarki realnej), w decyzji z 7.7.2004 r. w sprawie C58/2003 dotyczącej środków pomocowych wdrożonych przez Francję na rzecz grupy Alstom Komisja Europejska uznała (warunkowo) za zgodną ze wspólnym rynkiem pomoc na restrukturyzację w wysokości ponad 3 mld euro⁶⁵. Z kolei decyzją z 22.9.2004 r. w sprawie C52/2003 dotyczącej pomocy państwa, jakiej Wielka Brytania planowała udzielić British Energy, za zgodną ze wspólnym rynkiem Komisja Europejska uznała pomoc na restrukturyzację w wysokości ponad 2 mld funtów⁶⁶. Nawiasem mówiąc, analogiczne interwencje pomocowe (o charakterze ratunkowo-restrukturyzacyjnym) podejmowane są także poza UE (choć z reguły nie podlegają formalnym procedurom kontrolnym, będącym odpowiednikami unijnych reguł pomocy państwa). Przykładowo, w 2008 r. rząd Stanów Zjednoczonych wyasygnował (w formie kredytu pomostowego) 36 mld dol. na rzecz dwóch największych amerykańskich koncernów samochodowych: Chrysler i General Motors (GM). Początkowe kredyty (będące odpowiednikami unijnej pomocy ratunkowej) opiewały na kwotę 4 mld dol. dla Chylera i 13,4 mld dol. dla GM. Pozostała część pomocy (o charakterze restrukturyzacyjnym) warunkowana była przedłożeniem przez jej beneficjentów planów restrukturyzacyjnych. Przywołany przykład ilustruje nie tylko potencjalną skalę wsparcia pomocowo-restrukturyzacyjnego (w sektorach gospodarki realnej), ale dowodzi także, że tego typu interwencje państwa w gospodarkę obarczone są dużym ryzykiem, o czym świadczy fakt, że mimo olbrzymiego wsparcia publicznego oba koncerny w 2009 r. ogłosiły upadłość⁶⁷.

⁶³ Wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji, pkt 10.

⁶⁴ A. Mazurkiewicz-Gorgol, *Jak trwoga...*, s. 158 i 162; zob. też A. Heimler, F. Jenny, *The limitations...*, s. 358.

⁶⁵ Dz.Urz. UE L 150 z 10.6.2005, s. 24; szerzej zob. C. Galand, E. Marteil, A. Bacchiega, F. Malbo, E. Valle, *Commission authorizes restructuring aid to Alstom under conditions*, CPN 2004, nr 3, s. 13 i n.

⁶⁶ Dz.Urz. UE L 142 z 6.6.2005, s. 26.

⁶⁷ R. Carbaugh, T. Prante, *The Temptation for Protectionism and American Trade Policy*, *World Economics* 2010, t. 11, nr 3, s. 71.

Bez wątpienia nie miały wpływ na decyzje o udzieleniu i zatwierdzeniu pomocy ratunkowej lub restrukturyzacyjnej mają zainteresowane nią przedsiębiorstwa, z racji swego potencjału często dysponujące silnymi wpływami politycznymi w kręgach decydentów podejmujących te decyzje. Za utrzymaniem na rynku zagrożonych przedsiębiorstw, zwłaszcza dużych, poprzez udzielenie im pomocy ratunkowej lub restrukturyzacyjnej (zwłaszcza gdy ma ona charakter jednorazowy) mogą jednak przemawiać także argumenty natury społecznej i gospodarczej. Przykładowo, utrzymanie dużego (silnego) konkurenta na rynku może być uzasadnione potrzebą zachowania jego konkurencyjnej struktury. Z perspektywy mikroekonomicznej, uniknięcie upadłości dużego przedsiębiorstwa (mającego np. duże znaczenie dla regionu) może zapobiec reakcji łańcuchowej (kosztownemu efektowi domino), tj. upadłości wielu mniejszych przedsiębiorstw na szczeblu lokalnym – koope-rantów zagrożonego przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zapobiec pogorszeniu sytuacji społeczno-gospodarczej w całym regionie. Koszty związane z likwidacją takiego podmiotu mogą być wielokrotnie wyższe niż koszty związane z udzieleniem pomocy na jego ratowanie lub restrukturyzację⁶⁸. Przykładem pomocy państwa uzasadnionej względami społeczno-gospodarczymi (i uznanej przez Komisję Europejską za zgodną z rynkiem wewnętrznym) może być pomoc na ratowanie udzielona w 2012 r. PLL LOT S.A. w formie pożyczki Ministerstwa Skarbu Państwa w wysokości 400 mln zł⁶⁹. Dzięki tej interwencji na rynku utrzymał się jeden z największych, ale też względnie nieefektywnych przewoźników lotniczych świadczących swoje usługi w Polsce (aczkolwiek jego udział w unijnym rynku przewozów lotniczych jest stosunkowo niewielki⁷⁰). Upadek tego przewoźnika spowodowałby jednak nieuchronnie zmianę struktury krajowego rynku przewozów lotniczych. Dominującą rolę na tym rynku zaczęliby odgrywać przewoźnicy niskokosztowi, opierający swój model funkcjonowania przede wszystkim na lotach krótkiego zasięgu. Jednocześnie, biorąc pod uwagę model wykonywania połączeń przez LOT oparty na formule sieciowej (*hub and spoke*), wnioskować można, iż z lotniska w Warszawie zlikwidowane zostałyby bezpośrednio loty dalekiego zasięgu (*long-haul*), bowiem luka powstała na skutek upadku LOT zostałaaby prawdopodobnie zagospodarowana przez innego przewoźnika działającego w formule sieciowej⁷¹. Upadek LOT

⁶⁸ Zob. A. Heimler, F. Jenny, *The limitations...*, s. 358.

⁶⁹ Zob. decyzję KE z 15.5.2013 r. w sprawie SA.35900 – pomoc państwa na ratowanie Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., Dz.Urz. UE C 204 z 18.7.2013, s. 4.

⁷⁰ Pod względem liczby przewiezionych pasażerów dział PLL LOT w rynku UE wynosi 1–5 proc.; zob. pkt 32 decyzji KE w sprawie SA.35900.

⁷¹ *Raport o pomocy publicznej w Polsce...*, s. 83.

wpłynąłby też negatywnie na sytuację ekonomiczną przedsiębiorstw z nim kooperujących (dostawców i innych partnerów biznesowych). Realność tego scenariusza potwierdza przypadek węgierskiego przewoźnika lotniczego Malév, którego upadłość doprowadziła do znaczącego spadku przychodów generowanych przez podmiot zarządzający lotniskiem w Budapeszcie oraz pozostałych kooperantów tego przewoźnika (notabene otrzymał on również pomoc państwa, która jednak uznana została za niezgodną z rynkiem wewnętrznym, i tym samym nie uchroniła jej beneficjenta przez upadkiem)⁷². Trudno w tym miejscu nie wspomnieć o dotkliwych konsekwencjach społeczno-gospodarczych (choćby w postaci utraty tysięcy miejsc pracy) upadku polskich stoczni w Gdyni i Szczecinie, do którego przyczyniła się m.in. niekompetentna (i nieskuteczna) polityka pomocowa państwa⁷³. I w tym przypadku Komisja Europejska uznała pomoc państwa przyznaną tym stoczniom za niezgodną z rynkiem wewnętrznym, nakazując jej zwrot, co *de facto* oznaczało kres ich istnienia⁷⁴. Przykład ten jest o tyle doniosły, że dotyczy przedsiębiorstw z sektora gospodarki uważanego w większości państw uprzemysłowionych lub będących w trakcie procesu industrializacji za szczególnie wrażliwy i strategiczny, o dużym potencjale eksportowym (około 90 proc. produkcji polskich stoczni przeznaczone było na eksport) oraz innowacyjnym (działające na rzecz stoczni centra naukowo-badawcze i ośrodki projektowo-konstrukcyjne przyczyniały się do rozwoju zaawansowanych technologii, transferowanych także do innych gałęzi gospodarki narodowej), a także o ogromnym znaczeniu dla regionalnych rynków pracy (w całym przemyśle stoczniowym w Polsce pracowało łącznie 80–100 tys. osób)⁷⁵.

⁷² Tamże; zob. też decyzję KE z 9.1.2012 r. w sprawie SA.30584 – pomoc państwa na rzecz przedsiębiorstwa Malév Magyar Légiközlekedési Zrt., Dz.Urz. UE L 92 z 3.4.2013, s. 1.

⁷³ Szerzej zob. *Skutki upadłości polskiego przemysłu stoczniowego na przykładzie Stoczni Gdynia S.A.*, Analizy Instytutu Globalizacji 2007; S. Majkowska-Szulc, *Wpływ interwencjonizmu państwowego na los polskiego przemysłu stoczniowego na przykładzie Stoczni Gdynia S.A.*, GSP 2009, t. XXII, s. 217 i n.; A. Jasińska, *Pomoc państwowa udzielona polskim stoczniom w świetle prawa Unii Europejskiej*, UOKiK, Warszawa 2012; A. Wotek, *Europeizacja w słabym państwie: przypadek polskiego przemysłu stoczniowego* [w:] J. Kłockowski (red.), *Polska w grze międzynarodowej. Geopolityka i sprawy wewnętrzne*, Kraków 2010, s. 203 i n.; *Informacja o wynikach kontroli restrukturyzacji i prywatyzacji sektora przemysłu stoczniowego w latach 2005–2007*, NIK, Gdańsk 2009.

⁷⁴ Zob. decyzje KE z 6.11.2008 r. w sprawie pomocy państwa C 19/05 udzielonej przez Polskę dla Stoczni Szczecińskiej, Dz.Urz. UE L 5 z 8.1.2010, s. 1 oraz w sprawie pomocy państwa C 17/05 udzielonej przez Polskę Stoczni Gdynia, Dz.Urz. UE L 33 z 4.2.2010, s. 1.

⁷⁵ Szerzej zob. K. Dajczak, *Przemysł stoczniowy w Polsce i na świecie*, Prace Komisji Geografii Przemysłu, Warszawa-Kraków 2008, s. 123 i n.

Przykład polskich stoczni oraz węgierskiego przewoźnika lotniczego skłania też do wniosku, że nawet strategiczny status przedsiębiorstwa i nadzwyczaj groźne konsekwencje jego likwidacji nie mogą usprawiedliwiać ratunkowych interwencji pomocowych podejmowanych na jego rzecz z jawnym, czy nawet ostentacyjnym naruszeniem obowiązujących w tym zakresie reguł udzielania tej pomocy. Poza tym, subsydia (pomoc państwa) nie mogą być traktowane jako panaceum na chroniczne problemy takich przedsiębiorstw, których źródłem jest niedostatek kompetencji ich kierownictwa a także niewłaściwa polityka gospodarcza państwa.

Pomoc na ratowanie lub restrukturyzację obwarowana jest szczególnymi, restrykcyjnymi warunkami dopuszczalności. Pomoc tego rodzaju nie jest wprost wymieniona w art. 107 ust. 2 i 3 TFUE, niemniej jednak za możliwą podstawę prawną jej zwolnienia spod ogólnego zakazu uznaje się art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE⁷⁶. Aby można było zastosować to zwolnienie, planowana pomoc: 1) powinna wspierać rozwój gospodarczy ubiegającego się o nią przedsiębiorstwa [jeśli miałyby ona jedynie sztucznie podtrzymać jego obecność na rynku, nie będzie mogła być dopuszczona na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE]; 2) nie może zmieniać warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym ze wspólnym interesem [jeśli np. korzyści z likwidacji podupadającego przedsiębiorstwa przewyższałyby korzyści z utrzymania go na rynku, przyznanie mu przez państwo pomocy również nie mogłoby być usprawiedliwione na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE]⁷⁷. Z uwagi na wysoce nieostry charakter wskazanych przesłanek Komisja Europejska wydaje szczegółowe wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji. W 2014 r. przyjęto najnowszą wersję tych wytycznych mających zastosowanie do pomocy udzielanej (zasadniczo) wszystkim przedsiębiorstwom znajdującym się w trudnej sytuacji, z wyjątkiem przedsiębiorstw działających w niektórych sektorach (np. węglowym i stalowym), a także instytucji finansowych, dla których opracowano odrębne wytyczne.

Zgodnie z ogólnymi wytycznymi dotyczącymi pomocy na ratowanie i restrukturyzację, tego rodzaju wsparcie przyznawane jest (co do zasady) wyłącznie przedsiębiorstwom zagrożonym („znajdującym się w trudnej sytuacji”), tj. takim, które „bez interwencji państwa prawie na pewno będą skazane na zniknięcie z rynku w perspektywie krótko lub średnioterminowej”. Przykładowy katalog okoliczności wskazujących na wystąpienie takiego przypadku zawiera rozdział 2.2. wytycznych.

⁷⁶ Zob. Wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji, pkt 1; C. Savvides, D. Antoniou, *Ailing Financial Institutions: EC State Aid Policy Revisited*, W.Comp. 2009, t. 32, nr 3, s. 350.

⁷⁷ C. Savvides, D. Antoniou, *Ailing...*, s. 350.

Zagrożone przedsiębiorstwa mogą liczyć na trojakiemu rodzaju wsparcie państwa: 1) pomoc na ratowanie; 2) pomoc restrukturyzacyjną oraz 3) tymczasowe wsparcie restrukturyzacyjne (to ostatnie służy wsparciu restrukturyzacji mikro-, małych lub średnich przedsiębiorstw, umożliwiając odzyskanie przez nie płynności)⁷⁸.

Pomoc na ratowanie już ze swojej natury ma charakter pilny i tymczasowy⁷⁹. Ma ona przede wszystkim umożliwić przetrwanie niewydolnego przedsiębiorstwa przez czas konieczny do opracowania planu restrukturyzacji lub likwidacji. Musi być ograniczona do niezbędnego minimum i trwać maksymalnie sześć miesięcy⁸⁰. Przed upływem tego okresu państwo członkowskie musi zatwierdzić plan restrukturyzacji lub plan likwidacji albo zażądać od beneficjenta zwrotu pożyczki lub zakończenia gwarancji⁸¹. Pomoc na ratowanie może być przyznana wyłącznie w formie pożyczki lub gwarancji kredytowej (nie może to być zatem np. bezzwrotna dotacja lub dokapitalizowanie przedsiębiorstwa)⁸².

Pomoc na restrukturyzację musi przywrócić długoterminową rentowność beneficjenta na podstawie wykonalnego, spójnego i dalekosiężnego planu restrukturyzacji (nie może ona mieć charakteru wyłącznie finansowego)⁸³. Plan restrukturyzacji musi być zatwierdzony przez Komisję Europejską we wszystkich przypadkach pomocy *ad hoc* udzielanej dużym przedsiębiorstwom⁸⁴. Okres restrukturyzacji powinien być jak najkrótszy⁸⁵. W odróżnieniu od pomocy ratunkowej, pomoc restrukturyzacyjna nie podlega ograniczeniom dotyczącym jej formy. Mogą to być zatem np. dotacje, umorzenia długów, pożyczki lub gwarancje preferencyjne czy zwolnienia z obowiązku płatności zobowiązań publicznych. Przedsiębiorstwo, któremu udziela się pomocy na restrukturyzację, zobowiązane jest do wniesienia znaczącego (możliwie najwyższego) wkładu własnego, przy czym (co do zasady) za adekwatny uznaje się wkład w wysokości przynajmniej 50 proc. kosztów restrukturyzacji⁸⁶. Kwota i intensywność pomocy na restrukturyzację muszą być ograniczone do ścisłego minimum, które jest konieczne, aby umożliwić

⁷⁸ Wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji, pkt 13, 25 i 28.

⁷⁹ Tamże, pkt 26.

⁸⁰ Tamże, pkt 55 i 60.

⁸¹ Tamże, pkt 55.

⁸² Tamże.

⁸³ Tamże, pkt 27 i 45.

⁸⁴ Tamże, pkt 46.

⁸⁵ Tamże, pkt 47.

⁸⁶ Tamże, pkt 61–64.

podjęcie restrukturyzacji w świetle istniejących zasobów finansowych beneficjenta, jego udziałowców lub grupy kapitałowej⁸⁷.

Zgodnie z wytycznymi KE, aby ograniczyć poziom zakłócenia konkurencji spowodowany pomocą na restrukturyzację, konieczne jest wprowadzenie środków wyrównawczych (kompensacyjnych)⁸⁸. Mają one zapewnić, aby pozytywne skutki tej pomocy przeważały nad jej skutkami negatywnymi. Środki te pozostają bodaj najbardziej kontrowersyjnym warunkiem udzielenia pomocy na restrukturyzację. Przykładowo, wątpliwości może budzić nakaz ograniczania mocy produkcyjnych przedsiębiorstwa, które ledwo utrzymuje się na rynku, zwłaszcza gdy nie chodzi o rezygnację z działalności nierentownej, i gdy na danym rynku nie występują nadmierne zdolności produkcyjne. W środkach wyrównawczych można jednak upatrywać swoistej ceny za możliwość pozostania beneficjenta pomocy na rynku. Swoisty efekt odstrasżający tych środków, powodujący, że pomoc restrukturyzacyjna nie jest łatwa ani popularna, może dyscyplinować przedsiębiorstwa i zapobiegać podejmowaniu przez nie nadmiernego ryzyka⁸⁹.

Zazwyczaj pomoc na ratowanie i pomoc na restrukturyzację stanowią dwie części jednego pakietu pomocy udzielanego zagrożonemu przedsiębiorstwu. Ta pierwsza jest doraźnym wsparciem, które ma umożliwić dotrwanie do właściwego procesu restrukturyzacji (dać jej beneficjentowi „krótkotrwałe wytchnienie”), druga zaś jest środkiem docelowym, współfinansującym proces restrukturyzacji⁹⁰. Inna sprawa, że w praktyce rozgraniczenie pomiędzy pomocą na ratowanie a pomocą restrukturyzacyjną może być problematyczne.

Wszystkie wymienione rodzaje pomocy państwa rządzą się zasadą „pierwszy i ostatni raz”, która ma ograniczać pokusę nadużycia, zachętę do nadmiernego podejmowania ryzyka oraz potencjalne zakłócenia konkurencji. Co do zasady zatem (o ile nie wystąpią wyjątkowe okoliczności wskazane w wytycznych), przedsiębiorstwa znajdujące się w trudnej sytuacji mogą skorzystać z pomocy na ratowanie lub restrukturyzację tylko jeden raz w ciągu dziesięciu lat⁹¹.

W przypadku dużych przedsiębiorstw konieczne jest indywidualne zgłoszenie Komisji Europejskiej zamiaru udzielenia im pomocy państwowej, i zgodnie z art. 108 ust. 3 TFUE wstrzymanie się z przyznaniem tej pomocy

⁸⁷ Tamże, pkt 61.

⁸⁸ Tamże, pkt 76.

⁸⁹ A. Mazurkiewicz-Gorgol, *Jak trwoga...*, s. 170–171.

⁹⁰ Tamże, s. 164.

⁹¹ Wytyczne dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji, pkt 8 i 70–75.

do czasu jej zatwierdzenia przez Komisję⁹². Jeśli stwierdzi ona, iż pomoc państwową (bez względu na jej rodzaj) przyznano bezprawnie bądź też wykorzystano ją w sposób niewłaściwy, nakazuje bezzwłoczny zwrot tej pomocy (wraz z odsetkami), chyba że byłoby to sprzeczne z ogólnymi zasadami prawa unijnego (np. zasadą ochrony uzasadnionych oczekiwań lub zasadą pewności prawnej)⁹³. Decyzja o windykacji pomocy zobowiązuje zainteresowane państwo członkowskie do podjęcia wszelkich koniecznych środków (zgodnie z krajowymi procedurami przewidzianymi w prawie tego państwa) w celu odzyskania tej pomocy od beneficjenta⁹⁴. Zgodnie z tzw. zasadą Deggendorf Komisja Europejska może nakazać państwu członkowskiemu zawieszenie wypłaty nowej, zgodnej z rynkiem wewnętrznym pomocy, aż do momentu zwrotu przez dane przedsiębiorstwo-beneficjenta pomocy uznanej w decyzji Komisji jako podlegającej windykacji⁹⁵. Dla porównania, analogicznej sankcji (tj. żądania zwrotu przyznanego subsydium) nie przewidziano w prawie WTO.

6.3.2.2. Pomoc państwa na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania

Na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE za zgodną z rynkiem wewnętrznym może zostać uznana także pomoc państwa przeznaczona na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania (*an important project of common European interest, IPCEI*). Rzecz jasna wyłączenie to (spod ogólnego zakazu pomocy państwa) stanowi dogodną podstawę prawną interwencji pomocowych na rzecz czempionów, tyle że nie narodowych, a europejskich (unijnych). Znamienny w tym kontekście jest pogląd TSUE, że środki mające zasadniczo na celu zwiększenie konkurencyjności przedsiębiorstw przynależnych do jednego państwa członkowskiego UE, co umacniałoby ich pozycję na rynku wewnętrznym Unii, nie mogą być kwalifikowane jako wspierające IPCEI⁹⁶.

⁹² Tamże, pkt 37.

⁹³ Zob. art. 14 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) Nr 659/1999 z 22.3.1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz.Urz. UE L 83 z 27.3.1999, s. 1.

⁹⁴ Szerzej zob. M. Kośka, *Co cesarskie cesarzowi... Zwrot pomocy państwa* [w:] B. Kurcz (red.), *Pomoc...*, s. 329 i n.

⁹⁵ Zob. wyrok ETS z 9.3.1994 r. w sprawie C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH p. Niemcom, Zb.Orz. 1994, s. I-833; szerzej zob. *Egzekwowanie prawa UE dotyczącego pomocy państwa przez sądy krajowe. Komunikat w sprawie egzekwowania prawa i inne ważne dokumenty*, Komisja Europejska, Bruksela 2010.

⁹⁶ Zob. wyrok ETS z 15.12.2005 r. w sprawie C-66/02, Włochy p. Komisji, Zb.Orz. 2005, s. 10901, pkt 138 i 139.

Wytyczne dotyczące kryteriów, jakie Komisja Europejska stosuje, przeprowadzając ocenę pomocy państwa przeznaczonej na wspieranie realizacji projektów kwalifikowanych jako IPCEI określono w komunikacie Komisji z 2014 r. – Kryteria analizy zgodności z rynkiem wewnętrznym pomocy państwa na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania („komunikat IPCEI”)⁹⁷. Zgodnie z tym komunikatem (zob. pkt 3 – Kryteria kwalifikalności), aby dany projekt mógł być uznany jako IPCEI powinien spełniać kilka przesłanek. Po pierwsze, pojedynczy lub zintegrowany projekt winien być jasno opisany pod względem celów i warunków realizacji, w tym uczestników oraz źródeł finansowania (projekt zintegrowany obejmuje grupę pojedynczych projektów mających taki sam cel i opartych na spójnym podejściu systemowym, ujętych w ramach wspólnej struktury, planu działania lub programu). Po drugie, projekt, o którym mowa, musi spełniać 6 „ogólnych kryteriów łącznych”, tj.: 1) projekt musi w konkretny, jasny i identyfikowalny sposób przyczyniać się do realizacji jednego lub więcej celów UE oraz mieć znaczny wpływ na jej konkurencyjność, trwałą wzrost gospodarczy, rozwiązywanie problemów społecznych lub tworzenie wartości w całej Unii; 2) projekt musi wносить znaczący wkład w realizację celów UE (np. mieć podstawowe znaczenie dla strategii „Europa 2020”, europejskiej strategii bezpieczeństwa energetycznego, transeuropejskich sieci transportowych i energetycznych, a także unijnych inicjatyw przewodnich takich jak: Unia innowacji czy Zintegrowana polityka przemysłowa w erze globalizacji); 3) projekt musi zazwyczaj dotyczyć więcej niż jednego państwa członkowskiego, a korzyści wynikające z jego realizacji nie mogą ograniczać się jedynie do państw członkowskich zapewniających finansowanie, lecz muszą rozciągać się na znaczną część UE (korzyści te muszą być jasno zdefiniowane, konkretne i łatwo identyfikowalne); 4) korzyści płynące z projektu nie mogą się ograniczać do określonych przedsiębiorstw lub danego sektora, lecz muszą mieć większe znaczenie i być szerzej odczuwalne dla europejskiej gospodarki lub społeczeństwa (korzyści te muszą być jasno zdefiniowane, konkretne i łatwo identyfikowalne); 5) projekt musi być współfinansowany przez beneficjenta; 6) projekt musi być zgodny z zasadą stopniowego wycofywania dotacji szkodliwych dla środowiska. Komunikat IPCEI wymienia też sześć dodatkowych warunków („ogólnych pozytywnych elementów”), których spełnienie powoduje bardziej przychylnie stanowisko Komisji Europejskiej w kwestii kwalifikacji danego projektu jako IPCEI. Są to następujące warunki: (a) projekt został opracowany w sposób umożliwiający w nim udział wszystkich zainteresowanych

⁹⁷ Dz.Urz. UE C 188 z 20.6.2014, s. 4.

państw członkowskich; (b) w opracowaniu projektu uczestniczy Komisja Europejska lub dowolny podmiot prawny, któremu powierzyła ona swoje uprawnienia (np. EBI); (c) w wybór projektu zaangażowana jest Komisja Europejska lub dowolny podmiot prawny, któremu powierzyła ona swoje uprawnienia; (d) struktura zarządzania projektem obejmuje Komisję Europejską lub dowolny podmiot prawny, któremu powierzyła ona swoje uprawnienia oraz kilka państw członkowskich; (e) realizacja projektu wymaga znacznych pod względem liczby partnerów wspólnych działań i interakcji, zaangażowania organizacji z różnych branż lub przedsiębiorstw różnej wielkości; (f) projekt jest współfinansowany ze środków unijnych. Oceniając zgodność z rynkiem wewnętrznym pomocy na wspieranie realizacji IPCEI w oparciu o art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, Komisja bierze pod uwagę kryteria określone w komunikacie IPCEI (zob. pkt 4 – Kryteria zgodności z rynkiem wewnętrznym), i na ich podstawie przeprowadza test bilansujący w celu ustalenia, czy spodziewane skutki pozytywne pomocy przeważają nad jej ewentualnymi skutkami negatywnymi.

W praktyce wyłączenie z art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, odnoszące się do projektów kwalifikowanych jako IPCEI, znajdowało dotychczas zastosowanie nader sporadycznie. Jako przykład projektów korzystających z pomocy państwa na tej podstawie wskazuje się europejskie projekty Eureka, w tym program rozwoju telewizji wysokiej rozdzielczości (HDTV), nawiasem mówiąc zakończony niepowodzeniem⁹⁸. Szczególny przypadek w tym względzie stanowi program Airbusa. Jak już wcześniej podnoszono, Komisja Europejska zajęła stanowisko, że wsparcie finansowe tego programu przez rządy kilku państw członkowskich UE nie stanowiło pomocy państwa w rozumieniu prawa UE. Tym samym obejmowanie tego programu postanowieniami art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE byłoby bezprzedmiotowe. Wszelako zdaniem komisarza ds. konkurencji Mario Montiego, nawet gdyby było inaczej, tzn. gdyby rządowe wsparcie programu Airbusa uznane zostało za pomoc państwa, kwalifikowałoby się do wyłączenia spod zakazu na tej podstawie (jako pomoc na rzecz IPCEI)⁹⁹.

Komunikat IPCEI stanowi element reformy pomocy państwa (*State Aid Modernisation*, SAM), która ma na celu wspieranie wzrostu gospodarczego i konkurencyjności w UE. Komunikat ten ma zachęcać państwa UE do finan-

⁹⁸ Zob. Commission approves aids for French firms participating in six Eureka projects, European Commission IP/89/694, 20.9.1989, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-694_en.htm; B. Ardy, *Industrial and competitiveness policy: the Lisbon Strategy* [w:] A. El-Agraa (red.), *The European Union: Economics and Policies*, Cambridge 2011, s. 222.

⁹⁹ M. Schmauch, *EU Law of State Aid...*, s. 165.

sowania dużych, ponadnarodowych projektów o znaczeniu europejskim, np. w obszarze działalności badawczo-rozwojowej, transportu transgranicznego czy energetyki, a także ułatwiać ich wspieranie za pomocą środków publicznych w sytuacji, gdy wsparcia takiego nie są w stanie zapewnić zawodne mechanizmy rynkowe. Przykładowo, w uzasadnionych przypadkach pomoc państwa będzie mogła wynieść nawet do 100 proc. luki w finansowaniu takich projektów¹⁰⁰. W jednym z dokumentów objaśniających motywy przyjęcia komunikatu IPCEI Komisja Europejska wskazała typowe (współczesne) przykłady projektów kwalifikujących się do kategorii IPCEI¹⁰¹. I tak, w obszarze działalności badawczo-rozwojowej wymieniono wspólne przedsięwzięcia na rzecz rozbudowy infrastruktury badawczej o wymiarze paneuropejskim, niezbędnej dla rozwoju zaawansowanej nauki oraz innowacji w UE, takie jak np. budowa europejskiej jednostki naukowej w Szwecji, pod nazwą Europejskie Centrum Spalacji (*European Spallation Source*), którego zadaniem ma być rozpraszanie neutronów (w projekcie, którego wartość ma wynieść blisko 1,5 mld euro, uczestniczy kilkanaście państw, w tym także Polska). Z kolei w obszarze transgranicznego transportu wskazano w szczególności projekty wspierane w ramach programu transeuropejskich sieci transportowych (*Trans-European Transport Networks*, TEN-T), obejmującego sieci drogowe, kolejowe, wodne i powietrzne, wspierające mobilność osób i towarów na unijnym rynku wewnętrznym oraz sprzyjające terytorialnej spójności w ramach UE, a także projekty umacniające transgraniczne połączenia oraz interoperacyjność, w szczególności w ramach Europejskiego Systemu Zarządzania Ruchem Kolejowym (*European Rail Traffic Management System*, ERTMS), który ma zapewnić interoperacyjność transportu kolejowego, czyli możliwość swobodnego poruszanie się pociągów w sieciach kolejowych poszczególnych państw (właścicieli infrastruktury) bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw lub maszynistów. Także w Komunikacie Komisji – Wytyczne wspólnotowe dotyczące finansowania portów lotniczych i pomocy państwa na rozpoczęcie działalności dla przedsiębiorstw lotniczych oferujących przeloty z regionalnych portów lotniczych¹⁰² Komisja Europejska odniosła się w sposób szczególny (w pkt. 28) do wyłączenia z art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, kojarząc je z projektami związanymi z transeuropejskimi sieciami, które mogą obejmować projekty dotyczące portów lotniczych.

¹⁰⁰ Zob. pkt 31 Komunikatu IPCEI.

¹⁰¹ *State aid: Commission facilitates support for important projects of common European interest*, European Commission – MEMO 14.423, 13.6.2014.

¹⁰² Dz.Urz. UE C 312 z 9.12.2005, s. 1.

6.3.2.3. Pomoc państwa wyłączona spod zakazu na podstawie art. 346 TFUE

Artykuł 346 TFUE stanowi szczególną normę derogacyjną, zezwalającą państwom członkowskim UE na podejmowanie środków, które w innych okolicznościach byłyby niezgodne z postanowieniami traktatu, z uwagi na podstawowe interesy bezpieczeństwa tych państw związane z: 1) ochroną informacji o charakterze strategicznym [których ujawnienie uznaje się za sprzeczne z podstawowymi interesami państwa członkowskiego – art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE], bądź też 2) produkcją lub handlem bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o ile środki te nie będą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na unijnym rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie dla celów wojskowych [art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE]¹⁰³. Skuteczne powołanie się na powyższą stypulację w sposób ogólny wpływa na stosowanie wszystkich postanowień TFUE. W szczególności zamówienia w dziedzinie obronności są wówczas zwolnione z konieczności zachowania unijnego prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji, w tym reguł udzielania pomocy państwa¹⁰⁴. Pomoc państwa objęta zakresem zastosowania art. 346 TFUE nie podlega notyfikacji¹⁰⁵. Nie ma przy tym znaczenia, czy środki podejmowane na tej podstawie przez państwo członkowskie mogą negatywnie wpłynąć na konkurencję na unijnym rynku wewnętrznym¹⁰⁶.

Ratio conventionis przywoływanej regulacji stanowi założenie, że kwestie obronności i bezpieczeństwa należą do wyłącznych prerogatyw państw członkowskich¹⁰⁷. Z kolei za uwzględnieniem postanowień art. 346 TFUE w niniejszej pracy (mimo że mają one charakter zupełnie wyjątkowy¹⁰⁸) przemawia fakt, że przedsiębiorstwa zaliczane do sektora zbrojeniowego w każdym kraju mają status szczególnie ważnych (strategicznym), a większość z nich nie ogranicza swej aktywności tylko do rynku krajowego, ale obejmuje nią także rynki zagraniczne (a przynajmniej dąży do tego).

¹⁰³ W. Sadowski, *Komentarz do art. 346 TFUE* [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III. Warszawa 2012, s. 1084.

¹⁰⁴ B. Heuninckx, *Defence procurement: The most effective way to grant illegal State Aid and get away with it... or is it?*, CMLR 2009, t. 46, nr 1, s. 196 i 200.

¹⁰⁵ Zob. wyroki SPI: z 28.3.2001 r. w sprawie T-144/99, Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets p. Komisji, Zb.Orz. 2001, s. II-1087, pkt 67 oraz z 30.9.2003 r. w sprawie T-26/01, Fiocchi Munizioni SpA p. Komisji, Zb.Orz. 2003, s. II-3951.

¹⁰⁶ W. Sadowski, *Komentarz do art. 346 TFUE* [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat...*, s. 1091; zob. też wyrok SPI w sprawie T-26/01, Fiocchi Munizioni SpA p. Komisji, pkt 38.

¹⁰⁷ W. Sadowski, *Komentarz...*, s. 1084.

¹⁰⁸ Tamże, s. 1087; zob. też oraz opinię rzecznika generalnego Jacobsa w sprawie C-120/94, Komisja p. Grecji, Zb.Orz. 1996, s. I-01513, pkt 46.

Nawiasem mówiąc, w niektórych segmentach rynku zbrojeniowego mamy do czynienia z wyjątkowo daleko posuniętą jego oligopolizacją, tzn. że dany rodzaj uzbrojenia (np. samoloty bojowe, okręty podwodne czy uzbrojenie rakietowe) produkuje tylko kilka przedsiębiorstw na świecie, które intensywnie zabiegają o pozyskanie kontraktów w kraju i za granicą. Tym samym przedsiębiorstwa te stanowią *par excellence* przykład narodowych czempionów. Nie bez znaczenia jest także fakt, że szczególnie bliskie związki państwa z sektorem zbrojeniowym oraz typowe uzależnienie przedsiębiorstw tego sektora od jedynego nabywcy ich produktów, jakim jest państwo, skutkują często pomocą państwa udzielaną tym przedsiębiorstwom¹⁰⁹.

Artykuł 346 TFUE nie odnosi się do ogólnej ochrony interesów bezpieczeństwa, ale do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa. Sformułowanie to podkreśla wyjątkowy charakter zwolnienia. Nadzwyczaj mocne sformułowanie („podstawowe interesy”) ogranicza możliwe zwolnienia do zamówień publicznych o najwyższym znaczeniu dla zdolności wojskowych państw członkowskich¹¹⁰, przy czym określenie podstawowych interesów należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich¹¹¹. W postanowieniach art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE chodzi o interesy bezpieczeństwa w znaczeniu militarnym, konieczne dla zapewnienia funkcjonowania państwa, przy czym państwa członkowskie mogą się powoływać na ten artykuł także w czasach pokoju¹¹². Inne względy, np. społeczne, polityczne czy zwłaszcza gospodarcze, chociaż powiązane z produkcją i handlem bronią, amunicją i materiałami wojennymi, nie mogą stanowić samodzielnego uzasadnienia dla zwolnienia na podstawie art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE¹¹³. W szczególności przepisami tymi nie są objęte tzw. (pośrednie) umowy offsetowe¹¹⁴

¹⁰⁹ Zob. S.R. Sandler, *Cross-Border Competition in the European Union: Public procurement and the European Defence Equipment Market*, Washington University Global Studies Law Review 2008, t. 7, nr 3, s. 436 i n.

¹¹⁰ Zob. Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, 7.12.2006, COM/2006/779 końcowy („komunikat w sprawie art. 296”), pkt 4.

¹¹¹ Zob. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13.7.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE („dyrektywa obronna”), Dz.Urz. UE L 216 z 20.8.2009, s. 76, motyw 16.

¹¹² W. Sadowski, *Komentarz do art. 346 TFUE* [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat...*, s. 1087.

¹¹³ Zob. komunikat w sprawie art. 296, pkt 6.

¹¹⁴ Umowy offsetowe stanowią kompensację wymaganą przez wiele rządów narodowych od zagranicznych kontrahentów w dziedzinie obronności jako warunek zakupu wyposażenia wojskowego. Kompensacje te mogą obejmować szeroki zakres działań: offsety bezpośrednie są bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia publicznego,

niedotyczące dziedziny wojskowości, które nie służą szczególnym interesom bezpieczeństwa, a tylko ogólnym interesom gospodarczym, nawet jeżeli są związane z zamówieniem publicznym w dziedzinie obronności, które podlega zwolnieniu z mocy powyższego artykułu¹¹⁵. Komisja Europejska zdaje się też uznawać, że produkcja broni na eksport nie należy do podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa państwa członkowskiego¹¹⁶, a więc nie podlega wyłączeniu na podstawie art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE. Notabene handel bronią państw członkowskich UE z państwami trzecimi (spoza Unii), regulowany jest także prawem WTO, a w szczególności Porozumieniem w sprawie zamówień rządowych (p.z.r.)¹¹⁷, przy czym art. III ust. 1 p.z.r. zawiera także wyłączenie obejmujące zamówienia wojskowe (niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i obronności państwa).

Wyłączenie zastosowania reguły pomocy państwa na podstawie art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE może dotyczyć wyłącznie zamówień dotyczących wyposażenia, które zostało zaprojektowane, opracowane i wyprodukowane specjalnie dla celów wojskowych¹¹⁸. Problematiczna jest natomiast kwestia zamówień mieszanych, obejmujących towary podwójnego zastosowania (które mogą być stosowane w celach zarówno wojskowych, jak i cywilnych)¹¹⁹. W najnowszym orzecznictwie TSUE wykluczył możliwość powołania się na art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE w odniesieniu do zamówień mieszanych¹²⁰. Przykładowo, Trybunał orzekł, że wyłączając spod unijnego reżimu zamówień publicznych przetarg na dostawę (przez spółkę Augusta SpA) lekkich helikopterów dla straży pożarnej i policji, Republika Włosa uchybiła zobowiązaniom traktatowym. Praktyczne problemy związane ze stosowaniem art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE pojawiają się także wówczas, gdy przedsiębiorstwa podlegające regułom konkurencji, w tym prawu pomocy państwa, prowadzą działalność zarówno w zakresie produkcji lub handlu bronią i materiałami

natomiast offsety pośrednie nie są związane z przedmiotem zamówienia i mogą mieć charakter wojskowy lub cywilny; zob. komunikat w sprawie art. 296, przypis 22.

¹¹⁵ Zob. komunikat w sprawie art. 296, pkt 4; P. Zamelek, *Prace Komisji Europejskiej w zakresie sektora obronnego*, Zeszyty Naukowe AON 2013, nr 3, s. 126.

¹¹⁶ B. Heuninckx, *Defence...*, s. 201, zob. też wyrok SPI w sprawie T-26/01, Fiocchi Munizioni SpA p. Komisji, pkt 63, 77 i 86-88.

¹¹⁷ Dz.Urz. UE L 68 z 7.3.2014, s. 1.

¹¹⁸ Zob. komunikat w sprawie art. 296, pkt 3 oraz wyrok SPI w sprawie T-26/01, Fiocchi Munizioni p. Komisji, ust. 59 i 61.

¹¹⁹ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 160; S.R. Sandler, *Cross-Border...*, s. 421 i n.

¹²⁰ Zob. wyroki ETS: z 8.4.2008 r. w sprawie C-337/05, Komisja p. Włochom, Zb.Orz. 2008, s. I-2173, pkt 47 oraz z 2.10.2008 r. w sprawie C-157/06, Komisja p. Włochom, Zb.Orz. 2008, s. I-7313, pkt 26.

wojskowymi, jak i działalność niezwiązaną z przemysłem zbrojeniowym¹²¹. Przykładowo, w sprawie stoczni Lürssen¹²² Komisja Europejska zaakceptowała argument Niemiec, że utrzymanie minimalnej zdolności produkcyjnej stoczni wojskowej, która miała być włączona w istotny program budowy okrętów wojennych, leży w interesie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. W konsekwencji Komisja знаła, że pomoc państwa udzielona tej stoczni objęta jest zakresem zastosowania art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, jeżeli nawet część środków przeznaczona była na pokrycie kosztów zatrudnienia pracowników tymczasowo niezatrudnionych przy produkcji okrętów wojennych¹²³.

W przeciwieństwie do art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE może obejmować również zamówienia publiczne na wyposażenie podwójnego zastosowania, do celów bezpieczeństwa wojskowego i niewojskowego, jeżeli zastosowanie przepisów unijnych zobowiązywałoby państwo członkowskie do ujawnienia informacji szkodliwych dla podstawowych interesów jego bezpieczeństwa¹²⁴.

Środki podejmowane na podstawie art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE nie powinny pogarszać warunków konkurencji na unijnym rynku wewnętrznym w zakresie produktów nieprzeznaczonych wyłącznie do celów wojskowych. Jako przykład podaje się zakaz nabywania sprzętu wojskowego po wygórowanej cenie od przedsiębiorstwa, którego przedmiot działalności obejmuje również produkcję o przeznaczeniu cywilnym. Sprzedający mógłby bowiem przeznaczyć zysk wynikający z różnicy pomiędzy ceną otrzymaną a wartością rynkową towaru dla potrzeb produkcji o przeznaczeniu cywilnym¹²⁵. Takie przypadki mogą być kwalifikowane jako pomoc państwa, wykraczająca poza ramy wyłączenia określonego w art. 346 TFUE i niezgodna z traktatem¹²⁶.

Ogólnie rzecz biorąc, w świetle orzecznictwa TSUE zarówno zakres, jak i warunki zastosowania art. 346 TFUE należy interpretować w sposób restrykcyjny (regulacja ta podlega rygorystycznej, skrajnie ścisłej wykładni)¹²⁷. W szczególności podkreśla się, że państwo członkowskie powołujące się na ten przepis powinno udowodnić, że podjęte przez nie działania nie

¹²¹ W. Sadowski, *Komentarz do art. 346 TFUE* [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat...*, s. 1090–1091.

¹²² Decyzja KE z 17.3.1999 r. w sprawie 1999/763/EC – pomoc Bremy dla Lürssen Maritime Beteiligungen GmbH & Co. KG, Dz.Urz. WE L 301 z 24.11.1999, s. 8.

¹²³ W. Sadowski, *Komentarz...*, s. 1091.

¹²⁴ Zob. komunikat w sprawie art. 296, pkt 3.

¹²⁵ A. Sołtysińska, *Europejskie...*, s. 159; W. Sadowski, *Komentarz...*, s. 1091.

¹²⁶ B. Heuninckx, *Defence...*, s. 196 i n.

¹²⁷ Zob. komunikat w sprawie art. 296, pkt 2.

wykraczają poza granice tego wyjątku¹²⁸. Komisja Europejska ma przy tym prawo żądać od państw członkowskich potwierdzenia poprzez dostarczenie niezbędnych informacji i udowodnienie, że zwolnienie jest konieczne ze względu na ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa danego państwa. Ciężar dostarczenia wyczerpujących dowodów do Komisji spoczywa na zainteresowanym państwie członkowskim¹²⁹.

Państwa członkowskie UE powinny wystrzegać się wykorzystywania zakupów sprzętu wojskowego do nielegalnego subsydiowania własnego przemysłu zbrojeniowego. W szczególności powinny mieć na uwadze, że o kwalifikacji danego środka jako pomoc państwa decyduje nie jego przyczyna lub cel, ale skutek, co oznacza, że dany kontrakt na dostawę uzbrojenia może być uznany za pomoc państwową nawet wówczas, gdy po stronie instytucji zamawiającej nie było zamiaru udzielenia takiej pomocy, co w konsekwencji może prowadzić do unieważnienia takiego kontraktu¹³⁰. Nawet jeśli dotychczas Komisja Europejska nie angażowała się w kontrolowanie europejskich kontraktów zbrojeniowych pod kątem ich zgodności z regułami pomocy państwa, sytuacja ta może ulec zmianie, zwłaszcza w związku z wdrożeniem tzw. dyrektywy obronnej¹³¹.

Choć pomyślany jako wyjątek, w praktyce art. 346 TFUE od początku istnienia WE/UE był stosowany przez państwa członkowskie niemal automatycznie i w stosunku do wszystkich zamówień związanych z obronnością, stając się *de facto* regułą. Tytułem przykładu z Polski, w 2011 r. Minister Skarbu Państwa udzielił wsparcia finansowego niebędącego pomocą państwa (w świetle art. 346 TFUE) na rzecz przedsiębiorstwa Bumar Sp. z o.o. (późniejszy Polski Holding Obronny Sp. z o.o., PHO, obecnie w Polskiej Grupie Zbrojeniowej S.A.), którego celem była ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa RP (poprzez wsparcie projektów badawczych, rozwojowych i wdrożeniowych dotyczących uzbrojenia i sprzętu wojskowego, realizowanych przez Bumar/PHO)¹³². W niektórych państwach członkow-

¹²⁸ Zob. wyroki ETS: z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97, Komisja p. Hiszpanii, Zb.Orz. 1999, s. I-05585, pkt 22 oraz w sprawie C-337/05, Komisja p. Włochom, pkt 44.

¹²⁹ Zob. komunikat w sprawie art. 296, pkt 6.

¹³⁰ Zob. B. Heuninckx, *Defence...*, s. 198 i 211 oraz wyroki ETS: z 2.7.1974 r. w sprawie 173/73, Włochy p. Komisji, Zb.Orz. 1974, s. 709, pkt 13; z 26.9.1996 r. w sprawie C-241/94, Francja p. Komisji Zb.Orz. 1996, s. I-4551, pkt 20 czy z 12.10.2000 r. C-480/98, Hiszpania p. Komisji, Zb.Orz. 2000, s. I-8717, pkt 16.

¹³¹ Zob. B. Heuninckx, *Defence...*, s. 211.

¹³² Zob. Wystąpienie pokontrolne NIK z 24.4.2014 r. w sprawie kontroli P/13/059 – Wsparcie przez Ministra Skarbu Państwa projektów badawczych, rozwojowych i wdrożeniowych dotyczących uzbrojenia i sprzętu wojskowego, realizowanych w spółkach Polskiego Holdingu Obronnego, <http://bip.msp.gov.pl/download/1/6475/WsparciePHO.pdf>

skich zaledwie w 1 proc. roczne zamówienia obronne odbywały się z zastosowaniem unijnych procedur¹³³. Nagminne nadużywanie art. 346 TFUE w dziedzinie zamówień obronnych prowokowało liczne interwencje Komisji Europejskiej (np. w 2010 r. Komisja postawiła taki zarzut Republice Czeskiej w związku z bezprzetargowym zamówieniem wojskowych samolotów transportowych, klasyfikowanych jako sprzęt o podwójnym zastosowaniu¹³⁴). Także TSUE wielokrotnie orzekał o nadużyciu art. 346 TFUE przez państwa członkowskie¹³⁵. Szerokie wykorzystanie tego wyłączenia ugruntowało politykę protekcjonizmu wobec krajowych przedsiębiorstw zbrojeniowych w UE, zakładającą ich ochronę przed zewnętrzną konkurencją w myśl narodowych celów bezpieczeństwa, gospodarczych i socjalnych, a jednocześnie w sprzeczności z zasadami efektywności ekonomicznej, konkurencji i przejrzystości¹³⁶. W tym stanie rzeczy Komisja Europejska uznała za celowe podjęcie działań legislacyjnych na rzecz przyjęcia dyrektywy obronnej. Jej celem było zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencyjności na europejskim rynku zbrojeniowym i zapobieżenie nadużyciu art. 346 TFUE, a zarazem wprowadzenie procedur odpowiadających specyfice branży zbrojeniowej (w powszechnym przekonaniu, popartym praktyką, dotychczasowe przepisy odnoszące się do zamówień klasycznych nie odpowiadały potrzebom rynku zamówień obronnych)¹³⁷.

Dyrektywa obronna, po raz pierwszy w historii, istotnie ogranicza możliwość wykorzystywania niekonkurencyjnych procedur zamawiania wyposażenia obronnego, wprowadzając w całej UE ujednolicone procedury oraz warunki ich stosowania. Ma to pozwolić na otwarcie krajowych rynków na

¹³³ Zob. komunikat w sprawie art. 296, wstęp; E. Andresen, *The new EU defense and security procurement directive*, Columbia Journal of European Law Online 2011, t. 18, nr 1, s. 22 oraz Commission Staff Working Document, Annex to the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security (22.11.2011), http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/impact_assessment_en.pdf, s. 13–14.

¹³⁴ Zob. *Public procurement: Commission calls on Czech Republic to respect public procurement rules for military aircraft*, European Commission – IP/10/501, 5.5.2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-501_en.htm?locale=en

¹³⁵ Zob. P. Zamelek, *Prace...*, s. 121–122.

¹³⁶ Zob. M. Terlikowski, *Polski przemysł obronny na zliberalizowanym europejskim rynku sprzętu wojskowego*, Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych 2013, nr 17, s. 1; S.R. Sandler, *Cross-Border...*, s. 419 i n.

¹³⁷ J. Czarnecka, *Tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa* [w:] J. Sadowy, B. Brańko (red.), *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – Wprowadzenie do przepisów ustawy*, Warszawa 2013, s. 115.

konkurencję zagraniczną, a tym samym przynieść zamawiającym oszczędności i wyższą jakość kupowanego wyposażenia, natomiast producentom pozwolić na czerpanie większych zysków z produkcji kierowanej na powiększony, unijny rynek. Procesy te w długim terminie mają doprowadzić do wzmocnienia przemysłu obronnego UE¹³⁸. Czas pokaże, czy dyrektywa obronna spowoduje powstanie wspólnego unijnego rynku obronnego i ograniczy powszechną praktykę sięgania po art. 346 TFUE celem uniknięcia unijnych reguł zamówień publicznych i pomocy państwa. Wdrożenie tej dyrektywy utrudni z pewnością skuteczne odwoływanie się do tego wyłączenia. Jakkolwiek teoretycznie nie ogranicza ona wyłączeń wynikających z art. 346 TFUE, jednakże w praktyce jego aktualna interpretacja istotnie różni się od dotychczasowej, gdyż zaostrzone zostały kryteria stosowania wyłączeń, zdaniem niektórych komentatorów – do poziomu odnoszącego się nieomal do warunków stanu wojny¹³⁹. W konsekwencji jedynie w nielicznych przypadkach państwo członkowskie będzie w stanie przekonująco uzasadnić, że konieczne jest odstępianie od rozwiązań przewidzianych w dyrektywie obronnej w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa, skoro rozwiązania te – przynajmniej w ocenie KE – są zaprojektowane z uwzględnieniem specyfiki rynku obronnego.

6.4. Subsydia (pomoc państwa) jako instrument polityki promowania narodowych czempionów w dobie kryzysu

Subsydia (pomoc państwa), jako instrument polityki przemysłowej, w tym polityki promowania narodowych czempionów, zyskują szczególnie na znaczeniu w okresach poważnych turbulencji gospodarczych, o czym można się było przekonać w czasie ostatniego globalnego kryzysu finansowego i gospodarczego. Wymusił on na wielu rządach narodowych interwencje pomocowe na bezprecedensową skalę, różniące się pod wieloma względami od tradycyjnej pomocy na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji ekonomicznej (co się tyczy zwłaszcza banków i innych instytucji finansowych). Interwencje te (w formie subsydiów, czy też pomocy państwa), stały się we wszystkich krajach ogarniętych kryzysem najważniejszym instrumentem ratującym przed upadkiem liczne przedsiębiorstwa, wśród których znaczną część stanowiły przedsiębiorstwa

¹³⁸ M. Terlikowski, *Liberalizacja rynku wyposażenia obronnego w Unii Europejskiej – następstwa dla Polski*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, raport poseminaryjny, Warszawa 27.04.2011 r., s. 1.

¹³⁹ Zob. P. Zamelek, *Prace...*, 130.

narodowe o strategicznym statusie. Z kolei dla instytucji stojących na straży przestrzegania obowiązujących reguł udzielania subsydiów (pomocy państwa) okoliczności te stały się źródłem niespotykanych dotąd wyzwań. Instytucje te musiały przyjąć argument, że w obliczu najpoważniejszego od lat 30. kryzysu państwo nie może pozostać obojętne na problemy zagrożonych przedsiębiorstw, i że przynajmniej wobec części z nich konieczne są nadzwyczajne działania ratunkowe. Tymczasem w Europie pojawiły się obawy, że unijny system kontroli pomocy państwa może stanąć temu na przeszkodzie, co w konsekwencji stawiłoby w bardzo niekorzystnej sytuacji przedsiębiorstwa unijne względem ich konkurentów z krajów, w których nie obowiązują tak restrykcyjne reguły wspierania przedsiębiorstw przez państwo. Z kolei „zawieszenie”, czy też nazbyt luźne egzekwowanie prawa subsydyjnego (prawa pomocy państwa) w czasie kryzysu mogło spotęgować ryzyko nadużywania interwencji pomocowych, zwłaszcza w imię protekcyjnej polityki wspierania narodowych czempionów (kosztem zagranicznych konkurentów), a także prześcigania się rządów narodowych w dotowaniu rodzimych przedsiębiorstw.

Egzemplifikacją swoiście „kryzysowego” podejścia do interwencji pomocowych jest *modus operandi* unijnej polityki kontroli pomocy państwa, wypracowany przez Komisję Europejską. Z jednej strony deklarowała ona konsekwentnie (ustami komisarz ds. konkurencji Neelie Kroes), że w obliczu kryzysu prawo konkurencji, a w szczególności prawo pomocy państwa, „nie stanowi problemu, lecz służy jego rozwiązaniu”¹⁴⁰, a zarazem usilnie dążyła do zachowania zasad przyjętych w ramach programu modernizacji unijnych reguł pomocy państwa (*State Aid Action Plan*, SAAP), w tym zasady wyrażanej hasłem: „mniej pomocy, ale za to lepiej ukierunkowanej”¹⁴¹. Z drugiej jednak strony, wraz z pogłębianiem się kryzysu, w obliczu groźby załamania europejskiego (a nawet światowego) systemu finansowego (a niewątpliwie też pod wpływem presji politycznej ze strony rządów państw członkowskich najbardziej dotkniętych kryzysem) Komisja roztropnie (i pragmatycznie) uznała za konieczne pewne „uelastycznienie” swej polityki w zakresie kontroli pomocy państwa. Oznaczało to jednak nieuchronnie *de facto* odejście od niektórych przynajmniej założeń SAAP, w tym zwłaszcza idei bardziej ekonomicznego podejścia do kontroli pomocy państwa. Wszak trudno było

¹⁴⁰ Zob. N. Kroes, *EU state aid rules – part of the solution*, Speech/08/679, 5.12.2008; N. Kroes, *Competition policy and the crisis – the Commission’s approach to banking and beyond*, CPN 2010, nr 1, s. 4; D. Gerard, *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*, *Global Competition Review*, 15.12.2008, <http://ssrn.com/abstract=1330326>, s. 2 i n.

¹⁴¹ Zob. Plan działań w zakresie pomocy państwa..., s. 6 i 12.

o wdrażanie tego standardu w sytuacji, gdy decyzje autoryzujące pomoc zapadały niejednokrotnie w ciągu kilku dni (np. w niespełna dwa dni w sprawie pomocy dla banku Hypo Real Estate¹⁴²), a nawet – jak w przypadku wsparcia banku Bradford & Bingley – w niespełna 24 godziny¹⁴³.

W podejściu Komisji Europejskiej do pomocy państwa w dobie kryzysu dostrzec można trzy etapy¹⁴⁴. Pierwszy obejmował okres od września 2007 do września 2008, tj. do momentu ogłoszenia upadłości banku Lehman Brothers (tzw. okres kryzysu na rynku kredytów hipotecznych). W tym okresie rozpatrując kilkakrotnie notyfikacje środków pomocowych przeznaczonych dla pojedynczych banków Komisja Europejska konsekwentnie odmawiała zastosowania art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, w myśl którego Komisja może uznać za zgodną z rynkiem wewnętrznym m.in. pomoc „mającą na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego”. Uzasadniając swoje decyzje Komisja powoływała się na stanowisko Sądu, który orzekł, że zaburzenie, o którym mowa w odnośnym postanowieniu musi dotyczyć całej gospodarki danego państwa członkowskiego, a nie tylko jednego z regionów lub części jego terytorium¹⁴⁵. Notabene, przed 2008 r. art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE był stosowany wyjątkowo rzadko. W piśmiennictwie wskazuje się najczęściej kontrowersyjny skądinąd przykład zastosowania tego postanowienia w odniesieniu do środków pomocowych zaproponowanych przez Grecję, krótko po jej przystąpieniu do WE (obejmowały one m.in. pomoc indywidualną dla Piraiki Patraiki Cotton Manufacturing Co. – największego w owym czasie producenta wyrobów tekstylnych w Grecji)¹⁴⁶.

¹⁴² Zob. decyzję KE z 2.10.2008 r. w sprawie NN 44/2008 – pomoc ratunkowa przyznana przez Niemcy dla Hypo Real Estate, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids; M. Buder, M. Lienemeyer, M. Magnus, B. Smits, K. Soukup, *The rescue and restructuring of Hypo Real Estate*, CPN 2011, nr 3, s. 41 i n.

¹⁴³ Zob. decyzję KE z 1.10.2008 r. w sprawie NN 41/2008 – pomoc przyznana przez Zjednoczone Królestwo dla Bradford & Bingley, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids; T. Jaeger, *How much flexibility do we need? Commission crisis management revisited*, ESALQ 2009, nr 1, s. 3 i n.; M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Polityka konkurencji w dobie kryzysu gospodarczego – prawne aspekty problematyki*, Equilibrium 2010, nr 1, s. 85.

¹⁴⁴ G. Lo Schiavo, *The Impact of the EU Crisis-Related Framework on State Aids to Financial Institutions: From Past Practice to Future Prospects*, CLR 2013, t. 9, nr 2, s. 139; por. też D. Gerad, *Managing...*, s. 5 i n.; J. Urban-Kozłowska, *'Bailouts' – Revision of the EU State Aid Policy*, Yearbook of Polish European Studies 2011, nr 14, s. 58 i n.

¹⁴⁵ Zob. wyrok SPI z 15.12.1999 r. w sprawach połączonych T-132/96 oraz T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG i Volkswagen Sachsen GmbH p. Komisji, Zb.Orz. 1999, s. II-3663, pkt 167.

¹⁴⁶ Zob. XVII sprawozdanie Komisji dotyczące polityki konkurencji za rok 1987, pkt 186 i 187; A. Drzewoska, *Kryzys pomocy? Pomoc państwa dla sektora tzw. realnej gospodarki w czasie kryzysu* [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo...*, s. 298.

Odmawiając później wielokrotnie zastosowania odnośnego postanowienia Komisja Europejska wskazywała, że nie są okolicznościami uzasadniającymi taki krok np. niewypłacalność przedsiębiorstwa niefinansowego lub banku, kryzys obejmujący jakiś sektor gospodarki czy nawet kryzys jakiegoś regionu UE¹⁴⁷. Przykładowo, w 1998 r. w sprawie pomocy dla banku *Crédit Lyonnais*¹⁴⁸ Komisja odmówiła zatwierdzenia tej pomocy na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE uznając, że służyła ona rozwiązaniu problemów jej beneficjenta (pojedynczego banku), nie zaś dotkliwych problemów wszystkich przedsiębiorstw z danego sektora. Tym samym Komisja nie uznała wówczas za właściwe powoływanie się na rzezone postanowienie dla ratowania instytucji bankowych w oparciu o założenie, że są one „zbyt duże, aby upaść” („*too big to fail*”)¹⁴⁹. Analogiczne stanowisko Komisja zajęła w początkowej fazie globalnego kryzysu finansowego, np. w sprawach dotyczących pomocy ratunkowej dla banków: *Northern Rock*¹⁵⁰, *IKB Deutsche Industriebank*¹⁵¹ oraz *Sachsen LB*¹⁵². Jako podstawę prawną autoryzacji pomocy w tych sprawach Komisja przyjęła tradycyjnie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE oraz ogólne (horyzontalne) Wytyczne wspólnotowe (z 2004 r.) dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw, uznając, że zaistniałe problemy mają jednostkowy (indywidualny) charakter (nie zaś systemowy), a przy tym wymagają „skrojonych na miarę” środków zaradczych¹⁵³.

Na odnotowanie zasługuje też zdecydowane stanowisko, zajmowane w tym czasie przez Komisję w kwestii często powoływanego argumentu „*too big to fail*”. Kwintesencją tego stanowiska są charakterystyczne wypowiedzi Neelie Kroes w sprawach interwencji pomocowych na rzecz banków europejskich zagrożonych kryzysem: 1) „ten bank [mowa o *Royal Bank of*

¹⁴⁷ G. Lo Schiavo, *The Impact...*, s. 141.

¹⁴⁸ Zob. decyzję KE 98/490/EC z 20.5.1998 r. w sprawie pomocy przyznanej przez Francję grupie *Crédit Lyonnais*, Dz.Urz. WE 1998 L 221 z 8.8.1998, s. 28.

¹⁴⁹ I. Tsiamba, *State Aid to Banks: Europe's Response to the Financial Crisis (?)*, *Revue Helénique de Droit International* 2012, t. 65, nr 1, s. 84.

¹⁵⁰ Zob. decyzję KE z 5.12.2007 r. w sprawie NN 70/2007 (ex CP 269/07) – pomoc przyznana przez Zjednoczone Królestwo dla *Northern Rock*, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids

¹⁵¹ Zob. decyzję KE z 21.10.2008 r. w sprawie pomocy państwa C 10/08 (ex NN 7/08), której Niemcy udzieliły w związku z restrukturyzacją *IKB Deutsche Industriebank AG*, Dz.Urz. UE L 278 z 23.10.2009, s. 32.

¹⁵² Zob. decyzję KE z 4.6.2008 r. w sprawie pomocy C 9/08 (ex NN 8/08, CP 244/07) przyznanej przez Niemcy na rzecz banku *Sachsen LB*, Dz.Urz. UE L 104 z 24.4.2009, s. 34.

¹⁵³ D. Gerard, *Managing...*, s. 6; G. Psaroudakis, *State Aids, Central Banks and the Financial Crisis*, *European Capital Financial Review* 2012, nr 2, s. 196.

Scotland – przypis R.M.) był nie tylko zbyt duży, aby upaść, on był zbyt duży, aby go nadzorować, zbyt duży, aby mógł działać, zbyt skomplikowany, aby go zrozumieć, a przy tym wysoce groźny dla europejskiego jednolitego rynku”¹⁵⁴; 2) „jeśli nawet niektóre banki mogą być zbyt duże, by upaść, żaden nie jest zbyt duży, aby podlegać restrukturyzacji”¹⁵⁵.

Bezpośrednio po ogłoszeniu upadłości banku Lehman Brothers, kiedy to nasiliły się zaburzenia na międzynarodowych rynkach finansowych grożące kolejnymi upadkami systemowo ważnych instytucji finansowych (co miałyby poważne konsekwencje dla funkcjonowania całego systemu finansowego), rozpoczął się nowy (drugi) etap w podejściu Komisji Europejskiej do pomocy państwa w dobie kryzysu (tzw. okres ram tymczasowych), trwający do końca 2010 r.¹⁵⁶ Ze względu na powagę sytuacji na rynkach finansowych oraz potencjalne skutki kryzysu dla gospodarek państw członkowskich UE, Komisja Europejska uznała za uzasadnione odwołanie się do cytowanego wyżej postanowienia art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE jako podstawy prawnej działań pomocowych podejmowanych na szczeblu krajowym w odpowiedzi na kryzys finansowy (w celu „zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego”)¹⁵⁷. W związku z tym Komisja opublikowała i wdrożyła kilka tymczasowych komunikatów (o charakterze *soft law* szczególnego względem ogólnych reguł udzielania pomocy państwa), w których to komunikatach określiła szczegółowe zasady udzielania pomocy państwa przedsiębiorstwom dotkniętym skutkami kryzysu, należącym do sektora finansowego (zwłaszcza bankom) oraz sektorów realnej gospodarki (zwłaszcza motoryzacyjnego, zdominowanego przez nieliczną grupę dużych producentów samochodów, którym przypisuje się wiodącą rolę w rozwoju technologicznym)¹⁵⁸. W pierwszej kolejności (w wydanych

¹⁵⁴ N. Kroes, *Did government interventions help in the crisis?*, Speech/09/324, London 30.6.2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-324_en.htm?locale=en

¹⁵⁵ N. Kroes, *Competition law in an economic crisis*, Speech/09/385, Fiesole 11.9.2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-385_en.htm?locale=en

¹⁵⁶ G. Lo Schiavo, *The Impact...*, s. 139.

¹⁵⁷ Zob. N. Kroes, *Dealing with the current financial crisis*, 6.10.2008, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-08-498_en.htm?locale=en; M. Reynolds, S. Macrory, M. Chowdhury, *EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, FILJ 2011, t. 33, nr 6, s. 1678 i n.

¹⁵⁸ Zob. M. Reynolds, S. Macrory, M. Chowdhury, *EU Competition...*, s. 1679 i n.; P. Lowe, *State Aid Policy in the context of the financial crisis*, CPN 2009, nr 2, s. 3 i n.; S. Gebbski, *Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector*, CLR 2009, t. 6, nr 1, s. 108 i n.; J. Urban-Kozłowska, *'Bailouts'...*, s. 67 i n.; A. Samsel, *Kryzys pomocy? Pomoc państwa w sektorze bankowym w czasie kryzysu* [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo...*, s. 269 i n.; M. Nicolini, C. Scarpa, P. Valbonesi, *Aiding Car Producers in the EU: Money in Search of a Strategy*, JICT 2013, t. 13, s. 70.

w latach 2008–2009 tzw. komunikatach: bankowym¹⁵⁹, o dokapitalizowaniu¹⁶⁰; w sprawie aktywów o obniżonej wartości¹⁶¹ oraz w sprawie restrukturyzacji¹⁶²) Komisja określiła zasady udzielania pomocy bankom i innym instytucjom finansowym, co było wyrazem przekonania, że podmioty te, stanowiąc kluczowy element gospodarki, wymagają szczególnego traktowania. Nawiasem mówiąc, właśnie z uwagi na specyfikę beneficjentów kryzysowe interwencje pomocowe w sektorze bankowym zyskały więcej zwolenników niż analogiczne interwencje w sektorach gospodarki realnej. Tych pierwszych było zresztą znacznie więcej, a przy tym absorbowały one przeważającą część ogólnej wartości pomocy państwa zaangażowanej w przezwyciężanie kryzysu. Specyfika sektora usług finansowych wynika głównie ze szczególnego rodzaju wzajemnych powiązań (daleko posuniętej integracji) instytucji finansowych oraz wyjątkowych funkcji, jakie pełnią one w gospodarce, co w konsekwencji obarcza ten sektor ryzykiem systemowym. W odróżnieniu bowiem od innych sektorów (np. motoryzacyjnego czy stoczniowego), w których upadek jednego przedsiębiorstwa oznacza z reguły dobrą wiadomość dla pozostałych (jest w ich interesie), bowiem przejmują one część rynku (klientów) konkurenta, niewypłacalność jednego banku (niczym choroba zakaźna) podważa zaufanie do całego systemu bankowego i (wskutek efektu domina) może wywołać poważne problemy innych banków¹⁶³. Ponadto kładzie kres ułatwieniom w funkcjonowaniu reszty systemu gospodarczego, w którym banki są silnie zakotwiczone (powoduje zazwyczaj o wiele bardziej negatywne konsekwencje dla tego systemu w porównaniu z upadkiem jakiegokolwiek innego

¹⁵⁹ Komunikat Komisji – Zastosowanie zasad pomocy państwa do środków podjętych w odniesieniu do instytucji finansowych w kontekście obecnego, globalnego kryzysu finansowego („komunikat bankowy z 2008 r.”), Dz.Urz. UE C 270 z 25.10.2008, s. 8.

¹⁶⁰ Komunikat Komisji – Dokapitalizowanie instytucji finansowych w związku z obecnym kryzysem finansowym: ograniczenie pomocy do niezbędnego minimum oraz mechanizmy zabezpieczające przed nadmiernym zakłóceniem konkurencji („komunikat o dokapitalizowaniu”), Dz.Urz. UE C 10 z 15.1.2009, s. 2.

¹⁶¹ Komunikat Komisji w sprawie postępowania z aktywami o obniżonej wartości we wspólnotowym sektorze bankowym („komunikat w sprawie aktywów o obniżonej wartości”), Dz.Urz. UE C 72 z 26.3.2009, s. 1.

¹⁶² Komunikat w sprawie przywrócenia rentowności i oceny środków restrukturyzacyjnych stosowanych w sektorze finansowym w dobie kryzysu zgodnie z regulami pomocy państwa („komunikat w sprawie restrukturyzacji”), Dz.Urz. UE C 195 z 19.8.2009, s. 9.

¹⁶³ Zob. A.A. Foer, D.A. Resnikoff, *Competition policy and „too big” banks in the European Union and the United States*, AB 2014, t. 59, nr 1, s. 22 i n.; C. Quigley, *Review of the Temporary State Aid Rules Adopted in the Context of the Financial and Economic Crisis*, JECLP 2012, t. 3, nr 3, s. 238; F. Jenny, *The Economic and Financial Crisis, Regulation and Competition*, W.Comp. 2009, t. 32, nr 4, s. 449; S. Gebski, *Competition...*, s. 96 i n., J. Urban-Kozłowska, *‘Bailouts’...*, s. 76; G. Psaroudakis, *State Aids...*, s. 198 i n.

przedsiębiorstwa), a także naraża państwo na ryzyko wysokich świadczeń na rzecz klientów upadłego banku¹⁶⁴. Znamienny w kontekście powyższego jest fakt, że za zdarzenie stanowiące punkt kulminacyjny ostatniego globalnego kryzysu finansowego i jego symbol uznaje się powszechnie upadłość jednego tylko, i to nie największego amerykańskiego banku inwestycyjnego (Lehman Brothers). Wkrótce po rozszerzeniu się kryzysu na gospodarkę realną przyjęto też (w 2008 r.) tymczasowe, uelastycznione zasady udzielania pomocy w czasie kryzysu także dla tej sfery gospodarki¹⁶⁵. W przyjętych komunikatach Komisja Europejska poczyniła znaczące odstępstwa od zasad udzielania pomocy państwa określonych w ogólnych Wytycznych wspólnotowych (z 2004 r.) dotyczących pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw. Przykładowo, dopuszczono możliwość udzielania pomocy ratunkowej w innej formie niż pożyczki i gwarancje (np. interwencje strukturalne), także na okres dłuższy niż 6 miesięcy, nawet bez konieczności stosowania środków kompensacyjnych. Zawieszono też zasadę „pierwszy i ostatni raz”, co było podyktowane trudnościami w opracowaniu kompleksowych programów pomocowych dla instytucji niejednokrotnie dużych i o skomplikowanej oraz nieprzejrzystej strukturze, a także niepewnością co do perspektyw ożywienia gospodarczego. Przyjęto też istotne ułatwienia proceduralne w zakresie wydawania decyzji Komisji Europejskiej dotyczących pomocy państwa¹⁶⁶. Dzięki temu stało się możliwe przyspieszenie podejmowania decyzji w tych sprawach oraz przyjęcie faktycznej zasady „dopuszcz teraz, oceń później”, która oznaczała, że Komisja polegając na wstępnej ocenie notyfikowanej pomocy, jednocześnie ograniczała ją czasowo, tak aby w przyszłości móc ją ocenić w normalnym trybie. Należy podkreślić, że zasygnalizowane nadzwyczajne rozwiązania dotyczące pomocy państwa, mające podstawę w art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, mogły być stosowane tylko tak długo, jak długo sytuacja kryzysowa uzasadniała stosowanie tego postanowienia. Ponadto, ogólny standard oceny wpływu pomocy państwa na konkurencję nie uległ zmianie¹⁶⁷. Zgodnie z ogólnymi zasadami unijnego prawa pomocy państwa stanowiącymi, że udzielona pomoc nie może wykra-

¹⁶⁴ Szerzej zob. C. Savvides, D. Antoniou, *Ailing...*, s. 355 i n.; G. Lo Schiavo, *The Impact...*, s. 150 i n.

¹⁶⁵ Komunikat Komisji – Tymczasowe wspólnotowe ramy prawne w zakresie pomocy państwa ułatwiające dostęp do finansowania w dobie kryzysu finansowego i gospodarczego, Dz.Urz. UE C 16 z 22.1.2009, s. 1 ze zm.

¹⁶⁶ Szerzej zob. D. Gerard, *Managing...*, s. 7 i n.

¹⁶⁷ A. Heimler, F. Jenny, *The limitations...*, s. 362; D. Gerard, *EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles*, *Concurrences* 2009, nr 1, s. 58.

czać poza to, co jest ściśle niezbędne do osiągnięcia wyznaczonego celu tej pomocy, wszystkie ogólne środki pomocowe musiały być: 1) ściśle ukierunkowane, aby umożliwić skuteczne osiągnięcie celu, jakim jest zaradzenie poważnemu zaburzeniu gospodarki; 2) proporcjonalne do danego wyzwania i niewykraczające poza to, co jest niezbędne do uzyskania tego efektu, oraz 3) opracowane w taki sposób, by zminimalizować negatywne skutki uboczne dla konkurentów, innych sektorów i państw członkowskich. Komisja Europejska podkreślała też, że pomoc państwa motywowana poważnymi zaburzeniami w gospodarce może być udzielana tylko dla pozbawionych płynności wskutek nadzwyczajnych okoliczności, ale zasadniczo zdrowych instytucji finansowych, natomiast pomoc dla instytucji niewypłacalnych i targanych wewnętrznymi problemami powinna być rozpatrywana według ogólnych Wytycznych wspólnotowych (z 2004 r.) dotyczących pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw (inna sprawa, że dokonywanie tego rodzaju dystynkcji jest niezmiernie trudne w praktyce)¹⁶⁸. Na marginesie można tu dodać, że dopuszczając zastosowanie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE Komisja Europejska niejako uprzedziła ewentualne próby przejścia przez państwa członkowskie władzy nad systemem kontroli pomocy państwa poprzez uczynienie użytku z art. 108 ust. 2 TFUE, który ustanawia wyjątkową kompetencję Rady do podejmowania decyzji w zakresie pomocy państwa (na wniosek jednego z państw członkowskich), która ma być lub jest już udzielana (jest to jedyny wyłom w monopolu decyzyjnym Komisji Europejskiej w tej dziedzinie)¹⁶⁹.

Przykładem rozstrzygnięć Komisji zatwierdzających pomoc państwa na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE są decyzje w sprawach banków: Roskilde Bank¹⁷⁰, ING¹⁷¹ oraz Royal Bank of Scotland¹⁷². Warto odnotować, że w tym okresie pojawiły się opinie zarzucające Komisji Europejskiej traktowanie każdej instytucji finansowej jako „zagrożonej” w celu przywrócenia zaufania na rynkach finansowych (ich wiarygodności)¹⁷³. Jak wskazywano, przypadki, które w warunkach pozakryzysowych stanowiłyby

¹⁶⁸ Tamże, zob. też G. Psaroudakis, *State Aids...*, s. 200 oraz motyw 14 Komunikatu bankowego z 2008 r.

¹⁶⁹ Por. R. Luja, *State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework*, ESALQ 2009, t. 8, nr 2, s. 146 i n.; J. Urban-Kozłowska, *'Bailouts'...*, s. 77.

¹⁷⁰ Decyzja KE z 5.11.2008 r. w sprawie pomocy Danii dla Roskilde Bank, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/state_aids_texts_pl.htm

¹⁷¹ Decyzja KE z 17.11.2009 r. w sprawie pomocy Holandii dla ING, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/state_aids_texts_pl.htm

¹⁷² Decyzja KE z 14.12.2009 r. w sprawie pomocy Wielkiej Brytanii dla Royal Bank of Scotland, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/state_aids_texts_pl.htm

¹⁷³ I. Tsirba, *State...*, s. 84.

nieledwie lokalny (krajowy) problem, bez unijnych implikacji, Komisja zaczęła traktować jako stwarzające ryzyko systemowe, ze wszystkimi tego konsekwencjami. Tytułem przykładu, duński bank Fionia o relatywnie niewielkiej (w skali UE) wartości bilansowej 4,4 mld euro Komisja potraktowała tak, jakby stwarzał on „systemowe ryzyko” dla całego unijnego rynku¹⁷⁴.

W trzecim okresie (tzw. kryzysu zadłużenia publicznego), który rozpoczął się pod koniec 2011 r. i trwa do dzisiaj, zaczęły się pojawiać efekty podejmowanych wcześniej interwencji pomocowych o charakterze kryzysowym¹⁷⁵. Charakteryzuje się on także konsolidacją programów restrukturyzacyjnych w sektorze bankowym w tzw. krajach programowych, wygaśnięciem szczególnych zasad udzielania pomocy kryzysowej w sektorach gospodarki realnej, podjęciem inicjatywy dalszej modernizacji unijnych reguł pomocy państwa oraz apelami o wdrożenie systemu zabezpieczeń i wczesnej kontroli instytucji finansowych¹⁷⁶.

Znamienne, że nawet jeśli kryzysem w równej mierze dotknięte były wszystkie przedsiębiorstwa z danej branży obecne w danym kraju, to interwencje pomocowe kierowano zwykle tylko do tych o statusie narodowym, bądź też starano się uczynić beneficjentami wsparcia tylko podmioty krajowe. Tytułem przykładu, amerykański program pomocy dla przemysłu motoryzacyjnego objął tzw. Wielką Trójkę koncernów amerykańskich, tj. Chryslera, Forda i GM, a już nie np. japońską Toyotę czy niemieckie BMW, mimo że te ostatnie borykały się z nie mniejszymi problemami i były znaczącymi inwestorami i pracodawcami także w Stanach Zjednoczonych¹⁷⁷. Tendencje dyskryminacyjne w ramach polityki pomocowej ujawniły się także w Europie, przy czym napotkały one na stanowczy opór Komisji Europejskiej. Sprzeciwiała się ona np. dążeniom niektórych rządów narodowych do uzależnienia wsparcia publicznego od wycofania produkcji z niektórych krajów lub utrzymania produkcji w konkretnym kraju, a więc „eksportowania” problemów do innych państw członkowskich¹⁷⁸. Sprzeciw Komisji wywołały np. plany rządu irlandzkiego wspierania tylko banków krajowych, podobnie jak zamiar rządu francuskiego udzielenia pomocy w wysokości 6 mld euro rodzimemu

¹⁷⁴ Tamże; decyzja KE z 20.5.2009 w sprawie pomocy Danii dla Fionia Bank, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/state_aids_texts_pl.htm

¹⁷⁵ G. Lo Schiavo, *The Impact...*, s. 139.

¹⁷⁶ Tamże.

¹⁷⁷ J.E. Garten, *Is Protectionism Unavoidable?*, YaleGlobal, 6.2.2009, <http://yaleglobal.yale.edu/content/protectionism-unavoidable>

¹⁷⁸ A. Drzewoska, *Kryzys...*, s. 299–300; M. Kogut-Jaworska, *Pomoc publiczna dla sektora finansowego w Unii Europejskiej udzielana w warunkach kryzysu*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 2012, t. XLVI, nr 4, s. 394.

przemysłowi motoryzacyjnemu (koncernom Renault i PSA Peugeot-Citroen) pod warunkiem utrzymania produkcji i zatrudnienia w zakładach na terenie Francji oraz zawierania umów jedynie z dostawcami francuskimi¹⁷⁹.

W perspektywie krótkoterminowej skuteczność kryzysowych interwencji pomocowych nie budzi wątpliwości. Wszak przedsięwzięcia te pozwoliły wielu instytucjom finansowym i przedsiębiorstwom z sektorów gospodarki realnej, często o strategicznym i symbolicznym znaczeniu, przetrwać kryzys¹⁸⁰. Trudniej jest ocenić, czy dzięki tej pomocy przetrwają one w dłuższej perspektywie. Ponadto, w długim okresie kryzysowe interwencje pomocowe mogą negatywnie wpływać na konkurencję na rynku wewnętrznym UE¹⁸¹, a ogólniej rzecz biorąc – na rynkach krajowych i ponadnarodowych. Warto też odnotować, że w przypadku UE kryzysowa pomoc państwa była w nierównomierny sposób stosowana przez poszczególne państwa członkowskie. Znamienne, że była ona istotnie większa w tzw. starych państwach członkowskich, które są z reguły wysokorozwinięte, niż w słabiej rozwiniętych nowych państwach członkowskich¹⁸². Taka alokacja pomocy państwa mogła powodować utrwalenie nierównomiernego rozwoju UE i uprzywilejowanie przedsiębiorstw z krajów lepiej rozwiniętych¹⁸³. Istnieje też duże prawdopodobieństwo, że pomoc państwa udzielana w czasie kryzysu mogła być w wielu przypadkach zbyt duża i źle ukierunkowana, co z kolei mogło negatywnie wpłynąć na strukturę rynku wewnętrznego, mimo że przyznawane środki miały charakter tymczasowy¹⁸⁴.

6.5. Potencjalne kolizje między unijnymi regułami pomocy państwa a prawem subsydyjnym WTO

Wprawdzie celem unijnych reguł pomocy państwa jest zapewnienie, aby pomoc ta nie zakłócała wewnątrzunijnego handlu i konkurencji, jednakże nawet rygorystyczna polityka stosowania tych reguł może powodować istotne zewnętrzne konsekwencje dla podmiotów pozaunijnych (władz publicznych,

¹⁷⁹ Tamże, s. 300.

¹⁸⁰ Zob. H. Kassim, B. Lyons, *The New Political Economy of EU State Aid Policy*, JICT 2013, t. 13, s. 17.

¹⁸¹ Zob. O. Kowalewski, M.J. Radło, *Wpływ tymczasowej pomocy publicznej w okresie kryzysu na konkurencję w Unii Europejskiej*, Instytut Ekonomiczny, Warszawa 2011, Materiały i Studia, nr 264, s. 4; M. Reynolds, S. Macrory, M. Chowdhury, *EU Competition...*, s. 1691.

¹⁸² O. Kowalewski, M.J. Radło, *Wpływ...*, s. 4.

¹⁸³ Tamże.

¹⁸⁴ Tamże, s. 32.

przedsiębiorstw i konsumentów)¹⁸⁵. Tym bardziej, że podejmując decyzje w kwestii zgodności pomocy państwa z rynkiem wewnętrznym Komisja Europejska bierze pod uwagę jej szkodliwy (faktycznie lub potencjalnie) wpływ na handel między państwami członkowskimi UE, nie zaś handel zewnętrzny (pozaunijny)¹⁸⁶. W szczególności, zatwierdzenie (autoryzacja) niektórych rodzajów pomocy państwa w ramach UE może wywoływać niebagatelne implikacje w sferze jej zewnętrznej polityki handlowej, skutkując jak bariera w dostępie do rynku dla zagranicznych (pozaunijnych) konkurentów, godząc tym samym w międzynarodowe reguły handlu ustanowione w ramach WTO¹⁸⁷. Zarysowany (potencjalny) konflikt jest konsekwencją różnic w podejściu do subsydiów (pomocy państwa) na gruncie prawa WTO oraz prawa UE. Z uwagi na fakt, że Kodeks Subsydiów nie przewiduje (jak już podnoszono) kategorii subsydiów niepodlegających sankcjom, która byłaby odpowiednikiem pomocy państwa wyłączonej spod zakazu i niepodlegającej sankcjonowaniu na podstawie art. 107 ust. 2 i 3 TFUE, nie można wykluczyć, że określone subsydia mogą okazać się dopuszczalne i niepodlegające sankcjom na podstawie art. 107 TFUE, a zarazem niedopuszczalne (zakazane) lub podlegające sankcjom na gruncie Kodeksu Subsydiów, czego podręcznikowym przykładem jest sprawa pomocy udzielanej konsorcjum Airbus. Wskazane rozbieżności między unijnymi regułami pomocy państwa a prawem subsydyjnym WTO mogą zatem prowadzić do sytuacji, w której subsydia zgodne z prawem UE (niestanowiące pomocy państwa lub wyłączone spod jej zakazu) mogą naruszać zobowiązania UE i jej państw członkowskich w ramach WTO. To z kolei może prowokować interwencje ochronne na podstawie Kodeksu Subsydiów, włącznie z użyciem środków retorsyjnych, o czym będzie szerzej mowa w pkt. 7.2. Szczególnie wysokie ryzyko kolizji pomiędzy unijnym systemem kontroli pomocy państwa a systemem kontroli subsydiów w ramach WTO występuje w przypadkach pomocy państwa: 1) autoryzowanej na podstawie art. 107 ust. 3 lit. a) TFUE, takiej jak regionalna pomoc *ad hoc* przeznaczona na wspieranie realizacji dużych projektów inwestycyjnych (z uwagi na ich skalę, pomoc udzielana przedsiębiorstwom eksportującym na rynki pozaunijne z dużym prawdopodobieństwem wywoływać będzie niekorzystne skutki w sferze handlu międzynarodowego); 2) autoryzowanej na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE, tj. pomocy na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania; 3) autoryzowanej na

¹⁸⁵ C. Damro, *EU State Aid Policy and the Politics of External Trade Relations*, JICT 2013, t. 13, s. 160 i n.

¹⁸⁶ Tamże.

¹⁸⁷ Tamże, s. 161 i n.

podstawie art. 107 ust. 3 lit. c) TFUE, takiej jak np. pomoc na ratowanie i restrukturyzację (pomoc taka wydaje się stwarzać największe zagrożenie retorsjami partnerów handlowych UE, jako że pomoc dla przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej często przybiera postać pomocy operacyjnej, która *a priori* grozi szkodliwym wpływem na handel)¹⁸⁸.

6.6. Kilka uwag o doniosłości subsydiów (pomocy państwa) z perspektywy polityki promowania narodowych czempionów

Nie ulega wątpliwości, że zarówno prawo subsydyjne WTO, jak i unijne prawo pomocy państwa, ograniczają do pewnego stopnia (każde na swój sposób) swobodę realizacji polityki przemysłowej, w tym polityki promowania narodowych czempionów. W rzeczywistości jednak, zwłaszcza globalnej, subsydia i pomoc państwa pozostały nader istotnym, a wręcz kluczowym instrumentem tej polityki. Większość państw uznaje subsydia (pomoc państwa) za użyteczny instrument polityki przemysłowej, aczkolwiek w ich stanowisku ujawnia się tendencja do dystynkcji między dobrymi i złymi subsydiami (pomocą państwa).

W przypadku państw członkowskich UE pomoc państwa stała się ostatnim, najbardziej widocznym narzędziem polityki przemysłowej pozostającym w ich gestii¹⁸⁹. Większość pozostałych, tradycyjnych instrumentów tej polityki, w tym zwłaszcza środki protekcjonizmu handlowego, objęta jest wyłącznymi kompetencjami Unii (szerzej zob. pkt 4.2. i rozdział VII). Inna sprawa, że przynajmniej w teorii możliwości realizacji polityki promowania narodowych czempionów na zintegrowanych (wewnętrznym) rynku unijnym poprzez wspieranie ich pomocą państwa są nader ograniczone. Wszak jako jeden z głównych powodów przyjęcia systemu kontroli pomocy państwa w Traktacie Rzymskim wskazuje się zamiar przeciwdziałania (pejoratywnie pojmowanej) polityce promowania narodowych czempionów, tj. faworyzowaniu ich kosztem przedsiębiorstw niemających takiego statusu (zwłaszcza z innych państw członkowskich), które może prowokować reakcje retorsyjne ze strony tych państw, wyścigi na „subsydia” a nawet „wojny pomocowe”, podważając tym samym fundamenty wspólnego (dziś wewnętrznego) rynku¹⁹⁰. W tym kontekście na ironię zakrawa fakt, że restrykcyjne podejście

¹⁸⁸ C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface...*, s. 705.

¹⁸⁹ L. Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford 2009, s. 59; E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the UE*, Oxford 2007, s. 178.

¹⁹⁰ Zob. K. Bacon, *European Union Law of State Aid*, Oxford 2013, s. 4.

UE do polityki pomocowej państw członkowskich, postrzegane jako emanacja prymatu polityki konkurencji nad polityką przemysłową, spotyka się czasem z zarzutem godzenia w konkurencyjność europejskich (unijnych) czempionów, z korzyścią dla ich zagranicznych rywali¹⁹¹.

Pomimo spadkowego trendu w wielkości subsydiów i pomocy państwa przyznawanych przez rządy narodowe, wsparcie tego rodzaju wciąż stanowi znaczącą część wydatków publicznych, a także światowej gospodarki¹⁹². Globalna wielkość subsydiów jest zapewne bardzo duża. Supozycja ta jest tym bardziej uprawniona, że poza UE kontrola subsydiów jest relatywnie wątpliwa (Kodeks Subsydiów, przyjęty w ramach WTO, jak wykazano wcześniej, obejmuje tylko niektóre kategorie subsydiów)¹⁹³. Nawet w UE, gdzie kontrola pomocy państwa jest (pod wieloma względami) najbardziej restrykcyjna, pomoc państwa (z wyłączeniem pomocy kryzysowej¹⁹⁴) stanowiła w 2012 r. ponad 0,5 proc. PKB Unii, tj. ponad 67 mld euro¹⁹⁵. Dla porównania, w Polsce ogólna wartość pomocy publicznej udzielonej przedsiębiorstwom w 2012 r. wyniosła ponad 20 mld zł, co stanowiło 1,28 proc. PKB Polski¹⁹⁶. Podobnie jak w latach poprzednich, ponad połowa wartości pomocy publicznej została skierowana do przedsiębiorstw dużych¹⁹⁷. Wśród przedsiębiorstw, które otrzymały pomoc o największej wartości (powyżej 150 mln zł), znajdowały się niemal wyłącznie duże przedsiębiorstwa (10 spośród 11), działające np. w sektorach: transportu lotniczego, górnictwa węgla kamiennego, telekomunikacyjnym, produkcji sprzętu transportowego, gazowym, energetycznym oraz wyrobów chemicznych¹⁹⁸. *Prima facie* im większy beneficjent pomocy państwa, tym bardziej kontrowersyjna może wydawać się interwencja pomocowa na jego rzecz, zwłaszcza z perspektywy założeń i celów prawa ochrony konkurencji. Niewątpliwie pomoc państwa udzielana dużym przedsiębior-

¹⁹¹ Zob. np. M. Dewatripont, P. Legros, *EU competition policy in a global world* [w:] M. Telò, *The European Union and Global Governance*, London 2009, s. 87 i 90; *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 90.

¹⁹² Zob. *Competition, State Aids and Subsidies...*, s. 9; S. Martin, P. Valbonesi, *State aid to business* [w:] P. Bianchi, S. Labory (red.), *International Handbook on Industrial Policy*, Cheltenham 2006, s. 134 i n.

¹⁹³ *Competition, State Aids and Subsidies...*, s. 19 i 26.

¹⁹⁴ Łączna wartość pomocy państwa, która została udostępniona przez państwa członkowskie UE i zatwierdzona przez KE w związku z kryzysem, wyniosła na dzień 1.10.2010 r. 353,9 mld EUR, co stanowiło 3 proc. PKB UE w 2009 r.; podaję za O. Kowalewski, M.J. Radło, *Wpływ tymczasowej...*, s. 20.

¹⁹⁵ State Aid Scoreboard 2013, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/non_crisis_en.html

¹⁹⁶ *Raport o pomocy publicznej w Polsce...*, s. 15.

¹⁹⁷ Tamże, s. 42.

¹⁹⁸ Tamże, s. 51 i 78.

stwom dodatkowo umacnia ich pozycję na rynku, przez co może bardziej ograniczać lub nawet eliminować istniejącą konkurencję lub też utrudniać jej powstanie. Jak jednak trafnie zwrócono uwagę w raporcie o pomocy publicznej w Polsce, analizowanie wysokości pomocy w powiązaniu z wielkością podmiotu, który ją otrzymał nie powinno następować w oderwaniu od specyfiki sektora, w którym dochodzi do udzielenia pomocy, a zwłaszcza jego struktury (tj. liczby i wielkości działających w nim przedsiębiorstw) oraz poziomu selektywności pomocy (tzn. jaka część przedsiębiorstw z sektora skorzysta z pomocy). Pomoc udzielana symetrycznie wszystkim, nawet dużym, podmiotom działającym na określonym rynku nie musi mieć negatywnego wpływu na konkurencję (przykładem mogą być rekompensaty za rozwiązanie długoterminowych umów sprzedaży mocy i energii elektrycznej przyznane polskim przedsiębiorstwom energetycznym)¹⁹⁹. Każdy z uczestników rynku otrzymuje wówczas podobną pomoc, zaś uzyskanie lepszych od konkurentów wyników finansowych i możliwości rozwoju nadal zależy od wzrostu ich efektywności. Tymczasem nawet niewielka pomoc udzielona asymetrycznie jednemu z podmiotów na określonym rynku może znacząco poprawić jego pozycję konkurencyjną, a tym samym zakłócić działanie mechanizmów rynkowych (np. na lokalnych rynkach transportowych)²⁰⁰. Ponadto w sytuacji, gdy pomoc udzielana jest dużym podmiotom działającym w warunkach monopolu naturalnego na rynkach regulowanych (np. pomoc dla operatorów sieci przesyłowych i dystrybucyjnych w sektorze gazowym i energii elektrycznej), a więc gdy nie ma i nie może być konkurentów, nie dojdzie do zakłócenia konkurencji (patrząc z perspektywy krajowej)²⁰¹.

W idealnym świecie subsydia i pomoc państwa nie miałyby racji bytu jako wiodące narzędzie polityki przemysłowej, ponieważ grożą deformacją naturalnego mechanizmu alokacji środków produkcji oraz innymi negatywnymi skutkami, jakie zwykle towarzyszą, w mniejszym lub większym stopniu, interwencjom pomocowym. W szczególności subsydiowanie (udzielanie pomocy państwa), zwłaszcza na dużą skalę (co jest typowe dla interwencji pomocowych na rzecz narodowych czempionów), może być postrzegane jako marnowanie (w najlepszym razie) publicznych pieniędzy, bądź też (w ujęciu bardziej krytycznym) dystrybuowanie takich środków na zbyt liczne lub wręcz szkodliwe cele, co prowadzi do obniżenia efektywności gospodarki zarówno w wymiarze krajowym, jak i ponadnarodowym. Zważywszy jednak na realia gospodarcze w czasach sprzyjających powstawaniu poważ-

¹⁹⁹ Tamże, s. 80 i n.

²⁰⁰ Tamże, s. 81.

²⁰¹ Tamże.

nych ułomności rynku, pewien poziom interwencji pomocowych państwa w gospodarce, także na rzecz przedsiębiorstw o strategicznym znaczeniu, wydaje się nieodzowny. Jak uczą doświadczenia z ostatniego globalnego kryzysu finansowego i gospodarczego, którego symptomy odczuwamy do dzisiaj, interwencje takie są potrzebne zwłaszcza po to, aby krótkotrwałe zaburzenia stabilności finansowej przedsiębiorstw nie skutkowały w dłuższej perspektywie eliminacją z rynku efektywnych podmiotów, które znalazły się w obliczu zamętu wywołanego problemami (kryzysem) rynków finansowych. Ogólniej rzecz ujmując, subsydia (pomoc państwa) mogą zwiększać dobrobyt w dwojaki sposób: poprzez poprawę efektywności w sytuacji, gdy wolny rynek nie jest w stanie wygenerować optymalnych wyników gospodarczych, a także poprzez zaprowadzanie sprawiedliwości w sytuacji, gdy efekty rynkowe stają się źródłem znaczących społeczno-gospodarczych nierówności. Kolokwialnie rzecz ujmując, cel efektywnościowy kojarzy się zazwyczaj z „powiększaniem tortu”, podczas gdy cel sprawiedliwościowy – z „uczciwym podziałem tortu”²⁰². W świetle powyższych spostrzeżeń, wydaje się zatem bardziej niż prawdopodobne, że niezależnie od ekonomicznych „za” i „przeciw” subsydiom (pomocy państwa), nie zostaną one w dającym się przewidzieć czasie zaniechane w praktyce światowej, także jako instrument promowania narodowych czempionów.

²⁰² L. Coppi, *The role of economics in State aid analysis and the balancing test* [w:] E. Szyszczak (red.), *Research...*, s. 69.

Rozdział VII

Środki uwarunkowanej protekcji handlowej narodowych czempionów

7.1. Środki antydumpingowe

Na ironię zakrawa fakt, że regulacje antydumpingowe, które w pierwotnych założeniach miały niejako dopełniać prawo ochrony konkurencji (antymonopolowe), trudne do egzekwowania w wymiarze eksterytorialnym, eliminując zagrożenie ze strony zagranicznych karteli czy też dominantów rynkowych, skłonnych pozbywać się nadmiaru ich zdolności produkcyjnych poprzez dumping na konkurencyjnych rynkach zagranicznych, „niesprawiedliwie” godzący w interesy producentów działających na tych rynkach¹, stały się głównym, a przy tym najbardziej kontrowersyjnym instrumentem polityki protekcjonizmu handlowego². Wykorzystuje się go także w polityce promowania narodowych czempionów.

¹ Pierwsze regulacje antydumpingowe, wprowadzone na początku XX w., miały przede wszystkim chronić przed agresywnymi zachowaniami rynkowymi potężnych firm amerykańskich (np. Kanada zamierzała w ten sposób chronić swój powstający dopiero przemysł stalowy przed drapieżnymi praktykami amerykańskich producentów stali, natomiast Australia i Nowa Zelandia obawiały się konkurencji ze strony amerykańskiego trustu International Harvester, planującego eksport do tych krajów amerykańskich i kanadyjskich maszyn rolniczych. Z kolei uchwalenie pierwszej ustawy antydumpingowej w USA było w dużej mierze reakcją na domniemane zagrożenie dumpingowe ze strony wysoce skartelizowanego w okresie międzywojennym, silnie chronionego niemieckiego przemysłu stalowego i chemicznego; zob. R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 241 oraz cytowane tam źródła; por. też P.F.J. Macrory, *The Anti-Dumping Agreement* [w:] P.F.J. Macrory, A.E. Appleton, M.G. Plummer (red.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York 2005, s. 493 i n.

² Zob. np. R.W. McGee, *Abolish the Antidumping Laws*, *Economic Affairs* 2002, t. 22, nr 4, s. 49; P.F.J. Macrory, *The Anti-Dumping Agreement...*, s. 487 i 490; M. Wu, *Antidumping in Asia's Emerging Giants*, *HILJ* 2012, t. 53, nr 1, s. 116 i n. J.E. Stiglitz (*Dumping on*

Poglądy w kwestii *ratio legis* prawa antydumpingowego oraz zasadności interwencji antydumpingowych bywają skrajnie rozbieżne³. Apologeci tego instrumentu polityki handlowej uznają je za adekwatną odpowiedź na nieuczciwą konkurencję, za jaką uznaje się dumping, w rezultacie którego produkty z jednego kraju są wprowadzane na rynek drugiego poniżej ich normalnej wartości⁴, natomiast przeciwnicy – całkowicie je negują, jako wyrafinowaną, ale ewidentną formę protekcjonizmu⁵. Stanowisko kompromisowe dopuszcza możliwość stosowania ochrony przed dumpingiem w myśl koncepcji „rozwiązania drugiego po najlepszym” (tzw. *second best theory*), która zakłada, że w sytuacji, gdy zagraniczne przedsiębiorstwa są w stanie obejść przepisy antymonopolowe, ustanowione w ich macierzystym kraju, w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej na rynkach zagranicznych, a brakuje międzynarodowych mechanizmów ochrony konkurencji, uprawnione jest stosowanie jednostronnych środków antydumpingowych⁶.

Głównym (deklarowanym) celem prawa antydumpingowego jest ochrona rodzimych przedsiębiorstw przed konkurencyjnym importem po cenach dumpingowych. W niektórych tylko regulacjach antydumpingowych (np. w UE, Kanadzie, Brazylii, Chinach, Tajlandii i Malezji) przyjęto tzw. klauzulę interesu publicznego (w prawie unijnym zwaną klauzulą „interesu Wspólnoty”), która w toku rozpatrywania poszczególnych spraw pozwala uwzględniać nie tylko istnienie dumpingu i szkodę doznaną przez krajowych (unijnych) producentów, lecz również szeroko pojęty interes publiczny, którego egzemplifikacją jest zwłaszcza interes konsumentów⁷. W praktyce jednak, za sprawą m.in. silnych wpływów producenckich, interes publiczny prawie zawsze utożsamiany jest z interesem przedsiębiorstw konkurujących z dostawcami towarów objętych postępowaniem antydumpingowym, co

Free Trade: The US Import Trade Laws, Southern Economic Journal 1997, t. 64, nr 2, s. 402 i n.) twierdzi, że nie istnieje żaden pozytywny związek między dobrobytem narodowym a interwencją antydumpingową, która jest po prostu jedną z form protekcjonizmu handlowego.

³ Zob. R. Molski, *Prawne aspekty...*, s. 50; M.M. Kałduński, *Sprawiedliwość w prawie antydumpingowym Światowej Organizacji Handlu*, Toruń 2010, s. 287 i n.

⁴ Normatywną definicję dumpingu formułuje art. VI GATT 1994, a jej szczegółową interpretację zawiera art. 2 k.a. Nawiasem mówiąc, definicja ta niemal zupełnie różni się z pojmowaniem dumpingu jako kategorii ekonomicznej; zob. np. T.J. Prusa, B.A. Blonningen, *Antidumping*, NBER Working Paper 2001, nr 8398, s. 2.

⁵ R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 243 i n.; zob. też M.M. Kałduński, *Sprawiedliwość...*, s. 287 i n.

⁶ R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 244; szerzej zob. P.A. Messerlin, P.K.M. Tharakan, *The Question of Contingent Protection*, WE 1999, t. 22, nr 9, s. 1253 i n.; G. Mastel, *Antidumping Laws and the U.S. Economy*, Armonk 1998, s. 71–72 i 143.

⁷ Zob. R. Molski, *Prawne aspekty...*, s. 59 oraz cytowane tam źródła.

w UE uzasadnia się m.in. argumentem, że „istnienie co najmniej jednego producenta wspólnotowego jest w długoterminowym interesie wspólnotowych konsumentów”⁸. Komisja Europejska odrzuca przy tym pogląd, że znaczne udziały producentów unijnych w rynku właściwym, a także prawdopodobieństwo zwiększenia tych udziałów, są sprzeczne z interesem Unii⁹. W literaturze wyrażany jest wręcz pogląd, że w ramach unijnej polityki antidumpingowej nadrzędna potrzeba ochrony unijnych producentów, wnioskujących o interwencję ochronną, traktowana jest wręcz jak „świętość”¹⁰. W związku z tym przeszkodą w interwencji antidumpingowej nie może być np. *per se* fakt, że na unijnym rynku funkcjonuje tylko jeden unijny producent (unijny czempion domagający się antidumpingowej ochrony), nawet gdyby posiadał on pozycję dominującą na tym rynku (wszak prawo antymonopolowe nie zakazuje posiadania takiej pozycji, a jedynie jej nadużywania)¹¹. Nawiasem mówiąc, w literaturze odnotowywane są przypadki postępowań antidumpingowych wszczętych z inicjatywy jedyne go unijnego lub amerykańskiego producenta danego produktu, reprezentującego z definicji 100 proc. jego unijnej lub amerykańskiej produkcji. Co bardziej zdumiewające, to właśnie interwencje antidumpingowe prowadziły czasem do uzyskania przez wnioskodawcę pozycji monopolistycznej na rynku (*sic!*)¹².

⁸ Cyt. za P.A. Messerlin, G. Reed, *Antidumping Policies in the United States and the European Community*, Economic Journal 1995, t. 105, nr 433, s. 1566; por. też A. Romano, P. Thammapitagkul, *Antidumping: A Public Interest not So much in the Public Interest*, Manchester Journal of International Economic Law 2013, t. 10, nr 1, s. 65; M.M. Kałduński, *Sprawiedliwość...*, s. 366 i n.; M. Wellhausen, *The Community Interest Test in Antidumping Proceedings of the European Union*, American University International Law Review 2001, t. 16, nr 4, s. 1030 i 1034–1035; D. De Bièvre, J. Eckhardt, *The political economy of EU anti-dumping reform*, ECIPE Working Paper 2010, nr 3, s. 8. W okresie do 2011 r. odnotowano w UE jedynie 6 przypadków odstąpienia od nałożenia cła antidumpingowego na podstawie klauzuli interesu Wspólnoty; zob. L. Rovegno, H. Vandenbussche, *Anti-dumping practices in the EU: A comparative analysis of rules and application in the context of the WTO* [w:] S.E. Gaines, B.E. Olsen, K.E. Sørensen (red.), *Liberalising Trade in the EU and the WTO: A Legal Comparison*, Cambridge 2012, s. 443; por. też A. Sinnaeve, *The ‘Community Interest Test’ in Anti-dumping Investigations” Time for Reform?*, Global Trade and Customs Journal 2007, t. 2, nr 4, s. 157 i n.

⁹ M. Wellhausen, *The Community...*, s. 1057 i n.

¹⁰ Tamże, s. 1075.

¹¹ Tak np. T. Jakob, *Lesser Duty Rule and Community Interest in Anti-dumping Proceedings*, *Intereconomics* 2001, t. 34, nr 4, s. 194 i n.

¹² Zob. I. Van Bael, J.F. Bellis, *EU Anti-dumping and Other Trade Defence Instruments*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 271 oraz przywoływane tam postępowania antidumpingowe; D.P. Robin, W.C. Sawyer, *The Ethics of Untidumping Petitions*, *Journal of World Business* 1998, t. 33, nr 3, s. 321 i n. (autorzy analizują m.in. przypadek wniosku antidumpingowego złożonego w 1993 r. przez Union Camp. – jedyne go w owym czasie producenta kwasu

W kontekście powyższych uwag znamienny jest fakt, że mimo usilnych starań negocjatorów porozumień WTO klauzuli interesu publicznego nie wprowadzono do Kodeksu Antydumpingowego¹³.

Prawo antydumpingowe może być wykorzystywane do eliminacji rzeczywiście antykonkurencyjnych praktyk cenowych w handlu międzynarodowym, jednak w praktyce znajduje zastosowanie najczęściej w przypadkach zwykłych różnic cen, a to dlatego, że na gruncie tego prawa powody, dla których zagraniczny dostawca ustala ceny eksportowe na niższym poziomie niż krajowe, są irrelevantne dla oceny, czy zasadne jest w tej sytuacji wprowadzenie środków antydumpingowych¹⁴. Prawo antydumpingowe traktuje bowiem każdego rodzaju transgraniczne zróżnicowanie cen jako *per se* niesprawiedliwe nadużycie siły rynkowej, uzasadniające interwencję antydumpingową¹⁵. Co więcej, import po cenach dumpingowych, oceniany w ramach ewaluacji szkody w toku prowadzonych postępowań antydumpingowych, nie musi być znaczącą, a tym bardziej główną jej przyczyną – wystarczy, aby dowiedziono, że import ten jest przyczyną szkody po stronie przemysłu krajowego, nawet jeśli przyczyn tych jest więcej¹⁶. W tym stanie rzeczy „kreatywne” władze antydumpingowe są w stanie wprowadzić środki antydumpingowe niemal w każdych okolicznościach¹⁷.

sebacynowego w USA, konkurującego z kilkoma jego chińskimi producentami – wskazując m.in., że wprowadzone w następstwie tego wniosku cła antydumpingowe umożliwiły wnioskodawcy utrzymanie bez mała monopolistycznej pozycji na rodzimym rynku) oraz L. Davis, *Ten years of anti-dumping in the EU: economic and political targeting*, ECIPE Working Paper No. 2/2009, s. 15 (autorka przywołuje m.in. przypadek wprowadzenia przez WE w 1998 r. ceł antydumpingowych na import z USA polisulfidów z grupy polimerów, w następstwie wniosku jedyne go wspólnotowego, z siedzibą w Niemczech, producenta tego produktu). W rezultacie tej interwencji amerykański konkurent wycofał się zupełnie z rynku europejskiego, co sprawiło, że jej inicjator osiągnął pozycję europejskiego monopolisty. Co ciekawe, efekt taki przewidywano w ramach analizy przesłanki interesu Wspólnoty, a mimo to nie odstąpiono od wprowadzenia ceł.

¹³ R. Molski, *Prawne aspekty...*, s. 60.

¹⁴ Por. E. Vermulst, *The WTO Anti-Dumping Agreement. A Commentary*, Oxford 2005, s. 3.

¹⁵ Zob. R. Molski, *O wyższości prawa antymonopolowego nad prawem antydumpingowym i co z tego wynika*, GSP 2007, t. XVI, s. 859.

¹⁶ C.A. Conrad, *Dumping and Anti-dumping Measures from Competition and Allocation Perspective*, JWT 2002, t. 36, nr 3, s. 569; W.A. Kerr, L.J. Loppacher, *Anti-dumping in the Doha Negotiations – Fairy Tales at the WTO*, JWT 2004, t. 38, nr 2, s. 215 i 217.; R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 256 i n.

¹⁷ Taki pogląd wyraża np. T.J. Prusa, *Anti-dumping: A Growing Problem in International Trade*, W.Econ. 2005, t. 28, nr 5, s. 695. Podobnie D. Bekker (*The Strategic Use of Anti-dumping in International Trade*, South African Journal of Economics 2006, t. 74, nr 3, s. 514) twierdzi, że antydumping może być wykorzystywany jako narzędzie strategicznej polityki handlowej dla ochrony przedsiębiorstw uznawanych za wrażliwe lub strategiczne,

Prawo antydumpingowe umożliwia protekcję krajowych producentów (w tym narodowych czempionów), np. poprzez nakładanie ceł antydumpingowych na import konkurencyjnych towarów, bez konieczności uzyskiwania jurysdykcji względem zagranicznych konkurentów (co jest jedną z głównych przeszkód w transgranicznym egzekwowaniu prawa antymonopolowego)¹⁸. Ponadto, w odróżnieniu od interwencji chroniących przed nadmiernym importem, podejmowanych na podstawie powszechnej klauzuli ochronnej z art. XIX GATT 1994, interwencje antydumpingowe nie wymagają ustępstw negocjacyjnych na rzecz zagranicznych partnerów i kompensaty szkód ponoszonych przez nich wskutek takich interwencji¹⁹. Z kolei towarzysząca interwencjom antydumpingowym retoryka odwołująca się do niesprawiedliwości praktyk zagranicznych przedsiębiorstw i szkodliwości importu zapewnia dogodne narzędzie budowania poparcia politycznego dla tego typu działań protekcyjnych²⁰.

Prawo antydumpingowe umożliwia też krajowym producentom stosowanie pozbawionej ryzyka strategii „podnoszenia kosztów zagranicznych rywali rynkowych” (będącej formą agresywnej praktyki antykonkurencyjnej o charakterze pozacenowym)²¹. I to nie tylko w przypadku interwencji antydumpingowych zakończonych wprowadzeniem środków antydumpingowych, ale nawet wówczas, gdy sama groźba złożenia wniosku o wszczęcie postępowania antydumpingowego może skłaniać potencjalnie dotkniętych takim postępowaniem zagranicznych dostawców do podjęcia autonomicznej decyzji o podniesieniu cen do poziomu dominującego w kraju importu, zawarcia „dobrowolnego” porozumienia cenowego (o znamionach kartelu) z konkurentami z kraju importu, bądź też całkowitego wycofania się z eksportu do kraju, w którym groźba interwencji antydumpingowej istnieje²².

Prawo antydumpingowe okazuje się zatem nader dogodnym narzędziem realizacji interesów nielicznych, ale silnych i wpływowych grup producentów (a niewątpliwie należą do nich narodowi czempioni), przy czym – paradok-

niezależnie od tego czy eksporterzy stosują dumping; por. też P.F.J. Macrory, *The Anti-dumping...*, s. 491.

¹⁸ Zob. R. Molski, *O wyższości...*, s. 865.

¹⁹ Z tego też względu postanowienia międzynarodowych umów handlowych dopuszczające stosowanie protekcji antydumpingowej można zaliczyć do kategorii klauzul ucieczki „dla ubogich”; zob. B.P. Rosendorff, H.V. Milner, *The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape*, IO 2001, t. 55, s. 830.

²⁰ R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 256.

²¹ „Strategiczne” wykorzystywanie antydumpingu przez krajowe przedsiębiorstwa jest przykładem praktyk, które w teorii ekonomii kwalifikuje się jako bezpośrednio nieproduktywne działania w dążeniu do zysku; zob. J.N. Bhagwati, *Directly...*, s. 988 i n.

²² Zob. R. Molski, *O wyższości...*, s. 857 oraz cytowane tam źródła.

salnie – interesy te sprowadzają się często do utrzymywania dominującej (czy nawet monopolistycznej pozycji) na rodzimych rynkach i osiągnięcia renty monopolowej pod pozorem walki o „uczciwy handel”²³. Nie dziwi więc przypisywanie tym regulacjom roli „broni strategicznej” w arsenale protekcyjistów, co znamienne – budzącej konotacje z bronią chemiczną²⁴.

Środki antydumpingowe są nie tylko w teorii użytecznym instrumentem protekcji handlowej narodowych czempionów. Okazuje się, że w praktyce (w większości jurysdykcji stosujących prawo antydumpingowe) to właśnie duże i wpływowe przedsiębiorstwa (zwykle jedno lub dwa) są inicjatorami znacznej części interwencji antydumpingowych i głównymi ich beneficjentami²⁵. Sprzyja temu zresztą Kodeks Antydumpingowy²⁶ i oparte na nim regulacje antydumpingowe członków WTO (nie wyłączając UE²⁷), które dla skuteczności wniosku o wszczęcie postępowania antydumpingowego²⁸ wymagają m.in., aby wniosek ten wyraźnie poparli krajowi (unijni) producenci, na których przypada nie mniej niż 25 proc. całkowitej produkcji podobnego produktu wytwarzanej przez krajowy (unijny) przemysł²⁹. W praktyce przedsiębiorstwa te reprezentują zwykle większą część tej produkcji³⁰. Przyjęte rozwiązanie ma zapobiegać wszczynaniu postępowań antydumpingowych w sprawach, w których wniosek popierają drobni producenci, reprezentujący niewielki ułamek przemysłu, przy braku zainteresowania znaczącego

²³ Zob. R.A. Cass, R.D. Boltuck, *Antidumping and Countervailing-Duty Law: The Mirage of Equitable International Competition* [w:] J.N. Bhagwati, R.E. Hudec (red.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Cambridge 1996, s. 351; cyt. za P.H. Piskorski, *A Dangerous Discretionary “Duty”: U.S. Antidumping Policy Toward China*, *Hofstra Law Review* 2005, t. 34, nr 2, s. 626.

²⁴ Zob. *The Anti-Dumping Dodge*, *The Economist*, 10.9.1988, s. 97; R. Molski, *Prawo anty-monopolowe...*, s. 255.

²⁵ A. Aggarwal, *Anti-dumping Protection: Who Gets It? An Explanatory Analysis of Anti-dumping Use in the Most Active User Countries*, Centre for Trade & Development Working Paper – 9, New Delhi 2007, s. x i 22; por. też D. De Bièvre, J. Eckardt, *The political...*, s. 3.

²⁶ Zob. art. 5 ust. 4 k.a.

²⁷ Zob. art. 5 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 1225/2009 z 30.11.2009 r. w sprawie ochrony przed przywozem produktów po cenach dumpingowych z krajów niebędących członkami Wspólnoty Europejskiej (Dz.U. UE 2009 L 343/51).

²⁸ Postępowania antydumpingowe mogą być także wszczynane z urzędu, ale zdarza się to niezmiernie rzadko; tak np. A. Milczarczyk, *Problematyka postępowania antydumpingowego w Polsce*, MPC 1998, nr 8, s. 341.

²⁹ Szerzej na temat tego wskaźnika zob. J. Czako, J. Human, J. Miranda, *A Handbook on Anti-Dumping Investigations*, Cambridge 2003, s. 31 i n.

³⁰ A. Aggarwal, *Anti-dumping...*, s. x i 22.

producenta³¹. W konsekwencji, narodowi czempioni działający na rynkach oligopolistycznych (zdominowanych przez kilku producentów), czy zwłaszcza monopolisci, łatwiej mogą uzyskać ochronę antydumpingową w porównaniu z mniejszymi przedsiębiorstwami działającymi w warunkach rynku konkurencyjnego³².

Dobłą ilustracją powyższych ustaleń mogą być dane empiryczne z kilku krajów zaliczanych do grupy najaktywniejszych użytkowników prawa antydumpingowego. I tak np. większość postępowań antydumpingowych w Indiach wszczynanych jest na wniosek producentów posiadających około 90 proc. udziału w rynku (tj. *de facto* monopolistów)³³. Z kolei w Chinach duże państwowe przedsiębiorstwa dominują w grupie wnioskodawców postępowań antydumpingowych w sektorze stalowym i petrochemicznym³⁴. Notabene większość interwencji antydumpingowych inicjowanych w rozwiniętych krajach koncentruje się w sektorach przemysłu metalurgicznego (hutnictwa żelaza i stali), stąd też prawo antydumpingowe krytykuje się czasem jako „narzędzie stalowego protekcyjizmu”³⁵. Protekcja tego sektora przemysłu m.in. za pomocą środków antydumpingowych jest zresztą powszechną normą³⁶. Modelowym jej przykładem jest przypadek amerykańskich producentów stali, którzy do perfekcji opanowali wykorzystywanie regulacji antydumpingowych (a także innych środków protekcji handlowej) w celu eliminacji zagranicznej konkurencji³⁷. Dość wspomnieć, że Depar-

³¹ J. Gomuła, *Porozumienie Antydumpingowe Światowej Organizacji Handlu a przepisy antydumpingowe Wspólnoty Europejskiej*, Przegląd Prawa Europejskiego 1999, nr 1, s. 13.

³² Zob. P.A. Messerlin, P.K.M. Tharakan, *The Question...*, s. 1261; D. De Bièvre, J. Eckardt, *Interest groups and EU anti-dumping policy*, Journal of European Public Policy 2011, t. 18, nr 3, s. 345 i n.

³³ A. Aggarwal, *Anti-dumping Protection...*, s. 22; tenże, *Anti-dumping Law and Practice: An Indian Perspective*, Working Paper 85, Indian Council for Research on International Economic Relations, New Delhi 2002, s. 29 i n.; S.K. Singh, *An Analysis of Anti-dumping Cases in India*, Economic and Political Weekly 2005, t. 40, nr 11, s. 1071.

³⁴ Y. Zheng, R. Abrami, *The New Face of Chinese Industrial Policy: Making Sense of Anti-dumping Cases in the Petrochemical and Steel Industries*, Journal of East Asian Studies 2011, t. 11, s. 374.

³⁵ Zob. D. Bekker, *The Strategic...*, s. 514; R.W. McGee, *Abolish...*, s. 52; G. Mastel, *Antidumping Laws...*, s. 51 i n.

³⁶ Zob. D. Bekker, *The Strategic...*, s. 516 oraz cytowane tam źródła.

³⁷ Zob. J.B. Burnham, *American Steel and International Trade*, Society 2005, t. 42, nr 2, s. 33; B.A. Blonigen, B.H. Liebman, W.W. Wilson, *Trade Policy and Market Power: The Case of the US Steel Industry*, NBER Working Paper No. 13671/2007, s. 1 i n.; K.K. Ho, *Trading Rights and Wrongs: The 2002 Bush Steel Tariffs*, Berkeley Journal of International Law 2003, t. 21, s. 825 i n.; C.P. Bown, *How Different Are Safeguards from Antidumping? Evidence from US Trade Policies toward Steel*, Review of Industrial Organization 2013, t. 42, nr 4, s. 449 i n.; G. Mastel, *The U.S. Steel Industry and Antidumping Law*, Chal-

tament Handlu USA wszczywał postępowania antydumpingowe przeciwko producentom stali w niemal każdym kraju, w którym się ją wytwarza (nie wyłączając polskich³⁸), a jednym z głównych beneficjentów tych interwencji był US Steel – największy amerykański producent stali³⁹. Nawiasem mówiąc na ironię zakrawa fakt, że przemysł stalowy, który był obiektem pierwszych interwencji antydumpingowych (*vide* przypis 1 niniejszego rozdziału) stał się dziś jednym z głównych ich inicjatorów i beneficjentów.

Środki antydumpingowe (ostateczne) przybierają (najczęściej) postać ceł antydumpingowych lub (rzadziej) zobowiązań cenowych (zob. art. 8 i art. 9 k.a.)⁴⁰. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, która odnosi się do wszystkich środków protekcji uwarunkowanej, wysokość cła antydumpingowego nie może być wyższa od tzw. marginesu dumpingu, tj. wielkości o jaką wartość normalna towaru jest wyższa od jego ceny eksportowej (margines ten jest co do zasady ustalany indywidualnie dla każdego zagranicznego producenta lub eksportera). Kodeks Antydumpingowy zaleca (*ergo* nie wymaga), aby wzrost cen (w efekcie wprowadzenia cła antydumpingowego lub przyjęcia zobowiązania cenowego) był mniejszy od marginesu dumpingu, o ile będzie on wystarczający do wyeliminowania szkody grożącej przemysłowi krajowemu (tzw. reguła niższego cła – *lesser duty rule*). Rozwiązanie takie przewiduje np. unijne rozporządzenie nr 1225/2009 w sprawie ochrony przed przywozem produktów po cenach dumpingowych (zob. art. 8 ust. 1 i art. 9

lenge 1999, t. 42, nr 3, s. 84 i n. Jak podaje R.W. McGee (*Abolish...*, s. 53), przemysł stalowy w USA chroniony jest przed konkurencją zagranicą już od 1791 r.

³⁸ Zob. np. Z. Wołodkiewicz-Donimirski, *Postępowania antydumpingowe barierą polskiego eksportu*, Biuro Studiów i Analiz Kancelarii Sejmu, 339, Warszawa 1995, s. 6.

³⁹ R.W. McGee, *Abolish...*, s. 52 i n.

⁴⁰ Przykładowo, w USA przytłaczającą większość środków antydumpingowych stanowią cła antydumpingowe, a przypadki zastosowania zobowiązań cenowych (w formie swistej dla tamtejszego prawa antydumpingowego) są sporadyczne; zob. G.W. Bowman, N. Covelli, D.A. Gantz, I.H. Uhm, *Trade Remedies in North America*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 133 i n.; F. Perone, *Settlement of anti-dumping cases by price undertaking: the European Community and United States practice*, McGill University 1995, s. 99 i n. Z kolei w UE zobowiązania cenowe są częściej stosowane, niemniej jednak obecnie także tam zdecydowaną większość stanowią cła antydumpingowe (np. spośród 102 środków antydumpingowych obowiązujących w UE na koniec 2012 r. tylko 15 stanowiły zobowiązania); zob. *31st Annual Report from the Commission to the European Parliament on the EU's Anti-Dumping, Anti-Subsidy and Safeguard activities (2012)*, Brussels, 19.12.2013, s. 6 i 8. Na temat przyczyn systematycznego odchodzenia od tej formy środków antydumpingowych w UE (notabene dawniej ich liczba była porównywalna z cłami antydumpingowymi) zob. A. Steinbach, *Price Undertakings in EU Anti-dumping Proceedings – an Instrument of the Past?*, Journal of Economic Integration 2014, t. 29, nr 1, s. 165 i n.; B. Śledź, *Środki antydumpingowe. Komentarz – część V*, MPCP 2013, nr 11, s. 426.

ust. 4). Dla kontrastu, w Stanach Zjednoczonych obowiązuje zasada obligatoryjnego nakładania ceł antydumpingowych zawsze w wysokości równej marginesowi dumpingu⁴¹. W każdym razie cła takie nie mają charakteru sankcji (kary), mają natomiast jedynie rekompensować szkodę wyrządzaną dumpingowym importem (pełnią funkcję wyłącznie defensywną)⁴². W praktyce jednak ustalanie wysokości ceł antydumpingowych przez powołane do tego organy odbywa się w ramach ich szerokiej władzy dyskrecyjnej, notabene zapewniającej im znacznie większą swobodę działania w porównaniu z postępowaniami antysubsydyjnymi, kończącymi się wprowadzeniem ceł wyrównawczych. Z kolei zobowiązania cenowe są formą polubownego zakończenia postępowania antydumpingowego. Polegają na dobrowolnym (choć często wymuszonym niejako alternatywą w postaci wprowadzenia cła antydumpingowego) zobowiązaniu się zagranicznego producenta (eksportera) do przestrzegania ustalonego (minimalnego) poziomu cen eksportowych lub zaprzestania eksportu po cenach dumpingowych.

Podobnie jak pozostałe środki uwarunkowanej protekcji handlowej, środki antydumpingowe mają w założeniu charakter czasowy, tzn. powinny być zniesione, gdy tylko ustaną przesłanki ich zastosowania. Zgodnie z tzw. klauzulą wygaśnięcia (*sunset provision* – zob. art. 11 ust. 3 k.a.), co do zasady środki antydumpingowe (cła lub zobowiązania cenowe) powinny być zniesione nie później niż pięć lat od ich nałożenia, chyba że prowadziłyby to prawdopodobnie do dalszej szkody lub ponownego wystąpienia dumpingu i szkody. W praktyce obowiązywanie wprowadzonych środków antydumpingowych przedłuża się często ponad kodeksowy (w praktyce iluzoryczny) limit (w przypadku UE, Stanów Zjednoczonych i ostatnio Chin jest to normą)⁴³.

Kończąc uwagi na temat środków antydumpingowych jako instrumentu protekcji handlowej narodowych czempionów warto odnotować, że podobnie jak inne (konwencjonalne) bariery handlowe (takie jak cła oraz importowe kontyngenty ilościowe), należą one do generacji instrumentów polityki handlowej zaprojektowanych dla ochrony krajowych producentów przed kon-

⁴¹ Zob. Tariff Act of 1930, 19 U.S.C. 1673e(a)(1).

⁴² Zob. wyrok SPI z 4.3.2010 r. w sprawie T-410/06, Foshan City Nanhai Golden Step Industrial Co., Ltd p. Radzie, Zb.Orz. 2010, s. II-879.

⁴³ W USA średni okres obowiązywania ceł antydumpingowych wynosi ponad 10 lat, ale odnotowano tam też (w okresie poprzedzającym wprowadzenie Kodeksu Antydumpingowego) przypadki pozostawiania w mocy takich ceł przez ponad 30 lat; zob. M. Wu, *Antidumping ...*, s. 167–168; B. Lindsey, D. Ikenson, *Reforming the Antidumping Agreement: A Road Map for WTO Negotiations*, Cato Institute Trade Policy Analysis 2002, No. 21, s. 34.

kurencją zagraniczną w realiach XIX i pierwszej połowy XX w.⁴⁴ Środki te stają się bezużyteczne w obliczu wyzwań stawianych od kilku dekad przez wzorce konkurencji opartej na postępie technologicznym (tytułem przykładu, nieprawdopodobna byłaby dziś skarga antydumpingowa Microsoft na zagranicznego konkurenta, wprowadzającego innowacyjny produkt na rynek amerykański, i to nie dlatego, że skarga taka byłaby nieskuteczna, ale dlatego, że ten amerykański czempion dysponuje znacznie bardziej efektywnymi narzędziami obrony swoich interesów)⁴⁵. Współcześnie, interwencje antydumpingowe pozostają więc protekcyjną bronią z wyboru tylko w tradycyjnych sektorach gospodarki, takich jak przemysł stalowy, chemiczny, tekstylny oraz innych, w których konkurencja podlega ograniczeniom z powodów technologicznych⁴⁶.

7.2. Środki antysubsydyjne

Prima facie kwalifikowanie środków antysubsydyjnych jako instrumentów polityki promowania narodowych czempionów może budzić wątpliwości, skoro w znacznym stopniu ograniczają one możliwości wykorzystywania innego (bodaj najważniejszego) instrumentu tej polityki, jakim są subsydia. Ta pozorna antynomia znika jednak, gdy uświadomimy sobie, że jakkolwiek subsydia są istotnie kluczowym narzędziem polityki promowania narodowych czempionów, to jednak nie jedynym i niekoniecznym, stąd też restrykcje dotyczące stosowania subsydiów nie muszą być sprzeczne w każdych okolicznościach z założeniami tej polityki. Przykładowo, w sytuacji gdy dane państwo nie subsydiuje w ogóle narodowego czempiona, albo (co bardziej prawdopodobne) czyni to, ale w nader ograniczonym zakresie i w granicach dopuszczalnych przez prawo (subsydyjne), a inne państwo dotuje własnego (konkurencyjnego) czempiona z dużą intensywnością, nie bacząc na istniejące restrykcje prawne, możliwość sięgnięcia po środki defensywne (antysubsydyjne) jest w żywotnym interesie pierwszego państwa (i jego czempiona).

Nawiasem mówiąc, wielu ekonomistów jest skłonnych traktować subsydia i środki antysubsydyjne (wyrównawcze) jak dwie strony tej samej monety, tzn. jako formy (niepożądaney) interwencji państwa w gospodarkę, godzącej w wolny handel i ograniczającej korzyści osiągane dzięki „niewidzialnej

⁴⁴ J.T. De Araujo, *Legal and Economic Interfaces Between Antidumping and Competition Policy*, W.Comp. 2002, t. 25, nr 2, s. 172.

⁴⁵ Tamże.

⁴⁶ Tamże.

repcę” rynku⁴⁷ (zakładając prawdziwość tego paradygmatu, która nie jest bynajmniej oczywista⁴⁸).

W odróżnieniu od środków antydumpingowych, które odnoszą się do praktyk zagranicznych eksporterów (prywatnych lub publicznych przedsiębiorstw), instrumenty prawne ochrony narodowych czempionów przed nieuprawnionym subsydiowaniem ich zagranicznych konkurentów (środki antysubsydjne), są wymierzone w działania rządów (władz publicznych) w krajach (jurysdykcjach), w których rezydują zagraniczni eksporterzy. Skoro w tym drugim przypadku chodzi o politykę i działania innego państwa (lub organizacji integracyjnej, np. UE), to nie może dziwić, że interwencje antysubsydjne, a zwłaszcza decyzje o wprowadzeniu jednostronnych środków antysubsydjnych (w terminologii porozumień WTO – środków wyrównawczych) są politycznie bardziej drażliwe niż interwencje antydumpingowe (mają ewidentnie bardziej konfrontacyjny charakter, ponieważ są wymierzone w suwerenne akty innego państwa lub organizacji integracyjnej)⁴⁹. Z tych też względów postępowania antysubsydjne są w praktyce stosunkowo rzadko wszczynane, o czym świadczą statystyki WTO. Dla ilustracji, w okresie od 1.1.1995 r. do 30.6.2014 r. odnotowano w nich tylko 355 postępowań antysubsydjnych (w 193 przypadkach zakończonych wprowadzeniem środków wyrównawczych), podczas gdy postępowań antydumpingowych – 4627 (w 2966 przypadkach zakończonych wprowadzeniem środków antydumpingowych)⁵⁰. Nawiasem mówiąc, interwencjom antysubsydjnym (w państwach stosujących tę formę protekcji handlowej, ze Stanami Zjednoczonymi na czele) towarzyszą często równoległe interwencje antydumpingowe (względem tego samego produktu)⁵¹. W konsekwencji, stosunkowo rzadko zdarza się wówczas, aby importowany produkt obłożony cłem antysubsydjnym (wyrównawczym) nie podlegał jednocześnie cłu antydumpingowemu, przy czym prawidłowość ta nie występuje w odwrotnej relacji, tzn. że większości

⁴⁷ Zob. G.M.M. La Barca, *Subsidies and countervailing measures under the GATT and the WTO and in the US law and practice: parallel developments and interactions*, University of Warwick 2007, <http://wrap.warwick.ac.uk/2623>, s. 18 i n.

⁴⁸ Przykładowo, P.A. Samuelson i W.D. Nordhaus (*Ekonomia*, t. 2, Warszawa 1996, s. 187–188) twierdzą, że ani A. Smith, ani nikt inny niczego takiego nie udowodnił. Podobnie R. Cameron i L. Neal (*Historia gospodarcza świata od paleolitu do czasów najnowszych*, Warszawa 2004, s. 223) tezę o państwie jako nocnym stróżu uznają za mit. Z kolei L. Krzyżanowski (*O podstawach kierowania organizacjami inaczej*, Warszawa 1999, s. 268) pisze o „falsyfikacji” i „kompromitacji” smithowskiej idei niewidzialnej ręki.

⁴⁹ R. Molski, *Prawne formy...*, s. 83.

⁵⁰ Dane dostępne na stronie: http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_e.htm

⁵¹ C.P. Bown, *Taking Stock of Antidumping, Safeguards and Countervailing Duties, 1990–2009*, W.Econ. 2011, t. 34, nr 12, s. 1989.

interwencji antydumpingowych nie towarzyszą (symultaniczne) interwencje antysubsydjne⁵².

Z drugiej jednak strony, te stosunkowo nieliczne interwencje antysubsydjne należą do najbardziej spornych, prowokując konflikty międzynarodowe grożące wręcz czasem wybuchem wojny handlowej. Emblematycznym przykładem tego rodzaju sporu jest sprawa subsydiów udzielanych europejskiemu konsorcjum Airbus oraz amerykańskiemu koncernowi Boeing – dwóm największym (konkurencyjnym) producentom lotniczym na świecie (archetypowym czempionom w kategorii globalnej), tworzącym globalny duopol w segmencie producentów największych (szerokokadłubowych) samolotów komunikacyjnych. Zainicjowane przez Stany Zjednoczone postępowanie antysubsydjne na forum WTO, mające wykazać niezgodność z prawem międzynarodowym środków pomocowych udzielonych konsorcjum Airbus, sprowokowało w odwecie kontrinterwencję UE, zarzucającą nielegalne subsydiowanie Boeinga, co ostatecznie doprowadziło do największego, najtrudniejszego i najbardziej kosztownego sporu handlowego w historii WTO⁵³.

⁵² Tamże.

⁵³ Zob. WTO Panel Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R (30.6.2010); WTO Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, AB-2010-1 (18.5.2011). Skale i złożoność przywołanego sporu znamionuje już choćby obszerność obu orzeczeń: zasadnicze części raportów panelu i Organu Apelacyjnego liczą odpowiednio: 1050 i 645 stron. Wartość sporu, tj. kwestionowanych subsydiów (ergo potencjalnych środków wyrównawczych) sięga miliardów dolarów; szerzej zob. M. Hahn, K. Mehta, *It's a Bird, It's a Plane: Some Remarks on the Airbus Appellate Body Report (EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R)*, WTR 2013, t. 12, nr 2, s. 139 i n.; J.D. Kienstra, *Cleared For Landing: Airbus, Boeing, and the WTO Dispute over Subsidies to Large Civil Aircraft*, NJILB 2012, t. 32, nr 3, s. 569 i n.; J. Flett, *From Political Pre-occupation to Legitimate Rule against Market Partitioning: Export Subsidies in WTO Law after the Appellate Body Ruling in the Airbus Case*, Global Trade and Customs Journal 2012, t. 7, nr 2, s. 50 i n.; A. Knorr, J. Bellmann, R. Schomaker, *Subsidies in Civil Aircraft Manufacturing: The World Trade Organization (WTO) and the Boeing-Aibus Dispute*, ESALQ 2012, nr 3, s. 585 i n.; S. Lester, *The Problem of Subsidies as a Means of Protectionism: Lessons from the WTO EC – Aircraft Case*, Melbourne Journal of International Law 2011, t. 12, nr 2, s. 1 i n.; B. McGivern, *Aircraft Subsidies and WTO Rules: The Airbus Decision*, Air and Space Law 2010, t. 35, nr 4–5, s. 305 i n.; R.E. Lee, *Dogfight: Criticizing the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 2006, t. 32, s. 115 i n.; N. Meier-Kaienburg, *The WTO's „Toughest” Case: An Examination of the Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies*, Journal of Air Law and Commerce 2006, t. 71, nr 2, s. 191 i n.

Mniej spektakularny, choć nie mniej intensywny, okazał się inny spór międzynarodowy na tle interwencji antysubsydyjnych w imię ochrony narodowych czempionów, co znamienne, działających również na rynku produkcji samolotów komunikacyjnych (o cechach duopolu), tyle że w segmencie samolotów o zasięgu regionalnym, zdominowanym przez kanadyjskiego Bombardiera i brazylijskiego Embraera. Chroniąc pozycję lidera na tym rynku, zajmowaną przez Bombardiera, przed rosnącą konkurencją Embraera, Kanada zakwestionowała na forum WTO (skądinąd skutecznie) wsparcie udzielane temu ostatniemu przez rząd brazylijski, wykazując, że stanowiło ono zakazane subsydlum eksportowe. W odwecie Brazylia odpowiedziała zaskarżeniem subsydiów udzielanych przez rząd Kanady jej czempionowi (częściowo również skutecznie)⁵⁴.

Środki antysubsydyjne (wyrównawcze) są jedną z form handlowej protekcji uwarunkowanej, i jako takie nie obejmują prawnych mechanizmów dyscyplinowania pomocy państwa udzielanej przedsiębiorstwom unijnym przez rządy poszczególnych państw członkowskich UE. Przyjęte w ramach porozumień WTO uniwersalne (powszechne) zasady stosowania subsydiów i antysubsydyjne mechanizmy ochronne (zaradcze) regulują przede wszystkim art. VI, art. XVI i art. XXIII GATT 1994 oraz Kodeks Subsydiów, który odgrywa w tym względzie rolę wiodącą. Na rozwiązaniach tych opierają się z kolei regulacje UE, stanowiące podstawę handlowych interwencji antysubsydyjnych, podejmowanych w ramach wspólnej polityki handlowej przez instytucje unijne, w tym przede wszystkim rozporządzenie Rady (WE) nr 597/2009 z 11.6.2009 r. w sprawie ochrony przed przywozem towarów subsydiowanych z krajów niebędących członkami Wspólnoty Europejskiej⁵⁵. Unijne prawo pomocy państwa stanowi natomiast swoiste *lex specialis* względem globalnych mechanizmów ochrony prawnej przed nieuprawnionym subsydiowaniem, przy czym ma ono zastosowanie tylko w ramach UE. Inna sprawa, że przemożny wpływ na ostateczny kształt Kodeksu Subsydiów, będący efektem kompromisu wypracowanego przez dwóch głównych negocjatorów porozumień WTO, tj. Wspólnotę Europej-

⁵⁴ Zob. WTO Appellate Body Report, *Brazil Export Financing Programme For Aircraft*, WT/DS46/AB/R, AB-1999-1 (2.8.1999); WTO Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, AB-1999-2 (2.8.1999); O. Stehmann, *Export Subsidies in the Regional Aircraft Sector: The Impact of Two WTO Panel Rulings against Canada and Brazil*, JWT 1999, t. 33, nr 6, s. 97 i n.; P. Szewedo, *Środki odwetowe w prawie Światowej Organizacji Handlu*, Warszawa 2008, s. 149 i n.; T.C. Lawton, S.M. McGuire, *Supranational governance and corporate strategy: the emerging role of the World Trade Organization*, *International Business Review* 2001, t. 10, s. 220 i n.

⁵⁵ Dz.Urz. UE L 188 z 18.7.2009, s. 93.

ską i Stany Zjednoczone, miały wspólnotowe koncepcje regulacji pomocy państwa, wywodzące się jeszcze z Traktatu Rzymskiego⁵⁶.

Kodeks Subsydiów (w art. 3 ust. 1 i art. 5 ust. 1) wyodrębnia dwa typy subsydiów (w zależności od ich potencjalnej szkodliwości): 1) zakazane (określane kolokwialnie mianem „czerwonych”) i 2) podlegające sankcjom („żółte”)⁵⁷.

Te pierwsze, uznawane za najbardziej szkodliwe, obejmują z kolei dwie subkategorie: (a) subsydia eksportowe (uzależnione *de iure* lub *de facto* od działalności eksportowej) oraz (b) subsydia uzależnione od preferencji dla towarów krajowych w stosunku do importowanych. Sam fakt, że subsydium jest przyznawane przedsiębiorstwom eksportującym nie może być wystarczającą podstawą do uznania subsydium za eksportowe (zob. przypis do art. 3 ust. 1 [a] k.s.). Celem twórców tego Kodeksu nie było bowiem zakazanie wszelkich subsydiów udzielanych eksporterom. W gruncie rzeczy większość takich subsydiów podlega sankcjom, a zakres subsydiów zakazanych jest relatywnie niewielki. Właściwa kategoryzacja subsydiów opiera się zatem na ich naturze i skutkach w sferze wymiany handlowej, nie zaś na kryterium statusu beneficjenta subsydium (tzn. czy jest on eksporterem)⁵⁸. Podkreślić jednak należy, że stosowanie subsydiów eksportowych jest zakazane *per se* nawet w sytuacji, gdy nie wykazano ich ujemnych skutków w sferze międzynarodowej wymiany handlowej czy interesów innych członków WTO. Przykładową listę subsydiów eksportowych zawiera Załącznik I do Kodeksu Subsydiów (wymienia się tam m.in. bezpośrednie subsydia rządowe zależne od wyników w eksporcie, zwolnienia i ulgi podatkowe dotyczące eksportu, zwolnienia celne lub zwroty ceł o charakterze eksportowym oraz preferencyjne rządowe kredyty eksportowe).

Większość subsydiów mieści się w grupie subsydiów podlegających sankcjom, wobec których jedynie domniemywa się (i to w określonych okolicz-

⁵⁶ R. Molski, *Prawne formy...*, s. 57.

⁵⁷ W art. 8 k.s. wyodrębniono też kategorię subsydiów nie podlegających sankcjom („zielonych”), jednak postanowieniu temu nadano charakter tymczasowy, ze względu na niepewność co do efektów tego niestosowanego wcześniej rozwiązania. Zgodnie z art. 31 k.s. odnośne postanowienia obowiązywały przez okres pięciu lat, tj. do końca 1999 r. W tym czasie miano dokonać przeglądu ich działania w celu ustalenia, czy zasadne jest przedłużenie ich stosowania w dotychczasowej lub zmienionej postaci. Ponieważ porozumienia w tej sprawie nie udało się osiągnąć, rzeczona część k.s. przestała obowiązywać z dniem 1.1.2000 r. W konsekwencji, subsydia kwalifikowane do tej daty jako „zielone”, tj. nie podlegające sankcjom (nawet jeśli powodowały szkodę), przeszły do kategorii „żółtych”, tj. podlegających sankcjom; zob. R. Molski, *Prawne formy...*, s. 60; P.A. Clarke, G.N. Horlick, *The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* [w:] P.F.J. Macrory, A.E. Appleton, M.G. Plummer (red.), *The World Trade Organization...*, s. 704 i n.

⁵⁸ R. Molski, *Prawne formy...*, s. 61.

nościach) ich deformujący wpływ na handel międzynarodowy, przy czym nawet wówczas, w odróżnieniu od subsydiów zakazanych, domniemanie to jest wzruszalne (zob. art. 6 ust. 2 k.s.). Ze względu na trojakiemu rodzaju negatywne skutki w art. 5 ust. 1 k.s. wyróżniono trzy kategorie subsydiów podlegających sankcjom: (a) wyrządzające szkodę dla krajowego przemysłu innego członka WTO; (b) niweczące lub naruszające korzyści dla innego członka WTO, wynikające bezpośrednio lub pośrednio z postanowień GATT 1994; (c) powodujące poważny uszczerbek dla interesów innego członka WTO.

Kodeks Subsydiów (w art. 4 ust. 7 i art. 7 ust. 8) wymaga zaprzestania stosowania subsydiów zakazanych, natomiast w przypadku subsydiów podlegających sankcjom wymaga ich wycofania lub (alternatywnie) usunięcia ich niekorzystnych skutków. W przypadku podejrzenia stosowania tego rodzaju subsydiów (zakazanych lub podlegających sankcjom) przez któregokolwiek sygnatariusza porozumień WTO, np. w ramach uprawianej przez niego polityki promowania narodowych czempionów, inny zainteresowany członek tej organizacji (działając np. w interesie własnego czempiona) może skorzystać z dwojakiego rodzaju kodeksowych procedur antysubsydyjnych: 1) wielostronnych lub 2) jednostronnych.

W zamyśle twórców Kodeksu Subsydiów wielostronne procedury antysubsydyjne miały stać się niejako alternatywą dla jednostronnych środków wyrównawczych. U podstaw tej koncepcji leży słuszne przeświadczenie, że skoro spory na tle subsydiów angażują przede wszystkim rządy narodowe, to – logicznie rzecz biorąc – powinny trafiać raczej na forum międzyrządowe, niż być przedmiotem wewnętrznych (jednostronnych) postępowań⁵⁹. W ramach procedur wielostronnych stosuje się środki zaradcze określone w części II i III Kodeksu Subsydiów, przy czym dla poszczególnych kategorii subsydiów obowiązują odmienne tryby postępowania. W przypadkach spornych można korzystać z postanowień Uzgodnienia WTO w sprawie zasad i procedur regulujących rozstrzygnięcie sporów (*Dispute Settlement Understanding*, DSU)⁶⁰. W przypadku subsydiów zakazanych każdy członek WTO ma prawo wystąpić o konsultacje z innym uczestnikiem tej organizacji podejrzanym o ich stosowanie. Jeśli konsultacje te nie przyniosą zadowalającego obie strony rozwiązania, każda z nich może wystąpić do Organu Rozstrzygnięcia Sporów (*Dispute Settlement Body*, DSB) z wnioskiem

⁵⁹ T. Collins-Williams, G. Salambier, *International Disciplines on Subsidies – The GATT, The WTO and the Future Agenda*, JWT 1996, t. 30, nr 1, s. 17; R. Molski, *Prawne formy...*, s. 65.

⁶⁰ Załącznik 2 do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. z 1998 r. nr 34, poz. 195.

o powołanie zespołu orzekającego (panelu) w celu zbadania sprawy i wydania orzeczenia. W przypadku stwierdzenia, że kwestionowany środek jest zakazanym subsydiem, zaleca się bezzwłoczne zaprzestanie jego stosowania. Raport panelu wymaga zatwierdzenia przez DSB, przy czym odrzucenie raportu może nastąpić tylko jednogłośnie. Przed zatwierdzeniem raportu każda ze stron może złożyć wniosek o apelację. Raport (stałego) Organu Apelacyjnego (*Appellate Body*, AB) może być odrzucony, ale również tylko jednogłośnie. W przeciwnym razie musi być przyjęty i bezwarunkowo zaakceptowany przez strony sporu. Procedury obejmujące subsydia podlegające sankcjom są zbliżone do zarysowanych wyżej procedur dotyczących subsydiów zakazanych, przy czym terminy procesowe są w tym przypadku z reguły dwa razy dłuższe. Nadto inicjator postępowania powinien przedstawić nie tylko dowody stosowania subsydium (w przypadku subsydiów zakazanych jest to przesłanka wystarczająca), lecz także wykazać szkodę dla przemysłu krajowego, naruszenie swoich korzyści lub poważne zagrożenie swoich interesów⁶¹. Wielostronne procedury antysubsydjne są skierowane wprost przeciwko praktykom subsydyjnym i w zasadzie mają na celu spowodowanie ich zaniechania bądź ograniczenia. Dopiero wówczas, gdy praktyki te są w dalszym ciągu stosowane, istnieje możliwość podjęcia odpowiednich środków zaradczych, na podstawie upoważnienia DSB. Nie mogą to być środki podejmowane *ex officio* (konieczny jest wniosek zainteresowanej strony)⁶². Mają one charakter zdecentralizowany i zarazem pośredni, co wynika z faktu, że WTO nie dysponuje własnym aparatem ani też instrumentarium egzekucji jej postanowień (stąd porównuje się ją do „sądu bez szeryfa”)⁶³. WTO nie jest zatem władna ingerować władczo w praktyki handlowe jej członków, natomiast może ich upoważnić do zastosowania adekwatnych środków retorsyjnych (nie mogą to być zatem sankcje multilateralne). Z drugiej jednak strony zablokowanie takiej autoryzacji jest w praktyce niezmiernie trudne, gdyż wymaga jednogłośnej decyzji DSB (*negative consensus*), co w praktyce czyni proces autoryzowania sankcji niemal automatycznym⁶⁴.

⁶¹ R. Molski, *Prawne formy...*, s. 66.

⁶² Tamże, s. 69.

⁶³ Zob. np. E. Reinhardt, *Adjudication without Enforcement in GATT Disputes*, *Journal of Conflict Resolution* 2001, t. 45, nr 2, s. 174 i 176; R. Molski, *Prawne formy...*, s. 69.

⁶⁴ Zob. np. G. Garrett, J. McCall Smith, *The Politics of WTO Dispute Settlement*, Atlanta 1999, s. 3 i n.; P.C. Mavroidis, *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, *European Journal of International Law* 2000, t. 11, nr 4, s. 763 i n.; R. Molski, *Prawne formy...*, s. 70.

Jednostronne procedury antysubsydyjne, uregulowane w części V k.s., umożliwiają wprowadzanie środków wyrównawczych na towary importowane po cenach subsydiowanych po uprzednim przeprowadzeniu autonomicznego (krajowego lub unijnego) postępowania zgodnie z regułami określonymi w Kodeksie. W tym przypadku warunkiem zastosowania środka wyrównawczego jest stwierdzenie występowania subsydiowanego importu, szkody przemysłu krajowego (unijnego) oraz związku przyczynowego między tym importem i szkodą. Analogicznie do procedur antydumpingowych, a odmiennie od postępowania ochronnego w ramach powszechnej klauzuli o nadmiernym imporcie, test szkody w postępowaniu antysubsydyjnym nie wymaga wykazania „poważnej” szkody. Wynika to z faktu, że niedozwolone subsydiowanie eksportowanych towarów jest traktowane z zasady (podobnie jak dumping) jako nieuczciwa praktyka handlowa⁶⁵. Podobnie też do postępowania antydumpingowego, postępowanie antysubsydyjne nie może być wszczęte, jeżeli producenci krajowi (unijni) jednoznacznie popierający wniosek wytwarzają mniej niż 25 proc. całej produkcji krajowej (unijnej) towaru podobnego (zob. art. 11 ust. 4 k.s.)⁶⁶. Powoduje to, że środki wyrównawcze (podobnie jak antydumpingowe) są w praktyce dostępne jedynie dla przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą na rynku, ewentualnie koalicji przedsiębiorstw dążących do ograniczenia lub eliminacji zagranicznej konkurencji⁶⁷.

Ostateczne środki wyrównawcze (ochrony przed wyrządzającym szkodę importem towarów subsydiowanych) mogą przybierać formę: 1) ceł wyrównawczych lub 2) dobrowolnych zobowiązań (np. cenowych bądź też dotyczących wycofania lub ograniczenia subsydium) składanych przez eksporterów lub właściwe organy państwa eksportu (zob. art. 18–21 k.s.). Okres stosowania środków wyrównawczych jest zasadniczo ograniczony do maksymalnie pięciu lat, chyba że dłuższe ich utrzymywanie jest konieczne dla zapobieżenia szkodliwym skutkom subsydiów (zob. art. 21 ust. 3 k.s.). Ostateczne cła wyrównawcze nakładane są zasadniczo w sposób niedyskryminacyjny (na przywóz towarów ze wszystkich krajów objętych postępowaniem, z wyjątkiem tych, dla których przyjęto stosowne zobowiązania eliminujące szkodliwe następstwa subsydiów) i (zgodnie z zasadą proporcjonalności) w wysokości nie wyższej niż kwota subsydium (cło takie nie jest zatem formą kary, a służy jedynie naprawieniu szkody wyrządzonej krajowemu lub unijnemu przemysłowi subsydiowanym importem – zob. art. 19 ust. 3–4 k.s.). Kodeks

⁶⁵ R. Molski, *Prawne formy...*, s. 71.

⁶⁶ Zob. art. 11 ust. 4 k.s.

⁶⁷ R. Molski, *Prawne formy...*, s. 74.

Subsydiów (podobnie jak Kodeks Antydumpingowy) zaleca też stosowanie reguły niższego cła (*lesser duty rule*), w myśl której pożądanym jest, aby cło wyrównawcze było mniejsze niż kwota subsydium, jeżeli takie mniejsze cło jest odpowiednie do usunięcia szkody dla krajowego przemysłu (zob. art. 19 ust. 2 k.s.). Podobnie jak w przypadku ceł antydumpingowych, regułę tę stosuje np. UE, natomiast nie przyjęto jej w Stanach Zjednoczonych, a z kolei Kanada dopuszcza jej stosowanie, jeśli będzie za tym przemawiał interes publiczny⁶⁸.

Efektywność interwencji antysubsydyjnych z wykorzystaniem procedur wielostronnych lub jednostronnych zależy w dużej mierze od rodzaju kwestionowanego subsydium. W przypadku subsydiów zakazanych bardziej skuteczna może okazać się procedura wielostronna, gdyż definicja takich subsydiów jest stosunkowo precyzyjna, obowiązujące w ramach tej procedury terminy procesowe są relatywnie krótkie a skuteczność sankcji uzgodnionych na forum międzynarodowym wydaje się większa niż środków jednostronnych (zwłaszcza w stosunkach z tak silnymi partnerami handlowymi, jak UE czy Stany Zjednoczone). Z kolei w przypadku pozostałych kategorii subsydiów procedury wielostronne mogą okazać się mniej efektywne niż jednostronne, a to z tego powodu, że są bardziej długotrwałe i zwiększają margines niepewności strony skarżącej co do ostatecznego rezultatu postępowania.

W kontekście polityki promowania narodowych czempionów (za pomocą instrumentów protekcji handlowej) kluczową przesłanką w wyborze wielostronnej lub jednostronnej procedury antysubsydycznej może okazać się fakt, że z natury rzeczy przedsiębiorstwa te mogą być mniej zainteresowane niepożądanymi skutkami zagranicznych subsydiów na rodzimym rynku, a bardziej ich wpływem na warunki konkurencji na rynkach zagranicznych (w tym nawet państwa subsydiującego). Na tych ostatnich bowiem często narodowi czempioni rywalizują najintensywniej z zagranicznymi konkurentami (a przynajmniej do tego aspirują). Zatem w sytuacji, gdy konkurencja między narodowym czempionem a wspieranym subsydiami zagranicznym rywalem odbywa się na obcych rynkach (towary z kraju A konkurują w kraju B z subsydiowanymi towarami pochodzącymi z kraju C), dostępna jest praktycznie tylko skarga na forum WTO (w ramach procedur wielostronnych)⁶⁹. Podobnie rzecz ma się w przypadku subsydiów stanowiących barierę importową (subsydiowane towary nie są eksportowane, ale mogą utrudniać

⁶⁸ Zob. P.A. Clarke, G.N. Horlick, *The Agreement...*, s. 721, przypis 240.

⁶⁹ Por. J.H. Jackson, *The World...*, s. 280-281; C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface...*, s. 712 i n.; cyt. za C. Damro, *EU State Aid...*, s. 168; A. van Mourik, *Subwencje w handlu międzynarodowym* [w:] J. Świerkocki (red.), *Barьеры пара- i pozataryfowe w stosunkach zewnętrznych Unii Europejskiej*, Łódź 1998, s. 126.

konkurencję podobnych towarów importowanych i niekorzystających z subsydiów). Supozycję powyższą zdają się potwierdzać dane empiryczne. Jak się bowiem okazuje, większość sporów o niedozwolone subsydia, rozstrzyganych na forum WTO (w ramach DSU), była motywowana zamiarem przywrócenia warunków równej konkurencji w wymiarze globalnym, nie zaś jedynie powstrzymania napływu subsydiowanych towarów zagranicznych na rodzimy rynek⁷⁰. Dlatego też, mimo że wielostronne procedury antysubsydjne są rzadziej stosowane w porównaniu z jednostronnymi, w niektórych okolicznościach, zwłaszcza z perspektywy interesów narodowych czempionów, mogą okazać się niejednokrotnie korzystniejsze⁷¹. Dobrym przykładem wskazanej prawidłowości może być przywoływany już spór Boeing kontra Airbus⁷². Wprawdzie środki pomocowe udzielone konsorcjum Airbus można by uznać za pomoc państwa dozwoloną na podstawie art. 107 ust. 3 lit. b) TFUE (jako pomoc służącą wspieraniu realizacji ważnego projektu stanowiącego przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania), jednak Stany Zjednoczone potraktowały je jako naruszenie reguł WTO, wnosząc skargę na forum tej organizacji. Również UE, podejmując interwencję defensywną, wybrała ścieżkę wielostronną, wnosząc skargę do WTO na subsydia udzielone koncernowi Boeing. Niewątpliwie istotny (jeśli nie decydujący) wpływ na wybór tego rodzaju strategii przez obie strony sporu miało stanowisko obu zainteresowanych przedsiębiorstw (czy szerzej rzecz biorąc także wszystkich zainteresowanych sprawą prywatnych interesariuszy), wspierających poddanie sporu jurysdykcji międzynarodowej (WTO), nie zaś zastosowanie, wydawałoby się, mniej skomplikowanej i pewniejszej co do rezultatu ścieżki jednostronnej (tj. nałożenie ceł wyrównawczych)⁷³. Stanowisko to z kolei jest zrozumiałe zważywszy na specyfikę rynku, na którym działają oba przedsiębiorstwa. Rynek produkcji największych samolotów komunikacyjnych ma wymiar globalny, a dodatkowo charakteryzuje go znaczna liczba nabywców (przewoźników lotniczych) i duopol dostawców. Zatem w interesie stron sporu nie było jednostronne wprowadzenie defensywnych ceł wyrównawczych (o skutkach lokalnych), a przywrócenie równej konkurencji na globalnym rynku (wsparte legitymacją międzynarodową)⁷⁴. Inna sprawa, że zdaniem niektórych komentatorów, regulacje WTO dotyczące subsydiów i środków wyrównawczych nie uwzględniają wystarczająco specyfiki odnośnego rynku

⁷⁰ C.D. Ehlermann, M. Goyette, *The Interface...*, s. 712 i n.; cyt. za C. Damro, *EU State Aid...*, s. 168.

⁷¹ C. Damro, *EU State Aid...*, s. 168.

⁷² Tamże.

⁷³ Tamże.

⁷⁴ Tamże.

i przez to nie nadają się do rozwiązywania problemów związanych z jego funkcjonowaniem⁷⁵. Co więcej, dalej idący pogląd kwestionuje generalnie użyteczność jednostronnych środków antysubsydyjnych (ceł wyrównawczych), postulując tym samym ich eliminację, a zarazem pozostawienie jedynie międzynarodowej ścieżki rozstrzygnięcia sporów handlowych na tle subsydiowania (na forum WTO, w ramach DSU)⁷⁶.

Niezależnie od wybranej procedury ochrony przez nielegalnymi subsydiami, środki antysubsydyjne (podobnie jak pozostałe formy protekcji handlowej objęte regulami WTO) nie pełnią, jak już podnoszono, funkcji karnej. Ich celem jest wyłącznie wyrównanie pozycji konkurencyjnej krajowych (unijnych) przedsiębiorstw względem zagranicznych konkurentów, przy czym nie wiąże się to z żadną rekompensatą finansową dla poszkodowanych subsydiowanym importem, albowiem cła wyrównawcze (podobnie jak cła konwencjonalne i antydumpingowe) trafiają do fiskusa⁷⁷. Prawo WTO nie daje też możliwości skutecznego domagania się zwrotu udzielonych subsydiów.

Jak się wydaje, symptomy pewnego wzmoczenia interwencji wyrównawczych (antysubsydyjnych), zauważalne w ostatnich latach, mogą być następstwem dwóch wydarzeń: akcesji Chin do WTO (co nie zahamowało ekspansji eksportowej tego kraju) oraz globalnej reakcji na kryzys ekonomiczny z lat 2007–2009, który doprowadził do rządowych interwencji ratunkowych (w postaci subsydiów lub pomocy państwa) w wielu krajach, co nieuchronnie musiało doprowadzić do reakcji zwrotnej ich partnerów (przy pomocy środków antysubsydyjnych).

7.3. Środki ochrony przed nadmiernym importem

Zgodnie z art. XIX ust. 1 lit. a) GATT 1994 oraz art. 2 p.ś.o.instrumenty ochronne w ramach tzw. ogólnej (powszechnej) klauzuli dotyczącej ochrony przed nadmiernym importem (dalej też: ogólna klauzula ochronna) można stosować w sytuacji, gdy w wyniku nieprzewidzianego rozwoju sytuacji i na skutek zobowiązań zaciągniętych przez członka WTO w ramach GATT 1994 (łącznie z koncesjami celnymi), jakkolwiek produkt importowany jest na terytorium tego członka w tak zwiększonych ilościach i na takich warunkach, że powoduje to lub grozi spowodowaniem poważnej szkody

⁷⁵ Zob. np. R.E. Lee, *Dogfight...*, s. 115 i n.

⁷⁶ Zob. zwłaszcza A.O. Sykes, *Subsidies and Countervailing Measures* [w:] P.F.J. Macrory, A.E. Appleton, M.G. Plummer (red.), *The World Trade Organization...*, s. 104 i n.

⁷⁷ R. Molski, *Prawne formy...*, s. 82.

krajowym producentom podobnych produktów lub produktów bezpośrednio konkurencyjnych (w brzmieniu GATT 1994) lub poważnej szkody dla przemysłu krajowego wytwarzającego takie produkty (w brzmieniu p.ś.o.). W przypadku UE dodatkową przesłanką wprowadzenia środków ochrony przed nadmiernym importem jest wykazanie, że interwencja taka ma na celu zabezpieczenie interesów Unii, traktowanych całościowo i obejmujących w szczególności interesy producentów unijnych, użytkowników i konsumentów⁷⁸. Przesłanka ta koresponduje z postanowieniami art. 3 ust. 1 p.ś.o., wymagającymi od władz narodowych zapewnienia zainteresowanym stronom (w tym importerom i eksporterom) możliwości przedstawienia ich stanowiska w kwestii tego, czy zastosowanie środka ochronnego będzie lub nie w interesie publicznym.

Ponieważ działania podejmowane na podstawie ogólnej klauzuli ochronnej mogą się wiązać z zawieszeniem bądź wycofaniem albo modyfikacją podjętych uprzednio przez państwo zobowiązań międzynarodowych (np. koncesji taryfowych), konstytuujące ją postanowienia określa się często mianem tzw. klauzuli ucieczki (*escape clause*)⁷⁹.

Podstawowa różnica między środkami ochrony przed nadmiernym importem a środkami antydumpingowymi i antysubsydyjnymi polega na tym, że konieczną przesłanką wprowadzenia tych pierwszych nie jest naruszenie reguł wolnej konkurencji w międzynarodowej wymianie handlowej („uczciwego handlu”). Wystarczy, jeśli nadmierny wzrost importu, będący następstwem nieprzewidzianych okoliczności, powoduje lub grozi spowodowaniem „poważnej szkody” krajowemu przemysłowi [zob. art. XIX ust. 1 lit. a) układu GATT 1994 oraz art. 2 ust. 1 i 4 ust. 1 lit. a) p.ś.o.]. Jednakże, ponieważ restrykcjami importowymi w ramach ogólnej klauzuli ochronnej może być objęty import nienaruszający reguł wolnej konkurencji, stąd zrozumiałe jest, że wymagania odnośnie do rozmiarów szkody są w tym przypadku wyższe w porównaniu z interwencjami antydumpingowymi i antysubsydyjnymi. W postępowaniu ochronnym dotyczącym nadmiernego importu należy wykazać „poważną szkodę” przemysłu krajowego, gdy tymczasem w postę-

⁷⁸ Zob. motyw 11 i art. 16 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 260/2009 z 26.2.2009 r. w sprawie wspólnych reguł przywozu (Wersja skodyfikowana), Dz.Urz. UE L 84 z 31.3.2009, s. 1.

⁷⁹ Prawo WTO, czy szerzej biorąc – prawo handlu międzynarodowego (obejmujące też m.in. dwustronne umowy handlowe) przewiduje też kwalifikowane klauzule ucieczki; szerzej zob. K.J. Pelc, *Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements*, *International Studies Quarterly* 2009, t. 53, s. 349 i n.; B.P. Rosendorff, H.V. Milner, *The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape*, *International Organization* 2001, t. 55, nr 4, s. 829 i n.

powaniach antydumpingowym i antysubsydyjnym wystarczające jest wykazanie „szkody materialnej” (istotnej) (zob. art. 3 przypis 9 k.a. i art. 15 przypis 45 k.s.). Ponadto, w porównaniu ze środkami antydumpingowymi i antysubsydyjnymi mamy tu do czynienia z szerszym zakresem produktów, wobec których mogą być stosowane środki ochronne. Te ostatnie bowiem mogą odnosić się do importu produktów podobnych lub bezpośrednio konkurencyjnych, podczas gdy środki antydumpingowe i antysubsydyjne – tylko do produktów podobnych (zob. art. 2 ust. 6 k.a. oraz art.15 przypis 46 k.s.).

Zgodnie z art. XIX ust. 1 lit. a) GATT 1994 instrumenty ochronne można stosować tylko w sytuacji, gdy nadmierny import (tzn. w tak zwiększonych ilościach i na takich warunkach, że może wyrządzić poważną szkodę⁸⁰) jest następstwem „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji” (innymi słowy: nadzwyczajnych okoliczności) i „zobowiązań zaciągniętych przez jedną z układających się stron na mocy niniejszego układu”, przy czym przesłanka ta nie znajduje żadnego rozwinięcia ani też nie jest przedmiotem żadnych wskazań interpretacyjnych ani w GATT 1994, ani też p.s.o. Co więcej, to ostatnie porozumienie w ogóle nie przewiduje przesłanki „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji”, za wystarczające dla podjęcia interwencji ochronnej uznając stwierdzenie szkodliwego importu w nadmiernych ilościach, bez względu na jego przyczyny. Pomija ją też większość krajowych regulacji implementujących ogólną klauzulę ochronną (w tym prawo amerykańskie), a także unijne rozporządzenie nr 260/2009 w sprawie wspólnych reguł przywozu. Wskazana niespójność jest źródłem skrajnie odmiennych interpretacji⁸¹. Z praktycznego punktu widzenia kluczowe w tej kwestii jest stanowisko organów WTO, rozstrzygających spory na tle stosowania klauzul ochronnych. Mimo początkowych rozbieżności w stanowisku paneli i Organu Apelacyjnego odnośnie do obowiązywania spornej przesłanki „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji” (te pierwsze nie wymagały jej spełnienia, co

⁸⁰ Przesłankę tę Organ Apelacyjny doprecyzował w orzeczeniu w sprawie *Argentina – Footwear* (WTO Appellate Body Report, *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, AB-1999-7, 14.12.1999), przyjmując, że import może być uznany za nadmierny wówczas, gdy jest on wystarczająco niedawny, niespodziewany, wyraźny i znaczący (pod względem ilościowym i jakościowym), aby móc wyrządzić poważną szkodę (tzw. reguła RSSS – akronim od „recent, sudden, sharp and significant enough”); szerzej zob. P.C. Mavroidis, *Trade in Goods*, Oxford 2013, s. 627 i n.; S. Rai, *Recognition and Regulation of Safeguard Measures Under GATT/WTO*, Abingdon 2011, s. 50 i n.; *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*, t. 2, Cambridge 2007, s. 892 i n.; P.M. Rodríguez, *Safeguards in the World Trade Organization Ten Years After: A Dissociated State of the Law?*, JWT 2007, t. 41, nr 1, s. 163 i n.

⁸¹ Zob. R. Molski, *Środki ochronne w ramach powszechnej klauzuli o nadmiernym imporcie towarów (problematyka prawna)*, PUG 2001, nr 3, s. 17.

konsekwentnie kwestionował Organ Apelacyjny⁸²), obecnie za utrwalony w orzecznictwie WTO uznaje się pogląd wymagający łącznego stosowania postanowień art. XIX GATT 1994 oraz art. 2 p.ś.o., co oznacza konieczność każdorazowego uwzględniania odnośnej przesłanki w ramach postępowań ochronnych przed nadmiernym importem⁸³. Okoliczność ta w oczywisty sposób ogranicza atrakcyjność środków ochrony przed nadmiernym importem jako instrumentu polityki promowania narodowych czempionów. Zwłaszcza że, w świetle statystyk WTO, wszystkie (*sic!*) – jak dotąd – interwencje na podstawie ogólnej klauzuli ochronnej zaskarżone do Organu Apelacyjnego uznano za niezgodne z regułami WTO (w dużej mierze właśnie z powodu niewykazania „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji”⁸⁴). Znamienny w tym kontekście jest także fakt, że Stany Zjednoczone, które w okresie od 1995 r. (kiedy weszło życie p.ś.o.) do 2002 r. (kiedy Organ Apelacyjny odrzucił ich apelację od rozstrzygnięcia panelu w najgłośniejszym sporze na tle stosowania ogólnej klauzuli ochronnej, dotyczącym amerykańskich restrykcji importowych mających chronić tamtejszy przemysł stalowy, uznając m.in., że nie wykazano spełnienia przesłanki „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji”⁸⁵), inicjowały corocznie co najmniej jedno postępowanie ochronne przed nadmiernym importem, po przegranej w sprawie U.S. – Steel Products aż do dnia dzisiejszego nie wszczęły ani jednego postępowania tego typu⁸⁶. W doktrynie pojawił się nawet pogląd, że nie tyle z powodu wadliwości p.ś.o., co raczej wskutek wyjątkowo (czy nawet ekstremalnie) restrykcyjnej wykładni jego postanowień przez Organ Apelacyjny oraz reaktywowania przezeń (uśpionej dotąd) klauzuli „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji” (z art. XIX GATT 1994⁸⁷), uprawomocnienie (na forum WTO) wprowa-

⁸² Precedensowe znaczenie w tym względzie ma orzeczenie Organu Apelacyjnego w sprawie Korea – Dairy Products; zob. WTO Appellate Body Report, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, AB-1999-8 (14.12.1999).

⁸³ R. Molski, *Środki ochronne...*, s. 17; zob. też K.J. Pelc, *Seeking...*, s. 359 i n.

⁸⁴ Zob. dane statystyczne dostępne na stronie http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A18; zob. też T. Raychaudhuri, *The Unforeseen Developments Clause in Safeguards under the WTO: Confusions in Compliance*, *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy* 2010, t. 11, nr 1, s. 304-305 oraz P.A. Messerlin, H. Fridh, *The Agreement on Safeguards: Proposals for Change in the Light of the EC Steel Safeguards*, *JWT* 2006, t. 40, nr 4, s. 713 i n.

⁸⁵ WTO Appellate Body Report, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248-249/AB/R; WT/DS251-254/AB/R; WT/DS258-259/AB/R, AB-2003-3 (10.11.2003), s. 168.

⁸⁶ Zob. dane dostępne na stronie: http://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/SG-Initiations_By_Reporting_Member.pdf

⁸⁷ Notabene, GATT 1994, stanowiący kluczowy komponent Porozumienia ustanawiającego WTO, składa się m.in. z postanowień GATT 1947, które zostały włączone do nowego

dzonych środków ochrony przed nadmiernym importem napotyka obecnie trudności niemal nie do pokonania (*ergo* jest prawie niemożliwe)⁸⁸. To zaś prowadzi do wniosku, że z czysto prawniczego punktu widzenia przyjęta linia orzecznicza, wymagająca każdorazowo wykazywania enigmatycznej przesłanki „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji” (dla kogo i w którym momencie?, to tylko niektóre z listy kłopotliwych pytań, jakie ona budzi), była błędem, który winien być naprawiony (bądź przez zmianę linii orzeczniczej lub renegecją p.ś.o.)⁸⁹. Tym bardziej, że jak się powszechnie sądzi, celem p.ś.o. było poszerzenie (ułatwienie) możliwości użycia swoistego zaworu bezpieczeństwa, jakim jest ogólna klauzula ochronna⁹⁰.

Z zastrzeżeniami dotyczącymi przesłanki, o której wyżej mowa, postępowania ochronne przed nadmiernym importem są, ogólnie rzecz biorąc, mniej skomplikowane (biurokratyczne), *ergo* mniej kosztowne w porównaniu z postępowaniami antydumpingowymi i antysubsydyjnymi, w szczególności dlatego, że nie wymagają dowodzenia (w tym kalkulacji) dumpingu i subsydiowania (co wymaga opierania się na zagranicznych danych rynkowych). Porozumienie WTO w sprawie środków ochronnych, podobnie jak unijne rozporządzenie nr 260/2009 w sprawie wspólnych reguł przywozu, nie przewidują też szczególnych wymagań dotyczących reprezentatywności wniosków o wszczęcie procedury ochronnej, jak to jest w przypadku postępowania antydumpingowych i antysubsydyjnych (w szczególności regulacje te

porozumienia. Jednym z owych inkorporowanych (w niezmienionej postaci) postanowień był art. XIX GATT 1947. W okresie poprzedzającym powołanie WTO zawarta w tym artykule klauzula „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji” była w praktyce martwą literą prawa (z powodu nieuchwytności jej znaczenia zaczęto ją szybko ignorować), o czym poniekąd świadczy zupełne jej pominięcie w p.ś.o.; zob. T. Raychaudhuri, *The Unforeseen...*, s. 306.

⁸⁸ Zob. T. Raychaudhuri, *The Unforeseen...*, s. 304 i n.; A.O. Sykes, *The Persistent Puzzle of Safeguards: Lessons from the Steel Dispute*, JIEL 2004, t. 7, nr 3, s. 523 i n.; tenże, *The safeguards mess: a critique of WTO jurisprudence*, WTR 2003, t. 2, nr 3, s. 261 i n.; T.V.G.N. Sudhakar, J.A. Reddy, *Does the Agreement on Safeguards Frustrate Its Own Purpose?*, ICFAI Journal of International Business Law 2007, t. 6, nr 4, s. 8 i n.

⁸⁹ T. Raychaudhuri, *The Unforeseen...*, s. 305. W sprawie problematycznej przesłanki „nieprzewidzianego rozwoju sytuacji” z art. XIX GATT 1994 zob. też A.O. Sykes, *International trade: trade remedies* [w:] A.T. Guzman, A.O. Sykes (red.), *Research Handbook in International Economic Law*, Cheltenham 2007, s. 64 i n.; tenże, *The Persistent Puzzles...*, s. 5 i n.; C.O. Driscoll, *Unforeseen Developments – An Unforeseeable Future? The Relationship Between GATT Article XIX and the Agreement on Safeguards*, Legal Issues of Economic Integration 2005, t. 32, nr 3, s. 249 i n.; F. Mueller, *Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article XIX “Unforeseen Developments Clause” Still Effective Under the Agreement on Safeguards?*, JWT 2003, t. 37, nr 6, s. 1119 oraz Y.S. Lee, *Critical Issues in the Application of the WTO Rules on Safeguards*, JWT 2000, t. 34, nr 2, s. 132 i n.

⁹⁰ Zob. np. P.M. Rodríguez, *Safeguards...*, s. 161.

nie wymagają, aby wnioski takie były poparte przez co najmniej 25 proc. całości produkcji produktu podobnego wytwarzanego przez przemysł krajowy lub unijny).

Środki ochrony przed nadmiernym importem przybierają najczęściej formę ceł ochronnych oraz kontyngentów importowych (taryfowych lub ilościowych). W założeniu ich celem nie jest wprowadzenie permanentnej protekcji krajowych (unijnych) producentów przed konkurencyjnym importem, lecz raczej ułatwienie im dostosowania się do nowej sytuacji, wywołanej zjawiskiem nadmiernego importu. Odnośne środki należy więc stosować z poszanowaniem zasady proporcjonalności, co oznacza, że ustanawiać je można tylko na czas określony oraz w wysokości i w formie niezbędnej dla naprawienia szkody wyrządzonej przemysłowi krajowemu (unijnemu) oraz dla ułatwienia jego zmian dostosowawczych⁹¹.

Założenia teoretyczne oraz wyniki badań empirycznych sugerują, że jeśli już dane państwo zdecyduje się na protekcję handlową określonych przedsiębiorstw (np. narodowych czempionów) za pomocą środków ochrony przed nadmiernym importem (co nawiasem mówiąc nie jest zalecane z uwagi na negatywny wpływ wszelkich restrykcji importowych na korzyści wynikające z dostępu do zagranicznych technologii), to bardziej preferowaną formą tych środków winny być tymczasowe cła ochronne, które w przeciwieństwie do ograniczeń (barier) ilościowych (kontyngentów), mogą stymulować krajowe inwestycje w działalność badawczo-rozwojową, służącą pobudzeniu innowacyjności gospodarki⁹². Dzieje się tak dlatego, że zwiększona dzięki protekcji handlowej produkcja krajowego przedsiębiorstwa (kosztem zagranicznych konkurentów) umożliwia mu zwiększenie inwestycji w badania i rozwój (i skłania go do tego), a jednocześnie redukuje analogiczne możliwości i skłonność po stronie zagranicznych rywali⁹³. Okazuje się też, że środki ochrony przed nadmiernym importem nie zachęcają chronionych przedsiębiorstw do inwestycji w kapitał materialny (rzeczowy)⁹⁴.

Porozumienie w sprawie środków ochronnych⁹⁵ wyraźnie zakazuje stosowania dozwolonych i dość powszechnie stosowanych dawniej tzw. dobro-

⁹¹ Zob. art. 5 ust. 1 p.ś.o. oraz motyw 18 i art. 16 ust. 3 rozporządzenia nr 260/2009 w sprawie wspólnych reguł przywozu; szerzej zob. R. Molski, *Środki ochronne...*, s. 22; K. Hordyński, *Porozumienie w sprawie środków ochronnych WTO*, MPC 2002, nr 11, s. 2.

⁹² Zob. B.H. Liebman, K.M. Reynolds, *Innovation through Protection: Does Safeguard Protection Increase Investment in Research and Development?*, Southern Economic Journal 2013, t. 80, nr 1, s. 205 i n.

⁹³ Tamże.

⁹⁴ Tamże.

⁹⁵ Zob. art. 11 ust. 1 lit. b) p.ś.o.

wolnych ograniczeń eksportowych (tzw. VER – akronim od *voluntary export restraint*) lub innych środków o podobnym charakterze. Inna sprawa, że nie można wykluczyć przypadków ich dalszego wykorzystywania, a realne możliwości sankcjonowania takich praktyk mogą być problematyczne (mają one bowiem najczęściej poufny charakter), zwłaszcza jeśli nie są tym zainteresowane państwa eksporterów oraz importerów⁹⁶.

Okres stosowania ochronnych restrykcji importowych zasadniczo nie może przekraczać czterech lat, jednakże może on być przedłużony pod warunkiem, że środek ochronny okaże się nadal niezbędny dla zapobieżenia lub naprawienia poważnej szkody i istnieją dowody na to, że przemysł krajowy (unijny) dokonuje przystosowania strukturalnego⁹⁷. Łączny okres stosowania środka ochronnego nie może jednak przekroczyć ośmiu lat⁹⁸. W odróżnieniu od środków antydumpingowych (których obowiązywanie można przedłużyć po upływie maksymalnego terminu pięciu lat), klauzula wygaśnięcia (*sunset clause*) ma tu zatem charakter definitywny. Jeżeli ostateczny środek ochronny zostanie ustanowiony na okres dłuższy niż jeden rok, konieczne jest określenie harmonogramu stopniowej liberalizacji takiego środka. Ponadto, jeżeli stosowanie środka ochronnego zostało przedłużone w stosunku do pierwotnego okresu, środek ten nie może być bardziej restrykcyjny podczas tego przedłużonego okresu niż pod koniec okresu wstępnego⁹⁹. Porozumienie w sprawie środków ochronnych zawiera mechanizm zapobiegający „obchodzeniu” maksymalnych terminów stosowania środków ochronnych¹⁰⁰. Polega on na tym, że wobec produktu, w odniesieniu do którego obowiązywał środek ochronny, ponowne wprowadzenie takiego środka w zasadzie nie jest możliwe przed upływem okresu równego okresowi stosowania pierwotnego środka ochronnego (zasadniczo okres karencji nie może być przy tym krótszy niż dwa lata)¹⁰¹.

W odróżnieniu od środków antydumpingowych i antysubsydyjnych, środki ochrony przed nadmiernym importem zasadniczo nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego, tzn. że stosuje się je bez względu na kraj pochodzenia produktu (tj. *erga omnes*), czyli z zachowaniem klauzuli najwyższego uprzy-

⁹⁶ R. Molski, *Środki ochronne...*, s. 23.

⁹⁷ Zob. art. 7 ust. 1–2 p.ś.o. oraz art. 20 ust. 1–2 rozporządzenia nr 260/2009 w sprawie wspólnych reguł przywozu.

⁹⁸ Zob. art. 7 ust. 3 p.ś.o. oraz art. 20 ust. 5 rozporządzenia nr 260/2009 w sprawie wspólnych reguł przywozu.

⁹⁹ Zob. art. 7 ust. 3–4 p.ś.o. oraz art. 20 ust. 3–5 rozporządzenia nr 260/2009 z 26.2.2009 r. w sprawie wspólnych reguł przywozu.

¹⁰⁰ Zob. R. Molski, *Środki ochronne...*, s. 23.

¹⁰¹ Zob. art. 7 ust. 5–6 p.ś.o. oraz art. 22 ust. 1–2 rozporządzenia nr 260/2009 z 26.2.2009 r. w sprawie wspólnych reguł przywozu.

wilejowania (KNU)¹⁰². Innymi słowy, środki te powinny dotyczyć całego importu danego towaru, a nie tylko importu z kraju, którego eksport spowodował powstanie zakłóceń. To z tego głównie powodu ekonomiści preferują środki ochrony przed nadmiernym importem bardziej niż środki antydumpingowe i antysubsydyjne¹⁰³. Z drugiej jednak strony okoliczność ta powoduje, że środki ochrony przed nadmiernym importem mają szerszy zasięg oddziaływania (jako defensywny środek handlowy) w porównaniu ze środkami antydumpingowymi (zarówno pod względem grup towarowych, jak i liczby krajów objętych restrykcjami). To zaś wywołuje u niektórych komentatorów obrazowe skojarzenia porównujące środki ochrony przed nadmiernym importem z bronią masowego rażenia, a środki antydumpingowe z bronią chirurgiczną¹⁰⁴, co jest dość zaskakujące, zważywszy, że inne (ujemnie oceniane) cechy środków antydumpingowych budzą z kolei czasem (jak już podnoszono) konotacje z bronią chemiczną.

W przypadku wprowadzenia środków ochrony przed nadmiernym importem wymagane jest zapewnienie rekompensaty handlowej państwom eksportującym dotkniętym taką interwencją (notabene nie ma takiego obowiązku w przypadku pozostałych instrumentów handlowej protekcji uwarunkowanej – antydumpingowych i antysubsydyjnych, a to dlatego, że dumping i w pewnym zakresie subsydiowanie uznaje się za nieuczciwe praktyki handlowe)¹⁰⁵. Ściśle rzecz biorąc, w świetle postanowień p.ś.o. rekompensata taka nie jest obligatoryjna, jednakże państwo dotknięte restrykcjami importowymi, które nie otrzymało satysfakcjonującej rekompensaty, może zastosować adekwatne środki retorsyjne. Porozumienie w sprawie środków ochronnych ogranicza jednak prawo do rekompensaty. Nie funkcjonuje ono bowiem w ciągu pierwszych trzech lat, pod warunkiem, że środek ochronny został wprowadzony w rezultacie bezwzględnego wzrostu importu (i zgodnie z regułami WTO). W tym czasie państwa eksportujące nie mogą stosować środków retorsyjnych. Nie dziwi zatem, że w zdecydowanej większości przypadków środki ochronne są wprowadzane na okres trzech lat¹⁰⁶. Nadto, w praktyce nie odnotowano dotąd ani jednego przypadku zawarcia porozumienia w sprawie

¹⁰² Zob. art. 2 ust. 2 p.ś.o. Jednakże niektóre postanowienia p.ś.o., jak również specyficzny sposób (polityka) ich implementacji w praktyce mogą skutkować jawną (wyraźną) lub ukrytą (*de facto*) dyskryminacją pomiędzy eksporterami; zob. C.P. Bown, R. McCulloch, *Nondiscrimination and the WTO Agreement on Safeguards*, WTR 2003, t. 2, nr 3, s. 327 i n.

¹⁰³ Zob. np. C.P. Bown, R. McCulloch, *Nondiscrimination...*, s. 327 i n.; por. też P.M. Rodríguez, *Safeguards...*, s. 188.

¹⁰⁴ P.A. Messerlin, H. Fridh, *The Agreement...*, s. 733.

¹⁰⁵ Zob. art. 8 p.ś.o.

¹⁰⁶ *Instrumenty ochrony handlu...*, s. 8; zob. też R. Molski, *Środki ochronne...*, s. 23.

rekompensaty dla państwa dotkniętego wprowadzonymi środkami ochronnymi (na podstawie art. 8 p.ś.o.), a przypadki zastosowania następujących retorsji (na podstawie art. 8 ust. 2 p.ś.o.) są sporadyczne¹⁰⁷.

W świetle przedstawionej analizy środków ochrony przed nadmiernym importem nie powinien dziwić fakt, że statystycznie rzecz biorąc są one najmniej preferowanym przez użytkowników instrumentem handlowej protekcji uwarunkowanej, także obejmującej narodowych czempionów. W okresie od 1.1.1995 r. do 31.12.2014 r. odnotowano tylko 295 postępowań w sprawie ochrony przed nadmiernym importem (w 139 przypadkach zakończonych wprowadzeniem środków ochronnych)¹⁰⁸.

Efektywność środków ochrony przed nadmiernym importem, jako instrumentów wspomagania narodowych czempionów, jest kwestią dyskusyjną (podobnie zresztą jak pozostałych instrumentów protekcji handlowej). W założeniu mają one zapewnić tymczasową (relatywnie krótkoterminową) protekcję przedsiębiorstwom mającym trudności w sprostaniu konkurencji zagranicznej¹⁰⁹, i zapobiec ich gwałtownemu upadkowi, który prowadziłby do wzrostu bezrobocia. Mają też umożliwić tym przedsiębiorstwom uzyskanie środków na sfinansowanie nowych inwestycji, które z kolei mają służyć przywróceniu konkurencyjności chronionych w ten sposób przedsiębiorstw, koniecznej w ekspansji na rynki globalne. Inna sprawa, że często nie udaje się tych zamierzeń osiągnąć. Jako przykład efektywnego (choć niebezdyskusyjnie) zastosowania środków ochrony przed nadmiernym importem wskazuje się interwencję na podstawie ogólnej klauzuli ochronnej, podjętą na przełomie lat 90. w Stanach Zjednoczonych, celem poprawy kondycji tamtejszego przemysłu motoryzacyjnego¹¹⁰. W latach 80. ucierpiał on poważnie wskutek rosnącego importu samochodów z Japonii. Dzięki porozumieniu Stanów Zjednoczonych z Japonią o „dobrowolnym” ograniczeniu przez nią eksportu samochodów na rynek amerykański (w owym czasie porozumienia takie nie były *explicite* zakazane), amerykański przemysł motoryzacyjny zdołał podjąć znaczny wysiłek celem racjonalizacji jego funkcjonowania i udoskonalenia

¹⁰⁷ Zob. P.M. Rodríguez, *Safeguards...*, 178 i 190.

¹⁰⁸ Dane dostępne na stronie: http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_e.htm; zob. też C.P. Bown, *Why are safeguards under the WTO so unpopular?*, WTR 2002, t. 1, nr 1, s. 47 i n.

¹⁰⁹ A.O. Sykes, *International...*, s. 76.

¹¹⁰ Zob. Y.S. Lee, *Safeguard Measures In World Trade. The Legal Analysis*, Cheltenham 2014, s. 13 i n.; S. Berry, J. Levinsohn, A. Pakes, *Voluntary Export Restraints on Automobiles: Evaluating a Trade Policy*, American Economic Review 1999, t. 89, nr 3, s. 400 i n.; D.R. Nelson, *Making Sense of the 1981 Automobile VER: Economics, Politics, and the Political Economy of Protection* [w:] A.O. Krueger (red.), *The Political Economy of Trade Protection*, Chicago 1996, s. 35 i n.

jego produktów. W efekcie nie tylko zdołał przetrwać, ale też znacząco umocnił się w latach 90.¹¹¹

Najbardziej spektakularnym przykładem interwencji na podstawie ogólnej klauzuli ochronnej, już w ramach nowego systemu handlu międzynarodowego, ukształtowanego porozumieniami WTO, było nałożenie w 2002 r. przez Stany Zjednoczone ceł ochronnych (w wysokości sięgającej 30 proc.) na liczną grupę produktów stalowych importowanych z Europy, Azji i Ameryki Południowej, co znamienne, objętych już w tym czasie cłami antydumpingowymi bądź też antysubsydyjnymi. Była to – jak dotąd – największa interwencja rządowa w imię ochrony krajowego przemysłu przed konkurencyjnym importem. Interwencja ta wywołała szerokie reperkusje międzynarodowe – uruchomiła groźny efekt domina. Kilku członków WTO (w tym UE), postanowiło bowiem rychło wprowadzić adekwatne (także pod względem intensywności, *ergo* drakońskie) restrykcje importowe celem uniknięcia możliwego odwrócenia kierunku eksportu stali z innych dotkniętych amerykańskimi barierami krajów na ich rynki (w tym europejski)¹¹². Kwestią dyskusyjną pozostaje, czy amerykańscy producenci stali odnieśli rzeczywiste korzyści w efekcie objęcia ich kolejną formą protekcji handlowej. Co do negatywnych skutków tej interwencji dla amerykańskich konsumentów i przedsiębiorstw zaopatrujących się w stal (np. przedsiębiorstw budowlanych i producentów samochodów) wątpliwości takich nie ma (notabene przedsiębiorstwa zużywające stal zatrudniały wówczas około 40 razy więcej pracowników, niż jej wytwórcy)¹¹³. Wprawdzie środki ochronne, o których mowa, uznane zostały ostatecznie (przez DSB, na podstawie orzeczenia panelu zatwierdzonego następnie przez Organ Apelacyjny¹¹⁴) za niezgodne z regułami WTO, i w konsekwencji uchylone (co nawiasem mówiąc zażegnało

¹¹¹ Zob. Y.S. Lee, *Safeguard...*, s. 13–14.

¹¹² Zob. np. H. Yoshimatsu, *Japan's policy on steel trade disputes with the United States: a comparative analysis*, *The Pacific Review* 2007, t. 20, nr 3, s. 273 i n.

¹¹³ Zob. np. R. Lodha, *US Steel Safeguard Dispute. Forged Protection brought to Light*, Trade Law Brief No. 3/2005, s. 4, <http://www.cuts-citee.org/pdf/TLB05-03.pdf>. Według innego opracowania, stosunek liczby zatrudnionych w amerykańskich przedsiębiorstwach zużywających produkty stalowe (np. motoryzacyjnych) do liczby zatrudnionych w amerykańskim przemyśle stalowym wynosił w badanym okresie 57 do 1; zob. B.H. Liebman, K.M. Tomlin, *Steel safeguards and the welfare of U.S. steel firms and downstream consumers of steel: a shareholder wealth perspective*, *Canadian Journal of Economics* 2007, t. 40, nr 3, s. 812.

¹¹⁴ Zob. WTO Panel Report, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248-249/R; WT/DS251-254/R; WT/DS258-259/R (11.7.2003); WTO Appellate Body Report, *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS248-249/AB/R; WT/DS251-254/AB/R; WT/DS258-259/AB/R, AB-2003-3 (10.11.2003).

widmo wojny handlowej między Stanami Zjednoczonymi i WE), niemniej jednak w okresie ich utrzymywania osiągnięto większość celów ekonomicznych i politycznych, dla jakich zostały one użyte. W szczególności, dzięki utrzymywaniu przez Stany Zjednoczone (niezgodnych z regułami WTO) środków ochronnych przez 21 miesięcy, amerykański przemysł stalowy został na ten czas uwolniony od konkurencji zagranicznej, i to niejako „gratis” (bez zrekomensowania przez Stany Zjednoczone partnerom handlowym poniesionych przez nich strat, czego wymaga prawo WTO).

Opisany przypadek dobrze ilustruje lukę w obecnym systemie handlu międzynarodowego, która prowokuje do obierania taktyki ataku i ucieczki (*hit-and-run*), polegającej na tym, że dane państwo sięga po środki protekcyjnistyczne, mając świadomość, że są one bezprawne, ale wiedząc także, że nie poniesie z tego powodu konsekwencji, przynajmniej do zakończenia postępowania spornego na forum WTO¹¹⁵. Co więcej, nawet w razie przegranej w tym sporze i niewykonania rekomendacji DSB groźba retorsji jest realna tylko w przypadku partnerów handlowych prezentujących porównywalny potencjał. Przykładowo, groźba sankcji handlowych wprowadzonych przez UE niewątpliwie może być realna i dotkliwa nawet dla Stanów Zjednoczonych, jednak gdyby artykułowało ją państwo o potencjale np. Egiptu czy Tajlandii, mogłaby wręcz – obrazowo rzecz ujmując – nie dotrzeć do ucha Prezydenta USA¹¹⁶. Nawet gdyby relatywnie niewielkie państwo zdecydowało się na retorsje względem hegemonu, najprawdopodobniej zaszkodziłoby bardziej własnej gospodarce (wskutek wzrostu kosztów produkcji i cen detalicznych) oraz własnym interesom politycznym (np. z powodu ryzyka utraty pomocy zagranicznej)¹¹⁷. Z tych też względów mniejsze (słabsze ekonomicznie) państwa są skłonne – rzecz jasna – unikać konfliktów z silniejszymi partnerami. Jednakże mimo zarysowanych ułomności współczesnego systemu handlu międzynarodowego i asymetrii w zakresie zdolności do wykorzystywania jego mechanizmów, zdecydowana większość rozstrzygnięć zapadających w ramach WTO jest wykonywana przez jej członków, a dzieje się tak nie tyle dzięki mechanizmom prawnym czy też presji ekonomicznej wywieranej przez groźbę sankcji handlowych, co raczej z powodów natury politycznej i prestiżowej (w tym troski o zachowanie reputacji na arenie międzynarodowej)¹¹⁸.

¹¹⁵ R. Lodha, *US Steel...*, s. 2.

¹¹⁶ Tamże.

¹¹⁷ Tamże.

¹¹⁸ Tamże.

Rozdział VIII

Preferencyjne zamówienia publiczne jako instrument polityki promowania narodowych czempionów

W ramach zamówień publicznych (określanych też czasem mianem zamówień, czy też zakupów rządowych), państwo (uosabiane przez rząd narodowy) tradycyjnie wykorzystuje swą potężną siłę nabywczą jako instrument służący rozwojowi rodzimych przedsiębiorstw i krajowej infrastruktury¹. Stosowanie preferencyjnych form zamówień publicznych uznaje się wręcz za jedno z głównych narzędzi utrzymujących silną pozycję narodowych czempionów². Co więcej, zamówienia publiczne stanowią jeden z niewielu instrumentów, jakimi dysponują rządy narodowe, który umożliwia wspomaganie narodowych czempionów bez naruszania norm prawa międzynarodowego, które w bardzo ograniczonym zakresie dyscyplinują posługiwanie się tym instrumentem³. Pod tym względem zamówienia publiczne są dalece dogodniejszym narzędziem promowania narodowych czempionów w porównaniu z bardziej tradycyjnymi instrumentami tej polityki, takimi jak np. bezpośrednie subsydia czy zwłaszcza środki protekcjonizmu handlowego ograniczające import lub eksport towarów i usług⁴. Poniekąd także dlatego, że rozstrzygnięcia

¹ Według danych WTO (zob. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm) wartość zamówień publicznych stanowi zazwyczaj około 10-15 proc. PKB większości krajów; zob. też P. McAfee, J. McMillan, *Government Procurement and International Trade*, JIE 1989, t. 26, s. 291.

² C.H. Bovis, *State Aid and Public Private Partnerships – Containing the Threat to Free Markets and Competition*, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2010, nr 3, s. 174 i n.

³ L. Weiss, E. Thurbon, *The business of buying American: Public procurement and trade strategy in the USA*, Review of International Political Economy 2007, t. 13, nr 5, s. 703.

⁴ G. Alexandersson, S. Hultén, *Public procurement and the rise of national champions in the deregulated European markets for public transportation*, Proceedings of Fourth International Business and Economy Conference, Honolulu, 6–9.1.2005, <http://userwww.sfsu.edu/ibec/papers/26.pdf>, s. 3.

w postępowaniach przetargowych są relatywnie mniej przejrzyste, a przez to trudniejsze do weryfikacji niż decyzje dotyczące np. bezpośrednich subsydiów. Zwłaszcza w sektorach zaawansowanych technologii, gdy początkowo zwykle to właśnie państwo jest największym nabywcą produktów takich jak np. samoloty, sprzęt telekomunikacyjny czy oprogramowanie komputerowe, polityka zamówień publicznych służy często promowaniu ich wytwórców z zamiarem uczynienia z nich narodowych czempionów dysponujących przewagą konkurencyjną na rynkach międzynarodowych⁵.

Typowym argumentem przemawiającym za tego rodzaju polityką jest potrzeba wspierania raczkującego przemysłu krajowego, który bez wsparcia publicznego (w formie preferencyjnych zamówień publicznych) pozostawałby w niekorzystnej konkurencyjnie pozycji względem okrzepłych na rynku zagranicznych (konkurencyjnych) dostawców. Jak się wskazuje, jeśli ci ostatni dysponują przewagą kosztową, rząd narodowy powinien w ramach zamówień publicznych stosować dyskryminację na korzyść dostawców krajowych w celu stymulowania konkurencji, co w konsekwencji przekłada się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia⁶.

Modelowym przykładem interwencji pomocowej państwa w formie zamówień publicznych, która umożliwiła przekształcenie lokalnego przedsiębiorstwa w podmiot konkurujący na rynkach zagranicznych (także zamówień publicznych) jest przypadek amerykańskiego przedsiębiorstwa z branży usług medycznych i farmaceutycznych IT&E⁷. W 2004 r. rząd amerykański zawarł z tą spółką wieloletni kontrakt na usługi związane z badaniami klinicznymi, który uitorował jej drogę do ekspansji na rynkach międzynarodowych. Nie jest to przykład odosobniony, bowiem Stany Zjednoczone w ramach uprawianej polityki przemysłowej regularnie wykorzystują zamówienia publiczne do wspierania rodzimych przedsiębiorstw (czy nawet całych branż przemysłu) aż do momentu, gdy osiągną one przewagę konkurencyjną na rynkach zagranicznych. Ewidentny jest np. bezpośredni związek między zamówieniami rządu Stanów Zjednoczonych a globalnym wzrostem takich amerykańskich czempionów, jak: Boeing, IBM, Lockheed, Caterpillar czy Motorola⁸. Notabene wciąż należą oni do najważniejszych wykonawców projektów zamawianych przez amerykański rząd. Szczególnie wymowny jest przykład amerykańskiego przemysłu komputerowego, który osiągnął wiodącą pozycję na świecie w dużej mierze dzięki długoterminowym kontraktom rzą-

⁵ C.H. Bovis, *State Aid...*, s. 173.

⁶ P. McAfee, J. McMillan, *Gouvernement...*, s. 292 i n.

⁷ C.H. Bovis, *State Aid...*, s. 175.

⁸ Tamże, s. 179 i n.; zob. też P. Bianchi, S. Labory, *Economic Crisis and Industrial policy*, *Revue d'Économie Industrielle* 2010, nr 129–130, s. 316.

dowym oraz rządowemu wsparciu przedsięwzięć badawczych i rozwojowych służących jego rozwojowi. Dość wspomnieć, że źródłem ponad 50 proc. przychodów IBM w latach 50. były kontrakty rządowe, które zapewniły mu rynek, pomagając tym samym w osiągnięciu pozycji światowego lidera w przemyśle komputerowym⁹.

Dostęp do rynku zamówień publicznych kształtowany jest zarówno przez formalne (*de iure*), jak i nieformalne (*de facto*) preferencje dla krajowych przedsiębiorstw (dostawców). Te pierwsze przybierają w szczególności formę programów „kupuj (produkty) krajowe” („*buy national*”), a także preferencji dla małych i średnich przedsiębiorstw. W praktyce jednak dyskryminacja *de iure* stanowi zaledwie wierzchołek góry, jaką tworzą bariery dyskryminacyjne o charakterze *de facto*, których źródłem jest władza dyskrecyjna (uznanie) podmiotów zamawiających¹⁰. W praktyce nieformalne preferencje dla rodzimych dostawców można skutecznie np. dzieląc zamówienia, tak aby mieściły się poniżej określonych progów, stosując stronicze kryteria udzielania zamówień, a ostatecznie uciekając się do korupcji. Nawet w krajach, w których obowiązuje ścisły reżim antykorupcyjny zdarzają się przypadki, gdy perspektywa przyznania intratnego kontraktu zagranicznemu dostawcy wywołuje tak silny sprzeciw polityczny, że władze czują się zmuszone do ponownej weryfikacji ofert lub powtórzenia postępowania¹¹. Wielce znamienne w tym kontekście jest fakt, że jak wskazywała Komisja Europejska, jeszcze w latach 90. ponad 75 proc. podmiotów dokonujących zamówień publicznych (w UE) faworyzowało narodowych czempionów poprzez tzw. ustawione przetargi, nie bacząc na względy efektywności czy jakość ofert¹².

Regulacje prawne implementujące programy „kupuj krajowe” zachęcają do nabywania produktów pochodzenia krajowego, a celem tych regulacji jest wspieranie określonych krajowych branż gospodarki, w tym promowanie narodowych czempionów. Regulacje tego typu, w różnym zakresie i z różną intensywnością stosowane są np. w Stanach Zjednoczonych, Chinach, Indiach i Brazylii¹³. Najbardziej znanym przykładem najdalej idących (tj. najbardziej restrykcyjnych dla dostawców zagranicznych) formalnych ograniczeń w dostępie do krajowego rynku zamówień publicznych są regu-

⁹ C.H. Bovis, *State Aid...*, s. 179.

¹⁰ S. Woolcock, *Public Procurement in International Trade*, Brussels 2012, s. 8 i 38.

¹¹ Tamże, s. 22.

¹² F. Weiss, *Public procurement law in the EC internal market 1992: the second coming of the European champion*, AB 1992, t. 37, nr 2, s. 312.

¹³ K.H. Kim, *Rising Protectionism in Emerging Countries*, SERI Quarterly 2013, t. 6, nr 1, s. 52 i n.

lacje amerykańskie określane zbiorczą nazwą „Buy American”¹⁴. Pierwszą ustawę wprowadzającą tego rodzaju rozwiązania (the Buy American Act) uchwalono w 1933 r. w ramach obszernego pakietu regulacji będących odpowiedzią rządu Stanów Zjednoczonych na Wielki Kryzys. Ustawa ta była czterokrotnie nowelizowana, a nadto uzupełniana dodatkowymi regulacjami zwanymi czasem „Little Buy American Acts”¹⁵. Wprowadzają one wymagania dotyczące udziału krajowych komponentów w zamawianych produktach wyższe od przewidzianych w pierwotnej ustawie Buy American, bądź też obejmują zakupy pośrednie (finansowane z funduszy federalnych, ale realizowane przez podmioty inne niż federalne). Najbardziej reprezentatywnymi przykładami tych regulacji są ustawy: the Buy America Act oraz the Berry Amendment. Ta pierwsza ma zastosowanie do zamówień finansowanych ze środków administrowanych przez Departament Transportu i zasadniczo wymaga nabywania produktów w 100 proc. pochodzących ze Stanów Zjednoczonych¹⁶. Analogiczne wymagania ustanawia druga (tzw. superprocentowa) ustawa, która ma zastosowanie do zakupów określonych produktów dokonywanych bezpośrednio przez Departament Obrony¹⁷. Pierwotna (źródłowa) ustawa Buy American ma zastosowanie do zakupów o wartości przekraczającej określoną kwotę (z reguły 3 tys. dol.) dokonywanych bezpośrednio przez rząd federalny, o ile zakup jest zgodny z interesem publicznym, koszty nabywanych towarów lub usług są rozsądne a produkty te są przeznaczone na rynek amerykański¹⁸. Zgodnie z tą ustawą agencje federalne zachęcane są do nabywania towarów wyprodukowanych w kraju (przynależność państwowa sprzedawcy jest w tym względzie bez znaczenia)¹⁹. Produkt będący przedmiotem zamówienia powinien być wyprodukowany w Stanach Zjednoczonych albo składać się co najmniej w 50 proc. z komponentów amerykańskich (z wyjątkiem amerykańskich flag, którymi przykrywa się trumny żołnierzy – flagi te muszą być w 100 proc. wyprodukowane w Stanach Zjednoczonych)²⁰. W innym przypadku produkt

¹⁴ Zob. K.M. Manuel, A.M. Dolan, B.J. Murrill, R.M. Perry, *Domestic Content Restrictions: The Buy American Act and Complementary Provisions of Federal Law*, CRS Report, 6.1.2014, s. 1 i n.

¹⁵ J.R. Luckey, *Domestic Content Legislation: The Buy American Act and Complementary Little Buy American Provisions*, CRS Report, 25.4.2012, s. 1 i n.

¹⁶ Szerzej zob. A.M. Dolan, *Transportation Spending and “Buy America” Requirements*, CRS Report, 4.2.2014, s. 1 i n.

¹⁷ Szerzej zob. V.B. Grasso, *The Berry Amendment: Requiring Defence Procurement to Come from Domestic Sources*, CRS Report, 4.5.2011, s. 1 i n.

¹⁸ J.R. Luckey, *Domestic...*, s. 1.

¹⁹ *Przewodnik eksportera po rynku USA*, http://www.kig.pl/files/BWZ/usa_e_2012.pdf, s. 20.

²⁰ J.R. Luckey, *Domestic...*, s. 12.

określa się jako zagraniczny. Ustawa Buy American nie zakazuje agencjom federalnym zakupu produktów zagranicznych, jednak zniechęca do ich nabywania, wymagając doliczania do ich ceny „opłaty za oszacowanie kosztów” (*evaluation penalty*)²¹. Urzędnik oceniający oferty dla agencji cywilnych musi (zazwyczaj) dodać 6 proc. *evaluation penalty* w przypadku oferty dotyczącej produktu zagranicznego lub 12 proc. *evaluation penalty* w przypadku, gdy konkurencyjny amerykański wykonawca należy do kategorii małych przedsiębiorstw. Agencje obrony dodają do oferty zagranicznej zaporowe 50 proc. *evaluation penalty* (procentowa wartość tych opłat może być jeszcze podwyższana)²². Nawiasem mówiąc, ustawa Buy American jest szczególnie restrykcyjnie stosowana przez Pentagon. Tylko w wyjątkowych przypadkach uzbrojenie i inny sprzęt wojskowy mogą być importowane – zarówno ze względów ekonomicznych, jak i z powodu bezpieczeństwa dostaw. Jeżeli po dodaniu *evaluation penalty* do ceny zagranicznego produktu agencja oszacuje, że oferta zagraniczna jest nadal tańsza niż oferta krajowa, może powierzyć realizację zamówienia oferentowi zagranicznemu²³.

W przypadku zamówień o wartości przekraczającej określone progi (obecnie 204 tys. dol. na dostawy i usługi oraz 7,86 mln dol. na roboty budowlane) obowiązują przepisy ustawy Trade Agreements Act, którą Kongres uchwalił głównie w celu wypełnienia zobowiązań Stanów Zjednoczonych wynikających z Kodeksu Zamówień Rządowych, przyjętego w ramach Tokijskiej Rundy negocjacji GATT, którego odpowiednikiem jest obecne Porozumienie WTO w sprawie zamówień rządowych²⁴ (p.z.r.). Ustawa ta zobowiązuje agencje federalne do traktowania produktów pochodzących z niektórych państw (np. tych, które podpisały p.z.r. lub też inne umowy ze Stanami Zjednoczonymi zawierające klauzule o niedyskryminacji w zakresie zamówień rządowych) na tej samej zasadzie, jak produkty amerykańskie (Polska jest stroną p.z.r. od momentu wstąpienia do UE)²⁵. Do zamówień publicznych Departamentu Obrony dostęp mają „kraje kwalifikowane”, czyli takie, które zawarły ze Stanami Zjednoczonymi Memorandum of Under-

²¹ *Przewodnik eksportera po rynku USA*, s. 20.

²² Tamże.

²³ Tamże.

²⁴ Protokół zmieniający Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, Dz.Urz. UE L 68 z 7.3.2014, s. 1. Porozumienie w sprawie zamówień rządowych jest, używając terminologii WTO, tzw. porozumieniem plurilateralnym (fakultatywnym), czyli umową, która nie wiąże wszystkich członków WTO, lecz tylko tych, którzy zdecydowali się przystąpić do p.z.r. na mocy oddzielnego porozumienia (obecnie p.z.r. liczy 43 członków, licząc oddzielnie każde państwo członkowskie UE, która jest jedną z 15 stron porozumienia); zob. też K.M. Manuel, A.M. Dolan, B.J. Murrill, R.M. Perry, *Domestic...*, s. 10.

²⁵ *Przewodnik eksportera po rynku USA*, s. 20.

standing (dotyczy to tylko krajów członkowskich NATO)²⁶. Na podstawie podpisanego w 2011 r. Memorandum o porozumieniu między rządem RP a rządem Stanów Zjednoczonych o wzajemności w ramach zamówień obronnych status takiego kraju ma także Polska²⁷.

Ostatnią i najbardziej znaną regulacją z kategorii tymczasowych „Little Buy American Acts” jest uchwalona w 2009 r. ustawa the American Recovery and Reinvestment Act (ARRA), stanowiąca integralną część opiewającego na ponad 787 mld dol. ekonomicznego pakietu stymulacyjnego, przyjętego przez rząd Stanów Zjednoczonych na czas globalnego kryzysu ekonomicznego²⁸. Regulacja ta wymagała m.in. zasadniczo (z pewnymi wyjątkami) zakupu na potrzeby określonych robót publicznych finansowanych ze środków pochodzących z pakietów stymulacyjnych żelaza, stali i innych produktów wytworzonych w Stanach Zjednoczonych. Celem tego programu było oczywiście wspieranie amerykańskich przedsiębiorstw, w tym zwłaszcza producentów żelaza lub stali, poprzez wymóg nabywania ich produktów bez względu na ich cenę czy też inne czynniki. W następstwie protestów państw produkujących żelazo lub stal, jakie wzbudził pierwotny tekst klauzuli Buy American w ramach ARRA, wprowadzono doń zastrzeżenie, że musi być ona implementowana w sposób, który nie będzie naruszał międzynarodowych zobowiązań handlowych Stanów Zjednoczonych. Oznaczało to w praktyce, że wymogi dotyczące zakupów na rynku krajowym nie mogły być stosowane względem sygnatariuszy p.z.r. (np. UE, Japonii i Korei Południowej), a także państw, które są stronami innych (np. bilateralnych lub regionalnych) umów ze Stanami Zjednoczonymi, przewidujących klauzule o niedyskryminacji w zakresie zamówień rządowych (np. Kanady i Meksyku, które są stronami Północnoamerykańskiego Układu o Wolnym Handlu, NAFTA). Jednakże pozostali znaczący eksporterzy żelaza lub stali (np. Brazylia i Chiny), których nie łączy z Stanami Zjednoczonymi tego rodzaju umowy, „kryzysową” klauzulą Buy American byli dotknięci. Ostatecznie jednak pakiet środków stymulacyjnych wprowadzonych w trakcie kryzysu w 2009 r., zawierający tę klauzulę, wygasł we wrześniu 2011 r. i nie został przedłużony.

Do pewnego stopnia odpowiednikami preferencji krajowych stosowanych w ramach amerykańskich zamówień rządowych były preferencje krajowe, wprowadzone w Polsce ustawą z 10.6.1994 r. o zamówieniach publicznych²⁹.

²⁶ Tamże.

²⁷ Zob. *Polsko-amerykańskie porozumienie o wzajemności w ramach zamówień obronnych*, Tygodnik BBN 2012, nr 80, s. 5.

²⁸ S. Ripinsky, *Global Economic Crisis and the Danger of Protectionism: Does International Law Help?* Amsterdam Law Forum 2009, t. 1, nr 3, s. 5.

²⁹ Dz.U. nr 76, poz. 344 z późn. zm.

Szczególnie rażące ograniczenie konkurencji ustawa ta dopuszczała w przypadku zamówień o relatywnie niedużej wartości (nieprzekraczającej równowartości 30 tys. euro), przy których udzielaniu zamawiający mógł ograniczyć udział w postępowaniu do dostawców lub wykonawców krajowych oraz zagranicznych mających oddział lub przedstawicielstwo w Polsce. Preferencje te miały charakter produktowy, tzn. że nie preferowały wprost uczestników postępowania, lecz wykorzystywanie towarów pochodzenia krajowego³⁰. Zamawiający miał obowiązek żądać użycia co najmniej 50 proc. udziału wartości surowców lub produktów krajowych oraz (w przypadku usług lub robót budowlanych) 50 proc. udziału podmiotów krajowych w wykonaniu zamówienia, a mógł zażądać, aby 100 proc. prac objętych zamówieniem na usługi lub roboty budowlane na obszarze Polski było wykonane przy wykorzystaniu podmiotów i produktów krajowych. Stosowanie preferencji krajowych w zamówieniach dotyczących robót budowlanych o wartości ponad 200 tys. euro wymagało zgody Prezesa UZP. Obowiązkową formą preferencji krajowych w zamówieniach o wartości ponad 30 tys. euro było przeliczanie ceny dla porównania i oceny ofert w taki sposób, który nakazywał wyższą ocenę ofert krajowych (z krajowych towarów) w stosunku do pozostałych³¹.

Zawarcie przez Polskę szeregu umów międzynarodowych, a w szczególności jej akcesja do UE, wymusiły stopniowe zniesienie powyższych regulacji. Podobny proces dokonał się zresztą w pozostałych państwach stosujących klauzule „kupuj narodowe”, przyjętych do UE w 2004³². Stosowanie preferencji krajowych jest bowiem zakazane w unijnym prawie zamówień publicznych, jako pozostające w jaskrawej sprzeczności z fundamentalnymi zasadami prawa i swobodami UE, w tym przede wszystkim: 1) zasadą równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE); 2) swobodą przepływu towarów (art. 34 TFUE); 3) swobodą świadczenia usług (art. 56 TFUE); 4) swobodą przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz 5) wolną konkurencją (Protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji). Nakaz równego i niedyskryminacyjnego traktowania przedsiębiorstw ubiegających się o zamówienia publiczne wynika także bezpośrednio z unijnych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych³³. Należy jednak podkreślić, że zasada równego trak-

³⁰ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 24.

³¹ Tamże.

³² Zob. D. Mardas, *The Latest Enlargement of the EU and 'Buy National' Rules*, W.Econ. 2005, t. 28, nr 11, s. 1633 i n.

³³ Szerzej zob. M. Królikowska-Olczak, *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej* [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy,

towania (i wynikający z niej zakaz dyskryminacji) obowiązują zasadniczo jedynie w ramach UE, albowiem TFUE nie zawiera żadnej ogólnej reguły dotyczącej niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów spoza Unii. Mają one zagwarantowany dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych na równi z przedsiębiorstwami unijnymi wyłącznie na podstawie odpowiednich umów międzynarodowych zawartych przez ich państwa przynależności z UE (w szczególności umową taką jest p.z.r., którego art. IV ustanawia zasadę narodowego traktowania i niedyskryminacji). Co więcej, w przypadku udzielania tzw. zamówień sektorowych (w sektorach użyteczności publicznej: gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych) prawodawca unijny dopuścił stosowanie tzw. preferencji unijnych, które występują w dwóch postaciach³⁴. Po pierwsze, zamawiający może odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Unia zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorstw, jest mniejszy niż 50 proc. całkowitej wartości produktów objętych ofertą. Preferencją tego rodzaju objęte są zatem nie przedsiębiorstwa uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dostawcy), ale producenci (wytwórcy towarów) prowadzący działalność na terenie Unii. W konsekwencji oferty przedsiębiorstw, które są zarejestrowane na terenie UE, obejmujące towary pochodzące w ponad połowie z krajów pozaunijnych, mogą być odrzucane, natomiast oferty przedsiębiorstw, nawet z siedzibą poza UE, obejmujące towary wytworzone na terenie Unii, korzystają z preferencji³⁵. Po drugie, jeżeli dwie lub więcej ofert jest równoważnych w świetle przyjętych kryteriów udzielania zamówienia, zamawiający powinni preferować oferty, które nie mogą być odrzucone z przedstawionych wyżej powodów. Ceny tych ofert uważa się za równoważne, jeżeli różnice pomiędzy nimi nie przekraczają 3 proc. Ta odmiana preferencji sprowadza się do preferencyjnego przeliczania cen ofert. Na potrzeby ewaluacji tych ofert cenę w ofercie, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi UE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorstw, przekracza 50 proc., pomniejsza się

W. Starzyńska, *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych (Polska na tle Unii Europejskiej)*, Warszawa 2010, s. 9 i n.

³⁴ Zob. art. 58 i 59 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych („dyrektywa sektorowa”), Dz.Urz. WE L 134 z 30.4.2004, s. 1 oraz art. 85 nowej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 243.

³⁵ Podobnie W. Dzierżanowski, *Ochrona...*, s. 337 i n.

o 3 proc. Obie odmiany preferencji unijnych mają rozłączny charakter i nie mogą być stosowane jednocześnie³⁶. Różnią się też konstrukcją: odrzucenie ofert jest prawem zamawiających, jeśli jednak z tego prawa nie skorzystają, preferowanie przy ocenie ofert unijnych jest (zasadniczo) obowiązkiem³⁷. Podkreślić w tym miejscu wypada, że przepisy implementujące mechanizm preferencji unijnych mają ograniczony (sektorowy) zakres i z uwagi na brak wytycznych dotyczących ich interpretacji nie są szeroko stosowane przez podmioty zamawiające³⁸. W zakresie nieuregulowanym dyrektywą sektorową dostęp przedsiębiorstw oraz towarów i usług z państw trzecich do unijnego rynku zamówień publicznych regulowany jest przepisami prawa i praktyką krajową w poszczególnych państwach członkowskich UE. Większość tych państw umożliwia nieograniczony dostęp przedsiębiorstw, towarów i usług z państw trzecich do swojego rynku zamówień publicznych, a tylko niektóre wprowadziły regulacje upoważniające lub obligujące podmioty zamawiające do stosowania określonych ograniczeń w tym dostępie, z uwzględnieniem zobowiązań międzynarodowych Unii (np. Belgia, Hiszpania i Francja). Polska należy do pierwszej grupy państw. Do wszystkich bowiem wykonawców uczestniczących w Polsce w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie ogólna zasada równości przewidziana w art. 7 ust. 1 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (p.z.p.)³⁹, nakazująca zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Wykonawcy, jak również towary i usługi pochodzące spoza UE nie są zatem co do zasady traktowane w sposób dyskryminujący. Jedynie w wąskim zakresie p.z.p. przewiduje szczególne traktowanie towarów pochodzących z państw spoza UE lub z państw, z którymi UE nie zawarła umów o równym traktowaniu przedsiębiorstw, co stanowi implementację preferencji unijnych z dyrektywy sektorowej (zob. art. 138c ust. 1 pkt 4 oraz art. 138c ust. 2 p.z.p.).

W świetle powyższych ustaleń, państwa członkowskie UE dysponują raczej ograniczonym instrumentarium prawa zamówień publicznych, umożliwiającym (choćby pośrednie) promowanie narodowych czempionów. W relacjach

³⁶ Tamże, s. 337 i n.

³⁷ Tamże, s. 338.

³⁸ Zob. motyw 7 projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich, COM(2012) 124 final.

³⁹ Dz.U. z 2013 r. poz. 984, z późn. zm.

wewnątrzunijnych stosowanie dawnych preferencji krajowych jest wykluczone, natomiast w relacjach zewnętrznych (z partnerami handlowymi UE), unijne prawo zamówień publicznych umożliwia państwom członkowskim (lub ich podmiotom zamawiającym) wyłączenie z procedury przetargowej zagranicznych towarów nieobjętych międzynarodowymi zobowiązaniami UE lub udzielanie pierwszeństwa unijnym ofertom i ofertom objętym międzynarodowymi zobowiązaniami UE w przypadku równoważnych ofert, jednakże tylko w sektorach użyteczności publicznej (notabene unijny rynek zamówień sektorowych stanowi jedynie około 20 proc. całego rynku zamówień publicznych UE). Ponadto, w przypadku zamówień publicznych w dziedzinie obronności dyrektywa obronna deklaruje, że podjęcie decyzji, czy instytucje zamawiające mogą przyjąć ofertę z państw trzecich, leży w gestii państw członkowskich.

W obliczu coraz częstszego zjawiska składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w UE przez przedsiębiorstwa z państw trzecich, które ograniczają dostęp do ich rynków zamówień publicznych – przez co nie zapewniają wzajemnego dostępu przedsiębiorstwom unijnym – niektóre państwa członkowskie, jak już podnoszono, podjęły jednostronne środki, by ograniczyć dostęp do rynku zamówień publicznych przedsiębiorstwom z państw trzecich, z którymi UE nie zawarła do tej pory żadnych porozumień dotyczących tej kwestii. Czyniąc tak, państwa te jakby nie dostrzegały, że dostęp do rynku zamówień publicznych przedsiębiorstw z państw trzecich stanowi część wspólnej polityki handlowej, która zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. e) TFUE należy do wyłącznych kompetencji Unii (państwa członkowskie nie są uprawnione do stanowienia prawa w tym obszarze). W konsekwencji krajowe środki ograniczające dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych dla państw trzecich mogą podważać zasadę jednolitości wspólnej polityki handlowej⁴⁰.

Odrzucając konsekwentnie ideę promowania narodowych czempionów, UE nie ustaje natomiast w wysiłkach na rzecz wspierania czempionów unijnych, nie tylko poprzez włątkę skądinąd, jak wykazano (zwłaszcza w porównaniu np. ze Stanami Zjednoczonymi) ochronę *de iure* unijnego rynku zamówień publicznych przed konkurencją spoza Unii, ale przede wszystkim poprzez zgodne z retoryką odwołującą się do idei wolnego handlu dążenie do zapewnienia unijnym przedsiębiorstwom możliwie najszerszego

⁴⁰ Zob. Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich, Parlament Europejski, 10.12.2013 r., s. 58 i n.

dostępu do pozaunijnych rynków, na których muszą one obecnie zmagać się z różnorakimi praktykami restrykcyjnymi w udzielaniu tych zamówień. Egzemplifikacją tych starań UE jest jej wiodąca rola w rokowaniach nad rewizją p.z.r. oraz znaczna aktywność w negocjowaniu dwustronnych umów z państwami trzecimi w ambitnym celu szerszego otwarcia międzynarodowych rynków zamówień publicznych. Inna sprawa, że wiele państw (także będących ważnymi partnerami handlowymi UE) pozostaje jednak niechętnych większemu otwarciu swoich rynków zamówień publicznych na międzynarodową konkurencję, zwłaszcza w następstwie globalnego kryzysu ekonomicznego. W konsekwencji, aktualnie wciąż ponad połowa światowego rynku tych zamówień pozostaje zamknięta w wyniku działań protekcyjnych⁴¹. W świetle deklaracji Komisji Europejskiej głównym problemem UE jest brak zdolności skutecznego wywierania nacisku w negocjacjach międzynarodowych z partnerami handlowymi w celu zaradzenia nierównowadze oraz uzyskania znaczących zobowiązań w zakresie dostępu do rynku zamówień publicznych z korzyścią dla przedsiębiorstw unijnych⁴². Poza tym, instytucje zamawiające nie dysponują jasnymi ramami umożliwiającymi realizację międzynarodowych zobowiązań UE.

W celu zaradzenia tym problemom Komisja Europejska podjęła w 2012 r. nową inicjatywę w dziedzinie polityki międzynarodowej UE w zakresie zamówień publicznych, której trzonem był projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich⁴³. Głównymi celami tej inicjatywy było: 1) wzmocnienie pozycji UE w negocjacjach dotyczących dostępu przedsiębiorstw unijnych do zamówień publicznych w państwach trzecich; 2) doprecyzowanie zasad regulujących dostęp przedsiębiorstw, towarów i usług z państw trzecich do unijnego rynku zamówień publicznych, oraz 3) poprawienie, zgodnie z unijną strategią „Europa 2020”, możliwości biznesowych dla przedsiębiorstw unijnych w skali globalnej⁴⁴. W projekcie odnośnego rozporządzenia założono, że instytucje lub podmioty zamawiające

⁴¹ Wniosek – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich („projekt rozporządzenia”), Bruksela 21.3.2012 r., COM(2012) 124 final, s. 2.

⁴² Tamże, s. 2–3.

⁴³ Tamże, s. 1 i n.

⁴⁴ Tamże, s. 3 i 6.

byłyby uprawnione do wykluczania, za zgodą Komisji Europejskiej, ofert z państw, które nie zapewniają znaczącej wzajemności w zakresie dostępu do rynku zamówień publicznych⁴⁵. Proponowany instrument miałby zastosowanie w odniesieniu do zamówień publicznych o wartości co najmniej 5 mln euro, w przypadku których ponad 50 proc. całkowitej wartości oferowanych towarów lub usług pochodzi z państw trzecich nieobjętych umową międzynarodową z UE w sprawie zamówień publicznych. Restrykcjami nie byłyby obejmowane towary i usługi z krajów najsłabiej rozwiniętych. Komisja Europejska miałaby też prawo do przeprowadzania – z własnej inicjatywy lub na wniosek państwa członkowskiego bądź zainteresowanej strony – postępowania wyjaśniającego w sprawie stosowanych przez państwa trzecie środków restrykcyjnych w zakresie zamówień⁴⁶. Mogłoby to prowadzić do zastosowania restrykcyjnych środków dyskwalifikujących lub penalizujących oferty pochodzące z takich państw, jednak tylko wtedy, gdyby pomimo konsultacji z nimi nie udało się wprowadzić planu zmierzającego do zniesienia takich restrykcyjnych praktyk. Instytucje lub podmioty zamawiające miałyby też obowiązek informowania pozostałych oferentów o zamiarze przyjęcia rażąco tanich ofert, w których wartość towarów i usług nieobjętych zobowiązaniami przekracza 50 proc. całkowitej wartości towarów i usług uwzględnionych w ofercie⁴⁷.

Konsultacje z zainteresowanymi stronami ujawniły ambiwalentne reakcje na zarysowaną inicjatywę Komisji Europejskiej. Większość respondentów zgodziła się z przedstawionym przez Komisję opisem obecnej sytuacji w zakresie dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych dla towarów, usług i przedsiębiorstw spoza UE oraz poparła cele inicjatywy. Jednak spora mniejszość uczestników konsultacji zajęła stanowisko przeciwne, powołując się m.in. na kwestie relacji jakości do ceny ofert; zagrożenie dla konkurencyjności i efektywności w wyniku zastosowania niektórych wariantów proponowanej polityki; ryzyko retorsji ze strony partnerów handlowych; obciążenia administracyjne, jakie mogłyby się wiązać z odnośną inicjatywą, a także zagrożenie pozycji UE jako adwokata otwarcia rynków⁴⁸. Także w łonie ekspertów pojawiły się opinie krytyczne, podnoszące m.in., że: 1) twierdzenie o większej otwartości rynku zamówień publicznych UE w porównaniu z analogicznymi rynkami jej głównych partnerów handlowych nie znajduje oparcia w faktach (w rzeczywistości jest często odwrotnie, tzn. że rynek unijny jest mniej otwarty od wielu rynków zagranicznych); 2) poleganie na

⁴⁵ Zob. art. 4–6 projektu rozporządzenia.

⁴⁶ Zob. art. 8–10 projektu rozporządzenia.

⁴⁷ Zob. art. 7 projekt rozporządzenia.

⁴⁸ Zob. projekt rozporządzenia, s. 5.

klauzuli wzajemności, która umożliwiałaby zamknięcie dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych dla przedsiębiorstw z państw, które nie gwarantują (w ocenie UE) analogicznego dostępu do własnego rynku, byłoby nieefektywne (z powodu przewagi wielkości rynków niektórych partnerów UE przedsiębiorstwa unijne mogłyby często na tym tracić więcej niż ich zagraniczni konkurenci, a poza tym, klauzula ta byłaby podatna na „prywatyzacyjne” zabiegi kilku bardzo wpływowych przedsiębiorstw unijnych, ze szkodą dla innych i całej gospodarki państw członkowskich Unii)⁴⁹.

Reakcje w Radzie okazały się również mieszane. Jedna grupa państw członkowskich poparła wniosek, natomiast druga, równie ważna grupa państw członkowskich nie dostrzegła potrzeby działania i odrzuciła pomysł, ponieważ należące do niej państwa uznały, że ma on charakter środka protekcyjnistycznego, który może mieć negatywne skutki dla światowego handlu (szczególnie ze względu na możliwe środki odwetowe ze strony silnych państw trzecich). Rada nie była w stanie przełamać tego impasu i poczynić postępów w dyskusji dotyczącej treści wniosku, stąd też szanse na jego realizację wydają się nikłe⁵⁰.

Konkludując uwagi na temat zamówień publicznych jako instrumentu polityki promowania narodowych czempionów odnotować wypada, że fiasko (przynajmniej dotychczasowe) inicjatywy wprowadzenia ściślejszej (*de iure*) ochrony unijnego rynku zamówień publicznych przed konkurencją zagraniczną nie odzwierciedla bynajmniej ogólnoświatowego trendu. Wydaje się, że w dającej się przewidzieć przyszłości preferencje (zarówno *de iure*, jak i zwłaszcza *de facto*) dla rodzimych przedsiębiorstw (w tym narodowych czempionów) ubiegających się o realizację zamówień publicznych pozostaną ważnym narzędziem polityki gospodarczej większości państw. Co więcej, w dobie kryzysu ekonomicznego dało się zauważyć wręcz eskalację działań protekcyjnistycznych w obszarze zamówień publicznych, w szczególności poprzez wprowadzanie do budżetowych pakietów stymulacyjnych klauzul „kupuj krajowe”, wymagających wydatkowania środków pomocowych na produkty rodzimego pochodzenia. Polityka ta znalazła zwolenników nawet wśród prominentnych ekonomistów, takich jak Paul Krugman, przekonują-

⁴⁹ P.A. Messerlin, *Openness in public procurement markets: Time for a reality check*, ECIPE Policy Briefs 2013, nr 3, s. 1 i n. Krytyczną ocenę rozwiązań zawartych w projekcie rozporządzenia Komisji formułuje też K. Dawar, *The Proposed 'Buy European' Procurement Regulation: An Analysis* [w:] S.J. Evenett, *Débâcle: The 11th GTA Report on Protectionism*, Centre for Economic Policy Research (CEPR), London 2012, s. 89 i n.

⁵⁰ Zob. Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii..., s. 59.

cych, że umożliwiała ona internalizację efektów zewnętrznych antykryzysowych interwencji stymulacyjnych (efekty te są konsekwencją dystrybucji na wiele krajów korzyści generowanych przez niedyskryminacyjne wydatki rządowe, a zarazem ponoszenia kosztów tych wydatków tylko przez jeden kraj)⁵¹. Według tego stanowiska, polityka „kupuj krajowe” łagodzi ten problem, ponieważ bodźce stymulujące koncentrują się na kraju, który ponosi ich koszty⁵². Argumentacja ta wydaje się przekonująca, jednak trudno odmówić też racji pogładowi, że w ogólnym bilansie więcej korzyści przynosi polityka niedyskryminacyjnych wydatków rządowych, a to dlatego, że koncentrowanie ich tylko na produktach krajowych ewidentnie szkodzi konsumentom oraz eksporterom⁵³. Ci pierwsi tracą podwójnie, ponieważ są pozbawieni możliwości wyboru tańszych produktów zagranicznych, a zarazem muszą się liczyć ze znaczącym wzrostem cen produktów krajowych, co w rezultacie prowadzi do niepożądanego spadku wydatków konsumpcyjnych (tzw. zjawisko wypierania konsumpcji – *consumption crowding out*). Koncentrowanie wydatków rządowych na produktach krajowych powoduje też, że produkty te stają się droższe od zagranicznych, ich konkurencyjność słabnie a w konsekwencji eksport spada, co godzi w eksporterów⁵⁴. Poza tym, jeśli instytucja rządowa (czy ogólniej rzecz biorąc – podmiot publiczny) dokonuje zakupów niemal wyłącznie od wybranych przedsiębiorstw krajowych, gwarantując im krajowy zbyt (w ramach polityki promowania narodowych czempionów), może w ten sposób sprzyjać poprawie ich rentowności czy też realizacji ich strategii międzynarodowych, aczkolwiek może też przyczyniać się do utrzymywania nieefektywnych, letargicznych przedsiębiorstw, pozbawionych bodźców do podnoszenia konkurencyjności oraz innowacyjności, co przekłada się na spadek efektywności całej gospodarki i krajowego dobrobytu. Dlaczego zatem, mimo tych zagrożeń, polityka promowania narodowych czempionów przy pomocy dyskryminacyjnej polityki zamówień publicznych jest wciąż obecna w wielu krajach? Otóż dzieje się tak zapewne dlatego, że nawet jeśli jest ona niekorzystna z perspektywy całej gospodarki, to dla niektórych krajowych przedsiębiorstw stwarza okazję do osiągnięcia nadzwyczajnych zysków.

⁵¹ P. Krugman, *Protectionism and stimulus (wonkish)*, <http://krugman.blogs.nytimes.com/2009/02/01/protectionism-and-stimulus-wonkish>; M. Larch, W. Lechthaler, „Buy National” and Protectionism in the Great Recession – Can It Work?, *Intereconomics* 2011, nr 4, s. 205.

⁵² Tamże.

⁵³ M. Larch, W. Lechthaler, „Buy National”..., s. 206; M. Larch, W. Lechthaler, *Why ‘Buy American’ is a bad idea but politicians still like it*, *The Canadian Journal of Economics* 2011, t. 44, nr 3, s. 841.

⁵⁴ M. Larch, W. Lechthaler, „Buy National”..., s. 206.

Jeśli przy tym przedsiębiorstwa te reprezentują wpływowe grupy interesów, decydenci polityczni stają się szczególnie podatni na ich protekcyjnistyczne postulaty, zwłaszcza w trudnych czasach recesji⁵⁵.

W kontekście obowiązującej w UE zasady równego traktowania (i wynikającego z niej zakazu dyskryminacji) do refleksji skłania też fakt, że mamy do czynienia z jaskrawą niejednokrotnie dysproporcją w zakresie wartości zamówień publicznych udzielanych przez krajowych zamawiających wykonawcom rodzimym oraz z innych państw członkowskich Unii. Dla przykładu, w 2014 r. wykonawcy z Francji, Hiszpanii i Niemiec uzyskali w Polsce zamówienia publiczne warte odpowiednio ponad 18 mln euro, 990 mln euro i 997 mln euro, podczas gdy polskim wykonawcom udzielono we Francji i Niemczech zamówień o wartości odpowiednio: ponad 40 tys. euro i 11 mln euro (w Hiszpanii polscy wykonawcy nie uzyskali ani jednego kontraktu publicznego)⁵⁶. Znamienny jest też wskaźnik udziału wartości krajowych zamówień publicznych ogłaszanych w Dzienniku Urzędowym UE w ogólnej wartości tych zamówień. Przykładowo, w 2013 r. wskaźnik ten dla Niemiec wynosił 6,4 proc. (najniższy wynik w całej Unii), podczas gdy dla Polski – 47,52 proc.⁵⁷ W świetle powyższych danych trudno oprzeć się wrażeniu, że wskazane dysproporcje nie są tylko konsekwencją wysokiego poziomu rozwoju gospodarek zamożnych krajów zachodniej Europy i wysokiej konkurencyjności ich przedsiębiorstw, ale świadczą też o świadomej i – co trzeba przyznać – nader skutecznej polityce faktycznego promowania rodzimych przedsiębiorstw na rynkach zamówień publicznych przynajmniej niektórych z tych krajów, niestety w sposób podający w wątpliwość deklaracje o otwartości unijnego rynku zamówień publicznych, i to nawet w jego wewnętrznym wymiarze⁵⁸.

⁵⁵ Tamże, s. 207.

⁵⁶ Dane oparte na analizach systemowych UZP; zob. Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2014, nr 6, s. 97 i 98.

⁵⁷ Podaję za *Public Procurement Indicators 2013*, 17.6.2015, http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/modernising-rules/evaluation/index_en.htm, s. 10.

⁵⁸ Na marginesie warto też odnotować, że w jednym z roboczych dokumentów KE zwrócono m.in. uwagę na brak jednoznacznej identyfikacji przez stronę niemiecką przyczyn bardzo niskiego wskaźnika publikacji niemieckich zamówień publicznych na szczeblu unijnym; zob. Commission Staff Working Document, *Country Report Germany 2015: Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Brussels, 18.3.2015, SWD(2015) 25 final/2, s. 69 i n.

Rozdział IX

Instrumenty protekcjonizmu antymonopolowego jako element polityki promowania narodowych czempionów

9.1. Zwolnienia spod zakazu karteli kryzysowych i eksportowych

Lapidarnie rzecz ujmując, kartele są to porozumienia konkurentów ograniczające konkurencję. Porozumienia te polegają zwykle na: a) ustalaniu cen; b) ustalaniu wielkości produkcji (sprzedaży lub skupu); c) podziale rynku lub d) uzgadnianiu ofert składanych w przetargach¹. W piśmiennictwie anglojęzycznym tę kategorię karteli, kwalifikowanych jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, określa się powszechnie mianem *hard core cartels*, dla podkreślenia ich szczególnie destrukcyjnego wpływu na konkurencję. W niniejszej pracy pojęcie kartelu jest używane zasadniczo w tym właśnie znaczeniu. Dla porządku jednak dodać trzeba, że przedmiotem horyzontalnych porozumień ograniczających konkurencję mogą być też inne niż wymienione wyżej (najbardziej newralgiczne) parametry (obszary) konkurencji rynkowej, takie jak np. marketing i reklama czy innowacje i rozwój nowych produktów. Ta kategoria porozumień bywa czasem określana mianem „miękkich karteli” (*soft core cartels*), co ma akcentować ich mniej szkodliwy wpływ na konkurencję, a zarazem potencjał generowania korzyści rekompensujących skutek antykonkurencyjny. Zarysowana dystynkcja² budzi konotacje ze znanym z okresu międzywojennego podziałem karteli na

¹ Zob. *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties, Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes*, ICN 4th Annual Conference, Bonn 6–8.1.2005, s. 1 i n.).

² Opisuje ją np. R.A. Woodcock, *Inconsistency in Antitrust*, University of Miami Law Review 2013, t. 68, s. 175 i n.

„dzieci chciwości” (*Kinder der Habsucht*) oraz „dzieci konieczności” (*Kinder der Not*)³.

Ze względu na status prawny podmiotów uczestniczących w porozumieniu kartelowym wyróżnić można, obok klasycznych karteli w rozumieniu prawa ochrony konkurencji, których uczestnikami są samodzielne przedsiębiorstwa, także publiczno-prywatne kartele zrzeszające samodzielne przedsiębiorstwa oraz podmioty publiczne (np. suwerenne państwa), bądź też *quasi* kartele publiczne (państwowe) zrzeszające tylko podmioty publiczne (np. suwerenne państwa)⁴. Przykładem tej ostatniej kategorii *quasi* karteli może być Europejska Wspólnota Węgla i Stali (EWWiS), funkcjonująca w latach 1952–2002⁵, a także funkcjonująca do dziś Organizacja Państw Eksportujących Ropę Naftową (OPEC). Kartele mogą przy tym mieć charakter krajowy, gdy ich uczestnicy pochodzą z jednego kraju, bądź też międzynarodowy, gdy zrzeszają podmioty z wielu krajów.

Konwencjonalna teoria ekonomii uczy, że kartele działają na szkodę dobrobytu społecznego. Przejawia się ona zwykle ograniczeniem produkcji i wzrostem cen, co z kolei skutkuje obniżeniem efektywności alokacyjnej oraz redystrybucją dochodów od konsumentów do producentów. Współcześnie kartele, które budzą bliskie konotacje z kategorią postępu złego samego w sobie – *malum in se*⁶, uznaje się za najbardziej szkodliwy typ antykonkurencyjnych zachowań – kwintesencję zła z perspektywy polityki konkurencji⁷. W konsekwencji, w większości krajów, a także w UE, przyjęto regulacje prawne zakazujące (bezwzględnie – *de iure* lub *de facto*) tej formy koordynacji gospodarczej, a jej zwalczanie stało się powszechnie priorytetem we wszystkich systemach ochrony konkurencji.

Nawet jednak w systemach najbardziej restrykcyjnie nastawionych do praktyk kartelowych (np. w Stanach Zjednoczonych, gdzie są one zasadniczo zakazane *per se* pod groźbą drakońskich sankcji, włącznie z karą pozbawienia wolności), praktyki takie mogą, w pewnych okolicznościach, być wyłączone spod ogólnego zakazu. W szczególności dotyczy to tzw. karteli kryzysowych oraz eksportowych, które mogą być (potencjalnie) legalizowane,

³ Zob. R. Liefmann, *Cartels, Concerns and Trusts*, Kitchener 2001, s. 203 i 305; R. Battaglia, *Państwo a kartele, koncerny i trusty*, t. II, Warszawa 1929, s. 38 i 121.

⁴ R. Molski, *Karteles eksportowe w świetle prawa ochrony konkurencji*, RPEiS 2003, z. 3, s. 21.

⁵ Zob. C. Harding, J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2010, s. 95 i n.

⁶ Zob. R.H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Journal* 1982, t. 34, s. 115 i n.

⁷ Zob. np. *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD 2002, s. 75 i n.

m.in. z powodu ich zakładanej użyteczności w realizacji określonych celów polityki przemysłowej, nie wyłączając promowania narodowych czempionów.

9.1.1. Kartele kryzysowe

W piśmiennictwie terminu „kartel kryzysowy” (*crisis cartel*) używa się co najmniej w dwóch znaczeniach⁸. Po pierwsze, na określenie kartelu, który został utworzony w celu eliminacji strukturalnej (chronicznej) nadwyżki zdolności wytwórczych (potencjału produkcyjnego) określonych przedsiębiorstw bądź też w celu przeciwdziałania skutkom kurczącego się popytu w następstwie okresowej dekonjunktury o wymiarze sektorowym, krajowym lub globalnym, bez uprzedniej (wymaganej) zgody (autoryzacji) właściwego organu władzy publicznej lub innej formy prawnej legalizacji. Po drugie, na określenie kartelu utworzonego w analogicznych okolicznościach, ale za zgodą lub nawet z inicjatywy władz publicznych, bądź też zgodnie z przepisami prawa ochrony konkurencji, dopuszczającymi tego rodzaju porozumienia zawierane na czas kryzysu. Tylko kartele w drugim znaczeniu (legalne) mogą być brane pod uwagę jako potencjalne narzędzie polityki promowania narodowych czempionów.

Niekiedy w literaturze anglojęzycznej spotyka się też terminy: „*depression cartel*”, „*recession cartel*” oraz „*restructuring cartel*”, które są bliskimi synonimami terminu „*crisis cartel*”⁹. Wszystkie te terminy odnoszą się bowiem do defensywnych (w założeniu) porozumień przedsiębiorstw będących konkurentami, ograniczających konkurencję między nimi (zwłaszcza poprzez ustalanie lub ograniczanie wielkości produkcji, sprzedaży lub skupu, bądź też ustalanie cen), zawieranych w reakcji na sytuację kryzysową, tj. strukturalny nadmiar zdolności wytwórczych w danym sektorze bądź też słabnący popyt w okresie cyklicznej dekonjunktury.

Kartele kryzysowe przybierają zazwyczaj formę porozumień wielostronnych, gdy są zawierane przez wszystkie przedsiębiorstwa z danego sektora gospodarki lub ich większość, bądź też porozumień dwustronnych, gdy uczestniczą w nich tylko dwa przedsiębiorstwa¹⁰. Te pierwsze mogą prowadzić do rzeczywistej racjonalizacji zdolności wytwórczych całego sektora, jednak większe szanse na zwolnienie spod zakazu mają porozumie-

⁸ *Crisis Cartels*, DAF/COMP/GF(2011)11, OECD 2011, s. 20–21.

⁹ Tamże, s. 22.

¹⁰ Zob. L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague 2005, s. 184; A. Maziarz, *Kartele kryzysowe w unijnym prawie konkurencji*, PUG 2013, nr 10, s. 27 i 29.

nia dwustronne, ponieważ skuteczna racjonalizacja zdolności wytwórczych jest bardziej pewna i efektywna w przypadku porozumienia dwóch przedsiębiorstw niż większej ich liczby, a zwłaszcza wszystkich przedsiębiorstw z danego sektora¹¹.

Akceptacja tej formy wielostronnych (kolektywnych) praktyk ograniczających konkurencję opiera się na założeniu, że w czasie kryzysu gospodarczego nadwyżka zdolności wytwórczych może zmuszać przedsiębiorstwa do angażowania się w kosztowne „wojny” cenowe (autodestrukcyjną konkurencję), co z kolei może skutkować masowym wycofywaniem się przedsiębiorstw z rynku lub ich upadkiem. Po ponownym ożywieniu gospodarki jest już wtedy na nim niewiele przedsiębiorstw, a rynek jest mniej konkurencyjny. Tymczasowy kartel może natomiast (jak się zakłada) zapewnić bardziej konkurencyjny rynek po ustąpieniu kryzysu, a nadto – może zapobiec problemom społecznym towarzyszącym zapaści gospodarczej¹². W porównaniu z przedsiębiorstwami (np. z tzw. schyłkowych branż przemysłu) ogarniętymi strukturalnym kryzysem, którego źródłem jest ich chroniczna słabość (niekonkurencyjność), za bardziej uzasadnione (czy też mniej problematyczne) uznaje się przy tym przyzwolenie na tworzenie karteli kryzysowych przez generalnie stabilne finansowo przedsiębiorstwa dotknięte silną, ale okresową (cykliczną) dekonunkturą (recesją). W tym drugim bowiem przypadku protekcja antymonopolowa ułatwia przedsiębiorstwom przetrwanie przejściowych, a przy tym spowodowanych czynnikami zewnętrznymi trudności¹³.

Z perspektywy historycznej podejście krajowych i ponadnarodowych władz publicznych do problemu karteli, nie tylko zresztą kryzysowych, ewoluowało w sposób znamionujący niejednokrotnie wysoce ambiwalentny stosunek do tej kategorii zachowań rynkowych.

Przykładowo, w Stanach Zjednoczonych, tradycyjnie odgrywających rolę lidera w zwalczaniu karteli, gdzie od początku budowy systemu prawnej ochrony konkurencji (antymonopolowego) obejmowano je bezwzględny (*per se*) zakazem, tolerowano i do dziś toleruje się je w pewnych okolicznościach. Odnosi się to w szczególności do karteli kryzysowych i eksportowych (o tych drugich będzie mowa w kolejnym podrozdziale). Dla ilustracji, w okresie Wielkiego Kryzysu (w 1929 r.), w sprawie *Appalachian Coals*¹⁴

¹¹ Tamże.

¹² Zob. J. Pelkmans, *Market Integration in the European Community*, The Hague 1984, s. 264; I. Bos, E. Pot, *On the possibility of welfare-enhancing hard core cartels*, *Journal of Economics* 2012, t. 107, nr 3, s. 210.

¹³ Zob. M. Matsushita, *The Legal Framework of Japanese Industrial Policy*, *Brigham Young University Law Review* 1987, nr 2, s. 557 i n.

¹⁴ *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 US 344 (1933).

Sąd Najwyższy USA, w obliczu zapaści ogarniającej przemysł węglowy uznał za konieczne zaaprobowanie, na podstawie tzw. reguły rozsądku (*rule of reason*)¹⁵, kartelu producentów węgla, polegającego na uzgadnianiu systemu kwot (limitów) produkcyjnych¹⁶. Inna sprawa, że orzeczenie to uznano wkrótce za aberrację, korygując ją wyrokiem w sprawie Socony¹⁷, przywracającym restrykcyjną wykładnię zakazu karteli, wedle której są one nielegalne *per se* (bezwzględnie)¹⁸. Mimo to zdarzało się, że kartele kryzysowe, takie jak np. kartel w przemyśle cukrowniczym, funkcjonujący w latach 1934–1974 (*sic!*), były nawet inspirowane i wspierane przez rząd amerykański¹⁹. Najbardziej aktualnym przykładem kartelu kryzysowego powstałego pod auspicjami władz amerykańskich (Departament Transportu USA przyznał mu swoisty immunitet antymonopolowy), jest porozumienie pomiędzy przewoźnikami lotniczymi Aloha i Hawaiian zawarte w 2002 r., w następstwie powszechnego spadku przewozów lotniczych po atakach terrorystycznych z 11.9.2001 r. Rzeczony immunitet obejmował nie tylko zgodę na skoordynowaną przez obie linie lotnicze redukcję zdolności przewozowych w transporcie między wyspami archipelagu Hawaje, ale tworzył też mechanizm transferu dochodów, pomyślanego jako swoista sankcja na wypadek nie wywiązywania się przez którąś ze stron z podjętych zobowiązań w zakresie redukcji zdolności przewozowych²⁰.

Z kolei w Europie, w okresie *fin de siècle*'u, zgodnie z tradycjami europejskiej przedsiębiorczości, sceptycznie nastawionej do polityki wolnej konkurencji (kojarzonej czasem z postawą – *competitor competitori lupus est*), w wielu krajach z reguły przychylnie traktowano porozumienia kooperacyjne przedsiębiorstw, niejednokrotnie nawet kartelowe. Nie bez wpływu na tradycyjnie agnostyczne nastawienie do problemu karteli w Europie, określane czasem mianem kultury „tolerancji”, charakteryzujące się relatywnie wysokim stopniem moralnej tolerancji i skłonności do akceptacji ekonomicznych uzasadnień praktyk kartelowych, było dominujące wówczas wśród Europejczyków przekonanie o niegodziwym wręcz charakterze konkurencji, zarazem afirmujące współpracę przedsiębiorstw (nie wyłączając konkurentów), jako

¹⁵ Natemat tej reguły zob. szeroko D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004.

¹⁶ *Crisis Cartels...*, s. 189.

¹⁷ United States p. Socony-Vacuum Oil Company, 310 US 150 (1940).

¹⁸ W. Kip Viscusi, J.E. Harrington, J.M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge 2005, s. 138 i n.

¹⁹ *Crisis Cartels...*, s. 190.

²⁰ K. Hampton, K. Sherstyuk, *Demand shocks, capacity coordination, and industry performance: lessons from an economic laboratory*, RAND Journal of Economics 2012, t. 43, nr 1, s. 140.

znacznie bardziej ludzka²¹. Rzecz jasna permissywna postawa wobec praktyk kartelowych, spotykana w normalnych warunkach, znajdowała jeszcze więcej zwolenników w trudnych czasach kryzysu gospodarczego.

Przykładowo, w 1931 r. rząd francuski uznał szerokie wykorzystanie karteli kryzysowych jako jeden z najbardziej efektywnych środków służących zaradzeniu światowemu kryzysowi gospodarczemu²². Także współczesne francuskie prawo przewiduje wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, mające zastosowanie w „przypadku nadwyżek produkcyjnych w sektorze rolnym”²³.

Szczególnie interesująca jest ewolucja w podejściu do karteli kryzysowych, czy ogólniej rzecz biorąc – zjawiska kartelizacji gospodarki, na gruncie prawa niemieckiego. W okresie od 1870 do 1913 r. w Niemczech odnotowano imponujący wzrost gospodarczy, co niektórzy komentatorzy wiązali z prokartelową polityką rządu niemieckiego, który postrzegał kartele jako ekonomiczną konieczność. Polityka ta sprawiła, że po I wojnie światowej Niemcy stały się najbardziej skartelizowanym krajem na świecie, zyskując miano „krajów karteli”²⁴. Niektóre z nich osiągnęły wręcz gigantyczne rozmiary, np. okryty złą sławą z czasów II wojny światowej koncern I.G. Farben, który w latach 30. stał się największą korporacją w Europie i czwartą na świecie²⁵. U źródeł fenomenu niemieckiej polityki kartelowej legło przekonanie ówczesnych ekonomistów niemieckich, że kartele wywodzą się ze średniowiecznych gildii, i wzorem tych ostatnich pełnią dwie ważne funkcje: równoważenia podaży i popytu dla zapewnienia stabilizacji danego sektora gospodarki oraz zapobiegania tendencjom monopolistycznym (antykonkurencyjnym praktykom dużych przedsiębiorstw)²⁶. Także niemiecki Sąd Najwyższy (*Reichsgericht*) w precedensowym wyroku z 4.2.1897 r. w sprawie *Sächsisches Holzstoffkartell* orzekł, że porozumienia kartelowe nie tylko są legalne (prawnie wiążące), ale zasadniczo są też użyteczne (mogą służyć interesowi publicznemu, chroniąc przedsiębiorstwa przed „katastrofą nad-

²¹ Szerzej zob. D.J. Gerber, *Law...*, s. xviii; C. Harding, J. Joshua, *Regulating...*, s. 52 i n. oraz C.A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford 1999, s. 28.

²² *Crisis Cartels...*, s. 190.

²³ Tamże, s. 191.

²⁴ D.J. Gerber, *Law...*, s. 74 i n.

²⁵ P. Hayes, *Industry and Ideology: I. G. Farben in the Nazi Era*, Cambridge 2001, s. 16; zob. też R. Sasuly, *IG Farben: Z dziejów jednego kartelu*, Warszawa 1949.

²⁶ J.R. Kinghorn, *Kartells and Cartel Theory: Evidence from Early 20th Century German Coal, Iron, and Steel Industries*, Cliometric Society 1996, http://www.cliometrics.org/conferences/ASSA/Jan_96/kinghorn.shtml

produkcji” i ruiną)²⁷. Stanowisko to wyraźnie odbiegało od pogłębiającego się stopniowo w innych krajach krytycznego nastawienia do karteli. Nawiasem mówiąc pogląd, że zmoły przedsiębiorstw mogą służyć ograniczaniu, a nie promowaniu monopolistycznych tendencji, współcześnie brzmi już jak herezja. Wraz z nastaniem reżimu nazistowskiego rozpoczęła się polityka przymusowej kartelizacji oraz włączania karteli do aparatu państwa (stały się one ważnym narzędziem umacniania niemieckiej maszyny wojennej)²⁸. Po zakończeniu wojny w okupowanych Niemczech wdrożono politykę dekartelizacji i demonopolizacji, będącą elementem programu denazyfikacji tego kraju²⁹. Uchwalona w 1957 r. i obowiązująca (ze zmianami) do dziś ustawa o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB) wprowadziła (w dziale 6) generalny zakaz porozumień ograniczających konkurencję, przy czym ma on charakter względny. Wśród dopuszczalnych (wąsko zakreślonych) wyjątków od tego zakazu znalazły się m.in. kartele kryzysowe (*Strukturkrisenkartell*). *Ratio legis* tego wyłączenia było uniknięcie nazbyt intensywnej (niezdrowej) konkurencji w czasie strukturalnego kryzysu oraz umożliwienie dotkniętym nim przedsiębiorstwom szybkiej redukcji nadwyżek produkcyjnych. Podkreślić należy, że wyłączenie to nie odnosiło się do zwykłego cyklicznego spadku aktywności gospodarczej (recesji), a jedynie do tzw. strukturalnego kryzysu, kiedy to z powodu fundamentalnej zmiany parametrów rynkowych nie można spodziewać się długoterminowej poprawy sytuacji gospodarczej³⁰. W ponad pięćdziesięcioletnim okresie obowiązywania odnośnej regulacji jedynie dziesięć razy składano wnioski o jej zastosowanie, w tym tylko dwa razy skutecznie (w 1983 i 1987 r. zalegalizowano dwa porozumienia kartelowe na rynku produktów budowlanych³¹). Z uwagi na cechy kryzysu strukturalnego w zglobalizowanej gospodarce oraz zasadę supremacji unijnego prawa konkurencji, a także sporadyczne zastosowanie wyłączenia obejmującego kartele kryzysowe, w ramach siódmej nowelizacji GWB (w 2005 r.) postanowiono uchylić jej dział 6. W konsekwencji kartele kryzysowe mogą być obecnie w Niemczech legalizowane na ogólnych zasadach, które korespondują z unijnym wyłączeniem z art. 101 ust. 3 TFUE³².

²⁷ D.J. Gerber, *Law...*, s. 91 i n.; C. Harding, J. Joshua, *Regulating...*, s. 72; M. Wise, *Competition and Policy in Germany*, OECD Journal of Competition Law and Policy 2005, t. 7, s. 12.

²⁸ Zob. P.C. Newman, *Key German Cartels under the Nazi Regime*, Quarterly Journal of Economics 1948, t. 62, nr 4, s. 576 i n.; C. Harding, J. Joshua, *Regulating...*, s. 75.

²⁹ Zob. M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004, s. 28 i n.

³⁰ *Crisis Cartels...*, s. 122.

³¹ Tamże.

³² Tamże.

Także polskie prawo ochrony konkurencji (ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów oraz rozporządzenia wyłączające spod zakazu określone grupy porozumień ograniczających konkurencję) nie przewiduje wyraźnego wyłączenia karteli kryzysowych spod ogólnego zakazu. Dopuszczalność ustaleń kontyngentowych lub cenowych w ramach tego rodzaju porozumień uzależniona jest co najwyżej od wykazania spełnienia przez nie przesłanek reguły rozsądku z art. 8 ust. 1 u.o.k.k.³³ Ze względu na fakt, że kartele kryzysowe obejmują najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, szanse na spełnienie tych przesłanek są znikome. Nie dziwi zatem, że w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK i orzecznictwie sądowym nie zdarzył się – jak dotąd – ani jeden przypadek legalizacji kartelu kryzysowego. Restrykcyjne podejście do nich ukazuje np. decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ 21/2002 z 22.10.2002 r.³⁴ oraz wyrok SOKiK z 10.9.2003 r.³⁵, w którym podkreślono, że „W zaistniałej na rynku reklamy sytuacji skokowego spadku popytu, podmioty uczestniczące na nim po stronie podaży powinny podjąć konkurencję, która mechanizmami rynkowymi dostosuje wielkość podaży do popytu. [...] Spadek popytu nie wyklucza działań w celu zajęcia części rynku należącej do konkurenta. Podmiot efektywniejszy, dzięki niższym kosztom własnym, nawet w warunkach spadku popytu, może przedstawić korzystniejszą i tańszą ofertę swoim kontrahentom”.

Ewolucyjne, a przy tym ambiwalentne podejście do karteli kryzysowych dostrzec można na gruncie prawa i polityki konkurencji WE/UE. Traktat ustanawiający EWWiS, na podstawie którego polityka przemysłowa stała się też domeną tej Wspólnoty, ustanawiał pakiet środków umożliwiających Komisji Europejskiej administrowanie kartelami kryzysowymi (o charakterze publicznym) w sektorze węgla i stali, w celu restrukturyzacji tych sektorów europejskiego przemysłu³⁶. Pakiet ten obejmował w szczególności regulacje przyznające Komisji kompetencje do ustanawiania ograniczeń ilościowych

³³ Zob. A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 285; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 274–275; M. Bła-chucki, R. Stankiewicz, *Polityka...*, s. 81 i n.

³⁴ Dz.Urz. UOKiK z 2003 r. nr 1, poz. 230.

³⁵ XVII Ama 136/02, Wokanda 2004, nr 7–8, s. 95.

³⁶ Kiedy Plan Schumana, przewidujący utworzenie EWWiS, zaprezentowano po raz pierwszy (w 1950 r.) Sekretarzowi Stanu USA Deanowi Achesonowi, jego pierwszą reakcją była obawa, że ma do czynienia ze sprytnym kamuflażem „gigantycznego europejskiego kartelu”; cyt. za C.A. Jones, *Foundations of competition policy in the EU and USA: conflict, convergence and beyond* [w:] H. Ullrich (red.), *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham 2006, s. 24.

produkcji w przypadku pojawienia się kryzysu (art. 58 ust. 1 TEWWiS³⁷), które mogły być uzupełniane pośrednimi środkami interwencji w postaci cen minimalnych (art. 57 i art. 61 TEWWiS) oraz kontrolą importową (art. 74 TEWWiS). Środków tych użyto w celu ułatwienia restrukturyzacji przemysłu stalowego Wspólnoty, w następstwie spadku popytu na produkty stalowe spowodowanego kryzysem naftowym z połowy lat 70. Utworzony w 1980 r. i trwający osiem lat kartel kryzysowy objął głównych producentów stali we Wspólnocie. Opinie w sprawie racjonalności i efektywności podjętej interwencji są podzielone. Niektórzy komentatorzy oceniają ją krytycznie³⁸. Inni są zdania, że cele kartelu zostały osiągnięte, skoro wskutek operacji restrukturyzacyjnych przeprowadzonych przez uczestniczące w nim przedsiębiorstwa oraz obniżenia ich zdolności produkcyjnych przemysł stalowy w EWWiS przetrwał i uniknął znaczących upadłości³⁹. W każdym razie podobnych interwencji w przyszłości już nie podejmowano, a unijny dziś przemysł stalowy funkcjonuje w oparciu o mechanizmy rynkowe.

Kryzys naftowy oraz konieczność utrzymania konkurencyjności przedsiębiorstw europejskich (euroczempionów) w obliczu technologicznych wyzwań ze strony przemysłu amerykańskiego i japońskiego skłoniły Komisję Europejską do bardziej liberalnego traktowania karteli kryzysowych także w sektorach innych niż przemysł stalowy, czego wyrazem jest stanowisko Komisji w sprawie tego rodzaju porozumień wyrażone w jej dwunastym raporcie o polityce konkurencji (z 1982 r.)⁴⁰. W dokumencie tym Komisja zadeklarowała, że w celu przeciwdziałania strukturalnym problemom poszczególnych sektorów gospodarki jest skłonna akceptować porozumienia ograniczające konkurencję obejmujące cały sektor, pod warunkiem, że ich jedynym celem jest skoordynowana redukcja nadwyżek produkcyjnych bez

³⁷ W artykule tym postanowiono, że „W przypadku zmniejszania się popytu, jeżeli Komisja uzna, że Wspólnota znajduje się w obliczu jawnego kryzysu i że środki działania przewidziane w artykule 57 nie pozwalają na stawienie mu czoła, zobowiązana jest, po zasięgnięciu opinii Komitetu Doradczego i za zgodą Rady, wprowadzić system ograniczeń ilościowych produkcji, uzupełniany w miarę potrzeby, środkami przewidzianymi w artykule 74. Jeżeli Komisja nie podejmuje działań, każde z Państw Członkowskich może zawiadomić o tym Radę, która jednomyślną uchwałą jest w stanie zobowiązać Komisję do wprowadzenia systemu ograniczeń ilościowych”.

³⁸ Zob. np. S. Martin, *Depression Cartels, Market Structure, and Performance* [w:] D.C. Mueller, A. Haid, J. Weigand (red.), *Competition, Efficiency, and Welfare: Essays in Honor of Manfred Neumann*, Dordrecht 1991, s. 89.

³⁹ E. Maincent, L. Navarro, *A Policy...*, s. 22.

⁴⁰ *Commission of the European Communities, Twelfth Report on Competition Policy*, Brussels 1982, pkt 38–39, s. 43; zob. też A. Wigger, *The External Dimension of UE Competition Policy: Exporting Europe's Core Business?* [w:] J. Orbie (red.), *Europe's Global Role: External Policies of the European Union*, Farnham 2009, s. 192.

ograniczania niezależności decyzyjnej stron takich porozumień. Strukturalna nadmierna zdolność produkcyjna (nadprodukcja), uzasadniająca akceptację karteli kryzysowych, występuje wówczas, gdy w długim okresie wszystkie przedsiębiorstwa z danego sektora borykają się ze znaczącą redukcją stopnia wykorzystania ich zdolności produkcyjnych oraz spadkiem produkcji, któremu towarzyszą znaczne straty operacyjne, a dostępne informacje nie wskazują, aby w perspektywie średnioterminowej miała nastąpić trwała poprawa tej sytuacji. Od tego rodzaju strukturalnej (systemowej) nadprodukcji spowodowanej czynnikami zewnętrznymi (spadkiem popytu), należy odróżnić nadwyżkę produkcji będącą skutkiem nieefektywnych zachowań przedsiębiorstw, która nie usprawiedliwia jej redukcji za pomocą praktyk kartelowych. Komisja zastrzegła, że odnośne porozumienia nie mogą zawierać postanowień odnoszących się do ustalania cen lub ustalania kwot (kontyngentów, czy też limitów produkcji, sprzedaży lub skupu). Konieczna strukturalna reorganizacja w ramach danego sektora nie powinna być także utrudniana poprzez udzielanie pomocy państwa, która prowadzi do sztucznego podtrzymywania nadwyżki zdolności wytwórczych. Komisja zastrzegła nadto, że kartele kryzysowe będą mogły być autoryzowane pod warunkiem spełnienia wszystkich przesłanek określonych w obecnym art. 101 ust. 3 TFUE. Złagodzone podejście do karteli kryzysowych, którego kwintesencję wyrażał przywoływany raport, Komisja Europejska prezentowała co najmniej do połowy lat 90⁴¹. Egzemplifikacją tego podejścia mogą być decyzje Komisji w sprawach: *Synthetic Fibres*⁴² oraz *Stichting Baksteen*⁴³. Pierwsza z nich odnosiła się do porozumienia o współpracy zawartego w 1978 r. przez wiodących producentów włókien syntetycznych w Europie, którego celem była restrukturyzacja całego sektora poprzez redukcję trapiącej go od lat nadprodukcji. Mimo początkowo negatywnej reakcji na wniosek o zwolnienie tego kartelu kryzysowego spod zakazu na podstawie odpowiednika obecnego art. 101 ust. 3 TFUE Komisja ostatecznie (w 1984 r.) podjęła decyzję uwzględniającą wniosek. W drugiej sprawie Komisja uznała, że na zwolnienie spod zakazu na tej samej podstawie zasługuje kartel kryzysowy utworzony przez holenderskich producentów cegły (posiadających ponad 90 proc. wszystkich mocy produkcyjnych w Holandii), którzy w obliczu nadwyżek zdolności produkcyjnych spowodowanych wprowadzeniem na rynek

⁴¹ B. Wardhaugh, *Cartels, Markets and Crime: A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion*, Cambridge 2014, s. 190.

⁴² Decyzja KE z 4.7.1984 r. w sprawie IV/30.810 – *Synthetic fibres*, Dz.Urz. WE L 207 z 2.8.1984, s. 17.

⁴³ Decyzja KE z 29.4.1994 r. w sprawie IV/34.456 – *Stichting Baksteen*, Dz.Urz. WE L 131 z 26.5.1994, s. 15.

nowych materiałów budowlanych, jak i rozwojem technologii ich produkcji, porozumieli się w celu wspólnego ograniczenia nadprodukcji poprzez likwidację części fabryk. W obu tych sprawach Komisja Europejska była skłonna zaakceptować, pod pewnymi warunkami, uzgodnienia konkurentów dotyczące wspólnego ograniczenia produkcji, mimo że stanowiły one (ze względu na ich antykonkurencyjny cel i skutek) poważne naruszenie odpowiednika obecnego art. 101 ust. 1 TFUE⁴⁴. Po pierwsze, rynek musiał być dotknięty kryzysem wywołanym czynnikami, na które zainteresowane przedsiębiorstwa nie miały wpływu, a zażegnać go można było jedynie skoordynowanym zmniejszeniem produkcji. Po drugie, porozumienie musiało mieć ograniczony zakres czasowy i terytorialny, a przy tym nie mogło eliminować całkowicie konkurencji pomiędzy jego uczestnikami. Względnie tolerancyjne nastawienie Komisji Europejskiej do karteli kryzysowych okazało się jednak wysoce efemeryczne (nie trwało długo). Szczególnie zaskakiwać może fakt, że w czasie ostatniego globalnego kryzysu finansowego i gospodarczego Komisja nie podjęła ani jednej decyzji legalizującej kartel kryzysowy. Co więcej, wraz z nadejściem tego kryzysu, świadoma ryzyka eskalacji wniosków o autoryzację takich karteli i pokusy wyboru drogi na skróty (np. dla ratowania narodowych czempionów), ustami Neelie Kroes wyraziła (w 2009 r.) stanowczą dezaprobatę dla tej formy obrony przed kryzysem. Komisarz ds. konkurencji stwierdziła, że przyzwolenie na kartele kryzysowe prowadzi do katastrofy w przyszłości. Nie dość, że spowalniają one ożywienie gospodarcze i wyrządzają szkody konsumentom, to jeszcze przyczyniają się do powstawania karteli w przyszłości⁴⁵. Nawiasem mówiąc, niezależnie od wyraźnie negatywnej percepcji karteli kryzysowych przez Komisję Europejską, ich potencjalna użyteczność w przewyżczeniu kryzysu w sektorze bankowym (także jako środek ratowania banków o statusie narodowych czempionów) jest nader wątpliwa z uwagi na specyfikę tego sektora. Po pierwsze, nie uwzględnia tej specyfiki założenie, że kartele kryzysowe pozwalają rozwiązać problem nadwyżki zdolności wytwórczych. W czasie kryzysu banki nie angażują się bowiem w rywalizację (walkę) cenową, aby wykorzystując nadwyżkę zdolności kredytowych zmusić konkurentów do opuszczenia rynku. Wprost przeciwnie, banki ograniczają wówczas akcję kredytową a konkurencja w pozyskiwaniu kredytobiorców z reguły słabnie z powodu zwiększonej asymetrii informacyjnej na rynku. Po drugie, w czasie

⁴⁴ A. Andreangeli, *EU Competition Law in Times of Crisis: between present challenges and a largely unwritten future*, CLR 2013, t. 9, nr 2, s. 96.

⁴⁵ N. Kroes, *Tackling cartels – a never-ending task*, Anti-Cartel Enforcement: Criminal and Administrative Policy – Panel session, Brasilia, 8.10.2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-454_en.htm?locale=en

kryzysu nie jest w interesie banków doprowadzanie konkurentów do upadłości, ponieważ może to uruchomić efekt domina zagrażający ich własnym upadkiem. Wątpliwe jest przy tym, aby kartel kryzysowy mógł powstrzymać powszechną panikę w systemie bankowym⁴⁶.

Dość powszechnie przyjmuje się, że nie tylko w sektorze bankowym mniej problematyczną i bardziej efektywną alternatywą dla karteli kryzysowych może okazać się wspomaganie zagrożonych kryzysem przedsiębiorstw (w tym narodowych czempionów) subsydiami (pomocą państwa), mimo wyższych kosztów publicznych tej formy interwencji pomocowej, a także elastyczną (tolerancyjną) kontrolą transakcji koncentracyjnych⁴⁷.

Aktualne stanowisko Komisji Europejskiej w kwestii karteli kryzysowych wyraża najpełniej jej pisemne przedłożenie przygotowane na zorganizowaną w lutym 2011 r. sesję OECD Global Forum on Competition, poświęconą problemowi tychże karteli.⁴⁸ Przedłożenie to potwierdza stanowisko wyrażone wcześniej (w 2010 r.) w pisemnych uwagach przedstawionych przez Komisję jako *amicus curiae* w postępowaniu przed Irlandzkim Wysokim Sądem w sprawie kartelu kryzysowego zawartego przez irlandzkich producentów wołowiny⁴⁹. Zdaniem Komisji, w świetle art. 101 ust. 1 TFUE porozumienie w sprawie ograniczenia zdolności produkcyjnych co do zasady stanowi ograniczenie konkurencji co do celu. Aby móc skorzystać z wyłączenia spod tego zakazu na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE, jego strony musiałyby wykazać, że porozumienie to przysparza korzyści, które rekompensują ograniczenie konkurencji, a zarazem spełnia inne przesłanki wymienione w tym przepisie. W świetle przedstawionej przez Komisję argumentacji, prawdopodobieństwo spełnienia tych warunków przez kartele kryzysowe jest nikłe. Niektórzy komentatorzy twierdzą wręcz, że nowe („zmodernizowane”) podejście do wykładni art. 101 ust. 3 TFUE, któremu Komisja dała wyraz w 2004 r. w Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE⁵⁰, czyni

⁴⁶ I. Hasan, M. Marinč, *Should competition policy in banking be amended during crises? Lessons from the EU*, European Journal of Law and Economy, 12.5.2013, s. 16.

⁴⁷ Zob. np. *Crisis Cartels...*, s. 25, 47, 212-213; L. Vitzilaiou, *Crisis Cartels: For Better or for Worse?*, CPI 2011, t. 3, nr 2, s. 7 i n.; A. Andreangeli, *EU Competition...*, s. 98.

⁴⁸ OECD Global Forum on Competition, *Crisis Cartels: Contribution from the European Union*, GF/WD(2011)20, 27.1.2011.

⁴⁹ *Observations of the Commission under Article 15, paragraph 3, of Regulation No. 1/2003 in 2003 No. 7764P The Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2010_bids_en.pdf

⁵⁰ Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, Dz.Urz. WE C 101 z 27.04.2004, s. 97.

obecnie legalizację takich karteli „ekstremalnie trudną”⁵¹. W przekonaniu Komisji koordynowane zmniejszanie nadwyżki produkcji nie jest zasadniczo potrzebne, ponieważ zazwyczaj to sam proces konkurencji eliminuje nadprodukcję z rynku (w drodze autonomicznych decyzji zainteresowanych przedsiębiorstw). Komisja nie wykluczyła wprawdzie całkiem możliwości usprawiedliwienia karteli kryzysowych względami efektywnościowymi, jednak zastrzegła, że ich uczestnicy musieliby wykazać, iż dany sektor został dotknięty rzeczywistą strukturalną nadprodukcją (nie zaś cyklicznym spadkiem koniunktury), tzn. że siły rynkowe nie są w stanie same wyeliminować nadprodukcji. Zgodnie z art. 101 ust. 3 TFUE konieczne byłoby również (a przy tym szczególnie problematyczne) wykazanie m.in. charakteru i wielkości prokonkurencyjnych korzyści wynikających z kolektywnego obniżenia nadprodukcji i dowiedzenie sprawiedliwego udziału konsumentów w tych korzyściach⁵². Podobnie „ortodoksyjną” wykładnię zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 101 ust. 1 TFUE, a w konsekwencji też restrykcyjne stanowisko w kwestii karteli kryzysowych, prezentuje TSUE⁵³.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że nawet jeśli przedsiębiorstwa o statusie narodowych czempionów popadłyby w trudności spowodowane kryzysem ekonomicznym (a zdarza się to zwłaszcza w tzw. schyłkowych i wrażliwych sektorach gospodarki, takich jak np. przemysł stalowy, stoczniowy, chemiczny czy motoryzacyjny, które wymagają znacznych nakładów inwestycyjnych), przedsiębiorstwa te nie są zasadniczo uprawnione do koordynowania z konkurentami reakcji na te trudności (w ramach karteli kryzysowych), a następnie domagania się legalizacji tego rodzaju antykonkurencyjnych praktyk na podstawie wyłączeń spod (powszechnego) zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁵⁴.

9.1.2. Kartele eksportowe

Jaskrawym przykładem strategicznej polityki konkurencji, czy też protekcjonizmu antymonopolowego, mogącego sprzyjać narodowym czempionom, jest tolerowanie lub nawet aktywne promowanie tzw. karteli eksportowych.

⁵¹ Zob. np. A. Jones, *Left behind by modernisation? Restrictions by object under Article 101(1)*, ECJ 2010, t. 6, nr 3, s. 671; A. Jones, *The journey toward an effects-based approach under Article 101 TFUE – The case of hardcore restraints*, AB 2010, t. 55, nr 4, s. 812.

⁵² Zob. A. Maziarz, *Kartele...*, s. 26; S. Martin, *Depression...*, s. 89.

⁵³ Zob. wyrok TS z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07, Competition Authority p. Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., Zb.Orz. 2008, s. I-8637.

⁵⁴ Por. R. Whish, D. Bayley, *Competition Law*, Oxford 2012, s. 612.

Kartele eksportowe są to porozumienia eksporterów dotyczące jakiegoś aspektu ich aktywności na rynkach zagranicznych, mające na celu ograniczenie lub eliminację wzajemnej konkurencji, bądź też wywołujące taki skutek. Chodzi o horyzontalne przedsięwzięcia koordynacyjne eksporterów, zastępujące ich suwerenne decyzje dotyczące eksportu produktów (towarów lub usług) na rynki zagraniczne uzgodnieniem w sprawie jakiegoś atrybutu tej działalności.

W teorii wyodrębnia się różne typy karteli eksportowych⁵⁵. Ze względu na zakres ich oddziaływania wyróżnia się tzw. czyste kartele eksportowe (*pure export cartels*), zorientowane wyłącznie na rynki zagraniczne (ich antykonkurencyjne skutki są odczuwane bezpośrednio wyłącznie za granicą, natomiast korzyści uzyskiwane dzięki ograniczeniu konkurencji – w ich macierzystym kraju) oraz tzw. mieszane kartele eksportowe (*mixed export cartels*), które ograniczają konkurencję zarówno na rodzimym rynku (kraju eksportera), jak i na rynkach zagranicznych⁵⁶. W rzeczywistości jednak istnienie karteli pierwszego typu wydaje się mało realistyczne. Nawet jeśli *prima facie* kartel zorientowany jest tylko na eksport, może powodować poważne skutki na rodzimym rynku, zwłaszcza gdy uczestnicy kartelu posiadają w nim znaczący udział. Wtedy bowiem ich decyzje eksportowe prawdopodobnie wpływać będą także na krajowe dostawy produktów oraz ich ceny⁵⁷. Z kolei ze względu na przynależność państwową uczestników karteli eksportowych dzieli się je na krajowe (*national export cartels*), gdy są tworzone przez eksporterów z jednego tylko kraju, oraz międzynarodowe (*international*

⁵⁵ Zob. F. Jenny, *Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective* [w:] S.J. Evenett, F. Jenny (red.), *Trade, Competition, and the Pricing of Commodities*, London 2012, s. 99; B. Sweeney, *Export Cartels: Is there a need for Global Rules?*, JIEL 2007, t. 10, nr 1, s. 90; U. Immenga, *Export Cartels and Voluntary Export Restraints between Trade and Competition Policy*, Pacific Rim Law & Policy Journal 1995, t. 4, nr 1, s. 125 i n.; J.R. Atwood, *Conflict of Jurisdiction in the Antitrust Field: The Example of Export Cartels*, Law and Contemporary Problems 1987, t. 50, nr 3, s. 154.

⁵⁶ Zob. A.P. Victor, *Export Cartels: An Idea Whose Time Has Passed*, ALJ 1992, t. 60, nr 2, s. 571; F. Desmarais, *Export Cartels in the Americas and the OAS: Is the Harmonization of National Competition Laws the Solution?*, Manitoba Law Journal 2009, t. 33, nr 1, s. 45; B. Sweeney, *Export...*, s. 90.

⁵⁷ W jednej z publikacji zawierających ekonomiczną analizę skutków amerykańskiej ustawy Webb-Pomerene Act, legalizującej amerykańskie kartele eksportowe, wyrażono opinię, że „[...] byłoby naiwnością oczekiwanie, że uczestnicy zrzeszenia eksportowego będą ignorować rodzimy rynek, mogąc swobodnie ustalać ceny i kontyngenty eksportowe [...]. Utworzenie zrzeszenia eksportowego stwarza doskonałą okazję dla dużych oligopolistów do ‘pokojoyej koegzystencji’, zarówno na rynku rodzimym, jak i za granicą”; D.A. Larson, *An Economic Analysis of the Webb-Pomerene Act*, JLE 1970, t. 13, nr 2, s. 497 i n.

export cartels), gdy uczestniczą w nich eksporterzy z większej liczby krajów. W kontekście polityki promowania narodowych czempionów istotna jest też kategoryzacja karteli eksportowych z uwagi na potencjał ekonomiczny ich uczestników. Mogą być nimi przedsiębiorstwa dysponujące znaczną siłą rynkową i dużym udziałem w rynku zagranicznym, bądź też przedsiębiorstwa kwalifikowane do kategorii małych i średnich. Podział ten jest tym bardziej doniosły, że kartele tworzone przez duże przedsiębiorstwa uznaje się zazwyczaj za szkodliwe z punktu widzenia globalnego dobrobytu, jako że promują one efekt monopolowy wykorzystując często dominującą pozycję rynkową partycypujących w nich przedsiębiorstw, podczas gdy kartele skupiające małe i średnie przedsiębiorstwa mogą powodować wzrost efektywności gospodarczej⁵⁸. W świetle nader ograniczonych i niejednoznacznych danych empirycznych dotyczących karteli eksportowych (nawiasem mówiąc pochodzących niemal wyłącznie ze Stanów Zjednoczonych, gdzie istnieje obowiązek rejestrowania tego typu karteli), trudno przesądzić, czy w praktyce kartele eksportowe tworzą przeważnie duże czy małe i średnie przedsiębiorstwa (*ergo* czy są szkodliwe, czy raczej korzystne z perspektywy globalnego dobrobytu), a nadto – w jakiej skali kartele te występują i w jakim stopniu są wykorzystywane do promowania narodowych czempionów⁵⁹. Z pewnością jednak fakt, że większość państw nie prowadzi statystyk obejmujących (własne) kartele eksportowe (przymykając na nie oczy), bądź też czyni te statystyki poufnymi, nie upoważnia do bagatelizowania problemu owych karteli jako mało istotnego. Przeciwnie, skłania raczej do wniosku, że jest on prawdopodobnie znacznie poważniejszy niż się powszechnie sądzi⁶⁰.

Do najczęściej wymienianych motywów tworzenia karteli eksportowych należą: 1) umożliwianie ich uczestnikom sprzedaży oferowanych produktów po cenach wyższych niż osiągnane w warunkach wzajemnej konkurencji na rynkach zagranicznych (monopolizację rynków zagranicznych poprzez uzgadnianie cen, ograniczanie dostaw, podział rynku lub koordynację ofert

⁵⁸ Zob. B. Sweeney, *Export...*, s. 3 i n.; A.R. Dick, *Are Export Cartels Efficiency-Enhancing or Monopoly-Promoting: Evidence from the Webb-Pomerene Experience*, *Research in Law and Economics* 1992, t. 14, s. 89 i n.

⁵⁹ Por. D.D. Sokol, *What Do We Really Know About Export Cartels and What is the Appropriate Solution?*, *JCLE* 2008, t. 4, nr 4, s. 968 i 973; F. Becker, *The Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism*, *JCLE* 2007, t. 3, nr 1, s. 1116; B. Sweeney, *Export...*, s. 5 i 9; F. Jenny, *Export...*, s. 101; M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *The Changing International Status of Export Cartel Exemptions*, *American University International Law Review* 2005, t. 20, nr 4, s. 796; A. Bhattacharjea, *Export Cartels – A Developing Country Perspective*, *JWT* 2004, t. 38, nr 2, s. 339 i n.

⁶⁰ Zob. np. WTO, *Note by the Secretariat*, WT/WGTCP/M/4, 1998, s. 10; F. Jenny, *Export...*, s. 104.

przetargowych uznaje się często za główny cel tworzenia karteli eksportowych); 2) obniżanie kosztów sprzedaży za granicą, osiągnięte dzięki efektowi ekonomii skali, głównie poprzez: (a) połączenie zasobów kadrowych i rzeczowych (np. wspólne biura sprzedaży i agencje); (b) podział ryzyka gospodarczego, źródeł kapitału i popytu; (c) wzajemną wymianę informacji rynkowych, umożliwiającą efektywne lokowanie zamówień; (d) wspólną reklamę i promocję⁶¹. W szczególnych przypadkach kartele eksportowe mogą być wykorzystywane do przeciwdziałania praktykom wspólnych zakupów w kraju importu (np. zagranicznym kartelom przetargowym), a zatem mogą pełnić funkcje ochronne. W niektórych krajach tolerancyjne, czy nawet afirmatywne nastawienie do karteli eksportowych jest otwarcie uzasadniane względami merkantylnymi (zwłaszcza w okresach recesji lub w reakcji na restrykcje importowe innych państw). W szczególności kartelom eksportowym przypisuje się funkcje wspierania krajowego eksportu i podnoszenia konkurencyjności krajowych przedsiębiorstw (zwłaszcza małych i średnich), poprzez zwiększanie ich zdolności do penetracji rynków zagranicznych i skoordynowany marketing (zapewniający efekt ekonomii skali)⁶².

Istnieje pogląd, że uczestnicy krajowych karteli eksportowych mają z natury rzeczy mniejsze udziały w rynkach eksportowych, w porównaniu z uczestnikami karteli międzynarodowych, a tym samym nie są w stanie znacząco ograniczać konkurencji za granicą (nie dysponują siłą rynkową na rynkach zagranicznych)⁶³. Jak się jednak trafnie podnosi, nie ma danych, które uzasadniałyby twierdzenie, że uczestnicy krajowych karteli eksportowych mają zawsze (z reguły czy nawet często) niewielkie udziały w rynkach eksportowych, są natomiast badania wskazujące, że mogą oni posiadać znaczącą siłę rynkową na tych rynkach⁶⁴.

Szczególny status karteli eksportowych, zwłaszcza na gruncie prawa ochrony konkurencji, tłumaczy się czasem argumentując, że nie wszystkie one są motywowane zamiarem maksymalizacji zysków (poprzez ograniczenie konkurencji). Jak się wskazuje, w przeciwieństwie do *stricte* prywatnych karteli, kartele w których tworzenie i funkcjonowanie zaangażowane są aktywnie władze państwowe (*quasi* publiczne, czy nawet *stricte* publiczne kartele eksportowe), mogą realizować znacznie szerszy krąg celów niż tylko zysk (może to być np. promocja zatrudnienia w branżach eksportowych, pozyskiwanie waluty zagranicznej lub realizacja zobowiązań międzynaro-

⁶¹ Zob. F. Jenny, *Export...*, s. 101; R. Molski, *Kartelee...*, s. 24.

⁶² Zob. D.D. Sokol, *What...*, s. 972 i n.; R. Molski, *Kartelee...*, s. 24 i n.

⁶³ Zob. np. J.R. Atwood, *Conflict...*, s. 162.

⁶⁴ Zob. F. Jenny, *Export...*, s. 103 i n.

dowych)⁶⁵. Szczególny przypadek stanowią surowcowe kartele eksportowe z krajów rozwijających się i najmniej rozwiniętych, dla których surowce stanowią główne źródło dochodów z eksportu. Kartele te mogą mieć znaczący wpływ na poziom PKB w tych krajach⁶⁶. Argumentacja odwołująca się do innych niż czysto komercyjne motywów i celów tworzenia karteli eksportowych nie musi jednak przemawiać za traktowaniem karteli publicznych czy *quasi* publicznych odmiennie niż kartele prywatne (skoro negatywny wpływ na konkurencję w obu przypadkach może być taki sam)⁶⁷.

Przykładem karteli eksportowych powstałych przy aktywnym wsparciu władz państwowych mogą być międzynarodowe kartele producentów i eksporterów uranu oraz aluminium. Ten pierwszy powstał w latach 70. dzięki zaangażowaniu rządów Australii, Kanady, RPA i Wielkiej Brytanii, w reakcji na motywowane względami protekcjonistycznymi zamknięcie przez Komisję Energii Atomowej USA rynku amerykańskiego dla zagranicznych producentów tego strategicznego surowca (rolę inspiratora i koordynatora kartelu obejmującego co najmniej 28 wiodących producentów uranu przypisuje się Rio Tinto Zinc – trzeciemu na świecie pod względem wielkości brytyjsko-australijskiemu koncernowi wydobywczemu)⁶⁸. W obawie przed eskalacją interwencji antymonopolowych, którą zwiastował (zakończony ugodą) pozew przeciwko uczestnikom tego kartelu wniesiony przez Westinghouse (amerykańskiego producenta reaktorów nuklearnych), i w związku ze stabilizacją cen uranu na rynku światowym, kartel ów uległ rozwiązaniu w końcu lat 70. Drugi z kolei kartel powstał w połowie lat 90., w obliczu gwałtownego spadku cen aluminium na rynku światowym, pod wpływem zabiegów amerykańskiego przedsiębiorstwa Alcoa, największego na świecie producenta tego produktu. Prezes Alcoa (późniejszy Sekretarz Skarbu USA) zdołał przekonać rząd amerykański do projektu utworzenia globalnego kartelu producentów aluminium, wskazując na konieczność stabilizacji rynku i ochrony przed rzekomym dumpingiem rosyjskich konkurentów. Nawiasem mówiąc, podobny kartel planowano zorganizować także w celu podniesienia cen stali i przywrócenia rentowności amerykańskiego przemysłu stalowego.

⁶⁵ Zob. S.W. Waller, *The Ambivalence of United States Antitrust Policy Towards Single-Country Export Cartels*, NJILB 1989, t. 10, s. 99 i n.

⁶⁶ *Competition and Commodity Price Volatility*, DAF/COMP/GF(2012)11, OECD 2012, s. 373.

⁶⁷ Zob. F. Jenny, *Export...*, s. 104; M. Martyniszyn, *Export Cartels: Is it Legal to Target your Neighbour? Analysis in Light of Recent Case Law*, JIEL 2012, t. 15, nr 1, s. 184.

⁶⁸ Zob. D.L. Spar, *The Cooperative Edge: The Internal Politics of International Cartels*, Ithaca 1994, s. 88 i n.; M.D. Taylor, *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge 2006, s. 57 i n.; M.S. LeClair, *International Commodity Markets and the Role of Cartels*, Armonk 2000, s. 165 i n.

Jednakże z powodu specyfiki światowego rynku producentów stali, w którym uczestniczy o wiele więcej krajów i przedsiębiorstw niż w rynku producentów aluminium, co sprawia, że trudności w organizacji i utrzymaniu globalnego kartelu producentów stali okazały się znacznie większe, projekt ten zakończył się niepowodzeniem⁶⁹.

Status prawny karteli eksportowych na gruncie prawa państw przynależności ich uczestników (państw eksportu), podobnie jak stopień ewentualnego zaangażowania tych państw w tworzenie owych karteli, mogą się znacząco różnić. Przejawem skrajnie negatywnego nastawienia państwa eksportu do karteli eksportowych jest traktowanie ich jako rodzaj najgroźniejszych porozumień ograniczających konkurencję, i w konsekwencji poddanie ich bezwzględnemu (*de iure* lub *de facto*) zakazowi, tzn. traktowanie karteli eksportowych na równi z innymi kartelami wywołującymi szkodliwe skutki na rodzimym rynku. Dzieje się tak wówczas, gdy praktyki kartelowe są powszechnie (*ex lege*) zakazane, a te spośród nich, które są zorientowane wyłącznie na rynki zagraniczne nie są wyłączone spod tego zakazu ani *implicite*, ponieważ regulacja antymonopolowa nie określa terytorialnego zakresu jej obowiązywania, ani też *explicite*, gdyż nie przewiduje ona wyraźnego wyłączenia spod zakazu eksportowo zorientowanych karteli. Tylko nieliczne państwa przyjęły takie rozwiązanie (np. Luksemburg, Rosja, Tajlandia i Urugwaj)⁷⁰. Wyklucza ono (przynajmniej *de iure*) wykorzystywanie karteli eksportowych w ramach polityki promowania narodowych czempionów.

Najczęściej czyste kartele eksportowe są przez państwa eksportu ignorowane lub tolerowane. Dzieje się tak w przypadku, gdy dane państwo nie posiada w ogóle prawa ochrony konkurencji (nie widząc potrzeby jego wdrażania), bądź też przyjmuje dorozumiane (*implicite*) wyłączenie karteli eksportowych spod reżimu tego prawa. Ten drugi przypadek występuje w sytuacji, gdy rodzime prawo ochrony konkurencji reguluje tylko zachowania rynkowe wywołujące (faktycznie lub potencjalnie) skutki na rodzimym terytorium (opierając się na teorii skutków w różnych jej formach). Takie podejście do czystych karteli eksportowych prezentuje np. większość państw członkowskich UE, a także sama Unia, której prawo konkurencji (w części obejmującej praktyki ograniczające konkurencję), opiera się na zasadzie implementacji (wykonania) tych praktyk na terytorium Unii. Czyste kartele eksportowe (zorientowane wyłącznie na rynek pozaunijny) nie podlegają zatem prawu konkurencji UE, ponieważ nie spełniają przesłanki wskazanej

⁶⁹ Zob. J.E. Stiglitz, *Wizja...*, s. 215 i n.; J.E. Stiglitz, *Globalizacja*, Warszawa 2005, s. 158 i n.; F. Jenny, *Competition Law and Policy: Global Governance Issues*, *World Competition Law and Economics Review* 2003, t. 26, nr 4, s. 611 i n.

⁷⁰ M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *The Changing...*, s. 805 i n.

w art. 101 TFUE, która wymaga, aby skutek antykonkurencyjnego porozumienia dotykał handlu między państwami członkowskimi. Mieszane kartele eksportowe są natomiast nieważne z mocy przywołanego postanowienia, a ich uczestnicy mogą podlegać wysokim grzywnom (przyjmuje się, że kartele takie mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi)⁷¹.

Polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów również nie ma zastosowania do antykonkurencyjnych praktyk, w tym karteli, umiejscowionych wprawdzie na terytorium Polski, jednakże wywołujących skutki wyłącznie poza jej terytorium. *Implicite* wynika stąd całkowite zwolnienie czystych karteli eksportowych z obowiązującego ogólnie z mocy art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Dodać przy tym warto, że polskie prawo nie przewiduje mechanizmu rejestracji czy też kontroli takich karteli. Co więcej, brakuje jakichkolwiek danych i opracowań dotyczących porozumień o charakterze kartelowym, zawieranych wyłącznie przez polskich eksporterów. Pojawiają się natomiast czasem opinie, że likwidacja central handlu zagranicznego z okresu gospodarki planowej oraz wprowadzenie wolności gospodarczej spowodowały zjawisko niepożądaną, wzajemnej konkurencji polskich przedsiębiorców (np. budowlanych i rolnych) na rynkach zagranicznych, która prowadzi do spadku uzyskiwanych przez tych przedsiębiorców cen⁷².

W nielicznych państwach przyjęto wyraźne (*explicite*) wyłączenia spod zakazu czystych karteli eksportowych. Wyłączenia te mogą mieć dwojaki charakter. W pierwszym wariantcie wyłączeniu towarzyszy wymóg zgłoszenia (notyfikacji) lub nawet zatwierdzenia (autoryzacji) kartelu eksportowego (takie rozwiązanie funkcjonuje np. w Stanach Zjednoczonych i Australii), w drugim zaś – wymógów takich brak (taki wariant stosuje np. Kanada oraz Islandia)⁷³. Nawiasem mówiąc, wymóg rejestracji karteli eksportowych może zniechęcać ich uczestników do powoływania się na regulacje wyłączające te kartele spod zakazu (zamiast ograniczonego „immunitetu”, który naraża ich na wzmożoną uwagę organów ochrony konkurencji, także zagranicznych, mogą oni preferować zachowanie porozumienia w tajemnicy)⁷⁴. Z kolei

⁷¹ W sprawie tzw. kartelu cukrowego (C-40-48, 50, 54-56, 111 i 114/73, Suiker Unie p. Komisji, Zb.Orz. 1975, s. 1663) ETS orzekł, że wprawdzie porozumienie dotyczyło działań eksportowych, jednak jego skutki uboczne (w postaci ograniczenia konkurencji) musiały nieuchronnie nastąpić także na terytorium WE.

⁷² R. Molski, *Kartele...*, s. 30.

⁷³ Zob. M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *The Changing...*, s. 800; F. Desmarais, *Export...*, s. 45.

⁷⁴ S.J. Evenett, M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s*, WEcon. 2001, t. 24, nr 9, s. 1232 i n.

brak wymogu rejestracji karteli eksportowych, charakteryzujący większość państw (niechętnych ujawnianiu danych o uznawanych za legalne wedle ich własnego prawa praktykach kartelowych rodzimych eksporterów), jest głównym powodem znikomego zasobu informacji dotyczących tego typu karteli.

Stany Zjednoczone, jako kraj o największych tradycjach antymonopolowych, przyjął też najwcześniej (w 1918 r.) pierwsze (archetypowe) *explicite* „eksportowe wyłączenie” spod reżimu prawa antymonopolowego, tj. ustawę Webb-Pomerene Act (WPA), która notabene obowiązuje do dzisiaj. Uzupełniają ją dwie ustawy z 1982 r.: Export Trading Company Act (ETCA) oraz Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA), których celem jest promocja amerykańskiego eksportu poprzez poszerzenie możliwości legalizacji amerykańskich karteli eksportowych⁷⁵. Webb-Pomerene Act ma zastosowanie do zrzeszeń amerykańskich przedsiębiorstw zajmujących się wyłącznie eksportem towarów (nie zaś usług), przy czym obejmuje tylko czyste kartele eksportowe. Oferuje tym przedsiębiorstwom ograniczony immunitet antymonopolowy (przed odpowiedzialnością z tytułu naruszenia przepisów ustawy Shermana), dopuszczając jednak możliwość kwestionowania antykonkurencyjnych praktyk przez władze publiczne i podmioty prywatne w razie przekroczenia granic tego immunitetu, co – w połączeniu z archaicznym, zawiłym i niejednoznacznym brzmieniem przepisów WPA, wyraźnie zniechęca do korzystania z niej⁷⁶. Znamienny w tym kontekście jest fakt, że liczba zrzeszeń eksportowych zarejestrowanych zgodnie z WPA jest znikoma (obecnie jest ich tylko sześć⁷⁷), podobnie jak niewielki jest ich udział w całości amerykańskiego eksportu (w ciągu pierwszych 50 lat obowiązywania tej ustawy wynosił on średnio 2,5 proc.)⁷⁸. Godzi się jednak też zauważyć, że w niektórych segmentach tego eksportu (np. fosfatów, siarki i gumy) udział ten był znacząco wyższy, przekraczając niekiedy nawet połowę wartości eksportu danego produktu⁷⁹. Do dziś zresztą wielu spośród uczestników zrzeszeń eksportowych zarejestrowanych zgodnie z WPA stanowią dominanci rynkowi (najwięksi z nich, jak np. Mosaic czy PotashCorp

⁷⁵ F. Becker, *The Case...*, s. 103.

⁷⁶ Zob. A. Guzman, *Is International...*, s. 1534; J.R. Atwood, *Conflicts...*, s. 155; S.W. Waller, *The Ambivalence...*, s. 104; J.F. McDermid, *The Antitrust Commission and the Webb-Pomerene Act: The Critical Assessment*, Washington and Lee Law Review 1980, t. 37, nr 1, s. 105 i n.

⁷⁷ Dane dostępne pod adresem: <http://www.ftc.gov/policy/reports/webb-pomerene-act-filings>

⁷⁸ A.R. Dick, *Are Export Cartels Efficiency – Enhancing or Monopoly – Promoting?*, University of California, Los Angeles 1990, <http://www.econ.ucla.edu/workingpapers/wp601.pdf>, s. 10.

⁷⁹ Tamże; zob. też F. Jenny, *Export...*, s. 103.

mają wręcz status korporacji globalnych), dysponujący większą siłą rynkową niż ich zagraniczni kontrahenci⁸⁰.

Ułomności WPA skłoniły Kongres USA do uchwalenia ETCA, która adresowana jest już do wszystkich amerykańskich przedsiębiorstw (nie tylko zrzeszeń eksportowych) wspólnie eksportujących towary lub usługi, nawet jeśli eksport stanowi niewielką część ich aktywności gospodarczej, pod warunkiem spełnienia przez nie określonych tą ustawą wymogów. W szczególności zakazują one istotnego ograniczania konkurencji oraz stosowania nieuczciwych metod konkurowania na rynku amerykańskim. Na podstawie ETCA władze amerykańskie mogą wydawać na wniosek zainteresowanych przedsiębiorstw (spełniających odnośne wymogi) tzw. certyfikaty przeglądu (*Certificates of Review, CoR*), które w szczególności eliminują groźbę sankcji publicznych (karnych) za naruszenie zakazu karteli oraz gwarantują ochronę przed kwalifikowaną odpowiedzialnością odszkodowawczą w ramach prywatnych powództw antymonopolowych (dopuszczają jedynie „zwykłe” odszkodowania, wykluczając tzw. potrójne odszkodowania, *treble damages*, dostępne co do zasady w sprawach antymonopolowych⁸¹). W cywilnoprawnych postępowaniach antymonopolowych ETCA zapewnia też posiadaczowi CoR domniemanie legalności określonych w tym dokumencie działań, a także pozwala odzyskiwać koszty prawne od strony powodowej⁸². Nie bez znaczenia jest także fakt, że ETCA pozwala skuteczniej (w porównaniu z WPA) ukrywać aktywność kartelową w eksporcie, gdyż lista posiadaczy CoR nie jest jawna, w odróżnieniu od zrzeszeń zarejestrowanych zgodnie z WPA⁸³. Trzecia amerykańska ustawa chroniąca rodzime kartele eksportowe, tj. FTAA, została uchwalona w związku z wątpliwościami i niespójnymi rozstrzygnięciami dotyczącymi zakresu jurysdykcji amerykańskiego prawa antymonopolowego. Oprócz obniżenia napięcia towarzyszącego konfrontacyjnej polityce eksterytorialnego stosowania tego prawa ustawa ta miała też wzmocnić immunitet antymonopolowy wspólnych przedsięwzięć amerykańskich eksporterów, a w konsekwencji zwiększyć ich konkurencyjność na rynkach zagranicznych. Z mocy tej ustawy działalność eksportowa amerykańskich przedsiębiorstw nie podlega amerykańskiemu prawu antymonopolowemu, chyba że wywołuje „bezpośredni, znaczący i możliwy do przewidzenia sku-

⁸⁰ C.R. Taylor, D.L. Moss, *The Fertilizer Oligopoly: The Case for Global Antitrust Enforcement*, The American Antitrust Institute, Washington 2013, s. 22.

⁸¹ Na temat powództw o potrójne odszkodowanie zob. R. Molski, *Prywatnoprawna ochrona konkurencji w amerykańskim prawie antitrustowym*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2005, z. 3, s. 769 i n.

⁸² M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *The Changing...*, s. 804.

⁸³ A. Bhattacharjea, *Export...*, s. 338.

tek” na rynku amerykańskim lub w sferze amerykańskiego eksportu, jeżeli „skutek ten stanowi podstawę do roszczenia zgodnie z przepisami ustawy Shermana”⁸⁴. Zasadniczo zakłada się, że czyste kartele eksportowe nie wywołują takiego skutku, a zatem nie podlegają amerykańskiemu prawu antymonopolowemu, podobnie jak pozostałe kartele eksportowe, o ile ich skutki na rynku amerykańskim są przypadkowe i nieistotne⁸⁵. Nawiasem mówiąc, z powodu enigmatycznego brzmienia FTAIA ustawa ta nie okazała się remedium na problemy, które miała rozwiązywać⁸⁶.

Analiza prawno-porównawcza regulacji obejmujących kartele eksportowe wskazuje na wyraźny trend ewolucyjny w kierunku eliminacji wyraźnych (*explicite*) wyłączeń spod reżimu antymonopolowego tego typu karteli⁸⁷. Zmiany takiej dokonano m.in. w takich krajach, jak Holandia, Japonia, Korea Południowa, Niemcy, Szwajcaria, Szwecja i Wielka Brytania. Reprezentatywna dla krajów europejskich jest w tym względzie ewolucja niemieckiego prawa ochrony konkurencji. Przed szóstą nowelą GWB (która weszła w życie w 1999 r.), ustawa ta legalizowała *explicite* zarówno czyste, jak i mieszane kartele eksportowe, o ile „służyły ochronie i promocji (krajowego) eksportu”, nie kolidując z zobowiązaniami międzynarodowymi RFN, pod warunkiem spełnienia wymogów notyfikacyjnych (w przypadku czystych karteli eksportowych), bądź też uzyskania autoryzacji (zgody) Federalnego Urzędu Kartelowego⁸⁸. Uchylenie tego wyłączenia w 1999 r. uzasadniano oficjalnie potrzebą dostosowania GWB do „międzynarodowych wysiłków w walce z transgranicznymi ograniczeniami konkurencji”⁸⁹.

Tendencja do eliminacji wyraźnych (*explicite*) wyłączeń spod zakazu karteli eksportowych, jak również redukcji liczby udzielanych wyłączeń tego rodzaju zdaje się odzwierciedlać pożądane wysiłki zmierzające do zapewnienia większej spójności prawa i polityki ochrony konkurencji. W obliczu zauważalnej w wielu krajach radykalizacji tej polityki względem rodzimych i międzynarodowych karteli godzących w konkurencję na rynku krajowym, tolerowanie, czy nawet promowanie tego rodzaju praktyk zorientowanych na

⁸⁴ Zob. J.P. Bauer, *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Further Limitations on the Ability of the Antitrust Regime to Promote Consumer Welfare* [w:] T. Cheng, I. Lianos, D.D. Sokol (red.), *Competition and the State*, Stanford 2014, s. 140.

⁸⁵ F. Becker, *The Case...*, s. 104; B. Sweeney, *Export...*, s. 11.

⁸⁶ Zob. J.P. Bauer, *The Foreign...*, s. 139 i n.; E.T. Swaine, *Cooperation, Comity, and Competition Policy: United States* [w:] A.T. Guzman (red.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford 2011, s. 7; A. Bhattacharjea, *Export...*, s. 338 i n.

⁸⁷ M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *The Changing...*, s. 787 i 806.

⁸⁸ U. Immenga, *Export...*, s. 99 i n.; K.E. Markert, *Recent Developments in German Antitrust Law*, FLR 1975, t. 43, nr 5, s. 709 i n.

⁸⁹ M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *The Changing...*, s. 808.

rynki zagraniczne jest logicznie niespójne, niemoralne i niezgodne z duchem współpracy międzynarodowej⁹⁰. Postawa taka, będąca jaskrawym przykładem uprawiania egoistycznej polityki rozwoju na cudzy koszt⁹¹, narusza w końcu uniwersalną normę, w myśl której nie należy czynić innym tego, czego samemu nie chciałoby się doświadczać⁹². Okazuje się jednak, że rezygnacja z wyraźnych wyłączeń spod zakazu karteli eksportowych, połączona z eliminacją procedur ich notyfikacji i rejestracji, a jednocześnie utrzymanie legalizacji takich karteli poprzez wyłączenia o charakterze dorozumianym (*implicite*), wydatnie ograniczają dostępność informacji o rzeczonych kartelach, która jest szczególnie istotna dla władz ochrony konkurencji oraz poszkodowanych z krajów narażonych na ich skutki⁹³. Dlatego nie bez racji postuluje się czasem, że jeśli już jakieś państwo decyduje się na udzielenie dyspensy spod zakazu dla karteli eksportowych, a nie stoi temu na przeszkodzie żadna norma prawa międzynarodowego, to w imię przejrzystości wyłączenie to powinno być transparentne, tj. wyraźne (*explicite*)⁹⁴, najlepiej w wariantcie z jawnym rejestrem tych karteli.

Prawo tolerujące rodzime kartele eksportowe, czy nawet sprzyjające ich tworzeniu, zasadniczo nie zmienia faktu, że nie mają one zwykle pełnej swobody działania na rynkach zagranicznych, gdyż muszą się liczyć z obowiązującymi tam z reguły regulacjami antykartelowymi. Zasadne w związku z tym jest pytanie, na ile rodzime prawo uczestników karteli eksportowych może zapewnić im ochronę przed sankcjami antymonopolowymi za granicą. Okazuje się, że jeżeli prawo to przewiduje tylko zgodę władzy publicznej na tworzenie karteli eksportowych lub wymóg ich zatwierdzenia, ale nie nakazuje ich tworzenia, z zasady nie będzie w stanie zapewnić skutecznej ochrony przez zagraniczną interwencją antykartelową na podstawie zarzutu działania państwowego (*state action defence*) czy też doktryn: zagranicznego (suwerennego) przymusu (*foreign sovereign compulsion doctrine*) oraz międzynarodowej kurtuazji (*international comity*)⁹⁵. Jeżeli zatem kartel

⁹⁰ Tamże, s. 812.

⁹¹ E.M. Fox, *Competition Law and the Millenium Round*, JIEL 1999, t. 2, nr 4, s. 674.

⁹² R. Molski, *Kartele...*, s. 26.

⁹³ M.C. Levenstein, V.Y. Suslow, *The Changing...*, s. 812.

⁹⁴ F. Becker, *The Case...*, s. 112 i n.

⁹⁵ W myśl tych koncepcji zachowanie prywatnego podmiotu, które jest wymuszone (nakazane) przez zagraniczną władzę publiczną na jej suwerennym terytorium, nie daje podstaw do odpowiedzialności na gruncie prawa ochrony konkurencji. Jednakże obrona na tej podstawie nie jest dostępna, jeżeli kwestionowane zachowanie opiera się zaledwie na zachęcie lub zgodzie zagranicznej władzy; zob. M. Martyniszyn, *A Comparative...*, s. 143 i n.; K. Kowalik-Bańczyk, *State action defence a odpowiedzialność przedsiębiorcy za naruszenie art. 81 lub art. 82 TWE*, EPS 2009, nr 5, s. 19 i n.; A.C. Acampora, *Defenses*

eksportowy działa bez wiedzy władz państwa jego pochodzenia lub jest tam tylko rejestrowany, czy nawet autoryzowany, ale bez aktywnej presji władz na jego utworzenie, a nadto jego bezpośrednie skutki ujawniają się w kraju, który podejmuje interwencję antymonopolową (z reguły na podstawie teorii skutków), wówczas odwołanie się do zarzutu działania państwowego lub suwerennego przymusu nie będzie skuteczne. Nie występuje bowiem wówczas rzeczywisty konflikt (niezgodność) między krajowym prawem konkurencji a jego zagranicznym odpowiednikiem, uzasadniający uwzględnianie suwerennych interesów obcego państwa. Wąską formułę „prawdziwego konfliktu” przyjęto np. w Stanach Zjednoczonych⁹⁶, obejmując nią tylko taką sytuację, kiedy określone zachowanie jest w jednym kraju nakazane prawnie, a w drugim – zakazane (nie jest możliwe jednoczesne respektowanie obu norm). Innymi słowy, jeżeli prawo obce nie wymaga, aby adresat zachowywał się w sposób zakazany przez prawo amerykańskie, to jest to równoznaczne z brakiem „prawdziwego konfliktu”. Podobne stanowisko przyjęto w UE. Przykładem może być precedensowa sprawa międzynarodowego kartelu producentów i eksporterów pulpy drzewnej (Wood Pulp⁹⁷), którego uczestnicy (przedsiębiorstwa spoza UE, m.in. amerykańskie i skandynawskie) nie uniknęły sankcji antykartelowych nałożonych przez Komisję Europejską. Przedsiębiorstwa amerykańskie, zarejestrowane zgodnie z ustawą Webb-Pomerene Act, utrzymywały, że skoro zrzeczenia eksportowe uznano w Stanach Zjednoczonych za zgodne z prawem, Komisja nie powinna tego kwestionować. Ta jednak stanęła jednak stanowczo na stanowisku, że ustawy Webb-Pomerene i Export Trading Company nie chronią amerykańskich eksporterów przed unijnymi sankcjami antykartelowymi. Stanowisko to podtrzymał ETS, zwracając uwagę na fakt, że odnośne zrzeczenia były jedynie dozwolone (*allowed*), nie zaś wymagane (*required*) przez amerykańskie prawo. Stąd też powoływanie się na zarzut działania państwowego uznano za nieuzasadnione w tej sprawie.

to International Antitrust Suits: An Aggregate Approach, FILJ 1981, t. 5, nr 2, s. 456 i n.; B.J. Sweeney, *The Internationalisation of Competition Rules*, London 2010, s. 250 i n.; J.R. Paul, *The Transformation of International Comity*, Law and Contemporary Problems 2008, t. 71, nr 3, s. 19 i n.

⁹⁶ Zob. wyrok SN USA w sprawie Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993). Test „prawdziwego konfliktu” znalazł też potwierdzenie w przyjętych w 1995 r. przez Departament Sprawiedliwości oraz Federalną Komisję Handlu Wytucznych w sprawie stosowania prawa antytrustowego w relacjach międzynarodowych, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>; szerzej zob. R. Molski, *Eksterytorialne...*, s. 20 i n.

⁹⁷ Wyrok TS z 27.9.1988 r. w sprawach połączonych 89, 104, 114, 116, 117 oraz 125 do 129/85, A. Ahlström Osaakeyhtiö i inni p. Komisji, Zb.Orz. 1988, s. 5193.

Jakkolwiek tolerancja lub aprobata karteli eksportowych w kraju ich pochodzenia teoretycznie nie chroni przed konsekwencjami prawa ochrony konkurencji w poszkodowanym kraju, może się jednak zdarzyć, że albo taki kraj nie ma prawa ochrony konkurencji lub jeśli ma (co jest bardziej prawdopodobne), nie jest w stanie go zastosować z powodu trudności w dostępie do materiału dowodowego znajdującego się w kraju eksportu, bądź trudności w egzekucji nałożonych na przedsiębiorstwo zagraniczne sankcji. W praktyce zatem możliwości skutecznej interwencji przeciwko kartelom eksportowym są silnie ograniczone. W braku porozumienia międzynarodowego, zawierającego mechanizm tzw. aktywnej kurtuazji (*positive comity*⁹⁸), kartele eksportowe zazwyczaj nie mogą być efektywnie dyscyplinowane, gdyż władze państwa zdolne do skutecznej interwencji z reguły nie są skłonne tego czynić, natomiast państwo tym zainteresowane nie jest w stanie podjąć skutecznych działań ze względu na niemożność pozyskania niezbędnych informacji i dowodów⁹⁹.

W porównaniu z wyłączeniami (*explicite* lub *implicite*) spod zakazu karteli eksportowych dalej idącą formą protekcji narodowych czempionów jest wprowadzenie prawnego obowiązku uczestnictwa w takich kartelach. Rozwiązanie to chroni bowiem uczestników karteli eksportowych nie tylko przed konsekwencjami naruszenia krajowego prawa ochrony konkurencji, ale może też (przyznając tym przedsiębiorstwom swoisty immunitet antymonopolowy) chronić ich przed zagranicznymi interwencjami antymonopolowymi. Tradycyjnym przykładem tego rodzaju protekcji krajowych eksporterów jest nakaz zawierania karteli eksportowych stosowany niegdyś w Japonii. Państwo to jako pierwsze wprowadziło (w 1925 r.) taki nakaz, adresując go zwłaszcza do małych i średnich przedsiębiorstw, co miało zapewnić konkurencyjność japońskich produktów na rynkach międzynarodowych¹⁰⁰. Podobnie w latach 70. obowiązujące w Japonii prawo nie tylko wyłączało kartele eksportowe spod reżimu krajowego prawa ochrony konkurencji (czyste kartele eksportowe wymagały jedynie zgłoszenia Ministerstwu Handlu Międzynarodowego i Przemysłu, *Ministry of International Trade and Industry*, MITI, a mieszane – jego autoryzacji), ale też wyposażało MITI w kompetencje do stymulowania procesu ich tworzenia poprzez formalnie niewiążące zalecenia

⁹⁸ Koncepcja *positive comity* zakłada, że państwo narażone na skutki antykonkurencyjnych działań przedsiębiorstwa ulokowanego na terytorium innego państwa może zwrócić się do tego ostatniego z wnioskiem o podjęcie odpowiednich środków zgodnych z miejscowymi regułami konkurencji; zob. *Positive Comity*, DAFFE/CLP(99)19, OECD 1999.

⁹⁹ S.W. Waller, *The Ambivalence...*, s. 616.

¹⁰⁰ W. Pape, *Socio-Cultural Differences and International Competition Law*, *European Law Journal* 1999, t. 5, nr 4, s. 449.

administracyjne (*gyoseishido*), a gdyby były one nieskuteczne – w trybie nakazowym¹⁰¹. W tym okresie około 20–25 proc. produkcji eksportowej tego kraju sprzedawano za pośrednictwem karteli eksportowych. W kilku sektorach, np. produkcji przetworzonej żywności i tekstyliów, kartele eksportowe objęły od jednej trzeciej do trzech czwartych całego japońskiego eksportu¹⁰². W połowie lat 80., w głośniejszej sprawie Matsushita¹⁰³, amerykańscy producenci sprzętu telewizyjnego wystąpili z pozwem przeciwko ich japońskim konkurentom, zarzucając im udział w kartelu eksportowym i stosowanie na rynku amerykańskim rażąco niskich cen (tzw. cen drapieżnych, *predatory pricing*), co miało rzekomo prowadzić do wykluczenia z rynku amerykańskich producentów. Strona powodowa argumentowała przy tym, że aby móc stosować drapieżnictwo cenowe w Stanach Zjednoczonych, utworzony i zarejestrowany zgodnie z japońskim prawem kartel eksportowy naliczał zawyżone ceny na rodzimym (japońskim) rynku. Orzekający w tej sprawie Sąd Najwyższy USA nie odniósł się do zasadności powołania się pozwanych na doktrynę zagranicznego (suwerennego) przymusu, uznając ostatecznie, że kwestionowane praktyki nie wyrządzały szkody powodom. Z kolei orzekający wcześniej w tej samej sprawie sąd apelacyjny odrzucił możliwość powołania się na tę doktrynę przez stronę pozwaną, podnosząc *inter alia*, że ta ostatnia nie stosowała się do cen minimalnych ustalonych przez japońskie władze, a nadto, iż odnośny kartel naruszał japońskie prawo w zakresie, w jakim oddziaływał na rodzimy rynek. Sąd ten podniósł też, że japoński mechanizm regulacyjny „zapewniał jedynie parasol ochronny” przed rodzimym (japońskim) prawem ochrony konkurencji. Warto też odnotować, że rząd japoński, występujący w komentowanej sprawie w roli *amicus curiae*¹⁰⁴, w przedłożonym Sądowi Najwyższemu USA dokumencie poparł pozwane przedsiębiorstwa

¹⁰¹ M. Matsushita, *Export Control and Export Cartels in Japan*, HILJ 1979, t. 20, nr 1, s. 123 i n.; M. Matsushita, *The Legal...*, s. 552 i n.; U. Immenga, *Export...*s. 102 i n.

¹⁰² A.R. Dick, *Japanese Antitrust: Reconciling Theory and Evidence*, Contemporary Policy Issues 1993, t. XI, nr 2, s. 56.

¹⁰³ Zob. Matsushita Electric Industrial Co. p. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986); Zenith Radio Corp. p. Matsushita Electric Industrial Corp., 723 F.2d 238 (1983); D. Schwartzman, *The Japanese Television Cartel: A Study Based on Matsushita V. Zenith*, Ann Arbor 1993; G.T. Tong, *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.: Supreme Court Leaves Extraterritorial Antitrust Questions Unanswered*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 1988, t. 10, s. 401 i n.; K.G. Elzinga, *Collusive Predation: Matsushita v. Zenith (1986)* [w:] J.E. Kwoka, Jr., L.J. White (red.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, New York 1999, s. 220 i n.; M. Martyniszyn, *A Comparative...*, s. 150 i n.

¹⁰⁴ O instytucji *amicus curiae* zob. M. Swora, A. Trela, *Amicus curiae w postępowaniu antymonopolowym*, Administracja: Teoria, Dydaktyka, Praktyka 2006, nr 1, s. 79 i n.

oświadczając, iż to on zarządził utworzenie przez nie kartelu, a także ustanowił mechanizm regulacji cen eksportowych. Stanowisko to poparł z kolei rząd amerykański, co było konsekwencją zmian w jego polityce zagranicznej, a także porozumień zawartych przez Stany Zjednoczone i Japonię, zgodnie z którymi ta ostatnia zgodziła się na „dobrowolną kontrolę” (czytaj: wymuszone ograniczenie) eksportu samochodów do Stanów Zjednoczonych. Nawiasem mówiąc, tego rodzaju „dobrowolne ograniczenia eksportu” zostały później zdelegalizowane w ramach porozumień WTO [vide art. 11 ust. 1 lit. b) Porozumienia w sprawie środków ochronnych].

Także bardziej współcześnie próbuje się wykorzystywać konstrukcję administracyjnych przez państwo (przymusowych) karteli eksportowych w celach protekcjonistycznych, tj. dla zapewnienia ich uczestnikom immunitetu antymonopolowego za granicą na podstawie zarzutu działania państwowego bądź też doktryn: zagranicznego (suwerennego) przymusu lub międzynarodowej kurtuazji. Dobrą ilustracją tego rodzaju strategii jest seria postępowań antymonopolowych prowadzonych w Stanach Zjednoczonych przeciwko chińskim przedsiębiorstwom (w większości państwowym), którym zarzucono udział w kartelach ustalających minimalne ceny produktów eksportowanych na rynek amerykański lub też wielkość tego eksportu. We wszystkich tych sprawach (Vitamin C¹⁰⁵, Animal Science¹⁰⁶ oraz Resco¹⁰⁷) pozwane przedsiębiorstwa nie kwestionowały zarzucanych im praktyk, jednak wniosły o oddalenie pozwów powołując się (przy wsparciu chińskich władz) na doktryny: zagranicznego (suwerennego) przymusu, działania państwowego oraz międzynarodowej kurtuazji¹⁰⁸. Stanowisko swe pozwani uzasadniali argumentem, że ich działania (w szczególności wzajemne koordynowanie cen w eksporcie na rynek amerykański) były wymagane przez chiński porządek prawny. Notabene w sprawie Vitamin C rząd chiński przedłożył

¹⁰⁵ In re Vitamin C Antitrust Litigation, 1:06-MD-01738-BMC-JO (E.D.N.Y. Nov. 26, 2013).

¹⁰⁶ Animal Science Products Inc. p. China Nat. Metals & Minerals Import & Export Corp., 702 F. Supp. 2d 320 (D.N.J. 2010).

¹⁰⁷ Resco Products Inc. p. Bosai Minerals Group Co., No. 06-235, 2010 WL 2331069 (W.D. Pa. June 4, 2010).

¹⁰⁸ Zob. M.N. Sohn, J. Solomon, *Lingering Questions on Foreign Sovereignty and Separation of Powers After the Vitamin C Price-Fixing Verdict*, Antitrust 2013, t. 28, nr 1, s. 78 i n.; D.T. Wang, *When Antitrust Met WTO: Why U.S. Courts Should Consider U.S.-China WTO Disputes in Deciding Antitrust Cases Involving Chinese Exports*, Columbia Law Review 2012, t. 112, nr 5, s. 1096 i n.; L. Zimmerman, *Sovereignty-Based Defenses in Antitrust Cases against Chinese Manufacturers: Making Room for Diplomacy*, Brooklyn Journal of International Law 2010, t. 36, nr 1, s. 337 i n.; J. Lee, *Vitamin “C” is for Compulsion: Delimiting the Foreign Sovereign Compulsion Defense*, Virginia Journal of International Law 2010, t. 50, nr 3, s. 757 i n.; M. Martyniszyn, *Export...*, s. 208 i n.

po raz pierwszy w sądzie amerykańskim (w roli *amicus curiae*) dokument mający na celu uwiarygodnienie twierdzeń pozwanych w tej sprawie przedsiębiorstw poprzez wykazanie, że w istocie rzeczy wykonywały one (pod bezpośrednim i aktywnym nadzorem władz ministerialnych) funkcje rządowe autoryzowane przez chińskie prawo. Nawiasem mówiąc, czynnikiem zachęcającym do angażowania się (ingerencji) władz chińskich w politykę cenową rodzimych przedsiębiorstw eksportujących produkty na rynek amerykański jest restrykcyjne amerykańskie prawo antydumpingowe i ekspansywna polityka jego stosowania. Na ironię w tym kontekście zakrawa fakt, że Stany Zjednoczone bez wahania podejmują interwencje antydumpingowe wobec chińskich przedsiębiorstw, jeśli te stosują niskie ceny eksportowe na rynku amerykańskim (nawet jeśli odzwierciedlają one w pełni lokalne koszty), a kiedy władze chińskie wprowadzają mechanizm regulacyjny mający zapobiegać tego rodzaju problemom, chińskie przedsiębiorstwa stają się obiektem interwencji antymonopolowych z powodu naruszenia amerykańskiego zakazu karteli¹⁰⁹. Znamienne jednak, że wszystkie przywołane postępowania antymonopolowe przeciwko chińskim eksporterom inicjowane były przez podmioty prywatne. Pasywna postawa Departamentu Sprawiedliwości USA względem antykonkurencyjnych praktyk, które choćby potencjalnie mogą być uznane za przejaw realizacji suwerennych praw innego państwa, najwyraźniej wskazuje na niechęć rządu amerykańskiego do podejmowania tego rodzaju interwencji. W kontekście polityki promowania narodowych czempionów warto jednak też odnotować, że argument przymusu państwowego rzadko okazuje się skuteczny w cywilnych postępowaniach antymonopolowych przed sądami amerykańskimi. Postępowania w sprawach chińskich karteli eksportowych nie są tu wyjątkiem. Jak dotąd, sądy nie uznały jednoznacznie argumentacji pozwanych w tych sprawach przedsiębiorstw i chińskiego rządu. Krytycznie do zaangażowania się tego ostatniego w proces odniósł się zwłaszcza sąd orzekający w sprawie Vitamin C, kwestionując wiarygodność deklaracji chińskich władz zawierających interpretację chińskiego prawa (oceniono je jako „retrospektywną próbę osłony zachowań pozwanych przed ich antymonopolową weryfikacją”¹¹⁰). Trzeba też pamiętać, że w przypadku skutecznego powołania się na przymus państwowy dla ochrony narodowych czempionów zaangażowanych w administrowane przez państwo kartele eksportowe, przedsiębiorstwa te mogą wprawdzie uniknąć reperkusji antymonopolowych za granicą, niemniej jednak państwo ich przynależno-

¹⁰⁹ E.M. Fox, D. Davis, *Industrial Policy And Competition – Developing Countries As Victims And Users*, Fordham Corporate Law Institute 2006, t. 151, s. 176 i n.; M. Martyniszyn, *Export...*, s. 209, 215–216.

¹¹⁰ M. Martyniszyn, *Export...*, s. 212.

ści, biorąc odpowiedzialność za kwestionowane praktyki handlowe, godzące w interesy gospodarcze innych państw (poprzez ograniczanie importu lub eksportu), naraża się tym samym na interwencje z tytułu naruszenia reguł handlu międzynarodowego (prawa WTO). Potwierdza to reakcja Stanów Zjednoczonych na taktykę zastosowaną przez chińskie władze w opisywanej sprawie chińskich karteli eksportowych. Oficjalne przyznanie przez Chiny, że praktyki kartelowe ich przedsiębiorstw były wymuszone przez chińskie prawo (motywowane zamiarem zapewnienia tym przedsiębiorstwom immunitetu antymonopolowego), sprowokowało Stany Zjednoczone do interwencji na forum WTO, przy czym adresatem zarzutów w tym postępowaniu stały się już same Chiny, a nie ich przedsiębiorstwa¹¹¹. Porozumienia WTO odnoszą się bowiem niemal wyłącznie do poczynań rządów narodowych¹¹², a zatem zasadniczo tylko one mogą być uczestnikami procedur rozstrzygania sporów w ramach DSU, mimo iż spory te dotyczą z reguły bezpośrednio interesów prywatnych przedsiębiorstw. Oznacza to, że rządy państw członkowskich WTO pełnią funkcję „filtra” dla interesów krajowych przedsiębiorstw¹¹³. Warto przy tym zauważyć, że dla przedsiębiorstw zaangażowanych w wymuszone przez państwo kartele eksportowe prowokowane przez nie interwencje na forum WTO (na podstawie prawa handlu międzynarodowego) są korzystniejsze od interwencji antymonopolowych na szczeblu krajowym (zarówno publicznych, jak i prywatnych). W tym pierwszym bowiem przypadku przedsiębiorstwa te mogą zachować dodatkowe korzyści (dochody) uzyskane dzięki udziałowi w praktykach kartelowych, ponieważ nie mogą być bezpośrednio penalizowane. Tym samym mogą zachować przewagę komparatywną nad ich konkurentami z innych krajów¹¹⁴.

Formą najdalej idącej, i jak dotąd najskuteczniejszej, protekcji narodowych czempionów przed zagranicznymi interwencjami antykartelowymi jest bezpośrednie zaangażowanie państw przynależności tych przedsiębiorstw

¹¹¹ Zob. WTO Reports of the Appellate Body, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R; WT/DS395/AB/R; WT/DS398/AB/R, 30.1.2012.

¹¹² Jak przekonuje D. Kukovec (*International Antitrust – What Law in Action*, Indiana International & Comparative Law Review 2004, t. 15, s. 42), to głównie niski poziom odpowiedzialności, legitymacji demokratycznej i przejrzystości WTO nie pozwala jej regulować zachowań podmiotów prywatnych.

¹¹³ Zob. WTO Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12.10.1998, s. 35 i n.; A. Catbagan, *Rights of Action for Private Non-State Actors in the WTO Dispute Settlement System*, Denver Journal of International Law & Policy 2009, t. 37, nr 2, s. 279 i n.; G.C. Shaffer, *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Washington 2003.

¹¹⁴ M. Martyniszyn, *Export...*, s. 217.

w porozumienia o znamionach karteli eksportowych. Stronami (uczestnikami) tych porozumień są bezpośrednio suwerenne państwa, nie zaś (zależne zwykle od nich) przedsiębiorstwa, będące (niekiedy wraz z innymi agendami rządowymi) jedynie wykonawcami uzgodnień przyjmowanych przez te państwa. Z tego względu obiektem ewentualnych zarzutów z tytułu naruszenia zakazu karteli stają się w pierwszej kolejności same państwa uczestniczące w tego rodzaju porozumieniach, bądź też ukonstytuowane na ich podstawie organizacje międzynarodowe. Jedynym, jak dotąd, przykładem tego rodzaju interwencji antymonopolowych są postępowania antykartelowe (z powodużstwa prywatnego) prowadzone w Stanach Zjednoczonych w związku z działalnością OPEC¹¹⁵. Wszystkie zakończyły się niepowodzeniem (z punktu

¹¹⁵ Po raz pierwszy prywatny pozew przeciwko OPEC oraz państwom członkowskim tej organizacji wniesiono pod koniec lat 70. Zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji roszczenia o zaniechanie praktyk kartelowych i potrójne odszkodowanie oddalono. W pierwszym przypadku – m.in. na podstawie doktryny immunitetu państwowego (zob. orzeczenie w sprawie *International Association of Machinists & Aerospace Workers p. OPEC*, 477 F. Supp 553, C.D. Cal. 1979), a w drugim – zarzutu działania państwowego (zob. orzeczenie w sprawie *International Association of Machinists & Aerospace Workers p. OPEC*, 649 F.2d 1354, 9th Cir. 1981). W 2000 r. wniesiono zbiorowy pozew konsumencki (*consumer class action*) przeciwko OPEC jako organizacji międzynarodowej. Sąd pierwszej instancji odrzucił argumentację przyjętą w poprzednich orzeczeniach i skarżone praktyki uznał za naruszające *per se* prawo antytrustowe, nakazując jednocześnie ich zaniechanie (zob. orzeczenie w sprawie *Prewitt Enterprises, Inc. P. OPEC*, No. CV-00-W-0865-S, 2001 WL 624789, N.D. Ala. 2001). Wykonanie tego orzeczenia wstrzymano w wyniku złożonej apelacji; szerzej zob. A.C. Udin, *Slaying Goliath: The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law to OPEC*, *American University Law Review* 2001, nr 50, s. 1321 i n.; S.W. Waller, *Suing OPEC*, *University of Pittsburgh Law Review* 2002, t. 64, s. 105 i n.; M.G. Desta, *The Organization of Petroleum Exporting Countries, the World Trade Organization, and Regional Trade Agreements*, *JWT* 2003, t. 37, nr 3, s. 542 i n. Na marginesie warto też odnotować, że oprócz prób przeciwstawienia się praktykom OPEC za pomocą prywatnych interwencji antykartelowych, w USA rozważano także publicznoprawną interwencję na forum WTO, z wykorzystaniem mechanizmu rozstrzygnięcia międzynarodowych sporów handlowych, a nawet zaskarżenie państw członkowskich OPEC do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości za „naruszanie podstawowych zasad prawa uznawanych przez cywilizowane narody”; zob. M.G. Desta, *OPEC Production Management Practices under WTO Law and the Antitrust Law of Non-OPEC Countries*, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2010, t. 28, nr 4, s. 439 i n.; T. Carey, *Cartel Price Controls vs. Free Trade: A Study of Proposals to Challenge OPEC's Influence in the Oil Market Through WTO Dispute Settlement*, *American University International Law Review* 2009, t. 24, nr 4, s. 792 i n.; S.A. Broome, *Conflicting Obligations for Oil Exporting Nations?: Satisfying Membership Requirements of Both OPEC and the WTO*, *GWILR* 2006, t. 38, nr 2, s. 409 i n.; J.B. Moore, *The Natural Law Basis of Legal Obligations: International Antitrust and OPEC in Context*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2003, t. 36, s. 243 i n.

widzenia ich inicjatorów), co zdaje się potwierdzać tezę, że w praktyce specyficzny (publiczny) charakter karteli państwowych czyni je nie tylko politycznie, ale i prawniczo „nietykalnymi”¹¹⁶. Nawiasem mówiąc, nawet gdyby postępowania te udało się zakończyć orzeczeniami stwierdzającymi naruszenie zakazu praktyk kartelowych, egzekucja tych orzeczeń byłaby niezwykle kosztowna i praktycznie niewykonalna. Wygrana w takich postępowaniach byłaby zatem pyrrusowym zwycięstwem. Wymowną ilustracją zarysowanego problemu jest anegdotyczna już reakcja władz Arabii Saudyjskiej na wystosowane do nich na początku lat 80. żądanie Departamentu Sprawiedliwości USA udostępnienia odpowiednich dokumentów na potrzeby prowadzonego przezeń postępowania wyjaśniającego w sprawie domniemywanych praktyk kartelowych OPEC. Przekazana pewnego dnia przez Saudyjczyków telefoniczna odpowiedź brzmiała: „otrzymacie albo dokumenty, albo ropę, ale nie otrzymacie obu tych rzeczy”¹¹⁷. Nie mniej sugestywnie brzmi oświadczenie wydane przez OPEC w związku z jednym z wzmiankowanych wyżej powodztw wytoczonych przeciwko tej organizacji w Stanach Zjednoczonych, wyrażające pogląd, że: „pozywać do sądu Organizację, której członkami są suwerenne państwa, działające w obronie wspólnych interesów, jak zwykły podmiot komercyjny, jest absurdem naruszającym elementarne zasady prawa”¹¹⁸. W świetle powyższego nie dziwi fakt, że amerykańskie władze antytrustowe, podobnie jak Komisja Europejska, nie zdecydowały się, jak dotąd, na publicznoprawną interwencję antymonopolową przeciwko OPEC lub jej państwom członkowskim. Świadczy to o wysoce realistycznym podejściu tych władz do problemu, świadomych, że próby takie, nawet legitymowane prawnie, byłyby skazane na niepowodzenie, głównie z powodów politycznych¹¹⁹.

Wprawdzie nie można wykluczyć prób przypisania odpowiedzialności (zwłaszcza cywilnoprawnej) z tytułu naruszenia zakazu praktyk kartelowych także przedsiębiorstwom zaangażowanym w realizację państwowych porozumień o znamionach karteli eksportowych (zwłaszcza gdy wykluczona jest odpowiedzialność samych państw, czy też ich organizacji), niemniej jednak

¹¹⁶ M.A. Adelman, *The Clumsy Cartel*, HIR 2001, t. 23, nr 1, s. 23.

¹¹⁷ Cyt. za J.P. Griffin, *When Sovereignities May Collide in the Antitrust Area*, Canada – United States Law Journal 1994, t. 20, s. 93.

¹¹⁸ Cyt. za A. Rodriguez-Araque, *US Bill against OPEC violates most basic legal principles*, OPEC press release nr 6/2001.

¹¹⁹ Zob. A. Rueda, *Price-fixing at the pump. Is the OPEC oil conspiracy beyond the reach of the Sherman Act?*, Houston Journal of International Law 2001, t. 24, s. 1 i n.; por. też J.P. Terhechte, *Applying European Competition Law to International Organizations, The Case of OPEC*, European Yearbook of International Economic Law 2010, s. 203 i n.

próby takie skazane są na niepowodzenie, o czym przekonuje amerykańska praktyka orzecznicza. Po fiasku powództw wytaczanych przeciwko OPEC oraz jej państwom członkowskim do sądów amerykańskich wniesiono sześć pozwów, przekształconych następnie w jeden pozew zbiorowy, przeciwko przedsiębiorstwom naftowym kilku (kluczowych) państw członkowskich tej organizacji (w tym przeciwko Saudi Aramco z Arabii Saudyjskiej oraz PDVSA z Wenezulei) oraz ich zagranicznym filiom¹²⁰. Orzekający w sprawie sąd pozew oddalił uznając, że stanowił on ukrytą próbę zakwestionowania suwerennych decyzji państw członkowskich OPEC w zakresie gospodarki ich zasobami naturalnymi. Sąd wskazał m.in., że pozwane strony nie zawarły, ani też nie przystępowały do kwestionowanych przez powodów (jako nielegalne zmony) porozumień. Porozumienia te, dotyczące limitowania własnej produkcji ropy naftowej, zawarły suwerenne państwa, w ramach wykonywania ich suwerennych praw.

Przykład OPEC jest o tyle specyficzny, że jest to jedyne państwowe porozumienie surowcowe o znamionach kartelu, które okazało się trwałe (zawarto je w 1960 r.), choć jego efektywność, zwłaszcza w ostatnich latach, podawana jest w wątpliwość (twierdzi się wręcz, że to jest kartel dysfunkcyjny)¹²¹. Nawiasem mówiąc, w połowie lat 70. państwa rozwijające się podjęły próbę utworzenia globalnych karteli obejmujących wszystkie ważniejsze surowce (*international commodity agreements*), która jednak zakończyła się całkowitym fiaskiem¹²². Taki sam rezultat przyniosły podejmowane w ostatnich latach zabiegi stworzenia kartelu (na wzór OPEC) obejmującego kluczowych eksporterów gazu ziemnego (*Organization of Gas Exporting Countries*, OGEC)¹²³. Co ciekawe, przeprowadzona w latach 70. w wielu krajach nacjonalizacja zasobów ropy naftowej doprowadziła do sytuacji, w której większością światowych zasobów tego strategicznego surowca dys-

¹²⁰ Zob. In Re Refined Petroleum Products Antitrust Litig., 649 F. Supp. 2d 572 (S.D. Tex. 2009); M.G. Desta, *OPEC...*, s. 457 i n.; C.J. Lento, *Shifting Sands: An Analysis of OPEC Under U.S. Antitrust and EU Competition Law and How the U.S. Oil Boom Might Change It All*, LSU Journal of Energy Law and Resources 2014, t. 2, nr 2, s. 292.

¹²¹ Zob. np. M.A. Adelman, *The Clumsy...*, s. 20 i n.; L.E. Cuervo, *OPEC From Myth to Reality*, Houston Journal of International Law 2008, t. 30, nr 2, s. 528 i n.; W. O'Keefe, *OPEC: The Myth and the Reality*, George C. Marshall Institute Policy Outlook, 6/2014, s. 1 i n.

¹²² Zob. M. Mullany, *OPEC and the Failure of International Cartels*, HIR 1990, t. 12, nr 4, s. 52 i n.

¹²³ Zob. M. Ehrman, *Competition is a Sin: An Evaluation of the Formation and Effects of a Natural Gas OPEC*, ELJ 2006, t. 27, nr 1, s. 175 i n.; R.W. Orttung, I. Overland, *Russia and the Formation of a Gas Cartel*, Problems of Post-Communism 2011, t. 58, nr 3, s. 53 i n.

ponują obecnie i kontrolują jego produkcję już nie globalne (prywatne) koncerny naftowe tworzące grupę tzw. Siedmiu Sióstr, ale narodowe (państwowe) przedsiębiorstwa krajów producenckich (*national oil companies*, NOC), należące do grupy tzw. Nowych Siedmiu Sióstr, z Saudi Aramco na czele – największym producentem ropy naftowej na świecie¹²⁴. Procesowi temu towarzyszyła zmiana struktury rynku ropy naftowej: oligopol prywatnych (zachodnich) koncernów naftowych został zastąpiony porozumieniem kartelowym rządów państw członkowskich OPEC (zaliczanych do państw rozwijających się), wdrażanym przy pomocy narodowych przedsiębiorstw naftowych (z reguły w pełni kontrolowanych przez państwa ich przynależności)¹²⁵. Niewątpliwie jednym z czynników wzmacniających pozycję NOC kosztem ich prywatnych konkurentów było dążenie zasobnych w surowce energetyczne państw OPEC do zagwarantowania sobie maksymalnie wysokiego udziału w korzyściach ekonomicznych z ich eksploatacji, m.in. poprzez wykorzystanie mechanizmu kartelu eksportowego¹²⁶. Wprawdzie NOC są wciąż mniej efektywne i konkurencyjne niż ich prywatni konkurenci (m.in. dlatego, że z woli kontrolujących je państw realizują szerszy zakres celów społeczno-ekonomiczno-politycznych, niż tylko komercyjne), a swoją wartość opierają prawie wyłącznie na kontroli surowca¹²⁷, niemniej jednak to one zdominowały globalną produkcję ropy naftowej i gazu. Mało tego, ich dominacja na tym rynku będzie się jeszcze pogłębiać¹²⁸.

Kończąc uwagi na temat karteli eksportowych oraz ich szczególnego statusu antymonopolowego w kontekście polityki promowania narodowych czempionów przyznać trzeba, że kartele te są faktem w życiu gospodarczym, który próbuje się uzasadniać interesem publicznym. Ogólna ocena karteli eksportowych, a także przejawów ich tolerancyjnego, czy wręcz afirmatyw-

¹²⁴ Zob. R. Uberman, *Własność państwowa przedsiębiorstw sektora paliwowo-energetycznego w kontekście polityki bezpieczeństwa energetycznego*, *Polityka Energetyczna* 2011, t. 14, z. 1, s. 48 i n.; *Changing Role of National Oil Companies in International Energy Markets*, Baker Institute Policy Report 2007, nr 35, http://large.stanford.edu/publications/coal/references/baker/reports/docs/BI_Study_35-1.pdf, s. 1 i n.

¹²⁵ M.A. Al-Moneef, *Vertical Integration Strategies of the National Oil Companies*, *The Developing Economies* 1998, t. 36, nr 2, s. 203 i n.

¹²⁶ Por. R. Uberman, *Własność...*, s. 50.

¹²⁷ Obecnie NOC z państw członkowskich OPEC dysponują ponad 80 proc. światowych zasobów ropy naftowej; zob. *The emergence of the 'international' national oil company*, <http://www.oilgaspost.com/2013/08/12/opec-emergence-international-national-oil-company>, s. 1 i n.

¹²⁸ *Changing Role of National Oil Companies...*, s. 1 i n.; zob. też Z. Dziedzic, *Państwowe monopole czy w pełni liberalny rynek energii – co bardziej sprzyja bezpieczeństwu energetycznemu?*, *Przegląd Strategiczny* 2011, nr 2, s. 357 i n.

nego traktowania przez władze państwa eksportu, niejednokrotnie w celu promowania narodowych czempionów, winna być jednak krytyczna, z kilku co najmniej powodów. Przede wszystkim dlatego, że kartele te służą eksportowi za granicę antykonkurencyjnych praktyk, a jednocześnie czerpaniu na rodzimym rynku korzyści ze zwiększonego w ten sposób eksportu, co – jak już wcześniej podnoszono – narusza uniwersalne normy etyczne. Praktyka ta zaprzecza też literze i duchowi obecnego systemu międzynarodowej wymiany handlowej, ukształtowanego w ramach porozumień WTO¹²⁹. W szczególności może prowadzić do antagonizmów między polityką handlową jednego państwa a polityką konkurencji innego.

Ponadto, polityka promowania narodowych czempionów poprzez instrumentalne wykorzystywanie karteli eksportowych bywa często nieskuteczna (nie osiąga zakładanych celów). Korzyści dla promowanych przedsiębiorstw, które są jednym z motywów tworzenia „rajów kartelowych”, mogą się okazać iluzoryczne w warunkach gospodarki globalnej, m.in. za sprawą niemal powszechnie przyjętej we współczesnych systemach ochrony konkurencji zasady eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji w oparciu o teorię skutków w różnych jej formach (mimo ograniczeń, jakim podlega stosowanie tej zasady)¹³⁰. Unilateralne interwencje antykartelowe o charakterze eksterytorialnym mogą z kolei prowokować konflikty międzynarodowe, a także retorsje handlowe zagranicznych partnerów.

Trzeba wreszcie pamiętać, że kartele eksportowe mogą (paradoksalnie) szkodzić także krajowi eksportu, np. ułatwiając ich uczestnikom angażowanie się w skryte czy nawet jawne zmywy antykonkurencyjne na rodzimym rynku¹³¹. Jest to tym bardziej problematyczne, że w porównaniu z innymi instrumentami polityki promowania narodowych czempionów, np. środkami polityki handlowej, których eliminacja oznacza rzeczywiste wstrzymanie wsparcia publicznego udzielanego jego beneficjentom, zaprzestanie wsparcia przyjmującego postać autoryzowanego (czy nawet sponsorowanego) przez władze publiczne wyłączenia karteli eksportowych spod krajowego reżimu antymonopolowego nie musi prowadzić do ich faktycznej dyskontynuacji¹³².

¹²⁹ Zob. S.W. Waller, *The Internationalization...*, s. 398; podobnie B. Sweeney, *Export...*, s. 10.

¹³⁰ E.M. Fox, *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, NYULR 2000, t. 75, s. 1797.

¹³¹ R. Molski, *Kartele...*, s. 38.

¹³² T.M. Greaney, *Strategic trade and competition policies to assist distressed industries*, Canadian Journal of Economics 1999, t. 32, nr 3, s. 782.

9.2. Dyskryminacyjne traktowanie jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję

Manifestacje dyskryminacyjnej polityki konkurencji względem jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję (w terminologii unijnego prawa konkurencji i regulacjach na nim wzorowanych – nadużyć pozycji dominującej, a w ujęciu amerykańskiego prawa antytrustowego – monopolizacji rynku) motywowanej zamiarem promowania narodowych czempionów są z reguły mniej jaskrawe i jednoznaczne w porównaniu z przejawami stronniczego traktowania wielostronnych praktyk antykonkurencyjnych, zwłaszcza kartelowych. Dzieje się tak dlatego, że powszechny zakaz jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję stanowi bodaj najmniej normatywnie i koncepcyjnie ukształtowaną, a zarazem jedną z najbardziej kontrowersyjnych instytucji prawa ochrony konkurencji. Znamienny w tym kontekście jest fakt, że wysiłki podejmowane w różnych systemach prawa ochrony konkurencji (zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych i UE, a także na forach międzynarodowych, np. w ramach Międzynarodowej Sieci Konkurencji), zmierzające do skodyfikowania (konwergencji) tego obszaru prawa ochrony konkurencji, nie przyniosły – jak dotąd – w pełni satysfakcjonujących rezultatów (nieprzypadkowo skalę trudności tego przedsięwzięcia opisuje się obrazowo jako Mount Everest prawa antymonopolowego)¹³³. Ponieważ jednostronne praktyki ograniczające konkurencję nie są tak konsekwentnie i jednolicie potępiane jak kartele, to nie może też dziwić fakt, że kwalifikacja tych pierwszych jako deliktów antymonopolowych jest zwykle bardziej skomplikowana¹³⁴. W konsekwencji podejście do jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych w poszczególnych systemach ochrony konkurencji może się znacząco różnić. Przykładowo, istnieje wyraźna różnica między utrwaloną w prawie amerykańskim zasadą, że nawet monopolisci mają prawo odmowy kontraktowania (poza wąsko zdefiniowanymi przypadkami), a pojemną unijną zasadą zabraniającą dominantom dyskryminacji, odmowy zawierania umów lub nieuzasadnionego wykluczenia z ryn-

¹³³ R. Tritell, *Objectives of Unilateral Conduct*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc395.pdf>; C.L. Lagdameo, *Climbing Mount Everest with the ICN Unilateral Conduct Working Group*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/ICN-11-27-2012-2.pdf>

¹³⁴ Szerzej w tej kwestii zob. np. M. Szydło, *Nadużywanie...*; K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012; E. Kosiński, D. Wojtczak, *Prawna dopuszczalność i środki relatywizacji zakazu nadużycia pozycji dominującej w Polsce*, RPEiS 2012, z. 4, s. 107 i n.

ku¹³⁵. Jak to wyraziła Eleanor Fox (komentując powyższą dywergencję), to co jest uznawane za antykonkurencyjne i w konsekwencji nielegalne w Stanach Zjednoczonych, niemal z pewnością będzie też nielegalne w UE, jednakże to co jest uznawane za antykonkurencyjne i przez to nielegalne w UE może być w pełni legalne i wręcz popierane jako prokonkurencyjne w Stanach Zjednoczonych¹³⁶.

Promowanie narodowych czempionów poprzez dyskryminacyjną politykę przeciwdziałania jednostronnym praktykom ograniczającym konkurencję może przybierać postać trojkiego rodzaju strategii: 1) nadmiernie tolerancyjnego (pobłażliwego) podejścia do takich praktyk rodzimych dominantów (monopolistów) w ramach krajowego systemu ochrony konkurencji; 2) nadmiernie restrykcyjnego podejścia do jednostronnych praktyk zagranicznych dominantów (monopolistów) lub też 3) utrudniania (blokowania) zagranicznych interwencji antymonopolowych prowokowanych antykonkurencyjnymi praktykami krajowych przedsiębiorstw wywołującymi skutki eksterytorialne.

Tolerowane lub wręcz promowane przez państwo jednostronne praktyki antykonkurencyjne rodzimych dominantów (monopolistów), będących często archetypem narodowych czempionów, mogą polegać w szczególności na: 1) wykorzystywaniu ich siły rynkowej do wywierania nacisku na inne przedsiębiorstwa, np. w ramach krajowego kanału dystrybucji, aby nie sprzedawały one produktów zagranicznych konkurentów, bądź też blokowania tym ostatnim dostępu do rynku krajowego poprzez stosowanie bojkotu handlowego, rabatów za lojalność lub też uniemożliwianie dostępu do niezbędnej infrastruktury; 2) stosowaniu praktyk antykonkurencyjnych, w tym tzw. transferu nadużycia pozycji dominującej, np. w efekcie tzw. subsydiowania skrośnego, w celu wykluczenia z rynku lub osłabienia pozycji konkurencyjnej rywali zagranicznych na rynkach międzynarodowych.

Zarzut dyskryminacyjnego stosowania krajowego prawa ochrony konkurencji z zamiarem blokowania zagranicznym konkurentom dostępu do rynku krajowego, zdominowanego przez rodzimego czempiona, podniosły w połowie lat 90. Stany Zjednoczone przeciwko Japonii w precedensowej sprawie

¹³⁵ Zob. E.M. Fox, *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community – Efficiency, Opportunity, and Fairness*, *Notre Dame Law Review* 1986, t. 61, s. 981 i n.; podobnie W.E. Kovacic, *Convergence and Divergence in the EU and US Competition Policy* [w:] M. Kranodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, UOKiK, Warszawa 2010, s. 490.

¹³⁶ E.M. Fox, *Rule of Law, Standards of Law, Discretion and Transparency*, *SMU Law Review* 2014, t. 67, nr 4, s. 797; E.M. Fox, *Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe is Different*, *AB* 2014, t. 59, nr 1, s. 136 i n.

Kodak/Fuji¹³⁷. Dotyczyła ona antykonkurencyjnych praktyk dominującego na rynku japońskim producenta filmów (klisz) do aparatów fotograficznych oraz papieru fotograficznego – Fuji Film, który posiadając odpowiednio około 70 i 50 proc. udziału w rynku tych produktów stworzył w Japonii, na zasadach wyłączności, własną sieć dystrybucyjną, wykluczając z rynku amerykańskiego konkurenta – Eastman Kodak. Przedmiotem skargi władz amerykańskich wniesionej w 1996 r. do WTO był w szczególności zarzut, że japońskie władze w interesie swego czempiona (Fuji) tolerowały jego systematyczne antykonkurencyjne praktyki na japońskim rynku dystrybucji materiałów fotograficznych lub wręcz nakłaniały do takich praktyk. Praktyki te polegały w szczególności na: 1) stworzeniu „wykluczającej” sieci dystrybucji, opartej na zobowiązaniach hurtowni fotograficznych do wyłącznego zakupu produktów Fuji; 2) stworzeniu „wykluczającej” sieci laboratoriów fotograficznych; 3) stosowaniu „wykluczających” rabatów za lojalność oraz 4) narzucaniu cen odsprzedaży. W opinii Kodaka, kontrolowana przez Fuji sieć dystrybucyjna stanowiła kluczowe urządzenie (*essential facility*)¹³⁸, warunkujące dostęp do szerokiego kręgu japońskich konsumentów¹³⁹. Fuji dopuszczał się także, zdaniem Kodaka, praktyk dumpingowych na ryn-

¹³⁷ WTO Panel Report, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R (31.3.1998).

¹³⁸ W świetle teorii (doktryny) urządzeń kluczowych właściciele (dysponenci) tych urządzeń mają, w określonym zakresie, obowiązek współpracować z konkurentami (celem umożliwienia im dostępu do niezbędnej infrastruktury). Teoria ta zakłada, że monopolista (lub dominant rynkowy) może uzyskać nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną na rynku poprzez pozabawienie konkurentów ich słusznego prawa dostępu do będącej w jego dyspozycji infrastruktury, a w konsekwencji uniemożliwienie im włączenia się w efektywną konkurencję na tym rynku. Dlatego też, przyjmując za cel stworzenie warunków do zaistnienia konkurencji, wprowadza się prawne ograniczenia prawa własności monopolisty (dominanta) oraz jego swobody podejmowania decyzji o wyborze partnerów – przez nałożenie obowiązku umożliwienia innym przedsiębiorstwom (w tym konkurentom) dostępu do kluczowych urządzeń infrastruktury; szerzej zob. *The Essential Facilities Concept*, OCDE/GD(96)113, OECD 1996, s. 7 i n.; A. Capobianco, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and European approach*, *European Law Review* 2001, t. 26, s. 548 i n.; R. Pitofsky, D. Patterson, J. Hooks, *The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law*, ALJ 2002, t. 70, nr 2, s. 443 i n.; M.A. Bergman, *The role of the essential facilities doctrine*, AB 2001, t. 46, nr 2, s. 403 i n.; A.B. Lipsky Jr, J.G. Sidak, *Essential Facilities*, *Stanford Law Review* 1999, t. 51, nr 5, s. 1187 i n.; J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005.

¹³⁹ S. Nagaoka, A. Goto, *Vertical Restraints and Market Access*, *Empirica* 1997, t. 24, s. 25; Y. Kim, G.N. Horlick, *Private Remedies for Private Anti-Competitive Barriers to Trade: The Kodak–Fuji Example*, *Empirica* 1997, t. 24, s. 76; D.I. Backer, W.T. Miller, *Antitrust Enforcement and Nonenforcement as a Barrier to Imports – with Illustrations from the Japanese Film Dispute*, *Empirica* 1997, t. 24, s. 102 i n.

kach zagranicznych (zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych), „subsydując” tę strategię walki konkurencyjnej nadzwyczajnymi profitami uzyskiwanymi na rodzimym (japońskim rynku), konstytuującym tzw. sanktuarium zysku¹⁴⁰. Znamienne, że w tytule petycji o interwencję skierowanej do władz amerykańskich Kodak określił (prowokująco) kwestionowane działania swego rywala i japońskich władz mianem „prywatyzowania protekcji” („*privatizing protection*”)¹⁴¹. Orzekający w sprawie panel WTO stwierdził jednak, że Stany Zjednoczone nie zdołały udowodnić związku pomiędzy działaniami japońskich władz a praktykami Fuji, tym samym uznając, iż żadne działania tych władz nie naruszały prawa WTO, natomiast kwestionowane antykonkurencyjne praktyki Fuji miały charakter prywatny, i jako takie nie podlegały reżimowi prawnemu (jurysdykcji) tej organizacji¹⁴². Amerykańskie władze, a także sam Kodak, kierowały zastrzeżenia dotyczące praktyk Fuji również bezpośrednio do japońskich władz antymonopolowych, które jednak nie dopatrzyły się w tych praktykach naruszenia japońskiego prawa antymonopolowego, twierdząc, że japoński rynek materiałów fotograficznych, w tym kanałów ich dystrybucji, był wystarczająco dostępny dla wszystkich przedsiębiorstw, zarówno krajowych, jak i zagranicznych, co rzecz jasna nie spotkało się z przychylnym przyjęciem w Stanach Zjednoczonych¹⁴³.

Przywołana sprawa dobrze ilustruje sygnalizowane na wstępie tego podrozdziału rozbieżne spojrzenia na ograniczające konkurencję praktyki dominantów rynkowych. O ile amerykańskie władze w kwestionowanych praktykach dostrzegły umiejętnie koordynowany i zręcznie zakamuflowany przez władze japońskie plan wykluczenia z rynku japońskiego konkurencyjnych produktów (w szczególności Kodaka), o tyle władze japońskie utrzymywały, że ich działania zmierzały do zwiększenia efektywności gospodarczej i ochrony małych i średnich dystrybutorów przed dużymi¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Zob. S. Nagaoka, A. Goto, *Vertical...*, s. 25; K. Iida, *Legalization and Japan: The Politics of WTO Dispute Settlement*, London 2006, s. 120; N. Delener, *Strategic Planning and Multinational Trading Blocs*, Westport 1999, s. 130 i n. Mianem sanktuariów zysku zwykło się określać rynki charakteryzujące się różnorodnymi barierami granicznymi, które niekoniecznie mają charakter publiczny i są nielegalne w kategoriach prawa handlu międzynarodowego, niemniej jednak pozwalają działającym na tych rynkach przedsiębiorstwom utrzymywać nienaturalnie wysokie poziomy cen (np. dzięki swobodzie zawierania antykonkurencyjnych porozumień); zob. R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 242.

¹⁴¹ K. Iida, *Legalization...*, s. 101.

¹⁴² Szerzej zob. M. Matsushita, *Basic Principles of the WTO and the Role of Competition Policy*, Washington University Global Studies Law Review 2004, t. 3, nr 2, s. 369 i n.

¹⁴³ M.M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge 2003, s. 220; K. Iida, *Legalization...*, s. 113 i n.

¹⁴⁴ R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 239.

W 2004 r. w sprawie Telmex¹⁴⁵ panel WTO po raz pierwszy wydał orzeczenie w jednoznacznie antymonopolowej sprawie, uznając tym razem racje Stanów Zjednoczonych, zarzucających Meksykowi m.in. ciche promowanie (wbrew jego zobowiązaniom antymonopolowym wynikającym z Układu ogólnego w sprawie handlu usługami, GATS¹⁴⁶) antykonkurencyjnych praktyk dominującego na meksykańskim rynku zasiedziałego (ekspansyjnego) operatora telekomunikacyjnego Telmex, który przed prywatyzacją (w 1990 r.) traktowany był jak „klejnot koronny” Meksyku, a nawet po niej cieszył się protekcją meksykańskiego rządu, rutynowo uprawiającego politykę pasywnego wdrażania prawa mającego stymulować konkurencję oraz inwestycje zagraniczne¹⁴⁷. Panel uznał w szczególności, że władze meksykańskie: 1) wyposażyły jednego, lokalnego i zarazem dominującego operatora telekomunikacyjnego w rządowy mandat do narzucania nadmiernie wysokich cen za połączenia międzynarodowe, utrwalając tym samym jego faktyczny monopol na tego rodzaju usługi (ze szkodą dla handlu i konkurencji); 2) nie podjęły „odpowiednich środków” w celu zapobieżenia antykonkurencyjnym praktykom dominującego operatora, skutecznianym samodzielnie bądź też w ramach koordynowanego przez niego kartelu z udziałem innych lokalnych operatorów¹⁴⁸.

Przywołane wyżej przykłady ilustrują strategię promowania narodowych czempionów poprzez umożliwianie im ograniczania konkurencji ze strony rywali zagranicznych głównie na rodzimych rynkach. Polityka ta może jednak też zmierzać do pobudzania ekspansji narodowych czempionów na rynkach zagranicznych. W tym celu pozwala się czasem narodowym dominantom

¹⁴⁵ WTO Panel Report, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R (2.4.2004).

¹⁴⁶ Zob. obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z 23.2.1998 r. w sprawie ogłoszenia załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. nr 34, poz. 195, z późn. zm.

¹⁴⁷ Zob. L. Estella, O. Nagle, *Antitrust in the International Telecommunications Sector: The United States Challenges Mexico's Telmex Monopoly*, *Inter-American Law Review* 2002, t. 32, nr 2/3, s. 185.

¹⁴⁸ Zob. I. De León, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*, Alphen aan den Rijn 2009, s. 404 i n.; D.D. Sokol, *Barriers to Entry in Mexican Telecommunications: Problems and Solutions*, *Brooklyn Journal of International Law* 2001, t. 27, nr 1, s. 20 i n.; E.M. Fox, *The WTO's First Antitrust Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition*, *JIEL* 2006, t. 9, nr 2, s. 276 i n.; E.M. Fox, D. Healey, *When the State Harms Competition – the Role for Competition Law*, *ALJ* 2014, t. 79, nr 3, s. 772; H.A. Truskett, „*This Does Not Matter in Mexico*”: *Mexico-U.S. Competition Law – Conflicts and Resolutions*, *Houston Journal of International Law* 2008, t. 30, nr 3, s. 793 i n.; S.A. Singham, D.D. Sokol, *Public Sector Restraints: Behind-the-Border Trade Barriers*, *Texas International Law Journal* 2004, t. 39, s. 643 i n.

(z pobudek strategicznych), na wykorzystywanie nadzwyczajnych zysków osiąganych na krajowym rynku (np. dzięki przyznanym tym przedsiębiorstwom przez państwo przywilejom monopolowym), do skróśnego subsydiowania antykonkurencyjnej aktywności za granicą w ramach tzw. transferu pozycji dominującej na rynki niezdominowane (z zysków tych finansuje się np. agresywne praktyki cenowe na rynkach zagranicznych, wymierzone w zagranicznych konkurentów). Zarzut stosowania tego rodzaju praktyk spotkał np. Deutsche Post, która korzystając z zawyżonych zysków osiąganych na rynku krajowym dzięki utrzymywanemu przez państwo jej monopolowi na niektóre powszechne usługi pocztowe, a także udzielonej jej (notabene niezgodnie z prawem unijnym) pomocy państwa, rozwinęła ekspansywną strategię na międzynarodowych rynkach logistycznych (włącznie z licznymi przejściami konkurencyjnych operatorów pocztowych oraz drapieżną redukcją cen oferowanych na tych rynkach usług)¹⁴⁹.

Nie sposób pominąć w tym miejscu chwiejnego stanowiska amerykańskich władz antymonopolowych w sprawie niektórych praktyk rynkowych spółki Microsoft – superdominanta *par excellence* w skali globalnej na rynku oprogramowania komputerowego i niekwestionowanego narodowego czempiona w oczach wielu Amerykanów (i nie tylko)¹⁵⁰, obciążonego swego czasu przez te władze m.in. zarzutem monopolizacji rynku, zakazanej przez ustawę Shermana. W sprawie tej, którą pod względem doniosłości dla tzw. nowej gospodarki¹⁵¹ porównuje się do ikonicznej dla tzw. starej gospodarki

¹⁴⁹ Zob. decyzję KE z 20.3.2001 r. w sprawie Deutsche Post AG (COMP/35.141), Dz.Urz. WE 2001 L 125 z 5.5.2001, s. 27; M.A. Bergman, *A prohibition against losses? The Commission's Deutsche Post Decision*, ECLR 2001, t. 22, nr 8, s. 351 i n.; D.D. Sokol, *Express Delivery and the Postal Sector in the Context of Public Sector Anti-Competitive Practices*, NJILB 2003, t. 23, s. 357 i n.; L. Flynn, C. Rizza, *Postal Services and Competition Law: A Review and Analysis of the EC Case-Law*, W.Comp. 2001, t. 24, nr 4, s. 475 i n.; T.J. Brennan, *Should the Flamingo fly? Using competition law to limit the scope of postal monopolies*, AB 2005, t. 50, nr 1, s. 218 i n.; D.E.M. Sappington, J.G. Sidak, *Competition Law for State-Owned Enterprises*, ALJ 2003, t. 71, s. 482 i n.; W. Kerber, O. Budzinski, *Competition...*, s. 42 i n.

¹⁵⁰ Zob. np. M. Furse, *United States v Microsoft: Ill-Considered Antitrust*, International Review of Law Computers & Technology 1998, t. 12, nr 1, s. 101.

¹⁵¹ Terminu „nowa gospodarka” (*new economy*) używa się zazwyczaj w odniesieniu do branży technologii informatycznych i pokrewnych, a czasem też branży biotechnologicznej i farmaceutycznej. Konkurencja w nowej gospodarce (w odróżnieniu od „starej”) koncentruje się na inwestycjach w badania i rozwój oraz prawach własności intelektualnej. Wysoka innowacyjność w wielu branżach nowej gospodarki deprecjonuje, a czasem wręcz eliminuje stare modele gospodarowania czy nawet całe branże przemysłu, kreując nowe (*vide* np. rozwój handlu elektronicznego i jego skutki dla handlu tradycyjnego). Zdaniem wielu komentatorów, specyfika nowej gospodarki (z jej fundamentalnie dynamicznym procesem

sprawy o monopolizację rynku przez Standard Oil¹⁵², przynajmniej niektórzy komentatorzy, zwłaszcza spośród zwolenników *realpolitik*, są skłonni dopatrywać się motywacji strategiczno-politycznych po stronie zwolenników ugody, która ostatecznie zakończyła spór między amerykańskimi władzami antymonopolowymi a Microsoftem¹⁵³. Początkowo Departament Sprawiedliwości USA (popierany przez dwudziestu prokuratorów stanowych), a także federalny sąd okręgowy (pierwszej instancji), zajęły stanowisko, że Microsoft nadużył monopolistycznej pozycji wynikającej z posiadania systemu operacyjnego Windows w sposób niespotykany od czasów rozkwitu Standard Oil¹⁵⁴. W konsekwencji sąd okręgowy postanowił orzec (nieprawomocnym wyrokiem) spektakularną sankcję, postrzeganą jako swoista „korporacyjna kara śmierci”, nakazując podział Microsoftu na dwie odrębne (niezależne) spółki (tzw. *Baby Bills*)¹⁵⁵, z których jedna miała dysponować prawami do systemu operacyjnego Windows, a druga – do pozostałych aplikacji¹⁵⁶. Sąd apelacyjny uznał wprawdzie ustalenia sądu okręgowego dotyczące stanu faktycznego sprawy, zakwestionował jednak zasądzony podział spółki. Ostatecznie, po objęciu władzy przez administrację Prezydenta Georga W. Busha w 2001 r., wyznającą ideologię *laissez-faire*, spór między Departamentem Sprawiedliwości USA a Microsoftem zakończono ugodą (przyjętą przez sąd okręgowy)¹⁵⁷. W związku z takim obrotem sprawy pojawiły się opinie, że gigant z Redmont

konkurencji na polu innowacyjności) stwarza nowe wyzwania dla prawa antymonopolowego, często bazującego na statycznym modelu konkurencji; szerzej zob. R.A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 106, listopad 2000, <http://ssrn.com/abstract=249316>; M. Cooper, *Antitrust as Consumer Protection in the New Economy: Lessons from the Microsoft Case*, Hastings Law Journal 2001, t. 52, s. 813 i n.; J.M. Jacobson, *Do We Need a „New Economy” Exception for Antitrust?*, Antitrust Magazine 2001, t. 16, nr 1, s. 89 i n.

¹⁵² Standard Oil Co. of New Jersey p. United States, 221 U.S. 1,31 (1911).

¹⁵³ Zob. R.J.R. Peritz, *The Microsoft chronicles* [w:] L. Rubini (red.), *Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case*, Cheltenham 2010, s. 205–206 i 219; F.J. Lorca, *Microsoft Corporation vs. the U.S. Court of Justice and the European Community*, Jean Monnet/Robert Schuman Working Paper Series 2009, t. 9, nr 10, s. 12; E.M. Fox, „*We Protect Competition, You Protect Competitors*”, W.Comp. 2003, t. 26, nr 2, s. 158.

¹⁵⁴ Rockefeller stworzył pierwszą ogólnokrajową fizyczną sieć dystrybucji produktów naftowych, natomiast Gates – pierwszą wirtualną sieć światowych standardów oprogramowania komputerowego, przy czym w obu przypadkach amerykańskie władze antymonopolowe dopatrzyły się poważnych naruszeń prawa antytrustowego.

¹⁵⁵ United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp.2d 59 (D.D.C. 2000).

¹⁵⁶ R.J.R. Peritz, *The Microsoft...*, s. 205.

¹⁵⁷ Na temat przywoływanej sprawy zob. T. Bagdziński, *Wiązanie Internet Explorer z Windows na tle historii postępowań antytrustowych przeciwko Microsoftowi w Stanach Zjednoczonych* [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku*.

został pozostawiony w całości (w odróżnieniu od Standard Oil, który został podzielony na 33 spółki) w celu utrzymania globalnej dominacji Stanów Zjednoczonych w sektorze technologii informatycznej¹⁵⁸. Jak się wydaje, nie bez wpływu na stanowisko władz amerykańskich w tej sprawie były też przestrogi Microsoftu, że restrykcje wymierzone w jego strategię rynkowe mogą zagrażać gospodarce Stanów Zjednoczonych. Wszak Microsoft jest niebagatelnym źródłem dochodów eksportowych tego kraju. Argument ten kojarzy się nieodparcie z często cytowaną wypowiedzią przypisywaną prezesowi największego amerykańskiego koncernu motoryzacyjnego, Charlesowi Wilsonowi, który na początku lat 50. miał przekonywać Kongres, że „to co jest dobre dla General Motors, jest dobre dla kraju”¹⁵⁹. Microsoft zagroził też przeniesieniem swojej siedziby do Kanady w poszukiwaniu lepszych warunków rozwoju¹⁶⁰. W obliczu takiej groźby władze antymonopolowe są właściwie bezbronne, nie dziwi więc, że wykazują skłonność do nieinterweniowania nawet wówczas, gdy praktyki narodowego czempiona mogą budzić poważne zastrzeżenia. Przychylne w końcu stanowisko amerykańskich władz wobec Microsoftu nie ograniczało się przy tym do korzystnej dla tego przedsiębiorstwa oceny jego praktyk rynkowych w świetle rodzimego prawa antytrustowego. Władze te stały się też sojusznikiem Microsoftu w jego sporach z zagranicznymi władzami antymonopolowymi. Dość wspomnieć o wypowiedzi jednego z wysokich urzędników Departamentu Sprawiedliwości USA (odpowiedzialnego za sprawę antymonopolowe), który „przestrzegał” Europę, aby nie nękała Microsoftu za działania, które uznano za legalne na gruncie prawa amerykańskiego¹⁶¹. W podobnym duchu wypowiedział się wcześniej inny przedstawiciel tych władz, komunikując Komisji Europejskiej (wkrótce po wycofaniu zarzutów Departamentu Sprawiedliwości USA o monopolizację rynku przez innego ówczesnego amerykańskiego czempiona – IBM), że jej zamiar nakazania udostępnienia przez IBM zmian

Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii, Warszawa 2008, s. 134 i n.; N. Economides, *The Microsoft Antitrust Case*, JICT 2001, t. 1, nr 1, s. 7 i n.

¹⁵⁸ R.J.R. Peritz, *The Microsoft...*, s. 205.

¹⁵⁹ T.A. Crumm, *What is Good for General Motors?: Solving America's Industrial Conundrum*, New York 2010, s. 1. W wersji oryginalnej i niezniekształconej wypowiedź ta brzmiała następująco: „*What is good for the country is good for General Motors and vice versa*”.

¹⁶⁰ C. Arup, *The New World Trade Organization Agreements: Globalizing Law Through Services and Intellectual Property*, Cambridge 2000, s. 286.

¹⁶¹ Zob. E.M. Fox, *International Antitrust and the Doha Dome*, *Virginia Journal of International Law* 2003, t. 43, s. 923; zob. też polemiczne stanowisko władz amerykańskich względem decyzji KE w sprawie Microsoft: http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm

w interfejsie jest bezpodstawny¹⁶². Z kolei w 2005 r. Departament Sprawiedliwości USA w równie niespotykany sposób poddał krytyce koreańskie władze antymonopolowe po tym, jak zmusiły one Microsoft do zmiany jego polityki handlowej w Korei Południowej¹⁶³.

Ostatnio wzmożoną uwagę teoretyków i praktyków prawa antymonopolowego przykuwa chińskie prawo ochrony konkurencji i proces jego wdrażania, także w kontekście analizowanego tu problemu protekcjonizmu antymonopolowego w postaci permissywnego traktowania jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych narodowych czempionów. Przypadek ten budzi tym większe zainteresowanie, że obrona przez chińskie władze strategia postrzegana jest niejednokrotnie jako skuteczna¹⁶⁴. Chińskiemu protekcjonizmowi antymonopolowemu sprzyja niewątpliwie historycznie uwarunkowana nieufność Chin wobec zagranicy¹⁶⁵, a także fakt, że polityka konkurencji nie ma w Państwie Środka bogatych tradycji (do lat 90. konkurencja budziła tam powszechnie pejoratywne konotacje, do tego stopnia, że przydano jej epitet „kapitalistycznego monstrum”)¹⁶⁶. Nie bez znaczenia w tym względzie są też kultywowane w chińskim społeczeństwie a wywodzące się z tradycji konfucjańskiej specyficzne wartości oraz normy etyczne i moralne (w tym porządek, harmonia, lojalność i altruizm), w świetle których „uczciwa konkurencja” ma opierać się na harmonijnych relacjach między konkurentami, kontrahentami i nabywcami, co ma niewiele wspólnego z pojmowaniem konkurencji na gruncie konserwatywnych neoklasycznych teorii ekonomii¹⁶⁷.

Pierwszą kompleksową ustawę antymonopolową przyjęto w Chinach dopiero w 2007 r. (weszła w życie rok później)¹⁶⁸, przy czym przez pierwszych

¹⁶² E.M. Fox, *International...*, s. 923.

¹⁶³ M.R. Joelson, *An International Antitrust Primer: A Guide to the Operation of United States, European Union, and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, Alphen aan de Rijn 2006, s. 159.

¹⁶⁴ Zob. M.R. Di Tommaso, S.O. Schweitzer, *Industrial Policy in America: Breaking the Taboo*, Cheltenham 2013, s. 16.

¹⁶⁵ Zob. J.A. Berry, *Anti-Monopoly Law in China: A Socialist Market Economy Wrestles with Its Antitrust Regime*, *International Law & Management Review* 2005, t. 2, s. 146; D.J. Gerber, *Economics, Law & Institutions: The Shaping of Chinese Competition Law*, *Washington University Journal of Law & Policy* 2008, t. 26, s. 298.

¹⁶⁶ Zob. D.J. Gerber, *Economics...*, s. 290 i n.; S.H. Harris, Jr., R.J. Ganske, *The Monopolization and IP Abuse Provisions of China's Anti-monopoly Law: Concerns and a Proposal*, *ALJ* 2008, t. 75, nr 1, s. 224.

¹⁶⁷ Szerzej zob. T.J. Horton, *Confucianism and Antitrust: China's Emerging Evolutionary Approach to Anti-Monopoly Law*, *International Lawyer* 2013, t. 47, nr 2, s. 193 i n.

¹⁶⁸ Tekst tej ustawy (w kilku wersjach językowych) dostępny jest pod adresem: <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/announcement/200712/20071205277972.html>. Prace nad tą ustawą trwały ponad dekadę, a niebagatelny udział w spowalnianiu procesu legisla-

pięć lat obowiązywania znajdowała ona sporadyczne zastosowanie (z tego też powodu zyskała metaforyczne miano „bezzębego tygrysa”, „*toothless tiger*”)¹⁶⁹. Przebieg procesu legislacyjnego tej ustawy, w powiązaniu z implikowanym tradycją chińską jej osobliwym często, idiosynkratycznym brzmieniem oraz wysoce dyskrejonalnymi kompetencjami, jakie przyznała ona władzom antymonopolowym, wzbudziły u wielu komentatorów obawy, że władze te, kultywując subordynację polityki konkurencji względem polityki przemysłowej, będą używały odnośnej regulacji jako instrumentu wspomagania rodzimych przedsiębiorstw kosztem ich zagranicznych rywali¹⁷⁰. Pojawiły się w związku z tym supozycje, że m.in. za sprawą wpływowych lokalnych konglomeratów ustawa ta będzie miała nader ograniczone zastosowanie do rodzimych, zwłaszcza kontrolowanych przez państwo, przedsiębiorstw¹⁷¹. Sprzyjać temu może już choćby umieszczenie wśród jej celów (art. 1) wysoce niejednoznacznych, polimorficznych i niezdefiniowanych normatywnie kategorii „ochrony społeczno-publicznego interesu” („*safeguarding [...] social public interest*”) oraz „promowania zdrowego rozwoju socjalistycznej gospodarki rynkowej” („*promoting the healthy development of the socialist market economy*”), których wykładnia może uzasadniać np. określone zwolnienia spod reżimu antymonopolowego obejmujące właśnie przedsiębiorstwa państwowe¹⁷². Podstawą takich zwolnień może być zwłaszcza przekonanie, że duże przedsiębiorstwa państwowe, postrzegane jako „główny motor

cyjnego miały wpływowe grupy interesu, w tym przedsiębiorstwa państwowe, obawiające się utraty posiadanych przywilejów; zob. Z. Huo, *A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of The People's Republic of China*, *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 2008, t. 10, nr 1, s. 32 i n., s. 36 i n.

¹⁶⁹ Zob. C. Wu, Z. Liu, *A Tiger Without Teeth? Regulation of Administrative Monopoly Under China's Anti-Monopoly Law*, *Review of Industrial Organization* 2012, t. 41, s. 144; Z. Huo, *A Tiger...*, s. 32 i n.; T. McArver, *Stepping up enforcement of China's Antimonopoly Law*, *China Analysis* 2014, nr 12, http://www.ecfr.eu/page/-/ECFR123_Your_investment_our_economy.pdf, s. 8.

¹⁷⁰ Zob. A.H. Zhang, *Bureaucratic Politics and China's Anti-Monopoly Law*, *Cornell International Law Journal* 2014, t. 47, s. 672 i n.; B. Ryberg, *Pro-Competitive or Protective? The Chinese Anti-Monopoly Law, Implications for the United States, and Bilateral Antitrust Cooperation as an Effective Responses*, *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 2010, t. 18, s. 530; N. Bush, Y. Bo, *Disentangling Industrial Policy and Competition Policy in China*, 2011, <http://www.theantitrustsource.com>, s. 4 i n.; S.V. Uytsel, *China's Antimonopoly Law and its Recurrence to Standards: Economic Development or Rent-Seeking?* [w:] G.P. McAlinn, C. Pejovic (red.), *Law and Development in Asia*, Abingdon 2012, rozdział 10.

¹⁷¹ B. Ryberg, *Pro-Competitive...*, s. 530.

¹⁷² Zob. Z. Huo, *A Tiger...*, s. 45; B. Ryberg, *Pro-Competitive...*, s. 531; X. Wang, *The Evolution of China's Anti-Monopoly Law*, Cheltenham 2014, s. 358.

napędowy rozwoju gospodarczego”, są „zbyt ważne”, aby narażać je na konkurencję¹⁷³. Znamienna w tym kontekście jest deklaracja chińskiego Ministra Handlu, iż szczególnie charakter „socjalistycznej gospodarki rynkowej” w odniesieniu do reżimu antymonopolowego wyraża się w wiodącej roli, jaką w tej gospodarce pełni własność publiczna¹⁷⁴. Także w doktrynie wyrażany jest pogląd, że dopóki władze Chin pozostaną wierne ideologii socjalistycznej, własność państwowa zachowa w gospodarce tego kraju miejsce „pierwsze wśród równych”¹⁷⁵. Zwolnienia spod reżimu antymonopolowego obejmujące przedsiębiorstwa państwowe mogą być też elementem chińskiej (rządowej) strategii „działania globalnego” („*China Goes Global*”), motywującej te przedsiębiorstwa od ponad dekady do prowadzenia intensywnej (żeby nie powiedzieć agresywnej) polityki inwestycji zagranicznych (co, nawiasem mówiąc, nie zawsze spotyka się z akceptacją zagranicy)¹⁷⁶.

Chińska ustawa antymonopolowa zawiera niemało przepisów, które wyraźnie uprzywilejowują określone (zwykle duże) przedsiębiorstwa państwowe. W kontekście problemu dyskryminacyjnego podejścia do jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych uwagę zwraca szczególnie jej art. 6, który ustanawia generalny zakaz nadużywania przez przedsiębiorstwa pozycji dominującej, a także art. 7, wprowadzający szczególnie reżim obejmujący tzw. sektory strategiczne („*lifeline sectors*”), w których kluczową rolę odgrywają najważniejsze przedsiębiorstwa państwowe (będące własnością państwa lub przez nie kontrolowane), a także przedsiębiorstwa korzystające z monopolu prawnego. Sektory te nie zostały zdefiniowane w ustawie, natomiast specjalna komisja powołana do zarządzania chińskimi przedsiębiorstwami państwowymi (*State-owned Assets Supervision and Administration Commission*, SASAC), wskazała siedem strategicznych sektorów, które pozostają

¹⁷³ Zob. A.H. Zhang, *Taming the Chinese Leviathan: Is Antitrust Regulation a False Hope?*, *Stanford Journal of International Law* 2015, t. 51, nr 2, s. 47; A.H. Zhang, *The Single-Entity Theory: An Antitrust Time Bomb for Chinese State-Owned Enterprises?*, *JCLE* 2012, t. 8, nr 4, s. 806 i n.; Z. Huo, *A Tiger...*, s. 45; H.S. Harris, Jr., *The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*, *Chicago Journal of International Law* 2006, t. 7, nr 1, s. 174 i 176; *State Owned Enterprises in China: Reviewing the Evidence*, OECD, 26.1.2009, <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporate-governanceofstate-ownedenterprises/42095493.pdf>. Na temat roli sektora publicznego w rozwoju chińskiej gospodarki zob. też A. Gabriele, *The Enhanced Role of the State in China's Industrial Development*, *Economics, Management & Financial Markets* 2009, t. 4, nr 3, s. 44 i n.

¹⁷⁴ X-Ch. Zhang, *An Anti-Monopoly Legal Regime in the Making in as a Socialist Market Economy*, *International Lawyer* 2009, t. 43, nr 4, s. 1474.

¹⁷⁵ Zob. A.H. Zhang, *Taming...*, s. 47.

¹⁷⁶ Zob. M. Du, *When China's National Champions Go Global: Nothing to Fear but Fear Itself?*, *JWT* 2014, t. 48, nr 6, s. 1127 i n.; A.H. Zhang, *The Single-Entity...*, s. 806 i n.

pod absolutną kontrolą państwa, tj. sektory: zbrojeniowy, energetyczny, petrochemiczny, telekomunikacyjny, węglowy, lotnictwa cywilnego i transportu morskiego¹⁷⁷. W piśmiennictwie umieszcza się na tej liście także inne sektory, jak np. bankowy, pocztowy, kolejowy i tytoniowy¹⁷⁸. Notabene silną (dominującą lub nawet monopolistyczną) pozycję na rynku przedsiębiorstwa z tych sektorów uzyskiwały z reguły nie w wyniku procesów konkurencyjnych, a dzięki decyzjom administracyjnym (władzy państwowej). W myśl wysoce niejednoznacznego art. 7 komentowanej ustawy „państwo” sprawuje nadzór nad przedsiębiorstwami należącymi do sektorów strategicznych, mając na względzie „ochronę interesów konsumentów i promowanie postępu technologicznego”¹⁷⁹, a zarazem chroni „zgodne z prawem zachowania rynkowe” tych przedsiębiorstw, co wywołuje obawy o nierówne traktowanie przez chińskie władze antymonopolowe rodzimych i zagranicznych przedsiębiorstw. Znacznie bardziej realne jest przy tym zagrożenie nadmiernie tolerancyjnym nastawieniem tych władz do rodzimych przedsiębiorstw aniżeli zbyt represyjnym traktowaniem zagranicznych, ponieważ te ostatnie rzadko posiadają pozycję dominującą na chińskim rynku¹⁸⁰. Przywoływany przepis może być odczytywany bądź jako blankietowe (generalne) wyłączenie spod reżimu ustawy antymonopolowej określonych przedsiębiorstw, za czym może przemawiać zwłaszcza umieszczenie tego przepisu w rozdziale „Postanowienia ogólne” (*General Provisions*), bądź jako wąsko zakreślone (częściowe) wyłączenie tych przedsiębiorstw spod reżimu rozdziału 3 ustawy (ustanawiającego zakaz nadużywania pozycji dominującej), nieodnoszące się już jednak do pozostałych unormowań tej ustawy¹⁸¹. W każdym razie przepis ten umożliwi chińskim

¹⁷⁷ Zob. J. Zhang, X. He, *Economic nationalism and foreign acquisition completion: The case of China*, *International Business Review* 2014, t. 23, s. 215; D. Healey, *A comparative look at the competition law control of state-owned enterprises and government in China* [w:] J. Drexler, W.S. Grimes, C.A. Jones, R.J.R. Peritz, E.T. Swaine (red.), *More Common Ground for International Competition Law?*, Cheltenham 2011, s. 124.

¹⁷⁸ Zob. Z. Huo, *A Tiger...*, s. 50; Y. Huang, S. Jiang, D. Moss, R. Stutz, *China's 2007 Anti-Monopoly Law: Competition and the Chinese Petroleum Industry*, *ELJ* 2010, t. 31, nr 2, s. 347.

¹⁷⁹ E.M. Fox, *An Anti-monopoly Law for China-Scaling the Walls of Government Restraints*, *ALJ* 2008, t. 75, nr 1, s. 173 i n.

¹⁸⁰ Z. Liu, Y. Qiao, *Abuse of Market Dominance Under China's 2007 Anti-monopoly Law: A Preliminary Assessment*, *Review of Industrial Organization* 2012, t. 41, s. 102.

¹⁸¹ Zob. O.Q.C. Zhong, *Dawn of a New Constitutional Era or Opportunity Wasted? An Intellectual Reappraisal of China's Anti-Monopoly Law*, 27.4.2010, <http://ssrn.com/abstract=1596814>, s. 21; A. Emch, *Abuse of dominance in China: a paradigmatic shift?*, *ECLR* 2008, nr 11, s. 621 i n.; M. Marquis, *Abuse of administrative power to restrict competition in China: four reflections, two ideas, and a thought* [w:] M. Faure, X. Zhang (red.), *The Chinese Anti-Monopoly Law*, Cheltenham 2013, s. 118 i n.

władzom wysoce elastyczne stosowanie zakazu nadużyć pozycji dominującej względem rodzinnych przedsiębiorstw państwowych z określonych sektorów (czyli obejmowanie tych przedsiębiorstw swoistym immunitetem antymonopolowym)¹⁸². W skrajnych opiniach wyrażanych w związku z brzmieniem art. 7 chińskiej ustawy antymonopolowej pojawia się wręcz obawa, że będzie ona (paradoksalnie) godzić w konkurencję w imię jej ochrony¹⁸³.

Artykuł 17 komentowanej ustawy, wskazujący konkretne przejawy zakazanych nadużyć pozycji dominującej, zastrzega w większości przypadków, że zachowania te nie mogą znajdować jakiegokolwiek uzasadnienia („*any justifiable cause*”). Ustawa ta ani wytyczne do niej nie wyjaśniają, jak należy rozumieć tę przesłankę, co zdaniem komentatorów nie jest dziełem przypadku, a raczej świadczy o zamiarze zapewnienia władzy antymonopolowej możliwie najszerszej swobody uprawiania polityki przemysłowej w ramach polityki konkurencji¹⁸⁴.

Wątpliwą przy tym barierą mającą zapobiegać nadużywaniu przez strategiczne przedsiębiorstwa ich silnej pozycji rynkowej jest nałożony na nie (w art. 7 odnośnej ustawy) obowiązek „postępowania zgodnego z prawem oraz bycia uczciwym i sumiennym”, a także „obowiązek zachowywania bezwzględnej samodyscypliny i respektowania nadzoru społecznego” („*the business operators [...] shall lawfully operate, be honest and faithful, be strictly self-disciplined, accept social supervision*”¹⁸⁵).

Dyskrecjonalność w polityce stosowania zakazu jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych pogłębiać może też uznawany często za piętę achilleusową chińskiego systemu prawnej ochrony konkurencji brak jednolitej i niezależnej władzy odpowiedzialnej za ochronę konkurencji. Wielość instytucji wyposażonych w nakładające się niejednokrotnie kompetencje w tym zakresie sprawia, że – parafrazując chińskie powiedzenie – „zamiast jednego dziewięć smoków władza wodą”¹⁸⁶. Specyficzny system instytucjonalny ochrony konkurencji, przyjęty w Chinach, oparty na trzech centralnych organach antymonopolowych działających na szczeblu ministerstw, nie przyczynia się do większej efektywności administrowania, a wręcz grozi chaosem. System

¹⁸² Zob. A. Emch, *Abuse...*, s. 622 i n.; D. Healey, *A comparative look...*, s. 128 i n.

¹⁸³ Z. Huo, *A Tiger...*, s. 45.

¹⁸⁴ Zob. Z. Liu, Y. Qiao, *Abuse of Market Dominance...*, s. 103 i n.; N. Bush, Y. Bo, *Disentangling Industrial Policy...*, s. 5.

¹⁸⁵ Zob. S.H. Harris, Jr., R.J. Ganske, *The Monopolization...*, s. 224.

¹⁸⁶ Zob. Z. Huo, *A Tiger...*, s. 34 i 54; A. Emch, *Chinese Antitrust Institutions – Many Cooks in the Kitchen*, CPI 2014, t. 10, nr 1, s. 217 i n. W starożytności Chińczycy wierzyli, że smok, pełniący rolę totemu w tradycji chińskiej, władał wodą (w tym rzekami, jeziorami i oceanami).

ten sprawia, że postępowania antymonopolowe stają się wewnętrzną grą różnych grup interesu, wśród których prym wiodą wpływowe przedsiębiorstwa państwowe, mające stosunkowo łatwy dostęp do władzy rządowej, i wobec których interwencje antymonopolowe są najbardziej kosztowne¹⁸⁷. W konsekwencji postępowania te, jak to obrazowo ujął jeden z komentatorów, mogą być często postrzegane nieledwie jak „poranna rosa”¹⁸⁸.

Osobnym problemem jest brak wiary w równość i przejrzystość w stosowaniu prawa antymonopolowego, co wynika zwłaszcza z wątpliwej niezależności i transparentności chińskich sądów, często silnie powiązanych z lokalnymi władzami politycznymi. Panuje wręcz przekonanie, że z powodu pozostawiania w rękach władzy politycznej, sądownictwo to właściwie nie funkcjonuje w praktyce¹⁸⁹. Znamienny w tym kontekście jest fakt, że od chwili wejścia w życie chińskiej ustawy antymonopolowej zaskarżono do sądu tylko jedną decyzję lokalnej agencji antymonopolowej, natomiast ani jednej apelacji nie wniesiono wobec rozstrzygnięcia któregośkolwiek centralnego organu antymonopolowego¹⁹⁰. W konsekwencji uprawniony jest wniosek, że to w ramach struktur hierarchicznej biurokracji rządowej rozstrzygają się z reguły sprawy antymonopolowe, a dopóki się to nie zmieni, publiczne interwencje antymonopolowe w Chinach pozostaną nacechowane arbitralnością i oportunistą¹⁹¹. Co gorsza, istotnym czynnikiem podtrzymującym ten stan rzeczy może być niedostatek kompetencji merytorycznych i doświadczenia tamtejszej kadry organów antymonopolowych i sędziów¹⁹².

Praktyka decyzyjna chińskich organów antymonopolowych nie potwierdza wprawdzie obaw, że zakaz nadużywania pozycji dominującej nie będzie miał w ogóle zastosowania do rodzimych przedsiębiorstw państwowych, niemniej jednak wskazuje też na wyraźny konserwatyzm (zachowawczość) tych władz w stosowaniu tego zakazu, zwłaszcza względem wpływowych (z reguły państwowych) przedsiębiorstw¹⁹³. Większość inicjowanych przez chińskie władze postępowań antymonopolowych odnosi się do zachowań

¹⁸⁷ Zob. A.H. Zhang, *Taming...*, s. 29 i 31; B.M. Owen, S. Sun, W. Zheng, *China's Competition Policy Reforms: The Anti-Monopoly Law and Beyond*, ALJ 2008, t. 75, s. 259 i n.

¹⁸⁸ D. Wei, *Antitrust in China: An Overview of Recent Implementation of Anti-Monopoly Law*, European Business Organization Law Review 2013, t. 14, s. 134.

¹⁸⁹ Zob. X-Ch. Zhang, *An Anti-Monopoly...*, s. 1491; A.H. Zhang, *Taming...*, s. 28; szerzej C.X. Lin, *A Quiet Revolution: An Overview of China's Judicial Reform*, Asian-Pacific Law & Policy Journal 2003, t. 4, nr 2, s. 294 i n.

¹⁹⁰ A.H. Zhang, *Taming...*, s. 28.

¹⁹¹ Tamże, s. 44 i 47.

¹⁹² S.H. Harris, Jr., R.J. Ganske, *The Monopolization...*, s. 226 i n.; zob. też X-Ch. Zhang, *An Anti-Monopoly...*, s. 1491.

¹⁹³ Zob. Z. Liu, Y. Qiao, *Abuse...*, s. 104.

rynkowych małych i średnich przedsiębiorstw, wywołujących relatywnie nieznaczne skutki antykonkurencyjne, która to praktyka zyskała sobie nawet ironiczne miano „polityki antymonopolowej w chińskim stylu” („*antitrust with Chinese characteristics*”)¹⁹⁴. Symptodem „nowej ery” w chińskiej polityce konkurencji względem rodzimych (państwowych) dominantów rynkowych wydawało się zaskakujące i głośno komentowane także za granicą wszczęcie w 2011 r. postępowania w sprawie podejrzenia stosowania przez dwóch chińskich (państwowych) potentatów telekomunikacyjnych: China Telecom oraz China Unicom, antykonkurencyjnych praktyk (dyskryminacji cenowej) na rynku usług szerokopasmowego dostępu do Internetu. Finał tego postępowania okazał się już jednak znacznie mniej spektakularny – zakończyło się ono bez rozgłosu i bez zastosowania sankcji za nadużywanie pozycji dominującej. Przypadek ten zdaje się potwierdzać ogromne wpływy polityczne, jakimi dysponują w Chinach duże przedsiębiorstwa państwowe, a zarazem podawać w wątpliwość skuteczność tamtejszych interwencji antymonopolowych wymierzonych w antykonkurencyjne praktyki takich przedsiębiorstw¹⁹⁵.

Analizowane dotąd przypadki dyskryminacyjnego traktowania jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję, mogącego służyć promowaniu narodowych czempionów, przybierały zwykle postać nadmiernie tolerancyjnego podejścia do takich praktyk rodzimych dominantów (monopolistów) w ramach krajowego systemu ochrony konkurencji. Instrumentem protekcji antymonopolowej narodowych czempionów mogą być też specyficzne regulacje obronne mające na celu udaremnianie (a przynajmniej utrudnianie) zagranicznych interwencji antymonopolowych wymierzonych w krajowe przedsiębiorstwa (zwykle o strategicznym znaczeniu). Regulacje tego typu były w przeszłości przyjmowane właściwie wyłącznie w celu powściągnięcia długiego ramienia eksterytorialnej jurysdykcji (*long-arm jurisdiction*) amerykańskich władz antytrustowych¹⁹⁶.

Współczesnym, a przy tym instruktywnym przykładem defensywnej protekcji narodowych czempionów przed zagranicznymi (eksterytorialnymi) interwencjami antymonopolowymi prowokowanymi jednostronnymi praktykami takich przedsiębiorstw ograniczającymi konkurencję na rynkach zagranicznych jest reakcja władz Federacji Rosyjskiej na wszczęcie przez Komisję Europejską postępowania dotyczącego nadużywania pozycji dominującej

¹⁹⁴ L. Hou, *An Evaluation of the First Five Years of China's Anti-Monopoly Law*, Civil & Legal Sciences 2014, t. 3, nr 5, s. 4.

¹⁹⁵ X. Wang, A. Emch, *Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law – achievements and challenges*, Journal of Antitrust Enforcement 2013, t. 1, nr 2, s. 267.

¹⁹⁶ M. Martyniszyn, *Legislation Blocking Antitrust Investigations and the September 2012 Russian Executive Order*, W.Comp. 2014, t. 37, nr 1, s. 106.

przez Gazprom – największy i niezwykle silnie umocowany gospodarczo i politycznie koncern gazowy na świecie¹⁹⁷. O wszczęciu tego postępowania (4.9.2012 r.) Komisja postanowiła po analizie dokumentów zebranych rok wcześniej podczas niezapowiedzianej kontroli („*dawn raid*”) w biurach spółek tego koncernu i jego kontrahentów w Europie Środkowo-Wschodniej (m.in. polskiego PGNiG), przeprowadzonej w następstwie skarg Litwy na antykonkurencyjne praktyki Gazpromu. Przedmiotem zarzutów stawianych Gazpromowi przez Komisję jest w szczególności: 1) podział rynków gazu poprzez utrudnianie jego swobodnego przepływu pomiędzy państwami członkowskimi UE; 2) blokowanie dywersyfikacji dostaw tego surowca oraz 3) narzucanie niektórym kontrahentom, zwłaszcza w Europie Środkowo-Wschodniej i krajach bałtyckich, niekorzystnych zasad ustalania cen gazu (wiązanie ich w stałej formule z cenami ropy), które to praktyki naruszają zakaz nadużywania pozycji dominującej ustanowiony w art. 102 TFUE¹⁹⁸. W isticie ekspresowym trybie, bo już w tydzień po wszczęciu powyższego postępowania (tj. 11.9.2012 r.), Prezydent Rosji wydał dekret N 1285 o środkach ochrony interesów Federacji Rosyjskiej dotyczących zagranicznej działalności gospodarczej rosyjskich przedsiębiorstw¹⁹⁹. Dekret ten ma na celu udaremnianie postępowania i orzeczeń zagranicznych władz wymierzonych w strategiczne rosyjskie przedsiębiorstwa, prowadzące działalność zagraniczną, których lista obejmuje ponad pięćset przedsiębiorstw (z Gazpromem na czele), w których udziały posiada rosyjski Skarb Państwa. W szczególności wymaga uzyskania uprzedniej zgody władz federalnych Rosji na: 1) ujawnianie na żądanie obcych władz (np. innych państw lub organizacji międzynarodowych) informacji dotyczących działalności strategicznych przedsiębiorstw; 2) wprowadzanie zmian w kontraktach zawartych przez te przedsiębiorstwa (w tym dotyczących cen) oraz 3) zbywanie zagranicznych aktywów należących do tych przedsiębiorstw. Dekret przewiduje, że właściwy organ władzy wykonawczej (upoważniony przez federalne władze Rosji) będzie zobowiązany do wydania decyzji odmownej, jeżeli podjęcie wskazanych wyżej działań stanowić będzie zagrożenie dla interesów gospodarczych Federacji

¹⁹⁷ European Commission, IP/12/937, Antitrust: *Commission Opens Proceedings Against Gazprom* (4.9.2012), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm

¹⁹⁸ Zob. M. Krzykowski, *Nadużywanie pozycji dominującej na rynku gazu ziemnego Unii Europejskiej – analiza na podstawie postępowania przeciwko spółce Gazprom i wybranych spraw*, EPS 2015, nr 1, s. 41 i n.; *Report of the Competition & Antitrust Committee*, ELJ 2013, t. 34, s. 341; U. Scholz, S. Purps, *The Application of EU Competition Law in the Energy Sector*, JECLP 2013, t. 4, nr 1, s. 66; A. Riley, *Commission v. Gazprom: The antitrust clash of the decade?*, CEPS Policy Brief No. 285, 31.10.2012, s. 8 i n.

¹⁹⁹ Oryginalny tekst dostępny pod adresem: <http://text.document.kremlin.ru/SESSION/PILOT/main.htm>

Rosyjskiej. Dekret nie zawiera jednak żadnych wskazań precyzujących owe interesy ani też kryteriów oceny wpływu na nie zagranicznych postępowań, co oznacza, że stosujące go władze dysponują daleko idącym zakresem władzy dyskrecjonalnej. Komentowany akt, sprowokowany bez wątpienia interwencją Komisji Europejskiej, której obiektem stał się flagowy czempion rosyjski, ma na celu udaremnienie w szczególności tego, ale i innych podobnych postępowań w przyszłości. Dekret ten jest przy tym elementem szerszej strategii, której celem jest uzyskanie przez Rosję uprzywilejowanej pozycji w stosunkach gospodarczych z UE, a zwłaszcza uniknięcie przez Gazprom zagrażających jego interesom unijnych rozwiązań przyjętych w ramach tzw. trzeciego pakietu energetycznego, zakładającego m.in. swobodny dostęp do gazociągów oraz związany z tym wzrost konkurencji na rynku gazu.

Co prawda defensywne regulacje, których swoistą odmianą jest komentowany dekret, zabraniające np. podmiotom krajowym uznawania i wykonywania orzeczeń (decyzji lub wyroków) obcych władz zasadniczo nie naruszają prawa międzynarodowego (co jest konsekwencją *stricte* terytorialnego charakteru jurysdykcji wykonawczej), mogą być jednak postrzegane jako działanie niezgodne z duchem międzynarodowej współpracy (w przeszłości często potęgowały tylko napięcia międzynarodowe)²⁰⁰. W przypadku rosyjskiego dekretu problem ten jest aż nadto widoczny, a to dlatego, że regulacja ta idzie znacznie dalej niż poprzedzające ją tradycyjne regulacje obronne. Poza restrykcjami w zakresie udostępniania informacji obcym władzom koncentrowały się one bowiem głównie na częściowej jedynie odmowie uznawania (blokowaniu wykonania) wyroków zasądzających wielokrotne odszkodowania (*multiple damages*), co w praktyce odnosiło się do amerykańskiej instytucji tzw. potrójnych odszkodowań (*treble damages*), będącej swoistą odmianą wykształconej na gruncie *common law* unikalnej konstrukcji *punitive damages*, tj. cywilnoprawnego odszkodowania o charakterze represyjnym, nieuznawanej przez większość państw respektujących zasadę czysto kompensacyjnego charakteru odszkodowania (m.in. w kontynentalnej Europie)²⁰¹. Rosyjski dekret nie wspomina w ogóle o zagranicznych

²⁰⁰ M. Martyniszyn, *Legislation...*, s. 110 i n.

²⁰¹ Zob. R. Molski, *Prywatnoprawna...*, s. 769 i n. oraz cytowane tam źródła. Pionierska ustawa typu *claw-back statute*, uchwalona w Wielkiej Brytanii w 1980 r., stanowi, że: 1) zagraniczne wyroki zasądzające odszkodowania wielokrotne nie są egzekwowalne w Wielkiej Brytanii (i to w całości, a nie jedynie w odniesieniu do elementu penalnego takich orzeczeń); 2) podmiot, który faktycznie zapłacił zasądzone za granicą (czytaj: w USA) wielokrotne (czytaj: potrójne) odszkodowanie, może wnieść do sądu brytyjskiego pozew w celu „odzyskania” od zagranicznego (czytaj: amerykańskiego) powoda nadwyżki wypłaconej mu kwoty ponad wartość rzeczywistej szkody; tamże, s. 780.

grzywnach czy odszkodowaniach, natomiast *de facto* uzależnia od zgody władz rosyjskich wprowadzanie przez objęte nim przedsiębiorstwa zmian dotyczących istotnych aspektów ich aktywności gospodarczej zorientowanej na rynki międzynarodowe²⁰². W kontekście relacji łączących UE z Rosją nie do zaakceptowania jest stanowisko, w myśl którego unijna jurysdykcja względem przedsiębiorstw rosyjskich działających terenie UE uzależniona byłaby, w jakimkolwiek względzie, od zgody Rosji²⁰³. Kontrowersyjność rosyjskiego dekretu pogłębia dodatkowo fakt, że wyraźnie nie przystaje on do zawartego w 2011 r. przez unijną dyrekcję generalną ds. konkurencji oraz rosyjską federalną służbę antymonopolową memorandum w sprawie wzajemnej współpracy, uznającego przeszkody dla tej współpracy stwarzane przez antykonkurencyjne praktyki oraz doniosłość współpracy w zakresie wdrażania (egzekwowania) prawa ochrony konkurencji²⁰⁴.

Wydaje się jednak wysoce wątpliwe, aby odnośny dekret istotnie utrudnił postępowanie w sprawie antykonkurencyjnych praktyk Gazpromu, przynajmniej na obecnym etapie tego postępowania. Jak już bowiem odnotowano, jego wszczęcie poprzedziły niezapowiedziane kontrole Komisji Europejskiej w kilku krajach UE, co umożliwiło zapewne pozyskanie znacznego materiału dowodowego dotyczącego kwestionowanych praktyk. W tych okolicznościach reakcja Rosji przypomina, by posłużyć się angielskim przysłowiem, zamykanie wrót stajni po tym, jak koń uciekł²⁰⁵. Efektywność rosyjskiego dekretu pozostaje otwartą kwestią także dlatego, że co prawda orzecznictwo unijne uznaje suwerenny przymus państwowy jako przesłankę zwalniającą z rygorów unijnego prawa konkurencji, a w opinii uznanych komentatorów dotyczy to także działań obcego suwerena, niemniej jednak niekoniecznie odnosi się to do wszelkich przedsięwzięć związanych z gromadzeniem informacji procesowych. W szczególności rzeczony środek przymusu państwowego obligując ich adresata do zachowania się w sposób naruszający reguły konkurencji nie mogą pozostawiać mu żadnego marginesu swobody²⁰⁶. Nadto, szanse powodzenia mają tylko prospektywne próby powołania się na przymus państwowy (obejmujące zachowania następujące po wprowadzeniu normy przymusu państwowego). Jest bardziej niż wątpliwe, aby Komisja Europejska czy też sądy unijne zaakceptowały wnioski o zastosowanie tej konstrukcji orzeczniczej retrospektywnie (w odniesieniu do praktyk poprzedzających wprowadzenie

²⁰² M. Martyniszyn, *Legislation...*, s. 111.

²⁰³ Tamże.

²⁰⁴ Tamże. Tekst memorandum dostępny pod adresem: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/>

²⁰⁵ A. Riley, *Commission...*, s. 10.

²⁰⁶ Zob. A. Riley, *Commission...*, s. 10; M. Martyniszyn, *A Comparative...*, s. 153 i n.

normy przymusu państwowego). W konsekwencji Komisja Europejska może nałożyć sankcje na Gazprom za naruszenia unijnych reguł konkurencji poprzedzające wprowadzenie komentowanego dekretu niezależnie od jego treści, a także ewentualnych przyszłych rosyjskich regulacji obronnych²⁰⁷. Rzecz jasna decyzje Komisji podlegają zaskarżeniu do sądów unijnych, tyle że dla Gazpromu opcja ta nie byłaby obiecująca, już choćby z uwagi na fakt, że od początku funkcjonowania unijnego prawa konkurencji (tj. od 1958 r.) żadna decyzja Komisji Europejskiej w sprawach o nadużycia pozycji dominującej nie została zakwestionowana przez te sądy²⁰⁸. Z drugiej jednak strony nie da się wykluczyć, że ewentualna wygrana Komisji mogłaby się okazać pyrrusowym zwycięstwem, a to z tego powodu, że wykonanie przez Gazprom ewentualnie orzeczonych środków zaradczych lub egzekucja nałożonych nań sankcji nie byłyby praktycznie możliwe bez zgody władz rosyjskich. Z kolei brak takiej zgody skutkowałby nieuchronnie podważeniem pozycji rynkowej Gazpromu, a także poważnym konfliktem politycznym o potencjalnie dalekosiężnych konsekwencjach dla wzajemnych relacji UE i Rosji²⁰⁹. W tym stanie rzeczy najbardziej prawdopodobne jest zakończenie „antymonopolowego starcia dekady”, jak się sugestywnie określa spór między Komisją Europejską a Gazpromem, w drodze „ugodowej” procedury z wyboru w sprawach o nadużycia pozycji dominującej (z art. 102 TFUE), tj. tzw. decyzją zobowiązującą z art. 9 rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu²¹⁰.

9.3. Dyskryminacyjna polityka kontroli koncentracji

Jednym z najbardziej widocznych przejawów polityki promowania narodowych czempionów są interwencje gospodarcze państwa polegające na kreowaniu tychże czempionów, zwykle nie od podstaw, ale w rezultacie organizowanych lub wspomaganych przez państwo transakcji (operacji) kon-

²⁰⁷ A. Riley, *Commission...*, s. 11. W sprawie z 15.12.1982 r. V/29.883 AROW/BNIC, Dz.Urz. WE 1982 L 379 z 31.12.1982, s. 1, mimo próby retrospektywnego immunizowania przez strony postępowania kwestionowanych praktyk na podstawie doktryny przymusu państwowego, KE zastosowała względem nich w pełni unijne prawo konkurencji.

²⁰⁸ Podają za N. Sartori, *The European Commission vs. Gazprom: An Issue of Fair Competition or a Foreign Policy Quarrel?*, Istituto Affari Internazionali Working Papers 13/03, styczeń 2013, s. 13.

²⁰⁹ Zob. M. Martyniszyn, *Legislation...*, s. 112 i n.; A. Riley, *Commission...*, s. 12; N. Sartori, *The European...*, s. 12 i n.; E. Dziadykiewicz, *Gazowa próba sił. Komisja otworzyła postępowanie przeciwko spółce Gazprom*, iKAR 2013, nr 6, s. 215 i n.

²¹⁰ Dz.Urz. UE L 1 z 4.1.2003, s. 1.

centracyjnych, przybierających zazwyczaj postać łączenia (w formie fuzji lub inkorporacji) niezależnych przedsiębiorstw lub ich akwizycji (zwanej też przejęciem kontroli)²¹¹. Zaangażowanie tego rodzaju może mieć charakter bezpośredni, gdy państwo nabywa kilka prywatnych przedsiębiorstw, by następnie połączyć je w jedno, państwowe już przedsiębiorstwo, czego ilustracją może być zakup przez rząd brytyjski w 1967 r. kilkunastu największych rodzimych przedsiębiorstw stalowych w celu utworzenia British Steel Corporation, bądź też gdy łączy przedsiębiorstwo państwowe z przedsiębiorstwem prywatnym, jak to się stało w przypadku fuzji w 2006 r. francuskich przedsiębiorstw energetycznych Gaz de France i Suez, mającej stworzyć narodowego czempiona w sektorze energetycznym i uniemożliwić wrogie przejęcie Suez przez włoską grupę Enel. Zaangażowanie, o którym tu mowa, może mieć też charakter pośredni, gdy państwo wykorzystując swoje wpływy w przedsiębiorstwach prywatnych skłania je (za pomocą różnych środków oddziaływania) do konsolidacji. Tytułem przykładu, w końcu lat 60. rząd brytyjski doprowadził (przy pomocy subsydiów na określone programy badawczo-rozwojowe) do połączenia dwóch liczących się rodzimych producentów komputerów w jedno przedsiębiorstwo – International Computers Limited (ICL), które jako narodowy czempion w branży komputerowej miało stawić czoła amerykańskiemu potentatom: IBM i Honeywell²¹². Nie dysponując bezpośrednią władzą nad przedsiębiorstwami państwo może też patronować dążeniom do stworzenia narodowych czempionów nie tylko sprzyjając określonym (pożądanym) koncentracjom, ale także przeciwdziałając innym (niepożądanym), co ilustruje przypadek (bezsukcesyjnych skądinąd) zabiegów rządu hiszpańskiego (w latach 2005–2006) o połączenie Gas Natural (największego hiszpańskiego dostawcy gazu) oraz Endesa (największego hiszpańskiego wytwórcy energii elektrycznej) w celu zapobieżenia przejęcia tego ostatniego przez niemieckie przedsiębiorstwo energetyczne E.ON²¹³.

²¹¹ Szerzej zob. A.K. Jażdżewski, *Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego – uwagi teoretycznoprawne*, RPEiS 2000, z. 2, s. 93 i n.; M. Szydło, *Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne*, SE 2005, nr 4, s. 80 i n.

²¹² Zob. M. Campbell-Kelly, *ICL and the American Challenge: British Government Policies for the Computer Industry, 1945–1985* [w:] W. Aspray (red.), *Technological Competitiveness: Contemporary and Historical Perspectives on Electrical, Electronics, and Computer Industries*, Piscataway 1993, s. 105 i n.; W. Sandholtz, *High-Tech Europe: The Politics of International Cooperation*, Berkeley 1992, s. 78 i n.

²¹³ Zob. J. Barquin, L. Bergman, C. Crampes, J.-M. Glachant, R. Green, C. von Hirschhausen, F. Lévêque, S. Stoft, *The Acquisition of Endesa by Gas Natural: Why the Antitrust Authorities Are Right to Be Cautious*, *The Electricity Journal* 2006, t. 19, nr 2; F. Marcos, *When Competition is the Last Concern: The Battle for the Control of ENDESA* (3.9.2012),

Realizacja powyższych przedsięwzięć wywołuje nieuchronnie poważne implikacje w sferze prawa i polityki ochrony konkurencji, a ściślej rzecz biorąc – prawa i polityki kontroli koncentracji²¹⁴. Jakkolwiek ani konstrukcja, ani też praktyka stosowania prawa ochrony konkurencji nie dają podstaw do twierdzenia, iż aranżowane czy też wspierane przez państwo koncentracje mające na celu kreowanie gospodarczych czempionów są z gruntu sprzeczne z aksjologią tego prawa (teoria i dane empiryczne dowodzą, że przynajmniej w niektórych okolicznościach transakcje te mogą zwiększać efektywność), niemniej jednak to właśnie w obszarze kontroli koncentracji obserwuje się najbardziej jaskrawe i kontrowersyjne przejawy protekcjonizmu antymonopolowego, motywowanego względami polityki promowania narodowych czempionów. Protekcjonizm ten zorientowany jest zazwyczaj na realizację jednego (lub więcej) z czterech celów²¹⁵:

- 1) ułatwianie konsolidacji rodzimych przedsiębiorstw, np. poprzez liberalizację (luzowanie) reguł kontroli koncentracji, co ma sprzyjać integracji strategicznych narodowych sektorów gospodarki (przykładem może być przywoływana już wcześniej decyzja niemieckiego Ministra Gospodarki z 2002 r. uchylająca decyzję Federalnego Urzędu Kartelowego wyrażającą sprzeciw wobec akwizycji przedsiębiorstwa gazowego Ruhrgas przez operatora elektroenergetycznego E.ON);
- 2) ratowanie przed upadłością strategicznych narodowych przedsiębiorstw (*exemplum* zaarażowana przez rząd brytyjski w 2008 r. fuzja banków Lloyds/HBOS, której celem było powstrzymanie przed nieuchronnym upadkiem HBOS, jednego z pięciu największych brytyjskich banków komercyjnych; rząd brytyjski wyraził zgodę na tę koncentrację, powołując się na „interes publiczny”, a w szczególności na potrzebę „zapewnienia stabilności brytyjskiego systemu finansowego”, mimo zastrzeżeń, jakie wyrażał wobec tej transakcji tamtejszy Urząd ds. Uczciwego Handlu, wskazujący, że spowoduje ona „znaczące ograniczenie konkurencji” w brytyjskim sektorze bankowym; koncentracja ta faktycznie doprowadziła do powstania największego brytyjskiego banku)²¹⁶;

Instituto de Empresa Business School Working Paper No. AJ8-189-I, <http://ssrn.com/abstract=2165451>; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 166 i n.; S.W. Gołębiowski, *Kontrola...*, s. 91 i n.

²¹⁴ Bardziej poprawne prawniczo byłoby określenie „nadzór nad koncentracjami” (skoro ingerencja publiczna w te transakcje może wiązać się z zastosowaniem silnie restrykcyjnych środków władczych), niemniej jednak w niniejszej pracy stosowana będzie dominująca w języku prawnym i prawniczym terminologia, posługująca się określeniem „kontrola koncentracji”.

²¹⁵ Por. D. Geradin, I. Girgenson, *Industrial...*, s. 22 i n. (w opracowaniu tym nie wyodrębniono czwartego z wyróżnionych wyżej celów).

²¹⁶ Zob. M. Reynolds, S. Macrory, M. Chowdhury, *EU Competition...*, s. 1714 i n.; A. Stephan, *Did Lloyds/HBOS Mark the Failure of an Enduring Economics Based System of*

- 3) ochronę narodowych czempionów przed wrogimi przejęciami z zagranicy, w Europie nierzadko z wykorzystaniem regulacji sektorowych, mających na celu powstrzymanie (zablokowanie) transakcji uprzednio autoryzowanych (zaakceptowanych) przez Komisję Europejską w ramach unijnej kontroli koncentracji (jako ilustracja mogą posłużyć zabiegi władz hiszpańskich o niedopuszczenie do przejęcia Endesy przez E.ON);
- 4) utrudnianie, czy wręcz powstrzymywanie (blokowanie), koncentracji zagranicznych przedsiębiorstw (w oparciu o zasadę eksterytorialnego stosowania prawa ochrony konkurencji) w celu ochrony konkurujących z nimi narodowych czempionów (tego rodzaju interwencje, choć sporadyczne, bywają spektakularne, czego przykładem może być decyzja Komisji Europejskiej z 1997 r. w sprawie fuzji amerykańskich producentów samolotów Boeing i McDonnell Douglas, uprzednio zatwierdzonej bezwarunkowo przez amerykańskie władze antymonopolowe, wymuszająca na łączących się przedsiębiorstwach określone zobowiązania²¹⁷ motywowane – zdaniem amerykańskich krytyków tego rozstrzygnięcia – nie tyle względami ochrony konkurencji, co raczej ewidentnym zamiarem protekcji europejskiego czempiona – konsorcjum lotniczego Airbus; jak na ironię w Europie analogiczny zarzut faworyzowania narodowego czempiona stawiano w tej sprawie władzom amerykańskim)²¹⁸.

Upraszczać przedstawioną egemplifikację celów protekcjonizmu antymonopolowego w obszarze prewencyjnej kontroli koncentracji, motywowanego względami polityki promowania narodowych czempionów, skonstruować można, że protekcjonizm ten przyjmuje postać dyskryminacyjnej polityki kontroli transakcji koncentracyjnych. Dyskryminacja ta wyraża się

Merger Regulation?, 1.7.2011, Northern Ireland Legal Quarterly 2011, <http://ssrn.com/abstract=1931007>.

²¹⁷ W szczególności Boeing zobowiązał się do odstąpienia od wieloletnich kontraktów na wyłączną dostawę samolotów dla amerykańskich przewoźników lotniczych.

²¹⁸ Zob. decyzję KE 97/816/EC z 30.7.1997 r. w sprawie koncentracji Boeing/McDonnell Douglas, IV/M.877M.877, Dz.Urz. WE L 336 z 8.12.1997, s. 16; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 247 i n.; W.E. Kovacic, *Transatlantic Turbulence: The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy*, ALJ 2001, t. 68, s. 805 i n.; K. Luz, *The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and the Need for a Globalized Antitrust System*, GWJILE 1999, t. 32, s. 155 i n.; B. Peck, *Extraterritorial Application of Antitrust Laws and the U.S.-EU Dispute Over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict? An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, San Diego Law Review 1998, t. 35, s. 1163 i n.; J.D. Banks, *The Development of the Concept of Extraterritoriality under European Merger Law and its Effectiveness under the Merger Regulations following Boeing/McDonnell Douglas Decision 1997*, ECLR 1998, t. 19, s. 306 i n.; A. Bavasso, *Boeing/McDonnell Douglas: Did the Commission Fly Too High?*, ECLR 1998, t. 19, nr 4, s. 243 i n.

bądź w aprobachie transakcji sprzecznych z aksjologią prawa ochrony konkurencji, lecz pożądaných z punktu widzenia polityki promowania narodowych czempionów, bądź też dezaprobachie transakcji niebudzących zastrzeżeń na gruncie reguł konkurencji, ale niepożądanych z uwagi na interesy narodowych czempionów.

Instrumentarium prawne protekcyjnistycznej polityki kontroli koncentracji, motywowanej względami promowania narodowych czempionów, jest obszerne i zróżnicowane. Składają się nań instrumenty wywodzące się z dwóch sfer regulacji prawnych. Pierwsza obejmuje regulacje szczególne względem powszechnego (uniwersalnego) prawa kontroli koncentracji, stanowiącego komponent prawa ochrony konkurencji *sensu stricto* (oprócz prawa kartelowego i regulacji odnoszących się do praktyk nadużywania pozycji dominującej, czy też monopolizacji rynku). Doniosłą rolę odgrywają tu zwłaszcza sektorowe reguły kontroli koncentracji oraz prawo inwestycji zagranicznych. Te pierwsze mają zastosowanie, jak wskazuje sama ich nazwa, w niektórych tylko sektorach (regulowanych lub szczególnych), wyłączonych spod reżimu uniwersalnych reguł kontroli koncentracji, np. w sektorach infrastrukturalnych (np. transportowym i energetycznym), sektorze usług finansowych, czy też w sektorach określanych zbiorczo jako strategiczne. Takie szczególne rozwiązania nie są powszechne, a spotkać je można najczęściej w państwach pozaeuropejskich (np. w Stanach Zjednoczonych, Meksyku i Brazylii). W Europie wyłączenia spod powszechnych reguł kontroli koncentracji, obejmujące niektóre sektory, obowiązują np. w Austrii, Irlandii i Wielkiej Brytanii²¹⁹. Sektorowe reguły kontroli koncentracji charakteryzuje w szczególności priorytetowe traktowanie interesów publicznych niezwiązanych z konkurencją w sektorach szczególnych i regulowanych²²⁰, co znacznie poszerza możliwości uprawiania protekcyjnistycznej polityki kontroli koncentracji. W przypadku koncentracji dochodzących do skutku w drodze bezpośrednich inwestycji zagranicznych mogą mieć z kolei zastosowanie szczególne reguły kontroli takich koncentracji zawarte w prawie inwestycji zagranicznych. Regulacje tego rodzaju występują przede wszystkim w najwyżej rozwiniętych krajach pozaeuropejskich, w których powszechne reguły kontroli koncentracji dają zdecydowany prymat ekonomicznemu testowi konkurencji²²¹. Przykładowo, prawo amerykańskie (tzw. Nowela Exon-Florio z 1988 r. oraz ustawa z 2007 r. o inwestycjach zagranicznych i bezpieczeństwie narodowym, FINSA) umożliwia Prezydentowi USA zablo-

²¹⁹ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 110 i n.

²²⁰ Tamże, s. 112 i n.

²²¹ Tamże, s. 118.

kowanie transakcji skutkujących przejęciem kontroli nad przedsiębiorstwem amerykańskim przez inwestora zagranicznego, jeżeli może to zagrozić bezpieczeństwu narodowemu²²². Także w wielu krajach europejskich równoległe z oceną określonych koncentracji (np. w sektorach strategicznych) na podstawie powszechnych reguł kontroli tych koncentracji przeprowadza się ich ewaluację z punktu widzenia prawa inwestycji zagranicznych (na podstawie testu interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji)²²³. Najnowszą polską regulacją oferującą takie możliwości jest ustawa z 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (szerzej zob. pkt 5.2.).

Co warte podkreślenia, regulacje szczególne, o których tu mowa, są niejednokrotnie preferowane i uznawane jako bardziej efektywna niż powszechne reguły kontroli koncentracji podstawa protekcyjnych interwencji w obszarze tej kontroli, co ilustrują przywoływane wcześniej przypadki koncentracji E.ON/Ruhrgas, E.ON/Endesa i Llyods/HBOS. Zdarza się przy tym, że władze państwowe wykorzystują owe szczególne regulacje (np. sektorowe) w celu przeciwstawienia się transakcjom autoryzowanym (zatwierdzonym) już zgodnie z powszechnymi regułami kontroli koncentracji, co ilustruje sprawa koncentracji E.ON/Endesa (kilka dni po ujawnieniu zamiaru przejęcia Endesy przez E.ON, na co Komisja Europejska wyraziła uprzednio bezwarunkową zgodę, hiszpańska Rada Ministrów przyjęła w trybie pilnym dekret zawierający regulacje sektorowe, których celem było *de facto* niedopuszczenie do realizacji tej operacji koncentracyjnej; nawiasem mówiąc, dekret ten stanowił naruszenie prawa UE)²²⁴.

Przechodząc do powszechnych reguł kontroli koncentracji, wykorzystywanych także w ramach polityki promowania narodowych czempionów, skonstatować na wstępie wypada, że reguły te (zawarte w prawie ochrony konkurencji) pełnią w zasadzie rolę reaktywną²²⁵. Władze ochrony konkurencji bowiem ani nie zachęcają, ani też nie zniechęcają aktywnie przedsiębiorstw do konsolidacji. W sytuacji, gdy przedsiębiorstwa te (z udziałem lub bez udziału państwa) powezmą zamiar dokonania koncentracji, która spełnia określone kryteria, zadaniem władz antymonopolowych będzie jej

²²² Tamże, s. 119; zob. też B. Cichocki, A. Konarzewska, Ł. Niewiadomski, P. Pacuła, *Amerykańska...*, s. 183 i n.; D.N. Fagan, *The US regulatory and institutional framework for FDI* [w:] K.P. Sauvants (red.), *Investing in the United States: Is the US Ready for FDI from China?*, Cheltenham 2009, s. 55 i n.; J.K. Jackson, *The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment*, CRS Report for Congress, 29.3.2013, <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33312.pdf>

²²³ Zob. T. Skoczny, *Zgody...*, s. 121 i n.; B. Cichocki, A. Konarzewska, Ł. Niewiadomski, P. Pacuła, *Amerykańska...*, s. 186 i n.; A. Jones, J. Davis, *Merger Control...*, s. 12 i n.

²²⁴ Zob. D. Geradin, I. Girgenson, *Industrial...*, s. 23; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 166 i n.

²²⁵ Zob. D. Geradin, I. Girgenson, *Industrial...*, s. 28.

ocena (rozpoznanie) pod kątem zgodności z regułami konkurencji. Jednakże w przypadku, gdy władze te zakwestionują koncentrację zaplanowaną przez inne władze państwowe (rząd), wówczas skutkiem takiej reakcji będzie zniweczenie inicjatywy motywowanej względami polityki przemysłowej (np. zamiarem promowania narodowych czempionów) w imię ochrony konkurencji²²⁶. Jedyнным przypadkiem, gdy uniwersalne normy prawa ochrony konkurencji odnoszące się do kontroli koncentracji mogą być wykorzystywane (przynajmniej teoretycznie) jako proaktywne narzędzie polityki przemysłowej, także w celu promowania narodowych czempionów, jest sytuacja, gdy władze danego państwa zamierzają powstrzymać (zablokować) przejęcie narodowego czempiona przez podmiot zagraniczny lub też uniemożliwić eksterytorialną koncentrację prowadzącą do powstania lub umocnienia zagranicznego czempiona, stanowiącego konkurencyjne zagrożenie dla jego rodzimego odpowiednika²²⁷.

Nawet jeśli między powszechnym prawem kontroli koncentracji i praktyką jego stosowania a polityką promowania narodowych czempionów zachodzi często silny antagonizm, prawo to stwarza spore możliwości jego stosowania w sposób dyskryminacyjny (protekcjonistyczny), z korzyścią dla tej kategorii przedsiębiorstw. Do wysunięcia takiej tezy upoważnia już choćby znaczna dyskrecjonalność przenikająca na wskroś konstrukcję prawa ochrony konkurencji i praktykę jego stosowania²²⁸. Niewątpliwie szerokie luzy decyzyjne, w ramach których zapadają rozstrzygnięcia antymonopolowe, także w sprawach kontroli koncentracji, są w dużej mierze konsekwencją typowej dla tego prawa niejednoznacznej terminologii (kluczowe terminy, takie jak np. „konkurencja”, „rynek właściwy” oraz „istotne ograniczenie konkurencji”, są z natury niejednoznaczne i trudno definiowalne), a także wyposażenia władz ochrony konkurencji w stosunkowo szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej (uznania). Co więcej, niezmiernie trudno jest oceniać, czy dyskrecjonalne kompetencje są wykorzystywane w sposób dyskryminacyjny²²⁹. W tym stanie rzeczy nie można wykluczyć, że rozstrzygnięcia w sprawach kontroli koncentracji, podejmowane *prima facie* w imię ochrony konkurencji, w rzeczywistości mogą służyć ochronie konkurentów (zwłaszcza narodowych czempionów), i to nawet wtedy, gdy rozstrzygnięcia te podejmowane są na podstawie podstawowego (ekonomicznego) testu (kryterium)

²²⁶ Tamże.

²²⁷ Tamże.

²²⁸ Szeroko w tej kwestii zob. C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015.

²²⁹ Zob. E.T. Swaine, *Against Principled Antitrust*, *Vanderbilt Journal of International Law* 2003, t. 43, nr 4, s. 976 i n.; R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 139 i n.

konkurencji (zwykle w postaci testu istotnego ograniczenia konkurencji, uzupełnionego niekiedy przykładowym testem powstania lub umocnienia pozycji dominującej). Zarzuty uprawiania tego rodzaju strategicznej polityki kontroli koncentracji pojawiały się zwłaszcza w relacjach transatlantycznych na tle koncentracji o wymiarze transgranicznym, kontrolowanych równolegle przez amerykańskie i unijne władze ochrony konkurencji. Dość wspomnieć tu o przywoływanym już konflikcie wywołanym rozbieżnymi ocenami koncentracji Boeing/McDonnell Douglas, który nieomal doprowadził do wojny handlowej między Stanami Zjednoczonymi i UE, czy zwłaszcza sięgającej apogeum konfrontacji wywołanej decyzją Komisji Europejskiej o zablokowaniu największej w historii światowej gospodarki (projektowanej) megafuzji amerykańskich koncernów General Electric i Honeywell. Również w tym drugim przypadku wielu (przeważnie amerykańskich) krytyków decyzji Komisji, notabene utrzymanej w mocy przez SPI²³⁰, wysunęło zarzut uprawiania przez UE polityki ochrony nie konkurencji, a konkurentów, w tym przypadku konsorcjum Airbus, przed wzmocnieniem siły przetargowej jednego z głównych dostawców silników lotniczych, jakim jest General Electric²³¹.

Bardziej aktualnym, a nie mniej znamionym (czy wręcz emblematycznym) przypadkiem dyskrecjonalnego użycia powszechnych reguł kontroli koncentracji opartych na podstawowym (ekonomicznym) kryterium konkurencji w sposób budzący nieodparcie podejrzenia o uprawianie dyskryminacyjnej (protekcjonistycznej) polityki promowania narodowych czempionów jest odmowa chińskiego Ministerstwa Handlu (MOFCOM) udzielenia zgody na akwizycję rodzimego producenta soków Huiyuan (cieszącego się w Chinach statusem „słynnej marki”) przez koncern Coca-Cola. Ta jedyna, jak dotąd, decyzja MOFCOM o zablokowaniu zgłoszonej koncentracji została poddana ostrej krytyce przez międzynarodową społeczność antymonopo-

²³⁰ Wyrok SPI z 14.12.2005 r. w sprawie T-209/01, Honeywell p. Komisji, Dz.Urz. UE C 48 z 25.2.2006, s. 26.

²³¹ Zob. decyzję KE nr 2004/134/WE z 3.7.2001 r. w sprawie koncentracji General Electric/Honeywell, COMP/M.2220, Dz.Urz. WE L 48 z 18.2.2004, s. 1; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 252 i n.; E.M. Fox, *GE/Honeywell: The U.S. Merger that Europe Stopped – A Story of the Politics of Convergence* [w:] E.M. Fox, D.A. Crane (red.), *Antitrust Stories*, New York 2007, s. 331 i n.; J. Grant, D.J. Neven, *The Attempted Merger Between General Electric and Honeywell: A Case Study of Transatlantic Conflict*, JCLE 2005, t. 1, nr 3, s. 595 i n.; L.M. Davison, *The GE/Honeywell Merger Controversy and the Path to Analytical Convergence in International Merger Assessment: A Critical Commentary*, Liverpool Law Review 2002, t. 24, s. 89 i n.; M.C. Franker, *Restoration: International Merger Review in the Wake of General Electric/Honeywell and the Triumphant Return of Negative Comity*, GWILR 2004, t. 36, nr 4, s. 877 i n.

lową, jako przykład przedkładania polityki przemysłowej nad argumenty ekonomiczne, a także słabo zawoalowany przejaw protekcyjizmu antymonopolowego. Decyzji tej zarzucono w szczególności niski poziom analiz ekonomicznych i niejasne (problematyczne) uzasadnienie ustaleń dotyczących rynku właściwego (którego właściwie nie zdefiniowano w tej sprawie) i pozycji dominującej²³².

Szczególny przypadek stanowią decyzje w sprawach tzw. ratunkowych czy też sanacyjnych koncentracji z udziałem upadającego (bankrutującego) przedsiębiorstwa, kwalifikowane jako tzw. zgody wyjątkowe (wg koncepcji Tadeusza Skoczego należą one do szerszej kategorii zgód szczególnych, obok tzw. zgód warunkowych i nadzwyczajnych, podczas gdy Sławomir Dudzik wyłącza je z tej klasyfikacji)²³³. Przynajmniej teoretycznie decyzje takie mogą służyć także wspomaganie narodowych czempionów, i to w dwojakiego rodzaju okolicznościach. W typowym przypadku, wsparcie to może służyć ratowaniu przed upadkiem czempiona z kategorii *lame ducks* (byłby on wówczas pasywnym, przejmowanym uczestnikiem transakcji koncentracyjnej). Nie można jednak wykluczyć także przypadku, gdy groźba upadku jakiegoś przedsiębiorstwa byłaby wykorzystana do przejęcia go przez narodowego czempiona, w celu umocnienia pozycji tego ostatniego.

Mająca rodowód amerykański i powszechnie już uznawana na świecie (także przez unijne i polskie władze ochrony konkurencji) tzw. doktryna czy też koncepcja obrony przed zakazem dokonania koncentracji na podstawie argumentu upadającej firmy (*failing firm defence*, FFD) zakłada, że niezgodne z interesem publicznym (*ergo* niedopuszczalne) byłoby zakazywanie koncentracji w sytuacji, gdyby antykonkurencyjne skutki zamierzonej koncentracji wystąpiły mimo jej udaremnienia przez władzę antymonopolową (sens ekonomiczny koncentracji ratunkowej polega na uratowaniu zasobów upadającego przedsiębiorstwa)²³⁴. Jak się podkreśla w doktrynie, obrona argumentem upadającej firmy jest (a przynajmniej powinna być) współcześnie elementem analizy ekonomicznej dokonywanej na gruncie podstawowego testu konkurencji (testu istotnego osłabienia konkurencji)²³⁵.

²³² Zob. D.D. Sokol, *Merger Control under China's Anti-monopoly Law*, New York University Journal of Law & Business 2013, t. 10, nr 1, s. 24 i n.; B. Davis, *China's Anti-Monopoly Law: Protectionism or a Great Leap Forward?*, Boston College International & Comparative Law Review 2010, t. 33, s. 305 i n.

²³³ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 33 i n.; S. Dudzik, „Zgody szczególne” na dokonanie koncentracji (wybrane zagadnienia), EPS 2014, nr 7, s. 5 i n.

²³⁴ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 37; zob. też S. Syp, *Doktryna...*, s. 87 i n.

²³⁵ S. Dudzik, „Zgody szczególne”..., s. 5; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 50 i 99; S. Syp, *Doktryna...*, s. 89 i n.

W takim ujęciu skuteczne zastosowanie doktryny upadającej firmy uniemożliwia wydanie zakazu koncentracji, konstytuując „wyjątek absolutny” spod zakazu antykonkurencyjnych koncentracji²³⁶. W przypadku, gdyby adresatem takiej wyjątkowej zgody było przedsiębiorstwo mające status narodowego czempiona, decyzja ta nie miałaby charakteru protekcyjnistycznego (nie byłaby przejawem dyskryminacyjnej polityki kontroli koncentracji). Rzecz jednak w tym, że materialnoprawne przesłanki (kryteria) warunkujące zastosowanie doktryny FFD, notabene różniące się w poszczególnych porządkach prawnych, określane są (w decyzjach władz ochrony konkurencji oraz orzecznictwie sądowym²³⁷, aktach typu *soft law*²³⁸, czy najrzadziej – aktach rangi ustawowej²³⁹) w sposób niejednoznaczny, co sprawia, że w praktyce nie da się wykluczyć możliwości dyskrecjonalnego ich stosowania w sposób wskazujący na motywacje protekcyjnistyczne władz antymonopolowych. W każdym razie przesłanki te nie są rozumiane i stosowane w sposób jednolity²⁴⁰. Nie podejmując się tu szczegółowej prezentacji tych przesłanek w poszczególnych jurysdykcjach wystarczy wskazać, że w różnych wariantach przewijają się tam trzy główne kryteria testu FFD: 1) przesłanka upadającego przedsiębiorstwa (np. w prawie UE uznaje się ją za spełnioną, jeżeli „przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeżeli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo”²⁴¹; 2) brak alternatywy w stosunku do badanej koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorstwa (np. w prawie UE przesłankę tę uznaje się za spełnioną, jeżeli: „nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż owe połączenie”²⁴²; 3) utrata

²³⁶ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 37.

²³⁷ Zob. np. wyroki SN USA: z 1930 r. w sprawie *International Shoe Co. p. FTC* (280 U.S. 302-303); z 1969 r. w sprawie *Citizen Publishing p. United States* (394 U.S. 131); z 1974 r. w sprawie *United States p. General Dynamics Corp* (415 U.S. 486) oraz decyzje KE: w sprawie IV/M.308 *Kali und Salz/MDK Treuhand*, Dz.Urz. WE 1998 C 275 z 3.9.1998, s. 3; w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, Dz.Urz. WE L 132 z 17.5.2002, s. 45.

²³⁸ Zob. np. amerykańskie Wytyczne z 2010 r. w sprawie fuzji horyzontalnych (*Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission), <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>; Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03), Dz.Urz. UE C 31 z 5.2.2004, s. 5.

²³⁹ Zob. np. art. 7 ust. 1 i 2 koreańskiej ustawy antymonopolowej; podają za T. Skoczny, *Zgody...*, s. 51.

²⁴⁰ Zob. T. Skoczny, *Zgody...*, s. 83.

²⁴¹ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw..., pkt 90.

²⁴² Tamże.

aktywów (np. w prawie UE kryterium to sformułowano następująco: „gdyby nie doszło do połączenia aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłyby rynek”)²⁴³. Zarysowane przesłanki są tak dalece restrykcyjne, że argument odwołujący się do doktryny FFD jest rzadko podnoszony w postępowaniach antymonopolowych, a gdy już się to zdarzy, z reguły jest odrzucany²⁴⁴. Przykładowo, w Stanach Zjednoczonych Sąd Najwyższy od 1930 r. ani razu nie potwierdził jej zastosowania, utrzymując w mocy wyroki sądów niższej instancji odmawiające jej zastosowania²⁴⁵. Ilustracją sceptycyzmu, jakim tradycyjnie wykazywała się też Komisja Europejska względem doktryny FFD może być sprawa koncentracji Boeing/McDonnell Douglas, w której Boeing przekonywał, że McDonnell Douglas stał się upadającą spółką, która weszła w tzw. spiralę śmierci („*death spiral*”), co jednak nie przekonało Komisji do wydania bezwarunkowej zgody na tę koncentrację (jak już odnotowywano, ostatecznie zgoda ta obwarowana została istotnymi zastrzeżeniami)²⁴⁶. Symptomem łagodzenia stanowiska Komisji Europejskiej w kwestii obrony antykonkurencyjnych koncentracji na podstawie doktryny FFD mogą być jednak decyzje w sprawach koncentracji Nynas/Shell/Harburg Refinery²⁴⁷ i Aegean/Olympic II²⁴⁸. Komisja wyraziła bezwarunkową zgodę na obie koncentracje, odnosząc się z aprobatą do argumentacji ich uczestników powołującej się na doktrynę FFD. Co szczególnie znamienne, Komisja zezwoliła (w 2013 r.) na przejęcie przez największego greckiego przewoźnika lotniczego Aegean Airlines jego głównego rodzimego konkurenta Olympic Air (powstałego w wyniku prywatyzacji byłego flagowego przewoźnika greckiego Olympic Airlines, stworzonego przez greckiego magnata Arystotelesa Onassisa), mimo że połączone przedsiębiorstwo będzie miało monopol na niektóre krajowe połączenia lotnicze w Grecji.

²⁴³ Tamże.

²⁴⁴ Zob. T. Skoczny, *Zgody...*, s. 48 i n.; S. Syp, *Doktryna...*, s. 90 oraz cytowane tam piśmiennictwo.

²⁴⁵ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 49.

²⁴⁶ Tamże, s. 57; D. Jackson, *Failing firm defence. The Andersen mergers – a new approach to the failing firm principle?*, *Competition Law insight* 2002, nr 1, s. 11.

²⁴⁷ Zob. decyzję KE w sprawie COMP/M.6360 Nynas/Shell/Harburg Refinery, Dz.Urz. UE C 368 z 17.10.2014, s. 5; G. Castaldo, A. Bogdanov, *The Nynas Case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method*, *JECLP* 2015, t. 6, nr 5, s. 324 i n.; M. Giannino, *There Is Always a First Time: The European Commission Applies the Failing Firm Defence to an Unprofitable Division in NYNAS/Shell/Harburg Refinery* (30.12.2014), <http://ssrn.com/abstract=2544084>

²⁴⁸ Zob. decyzję KE w sprawie COMP/M.6796 Aegean/Olympic II, Dz.Urz. UE C 25 z 24.1.2015, s. 7; A. Komninos, J. Jeram, *Changing Mind in Changed Circumstances: Aegean/Olympic II and the Failing Firm Defence*, *JECLP* 2014, t. 5, nr 9, s. 605 i n.

Co więcej, w sprawie tej samej koncentracji, zgłoszonej Komisji niespełna trzy lata wcześniej, nie wydała ona zgody na jej dokonanie, jednoznacznie odrzucając argument odwołujący się do doktryny FFD i uznając, że planowane połączenie mogłoby doprowadzić do powstania monopolu na rynku lotniczym w Grecji²⁴⁹. Rewizję swego stanowiska Komisja uzasadniła zmianą okoliczności sprawy, podnosząc w szczególności, że Olympic Air „nigdy nie były dochodowe”, i że nie pojawił się żaden wiarygodny inwestor, który stanowiłby konkurencję dla zabiegającego o jego przejęcie Aegean Airlines. Zdaniem Komisji, zmagający się z poważnymi trudnościami finansowymi Olympic Air (nie bez związku z trapiącym Grecję kryzysem finansowym i gospodarczym) musiałby zaprzestać działalności, co w praktyce oznacza, że połączenie obu przewoźników nie będzie miało wpływu na konkurencję.

W przypadku trudności finansowych mniejszej skali i występujących okresowo (np. w czasie kryzysu), a więc wtedy, gdy mamy do czynienia z przedsiębiorstwem „mającym kłopoty” (*flailing firm*) czy „przedsiębiorstwem chorym” (*ailing firm*), zastosowanie doktryny upadającej firmy jest niemożliwe²⁵⁰.

W tym miejscu wypada też zwrócić uwagę na podejście polskich władz antymonopolowych do doktryny FFD. Wprawdzie Polska należy do grupy krajów, których prawo kontroli koncentracji nie przewiduje *explicite* możliwości powoływania się na tę doktrynę, niemniej jednak nie ma żadnych przeszkód, żeby sięgać po nią w przypadku zgłaszania koncentracji z udziałem przedsiębiorcy upadającego, i żeby Prezes UOKiK uwzględnił taki argument, dopuszczając koncentracje, których skutki dla konkurencji nie będą gorsze niż nieuniknione efekty upadku danego przedsiębiorcy i zniknięcia z rynku jego aktywów²⁵¹. Tymczasem okazuje się, że w polskiej praktyce orzeczniczej nie ma ani jednego przypadku skutecznego zastosowania argumentu upadającego przedsiębiorcy, choć możliwość jego zastosowania Prezes UOKiK rozważał (z urzędu, co jest ewenementem na tle standardu unijnego, który ciężar dowodu na okoliczność spełnienia przesłanek doktryny FFD przenosi na uczestników koncentracji) w sprawach koncentracji zakazanych na podstawie art. 20 ust. 1 u.o.k.k.²⁵²

W porównaniu ze zgodami wyjątkowymi szersze możliwości urzeczywistnienia polityki promowania narodowych czempionów oferują zgody

²⁴⁹ Zob. decyzję KE w sprawie COMP/M.5830 Olympic/Aegean Airlines, Dz.Urz. UE C 195 z 3.7.2012, s. 11.

²⁵⁰ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 89.

²⁵¹ Tamże, s. 79; S. Syp, *Doktryna...*, s. 92; *Rountable on Failing Firm Defence*, DAF/COMP(2009)38, OECD 2009, s. 137 i n.

²⁵² T. Skoczny, *Zgody...*, s. 63 i 79–80; T. Skoczny, M. Kolasiński [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 725.

warunkowe. Udzielane są one (notabene stosunkowo często, i to we wszystkich systemach kontroli koncentracji) wtedy, gdy uczestnicy koncentracji zobowiążą się do takiej modyfikacji ich pierwotnego zamiaru koncentracji (w drodze określonych środków zaradczych, *remedies*), która wyeliminuje zagrożenia dla konkurencji stwierdzone w toku badania zgłoszonego zamiaru, czyniąc w ten sposób zadość aksjologii prawa ochrony konkurencji²⁵³. Dysponując znaczną swobodą w zakresie kształtowania owych środków zaradczych oraz trybu ich nakładania władze ochrony konkurencji mogą za ich pomocą faworyzować koncentracje pożądane z punktu widzenia polityki promowania narodowych czempionów (sięgając po środki nadmiernie łagodne), bądź przeciwdziałać niepożądanym (stosując środki nadmiernie uciążliwe). Z dyskryminacyjnym użyciem środków zaradczych w ramach decyzji warunkowych (w imię protekcji narodowych czempionów) mielibyśmy do czynienia w szczególności wówczas, gdyby charakter tych środków lub procedura ich formułowania i nakładania naruszały zasadę proporcjonalności, wskazując na zamiar ochrony nie tyle konkurencji, co raczej konkretnych konkurentów (narodowych czempionów). W skrajnym przypadku nałożenie w treści decyzji warunków (środków zaradczych), których przedsiębiorstwo nie jest w stanie realnie spełnić (w relatywnie krótkim czasie), czyniłoby decyzję zezwalającą na dokonanie koncentracji w gruncie rzeczy niewykonalną²⁵⁴.

Interesującym przykładem warunkowych zgód na koncentracje, wskazujących (zdaniem wielu komentatorów) na inspiracje mające przynajmniej w części źródła w polityce przemysłowej, są decyzje chińskiego MOFCOM w sprawach koncentracji Seagate/Samsung oraz Western Digital/Hitachi²⁵⁵. Zastosowane w tych sprawach środki zaradcze (o charakterze behawioralnym, a w przypadku koncentracji Western Digital/Hitachi także strukturalnym), w tym czasowy zakaz integracji łączących się przedsiębiorstw, połączony z nakazem ich działania w sposób odseparowany, a także zobowiązania uczestników koncentracji do monitorowania procesu wdrażania tych środków, postrzega się jako stosunkowo inwazyjną formę interwencji, a nawet porównuje się je do tymczasowego zakazu koncentracji²⁵⁶. Jak to wymownie ujął jeden z komentatorów, w sprawach niektórych koncentracji

²⁵³ Tamże, s. 35, 38–39 i 452.

²⁵⁴ Zob. R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, KPP 2006, nr 3, s. 133; M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 299.

²⁵⁵ D.D. Sokol, *Merger...*, s. 24.

²⁵⁶ Tamże, zob. też T. Weinreich-Zhao, *Chinese Merger Control Law: An Assessment of its Competition-Policy Orientation after the First Years of Application*, Munich 2015, s. 336.

cji MOFCOM (z własnej inicjatywy bądź jako eksponent innych resortów rządowych) stara się zrozumieć, dlaczego na danym rynku nie ma chińskich konkurentów, i uznaje za stosowne zadawać to pytanie uczestnikom tych koncentracji²⁵⁷. W wielu analizach przywoływanych decyzji MOFCOM pojawia się więc supozycja, że rzeczywistym celem zastosowanych środków zaradczych było umożliwienie lepszego poznania przez chińskie władze strategii biznesowej zachodnich przedsiębiorstw z sektora technologii informatycznych (IT), w którym nie ma chińskich konkurentów na skalę światową, ale dla którego Chiny są największym rynkiem zbytu²⁵⁸.

Nie ulega wątpliwości, że na gruncie powszechnych reguł kontroli koncentracji najszersze możliwości realizacji polityki promowania narodowych czempionów, także w sposób protekcyjnistyczny, oferuje kontrola oparta na kryterium (teście) interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji²⁵⁹. Oparcie kontroli koncentracji na takim kryterium umożliwia: 1) legalizację koncentracji z udziałem narodowych czempionów nawet w sytuacji, gdy koncentracje te nie mogłyby być dopuszczone na podstawie ekonomicznego kryterium ich ewaluacji, bądź też 2) delegalizację prokonkurencyjnych koncentracji, które godziłyby w interesy narodowych czempionów (np. akwizycji tych ostatnich przez zagranicznych konkurentów). W niektórych systemach powszechnej kontroli koncentracji, np. polskim, kryterium interesu publicznego, innego niż ochrona konkurencji, nie może być jednak podstawą blokowania operacji koncentracyjnych²⁶⁰.

Legalizacja antykonkurencyjnych koncentracji ze względu na ogólny interes publiczny, który uznaje się za ważniejszy niż interes publiczny w ochronie konkurencji, odbywa się na podstawie decyzji nadzwyczajnych²⁶¹. Będąca podstawą takich decyzji przesłanka ogólnego interesu publicznego, innego niż ochrona konkurencji (przed nadmierną koncentracją), czy też podobne przesłanki, takie jak np. obronność i bezpieczeństwo państwa, względy polityki społecznej, międzynarodowa konkurencyjność przedsiębiorstw, stabilność krajowego systemu finansowego, pluralizm mediów itp., są wysoce nieostre i trudne do skwantyfikowania, co ułatwia wykorzystywanie ich (przynajmniej potencjalnie) jako narzędzia polityki promowania narodowych czempionów.

²⁵⁷ D.D. Sokol, *Merger...*, s. 23.

²⁵⁸ Tamże, s. 24.

²⁵⁹ Zob. S. Woolcock, H. Wallace, *European Community regulation and national enterprise* [w:] J. Hayward (red.), *Industrial Enterprise and European Integration: From National to International Champions in Western Europe*, Oxford 1995, s. 283.

²⁶⁰ *Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies*, DAF/COMP/GF(2011)13, OECD 2012, s. 221.

²⁶¹ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 38.

Jako przykład normy stanowiącej podstawę prawną decyzji nadzwyczajnych, o których mowa, może posłużyć art. 20 ust. 2 u.o.k.k., w którym przewidziano wyjątek od zasady (wyrażonej w ust. 1 tego artykułu), zgodnie z którą Prezes UOKiK wydaje decyzję zakazującą dokonania koncentracji, jeżeli uzna, że konkurencja na rynku właściwym zostanie istotnie ograniczona wskutek koncentracji. Wyjątek ten odnosi się do przypadku, „gdy odstępienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione”. Ustawa nie określa, co należy rozumieć przez tę podstawową (nienazwaną) przesłankę, natomiast w art. 20 ust. 2 pkt 1 i 2 wymienia przykładowo dwie uzupełniające (nazwane) przesłanki uzasadniające takie odstępienie, a mianowicie: 1) przyczynienie się koncentracji do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego oraz 2) możliwość wywarcia przez nią pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową²⁶². Konstrukcja komentowanego przepisu pozwala na objęcie nim niemal każdej koncentracji, jeśli tylko odstępienie od jej zakazu jest uzasadnione, przy czym wyłączna (a przy tym wysoce dyskrecjonalna) kompetencja do rozstrzygnięcia o tej zasadności należy do Prezesa UOKiK (żaden inny organ administracji publicznej nie może ingerować w sposób wykonywania tej kompetencji)²⁶³. Przesłanka podstawowa („przypadek gdy odstępienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione”) jest na tyle ogólna i pojemna, że nie dostarcza praktycznie żadnych wskazówek co do okoliczności, jakie powinny być wzięte pod uwagę w trakcie oceny zgłoszonej koncentracji²⁶⁴. Z kolei katalog okoliczności uzupełniających przesłankę podstawową, uzasadniających odstępienie od zakazu, jest ograniczony jedynie do dwóch tylko przykładowych i wysoce niejednoznacznych przesłanek: przyczynienia się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego oraz możliwości wywarcia pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową. Przesłanki te mogą wynikać z różnych funkcji administracji publicznej pozostających poza zasadniczym celem ustawy antymonopolowej, jakim jest ochrona rynku przed ograniczeniami konkurencji, w ramach których chronione są inne wartości składające się na interes publiczny²⁶⁵. W konsekwencji, kierunki argumentowania uzasadnionego odstępienia od

²⁶² Szerzej w sprawie tego wyjątku zob. T. Skoczny, M. Kolasiński [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 716 i n.; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 183 i n.; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 558.

²⁶³ M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej)*, PUG 2010, nr 6, s. 3; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 182 i n.; C. Banasiński, *Dyskrecjonalność...*, s. 416.

²⁶⁴ A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 506.

²⁶⁵ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność...*, s. 414.

zakazu antykonkurencyjnych koncentracji na podstawie art. 20 ust. 2 u.o.k.k. formalnie mogą być dowolne (w granicach wytyczonych celami ustawy)²⁶⁶. Inna sprawa, że wyrażane niekiedy obawy, iż tak szeroka możliwość uzasadniania odstąpienia od zakazu dokonania antykonkurencyjnych koncentracji potrzebami realizacji innych interesów społeczno-gospodarczych może prowokować nadużycia godzące w wolność gospodarczą, w praktyce „nie zmaterializowały się”²⁶⁷. W kontekście tematu niniejszej monografii warto przy tym odnotować, że spośród wydanych dotychczas w Polsce dziewięciu zgód nadzwyczajnych na dokonanie koncentracji istotnie ograniczających konkurencję, sześć dotyczyło koncentracji przedsiębiorstw tradycyjnie zaliczanych do sektorów strategicznych²⁶⁸. Trzy dotyczyły koncentracji służących restrukturyzacji sektora zbrojeniowego, w tym m.in. przejścia przez PHO/Bumar kontroli nad piętnastoma innymi spółkami z tego sektora²⁶⁹. Koncentracje te służyły realizacji rządowego programu z 14.5.2002 r. pt. „Strategia przekształceń strukturalnych przemysłowego potencjału obronnego w latach 2002–2005”²⁷⁰. W decyzji w sprawie Bumar Prezes UOKiK stwierdził m.in., że nowopowstała grupa kapitałowa będzie posiadać pozycję dominującą na krajowym rynku uzbrojenia i sprzętu wojskowego, uznając jednak, że skumulowanie zasobów kapitałowych, finansowych, technologicznych, produkcyjnych oraz marketingowo-handlowych, pozostających do dyspozycji poszczególnych spółek wchodzących w skład grupy, doprowadzi do stworzenia efektywnej struktury produkcyjnej przemysłowego potencjału obronnego. Co może zaskakiwać, w sprawie tej (podobnie jak w pozostałych dotyczących sektora zbrojeniowego) Prezes UOKiK uzasadnił odstąpienie od zakazu koncentracji względami efektywnościowymi, nie zaś argumentami odwołującymi się do bezpieczeństwa państwa²⁷¹. Również trzy zgody nadzwyczajne Prezesa UOKiK dotyczyły koncentracji stanowiących realizację rządowego programu z 28.3.2006 r. pt. „Program dla elektroenergetyki”, przewidującego konsolidację przedsiębiorstw sektora elektroenergetycznego należących do Skarbu Państwa w cztery grupy: PGE, Energetyka Południe (obecnie Tauron), Energa i Enel²⁷². Wyrażając zgodę na te koncentracje

²⁶⁶ Tamże, s. 413.

²⁶⁷ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 187.

²⁶⁸ Tamże, s. 190 i n.

²⁶⁹ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 6.8.2002 r., Nr DDI-61/02 Bumar, Dz.Urz. UOKiK z 2002 r. nr 5, poz. 180.

²⁷⁰ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 191.

²⁷¹ Tamże, s. 191 i 202.

²⁷² Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06 PGE; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 192 i n.

Prezes UOKiK powołał się przede wszystkim na argument, że mimo istotnego ograniczenia konkurencji (nie wyłączając kwalifikowanego przypadku doprowadzenia do powstania pozycji dominującej na rynku), przyczynią się one do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju, a to dzięki temu, że powstałe grupy kapitałowe będą dysponowały potencjałem, który pozwoli im znacznie lepiej odpowiadać na wyzwania, przed jakimi stoi polski sektor elektroenergetyczny. Zgodził się też z argumentem, że „dużym inwestycjom będą mogły podołać jedynie duże przedsiębiorstwa”²⁷³. Znacznie mniej przekonująco brzmi równie często wysuwany przez rzeczników odnośnej konsolidacji argument o konieczności budowania dużych narodowych przedsiębiorstw energetycznych zdolnych do konkurowania z silnymi zachodnioeuropejskimi rywalami, a to z powodu nikłej ilości i przepustowości transgranicznych połączeń międzysystemowych, bez których trudno sobie wyobrazić konkurencyjny paneuropejski rynek elektroenergetyczny²⁷⁴. Nawiasem mówiąc, analiza wyników badań dotyczących efektów dotychczasowej konsolidacji polskiego sektora elektroenergetycznego wskazuje, iż w większości przypadków nie zrealizowano w sposób optymalny jej celu w postaci wzrostu efektywności ekonomicznej, co się tyczy zwłaszcza sektora dystrybucji energii elektrycznej²⁷⁵. Duże spadki efektywności o charakterze technologicznym i organizacyjnym były przy tym w dużym stopniu niwelowane przez wzrost cen sprzedaży²⁷⁶. Konsolidacja doprowadziła natomiast niewątpliwie do oligopolizacji polskiego sektora elektroenergetycznego, choć jest ona oceniana zwykle (nie tylko przez jej twórców) jako uzasadniona²⁷⁷.

²⁷³ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 193-194; szerzej na temat konsolidacji polskiego sektora energetycznego z perspektywy prawa kontroli koncentracji zob. tenże, *Consolidation of the Polish Electricity Sector. The Merger Law Perspective*, YARS 2011, t. 4, s. 169 i n.

²⁷⁴ J. Kamiński, *The development of market power in the Polish power generation sector: A 10-year perspective*, Energy Policy 2012, t. 42, s. 136, 145 i n.; por. też decyzję Prezesa UOKiK Nr DKK – 1/2011, s. 35 i 51. Po ukończeniu połączenia międzysystemowego między Litwą a Polską (do końca 2015 r.) poziom połączeń międzysystemowych Polski wyniesie do 4 proc. (obecnie nie przekracza 2 proc.); podaję za Komunikatem KE do Parlamentu Europejskiego i Rady, *Osiągnięcie docelowego poziomu 10% w zakresie elektroenergetycznych połączeń międzysystemowych. Przygotowanie europejskiej sieci elektroenergetycznej na 2020 r.*, COM(2015) 82 final, s. 10.

²⁷⁵ Zob. T. Dec, *Wpływ koncentracji na efektywność ekonomiczną przedsiębiorstw polskiego sektora elektroenergetycznego*, UOKiK, Warszawa 2013, s. 35; T. Dec, J. Jeżak, *Bezpieczeństwo energetyczne kraju a procesy restrukturyzacji polskiego sektora elektroenergetycznego*, Zarządzanie i Finanse 2013, nr 4, część 3, s. 176 i n.

²⁷⁶ Tamże.

²⁷⁷ Zob. J. Kamiński, *The development...*, s. 146; tenże, *Konsolidacja sektora wytwarzania energii elektrycznej w Polsce: wyniki analizy wskaźnikowej*, Polityka Energetyczna 2011, t. 14, z. 1, s. 79 i n.; *Informacja o wynikach kontroli restrukturyzacji elektroenergetyki*

Mimo ambiwalentnych (także niepożądanych) skutków zgód nadzwyczajnych Prezesa UOKiK w sektorze elektroenergetycznym podzielić należy przekonanie o braku podstaw do stawiania temu organowi generalnego zarzutu nadużywania tego typu decyzji. Trudno byłoby też dostrzec w nich wyraźne przejawy faworyzowania przedsiębiorstw krajowych kosztem zagranicznych konkurentów. Co więcej, bardziej prawdopodobna wydaje się krytyka praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK jako niedostatecznie uwzględniającej potrzeby umacniania potencjału rodzimych przedsiębiorstw (np. w imię bezpieczeństwa energetycznego), aspirujących do roli narodowych czempionów. Nuty tego rodzaju krytyki da się odczytać w krytycznych komentarzach do decyzji Prezesa UOKiK Nr DDK-1/2011 z 13.1.2011 r. o odmowie wydania zgody na przejęcie przez PGE kontroli nad grupą kapitałową Energa, która to transakcja miała stanowić element realizacji zmodyfikowanego rządowego „Programu dla elektroenergetyki”²⁷⁸. W sprawie tej Prezes Urzędu uznał, że planowana koncentracja doprowadziłaby do istotnego ograniczenia konkurencji na szeroko rozumianym rynku energii elektrycznej, przyjmując przy tym – inaczej niż Rada Ministrów – że „dalsza konsolidacja sektora nie jest konieczna” (nawiasem mówiąc decyzję tę podtrzymał SOKiK wyrokiem z 14.5.2012 r.). Dla rzetelności wyводу wypada też dodać, że oprócz Prezesa UOKiK planowana konsolidacja miała też innych zagorzałych przeciwników, wskazujących m.in. na szkodliwość tego pomysłu dla energetyki i odbiorców energii elektrycznej²⁷⁹.

Doniosły wpływ na możliwości urzeczywistniania polityki promowania narodowych czempionów w ramach kontroli koncentracji ma niewątpliwie unijne prawo konkurencji. W sprawach koncentracji o wymiarze unijnym, podlegających kontroli na podstawie unijnego prawa kontroli koncentracji²⁸⁰, Komisja Europejska zasadniczo nie uznaje argumentów odwołujących się do potrzeby promowania narodowych czempionów²⁸¹. W sprawach kilku takich

oraz bezpieczeństwa sieci energetycznych, NIK, Warszawa 2009, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,70,vp,70.pdf>, s. 20–28; *Informacja Prezesa URE z 8.3.2008 r. nr 6/2008 w sprawie konsolidacji przedsiębiorstw energetycznych w sektorze elektroenergetycznym*, <http://www.ure.gov.pl/pl/stanowiska/3033,Informacja-62008.html>

²⁷⁸ Zob. T. Skoczny, *Zgody...*, s. 194 i n.; tenże, *Consolidation...*, s. 185 i n.

²⁷⁹ Z krytyką taką wystąpił m.in. W. Mielczarski, współautor „Programu dla elektroenergetyki”, będącego podstawą konsolidacji polskiego sektora elektroenergetycznego zapoczątkowanej w 2006 r.; zob. D. Ciepela, *Prof. Mielczarski: konsolidacja energetyki niepoważna i szkodliwa*, http://energetyka.wnp.pl/prof-mielczarski-konsolidacja-energetyki-niepowazna-i-szkodliwa,244804_1_0_0.html

²⁸⁰ Zob. rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE L 24 z 29.1.2004, s. 1.

²⁸¹ Zob. D. Geradin, I. Girgenson, *Industrial...*, s. 23.

koncentracji (np. Volvo/Scania, Schneider/Legrand) oparła się ona presji politycznej i nie wyraziła zgody na koncentracje mające w założeniu doprowadzić do wykreowania, czy też wzmocnienia, narodowego czempiona²⁸². Komisja nie przeciwstawia się jednak wszelkim firmowanym przez rządy narodowe koncentracjom przedsiębiorstw, ani też nie sprzeciwia się koncentracjom tylko dlatego, że są one wspierane przez te rządy²⁸³. Przykładowo, w sprawie koncentracji Volvo/Scania Komisja nie zablokowała jej z tego powodu, iż zabiegał o nią rząd Szwecji, ale z uwagi na spodziewany skutek tej transakcji w postaci pojawienia się na rynku kolejnego dominanta. Innymi słowy, Komisja nie kwestionuje interwencji rządów narodowych w imię wspierania narodowych czempionów, o ile nie prowadzi to do znaczącego ograniczenia konkurencji lub naruszenia interesów konsumentów²⁸⁴.

Istnieje wiele argumentów na poparcie tezy, że unijne prawo kontroli koncentracji wprawdzie dalece ogranicza, ale nie pozbawia zupełnie państw członkowskich możliwości promowania narodowych czempionów, nawet w sposób protekcyjnistyczny, w ramach polityki kontroli koncentracji. Pierwszego dostarcza już choćby geneza i ewolucja unijnego prawa kontroli koncentracji. Przypomnieć zatem należy, że przez około trzy pierwsze dekady integracji europejskiej (do początku lat 90.) ówczesna Europejska Wspólnota Gospodarcza (EWG) nie dysponowała (w zasadzie) kompetencjami specjalnie dedykowanymi prewencyjnej kontroli operacji koncentracyjnych²⁸⁵, co było wyrazem braku woli rządów części państw członkowskich (np. Francji) wyzbycia się własnych prerogatyw w tym zakresie na rzecz Komisji Europejskiej, m.in. w obawie przez jej ingerencją w operacje strukturalne na rynku mające istotny wpływ na przyszłość rodzimych przedsiębiorstw²⁸⁶. W toku negocjacji nad kształtem pierwszego wspólnotowego rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw²⁸⁷, część państw człon-

²⁸² Tamże.

²⁸³ Tamże.

²⁸⁴ Tamże.

²⁸⁵ Pewne (dalece ograniczone) możliwości w tym zakresie stwarzały art. 85 i art. 86 TEWG (później art. 81 i art. 82 TWE, obecnie art. 101 i art. 102 TFUE). Ponadto, system kontroli koncentracji przewidywał TEWWiS, jednakże objęte nim były tylko przedsiębiorstwa w sektorze węgla i stali; zob. S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 22 i n.; M. Szydło, *Stosowanie art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do operacji koncentracyjnych*, PiP 2006, z. 1, s. 54 i n.; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 75 i n.

²⁸⁶ Zob. S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 21; tenże, *Zasada wyłączności jurysdykcji Wspólnoty Europejskiej w sprawach połączeń przedsiębiorstw a uprawnienia państw członkowskich*, PiP 1996, z. 4–5, s. 178.

²⁸⁷ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 1 ze zm.

kowskich zabiegała o przyjęcie systemu dzielonych kompetencji, na wzór art. 85 i art. 86 TEWG, jednak charakter kontroli koncentracji (zwłaszcza możliwość władczego ingerowania w strukturę przedsiębiorstw) oraz względy pewności prawnej przesądziły o wyborze przez Radę tzw. zasady kompleksowej obsługi („one-stop shop” principle), zwanej też często zasadą „pojedynczej instytucji”, „jednej kontroli”, czy też „jednego okienka”, w myśl której kontrola koncentracji o wymiarze wspólnotowym (obecnie unijnym) należy (zasadniczo) wyłącznie do kompetencji Komisji Europejskiej. Dążąc m.in. do ograniczenia jej jurysdykcji w sprawach kontroli koncentracji państwa członkowskie zdecydowały się przy tym na wybór ilościowego kryterium alokacji kompetencji kontrolnych pomiędzy Komisję i organy ochrony konkurencji tych państw, zamiast kryterium wpływu na handel wewnątrzwspólnotowy, przyjętego na potrzeby stosowania art. 85 i art. 86 TEWG (w odniesieniu do kompetencji dotyczących praktyk ograniczających konkurencję)²⁸⁸. Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw koncentrację uznawano za posiadającą wymiar wspólnotowy w przypadku, gdy 1) łączny światowy obrót wszystkich przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wynosił więcej niż 5 mld ECU; oraz 2) łączny obrót przypadający na Wspólnotę, każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wynosił więcej niż 250 mln ECU, z wyjątkiem przypadku, gdy każde z przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji uzyskiwało więcej niż dwie trzecie swoich łącznych obrotów przypadających na Wspólnotę w jednym i tym samym państwie członkowskim (tzw. reguła dwóch trzecich). Głównym powodem przyjęcia wysokich progów decydujących o wspólnotowym charakterze koncentracji był zamiar państw członkowskich ograniczenia liczby koncentracji, które wymykałyby się ich jurysdykcji kontrolnej. Mimo że przepis art. 1 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 stanowił, że wskazane wyżej progi będą zweryfikowane przed upływem pierwszego etapu wdrażania tego rozporządzenia, w rzeczywistości pozostały one niezmienione (z uwagi na silny opór ze strony państw członkowskich przed ich obniżeniem)²⁸⁹. Kryteria kwalifi-

²⁸⁸ Zob. S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 42 i n.

²⁸⁹ W 1997 r. znowelizowano rozporządzenie nr 4064/89, uzupełniając pierwotny zestaw kryteriów decydujących o uzyskaniu przez koncentrację wymiaru wspólnotowego dodatkowym testem, który znajdował zastosowanie wówczas, gdy dana koncentracja nie osiągając wprawdzie pierwotnych progów miałaby jednak znaczący wpływ na rynki w co najmniej trzech państwach członkowskich, prowadząc do wielokrotnych zgłoszeń na podstawie prawa konkurencji tych państw. Co warto podkreślić, i w tym uzupełniającym teście przewidziano regułę dwóch trzecich; szerzej zob. S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 26–27, 46 i n.; tenże, *Zasada...*, s. 179; T. Skoczny, *Jurysdykcyjne dylematy prewencyjnej kontroli*

kacji koncentracji o wymiarze wspólnotowym określone w rozporządzeniu nr 4064/89 przeniesiono w niezmiennym kształcie do aktualnie obowiązującego rozporządzenia Rady nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, co skłania do wniosku, że państwa członkowskie chcą w dalszym ciągu dysponować istotnym narzędziem polityki przemysłowej, jakim jest kontrola koncentracji, umożliwiającą im wpływanie na ważne procesy reorganizacyjne przedsiębiorstw²⁹⁰.

Poza wysokimi progami wyznaczającymi zakres wyłącznej jurysdykcji Komisji Europejskiej w sprawach kontroli koncentracji na zakres kompetencji kontrolnych organów ochrony konkurencji państw członkowskich w tych sprawach istotny wpływ ma przywoływana już reguła dwóch trzecich. Celem tego podstawowego mechanizmu korygującego podział kompetencji kontrolnych między Komisję a krajowe władze ochrony konkurencji było „wyłączenie z kompetencji Komisji tych spraw, które mają wyraźny związek z jednym państwem członkowskim”²⁹¹. W konsekwencji, o ile koncentracje między dużymi przedsiębiorstwami z różnych państw członkowskich zazwyczaj objęte są wyłączną jurysdykcją kontrolną Komisji Europejskiej, o tyle koncentracje między dużymi przedsiębiorstwami z tego samego państwa członkowskiego, nawet wywołujące znaczne skutki transgraniczne, mogą znaleźć się poza tą jurysdykcją. Przyjęte rozwiązanie faworyzuje przede wszystkim duże państwa UE, których mechanizm kontroli koncentracji dopuszcza kryteria ich ewaluacji inne niż ochrona konkurencji²⁹². Organy takich państw, właściwe w sprawach kontroli koncentracji transgranicznych niemających wymiaru unijnego, mogą wykorzystywać ten mechanizm (marginalizując względy ochrony konkurencji) w celu protekcjonistycznego wspomaganie gospodarczej ekspansji narodowych czempionów na rynki mniejszych państw członkowskich²⁹³. Szczególnie newralgiczne pod tym względem są przypadki koncentracji w tzw. liberalizowanych sektorach gospodarki (np. energetycznym czy telekomunikacyjnym), które charakteryzują się znaczną fragmentaryzacją rynków właściwych (są one w tych sektorach zazwyczaj zamknięte w geograficznych granicach państw członkowskich)²⁹⁴. Narażone

koncentracji w europejskiej przestrzeni prawnej [w:] A. Łazowski, R. Ostrihansky (red.), *Współczesne...*, s. 358.

²⁹⁰ A.G. Soares, „National Champions” *Rhetoric in European Law*, W.Comp. 2008, t. 31, nr 3, s. 255.

²⁹¹ Komunikat Komisji do Rady, *Sprawozdanie z funkcjonowania rozporządzenia nr 139/2004*, KOM(2009)281 wersja ostateczna, s. 4.

²⁹² Tamże, s. 6; zob. też S.W. Gołębiowski, *Kontrola...*, s. 68.

²⁹³ Zob. S.W. Gołębiowski, *Kontrola...*, s. 68.

²⁹⁴ Zob. A.G. Soares, „National...”, s. 356; A. Scott, *National...*, s. 5; S.W. Gołębiowski, *Kontrola...*, s. 68.

na tego rodzaju zagrożenie małe państwa UE mogą próbować mu przeciwdziałać sięgając po tzw. klauzulę holenderską (art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004). W myśl tej regulacji „Jedno lub więcej Państw Członkowskich może złożyć do Komisji wnioski o zbadanie wszelkiej koncentracji [...], która nie ma wymiaru wspólnotowego [...], ale *ma wpływ na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi i zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium Państwa Członkowskiego lub państw składających wnioski*” (podkreśl. R.M.). Pierwotnie klauzula holenderska odpowiadała na potrzeby państw członkowskich (takich jak np. Holandia – projektodawca tego rozwiązania), które nie posiadając własnego prawa kontroli koncentracji, chciały dysponować inicjatywą uruchomienia kontroli szczególnie problematycznych dla nich koncentracji przez Komisję Europejską²⁹⁵. Zważywszy na fakt, że poza Luksemburgiem regulacje tego rodzaju przyjęto już we wszystkich państwach członkowskich UE, to szczególne uzasadnienie odnośnej klauzuli straciło już właściwie rację bytu. Może być ona jednak wciąż użyteczna zwłaszcza w sytuacji, gdy w ocenie jednego lub więcej państw członkowskich kontrola danej koncentracji leży w interesie całej Unii, bądź też gdy prawo krajowe nie byłoby adekwatną podstawą tej kontroli (w praktyce klauzula holenderska umożliwiła zwłaszcza unikanie wielokrotnych zgłoszeń koncentracji niemających wymiaru unijnego, ale mogących wpływać na handel i konkurencję na rynku wewnętrznym)²⁹⁶. Należy jednak pamiętać, że przekazanie sprawy koncentracji niemającej wymiaru unijnego do zbadania przez Komisję Europejską na podstawie art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie stanowi przeszkody dla ewentualnych postępowań kontrolnych prowadzonych względem tej samej koncentracji w innych państwach członkowskich, które nie złożyły wniosku o przekazanie sprawy Komisji w tym trybie, bądź też nie przyłączyły się do takiego wniosku (jurysdykcja Komisji obejmuje wyłącznie państwa, które złożyły wniosek o odesłanie lub przyłączyły się do takiego wniosku)²⁹⁷. Dla porządku wypada w tym

²⁹⁵ G. De Stefano, R. Motta, S. Zuehlke, *Merger Referrals in Practice Analysis of the Cases under Article 22 of the Merger Regulation*, JECLP 2011, t. 2, nr 6, s. 538.

²⁹⁶ Tamże, zob. też A. Jones, B.E. Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases, and Material*, Oxford 2008, s. 990; T. Skoczny, *Jurysdykcyjne...*, s. 368.

²⁹⁷ Zob. G. De Stefano, R. Motta, S. Zuehlke, *Merger...*, s. 539 i n.; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 126 i n. Na ułomność obecnej konstrukcji odesłań z art. 22 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, która niewątpliwie koliduje z zasadą kompleksowej obsługi i podważa pewność prawa, zwrócono uwagę m.in. w *Białej księdze: W kierunku skuteczniejszej unijnej kontroli łączenia przedsiębiorstw*, COM(2014) 449 final, pkt 63, s. 18, postulując zarazem usprawnienie tej konstrukcji poprzez przyznanie KE jurysdykcji w sprawach jej przekazanych na całym obszarze EOG. Wyrażany czasem w polskim piśmiennictwie pogląd, że już obecnie KE posiada taką jurysdykcję wydaje się nazbyt optymistyczny; zob. np.

miejscu dodać, że zgodnie z art. 9 rozporządzenia nr 139/2004 (czyli tzw. klauzulą niemiecką, zwaną też „wyjątkiem odrębnego rynku”, *distinct market exception*), władze państwa członkowskiego mogą wystąpić do Komisji Europejskiej z wnioskiem o przekazanie im oceny koncentracji, która spełnia kryterium wymiaru unijnego. Komisja może przychylić się do tego wniosku, jeżeli: 1) koncentracja grozi znaczącym zakłóceniem konkurencji na rynku państwa członkowskiego, który ma wszelkie cechy odrębnego rynku, lub 2) koncentracja zakłóciłaby konkurencję na rynku tego państwa członkowskiego, który ma wszelkie cechy odrębnego rynku i nie stanowi on znacznej części wspólnego rynku. Konieczność wprowadzenia klauzuli niemieckiej wynika z wyrażanych przez niektóre państwa (szczególnie Niemcy) obaw, że koncentracja uznana przez Komisję za zgodną ze wspólnym rynkiem może mieć istotny wpływ na rynek jednego z państw członkowskich²⁹⁸.

Modelowym przykładem praktycznych implikacji wskazanych regulacji unijnego prawa kontroli koncentracji w sferze polityki promowania narodowych czempionów są przywoływane już sprawy koncentracji E.ON/Ruhrgas oraz Gas Natural/Endesa²⁹⁹. W pierwszej z nich uczestniczyły niemieckie spółki energetyczne prowadzące działalność także poza terytorium Niemiec. Ponieważ jednak generowały ponad dwie trzecie swoich obrotów na terytorium tego państwa, zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89 właściwe w sprawie kontroli ich koncentracji były niemieckie władze. Co szczególnie znamienne w tej sprawie, i na co już zwracano uwagę, mimo negatywnej decyzji Federalnego Urzędu Kartelowego zgodę na tę kontrowersyjną transakcję wydał ostatecznie Minister Gospodarki, kierując się m.in. potrzebą zwiększenia międzynarodowej konkurencyjności E.ON (*ergo* promowania narodowego czempiona). Także w sprawie określanej wymownie mianem „sagi Endesy”, mimo zabiegów tej spółki energetycznej o poddanie zamiaru jej wrogiego przejęcia przez Gas Natural pod jurysdykcję Komisji Europejskiej (aktywność obu spółek miała charakter transgraniczny), unijny organ ochrony konkurencji, powołując się na regulę dwóch trzecich z art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, uznał się za niewłaściwy i przekazał sprawę władzom hiszpańskim³⁰⁰. Co warte odnotowania, Komisja odrzuciła również wnioski o przejęcie przez nią tej sprawy, złożone przez Portugalię i Włochy na podstawie klauzuli holenderskiej (art. 22 rozporządzenia 139/2004),

K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, System Informacji Prawnej LEX.

²⁹⁸ Zob. T. Skoczny, *Jurydykcyjne...*, s. 359 i n.; S. Sobolewski, *Koncentracje przedsiębiorców we wspólnotowym prawie konkurencji*, PPH 2007, nr 6, s. 30 i n.

²⁹⁹ Zob. S.W. Gołębiowski, *Kontrola...*, s. 68 i n.

³⁰⁰ Decyzja KE z 15.11.2005 r. w sprawie COMP IV/M. 3986 – Gas Natural/Endesa.

uznając, że państwa te nie zdołały wykazać zagrożenia dla konkurencji na ich rodzimych rynkach, jakie miałyby stwarzać kontestowana koncentracja (notabene decyzję tę podtrzymał SPI)³⁰¹.

Sprawa Gas Natural/Endesa, a także przypadki innych dużych koncentracji w sektorze energetycznym (np. E.ON/Ruhrigas) oraz usług finansowych (np. przejęcia Crédit Lyonnais przez Crédit Agricole oraz Paribas przez BNP), które „wymknęły” się spod jurysdykcji Komisji Europejskiej z powodu reguły dwóch trzecich, skłoniły komisarz ds. konkurencji Neelie Kroes do wystąpienia z postulatem uchylecia tej reguły, jako „nieodzwierciedlającej już optymalnego podziału kompetencji” między Wspólnotą a państwami członkowskimi, a w niektórych przypadkach uniemożliwiającej wręcz konsekwentne (spójne) rozstrzygnięcie spraw³⁰². Niewątpliwie istotny wpływ na to stanowisko miało też spostrzeżenie, że pozostające w gestii krajowych władz koncentracje prowadzą niejednokrotnie do powstania „europejskich graczy” zdolnych blokować rynki narodowe przed konkurentami z innych państw członkowskich. Okazało się jednak, że szanse na realizację tego postulatu, a nawet tylko głębszą reformę reguły dwóch trzecich, są nikłe z powodu wspólnotowej (unijnej) *realpolitik*³⁰³. Wszak to, co jest uznawane jako optymalne przez Komisję Europejską, niekoniecznie musi być tak oceniane przez poszczególne państwa członkowskie. Co więcej, reguła dwóch trzecich jest postrzegana szeroko jako emanacja narodowej suwerenności państw członkowskich w sferze polityki gospodarczej, a elastyczne ramy jurysdykcyjne unijnej kontroli koncentracji mogą być traktowane jako konsekwencja zasady pomocniczości, o której mowa w motywie 11 rozporządzenia nr 139/2004³⁰⁴. Jest zatem mało prawdopodobne, aby państwa członkowskie były skłonne scedować kolejną część swoich kompetencji kontrolnych w zakresie kontroli koncentracji na rzecz UE, a tym samym wyzbyć się ważnego narzędzia polityki przemysłowej, w szczególności umożliwiającego promowanie narodowych czempionów³⁰⁵.

Niebagatelnym źródłem kompetencji państw członkowskich UE w zakresie prewencyjnej kontroli koncentracji o wymiarze unijnym, które to kom-

³⁰¹ Wyrok SPI z 14.7.2006 r. w sprawie T-417/05, *Endesa SA p. Komisji*, Zb.Orz. 2006, s. II-2533.

³⁰² N. Kroes, *Modification of the Two-thirds Rule for Establishing Jurisdiction under the Merger Regulation*, SEC (2005) 1518/1 (14.11.2005); cyt. za M. Harker, *Cross-border Mergers in the EU: The Commission v The Member States*, ECJ 2007, t. 3, nr 2, s. 535.

³⁰³ A. Scott, *National...*, s. 9.

³⁰⁴ Tamże, s. 10 i 12; A. Nourry, N. Jung, *EU State Measures Against Foreign Takeovers: "Economic Patriotism" in All But Name*, CPI 2012, t. 8, nr 1, s. 38.

³⁰⁵ A. Scott, *National...*, s. 10; A. Nourry, N. Jung, *EU...*, s. 39.

petencje mogą być (i bywają) wykorzystywane w celu (niejednokrotnie protekcyjnistycznego) promowania narodowych czempionów, jest tzw. klauzula uzasadnionych interesów (*legitimate interest clause*), wyrażona w art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004. Na podstawie tego przepisu państwa członkowskie mogą podejmować „właściwe środki w celu ochrony uzasadnionych interesów” innych niż te, które brane są pod uwagę w tym rozporządzeniu (tj. innych niż skuteczna konkurencja na rynku³⁰⁶), o ile środki te (tj. wszelkie działania organów tych państw prowadzące do całkowitego zablokowania danej koncentracji lub jej utrudnienia) będą zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa unijnego³⁰⁷. Wśród zasad tych znajdują się przykładowo: zasada pierwszeństwa (supremacji) i bezpośredniego skutku prawa UE, zasada proporcjonalności, zasada równości i niedyskryminacji, zasada pewności prawa, a także prawa podstawowe, np. swoboda przedsiębiorczości. Z kolei inne przepisy prawa unijnego (zarówno pierwotnego, jak i wtórnego), o których tu mowa, obejmują m.in. regulacje odnoszące się do filarów rynku wewnętrznego, tj. swobody przepływu osób, towarów, usług i kapitału, a także prawo pomocy państwa dla przedsiębiorstw oraz przepisy harmonizujące ustawodawstwo państw członkowskich w takich dziedzinach, jak np. zamówienia publiczne, energetyka czy transport. W związku z tym np. państwo członkowskie UE nie może zablokować koncentracji, ponieważ grozi ona przeniesieniem produkcji lub ośrodka badawczo-rozwojowego do innego kraju i tym samym może spowodować utratę miejsc pracy – byłoby to bowiem sprzeczne ze swobodami unijnego rynku wewnętrznego.

Zasada pierwszeństwa prawa UE wyklucza możliwość zatwierdzenia (legalizacji) przez państwo członkowskie koncentracji w oparciu o kryteria inne niż dotyczące konkurencji w sytuacji, gdy uprzednio Komisja Europejska wydała w odniesieniu do niej decyzję negatywną³⁰⁸. Państwo członkowskie może natomiast na tej podstawie zakazać koncentracji, która została uznana przez Komisję za zgodną z rynkiem wewnętrznym, lub zastosować

³⁰⁶ Z tego też względu w sprawie koncentracji UniCredito/HVB powoływanie się przez Polskę na niepożądane skutki tej transakcji dla konkurencji na polskich rynkach bankowości detalicznej skazane było na niepowodzenie; zob. decyzję KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 – UniCredito/HVB; T. Skoczny, *Ochrona „uprawnionych interesów” państw członkowskich UE w unijnym prawie kontroli koncentracji*, SE 2012, nr 1, s. 54.

³⁰⁷ T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 57 i n.; tenże, *Zgody...*, s. 147 i n.; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 129.

³⁰⁸ S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 130; tenże, *Zasada wyłączności jurysdykcji Wspólnoty Europejskiej w sprawach połączeń przedsiębiorstw a uprawnienia państw członkowskich*, PiP 1996, z. 4–5, s. 185; T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 54; A. Jones, J. Davies, *Merger...*, s. 486.

w tym przypadku dodatkowe zobowiązania wobec zainteresowanych przedsiębiorstw³⁰⁹.

W art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 r. wyodrębniono dwie kategorie uzasadnionych interesów, których ochronie służyć mogą działania państw członkowskich dotyczące danej koncentracji o wymiarze unijnym. Pierwsza obejmuje interesy nazwane *explicite*, tj.: bezpieczeństwo publiczne, pluralizm środków przekazu (mediów) oraz tzw. reguły ostrożnościowe, czy też przezorności (*prudential rules*), które uznano za uzasadnione *ex lege* (nie wymagają one zatem odrębnej autoryzacji przez Komisję Europejską)³¹⁰. Druga kategoria uzasadnionych interesów to interesy nie wymienione wprost w rozporządzeniu (zwane czasem „beziemiennymi”), które wymagają uprzedniego zatwierdzenia przez Komisję (*ex ante* – przed podjęciem działań służących ich ochronie)³¹¹.

W praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwie TSUE przyjęto ścisłą wykładnię nazwanych interesów z art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004. W szczególności interesy te nie mogą być wykorzystywane w celu ochrony niektórych krajowych sektorów gospodarki przed niepożądanymi inwestycjami z innych państw członkowskich. Przykładowo, zamiar przejęcia kontroli nad przedsiębiorstwem z sektora wrażliwego (strategicznego) z punktu widzenia interesów danego państwa członkowskiego przez podmiot z innego państwa członkowskiego nie upoważnia *eo ipso* władz tego pierwszego państwa do ingerowania w tę transakcję (np. poprzez wprowadzenie wymogu uzyskania zgody na jej realizację), z powołaniem się na względy bezpieczeństwa publicznego³¹². Dozwolone w świetle przywoływanego wyżej przepisu środki krajowe muszą zmierzać bezpośrednio do zapewnienia bezpieczeństwa (np. energetycznego), być proporcjonalne oraz niedyskryminujące³¹³. Instruktywnym przykładem ilustrującym wąską wykładnię przesłanki bezpieczeństwa publicznego, o którym mowa, jest stanowisko Komisji Europejskiej w kwestii publicznej oferty nabycia przez niemiecki koncern E.ON akcji hiszpańskiej spółki Endesa, w myśl którego względy bezpieczeństwa publicznego nie usprawiedliwiały nałożonych przez władze hiszpańskie na mające się połączyć przedsiębiorstwa rozbudowanych zobowiązań m.in. w zakresie własności oraz siedziby spółek zależnych, finansów oraz inwestycji czy też konieczności uzyskiwania zgód organu krajowego na określone transakcje kapitałowe (środki te zostały

³⁰⁹ Tamże.

³¹⁰ T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 56; tenże, *Zgody...*, s. 145 i n.; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 130.

³¹¹ Tamże.

³¹² S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 134 i n.

³¹³ Tamże, s. 135; zob. też T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 67.

uznane przez Komisję za sprzeczne z traktatowymi przepisami dotyczącymi swobody przedsiębiorczości oraz swobody przepływu kapitału oraz towarów, a w konsekwencji zabronione)³¹⁴. Godzi się przy tym dodać, że w przypadku koncentracji w sektorze zbrojeniowym państwa członkowskie mogą powołać się nie tylko na art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004, ale także na art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, który pozwala im podejmować środki, jakie uważają za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów ich bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi (szerzej zob. pkt 6.3.2.3.). Co warte podkreślenia, zakresy obu tych przepisów nie są tożsame. Pojęcie „bezpieczeństwa publicznego” jest szersze od pojęcia „podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego”³¹⁵. O ile przy tym art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 umożliwia państwom członkowskim podjęcie właściwych środków w celu ochrony uzasadnionych interesów, innych niż te, które są brane pod uwagę przez Komisję, przy założeniu zgodności tych środków z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa unijnego, o tyle art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE umożliwia usunięcie w całości spod kontroli Komisji tych aspektów koncentracji, które łączą się z ochroną podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego. W szczególnych przypadkach nie można wykluczyć nawet całkowitego wyłączenia danej koncentracji spod obowiązku zgłoszenia oraz kontroli ze strony Komisji³¹⁶. Z drugiej jednak strony, jak zastrzega Komisja Europejska, inne względy, w szczególności natury gospodarczej, choćby powiązane z produkcją i handlem bronią, amunicją i materiałami wojennymi, nie mogą stanowić dostatecznego uzasadnienia dla działań podejmowanych na podstawie art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE³¹⁷. Ponadto, w przepisie tym chodzi wyłącznie o interesy bezpieczeństwa o charakterze „podstawowym”, co nadaje temu wyłączeniu charakter wyjątkowy, wymagający ścisłej interpretacji (odnosi się ono zatem do wyposażenia o najwyższym znaczeniu dla możliwości wojskowych państw członkowskich)³¹⁸. Wyłączenie to obejmuje przy tym tylko takie środki, które „nie mogą wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych”. Państwa członkowskie mogą zatem korzystać z wyłączenia na podstawie art. 346 TFUE tylko pod warunkiem, że zastosowane przez nie środki nie wywołują efektu przeniesienia tej ochrony na sektory nie związane

³¹⁴ S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 131 i n.; T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 67.

³¹⁵ S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 153 i n.; T. Skoczny, *Zgody...*, s. 141.

³¹⁶ S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 153 i n.

³¹⁷ Tamże, s. 154.

³¹⁸ Tamże; zob. też T. Skoczny, *Zgody...*, s. 135 i n.

z produkcją na rzecz wojska i nie mają istotnego wpływu na dostawców i kontrahentów (w tym konsumentów) chronionych przedsiębiorstw i państw członkowskich³¹⁹.

Przykładem skutecznego odwołania się do art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 w związku z koncentracją zagrażającą drugiemu z uzasadnionych *ex lege* interesów, tj. pluralizacji mediów (jedynym jak dotąd pod rządami tego rozporządzenia), jest sprawa niedoszedłego przejścia przez koncern medialny News Corp. największej komercyjnej telewizji na brytyjskim rynku mediów BSkyB. Komisja Europejska uznała tę koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym, opierając się na przesłankach testu konkurencji, respektując jednak prawo do odrębnej oceny tej transakcji przez władze brytyjskie pod kątem jej wpływu na pluralizm mediów (obie te oceny są bowiem niezależne od siebie)³²⁰. Nawiasem mówiąc, mimo wstępnej (warunkowej) zgody rządu brytyjskiego na tę transakcję, nie doszła ona jednak do skutku z powodu wycofania się z niej przez News Corp.

Reguły ostrożnościowe, jako trzeci z uzasadnionych *ex lege* interesów, łączyć należy ze szczególnym nadzorem sprawowanym nad działalnością przedsiębiorstw z szeroko rozumianego sektora usług finansowych, świadczonych np. przez banki, towarzystwa ubezpieczeniowe i domy maklerskie³²¹. W ramach tego nadzoru władze krajowe mogą np. zapobiec przejściu rodzimego banku przez zagraniczny podmiot, który nie spełnia wymogów wypłacalności kapitałowej³²². W praktyce reguły ostrożnościowe są niejednokrotnie wykorzystywane przez te władze jako pretekst do zyskania na czasie w trakcie poszukiwania tzw. białego rycerza (*white knight*), tj. „przyjaźnie” nastawionego inwestora dla rodzimego przedsiębiorstwa zagrożonego wrogim (zagranicznym) przejściem³²³. W ten sposób, zamiast jawnego

³¹⁹ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 138 i n.

³²⁰ Zob. decyzję KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 – NewsCorp/BskyB, Dz.Urz. UE C 37 z 5.2.2011, s. 5; T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 69 i n.; tenże, *Zgody...*, s. 155; K. Bania, *European merger control in the broadcasting sector: Does media pluralism fit?*, CLR 2013, t. 9, nr 1, s. 70 i 74; S. Moonen, *News Corp/BSkyB and the Boundaries of Merger Review*, JECLP 2011, t. 2, nr 4, 350 i n.; Global Forum on Competition, *Competition Issues in Television and Broadcasting*, Contribution from the European Union, DAF/COMP/GF/WD(2013)52, OECD 2013, s. 7.

³²¹ T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 70 i n.; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 138 i 140.

³²² Zob. T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 70.

³²³ Zob. S. Dinc, I. Erel, *Economic...*, s. 2476 i n.; O. Morresi, A. Pezzi, *Cross-border Mergers and Acquisitions: Theory and Empirical Evidence*, New York 2014, s. 70. Alternatywnym sposobem blokowania niepożądanego konsolidacji jest pozyskanie tzw. białego giermka (*white squire*). Strategia ta zakłada zwrócenie się do trzeciej strony z prośbą o zakup mniejszościowego pakietu, który będzie wystarczający do zablokowania transakcji wrogiego przejścia.

zakazu niepożądanego koncentracji (który może być trudny do uzasadnienia w świetle unijnych zasad kontroli koncentracji), można doprowadzić do transakcji skutkującej powstaniem przedsiębiorstwa „zbyt dużego do przejścia” przez konkurencyjnego (niepożądanego) inwestora. Podkreślić przy tym należy, że w praktyce decyzyjnej Komisja Europejska przyjmuje restryktywną wykładnię reguł ostrożnościowych, o czym świadczy dobitnie choćby fakt, że jak dotąd powołano się na nie skutecznie tylko raz, notabene jeszcze w czasie obowiązywania rozporządzenia nr 4064/89 (w sprawie koncentracji Sun Alliance/Royal Insurance³²⁴). W żadnym innym przypadku (także pod rządami rozporządzenia nr 139/2004) państwa członkowskie nie zdołały powstrzymać na tej podstawie niepożądanego koncentracji³²⁵. Komisja konsekwentnie sprzeciwia się traktowaniu reguł ostrożnościowych jako narzędzia ochrony przez państwa członkowskie pozycji rynkowej ich instytucji finansowych. W sposób najbardziej reprezentatywny stanowisko to wyraża decyzja w sprawie BSCH/A. Champalimaud³²⁶, w której Komisja skutecznie oparła się próbie zablokowania przez rząd portugalski przejścia przez wiodącą hiszpańską grupę bankową (BSCH) wspólnej kontroli nad portugalską grupą bankowo-ubezpieczeniową (A. Champalimaud), mimo że portugalskie władze powoływały się na reguły ostrożnościowe, a także na względy ochrony interesu narodowego oraz strategicznych sektorów gospodarki³²⁷. Komisja uznała jednak, że to nie „ostrożnościowe” zastrzeżenia wobec jednego z uczestników koncentracji, lecz zamiar niedopuszczenia do przejścia przez hiszpańską grupę bankową kontroli nad portugalskim czempionem finansowym stanowił rzeczywisty – niegodny z prawem wspólnotowym – cel działań rządu³²⁸. Z kolei argument odwołujący się do ochrony interesu narodowego oraz strategicznych sektorów gospodarki został odrzucony z powodu braku uprzedniej notyfikacji i zatwierdzenia przez Komisję tego rodzaju interesów (niewymienionych w art. 21 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89), a także ich sprzeczności z zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, swobodą przedsiębiorczości oraz swobodą przepływu kapitału³²⁹.

³²⁴ Decyzja KE z 18.6.1996 r. w sprawie IV/M.759 – Sun Alliance/Royal Insurance.

³²⁵ T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 71.

³²⁶ Decyzja KE z 20.7.1999 r. w sprawie IV/M.1616 – BSCH/A. Champalimaud.

³²⁷ T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 71 i n.; tenże, *Zgody...*, s. 155; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 138 i n.; A. Jones, J. Davies, *Merger...*, s. 490.

³²⁸ Zob. T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 71; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 138 i n.; A.J.G. Sison, *National champions in a unified market: the BSCH – Champalimaud case* [w:] H. von Weltzien Hoivik (red.), *Moral Leadership in Action: Building and Sustaining Moral Competence in European Organizations*, Cheltenham 2002, s. 174 i n.

³²⁹ Zob. S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 139; A.J.G. Sison, *National champions...*, s. 176 i n.; A. Jones, J. Davies, *Merger...*, s. 490.

Podobnie restrykcyjne stanowisko w zakresie korzystania z zasad ostrożnościowych jako „interesów uprawnionych” państwa członkowskiego Komisja Europejska zajęła w sprawie koncentracji UniCredito/HVB, obejmującej m.in. połączenie polskich banków Pekao i BPH. W szczególności nie znalazło uznania w oczach Komisji odwołanie się przez polskie władze do postanowień umowy prywatyzacyjnej ograniczającej przez okres 10 lat ekspansję jednego z banków zagranicznych (UniCredito) na krajowym rynku bankowym (zdaniem Komisji w tej sprawie polskie władze nie wskazały żadnych akceptowalnych „interesów uprawnionych”, w tym nie powołały się na reguły ostrożnościowe)³³⁰. Notabene działania polskiego rządu mające na celu uniemożliwienie odnośnej koncentracji były traktowane powszechnie, w tym zwłaszcza przez Komisję, jako przejaw protekcjonizmu służącego ochronie największego polskiego banku (PKO BP), będącego wciąż własnością Skarbu Państwa, którego pozycji zagrażało połączenie Pekao i BPH³³¹.

Jak wynika z powyższych ustaleń, zasada wyłączności kompetencji Komisji Europejskiej dla oceny koncentracji o wymiarze unijnym nie tworzy, jak to ujął obrazowo Sławomir Dudzik, „chińskiego muru” między unijną i krajową kontrolą koncentracji³³², co rzecz jasna nie pozostaje bez wpływu na możliwości realizacji przez państwa członkowskie polityki promowania narodowych czempionów w obszarze kontroli koncentracji. Jak konstatuje z kolei Tadeusz Skoczny, mimo relatywnie niewielkiej ilości interwencji państw członkowskich w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, a także silnego oporu Komisji Europejskiej wobec nadużywania instytucji uprawnionych interesów, nie można wykluczyć, że także w przyszłości państwa członkowskie będą próbowały odwoływać się do swych uprawnień wynikających z art. 21 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004, zwłaszcza w przypadku zamiarów przejęcia przez przedsiębiorstwa zagraniczne kontroli nad przedsiębiorstwami krajowymi działającymi w sektorach strategicznych (np. wydobywczym lub energetycznym) oraz w sektorze środków masowego przekazu³³³. Przypadki takie jak np. koncentracje E.ON/Endesa czy UniCredito/HVB świadczą o tym, że państwa członkowskie łatwo nie składają broni i najczęściej osiągają swoje cele udaremniając niepożądane koncentracje z udziałem podmiotów zagranicznych w drodze działań faktycznych (np. stosując strategię beczynności kreującej niepewność prawną

³³⁰ Zob. T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 72; tenże, *Zgody...*, s. 156 i n.; S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 146 i n.

³³¹ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 157.

³³² S. Dudzik, *Współpraca...*, s. 157.

³³³ T. Skoczny, *Zgody...*, s. 170.

po stronie inwestorów) lub poprzez taką modyfikację transakcji, która czyni wprawdzie zadość wymogom prawa unijnego, ale zapewnia też osiągnięcie celów krajowej polityki przemysłowej (nie wyłączając polityki promowania narodowych czempionów)³³⁴.

³³⁴ Tamże, s. 449 i n.; D. Gerad, *Protectionist Threats Against Cross-Border Mergers: Unexplored Avenues to Strengthen the Effectiveness of Article 21 ECMR*, CMLR 2008, t. 45, s. 996.

Zakończenie

Polityka promowania przedsiębiorstw określanych mianem narodowych czempionów nie jest reliktem przeszłości, ale jest faktem, niezależnie od jego oceny wartościującej. To jedna z nielicznych tez w dyskusji na temat tego obszaru polityki gospodarczej państw, która wydaje się bezsporna. W konsekwencji wyrażane niekiedy, nawet przez wpływowe osobistości, sądy podające w wątpliwość, czy wręcz dezawuuujące potrzebę takiej dyskusji uznać należy za chybione¹. Tym bardziej, że toczy się ona nieprzerwanie od lat (angażując także środowiska teoretyków i praktyków prawa), co świadczy o jej niesłabnącej aktualności i doniosłości.

Pierwsze w nowożytnych czasach wielkie przedsiębiorstwa zrodziła potrzeba rozwinięcia handlu na skalę międzykontynentalną (ich protoplastami są powstałe na początku XVII w. kompanie wschodnioindyjskie – brytyjska i holenderska, wyposażone w monopol na działalność kolonialną, których potencjał przewyższał niepomniernie największe współczesne globalne korporacje)². Z upływem wieków wielkie kompanie handlowe, sięgając po zamorskie zasoby surowców i pracy, budując ponadgraniczne sieci dostaw i dystrybucji oraz naciskając na rządy, by usuwały bariery w wymianie handlowej, przyczyniały się do postępów globalizacji³. Stanowiąc jej kwintesencję procesy erozji barier granicznych, denacjonalizacji rynków oraz integracji międzynarodowej działalności gospodarczej przedsiębiorstw, a także wzrost znaczenia przedsiębiorstw transnarodowych, nie

¹ Zob. np. wypowiedź Neelie Kroes z 2005 r., że „nie ma potrzeby rozmowy o czempionach. To jest, jak sądzę, kwestia przeszłości”; cyt. za T. Buck, *Combative Kroes declares war on 'fat ducks'*, FT 26.1.2005 r.

² Zob. A.K. Kluczny, *Narodowi...*, s. 73; E. Erikson, *Between Monopoly and Free Trade: The English East India Company, 1600–1757*, Princeton 2014; O. Prakash, *The Dutch East India Company and the Economy of Bengal, 1630–1720*, Princeton 1985.

³ A.K. Kluczny, *Narodowi...*, s. 73.

podważyły jednak aspiracji suwerennych państw, mających ambicję aktywnego uczestnictwa w międzynarodowym współzawodnictwie, do sprawowania pieczy nad lokalnym rozwojem gospodarczym, m.in. za pomocą polityki przemysłowej nastawionej na wspieranie wybranych branż lub przedsiębiorstw⁴. Niezależnie zatem od okresu współczesnej historii gospodarczej świata, jego rejonu geograficznego czy też ustroju gospodarczego państw, dostrzec można rozmaite przejawy ich zaangażowania w gospodarkę motywowanego zamiarem promocji narodowych czempionów. Natężenie tego zjawiska jest zmienne w czasie i przestrzeni. W Europie jego kulminacja nastąpiła w latach 60. i 70. XX w. Co nie powinno dziwić, renesans koncepcji promowania narodowych czempionów (przyjmującego zwykle formy protekcyjnistyczne) następuje w czasach kryzysowych (*vide* np. ostatni globalny kryzys finansowo-gospodarczy). Niektóre państwa wykazują przy tym tradycyjnie większą skłonność do ingerowania w gospodarkę z tych pobudek (np. Francja, Niemcy, Japonia, Korea Południowa czy Chiny), inne mniejszą, aczkolwiek nawet w państwach o ustrojach gospodarczych uznawanych za najbardziej liberalne można wskazać przykłady najdalej nawet posuniętej (bezpardonowej) protekcji narodowych czempionów (np. system ochrony przemysłu stalowego w Stanach Zjednoczonych).

Spektrum instrumentów prawnych polityki promowania narodowych czempionów jest nader rozległe, co potwierdza analiza wybranej ich grupy, przeprowadzona w niniejszej pracy. Są to w szczególności narzędzia polityki przemysłowej, zarówno horyzontalnej, jak i wertykalnej (zwykle sektorowej), przy czym najwięcej kontrowersji budzą te drugie, i na nich też koncentruje się uwaga analityków zajmujących się tytułowym zagadnieniem. Instrumenty te przynależą do różnych działów prawa, w tym zwłaszcza: prawa przedsiębiorstw publicznych (środki nadzoru właścicielskiego i administracyjnego), prawa subsydiów i pomocy państwa, prawa handlu międzynarodowego (środki handlowej protekcji uwarunkowanej) i prawa zamówień publicznych. Specyficzną grupę narzędzi promowania narodowych czempionów stanowią instrumenty strategicznej polityki konkurencji. Głównym źródłem kontrowersji towarzyszących stosowanym instrumentom wertykalnej polityki przemysłowej czy też strategicznej polityki konkurencji jest ich dyskryminacyjny i protekcyjnistyczny często (czy nawet z reguły) charakter.

Jednym z kluczowych problemów w debacie o polityce promowania narodowych czempionów jest odpowiedź na pytanie o jej motywacje i uzasadnienia. Okazuje się, że polityka ta ma swoich zwolenników (ci zdają się być w mniejszości), jak i przeciwników (ich pogląd zdaje się współcześnie

⁴ Zob. tamże; R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 158.

dominować). Dla ilustracji skrajnych pozycji zajmowanych przez uczestników sporu o sens rzeczony polityki można przywołać dwie wypowiedzi prominentnych onegdaj europejskich decydentów, mających na nią niebagatelny wpływ. Pierwszą przypisuje się cytowanej już kilkakrotnie unijnej komisarz ds. konkurencji Neelie Kroes, która z charakterystyczną dla niej emfazą miała się wyrazić, że koncepcja narodowych czempionów to absolutny nonsens, i że oparta na niej retoryka jest skrajnie niebezpieczna⁵. Znamienne jednak, że ta sama komisarz deklarowała zarazem swoje wsparcie dla idei budowania europejskich, czy nawet globalnych czempionów, nie dostrzegając w niej niczego nagannego⁶. Z kolei reprezentatywnym przykładem przeciwstawnego stanowiska może być wypowiedź prezydenta Nicolasa Sarkozy'ego, że wspieranie własnego przemysłu nie jest tylko prawem państwa, jest jego obowiązkiem⁷.

Nie kwestionując argumentów przemawiających przeciwko polityce promowania narodowych czempionów, wolno powątpiewać w słuszność twierdzenia o jej szkodliwości *per se*. W szczególności, że jej skutkiem jest zawsze nieuchronne obniżenie dobrobytu konsumentów (zwłaszcza w dłuższej perspektywie). W świetle przedstawionych w niniejszej pracy argumentów uprawniony wydaje się wniosek, że polityka taka nie powinna być negowana z gruntu (*en bloc*), o ile nie odbija się ona negatywnie na innych uczestnikach rynku (zwłaszcza konsumentach). Osądu odnośnej polityki należałoby zatem dokonywać z uwzględnieniem swoistych okoliczności każdego przypadku (*a casu ad casum*). Teoria ekonomii, jak również doświadczenia empiryczne wskazują bowiem, że polityka promowania narodowych czempionów może być uzasadniona w niektórych przypadkach. Nierozsądne byłoby też kwestionowanie pozycji rynkowej narodowych czempionów będącej efektem działania mechanizmów wolnej konkurencji. Każdy definitywny sąd o tej polityce uznać zatem należy za dogmatyczny. Zarazem jednak godzi się dodać, że teoretyczne i empiryczne dane przemawiają za tym, aby polityka promowania narodowych czempionów była prowadzona na zasadzie wyjątku, a ciężar dowodu na jej użyteczność powinien spoczywać na realizujących ją

⁵ W oryginale: „*I think national champions are absolute nonsense. This rhetoric is extremely dangerous*”; cyt. za <http://thinkexist.com/quotation/i-think-national-champions-are-absolute-nonsense/1253031.html>

⁶ N. Kroes, *Cross-border mergers and energy markets*, Cernobbia 2.9.2006, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-480_en.htm?locale=en („Jestem jak najbardziej się czempionami – europejskimi czempionami, które są w stanie wejść na rynki globalne i odnieść tam sukces”).

⁷ Cyt. za G. Searjeant, *Britain Should Not Ignore This European Championship*, *The Times*, 21.5.2004.

władzach, nie zaś jej oponentach⁸. Zapewne większość zgodziłaby się też z poglądem, że wsparcie publiczne nie powinno być udzielane gospodarczym „dinozaurom”, aby nie pozbawiać ich bodźców do innowacji i dokonywania niezbędnych zmian strukturalnych. Problem w tym, że żadne państwo nie jest skłonne przyznać, że jego przedsiębiorstwo jest gospodarczym „dinozaurem”⁹. Rzecz jasna, polityka promowania narodowych czempionów, jak każda inna, narażona jest na błędy. Mogą one polegać na nieuzasadnionym utrudnianiu powstania czy też rozwoju narodowego czempiona (błąd typu I), bądź też promowaniu narodowego czempiona, gdy nie jest to potrzebne (błąd typu II). Ryzyko błędu typu I wydaje się jednak stosunkowo niewielkie, zwłaszcza gdy polityka konkurencji jest właściwie realizowana. Groźba błędu typu II jest znacznie poważniejsza, zwłaszcza dlatego, że prowadzić on może do powstania rodzimego dominanta czy nawet monopolisty, ze wszystkimi tego niepożądanymi konsekwencjami¹⁰.

Powszechnie wskazuje się na potencjalny, czy nawet nieuchronny konflikt pomiędzy polityką promowania narodowych czempionów a polityką konkurencji i jej podstawowym instrumentem, jakim jest prawo ochrony konkurencji (*sensu largo*, obejmujące prawo pomocy państwa oraz prawo antymonopolowe)¹¹. U źródeł tego konfliktu leżą fundamentalnie różne (*prima facie*) założenia, na jakich opierają się obie te polityki. W szczególności polityka promowania narodowych czempionów ma z natury rzeczy charakter selektywny (zorientowana jest na konkretną kategorię przedsiębiorstw), podczas gdy polityka konkurencji opiera się na założeniu (w Stanach Zjednoczonych traktowanym wręcz jak aksjomat), że jej celem jest ochrona konkurencji, nie zaś konkurentów (zwłaszcza dysponujących siłą rynkową)¹². Ponadto, przedsiębiorstwa o statusie narodowych czempionów są często zarazem narodowymi superdominantami (czy nawet monopolistami) rynkowymi, co przysparza niejednokrotnie dużo problemów spowodowanych nadużywaniem ich pozycji rynkowej, z którymi nie zawsze

⁸ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 28.

⁹ Tamże, s. 215.

¹⁰ P.A. Geroski, *Competition...*, s. 7.

¹¹ *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 25.

¹² Zob. orzeczenia SN USA w sprawach: *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962) oraz *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993). Rozróżnienie między „ochroną konkurencji” i „ochroną konkurentów” nie jest jednak jasne i jednoznaczne. Nadto, w Europie pogląd kwestionujący zasadność ochrony konkurentów jako celu polityki konkurencji spotkał się z wyraźną rezerwą, a nawet krytyką. Przedstawiciele KE podnosili, że opiera się on na sloganie pozbawionym treści, w istocie obarczonym paradoksem, albowiem bez konkurentów nie może być konkurencji; zob. R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 83 i n. oraz cytowane tam źródła.

radzą sobie władze odpowiedzialne za ochronę konkurencji. Szczególnie dyskredytujący w opinii tych władz jest przypisywany często apologetom polityki promowania narodowych czempionów argument sprowadzający się do twierdzenia, że najlepszym sposobem na osiągnięcie konkurencyjności za granicą jest ograniczenie konkurencji na rodzimym rynku¹³. Jak bowiem przekonująco wykazał Michael Porter, wykreowanie rodzimego konkurenta o pozycji dominującej rzadko przekłada się na jego międzynarodową konkurencyjność (sprzyja jej natomiast intensywna konkurencja na własnym rynku)¹⁴. Z kolei dla orędowników polityki promowania narodowych czempionów nader restrykcyjne często normy prawa pomocy państwa czy też prawa antymonopolowego mogą być dotkliwą przeszkodą w urzeczywistnianiu tej polityki. W praktyce szczególnie jaskrawe przejawy napięć (kolizji) między obu tymi obszarami polityki gospodarczej państwa dostrzec można w sprawach zakłócającej konkurencję pomocy państwa na rzecz narodowych czempionów oraz w sprawach koncentracji prowadzących do powstania wyposażonych w znaczną siłę rynkową narodowych czempionów, lub też koncentracji mających na celu niedopuszczenie do ich przejęcia przez podmioty zagraniczne.

Wiele racji przemawia jednak też za poglądem, że często eksponowany konflikt między polityką promowania narodowych czempionów a polityką konkurencji jest w dużej mierze pozorny. Okazuje się bowiem, że w gruncie rzeczy zmierzają one (a przynajmniej powinny zmierzać) do tego samego ostatecznego celu, którym jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów, czy też dobrobytu ogólnego (inna sprawa, że mogą być one różnie pojmowane). Jakkolwiek kwestia celów polityki konkurencji (czy też jej głównego instrumentu, jakim jest prawo antymonopolowe), pozostaje wciąż otwarta, a wręcz należy do najbardziej spornych w literaturze przedmiotu zagadnień, niemniej jednak współcześnie dominuje pogląd, że celem tym finalnie nie jest (nie powinna być) sama konkurencja (zwłaszcza sprowadzana do stanu rywalizacji rynkowej), lecz dobrobyt konsumentów, ewentualnie dobrobyt ogólny (tj. dobrobyt konsumentów i producentów)¹⁵. Podobnie trudno byłoby zgodzić

¹³ Zob. J. Kay, *Europe must not create national champions*, FT, 11.1.2005.

¹⁴ M.E. Porter, *The Competitive...*, s. 85 i n.

¹⁵ O celach i priorytetach polityki i prawa ochrony konkurencji zob. np. E.M. Fox, *Against Goals*, FLR 2013, t. 81, s. 2157 i n.; M.E. Stucke, *Reconsidering Antitrust's Goals*, Boston College Law Review 2012, t. 53, s. 551 i n.; L. Parret, *Shouldn't We Know What We Are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate About the Objectives of EU Competition Law and Policy*, ECJ 2010, t. 6, nr 2, s. 339 i n.; M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, *Ekonomia i Prawo* 2013, t. 12, nr 2, s. 193 i n.; D. Miąsik, *Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law*, YARS 2008, t. 1, s. 33 i n.; E. Kosiński, *Cele i instrumenty*

się z założeniem, że promowanie przez państwo narodowych czempionów ma ostatecznie zaspokajać ich interesy, bez względu na koszty tej polityki ponoszone przez innych uczestników rynku. Również i w tym przypadku należałoby przyjąć, że polityka ta jest (a przynajmniej powinna być) tylko specyficznym narzędziem osiągnięcia dobrobytu konsumentów, czy też dobrobytu ogólnego. Logika poprawnie zdefiniowanej polityki promowania narodowych czempionów nie stoi w opozycji do polityki konkurencji także dlatego, że obie są częścią polityki gospodarczej państwa nastawionej na wzmacnianie konkurencyjności rodzimych przedsiębiorstw oraz całej gospodarki. Rzecz w tym, aby polityki te umiejętnie łączyć¹⁶. Ryzyko konfliktu między nimi obniżyłoby bez wątpienia ograniczenie wsparcia publicznego dla narodowych czempionów tylko do tych sektorów, gdzie to jest rzeczywiście uzasadnione i konieczne, w szczególności dla zwiększenia konkurencyjności gospodarki. Polityka konkurencji z kolei mogłaby być użytecznym i efektywnym narzędziem tego wsparcia, o ile: 1) istniałby realny defekt rynku przemawiający za korygującym zaangażowaniem państwa; 2) zaangażowanie to byłoby konieczne i proporcjonalne; 3) jego korzystne efekty nie byłyby okupione negatywnymi konsekwencjami ograniczenia konkurencji, przewyższającymi te pierwsze; 4) zaangażowanie państwa byłoby tymczasowe i transparentne¹⁷. W każdym razie, lapidarnie rzecz ujmując, najlepszą polityką promowania narodowych czempionów jest prawidłowo realizowana polityka konkurencji. Dzięki niej intensywna konkurencja pomiędzy przedsiębiorstwami, w tym stałe ryzyko wejścia na rynek nowych konkurentów, są dla narodowych czempionów znacznie lepszym bodźcem rozwoju niż administracyjna (biurokratyczna) i owładnięta często wpływami grup interesu polityka państwa¹⁸. Niewłaściwa (np. stronnicza i zbyt pobłażliwa) polityka konkurencji z kolei godzi w konkurencję, efektywność i dobrobyt konsumentów, a może też obrócić się przeciwko samym jej „beneficjentom” (narodowym czempionom). Korzystając z dyskryminacyjnej (protekcjonistycznej) ochrony przed konkurencją, stają się oni bowiem zwykle mniej efektywni oraz innowacyjni, a przez to mniej zdolni do konkurowania na rynkach globalnych, co ostatecznie godzi w całą gospodarkę.

Nie wydaje się, aby istniał jakiś jeden uniwersalny model optymalnej polityki względem narodowych czempionów. I w tym przypadku należałoby zatem odrzucić koncepcję „*one size fits all*”, jako nieprzystającą do zróżnico-

antymonopolowej interwencji państwa w gospodarkę, KPP 2004, nr 3, s. 7 i n.; R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 74 i n.

¹⁶ Zob. *Competition Policy, Industrial Policy and National Champions...*, s. 90.

¹⁷ Tamże, s. 15.

¹⁸ Tamże, s. 26.

wanych realiów współczesnych gospodarek narodowych. Bardziej adekwatne wydaje się podejście uwzględniające potrzebę odpowiedniego dostosowania tej polityki do tych realiów, w tym zwłaszcza aktualnego etapu rozwoju gospodarki danego kraju, jej wielkości oraz stopnia integracji z rynkami międzynarodowymi. Rozwiązania wypracowane w krajach wysoko rozwiniętych i o dużym potencjale gospodarczym niekoniecznie będą najwłaściwsze w przypadku krajów rozwijających się, niewielkich czy też słabo zintegrowanych gospodarczo z gospodarką międzynarodową. W kontekście europejskim mogą z kolei pojawiać się wątpliwości na tle ambiwalentnego stosunku instytucji unijnych do gospodarczych czempionów. O ile bowiem (jak już podnoszono), Komisja Europejska niechętnie widzi podejmowane przez rządy państw członkowskich próby umacniania lokalnych (narodowych) liderów rynkowych (np. ścigając wszelkie przejawy nieuprawnionej jej zdaniem pomocy państwa dla tych przedsiębiorstw), choć niechęć ta zdaje się mieć różną siłę w zależności od tego, z jakiego kraju owi liderzy pochodzą i jaka władza udziela im pomocy, o tyle za celowe Komisja uznaje wspieranie rozwoju europejskich (unijnych) czempionów¹⁹. Oparcie unijnej polityki konkurencyjności na założeniu, że należy przeciwdziałać powstawaniu czempionów narodowych kosztem liderów europejskich może w konsekwencji przekładać się na realizację polityki, w której transgraniczne koncentracje są dobre wtedy, gdy służą czempionom już działającym na skalę europejską czy globalną, zaś szkodliwe, gdy będą służyć lokalnym czempionom *in statu nascendi*²⁰. Końcowym beneficjentem tak sformułowanej polityki mogą okazać się z natury rzeczy raczej „stare” niż „nowe” gospodarki europejskie²¹. Dla rzetelności wywodu wypada jednak dodać, że z kolei (i jak na ironię) lokalni protektorzy narodowych czempionów w imię ich ochrony sprzeciwiają się niejednokrotnie zamiarom budowania europejskich (unijnych) czempionów (*vide* np. sprawa Endesy).

Odnosząc się do polskich realiów odnieść można wrażenie, jakby problematyka stosunku państwa do narodowych czempionów była w naszym kraju nieledwie tematem tabu, czego przejawem może być także zauważalny niedostatek refleksji naukowej (w tym prawniczej) poświęconej temu zagadnieniu. Pojawiające się od czasu do czasu wypowiedzi na ten temat (np. w kontekście planów i postulatów dalszej konsolidacji polskiego sektora energetycznego, repolonizacji czy też udomowienia banków, reindustrializacji polskiej gospodarki, jak również realizacji programu „Polskie

¹⁹ A.K. Kluczny, *Narodowi...*, s. 84.

²⁰ Tamże.

²¹ Tamże.

Inwestycje” przy udziale państwowej spółki Polskie Inwestycje Rozwojowe), mają zwykle charakter publicystyczny, i niejednokrotnie ujawniają przesadne obawy o próbę uprawiania przez państwo nacjonalizmu gospodarczego i powrót „socjalistycznej gigantomanii”. Ten niefortunny stan rzeczy jest zapewne w niemałej mierze konsekwencją podsycanej przez ortodoksyjnych wyznawców doktryny *laissez faire* nieufności do państwa i jego sprawności w zarządzaniu sprawami gospodarczymi, odziedziczonej po latach doświadczeń z gospodarką nakazowo-rozdzielczą oraz gwałtownej i nieraz chaotycznej transformacji gospodarczej w Polsce²². Nie kwestionując celowości eksponowanej w naszym kraju w ostatnich latach polityki wsparcia publicznego małych i średnich przedsiębiorstw, a także potrzeby tworzenia środowiska regulacyjnego przyjaznego przedsiębiorczości, nie można zwolnić władz odpowiedzialnych za rozwój kraju z obowiązku udzielania niezbędного i roztropnego wsparcia także dużym korporacjom w ich zagranicznych planach wzrostu i ekspansji, po to, by nie pozostały osamotnione w starciu z rywalami z zagranicy, za którymi stoją ich rządy²³. Jak trafnie podnoszą niektórzy komentatorzy, bierna postawa państwa w tym względzie, będąca przejawem awersji wielu środowisk na pogląd, że państwo powinno odgrywać aktywną rolę promotora narodowych czempionów, nie zapobiegła sprzedaży (w ramach procesu prywatyzacji) wielu krajowych przedsiębiorstw zagranicznym przedsiębiorstwom państwowym (*vide* np. kasus Telekomunikacji Polskiej), skutkiem czego w wielu sektorach polskiej gospodarki operują dziś narodowi czempioni – z dominującym udziałem kapitału państwowego – tyle że... pochodzącego spoza Polski²⁴.

Zmierzając do końcowych konkluzji godzi się z jednej strony przypomnieć o niebagatelnych ryzykach, jakie niesie za sobą istnienie wielkich narodowych czempionów i polityka ich promowania przez państwo, ale z drugiej warto też wziąć pod rozwagę ogólne przesłanie, jakie płynie z raportu OECD pt. „*Entrepreneurship at a Glance 2013*”²⁵, że to właśnie duże przedsiębiorstwa (których symbolem są przecież narodowi czempioni) są filarami dobrobytu narodów. W szczególności raport ten dowodzi, że duże, konkurencyjne na rynkach międzynarodowych przedsiębiorstwa są zasadniczo bardziej odporne na zawirowania gospodarki, oferują pewniejsze zatrudnienie i generują wysoki procent wartości dodanej w gospodarce. Są też dominującymi eksporterami (średnio aż połowa z nich wysyła swoje towary za granicę, podczas gdy wśród wszystkich przedsiębiorstw ten odsetek

²² Tamże, s. 90.

²³ Tamże, s. 89–90.

²⁴ Tamże, s. 77.

²⁵ Dostępny pod adresem: http://dx.doi.org/10.1787/entrepreneur_aag-2013-en

nie przekracza 10 proc., a w przypadku mikroprzedsiębiorstw udział ten spada poniżej 5 proc.). Przeciętnie przedsiębiorstwa zatrudniające ponad 250 osób odpowiadają za 40 proc. wartości dodanej w gospodarce, choć ich odsetek jest niewielki (stanowią tylko 2 proc. wszystkich podmiotów gospodarczych). Dla porównania, mikroprzedsiębiorstwa generują jedynie około 20 proc. wartości dodanej. Raport pokazuje też wyraźnie, że kraje z największym odsetkiem osób pracujących w małych przedsiębiorstwach a najmniejszym w dużych (np. Grecja, Włochy, Portugalia i Hiszpania) nie oparły się skutkom kryzysu, mają wciąż poważne problemy gospodarcze i borykają się z wysokim bezrobociem (w wymienionych krajach ponad 40 proc. zatrudnionych pracuje w przedsiębiorstwach zatrudniających mniej niż 10 osób). Z analizy danych statystycznych wynika też, że o wysokości wynagrodzeń nie decyduje liczba przedsiębiorstw prowadzących działalność gospodarczą w danym kraju, lecz ich wielkość i zakres działalności²⁶. W krajach, gdzie liczba rodzimych przedsiębiorstw o międzynarodowym zasięgu, w stosunku do liczby wszystkich obywateli, jest niewielka, średnie zarobki są relatywnie niskie. Natomiast w krajach, gdzie funkcjonuje wiele takich przedsiębiorstw, zarobki są wysokie.

²⁶ Zob. dane Eurostat cyt. za *Wspólnie budujmy...*, s. 27 i 28.

Literatura (cytowana)

- Acampora A.C., *Defenses to International Antitrust Suits: An Aggregate Approach*, FILJ 1981, t. 5, nr 2.
- Acs Z.J., Audretsch D.B., *Innovation and Small Firms*, Cambridge 1991.
- Adamczyk M., *Współczesny kryzys finansowy – przyczyny i konsekwencje dla gospodarki światowej*, Prace i Materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego 2012, nr 31(1).
- Adams-Kane J., Caballero J., Lim J., *Foreign Bank Behavior during Financial Crises*, IDB Working Paper 2014, No. IDB-WP-512, <http://ssrn.com/abstract=2533591>
- Adelman M.A., *The Clumsy Cartel*, HIR 2001, t. 23, nr 1.
- Ades A., Di Tella R., *National Champions and Corruption: Some Unpleasant Interventionist Arithmetic*, The Economic Journal 1997, t. 107, nr 443.
- Ades A., Di Tella R., *Rents, Competition, and Corruption*, The American Economic Review 1999, t. 89, nr 4.
- Aggarwal A., *Anti-dumping Law and Practice: An Indian Perspective*, Working Paper 85, Indian Council for Research on International Economic Relations, New Delhi 2002.
- Aggarwal A., *Anti-dumping Protection: Who Gets It? An Explanatory Analysis of Anti-dumping Use in the Most Active User Countries*, Centre for Trade & Development Working Paper – 9, New Delhi 2007.
- Aktas N., de Boddé E., Roll R., *Is European M&A Regulation Protectionist?*, The Economic Journal 2007, t. 117, s. 1096 i.
- Al-Moneef M.A., *Vertical Integration Strategies of the National Oil Companies*, The Developing Economies 1998, t. 36, nr 2.
- Alexandersson G., Hultén S., *Public procurement and the rise of national champions in the deregulated European markets for public transportation*, Proceedings of Fourth International Business and Economy Conference, Honolulu, 6–9.1.2005, <http://userwww.sfsu.edu/ibec/papers/26.pdf>
- Aligica P.D., Tarko V., *State Capitalism and the Rent-Seeking Conjecture*, Constitutional Political Economy 2012, t. 23, nr 4.
- Almunia J., *Competition and EU policy-making*, Harvard University, 26.9.2013, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-757_en.htm

- Andreangeli A., *EU Competition Law in Times of Crisis: between present challenges and a largely unwritten future*, CLR 2013, t. 9, nr 2.
- Andresen E., *The new EU defense and security procurement directive*, Columbia Journal of European Law Online 2011, t. 18, nr 1.
- Ardy B., *Industrial and competitiveness policy: the Lisbon Strategy* [w:] El-Agraa A. (red.), *The European Union: Economics and Policies*, Cambridge 2011.
- Arup C., *The New World Trade Organization Agreements: Globalizing Law Through Services and Intellectual Property*, Cambridge 2000.
- Atwood J.R., *Blocking Statutes and Sovereign Compulsion in American Antitrust Litigation*, W.Comp. 1986, t. 10, nr 2.
- Atwood J.R., *Conflict of Jurisdiction in the Antitrust Field: The Example of Export Cartels*, Law and Contemporary Problems 1987, t. 50, nr 3.
- Aubert C., Falck O., Heblich S., *Subsidizing National Champions: An Evolutionary Perspective*, CESifo Working Paper Series 2008, No. 2380, <http://ssrn.com/abstract=1261796>
- Audretsch D.B., *Innovation and Industry Evolution*, Cambridge 1995.
- Augustynowicz P., Kwiatkowski G., *Znaczenie przedsiębiorstw państwowych w światowej gospodarce – uwarunkowania i kierunki zmian*, IX Kongres Ekonomistów Polskich pt. *Ekonomia dla przyszłości. Odkrywać naturę i przyczyny zjawisk gospodarczych*, Warszawa 28–29.11.2013, <http://www.pte.pl/kongres/referaty/index.php>
- Backer D.I., Miller W.T., *Antitrust Enforcement and Nonenforcement as a Barrier to Imports – with Illustrations from the Japanese Film Dispute*, Empirica 1997, t. 24.
- Bacon K., *European Union Law of State Aid*, Oxford 2013.
- Bagdziński T., *Wiązanie Internet Explorer z Windows na tle historii postępowań anty-trustowych przeciwko Microsoftowi w Stanach Zjednoczonych* [w:] Miąsik D., Skoczny T., Surdek M. (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Warszawa 2008.
- Barker A., Bryant C., *Germany keeps right to veto VW takeovers*, <http://www.ft.com/cms/s/0/e99d23e8-3b06-11e3-87fa-00144feab7de.html#axzz3hb9VdqXS>
- Bałtowski M., *Funkcja właścicielska państwa jako instrument współczesnej polityki gospodarczej*, IX Kongres Ekonomistów Polskich pt. *Ekonomia dla przyszłości. Odkrywać naturę i przyczyny zjawisk gospodarczych*, Warszawa 28-29.11.2013, <http://www.pte.pl/kongres/referaty/index.php>
- Bałtowski M., Kwiatkowski G., *Modele funkcjonowania i nadzoru państwa nad przedsiębiorstwami państwowymi*, GN 2014, nr 4.
- Bałtowski M., Miszewski M., *Transformacja gospodarcza w Polsce*, Warszawa 2006.
- Bałtowski M., *Przekształcenia własnościowe przedsiębiorstw państwowych w Polsce*, Warszawa 2002.
- Banasiński C., *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015.
- Bania K., *European merger control in the broadcasting sector: Does media pluralism fit?*, CLR 2013, t. 9, nr 1.

- Banks J.D., *The Development of the Concept of Extraterritoriality under European Merger Law and its Effectiveness under the Merger Regulations following Boeing/McDonnell Douglas Decision 1997*, ECLR 1998, t. 19.
- Barcz J., *Niemiecka ustawa o płacy minimalnej (MiLoG) a transport międzynarodowy w świetle prawa Unii Europejskiej*, ekspertyza wykonana na zlecenie związku pracodawców „Transport i Logistyka Polska”, Warszawa 2015, <http://tlp.org.pl/?portfolio=milog-w-swietle-prawa-unii-europejskiej-ekspertyza-wykonana-na-zlecenie-tlp>
- Barquin J., Bergman L., Crampes C., Glachant J.-M., Green R., von Hirschhausen C., Lévêque F., Stoff S., *The Acquisition of Endesa by Gas Natural: Why the Antitrust Authorities Are Right to Be Cautious*, The Electricity Journal 2006, t. 19, nr 2.
- Bartol M., Rapkiewicz M., *Skutki „repolonizacji” sektora bankowego. Czy tylko pozytywne?*, Centrum Analiz Fundacji Republikańskiej, Warszawa 2013.
- Bastable C.F., *The Commerce of Nations*, London 1899.
- Battaglia R., *Państwo a kartele, koncerty i trusty*, t. II, Warszawa 1929.
- Bauer J.P., *The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Further Limitations on the Ability of the Antitrust Regime to Promote Consumer Welfare* [w:] Cheng T., Lianos I., Sokol D.D. (red.), *Competition and the State*, Stanford 2014.
- Baum H., *Emulating Japan?* [w:] H. Baum (red.), *Japan: Economic Success and Legal System*, Berlin 1997.
- Bavasso A., *Boeing/McDonnell Douglas: Did the Commission Fly Too High?*, ECLR 1998, t. 19, nr 4.
- Beach C.F., *A Treatise on the Law of Monopolies and Industrial Trusts, As Administered in England and in the United States of America*, Clark 2007.
- Becker F., *The Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism*, JCLE 2007, t. 3, nr 1.
- Bekker D., *The Strategic Use of Anti-dumping in International Trade*, South African Journal of Economics 2006, t. 74, nr 3.
- Bergman M.A., *A prohibition against losses? The Commission’s Deutsche Post Decision*, ECLR 2001, t. 22, nr 8.
- Bergman M.A., *The role of the essential facilities doctrine*, AB 2001, t. 46, nr 2.
- Berry J.A., *Anti-Monopoly Law in China: A Socialist Market Economy Wrestles with Its Antitrust Regime*, International Law & Management Review 2005, t. 2.
- Berry S., Levinsohn J., Pakes A., *Voluntary Export Restraints on Automobiles: Evaluating a Trade Policy*, American Economic Review 1999, t. 89, nr 3.
- Bhagwati J.N., *Directly Unproductive Profit-seeking (DUP) Activities*, JPE 1982, t. 90, nr 5.
- Bhagwati J.N., *DUP Activities and Rent Seeking*, Kyklos 1983, t. 36, nr 4.
- Bhattacharjea A., *Export Cartels – A Developing Country Perspective*, JWT 2004, t. 38, nr 2.
- Bianchi P., Labory S., *Economic Crisis and Industrial policy*, Revue d’Économie Industrielle 2010, nr 129–130.

- Biegelman M.T., Bartow J.T., *Executive Roadmap to Fraud Prevention and Internal Control: Creating a Culture of Compliance*, Hoboken 2012.
- Blauberger M., Krämer R.U., *European Competition vs. Global Competitiveness: Transferring EU Rules on State Aid and Public Procurement beyond Europe*, Centre for Competition Policy Working Paper 10-10.
- Blonigen B.A., Liebman B.H., Wilson W.W., *Trade Policy and Market Power: The Case of the US Steel Industry*, NBER Working Paper No. 13671/2007.
- Błachucki M., *Ekonomiczne podstawy prawa pomocy publicznej*, *Ekonomia i Prawo* 2010, t. 6, nr 1.
- Błachucki M., *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, *Ekonomia i Prawo* 2013, t. 12, nr 2.
- Błachucki M., Stankiewicz R., *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej)*, *PUG* 2010, nr 6.
- Błachucki M., Stankiewicz R., *Polityka konkurencji w dobie kryzysu gospodarczego – prawne aspekty problematyki*, *Equilibrium* 2010, nr 1.
- Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012.
- Bodnar A., Sześciło D., „Złote weto” Skarbu Państwa a prawo wspólnotowe, *EPS* 2008, nr 5.
- Bongard C., Möller D., Raimann A., Szadkowski N., Dubejko U., *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, UOKiK, Bonn-Warszawa 2007.
- Bos I., Pot E., *On the possibility of welfare-enhancing hard core cartels*, *Journal of Economics* 2012, t. 107, nr 3.
- Bovis C.H., *State Aid and Public Private Partnerships – Containing the Threat to Free Markets and Competition*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2010, nr 3.
- Bowman G.W., Covelli N., Gantz D.A., Uhm I.H., *Trade Remedies in North America*, Alphen aan den Rijn 2010.
- Bown C.P., *How Different Are Safeguards from Antidumping? Evidence from US Trade Policies toward Steel*, *Review of Industrial Organization* 2013, t. 42, nr 4.
- Bown C.P., McCulloch R., *Nondiscrimination and the WTO Agreement on Safeguards*, *WTR* 2003, t. 2, nr 3.
- Bown C.P., *Taking Stock of Antidumping, Safeguards and Countervailing Duties, 1990–2009*, *WEcon.* 2011, t. 34, nr 12.
- Bown C.P., *Why are safeguards under the WTO so unpopular?*, *WTR* 2002, t. 1, nr 1.
- Bowsher M., *Competition Law and National Champions: A Happy Marriage or a Clash of Incompatible Policies?*, Second Asian Competition Law & Policy Conference, Asian Competition Forum, 11.12.2006.
- Bradford A., *International Antitrust Negotiations and the False Hope of the WTO*, *HILJ* 2007, t. 48, nr 2.
- Brandeis L.D., *A Curse of Bigness*, *Harper's Weekly*, 10.1.1914.
- Brander J., Spencer B., *Export Subsidies and International Market Share Rivalry*, *JIE* 1985, t. 18.

- Bremmer I., *State Capitalism Comes of Age: The End of the Free Market?*, Foreign Affairs 2009, t. 88, nr 3.
- Bremmer I., *The End of the Free Market: Who Wins the War Between States and Corporations?*, New York 2010.
- Bremmer I., *The Return of State Capitalism*, Survival 2008, t. 50, nr 3.
- Brennan T.J., *Should the Flamingo fly? Using competition law to limit the scope of postal monopolies*, AB 2005, t. 50, nr 1.
- Bröhmer J., *The Free Movement of Capital in the European Union and the Problem of 'Golden Shares' and Similar Instruments*, Law in Context 2007, t. 25, nr 2.
- Broome S.A., *Conflicting Obligations for Oil Exporting Nations?: Satisfying Membership Requirements of Both OPEC and the WTO*, GWILR 2006, t. 38, nr 2.
- Brusick P., Evenett S.J., *Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power?*, Wisconsin Law Review 2008, nr 2.
- Buch-Hansen H., Wigger A., *The Politics of European Competition Regulation: A critical political economy perspective*, London 2011.
- Buchanan J., *Rent Seeking and Profit Seeking*, [w:] Buchanan J., Tollison G., Tullock G. (red.), *Toward a Theory of the Rent Seeking Society*, College Station 1980.
- Buck T., *Combative Kroes declares war on 'fat ducks'*, FT 26.1.2005 r.
- Buder M., Lienemeyer M., Magnus M., Smits B., Soukup K., *The rescue and restructuring of Hypo Real Estate*, CPN 2011, nr 3.
- Budzinski O., *The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy*, Cheltenham 2008.
- Buigues P.A., Sekkat K., *Public Subsidies to Business: An International Comparison*, JICT 2011, t. 11.
- Bullard R., *Championing European industry?*, Mlex Magazine, October-December 2010.
- Burnham J.B., *American Steel and International Trade*, Society 2005, t. 42, nr 2.
- Bush D., *Too Big to Bail: The Role of Antitrust in Distressed Industries*, ALJ 2010, t. 77, nr 1.
- Bush N., Bo Y., *Disentangling Industrial Policy and Competition Policy in China*, 2011, <http://www.theantitrustsource.com>
- Cameron R., Neal L., *Historia gospodarcza świata od paleolitu do czasów najnowszych*, Warszawa 2004.
- Campbell-Kelly M., *ICL and the American Challenge: British Government Policies for the Computer Industry, 1945–1985* [w:] Aspray W. (red.), *Technological Competitiveness: Contemporary and Historical Perspectives on Electrical, Electronics, and Computer Industries*, Piscataway 1993.
- Capobianco A., *The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and European approach*, European Law Review 2001, t. 26.
- Carbaugh R., Prante T., *The Temptation for Protectionism and American Trade Policy*, World Economics 2010, t. 11, nr 3.
- Carey T., *Cartel Price Controls vs. Free Trade: A Study of Proposals to Challenge OPEC's Influence in the Oil Market Through WTO Dispute Settlement*, American University International Law Review 2009, t. 24, nr 4.

- Cass R.A., Boltuck R.D., *Antidumping and Countervailing-Duty Law: The Mirage of Equitable International Competition* [w:] Bhagwati J.N., Hudec R.E. (red.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Cambridge 1996.
- Cassis Y., *Big Business in Europe's Economy and Society*, Contemporary European History 2000, t. 9, nr 3.
- Castaldo G., Bogdanov A., *The Nynas Case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method*, JECLP 2015, t. 6, nr 5.
- Catbagan A., *Rights of Action for Private Non-State Actors in the WTO Dispute Settlement System*, Denver Journal of International Law & Policy 2009, t. 37, nr 2.
- Chandler A.D., Amatori F., Hikino T. (red.), *Big Business and the Wealth of Nations*, Cambridge 1999.
- Chang H.J., *Bad Samaritans: The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism*, London 2008.
- Chang H.J., *Kicking Away the Ladder: An Unofficial History of Capitalism, Especially in Britain and the United States*, Challenge 2002, t. 45, nr 5.
- Chang H.J., *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, London 2003.
- Chang H.J., *Kicking Away the Ladder: Infant Industry Promotion in Historical Perspective*, Oxford Development Studies 2003, t. 31, nr 1.
- Changing Role of National Oil Companies in International Energy Markets*, Baker Institute Policy Report 2007, nr 35, http://large.stanford.edu/publications/coal/references/baker/reports/docs/BI_Study_35-1.pdf
- Cherunilam F., *International Economics*, New Delhi 2008.
- Cholaj H., *Ekonomia polityczna globalizacji*, Warszawa 2003.
- Cichocki B., Konarzewska A., Niewiadomski Ł., Pacuła P., *Amerykańska ustawa o inwestycjach zagranicznych i bezpieczeństwie narodowym a podobne uregulowania w Unii Europejskiej, Rosji i Chinach*, Bezpieczeństwo Narodowe 2008, nr 7–8.
- Ciepiela D., *Prof. Mielczarski: konsolidacja energetyki niepoważna i szkodliwa*, http://energetyka.wnp.pl/prof-mielczarski-konsolidacja-energetyki-niepowazna-i-szkodliwa,244804_1_0_0.html
- Claessens S., van Horen N., *Foreign Banks: Trends, Impact and Financial Stability*, IMF Working Paper 2012, No. WP/12/10, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp1210.pdf>
- Clarke P.A., Horlick G.N., *The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* [w:] Macrory P.F.J., Appleton A.E., Plummer M.G. (red.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York 2005.
- Clift B., *Economic Patriotism, the Clash of Capitalisms, and State Aid in the European Union*, JICT 2013, t. 13.
- Cohen E., *Industrial Policies in France: The Old and the New*, JICT 2007, t. 7.
- Collins-Williams T., Salambier G., *International Disciplines on Subsidies – The GATT, The WTO and the Future Agenda*, JWT 1996, t. 30, nr 1.
- Commission Staff Working Document, *Country Report Germany 2015: Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Brussels, 18.3.2015, SWD(2015) 25 final/2

- Competition and Commodity Price Volatility*, DAF/COMP/GF(2012)11, OECD 2012.
- Competition Policy, Industrial Policy and National Champions*, DAF/COMP/GF(2009)9, OECD 2009.
- Competition, State Aids and Subsidies*, DAF/COMP/GF(2010)5, OECD 2010.
- Conrad C.A., *Dumping and Anti-dumping Measures from Competition and Allocation Perspective*, JWT 2002, t. 36, nr 3.
- Cooper M., *Antitrust as Consumer Protection in the New Economy: Lessons from the Microsoft Case*, Hastings Law Journal 2001, t. 52.
- Coppi L., *The role of economics in State aid analysis and the balancing test* [w:] E. Szyszczak (red.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham 2011.
- Criel G., *The Infant Industry Argument for Protection: A Reevaluation*, De Economist 1985, t. 133, nr 2.
- Crisis Cartels*, DAF/COMP/GF(2011)11, OECD 2011.
- Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies*, DAF/COMP/GF(2011)13, OECD 2012.
- Crotty J., *Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the 'new financial architecture'*, Cambridge Journal of Economics 2009, t. 33.
- Crumm T.A., *What is Good for General Motors?: Solving America's Industrial Conundrum*, New York 2010.
- Cuervo L.E., *OPEC From Myth to Reality*, Houston Journal of International Law 2008, t. 30, nr 2.
- Czako J., Human J., Miranda J., *A Handbook on Anti-Dumping Investigations*, Cambridge 2003.
- Czarnecka J., *Tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa* [w:] Sadowy J., Brańko B. (red.), *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – Wprowadzenie do przepisów ustawy*, Warszawa 2013.
- Czerwińska E., *Nadzór właścicielski państwa w Polsce*, Biuro Studiów i Analiz Kancelarii Sejmu, Informacja nr 758, Warszawa 2000.
- Dabbah M.M., *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge 2003.
- Dajczak K., *Przemysł stoczniowy w Polsce i na świecie*, Prace Komisji Geografii Przemysłu, Warszawa–Kraków 2008.
- Damro C., *EU State Aid Policy and the Politics of External Trade Relations*, JICT 2013, t. 13.
- Davis B., *China's Anti-Monopoly Law: Protectionism or a Great Leap Forward?*, Boston College International & Comparative Law Review 2010, t. 33.
- Davis L., *Ten years of anti-dumping in the EU: economic and political targeting*, ECIPE Working Paper No. 2/2009.
- Davison L.M., *The GE/Honeywell Merger Controversy and the Path to Analytical Convergence in International Merger Assessment: A Critical Commentary*, Liverpool Law Review 2002, t. 24.
- Dawar K., *The Proposed 'Buy European' Procurement Regulation: An Analysis* [w:] Evenett S.J., *Débâcle: The 11th GTA Report on Protectionism*, Centre for Economic Policy Research (CEPR), London 2012.

- De Araujo J.T., *Legal and Economic Interfaces Between Antidumping and Competition Policy*, W.Comp. 2002, t. 25, nr 2.
- De Bièvre D., Eckardt J., *Interest groups and EU anti-dumping policy*, Journal of European Public Policy 2011, t. 18, nr 3.
- De Bièvre D., Eckhardt J., *The political economy of EU anti-dumping reform*, ECIPE Working Paper 2010, nr 3.
- De León I., *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*, Alphen aan den Rijn 2009.
- De Stefano G., Motta R., Zuehlke S., *Merger Referrals in Practice Analysis of the Cases under Article 22 of the Merger Regulation*, JECLP 2011, t. 2, nr 6.
- Dec T., Jeżak J., *Bezpieczeństwo energetyczne kraju a procesy restrukturyzacji polskiego sektora elektroenergetycznego*, Zarządzanie i Finanse 2013, nr 4, część 3.
- Dec T., *Wpływ koncentracji na efektywność ekonomiczną przedsiębiorstw polskiego sektora elektroenergetycznego*, UOKiK, Warszawa 2013.
- DeCarlo D., *Industrial Policy as Strategic Trade Policy in a Global Economy*, Undergraduate Economic Review 2007, t. 3, nr 1.
- Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties, Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes*, ICN 4th Annual Conference, Bonn 6–8.1.2005.
- Delener N., *Strategic Planning and Multinational Trading Blocs*, Westport 1999.
- Desmarais F., *Export Cartels in the Americas and the OAS: Is the Harmonization of National Competition Laws the Solution?*, Manitoba Law Journal 2009, t. 33, nr 1.
- Destá M.G., *OPEC Production Management Practices under WTO Law and the Antitrust Law of Non-OPEC Countries*, Journal of Energy & Natural Resources Law 2010, t. 28, nr 4.
- Destá M.G., *The Organization of Petroleum Exporting Countries, the World Trade Organization, and Regional Trade Agreements*, JWT 2003, t. 37, nr 3.
- Dewatripont M., Legros P., *EU competition policy in a global world [w:] M. Telò, The European Union and Global Governance*, London 2009.
- Di Tommaso M.R., Schweitzer S.O., *Industrial Policy in America: Breaking the Taboo*, Cheltenham 2013.
- Dick A.R., *Are Export Cartels Efficiency – Enhancing or Monopoly – Promoting?*, University of California, Los Angeles 1990, <http://www.econ.ucla.edu/working-papers/wp601.pdf>
- Dick A.R., *Are Export Cartels Efficiency-Enhancing or Monopoly-Promoting: Evidence from the Webb-Pomerene Experience*, Research in Law and Economics 1992, t. 14.
- Dick A.R., *Japanese Antitrust: Reconciling Theory and Evidence*, Contemporary Policy Issues 1993, t. XI, nr 2.
- Dinc S., Erel I., *Economic Nationalism in Mergers and Acquisitions*, The Journal of Finance 2013, t. LXVIII, nr 6.
- Dolan A.M., *Transportation Spending and “Buy America” Requirements*, CRS Report, 4.2.2014.

- Driscoll C.O., *Unforeseen Developments – An Unforeseeable Future? The Relationship Between GATT Article XIXI and the Agreement on Safeguards*, Legal Issues of Economic Integration 2005, t. 32, nr 3.
- Drzewoska A., *Kryzys pomocy? Pomoc państwa dla sektora tzw. realnej gospodarki w czasie kryzysu* [w:] Kurcz B. (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010.
- Du M., *When China's National Champions Go Global: Nothing to Fear but Fear Itself?*, JWT 2014, t. 48, nr 6.
- Dubejko U., *Wykorzystanie analizy ekonomicznej przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorców w sprawach z zakresu nadużywania pozycji dominującej i kontroli łączności* [w:] Banasiński C., Stawicki E. (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007.
- Dudzik S., „Zgody szczególne” na dokonanie koncentracji (wybrane zagadnienia), EPS 2014, nr 7.
- Dudzik S., *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Unii Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002.
- Dudzik S., *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
- Dudzik S., *Zasada wyłączności jurysdykcji Wspólnoty Europejskiej w sprawach połączeń przedsiębiorstw a uprawnienia państw członkowskich*, PiP 1996, z. 4–5.
- Dziadykiewicz E., *Gazowa próba sił. Komisja otworzyła postępowanie przeciwko spółce Gazprom*, iKAR 2013, nr 6.
- Dziedzic Z., *Państwowe monopole czy w pełni liberalny rynek energii – co bardziej sprzyja bezpieczeństwu energetycznemu?*, Przegląd Strategiczny 2011, nr 2.
- Dzierżanowski M., *Dajmy szansę polskim czempionom* [w:] Dzierżanowski M. (red.), *Czempiony dla innowacyjności Polski*, Gdańsk 2015.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
- Economides N., *The Microsoft Antitrust Case*, JICT 2001, t. 1, nr 1.
- Ehlermann C.D., Goyette M., *The Interface between EU State Control and the WTO Disciplines on Subsidies*, ESALQ 2006, nr 4.
- Ehrman M., *Competition is a Sin: An Evaluation of the Formation and Effects of a Natural Gas OPEC*, ELJ 2006, t. 27, nr 1.
- Elhauge E., Geradin D., *Global Competition Law and Economics*, Oxford 2007.
- Elzinga K.E., *Collusive Predation: Matsushita v. Zenith (1986)* [w:] Kwoka, Jr. J.E., White L.J. (red.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, New York 1999.
- Emch A., *Abuse of dominance in China: a paradigmatic shift?*, ECLR 2008, nr 11.
- Emch A., *Chinese Antitrust Institutions – Many Cooks in the Kitchen*, CPI 2014, t. 10, nr 1.
- Erikson E., *Between Monopoly and Free Trade: The English East India Company, 1600–1757*, Princeton 2014.

- Estella L., Nagle O., *Antitrust in the International Telecommunications Sector: The United States Challenges Mexico's Telmex Monopoly*, *Inter-American Law Review* 2002, t. 32, nr 2/3.
- European Commission, IP/12/937, *Antitrust: Commission Opens Proceedings Against Gazprom* (4.9.2012), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm
- Evenett S.J., Levenstein M.C., Suslow V.Y., *International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s*, *W.Econ.* 2001, t. 24, nr 9.
- Fagan D.N., *The US regulatory and institutional framework for FDI* [w:] Sauvants K.P. (red.), *Investing in the United States: Is the US Ready for FDI from China?*, Cheltenham 2009.
- Falck O., Gollier C., Woessmann L. (red.), *Industrial Policy for National Champions*, Cambridge 2011.
- Falck O., Heblich S., *Do We Need National Champions? If So, Do We Need a Champions-Related Industrial Policy? An Evolutionary Perspective*, *Jena Economic Research Papers*, No. 2007-088.
- Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD 2002.
- Figiel A., *Etnocentryzm konsumencki. Produkty krajowe czy zagraniczne*, Warszawa 2004.
- Flett J., *From Political Pre-occupation to Legitimate Rule against Market Partitioning: Export Subsidies in WTO Law after the Appellate Body Ruling in the Airbus Case*, *Global Trade and Customs Journal* 2012, t. 7, nr 2.
- Flynn L., Rizza C., *Postal Services and Competition Law: A Review and Analysis of the EC Case-Law*, *W.Comp.* 2001, t. 24, nr 4.
- Foer A.A., Resnikoff D.A., *Competition policy and „too big” banks in the European Union and the United States*, *AB* 2014, t. 59, nr 1.
- Fong G.R., *Breaking New Ground or Breaking the Rules: Strategic Reorientation in U.S. Industrial Policy*, *International Security* 2000, t. 25, nr 2.
- Foster S.E., *Too Big To Fail – Too Small To Compete: Systemic Risk Should be Addressed Through Antitrust Law but such a Solution Will Only Work if it is Applied on an International Basis*, *Florida Journal of International Law* 2010, t. 22.
- Fox E.M., „*We Protect Competition, You Protect Competitors*”, *W.Comp.* 2003, t. 26, nr 2.
- Fox E.M., *Against Goals*, *FLR* 2013, t. 81.
- Fox E.M., *An Anti-monopoly Law for China-Scaling the Walls of Government Restraints*, *ALJ* 2008, t. 75, nr 1.
- Fox E.M., *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, *NYULR* 2000, t. 75.
- Fox E.M., *Competition Law and the Millenium Round*, *JIEL* 1999, t. 2, nr 4.
- Fox E.M., Davis D., *Industrial Policy And Competition – Developing Countries As Victims And Users*, *Fordham Corporate Law Institute* 2006, t. 151.
- Fox E.M., *GE/Honeywell: The U.S. Merger that Europe Stopped – A Story of the Politics of Convergence* [w:] Fox E.M., Crane D.A. (red.), *Antitrust Stories*, New York 2007.

- Fox E.M., Healey D., *When the State Harms Competition – the Role for Competition Law*, ALJ 2014, t. 79, nr 3.
- Fox E.M., *International Antitrust and the Doha Dome*, Virginia Journal of International Law 2003, t. 43.
- Fox E.M., *Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe is Different*, AB 2014, t. 59, nr 1.
- Fox E.M., *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community – Efficiency, Opportunity, and Fairness*, Notre Dame Law Review 1986, t. 61.
- Fox E.M., *Rule of Law, Standards of Law, Discretion and Transparency*, SMU Law Review 2014, t. 67, nr 4.
- Fox E.M., *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, Cornell Law Review 1981, t. 66.
- Fox E.M., *The WTO's First Antitrust Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition*, JIEL 2006, t. 9, nr 2.
- Foreign Direct Investment, Development and Corporate Responsibility*, OECD 1999.
- Franker M.C., *Restoration: International Merger Review in the Wake of General Electric/Honeywell and the Triumphant Return of Negative Comity*, GWILR 2004, t. 36, nr 4.
- Fuchs B., *Prawo kartelowe a prawo prywatne międzynarodowe*, Katowice 2006.
- Funta R., *Free Movement of Capital and VW Law: A Never Ending Story?*, Krytyka Prawa 2013, t. 5, nr 1.
- Furse M., *United States v Microsoft: Ill-Considered Antitrust*, International Review of Law Computers & Technology 1998, t. 12, nr 1.
- Gabriele A., *The Enhanced Role of the State in China's Industrial Development*, Economics, Management & Financial Markets 2009, t. 4, nr 3.
- Galand C., Marteil E., Bacchiega A., Malbo F., Valle E., *Commission authorizes restructuring aid to Alstom under conditions*, CPN 2004, nr 3.
- Galloway J., *EC merger control: does the re-emergence of protectionism signal the death of the 'one stop shop'?*, Draft Paper to the 3rd Annual CCP Summer Conference, 14.7.2007, University of East Anglia, Norwich, https://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.106582!galloway_paper.doc
- Gardener E., Molyneux P., *The too-big-to-fail doctrine revisited*, EIB Papers 1997, t. 2, nr 1.
- Garrett G., McCall Smith J., *The Politics of WTO Dispute Settlement*, Atlanta 1999.
- Garten J.E., *Is Protectionism Unavoidable?*, YaleGlobal, 6.2.2009, <http://yaleglobal.yale.edu/content/protectionism-unavoidable>
- Gebski S., *Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector*, CLR 2009, t. 6, nr 1.
- Gerad D., *Protectionist Threats Against Cross-Border Mergers: Unexplored Avenues to Strengthen the Effectiveness of Article 21 ECMR*, CMLR 2008, t. 45.
- Geradin D., Girgenson I., *Industrial Policy and European Merger Control – A Reassessment (3.10.2011)*, TILEC Discussion Paper No. 2011-053, <http://ssrn.com/abstract=1937586>

- Gerard D., *EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles*, *Concurrences* 2009, nr 1.
- Gerard D., *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*, *Global Competition Review*, 15.12.2008, <http://ssrn.com/abstract=1330326>
- Gerber D.J., *Economics, Law & Institutions: The Shaping of Chinese Competition Law*, *Washington University Journal of Law & Policy* 2008, t. 26.
- Gerber D.J., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 2001.
- Giannino M., *There Is Always a First Time: The European Commission Applies the Failing Firm Defence to an Unprofitable Division in NYNAS/Shell/Harburg Refinery* (30.12.2014), <http://ssrn.com/abstract=2544084>
- Global Forum on Competition, *Competition Issues in Television and Broadcasting*, Contribution from the European Union, DAF/COMP/GF/WD(2013)52, OECD 2013.
- Gołębiowski S.W., *Kontrola koncentracji w sektorze energetycznym*, UOKiK, Warszawa 2013.
- Gomuła J., *Porozumienie Antydumpingowe Światowej Organizacji Handlu a przepisy antydumpingowe Wspólnoty Europejskiej*, *Przegląd Prawa Europejskiego* 1999, nr 1.
- Goodison P., *EU's Common Agricultural Policy (CAP): Tools Protecting European Farmers*, The South Centre Analytical Note, Geneva 2011, http://www.cedia.eu/en/policy/2011/swiss_paper_cap_policy_2011.pdf
- Gorynia M., Jankowska B., *Klasy a międzynarodowa konkurencyjność i internacjonalizacja przedsiębiorstwa*, Warszawa 2008.
- Gorynia M., *Międzynarodowa konkurencyjność polskiej gospodarki a polityka ekonomiczna*, *Ekonomista* 1996, nr 3.
- Gorynia M., *Selektywna polityka przemysłowa w okresie transformacji*, GN 1996, nr 4.
- Górski M., *Wspólna polityka handlowa Unii Europejskiej. Aspekty prawne i instytucjonalne*, Warszawa 2012.
- Grabowski J., *Państwowy sektor gospodarczy – struktura podmiotowa* [w:] Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze*, t. 8B, Warszawa 2013.
- Grant J., Neven D.J., *The Attempted Merger Between General Electric and Honeywell: A Case Study of Transatlantic Conflict*, *JCLE* 2005, t. 1, nr 3.
- Grasso V.B., *The Berry Amendment: Requiring Defence Procurement to Come from Domestic Sources*, CRS Report, 4.5.2011.
- Greaney T.M., *Strategic trade and competition policies to assist distressed industries*, *Canadian Journal of Economics* 1999, t. 32, nr 3.
- Griffin J.P., *When Sovereignties May Collide in the Antitrust Area*, *Canada – United States Law Journal* 1994, t. 20.
- Gronowski S., *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996.
- Grzegorzczak F., *Charakter prawny i skutki „złotego weta” w nowej ustawie o szczególnych uprawnieniach ministra Skarbu Państwa*, *PPH* 2011, nr 3.

- Grzegorzczak F., *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo*, Warszawa 2012.
- Grzelak A., *Opinia prawna na temat zgodności z prawem Unii Europejskiej niemieckiej ustawy o płacy minimalnej (MiLoG) w zakresie dotyczącym usług transportowych*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 2.
- Grzeszak A., *Energia: wielkie przejęcie, wielki spór. Podatek czempionowy*, 17.9.2010 r., <http://www.polityka.pl>
- Guerrrieri P., Padoan P.C., *Strategic Trade Policy: A Review of the Theoretical Debate*, *The International Trade Journal* 2996, t. 10, nr 1.
- Guriev S., Rachinsky A., *The Role of Oligarchs in Russian Capitalism*, *Journal of Economic Perspectives* 2005, t. 19, nr 1.
- Guzman A.T., *Is International Antitrust Possible?*, *NYULR* 1998, t. 73, nr 5.
- Hahn M., Mehta K., *It's a Bird, It's a Plane: Some Remarks on the Airbus Appellate Body Report (EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, WTR* 2013, t. 12, nr 2.
- Halsall R., *Intercultural mergers and acquisitions as 'legitimacy crises' of models of capitalism: a UK-German case study*, *Organization* 2008, t. 15, nr 6.
- Hampton K., Sherstyuk K., *Demand shocks, capacity coordination, and industry performance: lessons from an economic laboratory*, *RAND Journal of Economics* 2012, t. 43, nr 1.
- Hancher L., *Towards an Economic Analysis of State Aids*, *ESALQ* 2005, nr 3.
- Hanson B.T., *What Happened to Fortress Europe?: External Trade Policy Liberalization in the European Union*, *IO* 1998, t. 52, nr 1.
- Harding C., Joshua J., *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2010.
- Harker M., *Cross-border Mergers in the EU: The Commission v The Member States*, *ECJ* 2007, t. 3, nr 2.
- Harris, Jr. H.S., *The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*, *Chicago Journal of International Law* 2006, t. 7, nr 1.
- Harris, Jr. S.H., Ganske R.J., *The Monopolization and IP Abuse Provisions of China's Anti-monopoly Law: Concerns and a Proposal*, *ALJ* 2008, t. 75, nr 1.
- Hart M., *The Chimera of Industrial Policy: Yesterday, Today and Tomorrow*, *Canada-United States Law Journal* 1993, t. 19.
- Hasan I., Marinč M., *Should competition policy in banking be amended during crises? Lessons from the EU*, *European Journal of Law and Economy*, 12.5.2013.
- Haucap J., Schwalbe U., *Economic principles of state aid control*, Düsseldorf Institute for Competition Economics discussion paper 2011, No. 17.
- Hayes P., *Industry and Ideology: I. G. Farben in the Nazi Era*, Cambridge 2001.
- Healey D., *A comparative look at the competition law control of state-owned enterprises and government in China* [w:] Drexel J., Grimes W.S., Jones C.A., Peritz R.J.R., Swaine E.T. (red.), *More Common Ground for International Competition Law?*, Cheltenham 2011.
- Heimler A., Jenny F., *The limitations of European Union control of state aid*, *Oxford Review of Economic Policy* 2012, t. 28, nr 2.

- Heuninckx B., *Defence procurement: The most effective way to grant illegal State Aid and get away with it... or is it?*, CMLR 2009, t. 46, nr 1.
- Hill A., *Bangemann Hits Out at Competition „Ayatollahs”*, FT, European News, 11.2.1992.
- Hill C.W.L., Mckaig T., *Global Business Today*, Toronto 2012.
- Ho K.K., *Trading Rights and Wrongs: The 2002 Bush Steel Tariffs*, Berkeley Journal of International Law 2003, t. 21.
- Holcombe R.G., *Crony Capitalism. By Product of Big Government*, The Independent Review 2013, t. 17, nr 4.
- Höpner M., Jackson G., *Revisiting the Mannesmann takeover: how markets for corporate control emerge*, European Management Review 2006, nr 3.
- Hordyński K., *Porozumienie w sprawie środków ochronnych WTO*, MPC 2002, nr 11.
- Horsley T., *Death, Taxes, and (Targeted) Judicial Dynamism: The Free Movement of Capital in EU law* [w:] Arnulf A., Chalmers D., *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford 2015.
- Horton T.J., *Confucianism and Antitrust: China's Emerging Evolutionary Approach to Anti-Monopoly Law*, International Lawyer 2013, t. 47, nr 2.
- Horubski K., *Wspieranie gospodarki* [w:] Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze*, t. 8B, Warszawa 2013.
- Hou L., *An Evaluation of the First Five Years of China's Anti-Monopoly Law*, Civil & Legal Sciences 2014, t. 3, nr 5.
- Hoyos C., *The new Seven Sisters: oil and gas giants dwarf western rivals*, FT, 12.3.2007.
- Huang Y., Jiang S., Moss D., Stutz R., *China's 2007 Anti-Monopoly Law: Competition and the Chinese Petroleum Industry*, ELJ 2010, t. 31, nr 2.
- Hubert P., Leppard M., Lécroart O., *Day-to-Day Competition Law: A Practical Guide for Businesses*, Bruxelles 2014.
- Humy R., *Industrial Policy and Economic Transformation: The Case of the Polish Motor Industry*, Europe-Asia Studies 1997, t. 49, nr 1.
- Huo Z., *A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of The People's Republic of China*, Asian-Pacific Law & Policy Journal 2008, t. 10, nr 1.
- Iida K., *Legalization and Japan: The Politics of WTO Dispute Settlement*, London 2006.
- Immenga U., *Export Cartels and Voluntary Export Restraints between Trade and Competition Policy*, Pacific Rim Law & Policy Journal 1995, t. 4, nr 1.
- Informacja o wynikach kontroli restrukturyzacji elektroenergetyki oraz bezpieczeństwa sieci energetycznych*, NIK, Warszawa 2009, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,70,vp,70.pdf>
- Informacja o wynikach kontroli restrukturyzacji i prywatyzacji sektora przemysłu stoczniowego w latach 2005–2007*, NIK, Gdańsk 2009.
- Jackson D., *Failing firm defence. The Andersen mergers – a new approach to the failing firm principle?*, Competition Law insight 2002, nr 1.
- Jackson J.H., *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge 2000.
- Jackson J.K., *The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment*, CRS Report for Congress, 29.3.2013, <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33312.pdf>

- Jacobson J.M., *Do We Need a „New Economy” Exception for Antitrust?*, *Antitrust Magazine* 2001, t. 16, nr 1.
- Jacquemin A., *Towards an Internationalisation of Competition Policy*, *W.Econ.* 1995, t. 18, nr 6.
- Jaeger T., *How much flexibility do we need? Commission crisis management revisited*, *ESALQ* 2009, nr 1.
- Jakob T., *Lesser Duty Rule and Community Interest in Anti-dumping Proceedings*, *Intereconomics* 2001, t. 34, nr 4.
- Jarosz M., *Rady nadzorcze w kleszczach interesów partyjnych i grupowych* [w:] M. Jarosz (red.), *Manowce polskiej prywatyzacji*, Warszawa 2001.
- Jasińska A., *Pomoc państwowa udzielona polskim stoczniom w świetle prawa Unii Europejskiej*, UOKiK, Warszawa 2012.
- Jajdzewski A.K., *Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego – uwagi teoretycznoprawne*, *RPEiS* 2000, z. 2, s. 93.
- Jenny F., *Competition Law and Policy: Global Governance Issues*, *World Competition Law and Economics Review* 2003, t. 26, nr 4.
- Jenny F., *Export Cartels in Primary Products: The Potash Case in Perspective* [w:] Evenett S.J., Jenny F. (red.), *Trade, Competition, and the Pricing of Commodities*, London 2012.
- Jenny F., *The Economic and Financial Crisis, Regulation and Competition*, *W.Comp.* 2009, t. 32, nr 4.
- Joelson M.R., *An International Antitrust Primer: A Guide to the Operation of United States, European Union, and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, Alphen aan de Rijn 2006.
- Jones A., Davis J., *Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate*, *ECJ* 2014, t. 10, nr 3.
- Jones A., *Left behind by modernisation? Restrictions by object under Article 101(1)*, *ECJ* 2010, t. 6, nr 3.
- Jones A., Sufrin B.E., *EC Competition Law: Text, Cases, and Material*, Oxford 2008.
- Jones A., *The journey toward an effects-based approach under Article 101 TFUE – The case of hardcore restraints*, *AB* 2010, t. 55, nr 4.
- Jones C.A., *Foundations of competition policy in the EU and USA: conflict, convergence and beyond* [w:] Ullrich H. (red.), *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham 2006.
- Jones C.A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford 1999.
- Jurkowska A. [w:] Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Juzyk A., *Potrzebujemy współdziałania i wymiany doświadczeń* [w:] M. Dzierżanowski (red.), *Czempiony dla innowacyjności Polski*, Gdańsk 2015.
- Kahan M., Rock E.B., *When the Government Is the Controlling Shareholder*, *Texas Law Review* 2011, t. 89.
- Kałuński M.M., *Sprawiedliwość w prawie antydumpingowym Światowej Organizacji Handlu*, Toruń 2010.

- Kamiński J., *Konsolidacja sektora wytwarzania energii elektrycznej w Polsce: wyniki analizy wskaźnikowej*, Polityka Energetyczna 2011, t. 14, z. 1.
- Kamiński J., *The development of market power in the Polish power generation sector: A 10-year perspective*, Energy Policy 2012, t. 42.
- Kassim H., Lyons B., *The New Political Economy of EU State Aid Policy*, JICT 2013, t. 13.
- Kasteng J., Prawitz C., *Eliminating Anti-Dumping Measures in Regional Trade Agreements. The European Union Example*, Kommerskollegium 2013, <http://www.kommers.se/publikationer/English-publications>
- Kawalec S., Gozdek M., *Raport dotyczący optymalnej struktury polskiego systemu bankowego w średnim okresie*, Capital Strategy, Warszawa 2012.
- Kawka J., *Złota akcja i bezpieczeństwo energetyczne państwa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [w:] Polska polityka energetyczna – wczoraj, dziś, jutro*, URE, Warszawa 2010.
- Kay J., *Europe must not create national champions*, FT, 11.1.2005.
- Kemp M.C., *The Mill-Bastable Infant Industry Dogma*, JPE 1960, t. 68, nr 1.
- Kerber W., Budzinski O., *Competition of Competition Laws: Mission Impossible?* [w:] Epstein R.A., Greve M.S. (red.), *Competition Laws in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, Washington 2004.
- Kerber W., Budzinski O., *Towards a Differentiated Analysis of Competition Laws*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht – Journal of Competition Law 2003, t. 1, nr 4.
- Kerr W.A., Loppacher L.J., *Anti-dumping in the Doha Negotiations – Fairy Tales at the WTO*, JWT 2004, t. 38, nr 2.
- Khemani R.S., Schöne R., *Competition Policy Objectives in the Context of a Multilateral Competition Code* [w:] Ehlermann C.D., Laudati L.L. (red.), *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, Oxford 1998.
- Kiczka K., *Europeizacja społecznej gospodarki rynkowej w Polsce*, [w:] Kocowski T., Gola J. (red.), *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 372, Wrocław 2014.
- Kienstra J.D., *Cleared For Landing: Airbus, Boeing, and the WTO Dispute over Subsidies to Large Civil Aircraft*, NJILB 2012, t. 32, nr 3.
- Kieres L., *Kierunki rozwoju regulacji publicznego prawa gospodarczego* [w:] Grabowski J., Pokryszka K., Hołda-Wydrzyńska A. (red.), *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, Katowice 2013.
- Kieres L., *Spoleczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] Kocowski T., Gola J. (red.), *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 372, Wrocław 2014.
- Kieżun W., *Patologia transformacji*, Warszawa 2013.
- Kim C.K., *An Industrial Development Strategy for Indonesia: Lessons from the South Korean Experience*, Journal of the Asia Pacific Economy 2005, t. 10, nr 3.
- Kim J., *Chaebol Policy for Suppression of Economic Power Concentration*, Seoul 2013.

- Kim K.H., *Rising Protectionism in Emerging Countries*, SERI Quarterly 2013, t. 6, nr 1.
- Kim Y., Horlick G.N., *Private Remedies for Private Anti-Competitive Barriers to Trade: The Kodak–Fuji Example*, *Empirica* 1997, t. 24.
- King C., Segain H., *Cross Border Negotiated Deals: Why Culture Matters?*, *European Company and Financial Law Review* 2007, t. 4, nr 1.
- Kinghorn J.R., *Kartells and Cartel Theory: Evidence from Early 20th Century German Coal, Iron, and Steel Industries*, *Cliometric Society* 1996, http://www.cliometrics.org/conferences/ASSA/Jan_96/kinghorn.shtml
- Kip Viscusi W., Harrington J.E., Vernon J.M., *Economics of Regulation and Anti-trust*, Cambridge 2005.
- Kleiner T., *Modernization of State aid policy* [w:] Szyszczak E. (red.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham 2011.
- Kluczny A.K., *Narodowi czempioni: od zaniechań do aktywnej polityki rozwoju*, PCG 2010, nr 3.
- Knorr A., Bellmann J., Schomaker R., *Subsidies in Civil Aircraft Manufacturing: The World Trade Organization (WTO) and the Boeing-Aibus Dispute*, *ESALQ* 2012, nr 3.
- Kociubiński J., *Selectivity Criterion in State Aid Control*, *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* 2012, t. 2.
- Kogut-Jaworska M., *Pomoc publiczna dla sektora finansowego w Unii Europejskiej udzielana w warunkach kryzysu*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 2012, t. XLVI, nr 4.
- Kohutek K. [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Kohutek K., *Komentarz do rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, System Informacji Prawnej LEX.
- Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdopodobieństwo i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012.
- Kokocińska K., *Prawne aspekty wspierania rozwoju przedsiębiorczości – ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy ustrojowo-kompetencyjne*, *RPEiS* 2005, z. 4.
- Komninos A., Jeram J., *Changing Mind in Changed Circumstances: Aegean/Olympic II and the Failing Firm Defence*, *JECLP* 2014, t. 5, nr 9.
- Kosiński E., *Cele i instrumenty antymonopolowej interwencji państwa w gospodarce*, *KPP* 2004, nr 3.
- Kosiński E., Wojteczak D., *Prawna dopuszczalność i środki relatywizacji zakazu nadużycia pozycji dominującej w Polsce*, *RPEiS* 2012.
- Kośka M., *Co cesarskie cesarzowi... Zwrot pomocy państwa* [w:] Kurcz B. (red.), *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2009.
- Kovacic W.E., *Convergence and Divergence in the EU and US Competition Policy* [w:] Kranodębska-Tomkiel M. (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, *UOKiK*, Warszawa 2010.

- Kovacic W.E., *Transatlantic Turbulence: The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy*, ALJ 2001, t. 68.
- Kowalczywska K., *Uprzywilejowana pozycja Skarbu Państwa w spółkach kapitałowych a ochrona strategicznych interesów państwa*, Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje 2015, nr 17.
- Kowalewski O., Radło M.J., *Wpływ tymczasowej pomocy publicznej w okresie kryzysu na konkurencję w Unii Europejskiej*, Instytut Ekonomiczny, Warszawa 2011, Materiały i Studia, nr 264.
- Kowalik-Bańczyk K., *State action defence a odpowiedzialność przedsiębiorcy za naruszenie art. 81 lub art. 82 TWE*, EPS 2009, nr 5.
- Kowalski A.M., *Znaczenie klastrów dla innowacyjności przedsiębiorstw w Polsce [w:] Klastry – wiedza, innowacyjność, rozwój*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Ekonomiczne Problemy Usług 2012, nr 94.
- Kowalski P., Büge M., Sztajerowska M., Egeland M., *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 147, OECD 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/5k4869ckqk7l-en>
- Kroes N., *Competition law in an economic crisis*, Speech/09/385, Fiesole 11.9.2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-385_en.htm?locale=en
- Kroes N., *Competition policy and the crisis – the Commission’s approach to banking and beyond*, CPN 2010, nr 1.
- Kroes N., *Cross-border mergers and energy markets*, Cernobbia 2.9.2006, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-480_en.htm?locale=en
- Kroes N., *Dealing with the current financial crisis*, 6.10.2008, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-08-498_en.htm?locale=en
- Kroes N., *Did government interventions help in the crisis?*, Speech/09/324, London 30.6.2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-324_en.htm?locale=en
- Kroes N., *EU state aid rules – part of the solution*, Speech/08/679, 5.12.2008.
- Kroes N., *Modification of the Two-thirds Rule for Establishing Jurisdiction under the Merger Regulation*, SEC (2005) 1518/1 (14.11.2005).
- Kroes N., *Tackling cartels – a never-ending task*, Anti-Cartel Enforcement: Criminal and Administrative Policy – Panel session, Brasilia, 8.10.2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-454_en.htm?locale=en
- Królikowska-Olczak M., *Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej [w:] Borowicz A., Królikowska-Olczak M., Sadowy J., Starzyńska W., Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych (Polska na tle Unii Europejskiej)*, Warszawa 2010.
- Krueger A.O., *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, American Economic Review 1974, t. 64, nr 3.
- Krugman P., *Protectionism and stimulus (wonkish)*, <http://krugman.blogs.nytimes.com/2009/02/01/protectionism-and-stimulus-wonkish>
- Krugman P.R. (red.), *Strategic Trade Policy and the New International Economics*, London 1998.

- Krugman P.R., Obstfeld M., *Ekonomia międzynarodowa. Teoria i praktyka*, t. 1, Warszawa 2007
- Krzykowski M., *Nadużywanie pozycji dominującej na rynku gazu ziemnego Unii Europejskiej – analiza na podstawie postępowania przeciwko spółce Gazprom i wybranych spraw*, EPS 2015, nr 1.
- Krzyżanowski L., *O podstawach kierowania organizacjami inaczej*, Warszawa 1999.
- Kukovec D., *International Antitrust – What Law in Action*, Indiana International & Comparative Law Review 2004, t. 15.
- Kurcz B., *Komentarz do art. 107 [w:] Wróbel A., Kowalik-Bańczyk K., Szwarz-Kuczer M. (red.), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2012.
- Kurcz B., *Kryterium selektywności w pomocy państwa*, PiP 2008, z. 10.
- Kurcz B., *Między ustami a brzegiem pucharu...gdzie jest pomoc państwa? Definicja pomocy państwa w świetle orzecznictwa ETS-u [w:] Kurcz B. (red.), Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2009.
- Kuś A., *Publicznoprawne pozataryfowe i parataryfowe instrumenty reglamentacji obrotu towarowego z zagranicą*, Bydgoszcz-Szczecin-Lublin 2006.
- La Barca G.M.M., *Subsidies and countervailing measures under the GATT and the WTO and in the US law and practice: parallel developments and interactions*, University of Warwick 2007, <http://wrap.warwick.ac.uk/2623>
- Lagdameo C.L., *Climbing Mount Everest with the ICN Unilateral Conduct Working Group*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/ICN-11-27-2012-2.pdf>
- Lall S., *Reinventing Industrial Strategy: The Role of Government Policy in Building Industrial Competitiveness*, Annals of Economics and Finance 2013, t. 14, nr 2(B).
- Lande R.H., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, Hastings Law Journal 1982, t. 34.
- Landes W.M., Posner R.A., *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law Review 1981, t. 94, nr 5.
- Larch M., Lechthaler W., *„Buy National” and Protectionism in the Great Recession – Can It Work?*, Intereconomics 2011, nr 4.
- Larch M., Lechthaler W., *Why „Buy American” is a bad idea but politicians still like it*, The Canadian Journal of Economics 2011, t. 44, nr 3.
- Larson D.A., *An Economic Analysis of the Webb-Pomerene Act*, JLE 1970, t. 13, nr 2.
- Laudati L., *The European Commission as regulator: the uncertain pursuit of the competitive market [w:] Majone G. (red.), Regulating Europe*, London 2003.
- Lawton T.C., McGuire S.M., *Supranational governance and corporate strategy: the emerging role of the World Trade Organization*, International Business Review 2001, t. 10.
- LeClair M.S., *International Commodity Markets and the Role of Cartels*, Armonk 2000.
- Lee J., *Vitamin “C” is for Compulsion: Delimiting the Foreign Sovereign Compulsion Defense*, Virginia Journal of International Law 2010, t. 50, nr 3.

- Lee M., Shims J.S., *The Korean Economic System: Governments, Big Business and Financial Institutions*, Aldershot 2012.
- Lee R.E., *Dogfight: Criticizing the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Amidst the Largest Dispute in World Trade Organization History*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 2006, t. 32.
- Lee Y.S., *Critical Issues in the Application of the WTO Rules on Safeguards*, JWT 2000, t. 34, nr 2.
- Lee Y.S., Horlick G., Choi W.M., Broude T. (red.), *Law and Development Perspective on International Trade Law*, Cambridge 2011
- Lee Y.S., *Safeguard Measures In World Trade. The Legal Analysis*, Cheltenham 2014.
- Leipziger D., *Economic Nationalism Dies Hard: How Political Forces Are Resurrecting "Industrial Policy"*, HIR 2010, t. 32, nr 2.
- Lento C.J., *Shifting Sands: An Analysis of OPEC Under U.S. Antitrust and EU Competition Law and How the U.S. Oil Boom Might Change It All*, LSU Journal of Energy Law and Resources 2014, t. 2, nr 2.
- Lerner J., *Boulevard of Broken Dreams: Why Public Efforts to Boost Entrepreneurship and Venture Capital Have Failed – and What to Do About It*, Princeton 2009.
- Lester S., *The Problem of Subsidies as a Means of Protectionism: Lessons from the WTO EC – Aircraft Case*, Melbourne Journal of International Law 2011, t. 12, nr 2.
- Levenstein, M.C., Suslow V.Y., *The Changing International Status of Export Cartel Exemptions*, American University International Law Review 2005, t. 20, nr 4.
- Levy P.I., *Imaginative Obstruction: Modern Protectionism in the Global Economy*, Georgetown Journal of International Affairs 2009, t. 10, nr 2.
- Liebman B.H., Reynolds K.M., *Innovation through Protection: Does Safeguard Protection Increase Investment in Research and Development?*, Southern Economic Journal 2013, t. 80, nr 1.
- Liebman B.H., Tomlin K.M., *Steel safeguards and the welfare of U.S. steel firms and downstream consumers of steel: a shareholder wealth perspective*, Canadian Journal of Economics 2007, t. 40, nr 3.
- Liefmann R., *Cartels, Concerns and Trusts*, Kitchener 2001.
- Lienenmeyer M., *State Aid to Companies in Difficulty – The Rescue and Restructuring Guidelines* [w:] Sanchez Rydelski M. (red.), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London 2006.
- Lim W., *Chaebol and Industrial Policy in Korea*, Asian Economic Policy Review 2012, t. 7.
- Lin C.X., *A Quiet Revolution: An Overview of China's Judicial Reform*, Asian-Pacific Law & Policy Journal 2003, t. 4, nr 2.
- Lin J., Chang H.J., *Should Industrial Policy in Developing Countries Conform to Comparative Advantage or Defy it? A Debate Between Justin Lin and Ha-Joon Chang*, Development Policy Review 2009, t. 27, nr 5.
- Lin L.W., Milhaupt C.J., *We Are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China*, Stanford Law Review 2013, t. 65.

- Lindsey B., Ikenson D., *Reforming the Antidumping Agreement: A Road Map for WTO Negotiations*, Cato Institute Trade Policy Analysis 2002, No. 21.
- Lipsky, Jr. A.B., Sidak J.G., *Essential Facilities*, Stanford Law Review 1999, t. 51, nr 5.
- List F., *The National System of Political Economy*, Philadelphia 1856.
- Liu Z., Qiao Y., *Abuse of Market Dominance Under China's 2007 Anti-monopoly Law: A Preliminary Assessment*, Review of Industrial Organization 2012, t. 41.
- Lo Schiavo G., *The Impact of the EU Crisis-Related Framework on State Aids to Financial Institutions: From Past Practice to Future Prospects*, CLR 2013, t. 9, nr 2.
- Lodha R., *US Steel Safeguard Dispute. Forged Protection brought to Light*, Trade Law Brief No. 3/2005, s. 4, <http://www.cuts-citee.org/pdf/TLB05-03.pdf>
- Lorca F.J., *Microsoft Corporation vs. the U.S. Court of Justice and the European Community*, Jean Monnet/Robert Schuman Working Paper Series 2009, t. 9, nr 10.
- Lowe A.V., *Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British Protection of Trading Interest Act, 1980*, American Journal of International Law 1981, t. 75, nr 2.
- Lowe P., *State Aid Policy in the context of the financial crisis*, CPN 2009, nr 2.
- Lubiński M., *Wpływ banków zagranicznych na stabilność gospodarki kraju goszczącego*, GN 2012, nr 7–8.
- Luckey J.R., *Domestic Content Legislation: The Buy American Act and Complementary Little Buy American Provisions*, CRS Report, 25.4.2012.
- Luengo Hernández De Madrid G.E., *Conflicts Between the Disciplines of EC State Aids and WTO Subsidies: Of Books, Ships and Aircraft*, European Foreign Affairs Review 2008, t. 13, nr 1.
- Luja R., *State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework*, ESALQ 2009, t. 8, nr 2.
- Luz K., *The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and the Need for a Globalized Antitrust System*, GWJILE 1999, t. 32.
- Ławicki T., *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Komentarz*, Warszawa 1998.
- Machelski Z., Rubisz L. (red.), *Grupy interesu. Teorie i działanie*, Toruń 2003.
- Macrory P.F.J., *The Anti-Dumping Agreement* [w:] Macrory P.F.J., Appleton A.E., Plummer M.G. (red.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York 2005.
- Maincent E., Navarro L., *A Policy for Industrial Champions: From picking winners to fostering excellence and the growth of firms*, Industrial Policy and Economic Reforms Papers No. 2, 2006, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/1923/attachments/1/translations/en/renditions/native>
- Majcher J., *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005.
- Majcher-Magdziak G., *Połączmy resorty skarbu i gospodarki*, Rzeczpospolita z 13.3.2015 r., s. B12.
- Majkowska-Szulc S., *Wpływ interwencjonizmu państwowego na los polskiego przemysłu stoczniowego na przykładzie Stoczni Gdynia S.A.*, GSP 2009, t. XXII.

- Małecka E., *Publicznoprawne aspekty konstrukcji „złotej akcji”*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2012, nr 2.
- Manuel K.M., Dolan A.M., Murrill B.J., Perry R.M., *Domestic Content Restrictions: The Buy American Act and Complementary Provisions of Federal Law*, CRS Report, 6.1.2014.
- Marcos F., *When Competition is the Last Concern: The Battle for the Control of ENDESA* (3.9.2012), Instituto de Empresa Business School Working Paper No. AJ8-189-I, <http://ssrn.com/abstract=2165451>
- Mardas D., *The Latest Enlargement of the EU and 'Buy National' Rules*, W.Econ. 2005, t. 28, nr 11.
- Markert K.E., *Recent Developments in German Antitrust Law*, FLR 1975, t. 43, nr 5.
- Markham J.W., *Lessons for Competition Law from the Economic Crisis: The Prospect for Antitrust Responses to the "Too-Big-Fail" Phenomenon*, Fordham Journal of Corporate & Financial Law 2011, t. 16, nr 2.
- Marquis M., *Abuse of administrative power to restrict competition in China: four reflections, two ideas, and a thought* [w:] Faure M., Zhang X. (red.), *The Chinese Anti-Monopoly Law*, Cheltenham 2013.
- Martin S., *Depression Cartels, Market Structure, and Performance* [w:] Mueller D.C., Haid A., Weigand J. (red.), *Competition, Efficiency, and Welfare: Essays in Honor of Manfred Neumann*, Dordrecht 1991.
- Martin S., Valbonesi P., *State aid to business* [w:] P. Bianchi, S. Labory (red.), *International Handbook on Industrial Policy*, Cheltenham 2006.
- Martyniszyn M., *A Comparative Look at Foreign State Compulsion as a Defence in Antitrust Litigation*, CLR 2012, t. 8, nr 2.
- Martyniszyn M., *Export Cartels: Is it Legal to Target your Neighbour? Analysis in Light of Recent Case Law*, JIEL 2012, t. 15, nr 1.
- Martyniszyn M., *Legislation Blocking Antitrust Investigations and the September 2012 Russian Executive Order*, W.Comp. 2014, t. 37, nr 1.
- Mastel G., *Antidumping Laws and the U.S. Economy*, Armonk 1998.
- Mastel G., *The U.S. Steel Industry and Antidumping Law*, Challenge 1999, t. 42, nr 3.
- Mataczyński M., *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007.
- Mataczyński M., *Złota akcja Skarbu Państwa a swoboda przepływu kapitału – glosa do wyroku ETS z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05 Komisja Europejska przeciwko Niemcom*, EPS 2008, nr 6.
- Matsushita M., *Basic Principles of the WTO and the Role of Competition Policy*, Washington University Global Studies Law Review 2004, t. 3, nr 2.
- Matsushita M., *Export Control and Export Cartels in Japan*, HILJ 1979, t. 20, nr 1.
- Matsushita M., *The Legal Framework of Japanese Industrial Policy*, Brigham Young University Law Review 1987, nr 2.
- Mavroidis P.C., *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, European Journal of International Law 2000, t. 11, nr 4.
- Mavroidis P.C., *Trade in Goods*, Oxford 2013.

- Maziarz A., *Eksterytorialne stosowanie unijnego prawa konkurencji*, PiP 2012, z. 5.
- Maziarz A., *Kartele kryzysowe w unijnym prawie konkurencji*, PUG 2013, nr 10.
- Mazurkiewicz-Gorgol A., *Jak trwoga do to... państwa po pieniądze. Komu pomaga pomoc państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw?* [w:] Kurcz B. (red.), *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2009.
- McAfee P., McMillan J., *Government Procurement and International Trade*, JIE 1989, t. 26.
- McArver T., *Stepping up enforcement of China's Antimonopoly Law*, China Analysis 2014, nr 12, http://www.ecfr.eu/page/-/ECFR123_Your_investment_our_economy.pdf
- McDermid J.F., *The Antitrust Commission and the Webb-Pomerene Act: The Critical Assessment*, Washington and Lee Law Review 1980, t. 37, nr 1.
- McGee R.W., *Abolish the Antidumping Laws*, Economic Affairs 2002, t. 22, nr 4.
- McGee R.W., *Legal Ethics, Business Ethics and International Trade: Some Neglected Issues*, Cardozo Journal of International & Comparative Law 2002, t. 10, nr 1.
- McGee R.W., *Protectionism and Morality*, The Dumont Institute for Public Policy Research, Policy Analysis 1996, No. 5.
- McGee R.W., *The Philosophy of Trade Protectionism, Its Costs and Its Implications*, GWJILE 1993, t. 26, nr 3.
- McGivern B., *Aircraft Subsidies and WTO Rules: The Airbus Decision*, Air and Space Law 2010, t. 35, nr 4–5.
- Meier-Kaienburg N., *The WTO's „Toughest” Case: An Examination of the Effectiveness of the WTO Dispute Resolution Procedure in the Airbus-Boeing Dispute over Aircraft Subsidies*, Journal of Air Law and Commerce 2006, t. 71, nr 2.
- Melitz M.J., *When and How Should Infant Industries Be Protected?*, JIE 2005, t. 66.
- Messerlin P.A., *Enlarging the Vision for Trade Policy Space: Special and Differentiated Treatment and Infant Industry Issues*, WEcon. 2006, t. 29, nr 10.
- Messerlin P.A., Fridh H., *The Agreement on Safeguards: Proposals for Change in the Light of the EC Steel Safeguards*, JWT 2006, t. 40, nr 4.
- Messerlin P.A., *Openness in public procurement markets: Time for a reality check*, ECIPE Policy Briefs 2013, nr 3.
- Messerlin P.A., Reed G., *Antidumping Policies in the United States and the European Community*, Economic Journal 1995, t. 105, nr 433.
- Messerlin P.A., Tharakan P.K.M., *The Question of Contingent Protection*, WE 1999, t. 22, nr 9.
- Miąsik D., *Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law*, YARS 2008, t. 1.
- Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium porównawcze*, Kraków 2004.
- Milczarczyk A., *Problematyka postępowania antydumpingowego w Polsce*, MPC 1998, nr 8.
- Mill J.S., *Principles of political economy with some of their applications to social philosophy*, t. II, London 1848.

- Mitschke A., *The Influence of National Competition Policy on the International Competitiveness of Nations*, Heidelberg 2008.
- Molski R., *Administracyjnoprawna regulacja obrotu towarowego z zagranicą*, Szczecin 2001.
- Molski R., *Eksterytorialne stosowanie prawa ochrony konkurencji*, RPEiS 2002, z. 3.
- Molski R., *Kartele eksportowe w świetle prawa ochrony konkurencji*, RPEiS 2003, z. 3.
- Molski R., *O wyższości prawa antymonopolowego nad prawem antidumpingowym i co z tego wynika*, GSP 2007, t. XVI, s. 859.
- Molski R., *Prawne aspekty ochrony przed dumpingiem w wymianie towarowej z zagranicą*, PiP 2001, z. 8.
- Molski R., *Prawne formy ochrony przed subsydiami w wymianie towarowej z zagranicą*, Studia Prawnicze 2002, z. 3.
- Molski R., *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Bydgoszcz-Szczecin 2007.
- Molski R., *Prywatnoprawna ochrona konkurencji w amerykańskim prawie antytrustowym*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2005, z. 3.
- Molski R., *Suwerenność państwa w obliczu globalizacja prawa ochrony konkurencji* [w:] Gawłowicz I., Wierzchowicka I. (red.), *Koncepcje suwerenności. Zbiór studiów*, Warszawa 2005.
- Molski R., *Środki ochronne w ramach powszechnej klauzuli o nadmiernym imporcie towarów (problematyka prawna)*, PUG 2001, nr 3.
- Monopolkommission, *The „More Economic Approach” in European State Aid Control*, Bonn 2008.
- Monti M., *A New Strategy for the Single Market*, 2010, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf
- Moonen S., *News Corp/BSkyB and the Boundaries of Merger Review*, JECLP 2011, t. 2, nr 4.
- Moore J.B., *The Natural Law Basis of Legal Obligations: International Antitrust and OPEC in Context*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2003, t. 36.
- Morresi O., Pezzi A., *Cross-border Mergers and Acquisitions: Theory and Empirical Evidence*, New York 2014.
- Mosiej G., *Polityka celna a przemysł motoryzacyjny w Polsce*, MPC 2002, nr 7.
- Mosiej G., *System celny a zmiany na rynku motoryzacyjnym w Polsce po wejściu do Unii Europejskiej – aspekty pozytywne*, MPCP 2005, nr 8.
- Motta M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004.
- Motta M., Ruta M., *Mergers and National Champions*, CESifo conference on ‘Do We Need National or European Champions?’, Munich, 16–17.11.2007.
- Möslein F., *Compliance with ECJ judgments vs. compatibility with EU law – Free movement of capital issues unresolved after the second ruling on the Volkswagen law: Commission v. Germany*, CMLR 2015, t. 52, nr 3.
- Mucha-Leszko B., Kąkol M., *Pozycja i rola Unii Europejskiej w globalnym układzie sił gospodarczych* [w:] Mrzygłód U. (red.), *Wyzwania gospodarki globalnej Prace i Materiały Instytutu Handlu Zagranicznego Uniwersytetu Gdańskiego*, Sopot 2012, nr 31.

- Mueller F., *Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article XIX "Unforeseen Developments Clause" Still Effective Under the Agreement on Safeguards?*, JWT 2003, t. 37, nr 6.
- Mullany M., *OPEC and the Failure of International Cartels*, HIR 1990, t. 12, nr 4.
- Muńko A., *Zmiany stopnia swobody prowadzenia polityki przemysłowej w następstwie stowarzyszenia Polski ze Wspólnotami Europejskimi*, Warszawa 1993.
- Musacchio A., Flores-Macias F., *The Return of State-Owned Enterprises: Should We Be Afraid?*, HIR (website), 4.4.2009.
- Musacchio A., Lazzarini S.G., *Leviathan in Business: Varieties of State Capitalism and their Implications for Economic Performance* (30.5.2012), <http://ssrn.com/abstract=2070942>
- Myddelton D.R., *They Meant Well: Government Project Disasters*, London 2007.
- Myszczyński J., *Rola polityki wolnego handlu z uwzględnieniem infant industry w kształtowaniu fundamentów gospodarki światowej*, Kultura – Historia – Globalizacja 2011, nr 10.
- Myszczyński J., *Znaczenie polityki Infant Industry w warunkach wczesnego rozwoju gospodarczego na przykładzie Niemiec*, Kultura i Historia 2012, nr 22.
- Nagaoka S., Goto A., *Vertical Restraints and Market Access*, Empirica 1997, t. 24.
- Nadzór nad spółkami Skarbu Państwa i przedsiębiorstwami państwowymi w zakresie zaangażowania kapitałowego w spółki prawa handlowego*, NIK, Warszawa 2005.
- Nelson D.R., *Making Sense of the 1981 Automobile VER: Economics, Politics, and the Political Economy of Protection* [w:] Krueger A.O. (red.), *The Political Economy of Trade Protection*, Chicago 1996.
- Neven D., Lapr v te F.-C., Wincler A., *European champions and merger control rules*, Concurrences 2014, nr 4.
- Neven D., *Ownership, performance and national champions* [w:] Mateus A.M., Moreira T. (red.), *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in EU and North America*, Cheltenham 2010.
- New masters of the universe. How state enterprise is spreading*, The Economist 21.1.2012.
- Newman P.C., *Key German Cartels under the Nazi Regime*, Quarterly Journal of Economics 1948, t. 62, nr 4.
- Nicolaides P., Bilal S., *An Appraisal of the State Aid Rules of the European Community. Do they Promote Efficiency?*, JWT 1999, t. 33, nr 2.
- Nicolaides P., Kekelekis M., Buyskes P., *State Aid in the European Community*, The Hague 2005.
- Nicolini M., Scarpa C., Valbonesi P., *Aiding Car Producers in the EU: Money in Search of a Strategy*, JICT 2013, t. 13.
- Niels G., Jenkins H., Kavanagh J., *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011.
- Noland M., Pack H., *Industrial Policy in an Era of Globalization: Lessons from Asia*, Washington 2003.
- Nourry A., Jung N., *EU State Measures Against Foreign Takeovers: "Economic Patriotism" in All But Name*, CPI 2012, t. 8, nr 1.
- Nowak-Far A. (red.), *Prawo Światowej Organizacji Handlu a Unia Europejska*, Warszawa 2008.

- Nykiel-Mateo A., *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2009.
- O'Keefe W., *OPEC: The Myth and the Reality*, George C. Marshall Institute Policy Outlook, 6/2014.
- OECD *Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, OECD 2012.
- OECD Global Forum on Competition, *Crisis Cartels: Contribution from the European Union*, GF/WD(2011)20, 27.1.2011.
- Olson M., *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge 1965.
- Orbach B., Rebling G.C., *The Antitrust Curse of Bigness*, Southern California Law Review 2012, t. 85.
- Orttung R.W., Overland I., *Russia and the Formation of a Gas Cartel*, Problems of Post-Communism 2011, t. 58, nr 3.
- Owen B.M., Sun S., Zheng W., *China's Competition Policy Reforms: The Anti-Monopoly Law and Beyond*, ALJ 2008, t. 75.
- Pape W., *Socio-Cultural Differences and International Competition Law*, European Law Journal 1999, t. 5, nr 4.
- Paradowski P., *Prawo pomocy publicznej dla przedsiębiorców* [w:] Brodecki Z. (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004.
- Parret L., *Shouldn't We Know What We Are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate About the Objectives of EU Competition Law and Policy*, ECJ 2010, t. 6.
- Paul J.R., *The Transformation of International Comity*, Law and Contemporary Problems 2008, t. 71, nr 3.
- Pawelczyk M. [w:] Powalowski A. (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Pawelczyk M., *Prawo konkurencji w systemie publicznego prawa gospodarczego* [w:] Grabowski J., Pokryszka K., Hołda-Wydrzyńska A. (red.), *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, Katowice 2013.
- Pawłowicz K., „Złota akcja” Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego, PiP 2007, z. 2.
- Peck B., *Extraterritorial Application of Antitrust Laws and the U.S.-EU Dispute Over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict? An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, San Diego Law Review 1998, t. 35.
- Pelc K.J., *Seeking Escape: The Use of Escape Clauses in International Trade Agreements*, International Studies Quarterly 2009, t. 53.
- Pelkmans J., *Market Integration in the European Community*, The Hague 1984.
- Perini G., *No export aid to large firms outside the EU*, CPN 2005, nr 2.
- Peritz R.J.R., *The Microsoft chronicles* [w:] L. Rubini (red.), *Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case*, Cheltenham 2010.
- Perone F., *Settlement of anti-dumping cases by price undertaking: the European Community and United States practice*, McGill University 1995.

- Pesaresi N., Sinnaeve A., Guigue-Koepfen V., Wiemann J., Radulescu M., *The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI)*, CPN 2012, nr 1.
- Pirie I., *The New Korean Political Economy: Beyond the Models of Capitalism Debate*, The Pacific Review 2012, t. 25, nr 3.
- Piskorski P.H., *A Dangerous Discretionary "Duty": U.S. Antidumping Policy Toward China*, Hofstra Law Review 2005, t. 34, nr 2.
- Pitofsky R., Patterson D., Hooks J., *The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law*, ALJ 2002, t. 70, nr 2.
- Pitofsky R., *The Political Content of Antitrust*, University of Pennsylvania Law Review 1979, t. 127.
- Pollin R., Baker D., *Public Investment, Industrial Policy and U.S. Economic Renewal*, Political Economy Research Institute Center for Economic and Policy Research, Working Paper Series No. 211/2009, http://www.peri.umass.edu/fileadmin/pdf/working_papers/working_papers_201-250/WP211.pdf
- Polska. Raport o stanie handlu zagranicznego*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2013.
- Polsko-amerykańskie porozumienie o wzajemności w ramach zamówień obronnych*, Tygodnik BBN 2012, nr 80.
- Porter M.E., *The Competitive Advantages of Nations*, HBR 1990, t. 68, nr 2.
- Positive Comity*, DAFFE/CLP(99)19, OECD 1999.
- Posner R.A., *Antitrust in the New Economy*, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 106, listopad 2000, <http://ssrn.com/abstract=249316>
- Posner R.A., *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, JPE 1975, t. 83, nr 4.
- Postuła I., *Cechy charakterystyczne i problemy funkcjonowania rad nadzorczych spółek Skarbu Państwa*, Zarządzanie i Finanse 2013, nr 2, cz. 6.
- Postuła I., *Dekonstrukcja struktury spółki kapitałowej. Wpływ urzędników na spółki Skarbu Państwa*, PZ 2014, t. 12, nr 4.
- Postuła I., *Nadzór korporacyjny w spółkach Skarbu Państwa*, Warszawa 2013.
- Postuła I., *Władza organizacyjna w spółkach Skarbu Państwa*, PZ 2014, t. 12, nr 2.
- Postuła I., Werner A., *Pomoc publiczna*, Warszawa 2006.
- Prakash O., *The Dutch East India Company and the Economy of Bengal, 1630–1720*, Princeton 1985.
- Price R.E., *Foreign Blocking Statutes and the GATT: State Sovereignty and the Enforcement of U.S. Economic Laws Abroad*, GWJILE 1995, t. 28.
- Prusa T.J., *Anti-dumping: A Growing Problem in International Trade*, WEcon. 2005, t. 28, nr 5.
- Prusa T.J., Bloningen B.A., *Antidumping*, NBER Working Paper 2001, nr 8398.
- Psaroudakis G., *State Aids, Central Banks and the Financial Crisis*, European Capital Financial Review 2012, nr 2.
- Public Procurement Indicators 2013*, 17.6.2015, http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/modernising-rules/evaluation/index_en.htm
- Puślecki Z.W., Skrzypczyńska J., *Unia Europejska w systemie handlu międzynarodowego WTO*, Warszawa 2011.

- Puślecki Z.W., *Tradycyjne i nowe argumenty protekcjonizmu handlowego na przykładzie Wspólnoty Europejskiej*, RPEiS 1992, z. 1.
- Quigley C., *Review of the Temporary State Aid Rules Adopted in the Context of the Financial and Economic Crisis*, JECLP 2012, t. 3, nr 3.
- Rai S., *Recognition and Regulation of Safeguard Measures Under GATT/WTO*, Abingdon 2011.
- Raport Polskiego Lobby Przemysłowego pt. *Straty w potencjale polskiego przemysłu i jego ułomna transformacja po 1989 roku. Wizja nowoczesnej reindustrializacji Polski*, Warszawa 2012, <http://www2.plp.info.pl/wp-content/uploads/2012/12/Raport-o-przemysle.pdf>
- Ratajczak E., *Potencjał gospodarczy przemysłów opartych na drewnie i perspektywy ich rozwoju*, GUS, Warszawa 2012.
- Raychaudhuri T., *The Unforeseen Developments Clause in Safeguards under the WTO: Confusions in Compliance*, The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy 2010, t. 11, nr 1.
- Reassessment of International Application of Antitrust Laws: Blocking Statutes, Balancing Tests, and Treble Damages*, Law and Contemporary Problems 1987, t. 50.
- Reich R.B., *Praca narodów. Przygotowanie się do kapitalizmu XXI wieku*, Toruń 2000.
- Reich R.B., *Who is Them?*, HBR 1991, t. 69, nr 2.
- Reich R.B., *Who is Us?*, HBR 1990, t. 68, nr 1.
- Reinhardt E., *Adjudication without Enforcement in GATT Disputes*, Journal of Conflict Resolution 2001, t. 45, nr 2.
- Rent Seeking, Non-compensated Transfers, and Laws of Succession*, JLE 1983, t. 26, nr 1.
- Report of the Competition & Antitrust Committee*, ELJ 2013, t. 34.
- Rey J.D., *Antidumping Regional Regimes and the Multilateral Trading System: Do Regional Antidumping Regimes Make a Difference?*, Staff Working Paper ERSD-2012-22, WTO 2012.
- Reynolds M., Macrory S., Chowdhury M., *EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, FILJ 2011, t. 33, nr 6.
- Riess A., Väilä T., *Industrial policy: a tale of innovators, champions, and B52*, EIB Papers 2006, t. 11, nr 1.
- Riley A., *Commission v. Gazprom: The antitrust clash of the decade?*, CEPS Policy Brief No. 285, 31.10.2012.
- Ringe W.G., *Company Law and Free Movement of Capital*, Cambridge Law Journal 2010, t. 69, nr 2.
- Ripinsky S., *Global Economic Crisis and the Danger of Protectionism: Does International Law Help?*, Amsterdam Law Forum 2009, t. 1, nr 3.
- Ritter L., Braun W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague 2005.
- Robin D.P., Sawyer W.C., *The Ethics of Untidumping Petitions*, Journal of World Business 1998, t. 33, nr 3.
- Robinson J., *Essays in the Theory of Employment*, New York 1937.

- Rodríguez P.M., *Safeguards in the World Trade Organization Ten Years After: A Dissociated State of the Law?*, JWT 2007, t. 41, nr 1.
- Rodriguez-Araque A., *US Bill against OPEC violates most basic legal principles*, OPEC press release nr 6/2001.
- Rogowski W., *Notatki o skandalu korupcyjnym w Siemens AG*, PCG 2008, nr 1.
- Rogowski W., *The Siemens Corruption Outburst and the CEOs Who Combat It: A Corporate Governance Case Study*, Emerging Markets: A Review of Business and Legal Issues 2009, t. 1, nr 1.
- Romano A., Thammapitakgul P., *Antidumping: A Public Interest not So much in the Public Interest*, Manchester Journal of International Economic Law 2013, t. 10, nr 1.
- Rosendorff B.P., Milner H.V., *The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape*, IO 2001, t. 55.
- Rosendorff B.P., Milner H.V., *The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape*, International Organization 2001, t. 55, nr 4.
- Roth W.H., *Strategic competition policy: a comment on EU competition policy* [w:] Ullrich H. (red.), *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham 2006.
- Rountable on Failing Firm Defence*, DAF/COMP(2009)38, OECD 2009.
- Rovegno L., Vandenbussche H., *Anti-dumping practices in the EU: A comparative analysis of rules and application in the context of the WTO* [w:] Gaines S.E., Olsen B.E., Sørensen K.E. (red.), *Liberalising Trade in the EU and the WTO: A Legal Comparison*, Cambridge 2012.
- Rubini L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford 2009.
- Rueda A., *Price-fixing at the pump. Is the OPEC oil conspiracy beyond the reach of the Sherman Act?*, Houston Journal of International Law 2001, t. 24.
- Ryberg B., *Pro-Competitive or Protective? The Chinese Anti-Monopoly Law, Implications for the United States, and Bilateral Antitrust Cooperation as an Effective Responses*, Cardozo Journal of International & Comparative Law 2010, t. 18.
- Rynarzewski T., *Cło wychowawcze i cło optymalne w teorii i praktyce polityki handlu międzynarodowego*, RPEiS 2003, z. 1.
- Rynarzewski T., *Ochrona branż raczkujących jako instrument podnoszenia konkurencyjności międzynarodowej krajów rozwijających się* [w:] Rynarzewski T. (red.), *Konkurencyjność międzynarodowa we współczesnej gospodarce światowej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu 2011, nr 213.
- Rynarzewski T., *Strategiczna polityka handlu międzynarodowego*, Warszawa 2005.
- Sadowski W., *Komentarz do art. 346 TFUE* [w:] Wróbel A. (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III. Warszawa 2012.
- Sampson A., *Siedem Sióstr: wielkie koncerny naftowe i świat przez nie stworzony*, Warszawa 1981.
- Samsel A., *Kryzys pomocy? Pomoc państwa w sektorze bankowym w czasie kryzysu* [w:] Kurcz B. (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010.
- Samuelson P.A., Nordhaus W.D., *Ekonomia*, Poznań 2012.

- Samuelson P.A., Nordhaus W.D., *Ekonomia*, t. 2, Warszawa 1996.
- Sandholtz W., *High-Tech Europe: The Politics of International Cooperation*, Berkeley 1992.
- Sandholtz W., Zysman J., 1992: *Recasting the European Bargain*, *World Politics* 1989, t. 42, nr 1.
- Sandler S.R., *Cross-Border Competition in the European Union: Public procurement and the European Defence Equipment Market*, *Washington University Global Studies Law Review* 2008, t. 7, nr 3.
- Saniuk A., Saniuk S., Jakábová M., *Korzyści i bariery tworzenia klastrów przemysłowych w Polsce* [w:] *Klasy – wiedza, innowacyjność, rozwój*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, *Ekonomiczne Problemy Usług* 2012, nr 94.
- Sappington D.E.M., Sidak J.G., *Competition Law for State-Owned Enterprises*, *ALJ* 2003, t. 71.
- Sartori N., *The European Commission vs. Gazprom: An Issue of Fair Competition or a Foreign Policy Quarrel?*, *Istituto Affari Internazionali Working Papers* 13/03, styczeń 2013.
- Sassen S., *The State and Economic Globalization: An Implications for International Law?*, *Chicago Journal of International Law* 2000, t. 1, nr 1.
- Sasuly R., *IG Farben: Z dziejów jednego kartelu*, Warszawa 1949.
- Savvides C., Antoniou D., *Ailing Financial Institutions: EC State Aid Policy Revisited*, *W.Comp.* 2009, t. 32, nr 3.
- Scheuermann P., *Normative conditions to make WTO law more responsive to the needs of developing countries*, München 2010.
- Scholz U., Purps S., *The Application of EU Competition Law in the Energy Sector*, *JECLP* 2013, t. 4, nr 1.
- Schumpeter J.A., *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, Warszawa 2009.
- Schwartzman D., *The Japanese Television Cartel: A Study Based on Matsushita V. Zenith*, *Ann Arbor* 1993.
- Scott A., *National Champions and the Two-Thirds Rule in EC Merger Control*, *CCP Working Paper No. 06-6*, 2006, <http://ssrn.com/abstract=912170>
- Seabright P., *National and European Champions – Burden or Blessing?*, *CESifo Forum* 2005, t. 6, nr 2.
- Searjeant G., *Britain Should Not Ignore This European Championship*, *The Times*, 21.5.2004.
- Seelig S.A., *Too Big to Fail: A Taxonomic Analysis* [w:] Gup B.E. (red.), *Too Big to Fail: Policies and Practices in Government Bailouts*, Westport 2004.
- Shaffer G.C., *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Washington 2003.
- Siemiątkowski T., Wiórek P.M., *Jak zatrzymać soft kolonizację*, *Rzeczpospolita* z 3.9.2014 r., s. R7.
- Sieradzka M. [w:] Zdyb M., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Singh S.K., *An Analysis of Anti-dumping Cases in India*, *Economic and Political Weekly* 2005, t. 40, nr 11.

- Singham S.A., Sokol D.D., *Public Sector Restraints: Behind-the-Border Trade Barriers*, Texas International Law Journal 2004, t. 39.
- Sinnaeve A., *The 'Community Interest Test' in Anti-dumping Investigations" Time for Reform?*, Global Trade and Customs Journal 2007, t. 2, nr 4.
- Sison A.J.G., *National champions in a unified market: the BSCH – Champalimaud case* [w:] von Weltzien Hoivik H. (red.), *Moral Leadership in Action: Building and Sustaining Moral Competence in European Organizations*, Cheltenham 2002.
- Skoczny T., *Consolidation of the Polish Electricity Sector. The Merger Law Perspective*, YARS 2011, t. 4.
- Skoczny T., *Jurysdykcyjne dylematy prewencyjnej kontroli koncentracji w europejskiej przestrzeni prawnej* [w:] Łazowski A., Ostrihansky R. (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Pionka*, Kraków 2005.
- Skoczny T., *Ochrona „uprawnionych interesów” państw członkowskich UE w unijnym prawie kontroli koncentracji*, SE 2012, nr 1.
- Skoczny T., *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012.
- Skoczny T., Kolański M. [w:] Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Skowrya K., *Wsparcie dla prawników czy ekonomiczna piąta kolumna? Ekonomiczna analiza jako element ewolucji unijnej kontroli pomocy państwa* [w:] Kurcz B. (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010.
- Skrzydło-Tefelska E., *Krajowe programy promocji towarów a swobodny przepływ towarów w Unii Europejskiej* [w:] Łazowski A., Ostrihansky R. (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Pionka*, Kraków 2005.
- Skutki upadłości polskiego przemysłu stoczniego na przykładzie Stoczni Gdynia S.A.*, Analizy Instytutu Globalizacji 2007.
- Slaughter M.J., *Infant-Industry Protection and Trade Liberalization in Developing Countries*, Washington 2004.
- Slotboom M.M., *Subsidies inn WTO Law and in EC Law*, JWT 2002, t. 36, nr 3.
- Smaga M., *Systemy gospodarcze* [w:] Włudyka T., Smaga M. (red.), *Instytucje gospodarki rynkowej*, Warszawa 2012.
- SMEs, Entrepreneurship and Innovation*, OECD Studies on SMEs and Entrepreneurship 2010.
- Soares A.G., *„National Champions” Rhetoric in European Law*, W.Comp. 2008, t. 31, nr 3.
- Sobolewski S., *Koncentracje przedsiębiorców we wspólnotowym prawie konkurencji*, PPH 2007, nr 6.
- Sohn M.N., Solomon J., *Lingering Questions on Foreign Sovereignty and Separation of Powers After the Vitamin C Price-Fixing Verdict*, Antitrust 2013, t. 28, nr 1.
- Sokol D.D., *Barriers to Entry in Mexican Telecommunications: Problems and Solutions*, Brooklyn Journal of International Law 2001, t. 27, nr 1.
- Sokol D.D., *Express Delivery and the Postal Sector in the Context of Public Sector Anti-Competitive Practices*, NJILB 2003, t. 23.

- Sokol D.D., *Merger Control under China's Anti-monopoly Law*, New York University Journal of Law & Business 2013, t. 10, nr 1.
- Sokol D.D., *What Do We Really Know About Export Cartels and What is the Appropriate Solution?*, JCLE 2008, t. 4, nr 4.
- Sołtysińska A., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006.
- Sołtysiński S., „Złota akcja” Skarbu Państwa w świetle prawa unijnego i polskiego [w:] Łazowski A., Ostrihansky R. (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Kraków 2005.
- Sołtysiński S., *Prawo spółek* [w:] Barcz J. (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005.
- Spahn E.K., *Multijurisdictional Bribery Law Enforcement: The OECD Anti-Bribery Convention*, Virginia Journal of International Law 2012, t. 53, nr 1.
- Spar D.L., *The Cooperative Edge: The Internal Politics of International Cartels*, Ithaca 1994.
- Spielberger M., Schilling A., *Minimum Wages in Germany – You Might Be Affected, Too: An Overview of the New German Minimum Wage Act (Mindestlohngesetz, MiLog)*, Labor Law Journal 2014, t. 65, nr 3.
- Stanikunas R.A., Burinskas A., *National Champions – The Controversial Industry Policy*, Transformations in Business & Economics 2011, t. 10, nr 1.
- Stankiewicz R., *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2006, nr 3.
- Staniszki J., *Władza globalizacji*, Warszawa 2003.
- State Owned Enterprises in China: Reviewing the Evidence*, OECD, 26.1.2009, <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42095493.pdf>
- Steers R.M., *Made in Korea: Chung Ju Yung and the Rise of Hyundai*, London 1999.
- Stehmann O., *Export Subsidies in the Regional Aircraft Sector. The Impact of Two WTO Panel Rulings against Canada and Brazil*, JWT 1999, t. 33, nr 6.
- Steinbach A., *Price Undertakings in EU Anti-dumping Proceedings – an Instrument of the Past?*, Journal of Economic Integration 2014, t. 29, nr 1.
- Stephan A., *Did Lloyds/HBOS Mark the Failure of an Enduring Economics Based System of Merger Regulation?*, 1.7.2011, Northern Ireland Legal Quarterly 2011, <http://ssrn.com/abstract=1931007>
- Stigler G.J., *The Case Against Big Business*, Fortune 1952 nr 5.
- Stiglitz J.E., *Dumping on Free Trade: The US Import Trade Laws*, Southern Economic Journal 1997, t. 64, nr 2.
- Stiglitz J.E., *Ekonomia sektora publicznego*, Warszawa 2004.
- Stiglitz J.E., *Globalizacja*, Warszawa 2005.
- Stiglitz J.E., *Knowledge in the Modern Economy*, http://ep2010.salzburgresearch.at/knowledge_base/stiglitz_1999.pdf
- Stiglitz J.E., *The Economic Role of the State*, Oxford 1989.

- Stiglitz J.E., *Too Big to Fail or Too Big to Safe? Examining the Systemic Threats of Large Financial Institutions*, Testimony for the Joint Economic Committee hearing, 21.04.2009, <http://www.josephstiglitz.com>
- Stiglitz J.E., *Wizja sprawiedliwej globalizacji: Propozycje usprawnień*, Warszawa 2007.
- Straffin P.D., *Teoria gier*, Warszawa 2004.
- Strzyczkowski K., *Pojęcie przedsiębiorcy publicznego*, PUG 2002, nr 12.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
- Stucke M.E., *Reconsidering Antitrust's Goals*, Boston College Law Review 2012, t. 53.
- Südekum J., *Cross-border Mergers and National Champions in an Integrating Economy*, Journal of Institutional and Theoretical Economics 2008, t. 164, nr 3.
- Sudhakar T.V.G.N., Reddy J.A., *Does the Agreement on Safeguards Frustrate Its Own Purpose?*, ICFAI Journal of International Business Law 2007, t. 6, nr 4.
- Sutrisno N., *Using World Trade Law to Promote the Interests of Global South: A Study on the Effectiveness of Special & Differential Treatments*, Cianjur 2009.
- Swaine E.T., *Against Principled Antitrust*, Vanderbilt Journal of International Law 2003, t. 43, nr 4.
- Swaine E.T., *Cooperation, Comity, and Competition Policy: United States* [w:] Guzman A.T. (red.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford 2011.
- Sweeney B., *Export Cartels: Is there a need for Global Rules?*, JIEL 2007, t. 10, nr 1
- Sweeney B.J., *The Internationalisation of Competition Rules*, London 2010.
- Swora M., Trela A., *Amicus curiae w postępowaniu antymonopolowym*, Administracja: Teoria, Dydaktyka, Praktyka 2006, nr 1.
- Sykes A.O., *International trade: trade remedies* [w:] Guzman A.T., Sykes A.O. (red.), *Research Handbook in International Economic Law*, Cheltenham 2007.
- Sykes A.O., *Subsidies and Countervailing Measures* [w:] Macrory P.F.J., Appleton A.E., Plummer M.G. (red.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York 2005.
- Sykes A.O., *The Persistent Puzzle of Safeguards: Lessons from the Steel Dispute*, JIEL 2004, t. 7, nr 3.
- Sykes A.O., *The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective*, Journal of Legal Analysis 2010, t. 2, nr 2.
- Sykes A.O., *The safeguards mess: a critique of WTO jurisprudence*, WTR 2003, t. 2, nr 3.
- Symposium on Infant Industries*, Oxford Development Studies 2003, t. 31, nr 1.
- Syp S., *Doktryna upadającej firmy*, PiP 2012, z. 5.
- Szafański A., *Przedsiębiorca publiczny wobec działalności gospodarczej*, Warszawa 2010.
- Szczepkowska M., *Wybrane aspekty nadzoru właścicielskiego w jednoosobowych spółkach Skarbu Państwa i w spółkach z udziałem Skarbu Państwa*, Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania, Uniwersytet Szczeciński 2008, nr 1.
- Szmyt A., *Projekt ustawy o zmianie Konstytucji RP w zakresie ochrony lasów państwowych*, Przegląd Sejmowy 2015, nr 3.
- Szromnik A., Wolanin-Jarosz E., *Etnocentryzm konsumencki na zglobalizowanym rynku: czynniki i procesy kształtowania (cz.1 i 2)*, Marketing i Rynek 2014, nr 4/5.
- Szwedo P., *Środki odwetowe w prawie Światowej Organizacji Handlu*, Warszawa 2008.

- Szydło M., *Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne*, SE 2005, nr 4.
- Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010.
- Szydło M., *Pojęcie pomocy państwa w prawie wspólnotowym*, SE 2002, nr 4.
- Szydło M., *Stosowanie art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do operacji koncentracyjnych*, PiP 2006, z. 1.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011.
- Szydło M., *Złote akcje posiadane przez państwo w prywatyzowanych przedsiębiorstwach a swoboda przepływu kapitału w Unii Europejskiej*, PS 2006, nr 3.
- Szyszczyk E., *Golden Shares and Market Governance*, Legal Issues of Economic Integration 2002, t. 29, nr 3.
- Szyszczyk E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the UE*, Oxford 2007.
- Śledź B., *Środki antydumpingowe. Komentarz – część V*, MPCP 2013, nr 11.
- Taylor C.R., Moss D.L., *The Fertilizer Oligopoly: The Case for Global Antitrust Enforcement*, The American Antitrust Institute, Washington 2013.
- Taylor M.D., *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge 2006.
- Tellis G.J., Chandy R.K., *The Incumbent's Curse? Incumbency, Size and Radical Product Innovation*, Journal of Marketing 2000, t. 64, nr 3.
- Terhechte J.P., *Applying European Competition Law to International Organizations, The Case of OPEC*, European Yearbook of International Economic Law 2010.
- Terlikowski M., *Liberalizacja rynku wyposażenia obronnego w Unii Europejskiej – następstwa dla Polski*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, raport poseminaryjny, Warszawa 27.04.2011 r.
- Terlikowski M., *Polski przemysł obronny na zliberalizowanym europejskim rynku sprzętu wojskowego*, Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych 2013, nr 17.
- Thatcher M., *European Commission merger control: Combining competition and the creation of larger European firms*, European Journal of Political Research 2014, t. 53.
- The Anti-Dumping Dodge*, The Economist, 10.9.1988.
- The emergence of the 'international' national oil company*, <http://www.oilgaspost.com/2013/08/12/opec-emergence-international-national-oil-company>
- The Essential Facilities Concept*, OCDE/GD(96)113, OECD 1996.
- The global revival of industrial policy: Picking winners, saving losers*, The Economist, 7.8.2010.
- Tittenbrun J., *Z deszczu pod rybnę. Meandry polskiej prywatyzacji*, t. 3, Poznań 2007.
- Tłaczała P., *Analiza grup interesu [w:] Wilkin J. (red.), Teoria wyboru publicznego. Wstęp do ekonomicznej analizy polityki i funkcjonowania sfery publicznej*, Warszawa 2005.
- Tong G.T., *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.: Supreme Court Leaves Extraterritorial Antitrust Questions Unanswered*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 1988, t. 10.

- Transport – wyniki działalności w 2014 r.*, GUS, Warszawa 2015.
- Tritell R., *Objectives of Unilateral Conduct*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc395.pdf>
- Truskett H.A., „*This Does Not Matter in Mexico*”: *Mexico-U.S. Competition Law – Conflicts and Resolutions*, *Houston Journal of International Law* 2008, t. 30, nr 3.
- Tsirba I., *State Aid to Banks: Europe’s Response to the Financial Crisis (?)*, *Revue Hellenique de Droit International* 2012, t. 65, nr 1.
- Tulloch G., *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, *Western Economic Journal* 1967, t. 5, nr 3.
- Uberman R., *Własność państwowa przedsiębiorstw sektora paliwowo-energetycznego w kontekście polityki bezpieczeństwa energetycznego*, *Polityka Energetyczna* 2011, t. 14, z. 1.
- Udin A.C., *Slaying Goliath: The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law to OPEC*, *American University Law Review* 2001, nr 50.
- Ulltveit-Moe K.H., *Live and let die – industrial policy in a globalised world*, Expert Report No. 22 to Sweden’s Globalisation Council 2008.
- Update on Tax Legislation on the Tax Treatment of Bribes to Foreign Public Officials in Countries Parties to the OECD Anti-Bribery Convention*, OECD 2011.
- Urban-Kozłowska J., ‘*Bailouts*’ – *Revision of the EU State Aid Policy*, *Yearbook of Polish European Studies* 2011, nr 14.
- Uytzel S.V., *China’s Antimonopoly Law and its Recurrence to Standards: Economic Development or Rent-Seeking?* [w:] McAlinn G.P., Pejovic C. (red.), *Law and Development in Asia*, Abingdon 2012.
- Van Bael I., Bellis J.F., *EU Anti-dumping and Other Trade Defence Instruments*, Alphen aan den Rijn 2011.
- van Mourik A., *Subwencje w handlu międzynarodowym* [w:] J. Świerkocki (red.), *Bariery para- i pozataryfowe w stosunkach zewnętrznych Unii Europejskiej*, Łódź 1998.
- Vermulst E., *The WTO Anti-Dumping Agreement. A Commentary*, Oxford 2005.
- Victor A.P., *Export Cartels: An Idea Whose Time Has Passed*, *ALJ* 1992, t. 60, nr 2.
- Victor D.G., Hults D.R., Thurber M.C. (red.), *Oil and Governance: State-Owned Enterprises and the Worldgoyetted Energy Supply*, Cambridge, 2012.
- Vitzilaiou L., *Crisis Cartels: For Better or for Worse?*, *CPI* 2011, t. 3, nr 2.
- Vives, *Restructuring Financial Regulation in the European Monetary Union*, *Journal of Financial Services Research* 2001, t. 19.
- Voon T., *Eliminating Trade Remedies from the WTO: Lessons from Regional Trade Agreements*, *International and Comparative Law Quarterly* 2010, t. 59, nr 3.
- Vranes E., *State Measures Protecting Against „Undesirable” Foreign Investment. Issues in EU and International Law*, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 2012, t. 67, nr 4.
- Walczak W., *Organizacyjno-prawne aspekty nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem Skarbu Państwa*, *PCG* 2010, nr 2.
- Waller S.W., *Anticartel Cooperation* [w:] Evenett S.J., Lehmann A., Steil B. (red.), *Antitrust Goes Global: What Future for Transatlantic Cooperation?*, Washington 2000.

- Waller S.W., *Suing OPEC*, University of Pittsburgh Law Review 2002, t. 64.
- Waller S.W., *The Ambivalence of United States Antitrust Policy Towards Single-Country Export Cartels*, NJILB 1989, t. 10.
- Waller S.W., *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, Boston University Law Review 1997, t. 77.
- Wang D.T., *When Antitrust Met WTO: Why U.S. Courts Should Consider U.S.-China WTO Disputes in Deciding Antitrust Cases Involving Chinese Exports*, Columbia Law Review 2012, t. 112, nr 5.
- Wang X., Emch A., *Five years of implementation of China's Anti-Monopoly Law – achievements and challenges*, Journal of Antitrust Enforcement 2013, t. 1, nr 2.
- Wang X., *The Evolution of China's Anti-Monopoly Law*, Cheltenham 2014.
- Wardacki K., *Minister skarbu zablokuje akcje*, Rzeczpospolita z 23.7.2015 r., s. C3.
- Wardhaugh B., *Cartels, Markets and Crime: A Normative Justification for the Criminalisation of Economic Collusion*, Cambridge 2014.
- Warwick K., *Beyond Industrial Policy: Emerging Issues and New Trends*, OECD Science, Technology and Industry Policy Papers 2013, No. 2.
- Wei D., *Antitrust in China: An Overview of Recent Implementation of Anti-Monopoly Law*, European Business Organization Law Review 2013, t. 14.
- Weinreich-Zhao T., *Chinese Merger Control Law: An Assessment of its Competition-Policy Orientation after the First Years of Application*, Munich 2015.
- Weiss F., *Public procurement law in the EC internal market 1992: the second coming of the European champion*, AB 1992, t. 37, nr 2.
- Weiss L., Thurbon E., *The business of buying American: Public procurement and trade strategy in the USA*, Review of International Political Economy 2007, t. 13, nr 5.
- Wellhausen M., *The Community Interest Test in Antidumping Proceedings of the European Union*, American University International Law Review 2001, t. 16, nr 4.
- Węclawski J., *Wielkie banki i ich rola w kryzysie finansowym*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 2013, t. 47/1, Sectio H. Oeconomia.
- Whish R., Bayley D., *Competition Law*, Oxford 2012.
- Wierzba R., Gostomski E., Penczar M., Liszewska M., Górski P., Giżyński J., Małecka E., *Polski sektor bankowy wobec wyzwań związanych z kryzysem finansowym w strefie euro*, Sopot 2014.
- Wigger A., *The External Dimension of UE Competition Policy: Exporting Europe's Core Business?* [w:] Orbie J. (red.), *Europe's Global Role: External Policies of the European Union*, Farnham 2009.
- Wilkin J., *Pogoń za rentą przy pomocy mechanizmów politycznych* [w:] Wilkin J. (red.), *Teoria wyboru publicznego. Wstęp do ekonomicznej analizy polityki i funkcjonowania sfery publicznej*, Warszawa 2005.
- Wilks S., *The Impact of the Recession on Competition Policy: Amending the Economic Constitution?*, International Journal of the Economics of Business 2009, t. 16, nr 3.
- Wise M., *Competition and Policy in Germany*, OECD Journal of Competition Law and Policy 2005, t. 7.

- Woll C., Clift B., *Economic Patriotism: Reinventing Control Over Open Markets*, Journal of European Public Policy 2012, t. 19, nr 3.
- Wołek A., *Europeizacja w słabym państwie: przypadek polskiego przemysłu stocznio-wego* [w:] Kłoczkowski J. (red.), *Polska w grze międzynarodowej. Geopolityka i sprawy wewnętrzne*, Kraków 2010.
- Wołodkiewicz-Donimirski Z., *Postępowania antydumpingowe barierą polskiego eksportu*, Biuro Studiów i Analiz Kancelarii Sejmu, 339, Warszawa 1995.
- Woodcock R.A., *Inconsistency in Antitrust*, University of Miami Law Review 2013, t. 68.
- Woolcock S., *Public Procurement in International Trade*, Brussels 2012.
- Woolcock S., Wallace H., *European Community regulation and national enterprise* [w:] Hayward J. (red.), *Industrial Enterprise and European Integration: From National to International Champions in Western Europe*, Oxford 1995.
- Wróbel A., *Wspólna Polityka Handlowa Unii Europejskiej. Implikacje dla Polski*, SE 2011, nr 4.
- Wspólnie budujemy naszą zamożność czyli dlaczego w Polsce zarabiamy 4 razy mniej niż w bogatych krajach Europy Zachodniej*, Raport Fundacji Pomyśl o Przyszłości, wyd. VI, Nowy Sącz 2015.
- WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*, t. 2, Cambridge 2007.
- Wu C., Liu Z., *A Tiger Without Teeth? Regulation of Administrative Monopoly Under China's Anti-Monopoly Law*, Review of Industrial Organization 2012, t. 41.
- Wu M., *Antidumping in Asia's Emerging Giants*, HILJ 2012, t. 53, nr 1.
- Yack B., *Can Patriotism Save Us from Nationalism? Rejoinder to Viroli*, Critical Review 1998, t. 12, nr 1–2.
- Yoshimatsu H., *Japan's policy on steel trade disputes with the United States: a comparative analysis*, The Pacific Review 2007, t. 20, nr 3.
- Zamelek P., *Prace Komisji Europejskiej w zakresie sektora obronnego*, Zeszyty Naukowe AON 2013, nr 3.
- Zdziechowska M., *Łapówki made in Germany*, Rzeczpospolita z 5.10.2010 r., s. E6-7.
- Zenke I., *The merger of E.ON and Ruhrgas: A never-ending story?*, Oil, Gas & Energy Law Intelligence 2003, t. 1, nr 1.
- Zhang A.H., *Bureaucratic Politics and China's Anti-Monopoly Law*, Cornell International Law Journal 2014, t. 47.
- Zhang A.H., *Taming the Chinese Leviathan: Is Antitrust Regulation a False Hope?*, Stanford Journal of International Law 2015, t. 51, nr 2.
- Zhang A.H., *The Single-Entity Theory: An Antitrust Time Bomb for Chinese State-Owned Enterprises?*, JCLE 2012, t. 8, nr 4.
- Zhang J., He X., *Economic nationalism and foreign acquisition completion: The case of China*, International Business Review 2014, t. 23.
- Zhang X-Ch., *An Anti-Monopoly Legal Regime in the Making in as a Socialist Market Economy*, International Lawyer 2009, t. 43, nr 4.
- Zheng Y., Abrami R., *The New Face of Chinese Industrial Policy: Making Sense of Antidumping Cases in the Petrochemical and Steel Industries*, Journal of East Asian Studies 2011, t. 11.

-
- Zhong O.Q.C., *Dawn of a New Constitutional Era or Opportunity Wasted? An Intellectual Reappraisal of China's Anti-Monopoly Law*, 27.4.2010, <http://ssrn.com/abstract=1596814>
- Zimmerman L., *Sovereignty-Based Defenses in Antitrust Cases against Chinese Manufacturers: Making Room for Diplomacy*, *Brooklyn Journal of International Law* 2010, t. 36, nr 1.
- Zumbansen P., Saam D., *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism*, *German Law Journal* 2007, t. 8, nr 11.

Dotychczasowe publikacje Programu Wydawniczego CARS
(www.cars.wz.uw.edu.pl/publikacje)

- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 2015, numery 1–5.
- Konrad Stolarski, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2015, 8(11).
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2014, 7(10).
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2014, numery 1–9.
- Telecommunications Regulation in Poland*. Edited by Stanisław Piątek, Warsaw 2013.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2013, 7(9).
- M. Chołodecki, *Kontrola sądowa decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, Warszawa 2013.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2013, 6(8).
- Polish Airports in the European Union – Competitive Challenges, Regulatory Requirements and Development Perspectives*. Edited by Filip Czernicki and Tadeusz Skoczny, Warsaw 2013.
- A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów konkurencji*, Warszawa 2013.
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2013, numery 1–8.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, 5(7).
- T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, 5(6).
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2012, numery 1–6.
- E.D. Sage, *European Audiovisual Sector: Where business meets society's needs*, Warsaw 2011.
- M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011, 4(5).
- S. Piątek, *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Warszawa 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011, 4(4).
- Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i Polsce II – wybrane zagadnienia*. Praca zbiorowa pod red. Filipa Czernickiego i Tadeusza Skocznego, Warszawa 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2010, 3(3).
- Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i w Polsce a prawo konkurencji i regulacje lotniskowe*. Praca zbiorowa pod red. Filipa Czernickiego i Tadeusza Skocznego, Warszawa 2010.
- M. Bernatt, *Spółeczna odpowiedzialność biznesu. Wymiar konstytucyjny i międzynarodowy*, Warszawa 2009.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2009, 2(2).
- Sprawa Microsoft – stadium, przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*. Pod redakcją Dawida Miąsika, Tadeusz Skoczny, Małgorzaty Surdek, Warszawa 2008.
- Wylączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Pod redakcją Agaty Jurkowskiej i Tadeusza Skocznego, Warszawa 2008.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2008, 1(1).
- S. Piątek, *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007.



Rajmund Molski

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Szczecińskiego. Kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji USz. Współpracuje z Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW. Specjalizuje się w publicznym prawie gospodarczym, w tym zwłaszcza w prawie ochrony konkurencji. Autor m.in. monografii: *Administracyjnoprawna regulacja obrotu towarowego z zagranicą* (2001) oraz *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju* (2007).

Z recenzji wydawniczych:

Praca prof. R. Molskiego [...] zasługuje generalnie na wysoką ocenę, mając na uwadze pionierski w nauce polskiej charakter rozprawy oraz prezentowaną w niej perspektywę globalną. [...] Autor trafnie identyfikuje kluczowe problemy badawcze, stawia właściwe hipotezy oraz wyciąga trafne na ogół wnioski z prowadzonych badań. Choć [...] zdaje się prezentować umiarkowanie pozytywną opinię w kwestiach promowania narodowych czempionów [...], to wnioski w tym zakresie poprzedza gruntowną i krytyczną analizą tego zjawiska. [...] Rekomenduję tę pozycję nie tylko prawnikom zainteresowanym prawem gospodarczym, ale także osobom odpowiedzialnym za kształt polityki gospodarczej w Polsce. Lektura książki prof. R. Molskiego może bowiem przyczynić się do wypracowania w przyszłości właściwego kształtu państwowego wsparcia dla polskich przedsiębiorstw oraz do uniknięcia wielu błędów wcześniej popełnionych w tym obszarze w innych jurysdykcjach. Tym samym pieniądze podatników będą wykorzystane bardziej efektywnie i prorozwojowo.

Prof. dr hab. Sławomir Dudzik
Wydział Prawa i Administracji UJ

R. Molski dokonał trafnego wyboru kluczowych problemów badawczych, postawił właściwe hipotezy oraz wyciągnął trafne wnioski z przeprowadzonych badań. Zwraca uwagę wyważony charakter Jego wywodów, manifestujący się m.in. w umiarkowanie pozytywnej ocenie polityki i praktyki promowania narodowych czempionów. Można bowiem zgodzić się z autorem [...], że budowanie pozycji gospodarczej współczesnych państw (w tym Polski) na promowaniu narodowych czempionów nie jest strategią [...], która zrekomensuje negatywne skutki ograniczania presji konkurencyjnej, a w konsekwencji np. wzrost cen. [W] określonych okolicznościach promowanie czy wspieranie wiodących przedsiębiorstw może przyczynić się do wzrostu dobrostanu konsumentów, a nawet dobrobytu w ogóle, o ile polityka państwa w tym zakresie nie będzie [...] realizowała interesów grupowych. Z tego przede wszystkim powodu książka R. Molskiego powinna być przedmiotem ważnej lektury władz publicznych realizujących politykę gospodarczą i politykę konkurencji, a także samych przedsiębiorców.

Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny
Wydział Zarządzania UW