

Jakub Kociubiński*

EKSTRATERYTORIALNE STOSOWANIE PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ DO KONTROLI KONCENTRACJI LINII LOTNICZYCH¹

I. Wprowadzenie

Łączenie się przewoźników stanowi racjonalną ekonomicznie odpowiedź na wyzwania mocno konkurencyjnej branży². Jak w każdym sektorze sieciowym, także w transporcie lotniczym występuje synergiczny efekt skali³. Wobec tego koncentracja stanowi nie tylko platformę realizacji działań ekspansywnych, lecz także służy poprawie efektywności operacyjnej i redukcji kosztów jednostkowych⁴. Jednocześnie nie ulega kwestii, że to właśnie ekspansja jest kluczowym *raison d'être* koncentracji⁵. Linia lotnicza, chcąc rozszerzyć swoją działalność na dotychczas nieobsługiwane, odległe rynki, dla zapewnienia rentowności połączeń międzykontynentalnych (*long haul*) musi poszukiwać możliwości ich zasilania, co może być osiągnięte przede wszystkim poprzez funkcjonalną integrację swojej siatki z siatkami przewoźników lokalnych⁶. Relacja mająca charakter symbiotyczny powstaje alternatywnie w wyniku

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

¹ Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/B/HS5/03951.

² M. Stainland, *A Europe of the Air? The Airline Industry and European Integration*, Lanham–Boulder–Nowy Jork–Plymouth–Toronto 2008, s. 110–114.

³ Por. G. Burghouwt, *Airline Network Development in Europe and its Implications for Airport Planning*, Aldershot 2007; G. Dobson, P.L. Lederer, *Airline Scheduling and Routing in a Hub-and-Spoke System*, *Transportation Science* 1993, vol. 23, no. 3, s. 281–297; J.G. Wensveen, A.T. Wells, *Air Transportation. A Management Perspective*, wyd. 6, Aldershot 2007, s. 175–200.

⁴ *Ibidem*. Na potrzeby niniejszej analizy koncentracja oznaczać będzie łączenie się przedsiębiorstw (*mergers*) lub przejmowanie nad nimi skutecznej kontroli (*acquisition of control*). Szerzej por. m.in. M. Rosenthal, S. Thomas, *European Merger Control*, Monachium 2010, s. 23–39.

⁵ M. Stainland, *op. cit.*, s. 110–111.

⁶ A. Cheng-Jui Lu, *International Airline Alliances: EC Competition Law/US Antitrust Law and International Air Transport*, Haga–Londyn–Nowy Jork 2003, s. 35–53.

nawiązania kooperacji z linią lotniczą pełniącą funkcje dowozowe (*feeder service*) w docelowym kraju ekspansji lub przejęcia kontroli nad takim lokalnym operatorem⁷. Nawet w przypadku braku całkowitej fuzji częstą praktyką jest nabycie udziałów częściowych, stanowiącą czynnik petryfikujący współpracę poprzez stworzenie relacji współzależności finansowej⁸. Dodatkowo większy, zintegrowany przewoźnik korzystający z synergicznego efektu połączenia siatek uczestników koncentracji będzie w stanie skuteczniej konkurować na rynku globalnym (zwłaszcza w segmencie *long haul*)⁹.

W Unii Europejskiej rozporządzenie 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw wprowadza ogólne zasady oceny zgodności z rynkiem wewnętrznym łączenia się przedsiębiorstw i przejmowania nad nimi kontroli¹⁰. Jest *prima facie* oczywiste, że zastosowanie narzędzia prawnego mającego ograniczony zasięg terytorialny, a taki charakter mają z samej swojej istoty akty prawa UE, do regulacji branży, w której działalność ma charakter globalny (lub przynajmniej transgraniczny), jest niepozbawiona kontrowersji¹¹. Można stwierdzić, że naszkicowane uwarunkowania ekonomiczno-operacyjne stawiają przed prawodawcą szczególne wyzwania, są immanentnie związane z charakterystyką sektora transportu lotniczego¹². Mechanizm kontroli koncentracji nie byłby w stanie spełnić swoich zadań bez możliwości ewaluacji transakcji, w których uczestniczą podmioty spoza UE¹³.

Powyższe rozważania prowadzą do przeniesienia punktu ciężkości analizy na domenę prawa międzynarodowego publicznego. Zwraca uwagę, że właśnie prawo międzynarodowe stanowi fundament *acquis communautaire*, dlatego *a fortiori* ustalenie zakresu obowiązywania i późniejsza interpretacja prawa UE powinno odbywać się w świetle reguł właściwych dla porządku międzynarodowoprawnego¹⁴. Prawo

⁷ *Ibidem*, s. 63.

⁸ B. Havel, *Beyond Open Skies. A New Regime for International Aviation*, Alphen aan den Rijn 2009, s. 23–96; V. Corduant, J.L. van de Wouwer, *One Sky for Europe? World-wide Challenges*, Bruksela 2001, s. 88; K. Iatrou, L. Mantzavinou, *The Impact of Liberalization on Cross-border Airline Mergers and Alliances* [w:] D. Forsyth, D. Gillen, K. Hüschelarth, H.-M. Niemeier, H. Wolf [red.], *Liberalization in Aviation. Competition, Cooperation and Public Policy*, Farnham 2013, s. 238–240. Por. w związku z tym B. Wernerfelt, *A Resource-Based View of the Firm*, *Strategic Management Journal* 1984, vol. 5, s. 171–80.

⁹ M. Stainland, *op. cit.*, s. 112–113.

¹⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz. Urz. UE L 24 z 29.01.2004, s. 1).

¹¹ J. Kociubiński, *Consolidation or fragmentation? European competition law in the EU air transport sector: a policy analysis*, *Polish Yearbook of International Law* 2013, s. 189.

¹² *Ibidem*.

¹³ S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 326–329. Por. także P. Saganek, *Ekstraterytorialne stosowanie prawa Wspólnot Europejskich*, *Przegląd Prawa Europejskiego* 1997, nr 1, s. 42.

¹⁴ Stanowisko niejednokrotnie *expressis verbis* wyrażone w orzecznictwie TS i Sądu, m.in.: C-286/90, *Anklagemyndigheden przeciwko Peter Michael Poulsen i Diva Navigation Corp*, ECR 1992, s. I-6019; T-115/94, *Opel Austria GmbH przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, ECR 1998,

międzynarodowe publiczne formułuje katalog norm mogących stanowić podstawę właściwości prawa ustanowionego przez dane państwo, natomiast w kontekście analizowanej problematyki kluczowa okazuje się zasada terytorialności stanowiąca fundament jurysdykcji terytorialnej¹⁵.

II. Zakres obowiązywania rozporządzenia 139/2004 – kryterium obrotu

Właściwość rozporządzenia 139/2004 do kontroli koncentracji uzależniona jest od wystąpienia tzw. wymiaru wspólnotowego determinowanego przekroczeniem określonego progu obrotów generowanych przez „zainteresowane przedsiębiorstwa” (*undertakings concerned*) – uczestników danej operacji¹⁶. Podstawowa zaleta zastosowanych rozwiązań tkwi w ich przejrzystości i prostocie pozwalającej na uzyskanie powtarzalności analitycznie użytecznych rezultatów niezależnie od sektora i konfiguracji zaangażowanych podmiotów¹⁷. Dane dotyczące obrotu cechują się z jednej strony największą dostępnością (zakładając przestrzeganie standardów księgowości), z drugiej zaś ich zastosowanie jako kryterium umożliwia realizację paralelnego celu, jakim jest precyzyjne wytyczenie granicy między kompetencjami Komisji a krajowych organów w zakresie kontrolowania koncentracji¹⁸. Zastosowanie kryterium obrotu stanowi zatem pragmatyczne, choć niepozbawione pierwiastka arbitralności, rozwiązanie kompromisowe¹⁹.

s. II-2739. Zwraça uwagę, że normy prawa międzynarodowego zajmują w hierarchii źródeł prawa UE miejsce wyższe niż prawo tórnne. Por. orzeczenie TS 21-24/72, *International Fruit Company NV i inni przeciwko Produktschap voor Groenten en Fruit*, ECR 1972, s. 1219. Należy jednocześnie wskazać, że powyższa argumentacja nie jest stosowana w orzecznictwie Trybunału spólnie, gdyż spotyka się stanowisko wskazujące, że prawo UE jest odrębnym i samodzielnym systemem prawa, który niekoniecznie musi być interpretowany przy pomocy narzędzi właściwych dla innych porządków prawnych. Por. orzeczenie TS C-402/05 P i C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi i Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie Unii Europejskiej i Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2008, s. I-6351.

¹⁵ Należy wskazać, że można dodatkowo wyróżnić jurysdykcję personalną i ochronną. Por. dyskusję w pracy S. Dudzika, *op. cit.*, s. 162–174 i cytowane tam źródła.

¹⁶ Art. 5 ust. 1 rozporządzenia 139/2004 i w związku z tym skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 95 z 16.04.2004, s. 1), pkt 129–153 (dalej: skonsolidowane obwieszczenie). Por. także M. Broberg, *Broberg on the European Commission's Jurisdiction to Scrutinise Mergers*, wyd. 4, Alphen aan den Rijn 2013, s. 3–4; I. Kokkoris, H. Shelanski, *EU Merger Control. A legal and Economic Analysis*, Oksford 2014, s. 155–156 oraz A. Scott, *Last Rites for the Two-Thirds Rule in EC Merger Control?*, *Journal of Business Law*, September 2006, s. 620–621. W obecnym stanie prawnym poprawniejsze byłoby określenie „wymiar unijny”, ale przedmiotowe rozporządzenie zostało uchwalone przed wejściem w życie traktatu z Lizbony, dlatego stosowana będzie nomenklatura zawarta w akcie.

¹⁷ M. Broberg, *Broberg on...*, s. 4–6; L. Brittan, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Cambridge 1991, s. 53.

¹⁸ L. Brittan, *Competition Policy...*, s. 53.

¹⁹ *Ibidem*; M. Broberg, *'Muddying the clear waters': on the Commission's proposal for a new delimitation of jurisdiction in the field of merger control*, ECLR 2002, vol. 23, no. 9, s. 429 i n.; I. Kokkoris, H. Shelanski, *op. cit.*, s. 156. Analogiczne stanowisko również: komunikat Komisji

Wzmiankowane rozporządzenie 139/2004 w art. 1 stanowi, że koncentracja będzie miała „wymiar wspólnotowy”, jeżeli łączny globalny obrót wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw wynosi co najmniej 5 mld euro i łączny obrót każdego z co najmniej dwóch z tych podmiotów przypadający na UE wynosi co najmniej 250 mln euro, chyba że każde z uczestniczących przedsiębiorstw uzyskuje co najmniej dwie trzecie swoich obrotów przypadających na UE tylko w jednym z państw członkowskich²⁰. Rozwiązanie takie ma na celu objęcie operatorów, którzy prowadzą działalność międzynarodową, ale których operacje koncentrują się w jednym kraju²¹. Jeżeli zainteresowane przedsiębiorstwa nie osiągają wskazanych wyżej progów, wystąpienie „wymiaru wspólnotowego” można stwierdzić w sytuacji, kiedy ich łączny światowy obrót każdego z przynajmniej dwóch z nich przekracza 2,5 mld euro, w każdym z co najmniej trzech państw członkowskich łączny obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 100 mln euro i w każdym z co najmniej trzech państw członkowskich ujętych dla celów art. 1 lit. b rozporządzenia 139/2004 łączny obrót każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 25 mln euro oraz łączny obrót przypadający na Wspólnotę każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 100 mln euro²². Wypełnienie tych parametrów nie będzie się wiązało z powstaniem „wymiaru wspólnotowego”, jeżeli każde z zainteresowanych przedsiębiorstw uzyskuje więcej niż dwie trzecie swoich łącznych obrotów przypadających na Wspólnotę w jednym i tym samym państwie członkowskim²³.

Jest *prima facie* oczywiste, że państwo posiada pełne zwierzchnictwo wobec osób fizycznych, jednostek organizacyjnych, środków produkcji czy zasobów znajdujących się na swoim terytorium²⁴. Natomiast w aspekcie „zewnątrznym”, zakładając brak – mającej charakter *lex specialis* – umowy bi- lub multilateralnej, co do zasady, naturalna jest asumpcja o braku oddziaływania przedmiotowych regulacji na terytorium kraju nienależącego do UE²⁵. Doktryna prawa międzynarodowego wskazuje na

do Rady: Sprawozdanie z funkcjonowania rozporządzenia (WE) nr 139/2004, COM(2009) 281 final, pkt 141 (konkluzja); opinia rzecznik generalnej Kokott do sprawy T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECR 2006, s. II-319, pkt 40. Por. w związku z tym skonsolidowane obwieszczenie, pkt 124–126 i orzeczenie Sądu T-417/05, *Endessa SA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECR 2006, s. II-2533, pkt 127 i 180.

²⁰ Art. 1 ust. 2 rozporządzenia 139/2004.

²¹ A. Scott, *op. cit.*, s. 622.

²² Art. 3 lit. a, b, c, d rozporządzenia 139/2004. Por. decyzję KE COMP/M.2867 – UPM-Kymmene Corporation/Morgan Adhesives Company, OJ C 284/2002, s. 4.

²³ Art. 3 lit. d ostatnie zdanie rozporządzenia 139/2004.

²⁴ Por. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law, 8th Edition*, Oksford 2012, s. 457–458; F.A. Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, Recueil des Cours 1964-I, s. 38; T. Ostropolski, *Zasada jurysdykcji uniwersalnej w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2008, s. 17–21 i 52–55; M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 385–387 i w związku z tym orzeczenie Stałego Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, *France v. Turkey (The Lotus Case)*, (1927) P.C.I.J. Series A, no. 10, s. 18–21.

²⁵ Oraz w związku z tym orzeczenia TS i Sądu, 112/77, *August Töpfer & Co. GmbH przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECR 1978, s. 1019, pkt 19; C-286/90, *Anklagemyndigheden*; T-115/94, *Opel*, pkt 90.

liczne przypadki modyfikujące zakres zastosowania zasady zwierzchnictwa terytorialnego (zwłaszcza wobec osób fizycznych), natomiast w kontekście opisywanego zagadnienia koncentrującego się wyłącznie na gospodarczej aktywności przedsiębiorstw powyższe twierdzenie może stanowić podstawę dalszych rozważań²⁶.

Leksykalna analiza przytoczonych kryteriów występowania wymiaru wspólnotowego uprawnia do konstatacji, że element międzynarodowy jest *implicite* wkomponowany w jego strukturę. Zwraca uwagę, że podstawową determinantą właściwości rozporządzenia jest miejsce, gdzie zaangażowane podmioty generują odpowiednio wysoki obrót, a nie kraje pochodzenia czy obszary głównej aktywności rynkowej jej uczestników²⁷. Stanowisko wskazujące na irrelewantność kraju pochodzenia przedsiębiorstw zaangażowanych w daną operację, dające się w dorozumiany sposób wyprowadzić z cytowanego przepisu art. 1 rozporządzenia 139/2004, zostało równocześnie *expressis verbis* wyrażone w preambule do tego aktu²⁸. Analogicznie, nie ma znaczenia, czy efekty analizowanej operacji związane będą z działalnością podstawową (*core business*) przedsiębiorstw ani czy ujawnią się na rynkach geograficznych stanowiących główny obszar ich aktywności²⁹. Kontynuując zatem literalną interpretację powyższego przepisu, przedmiotem badania na jego podstawie mogą być koncentracje obejmujące wyłącznie przedsiębiorstwa z państw trzecich³⁰. To pozwala zaryzykować tezę, że rozporządzenie 139/2004 formułuje unilateralnie *de facto* zasadę uniwersalności jurysdykcji³¹.

III. Alokacja obrotu

Terytorialna alokacja obrotu jest szczególnie problematyczna w sektorze transportu lotniczego ze względu na międzynarodowy charakter działalności przewoźników wykraczający poza zewnętrzne granice Unii Europejskiej³². Referencyjny

²⁶ Por. szerzej dyskusję w pracy S. Dudzika, *op. cit.*, s. 162–174.

²⁷ Por. także dyskusję M. Broberga, *Broberg on...*, s. 239–240; *idem*, *The Delimitation of Jurisdiction with regard to Concentration Control under EEA Agreement*, *European Competition Law Review* 1995, vol. 16, no. 1, s. 33; R. Burnley, *An Appropriate Jurisdictional Trigger for the EC Merger Regulation and the Question of Decentralisation*, *World Competition* 2002, vol. 25, issue 3, s. 264; A. Scott, *op. cit.*, s. 622.

²⁸ Motyw 10 rozporządzenia 139/2004.

²⁹ *Ibidem*. W tym kontekście wydaje się zasadne przypomnieć, że ogólnikowo sformułowany wymóg odczuwalności wpływu na konkurencję stanowi konstytutywny element analizy danego stanu faktycznego pod kątem zgodności z ogólnym prawem konkurencji. Por. w związku z tym m.in. orzeczenia TS 5-69, *Franz Völk przeciwko S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, ECR 1969, s. 295, pkt 5–7; C-234/89, *Stergios Delimitis przeciwko Henninger Bräu AG*, ECR 1991, s. I-935, pkt 15 i 27; C-226/11, *Expedia Inc. przeciwko Autorité de la concurrence i innym*, niepubl. oraz J. Faull, L. Kjølbbye, H. Leupold, A. Nikpay, *Article 101* [w:] J. Faull, A. Nikpay [red.], *Faull & Nikpay The EU Law of Competition*, wyd. 3, Oksford 2014, s. 243–251; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004.

³⁰ Tak np. decyzje KE IV/M.130 – *Delta Air Lines/Pan Am*, OJ C 289/1991, s. 14; COMP/M.5181 – *Delta Air Lines/Northwest Airlines*, Dz. Urz. UE z 2008 r., C 285, s. 3.

³¹ M. Broberg, *Broberg on...*, s. 252.

³² *Ibidem*, s. 165–166.

przykład stanowi *casus* przejścia przez Delta Air Lines północnoatlantyckich (USA – Europa) operacji również pochodzącego ze Stanów Zjednoczonych Pan Am³³. W tym przypadku globalny wymiar obrotu generowanego przez wspomnianych przewoźników wystarczałaby do stwierdzenia wymiaru wspólnotowego, jednak wątpliwość dotyczyła sposobu jego geograficznej alokacji³⁴. Komisja Europejska, mając na uwadze przyszłe sprawy, wskazała trzy możliwe sposoby interpretacji kryterium obrotu (które znalazły odbicie w późniejszej praktyce decyzyjnej).

Pierwszy sposób zakładał przypisanie przychodów z operacji lotniczych do miejsca lokacji docelowej, jeżeli ta znajduje się poza krajem, gdzie dana linia lotnicza posiada swoją siedzibę³⁵. Przyjęcie tej optyki, w przypadku transakcji obejmujących wyłącznie przedsiębiorstwa z państw trzecich (spoza UE) sprawia, że całość uwzględnianego obrotu przypadałaby na połączenia do Unii Europejskiej³⁶. Podejście takie jest jednak nierealistyczne, gdyż nie ulega kwestii, że w przypadku praktycznie każdej usługi transportowej każda z destynacji jest jednocześnie lokacją początkową połączenia powrotnego³⁷.

W związku z tym Komisja alternatywnie przewiduje możliwość dokonania równej alokacji wpływów generowanych przez połączenie pomiędzy punkty terminalne danej trasy³⁸. KE argumentowała, że skoro usługa transportowa faktycznie jest wykonywana w przestrzeni między dwoma punktami (portami lotniczymi), to równa dystrybucja obrotu najlepiej oddaje jej transgraniczny charakter³⁹. Analiza decyzji dotyczących koncentracji w tytułowym sektorze pozwala skłaniać się z pewną dozą

³³ W ramach programu naprawczego znajdujący się w trudnej sytuacji Pan Am (Pan American World Airways) zbył na rzecz Delta Air Lines pozostałe połączenia *long haul* do Europy, z wyjątkiem tras Miami–Paryż (CDG) i Miami–Londyn (LHR), bazy operacyjnej w porcie lotniczym we Frankfurcie, operacji krajowych Pan Am Shuttle (Boston–New York LaGuardia–Washington National) inkorporowanych do Delta Shuttle, Terminalu Pan Am Worldport w porcie lotniczym Nowy Jork JFK i 45 samolotów.

³⁴ W 1991 r., gdy dokonywana była transakcja, obowiązywało tylko pierwsze z obecnie funkcjonujących kryteriów (art. 1 i 5 rozporządzenia 4064/89 – poprzednika rozporządzenia 139/2004). W przypadku transakcji między Pan Am i Delta Airlines „wymiar wspólnotowy” wystąpiłby niezależnie od przyjętej metodologii. W takiej sytuacji Komisja stoi na stanowisku, że nie ma konieczności wyraźnego wskazywania, która z metod alokacji obrotu została zastosowana w danej sprawie. Decyzja KE IV/M.259 – *British Airways/TAT*, OJ C 326/1992 s. 16, pkt 14.

³⁵ Decyzje KE IV/M.130 – *Delta Air Lines/Pan Am*, pkt 11; V/M.157 – *Air France/Sabena*, OJ C 272/1992 s. 5; COMP/M.5830 – *Olympic/Aegean Airlines*, Dz. Urz. UE C 195 z 2012 r., s. 11.

³⁶ *A contrario* można wskazać, że europejski przewoźnik mający dość słabą pozycję na rynku lokalnym (tj. wewnątrz europejskim), ale oferujący przede wszystkim przewozy *long haul* do lokacji poza UE (Virgin Atlantic jest tu bardzo dobrym przykładem) zgodnie z przedstawioną metodologią będzie wykazywać bardzo mały obrót na terenie UE, co może wpłynąć na nieobjęcie wykonywanych przez ten podmiot transakcji mechanizmem kontroli z rozporządzenia 139/2004, mimo iż wpływ na konkurencję nie będzie bagatelny.

³⁷ Decyzja KE IV/M.130 – *Delta Air Lines/Pan Am*, pkt 9. Sytuacja, gdzie jeden samolot odbywa podróż „tam i z powrotem” w bezpośredniej sukcesji, i tak zdarza się stosunkowo rzadko, głównie w segmencie *long haul*.

³⁸ Decyzje KE IV/M.130 – *Delta Air Lines/Pan Am*, pkt 9; COMP/M.5830 – *Olympic/Aegean Airlines*.

³⁹ Decyzja IV/M.157 – *Air France/Sabena*, pkt 20.

ostrożności ku pogładowi, że Komisja preferuje właśnie ten sposób⁴⁰. Także w przypadku powyższej metodologii, mającej pewną wartość teoretyczną, argument o niewystarczającym odzwierciedleniu realiów rynkowych pozostaje zasadny. Zwraca uwagę, że asumpcja, na której się opiera, zakładająca, iż wszystkie bilety nabywane są na podróż w jedną stronę i zawsze w lokacji początkowej, jest kontrfaktyczna. Natomiast rzeczywista alokacja obrotu generowanego przez obsługę danego połączenia jest funkcją struktury sprzedaży danego operatora⁴¹. Kluczowymi (ale nie jedynymi) determinantami są pozycja rynkowa linii lotniczej w obszarze ciężenia początkowego i docelowego portu lotniczego, struktura popytu czy istniejące porozumienia *codesharingu* oznaczające faktyczne „wprzęgnięcie” systemu sprzedaży innego przewoźnika do badanej operacji⁴². Z drugiej strony mimo widocznych niedostatków w zakresie dokładności, niewątpliwą zaletą metody równej alokacji obrotu pomiędzy punkty terminalne danej trasy jest jej przejrzystość eliminująca pierwiastek uznaniowości⁴³.

Trzecia z zaproponowanych przez Komisję metod wychodzi naprzeciw wskazanym mankamentom. Zakłada bowiem oparcie kryterium obrotu uczestników koncentracji na potencjale do generowania przychodów na konkretnym obszarze, a nie na automatycznej i przez to abstrakcyjnej, równej procentowej alokacji pomiędzy poszczególne punkty trasy⁴⁴. Alokacja odsetka analizowanego obrotu odbywa się wobec tego proporcjonalnie w stosunku do wpływów ze sprzedaży osiągniętych w poszczególnych punktach trasy⁴⁵. Można argumentować, że jest to podejście oparte na realistycznym założeniu odnośnie do kształtu struktury sprzedaży odzwierciedlającej preferencje pasażerów⁴⁶.

Pewna niespójność z przytoczonymi wyżej metodami daje się zaobserwować w decyzji *Ryanair/Aer Lingus*⁴⁷. Komisja *expressis verbis* uznała ostatni ze sformułowanych przez siebie mechanizmów alokacji obrotu za niepraktyczny w obliczu

⁴⁰ Zwracający uwagę wyjątek: decyzja KE IV/M.560 – *EDS/Lufthansa*, OJ C 163/1995 s. 8, pkt 14.

⁴¹ F.E. Gonzalez-Diaz, *Case Note: Air France/Sabena*, EEC Merger Control Reporter, Haga 1991, s. 932.18.

⁴² *Codesharing* czy nawet *interlining* oznacza, że dochodzi element zasilania siatki przez systemy sprzedaży innych przewoźników. A zatem bilet może zostać nabyty nie tylko u innego operatora, ale również w innym punkcie początkowym w przypadku podróży transferowej.

⁴³ M. Broberg, *Broberg on...*, s. 163 i n.

⁴⁴ F.E. Gonzalez-Diaz, *op. cit.*, s. 932.18.

⁴⁵ Decyzje KE IV/M.130 – *Delta Air Lines/Pan Am*, pkt 9; IV/M.157 – *Air France/Sabena*, pkt 20; COMP/M.5830 – *Olympic/Aegean Airlines*.

⁴⁶ Część tras z danej lokacji ma dominujący odsetek sprzedaży biletów w jedną stronę. Innymi słowy, mniej pasażerów kupuje bilet powrotny w danym punkcie. Natomiast *a contrario* na niektórych trasach większość podróżnych od razu nabywa bilety w obie strony. Dlatego rzeczywista proporcja obrotu generowanego przez poszczególne punkty nigdy nie będzie wynosiła 50%, a zawsze będzie unikalna dla danej trasy. Por. P. Belobaba, A. Odoni, C. Barnhardt [red.], *The Global Airline Industry*, Chippenham 2009, s. 47–181.

⁴⁷ Decyzja KE COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, Dz. Urz. UE C 47 z 2008 r., s. 9, pkt 10–30.

dominacji sprzedaży biletów lotniczych przez internet⁴⁸. Należy przyznać, że dająca się zaobserwować wyraźna tendencja wzrostu wolumenu handlu biletami online obniża dokładność systemów, takich jak Sabre, Galileo czy Amadeus, tradycyjnie stanowiących podstawowe narzędzia monitorowania rezerwacji⁴⁹. Jednocześnie jest nie tylko możliwe, ale i konieczne z perspektywy księgowości przewoźnika ustalenie kraju pochodzenia danej transakcji dokonywanej przez internet⁵⁰. We wzmiankowanej sprawie z udziałem irlandzkich przewoźników Komisja zdecydowała się zastosować dotychczas niespotykane podejście będące faktycznie odwrotnością pierwszej ze wskazanych metod, bo ustalające poziom obrotu na podstawie punktu początkowego danej trasy (wylotu)⁵¹.

Zwraca uwagę, że KE nigdy wyraźnie nie opowiedziała się, którą z przedstawionych metod uważa za właściwą w sytuacji, gdy od jej wyboru zależałby ostateczny wynik analizy występowania wymiaru wspólnotowego przesądzającego o właściwości rozporządzenia 139/2004. To pozwala sformułować tezę, że zasygnalizowany brak spójności w stosowaniu metodologii alokacji obrotu uczestników koncentracji jest intencjonalny. Dostrzegalne staje się dążenie do maksymalnego rozszerzenia zakresu unijnego systemu kontroli koncentracji⁵². Wobec tego brak wyraźnie sformułowanego stanowiska dotyczącego sposobu alokacji obrotu paradoksalnie nie wiąże się ze spadkiem przewidywalności aplikacji prawa UE. Wydaje się, że możliwa jest do zdekodowania kazuistyczna reguła, iż gdy istnienie wymiaru wspólnotowego badanej koncentracji będzie uzależnione od zastosowania konkretnej metody przypisania obrotu, to właśnie ta metoda zostanie wykorzystana, czego instruktywny przykład stanowi właśnie sprawa *Ryanair/Aer Lingus*⁵³.

IV. Doktryna skutku

Zwraca jednocześnie uwagę, że oparcie jurysdykcji rozporządzenia 139/2004 wyłącznie na kryterium obrotu generowanego przez zaangażowane przedsiębiorstwa na terenie Unii oznacza, iż przedmiotem badania mogą się stać także operacje niemające wpływu na handel i konkurencję na rynku wewnętrznym⁵⁴. Rozstrzygając sprawę

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Są to komputerowe systemy rezerwacji (CRS – *Computer Reservation Systems*, zwane także GDS – *Global Distribution Systems*) wykorzystywane przez biura podróży, agentów przewoźnika etc., stanowiące zintegrowaną platformę kontroli sprzedaży. Por. S. Dempsey, *European Aviation Law*, Alphen aan den Rijn 2004, s. 90 i n.

⁵⁰ B. Havel, *op. cit.*, s. 189 i n.

⁵¹ Decyzja KE COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, pkt 10–30.

⁵² M. Broberg, *Broberg on...*, s. 167.

⁵³ *Aer Lingus* ma tradycyjnie mocną pozycję na rynku połączeń transatlantyckich między Irlandią a Stanami Zjednoczonymi. Gdyby przyjąć analogiczną metodologię do sprawy COMP/M.5181 – *Delta Air Lines/Northwest Airlines*, wówczas przesłanka obrotu nie zostałaby spełniona.

⁵⁴ Por. decyzję KE IV/M.346 – *JCSAT/SAJAC*, OJ C 219/1993, s. 14, pkt 11, gdzie wprost stwierdzono, że transakcja nie ma obecnie żadnego wpływu na rynek wewnętrzny. Por. w związku z tym R. Burnley, *op. cit.*, s. 264.

Gencor, która stała się *cause célèbre* orzecznictwa poświęconemu „zewnętrznemu” obowiązywaniu prawa UE (ale nie dotycząca bezpośrednio tytułowego sektora), Sąd sformułował stanowisko sprzeczne z literalnym brzmieniem cytowanego przepisu art. 1 rozporządzenia 139/2004⁵⁵. Brytyjskie przedsiębiorstwo Lonhro i pochodzący z Republiki Południowej Afryki *Gencor* podjęły decyzję o zawarciu porozumienia *joint-venture* obejmującego operacje wydobywania platyny prowadzone na kontynencie afrykańskim. Komisja Europejska doszła do wniosku, że działanie prowadzić będzie do faktycznego utworzenia światowego duopolu na rynku wspomnianego produktu, dlatego mimo iż faktycznie „produkcja” odbywa się w całości poza terytorium Unii, skutki pozostaną odczuwalne na jej terenie⁵⁶. Inspiracji dla powyższej wykładni można doszukiwać się w głośnym orzeczeniu w sprawie *Wood Pulp*, gdzie została przedstawiona interpretacja, że decydujące jest miejsce sprzedaży danych towarów, a nie kraju ich pochodzenia (źródła surowców, miejsc ośrodków produkcji etc.)⁵⁷.

Przychylając się do argumentacji Komisji, Sąd zajął stanowisko, że z perspektywy zasad ogólnych prawa międzynarodowego publicznego stosowanie przepisów kontroli koncentracji jest możliwe tylko wówczas, gdy przewiduje się, że dana transakcja będzie miała „bezpośredni i istotny” („immediate and substantial”) wpływ na konkurencję w UE⁵⁸. Powyższa interpretacja oznacza więc faktyczną inkorporację tzw. doktryny skutku (*effects doctrine*)⁵⁹. Jej źródła znajdują się w amerykańskim prawie antymonopolowym (*antitrust*), będącym funkcjonalnym odpowiednikiem unijnego prawa konkurencji⁶⁰. Pierwotnie stosowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach antykartelowych i dlatego w kontekście oryginalnego przeznaczenia określana początkowo *intra-enterprise conspiracy doctrine*, z czasem uległa ewolucji, rozszerzając zakres także do analizy stanów faktycznych w związku z kontrolą koncentracji⁶¹. Jej dojrzała forma została wiernie wyrażona w sentencji cytowanego orzeczenia *Gencor* (choć można przychylić się do poglądu, że nieco złagodzona przez zasadę kurtuazji międzynarodowej), gdyż założeniem przedmiotowej doktryny jest właśnie rozszerzenie zakresu obowiązywania prawa krajowego na wszelkie ope-

⁵⁵ Orzeczenie Sądu, T-102/96, *Gencor Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, ECR 1997, s. II-879.

⁵⁶ S. Dudzik, *op. cit.*, s. 207 i n.

⁵⁷ Orzeczenie w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 do C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Wood Pulp)*, ECR 1993, s. I-1307, pkt 87.

⁵⁸ Orzeczenie Sądu, T-102/96, *Gencor*, pkt 90.

⁵⁹ Opinie na ten temat są w doktrynie rozbieżne. Por. m.in. aprobująco R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Bydgoszcz–Szczecin 2008, s. 26; K. Kowalik-Bańczyk, *Ekstraterytorialne stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji* [w:] J. Menkes [red.], *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa Profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007, s. 287, wskazująca na zastosowanie doktryny zmodyfikowaną przez zasadę *comity*. Por. także S. Dudzik, *op. cit.*, s. 206–227, zwłaszcza s. 216 i 217 wraz z cytowanymi tam autorami.

⁶⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego, *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Por. M. Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, BYIL 1972–1973, vol. 46, s. 192–206.

⁶¹ Por. orzeczenia Sądu Najwyższego, *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218(1947); *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp*, 467 U.S. 752 (1984).

racje przedsiębiorstw (w szczególności koncentrację, ale również wszelkiego rodzaju porozumienia horyzontalne lub wertykalne), których skutki odczuwalne są na terenie danego państwa⁶².

Można w tym kontekście wskazać, że istota zwierzchnictwa terytorialnego daje podstawy do objęcia nią zarówno działalności, które zostały zainicjowane w danym kraju (subiektywna jurysdykcja terytorialna), jak i tych, które przynajmniej w części faktycznie zostały wykonane na jego terytorium (obiektywna jurysdykcja terytorialna)⁶³. Szczególnie że jedno ze wspomnianych przedsiębiorstw – Lonhro było zarejestrowane na terenie UE, więc wydaje się, iż uprawnione było skonstruowanie interpretacji opierającej właściwość właśnie na wprost wyrażonej zasadzie zwierzchnictwa terytorialnego. Sąd jednak zdecydował się abstrahować od wprowadzenia wyraźnej dystynkcji między miejscem wystąpienia samej koncentracji rozumianej jako porozumienie między przedsiębiorstwami a obszarem, gdzie jest ono realizowane (implementowane)⁶⁴. Choć zatem Sąd Unii Europejskiej, rozstrzygając przedmiotową sprawę, wyraźnie wskazał, iż podstawą przyjętej interpretacji są „zasady prawa międzynarodowego”, to nie zdecydował się doprecyzować normy źródłowej⁶⁵.

Linia rozumowania zastosowana w orzeczeniu *Gencor* stała się przedmiotem kontrowersji⁶⁶. Skrajne stanowisko wskazuje, że inkorporacja doktryny skutku oparta jest na interpretacji *contra legem*, z czym należałoby się zgodzić, gdyby pozostać *stricte* przy leksykalnej wykładni art. 1 rozporządzenia 139/2004⁶⁷. Spotyka się także interpretację wskazującą, że przesłanki wzmiankowanej doktryny dają się zdekodować z brzmienia preambuły do rozporządzenia, co wskazuje na intencję unijnego prawodawcy do jej inkorporowania do *acquis communautaire*⁶⁸. Wydaje się jednak, że jest to zbyt daleko idące stanowisko przekraczające granice stosowania wykładni celowościowej.

⁶² M. Akehurst, *op. cit.*, s. 192–206; K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.*, s. 287. Por. w związku z tym T. Kardach, *Eksterytorialne zastosowanie przepisów prawa antymonopolowego Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia* [w:] M. Seweryński [red.], *Studia prawnoeuropejskie*, t. II, Łódź 1997, s. 119–132.

⁶³ M. Broberg, *Broberg on...*, s. 241; S. Dudzik, *op. cit.*, s. 215.

⁶⁴ M. Broberg, *Broberg on...*, s. 241.

⁶⁵ Orzeczenie Sądu, T-102/96, *Gencor*, pkt 90.

⁶⁶ Por. w związku z tym M. Akehurst, *op. cit.*, s. 192; C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, Londyn 2005, s. 16; S. Dudzik, *op. cit.*, s. 214 i n.; K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.* s. 286 i n.; R. Whish, *Competition Law*, Oksford 2009, s. 484.

⁶⁷ Ograniczenie właściwości do badania transakcji mających odczuwalny wpływ na konkurencję na danym rynku jest na przykład wprost sformułowane w niemieckiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Sekcja 130(2) GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 26.08.1998, Federal Gazette I p. 2546). W prawie UE nie ma analogicznego sformułowania stanowiącego bezpośrednią kodyfikację *effects doctrine*.

⁶⁸ C.P. Rogers, *Cross-Border Mergers and Antitrust: Jurisdiction, Enforcement and Cooperation Issues* [w:] N. Horn [red.], *Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law, Kluwer Law International*, Alphen aan den Rijn 2001, s. 365.

V. Podsumowanie

W toku prowadzonej analizy sformułowana została teza, że technicyzyczna aplikacja kryterium obrotu, stanowiącego podstawę właściwości rozporządzenia 139/2004 w zakresie kontroli koncentracji, prowadzi może do objęcia transakcji niemających rzeczywistych związków z Unią Europejską i niepowodujących odczuwalnych skutków na obszarze rynku wewnętrznego⁶⁹. Wobec tego doktryna skutku, faktycznie modyfikująca przepis art. 1 rozporządzenia 139/2004 (abstrahując w tym momencie od przedstawionych kontrowersji związanych z podstawami jej inkorporacji), stanowi swoiste teleologiczne uzupełnienie formalnych przesłanek właściwości, będąc wyrazem ekonomiki stosowania prawa⁷⁰.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę na pewien niuans interakcji przedstawionej doktryny z rozporządzeniem 139/2004. W sytuacji (w praktyce rzadko spotykanej) kiedy transakcja stanowi koncentrację posiadającą wymiar wspólnotowy, ale jednocześnie niemającą potencjału do zauważalnego wpłynięcia na konkurencję i handel w UE, Komisja stoi na stanowisku, że dana operacja musi i tak stać się przedmiotem postępowania⁷¹. Dopiero stwierdzając brak „przewidywalnego, bezpośredniego i istotnego efektu” na równowagę konkurencyjną na rynku wewnętrznym, KE wyda decyzję o braku swojej właściwości do badania przedmiotowej koncentracji⁷². Podstawą takiego podejścia jest literalna interpretacja art. 6 ust. 1 rozporządzenia 139/2004 stanowiącego, że stwierdzenie nieważności koncentracji w jego zakres następuje za pomocą decyzji⁷³. Natomiast zasadnicza kontrowersja wynika z faktu, że przedstawione stanowisko jest faktycznym zanegowaniem *effects doctrine*⁷⁴. Rozróżnienie między decyzją stwierdzającą brak negatywnego skutku dla rynku i akceptującą koncentrację

⁶⁹ M. Rosenthal, S. Thomas, *op. cit.*, s. 11–12.

⁷⁰ M. Broberg, *The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control – The Court of First Instance's Judgment in Gencor v. Commission*, *International and Comparative Law Quarterly* 2000, vol. 49, issue 1, s. 181–182. Por. także komentarze do rozstrzygnięcia: Y. van Greven, L. Hoet, *Gencor: Some Notes on Transnational Competition Law Issues European Court of First Instance 25 March 1999, T-10296, Gencor Ltd. v. Commission*, *Legal Issues of Economic Integration* 2001, vol. 28, no. 2, s. 195–210; P.J. Slot, *Case T-102/96, Gencor Ltd v. Commission, Judgment of 25 March 1999 of the Court of First Instance, Fifth Chamber, extended composition*, [1999] *ECR II-753*, *CMLR* 2001, vol. 38, s. 1573–1586; F.E. González-Díaz, *Recent Developments in EC Merger Control Law – “The Gencor Judgment”*, *World Competition* 1999, vol. 22, issue 3, s. 3–28.

⁷¹ Decyzja KE IV/M.346 – *JCSAT/SAJAC*, pkt 11 i 12. Teoretyzując, można wskazać na analogiczne kontrowersje, które wystąpiłyby w sytuacji „odwrotnej”, tj. istnienia odczuwalnego skutku na rynku przy jednoczesnym nieprzekroczeniu progu wskazanego w rozporządzeniu 139/2004. W transporcie lotniczym jest to scenariusz raczej niemożliwy do zrealizowania. Nawet w przypadku niewielkich niszowych rynków (wyspy, obszary odizolowane etc.), gdzie zmiana warunków oferowania może mieć duże znaczenia dla lokalnej społeczności, operacje lotnicze są utrzymywane w formule zobowiązania usługi publicznej, więc cały ruch i tak działa na podstawie mechanizmu nakazowego.

⁷² C.J. Cook, C.S. Kerse, *op. cit.*, s. 12; F.E. González-Díaz, *op. cit.*, s. 8.

⁷³ Art. 6 ust. 1 lit. a rozporządzenia 139/2004.

⁷⁴ M. Broberg, *Broberg on...*, s. 249–250.

a decyzją również stwierdzającą brak szkodliwości dla rynku i wskazującą na brak właściwości rozporządzenia 139/2004 pozostaje czysto semantyczne⁷⁵.

Chcąc podsumować prowadzone rozważania, można – przyjmując dosyć rygorystyczne, doktrynalne podejście – wskazać, że przepis art. 1 rozporządzenia 139/2004, formułujący faktycznie zasadę uniwersalnej jurysdykcji, i doktryna skutku są zasadniczo niekompatybilne⁷⁶. Uwzględniając operacyjno-ekonomiczną charakterystykę transportu lotniczego, należy stwierdzić, że doniosłość tej okoliczności jest praktycznie niewielka. Zwraca uwagę, że przedstawiana doktryna będzie znajdować zastosowanie przede wszystkim w sektorze wytwórczym i wydobywczym, gdzie przedsiębiorstwa mają swoją siedzibę w innym kraju niż znajdują się ich główne środki produkcji (czego doskonałym przykładem był stan faktyczny sprawy *Gencor*)⁷⁷. Innymi słowy, podmiot może być nieobecny na rynku unijnym (lub mieć słabą pozycję), gdyż większość produkcji będzie oferowana w państwach trzecich, ale wciąż spełniać będzie kryteria obrotu sformułowane w rozporządzeniu 139/2004. Natomiast w przypadku usług lotniczych miejsce generowania obrotu jest ściśle powiązane z aktywnością na danym obszarze⁷⁸. Niezależnie więc która z opisanych metod alokacji obrotu znajdzie zastosowanie, przekroczenie progu koniecznego dla stwierdzenia wymiaru wspólnotowego zawsze wiązać się będzie ze skalą operacji o odczuwalnych skutkach.

W związku z tym relatywnie większe ryzyko wynika z sytuacji, gdy przyjęta metodologia alokacji obrotu doprowadzi do nieprzekroczenia wymaganego progu przy jednoczesnym wystąpieniu negatywnego antykonkurencyjnego skutku koncentracji. Taka sytuacja dotyczyć będzie przede wszystkim szeroko pojętej konsolidacji przewoźników z państw trzecich, oferujących dalekodystansowe (*long haul*) połączenia z Unią Europejską. Wówczas miejsce podstawowej działalności zaangażowanych przedsiębiorstw i związany z tym przepływ pasażerów w ramach zasilania siatki w transferowych portach lotniczych znajdować się będzie poza terenem UE. Jednak Europa, ze względu na ogromny potencjał komercyjny rynku, znajduje się w ofercie połączeń wszystkich globalnych przewoźników, dlatego nawet koncentracja z udziałem wyłącznie przewoźników pozaeuropejskich może mieć skutki zauważalne na rynku wewnętrznym. Wydaje się, że opisane instrumentalne podejście Komisji w aspekcie stosowanych sposobów alokacji dochodu, dążące do uznania jak największej liczby transakcji w sektorze za mające wymiar wspólnotowy, wynika z dostrzeżenia tej okoliczności.

Nie zmienia to faktu, że stosowanie kryterium obrotu z art. 1 rozporządzenia 139/2004 jest problematyczne w aspekcie ekstraterytorialnym, gdyż unilateralne przyznanie jurysdykcji uznać można za *ultra vires*⁷⁹. Wskazanie zasad prawa mię-

⁷⁵ Sąd jednocześnie stwierdził, że sam fakt zgłoszenia nie oznacza przyznania jurysdykcji Komisji: orzeczenie Sądu, T-102/96, *Gencor*, pkt 76.

⁷⁶ Tak J. Crawford, *op. cit.*, s. 313–315.

⁷⁷ Sprawa dotyczyła wydobycia platyny prowadzonego w całości na kontynencie afrykańskim.

⁷⁸ Jest to asumpcja prawdziwa w zasadzie dla całego sektora usługowego.

⁷⁹ M. Rosenthal, S. Thomas, *op. cit.*, s. 11–12.

dzynarodowego jako podstawy doktryny skutku postrzegać wobec tego można jako próbę stworzenia uniwersalnej, bo powszechnie uznawalnej przez „zakotwiczenie” w prawnomiędzynarodowym porządku, platformy rozszerzenia jurysdykcji unijnego systemu kontroli koncentracji. Akurat w tytułowym sektorze przekroczenie kryterium obrotu zawsze wiązać się będzie z wystąpieniem istotnego wpływu na równowagę konkurencyjną na rynku wewnętrznym⁸⁰. Nie można jednak mówić o zupełnym odejściu od kontrowersyjnego stosowania doktryny skutku jako czynnika modyfikującego zakres art. 1 rozporządzenia 139/2004, bo jak zostało wskazane na początku podsumowania, Komisja i tak wymaga notyfikacji koncentracji, nawet jeżeli uczestniczą w niej tylko przedsiębiorstwa z państw trzecich.

Zwraca także uwagę, że charakterystyka operacji w transporcie lotniczym sprawia, iż skutki koncentracji będą różne w zależności od segmentu aktywności danego przewoźnika. Co do zasady spadek konkurencyjności w segmencie przewozów krótko- do średniodystansowych może okazać się szkodliwy dla podróżnych na tych trasach⁸¹. Natomiast dla pasażerów transferowych, dla których wspomniane połączenia stanowią tylko początkowy (lub końcowy) etap podróży, zasadnicze znaczenie będzie miał standard oferowania połączeń dalekodystansowych (międzykontynentalnych). Daje się zauważyć prawidłowość, że łączenie się przewoźników, nawet jeżeli powoduje obniżenie konkurencyjności w segmencie połączeń krótko i średniodystansowych, to w obszarze *long haul* warunki oferowania ulegają poprawie, gdyż większy podmiot jest co do zasady w stanie skuteczniej konkurować na rynku globalnym⁸². Te uwarunkowania wiążą się z zasadniczą sprzecznością interesów między organami ochrony konkurencji w państwach trzecich a Komisją w zakresie kontroli koncentracji przewoźników pozaeuropejskich. Jest to jednocześnie okoliczność w znacznej mierze eliminująca stosowanie *effects doctrine* jako pewnego wspólnego prawnomiędzynarodowego mianownika, gdyż co do zasady, niemożliwe jest jednoznaczne stwierdzenie wyłącznie negatywnego skutku danej operacji (jak np. w sprawach karnych), będącej swoistą podstawą akceptacji państwa trzeciego jurysdykcji KE⁸³. Kończąc podsumowanie, można sformułować wniosek *de lege ferenda*, że optymalną, choć niekoniecznie realistyczną politycznie metodą przewyciężenia zasygnalizowanych kontrowersji, z których wyłania się unilateralnie sformułowany system funkcjonujący ekstraterytorialnie głównie dzięki kompromisowi politycznemu (który jest dość kruchy), byłoby zawarcie umowy międzynarodowej wyraźnie precyzującej kwestię jurysdykcji.

⁸⁰ Wynika to z operacyjno-ekonomicznej charakterystyki działalności w sektorze. Por. w związku z tym B. Havel, *op. cit.*, s. 466–467; K. Iatrou, L. Mantzavinou, *op. cit.*, s. 242–243.

⁸¹ J. Kociubiński, *op. cit.*, s. 189–190.

⁸² Rozbudowana siatka stanowi swego rodzaju miernik prestiżu przewoźnika przekładający się na wizerunek marki i w dalszym stopniu na liczbę klientów. T.H. Oum, A. Taylor, *Emerging Patterns in Intercontinental Air Linkages and Implications for International Route Allocation Policy*, *Transportation Journal* 1995, vol. 34, no. 4, s. 6; S.W. Wang, *Do global airline alliances influence the passenger's purchase decision?*, *Journal of Air Transport Management* 2014, vol. 37, s. 53–59.

⁸³ S. Dudzik, *op. cit.*, s. 227.

SUMMARY

EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF EU LAW TO AIRLINE MERGERS

The airline industry exhibits innate tendency toward consolidation. It goes without saying that bigger carriers would have competitive edge due to various scale-related synergies. And while such process may not necessary be detrimental for market structure and for the customers, the issue of efficiency of regulatory oversight remains. The problem could be boiled down to a dilemma how to control mergers in global industry through legal instruments with limited territorial scope. This paper provides an overview of both the regulatory setting and controversies relating to extraterritorial application of European Union's Merger Control Regulation with particular emphasis on *differentia specifica* of air transport.