

OSKAR FILIPOWSKI

Uniwersytet Wrocławski

ROZWÓJ OCHRONY KONSUMENTA REALIZOWANEJ PRZEZ PRAWO KONKURENCJI*

I. WSTĘP

Prawo antymonopolowe (prawo konkurencji, prawo kartelowe, prawo antytrustowe)¹ jest dość powszechnie uznawane za jeden z niezbędnych (konstytutywnych) elementów prawnej regulacji gospodarki rynkowej², stanowiąc ogół przepisów, które mają w swoim założeniu przeciwdziałać wszelkim, uznawanym za niekorzystne dla interesu publicznego przypadkom wykorzystywania posiadanej przez przedsiębiorstwa siły rynkowej. W ramach tak pojmowanego prawa antymonopolowego można wyróżnić wiele celów³, jakie przyświecają temu ustawodawstwu, wśród których prym wiodą niewątpliwie zwiększanie efektywności gospodarczej oraz ochrona konsumentów⁴.

Artykuł ma na celu zwięźle przybliżenie genezy oraz rozwoju prawa antytrustowego do dziś oraz przedstawienie kierunku rozwoju tej gałęzi prawa w kon-

* Artykuł powstał w ramach projektu z lat 2009–2011 *Potencjał naukowo-dydaktyczny Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w służbie ochrony prawnej konsumenta*, współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Społecznego.

¹ Pluralizm terminologiczny ma związek z nazewnictwem stosowanym w ustawodawstwie: w USA mamy do czynienia z *Antitrust law*, w Niemczech z *Kartellrecht*, a w prawie europejskim z *Competition law*. Z tego powodu w literaturze zwykło się wszystkich tych określeń używać zamiennie.

² Jak trafnie zauważa w tym kontekście K. Strzyczkowski, prawna regulacja procesu oddziaływania państwa na gospodarkę obejmuje przede wszystkim (i w pierwszym rzędzie) właśnie ochronę konkurencji jako podstawowego mechanizmu koordynacji postępowania uczestników gospodarki: K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 287.

³ Tymi celami są (katalog otwarty): wspieranie małych i średnich przedsiębiorstw, zwiększanie efektywności gospodarczej (zarówno produkcyjnej, jak i alokacyjnej), wspieranie procesów integracyjnych oraz inwestycji zagranicznych, wspomaganie reform gospodarczych, ochrona wolności przedsiębiorczości.

⁴ Por. R.H Lande, *Proving the obvious: the antitrust laws were passed to protect customers (not just to increase efficiency)*, „Hastings Law Journal” 1999, nr 50, s. 961 nn.

tekście realizacji celu ochrony konsumenta (rozumianej jako zapewnienie konkurencyjności cen, optymalnej jakości oraz możliwości wyboru spośród wielu opcji dostępnych na rynku) przez normy prawa antymonopolowego.

Opracowanie to dotyczy regulacji powstałych w Stanach Zjednoczonych (czyli kraju, który pierwszy wprowadził prawo konkurencji we współczesnym znaczeniu i którego regulacje są odwzorowywane w innych krajach) oraz krajach Europy, ze szczególnym uwzględnieniem prawa Unii Europejskiej, które *de facto* wyznacza obecnie kierunek rozwoju regulacji państw członkowskich.

II. GENEZA I KSZTAŁTOWANIE SIĘ NOWOŻYTNEGO PRAWA KONKURENCJI DO OKRESU II WOJNY ŚWIATOWEJ

1. STANY ZJEDNOCZONE AMERYKI

Nowożytne prawo antymonopolowe pojawiło się w Stanach Zjednoczonych Ameryki (USA) pod koniec XIX wieku, kiedy zapisano tam prawo chroniące konkurencji przed jej ograniczeniami. Właśnie to ustawodawstwo stało się punktem odniesienia dla wszystkich późniejszych ustaw kartelowych⁵.

W celu zrozumienia motywów kierujących ustawodawcą amerykańskim przy wprowadzaniu regulacji antymonopolowych należałoby w tym miejscu przypomnieć podstawowe cechy oraz rysy gospodarki amerykańskiej w II połowie XIX wieku zwanym wiekiem żelaza i stali. Okres ten cechował się ekstensywnym rozwojem produkcji przemysłowej oraz rolnictwa, wdrażaniem nowych technologii oraz rozwojem badań naukowych⁶. Niezwykle dynamiczny przyrost mocy produkcyjnej wraz z integracją rynku ogólnokrajowego pociągnął za sobą rozrost firm produkcyjnych i handlowych. Doszło zatem do koncentracji produkcji i obrotu

⁵ Por. V. Emmerich, *Kartellrecht*, Munchen 2001, s. 11.

⁶ W 1849 r. w USA długość linii kolejowych wynosiła 6 tys. mil, a w 1884 r. 202 tys. mil, przy czym tak szybki rozwój kolei był związany z pomocą państwa, które nadawało ziemię firmom budującym infrastrukturę kolejową oraz przyznawało pożyczki, biorąc pod uwagę długość położonej trakcji. W efekcie dochodziło do tego, że tory kolejowe były kładzione przez konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa równolegle do siebie w niewielkiej odległości w celu uzyskania większej pomocy rządowej. Oznacza to, iż nie można założyć, że długość linii kolejowych w 1884 r. była długością efektywną ze względu właśnie na wyżej opisane przyczyny (szerzej: T.E. Woods, Jr, *Niepoprawna politycznie historia Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 2007, s. 114). Warto też dodać, że długość linii w USA stanowiła wówczas 43% długości linii kolejowych świata (E. Coldston, H. Morton, *The American Business Corporation*, Cambridge 1969, s. 43). Należy też wspomnieć o ponadjedenastokrotnym wzroście produkcji przemysłowej z 1 do 11,4 mld dolarów w latach 1850–1900 (*Stany Zjednoczone A.P. Zarys geograficzno-gospodarczy*, Warszawa 1958, s. 308, podają za: B. Majewska-Jurczyk, *Ustawodawstwo antymonopolowe Stanów Zjednoczonych*, Wrocław 1983, s. 10). Zwraca też uwagę zwiększenie wydobycia węgla z 13 mln ton w 1860 r. do 678 mln ton w 1918 r. (*ibidem*, s. 10).

w rękach ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych oraz do świadomej kooperacji między firmami w celu uzyskania kontroli na rynku i ograniczenia konkurencji⁷. Współpraca ta polegała przede wszystkim na formowaniu trustów⁸, które spotkały się z powszechnym protestem społecznym⁹, gdyż negatywnie wpływały na sytuację ówczesnych konsumentów, którzy byli zdani na łaskę tych zrzeszeń producentów. W efekcie przedstawiono Kongresowi projekt ustawy zwanej *Sherman Act*¹⁰, która weszła w życie w 1890 roku i obowiązuje do dnia dzisiejszego.

Najważniejsze postanowienia tejże ustawy¹¹ znalazły się w jej dwóch pierwszych artykułach¹². Oprócz represji karnych akt ten przewidywał także — i nadal zresztą przewiduje — środki administracyjnoprawne i cywilnoprawne. W art. 7 ustawy usankcjonowano możliwość dochodzenia odszkodowania w potrójnej wysokości (tzw. *triple damages*) w stosunku do szkody, a w art. 4 nadano sądowi federalnemu kompetencje do nakazania zaprzestania prowadzenia działalności wskazanej w art. 1 i 2 ustawy, na wniosek prokuratora federalnego.

Wynika stąd, że w początkowej fazie rozwoju prawa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych głównym celem założonym przez ustawodawcę była ochrona systemu gospodarki wolnorynkowej, która mogła być realizowana także przez podmioty prywatne w postaci możliwości dochodzenia odszkodowania. W praktyce jednak w początkowym okresie obowiązywania ustawy nie spełniła ona w pełni pokładanych w niej nadziei związanych z chęcią ukrócenia praktyk monopolistycznych. Na to złożyło się bez wątpienia wiele czynników, przy czym warto tu wspomnieć o najważniejszych z nich¹³. Otóż, przede wszystkim ogólne i nieprecyzyjne klauzule użyte w art. 1 i 2, przy braku jakiegokolwiek istniejącego

⁷ T. Woś, *Amerykańskie prawo antymonopolowe*, Kraków 1992, s. 11.

⁸ Formowanie trustu polega na przekazaniu przez akcjonariuszy spółek wchodzących w skład trustu swoich udziałów zarządowi trustu w zamian za certyfikaty trustowe, które uprawniają do określonego udziału w wypracowanym zysku. Zarząd trustu ma dzięki temu pełną kontrolę nad wszystkimi połączonymi przedsiębiorstwami. Najbardziej znanymi trustami powstałymi w drugiej połowie XIX wieku w USA były: *Standard Oil Trust* utworzony w 1882 r., *Anaconda Copper Mining* w sektorze wydobywczym, *Du Pont de Nemours* w przemyśle chemicznym oraz *United States Steel Corporation* w przemyśle stalowym.

⁹ Przykładem może być ruch farmerski, tzw. ruch Grangerów, który protestował przeciwko polityce firm zajmujących się przewozem kolejowym. Szerzej: B. Majewska-Jurczyk, *op. cit.*, s. 12; por. Thomas E. Woods, Jr, *op. cit.*, s. 118.

¹⁰ 15 U.S.C. §§ 1–7.

¹¹ W pierwotnym brzmieniu składała się z 8 artykułów.

¹² W art. 1 stwierdzono, iż „każda umowa czy związek w formie trustu lub jakiegokolwiek innej, lub zmywy ograniczające handel lub obrót towarami między kilkoma stanami lub innymi państwami są nielegalne”, a „każdy, kto zawiera taką umowę lub bierze udział w takim związku, czy zmywie jest winny występku i podlega karze [pieniężnej — przyp. autora] [...] lub pozbawienia wolności albo obu tym karom łącznie”. W art. 2 stwierdzono zaś, iż tej samej karze podlega „każdy, kto monopolizuje, podejmuje próby monopolizacji lub jest w zmywie z innymi osobami, która ma na celu monopolizację międzystanowego lub międzynarodowego obrotu towarami”.

¹³ Szerzej o wykonywaniu *Sherman Act* w latach 1890–1901 w: M.B. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy*, Baltimore 1955, s. 369 nn.

wówczas orzecznictwa sądowego, utrudniały niedoświadczonym kadrom organów ścigania wykładnię tych przepisów. Dodatkowym czynnikiem hamującym właściwe wykorzystanie ustawy było niewyodrębnienie funduszy dla jednostek zajmujących się walką z trustami¹⁴, która wymaga wysokich nakładów finansowych oraz kwalifikacji¹⁵.

Brak zaufania polityków, którzy widzieli w prawie konkurencji odbicie interwencjonizmu państwowego, był widoczny również w judykaturze amerykańskiej, w tym zwłaszcza w wyroku Sądu Najwyższego dotyczącego trustu cukrowego¹⁶. Tym orzeczeniem Sąd Najwyższy zapoczątkował okres bardzo wąskiej interpretacji kompetencji Kongresu do regulowania gospodarki (zgodnie z podejściem liberalnym¹⁷), a co za tym idzie — również kompetencji do przeciwdziałania praktykom monopolistycznym. Doszło nawet do sytuacji, w której Sąd Najwyższy w sprawie *U.S. vs Debs*¹⁸ zastosował prawo antytrustowe wobec związków zawodowych i nakazał zaprzestanie rozpoczętego wcześniej protestu. W ten sposób doszło do wypaczenia woli ustawodawcy, który w swoim zamiśle tworzył prawo konkurencji w celu kontroli przedsiębiorców, a nie ochrony ich interesów w sporach z pracownikami.

W następstwie tych orzeczeń oraz im podobnych¹⁹ uznano dość powszechnie, że fuzje i holdingi nie są zakazane przez *Sherman Act*, natomiast przepisy ustawy

¹⁴ Dopiero w 1903 r. Kongres wydzielił w budżecie państwa fundusze na działalność w tym zakresie.

¹⁵ M.B. Thorelli, *op. cit.*

¹⁶ *US v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895). W wyroku tym oddalono wniosek prokuratora federalnego o zaprzestanie praktyk monopolistycznych przez rzeczoną korporację ze względu na fakt, że „produkcja towarów stanowi pojęcie odrębne od obrotu towarami” oraz iż kontrola produkcji „ma tylko uboczne i pośrednie” oddziaływanie na międzystanowy obrót towarami i, co więcej, nie mieści się w tzw. *commerce clause* zawartej w art. I § 8 ust. 3 Konstytucji USA, która przewiduje, że władza federalna może regulować jedynie obrót towarowy między stanami bądź państwami, jako wyjątek od ogólnej zasady domniemania kompetencji legislacyjnej poszczególnych stanów (szerzej o *commerce clause*: T. Woś, *Niezależne organy regulujące w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Zagadnienia prawne*, Kraków 1980, s. 31–34).

¹⁷ Amerykański liberalizm gospodarczy drugiej połowy XIX i początku XX wieku opierał się na zmodyfikowanej teorii rynku doskonałego. Zdawano sobie sprawę, że rynek doskonały jest tylko pewną ideą, ale uważano, iż udoskonalenie zasady swobody działania może doprowadzić do sytuacji najbardziej zbliżonej do idealnego rynku. Uznawano, że rynek reguluje się najlepiej sam, a wszelka ingerencja w poziom naturalnych cen zakłóca jego prawidłowe działanie i prowadzi do spadku dobrobytu. Amerykańską myśl ekonomiczną tamtego okresu reprezentowali A. Marshall, J.B. Clark, L. Walras. Szerzej na ten temat: E. James, *Historia myśli ekonomicznej XX wieku*, Warszawa 1958, s. 153 nn.; G. Kolko, *The Triumph of Conservatism: A RE-Interpretation of American History, 1900–1916*, New York 1977; M. Maciejewski, *Powszechna historia gospodarcza*, Wrocław 2007, s. 176–177.

¹⁸ 64 Fed. 724 (1894).

¹⁹ *Addyston Pipe and Steel Co.* 175 U.S. 211 (1899) — w tej sprawie Sąd Najwyższy uznał, że przepisy *Sherman Act* należy stosować wobec kartelu producentów, ale tylko ze względu na ich zaangażowanie w handel przekraczający granice stanu.

mają zastosowanie do karteli oraz luźnych porozumień handlowych²⁰. Doprowadziło to w latach 1898–1908 do fali związków monopolistycznych typu fuzji i holdingów²¹.

Sytuacja ta doskonale obrazuje podejście do prawa panujące na przełomie XIX i XX wieku, gdy apogeum swojego rozwoju uzyskał pozytywizm prawniczy (szczególnie w Europie). Zgodnie z jego założeniami prawo miało być interpretowane według literalnego brzmienia przepisów, w oderwaniu od założeń, którymi kierował się ustawodawca, gdy to prawo ustanawiał. Właśnie to podejście w połączeniu z liberalnymi (w ekonomicznym tego słowa znaczeniu) poglądami sędziów amerykańskich doprowadziło do konsolidacji gospodarki oraz incydentalnego wykorzystania prawa konkurencji w celu penalizacji odbiorców końcowych, których z założenia miało chronić.

Zasadniczą zmianę w interpretacji przepisów antymonopolowych można zaobserwować dopiero w przypadku wyroków w sprawach *Standard Oil Co.*²² i *American Tobacco Co.*²³

W wyroku w sprawie *Standard Oil Co.*²⁴ Sąd Najwyższy nie tylko nakazał podział holdingu, będącego symbolem potęgi ładu korporacyjnego, na siedem samodzielnych firm, które od tej pory miały ze sobą konkurować, ale także w uzasadnieniu orzekł, iż art. 1 *Sherman Act* należy interpretować zgodnie z regułą rozsądku (*rule of the reason*)²⁵. Oznacza to, iż odrzucono koncepcję, zgodnie z którą każda praktyka handlowa ograniczająca konkurencję bądź swobodę działalności gospodarczej była zakazana. W świetle orzeczenia *Standard Oil Co.* i *American Tobacco Co.* art. 1 *Sherman Act* zakazywał tylko tego rodzaju praktyk, które „czy to ze względu na ich oczywisty charakter lub skutek, czy oczywisty cel działań w szkodliwy sposób ograniczały handel”²⁶. Można stwierdzić, że od czasu tych

²⁰ Zakaz horyzontalnych porozumień cenowych jest po dziś konsekwentnie egzekwowany. Dopuszczono od niego tylko nieliczne wyjątki w takich dziedzinach gospodarki, jak: ubezpieczenia czy rolnictwo oraz w przypadku, gdy porozumienia te mają podstawy w prawie stanowym.

²¹ Na 628 trustów zrzeszających ponad 10 tys. firm w 1914 r. zdecydowana większość powstała w okresie 1898–1908. T. Woś, *Amerykańskie prawo...*, s. 20.

²² 221 U.S. 1 (1911). Szerzej o okolicznościach sprawy *Standard Oil* w: S. Sołtysiński, *Prawo antytrustowe Stanów Zjednoczonych i EWG z perspektywy handlu zagranicznego*, PPHZ 1977, nr 1, s. 95–96.

²³ 221 U.S. 106 (1911).

²⁴ *Standard Oil of New Jersey* powstało w 1899 r. W 1908 r. w rękach tego trustu znajdowało się 91% przemysłu przetwórstwa i dystrybucji produktów naftowych. Organizacja ta dała się poznać przez stosowanie praktyk monopolistycznych w postaci podziału terytorialnego rynku między członków holdingu, lokalnej obniżki cen, szpiegostwa handlowego czy monopolizowania środków transportu.

²⁵ E. Schwenk, *Die rule of the reason und die per se Regel im Amerikanischen Antitrustrecht*, *Wettbewerb und Wirtschaft* 1957, nr 6, s. 340; T. Woś, *Amerykańskie prawo...*, s. 22; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 63–190.

²⁶ 221 US 1, s. 179, w dacie uchwalenia ustawy antytrustowej pojęcie *restraint of trade* obejmowało tylko te porozumienia i innego rodzaju zachowania przedsiębiorców, które „naruszałyby

orzeczeń doszło do dualizmu w stosowaniu postanowień *Sherman Act*, ze względu na cele ustawy. W oryginalnym jej brzmieniu za cel przyjęto ochronę interesu publicznego przed negatywnymi skutkami monopoli oraz ograniczeń handlu i ochronę zasady swobody umów, w tym sensie, że prawo antytrustowe powinno występować tylko przeciwko jej nadużyciom²⁷. Z tego powodu uznano, iż zmniejszanie wielkości produkcji, podnoszenie cen czy podział rynku między firmami są nielegalne *per se*. W przypadku nieuzasadnionych cen interpretacja szła na tyle daleko, że choćby potencjalna możliwość kształtowania nieuzasadnionych cen była zwalczana, co zostało wyrażone w orzeczeniu w sprawie *US v. Trenton Potteries Co.*²⁸ Jednakże w stosunku do osiągnięcia pozycji monopolistycznej poprzez fuzje i holdingi, sądy ograniczyły swoją ingerencję tylko do tych przypadków, w których monopole te stosowały praktyki monopolistyczne²⁹. Powiązanie procesu interpretacji ustawy z celami, jakie miała realizować, przesądza o dynamicznym charakterze reguły rozsądku, której treść zmienia się w zależności od celów prawa antymonopolowego³⁰.

Takie rozumienie zasady rozsądku w orzecznictwie sądowym doprowadziło do pohamowania i złagodzenia brutalności nieuczciwych praktyk rynkowych, jednak — wbrew woli ustawodawcy — nie pozwoliło na opanowanie akumulacji władzy nad rynkiem w rękach coraz węższego kręgu korporacji monopolistycznych. Wskazuje to na fakt, że interes konsumenta (rozumianego jako odbiorca końcowy) nie był brany pod uwagę jako znaczący cel amerykańskiej regulacji antymonopolowej.

Jednakże przyjęcie reguły rozsądku do wykładni postanowień *Sherman Act* nie satysfakcjonowały w pełni nikogo. Dlatego w celu uszczegółowienia i rozbudowania regulacji zawartej w wymienionym dokumencie uchwalono *Federal Trade Commission Act*³¹ (FTCA) oraz *Clayton Act*³², regulacji zawartej w *Sherman*

interes publiczny przez nadmierne i niesłuszne ograniczenie konkurencji lub handlu, lub które ze względu na ich charakter lub skutek, lub ze względu na cel ograniczały handel w szkodliwy sposób”, za: D. Miąsik, *op. cit.*, s. 79.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ 273 U.S. 392 (1927): „Porozumienie między producentami, kontrolującymi istotną część danej gałęzi przemysłu, stanowi samo w sobie niewłaściwe i nieuzasadnione ograniczenie handlu i obrotu towarowego”, za: T. Woś, *Amerykańskie prawo...*, s. 24.

²⁹ Por. *US v. Winslow*, 227 U.S. 202 (1913), *US v. U.S. Steel Corp.*, 251 U.S. 417 (1920).

³⁰ Połączenie celów ustawy z regułą rozsądku powoduje wyeliminowanie stanu niepewności u adresatów norm prawa antymonopolowego, gdyż swobodne uznanie sędziowskie zostaje ograniczone przez normy aksjologiczne obowiązujące w danym czasie w danym społeczeństwie. Por. R. Kędziora, *Pojęcie reguły rozsądku w prawie antymonopolowym*, [w:] *Współczesne problemy prawa publicznego. Studia z prawa publicznego*, t. 1, red. S. Fundowicz, Lublin 1999, s. 146; M. Handler, *A study of the construction and enforcement of the federal antitrust laws*, „TNEC Monograph” 1941, nr 38, s. 9.

³¹ 15 U.S.C. §§ 41–58.

³² 15 U.S.C. §§ 12–27.

Act. I tak, *Clayton Act* reguluje konkretne praktyki rynkowe, w tym porozumienia wiązane (*tying agreements*³³), umowy pod warunkiem (*requirements contracts*³⁴), a także specjalistyczne praktyki wzrostu (*particular growth practices*³⁵), które potencjalnie mogą przynieść efekt antykonkurencyjny. Dopełniający charakter *Clayton Act* jest wyraźnie widoczny w art. 7, który jest skierowany przeciwko związkom monopolistycznym stanowiącym największy problem amerykańskiej gospodarki na przełomie XIX i XX wieku³⁶.

Natomiast *FTCA* nie jest ustawą antytrustową *sensu stricto*³⁷. Zasadnicze znaczenie ma tutaj art. 5 ustawy, który jest uzupełnieniem uregulowań z *Sherman Act* i *Clayton Act* dotyczących nieuczciwej konkurencji oraz ochrony konsumenta. Zgodnie z orzecznictwem art. 5 *FTCA* znajduje zastosowanie w odniesieniu do takich zachowań, które nie wykraczają przeciw literze, ale przeciw duchowi ustaw antytrustowych³⁸. W praktyce oznacza to, że FTC może ingerować nie tylko tam, gdzie naruszenie norm antytrustowych nastąpiło, ale także tam, gdzie potencjalnie może ono nastąpić. Warto zaznaczyć, że naruszenia art. 5 *FTCA* mogą być zaskarżane tylko i wyłącznie przez FTC, w wypadku gdy ustawa jest naruszana lub została naruszona i jest to (zaskarżenie) w interesie publicznym³⁹. Taka wykładnia art. 5 jest kamieniem milowym w sposobie interpretacji przepisów prawa, gdyż oznacza zerwanie z pozytywizmem prawniczym, w którym dominowało *stricte* językowe rozumienie tekstu prawnego⁴⁰ i powolny marsz w kierunku wykładni celowościowej oraz ekonomicznej.

³³ Praktyka ta polega na wykorzystaniu siły rynkowej przez dostawcę, który zmusza odbiorcę do transakcji wiązanej, tj. oprócz produktu lub usługi, który chce zakupić, musi też zakupić inny produkt lub usługę.

³⁴ Są to porozumienia, w których dostawca zobowiązuje się dostarczyć odbiorcy takie ilości dobra, jakie są mu potrzebne, a w zamian odbiorca zobowiązuje się do niezaopatrywania się w dane dobro u nikogo innego.

³⁵ Na praktyki te składają się przede wszystkim fuzje, przejęcia (*mergers and acquisitions*) oraz tworzenie spółek *joint venture*.

³⁶ Warto też zaznaczyć, że w art. 4 *Clayton Act* potwierdza także zasadę z *Sherman Act* dotyczącą możliwości dochodzenia na drodze cywilnoprawnej poniesionej szkody w potrójnej wysokości (*treble damages*).

³⁷ Termin „ustawy antytrustowe” został zdefiniowany przez sec. 1 *Clayton Act* w ten sposób, że obejmuje on jedynie cztery grupy norm: *Sherman Act*, *Clayton Act*, część *Wilson Tariff Act* oraz ustawę zmieniającą *Wilson Tariff Act* z 1913 r., za: T. Skoczny, *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1980–1989*, Warszawa 1990, s. 18.

³⁸ Zasada ta zwana *incipiency doctrine* została sformułowana w wyroku amerykańskiego SN w sprawie *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co., Inc.*, 344 U.S. 392 (1953). Podobny pogląd został wyrażony w sprawie: *FTC v. Sperry & Hutchinson Trading Stamp Co.*, 405 U.S. 233 (1972).

³⁹ *FTC v. Royal Milling Co.*, 288 U.S. 212.

⁴⁰ Niektórzy przedstawiciele doktryny nawoływali wręcz do całkowitego pomijania aksjologii, którą kierował się ustawodawca, tworząc dany akt prawny.

Jednakże zwalczenie monopolu jako takich weszło w nową fazę dopiero w latach 30. XX wieku, w związku ze zmianą kierunku polityki państwa wywołanej wielkim kryzysem gospodarczym⁴¹.

2. WYBRANE PAŃSTWA EUROPEJSKIE

Pod koniec XIX wieku obraz Europy i Stanów Zjednoczonych bardzo różnił się od siebie. Podczas gdy w Nowym Świecie mieliśmy do czynienia z niczym nieskrępowanym rozwojem gospodarczym, na Starym Kontynencie, liżącym rany po ostatnich konfliktach zbrojnych⁴², do głosu dochodził nacjonalizm podsycany kryzysem gospodarczym oraz idee socjalistyczne.

W tym klimacie geopolitycznym stwierdzono, że kartelizacja jest skutecznym instrumentem walki z niestabilnością wywołaną wzmożoną konkurencją⁴³ oraz pozwala na zachowanie niezależności od innych państw i dlatego (co do zasady) jest korzystna. Tendencja ta była szczególnie widoczna w Niemczech, które stały się klasycznym krajem karteli⁴⁴. Jednakże pogląd ten na przełomie XIX i XX wieku zaczął być kwestionowany w Austrii. Zauważono, że wielkie firmy wykorzystują swoją pozycję rynkową w celu jeszcze większej akumulacji kapitału ze szkodą dla interesu publicznego⁴⁵. Rezultatem tych obserwacji była debata publiczna, która pozwoliła wypracować model prawa konkurencji, z jednej strony mający pobudzać wzrost gospodarczy i konkurencyjność gospodarki,

⁴¹ Między innymi jednym z podstawowych celów regulacji antytrustowej stała się ochrona małych przedsiębiorców w ich kontaktach z wielkim biznesem, czego konsekwencją było uchwalenie *Robinson-Patman Act* (15 U.S.C. § 13), który nowelizował art. 2 *Clayton Act* poprzez rozszerzenie jego zastosowania na nowe rodzaje praktyk. Jednakże akt ten nie spełnił do końca swego zadania, bo spotkał się z dość chłodnym odbiorem w judykaturze amerykańskiej. SN w orzeczeniu *Automatic Canteen Co. vs. FTC*, 346 U.S. (1953) stwierdził, że „ustawa pełna jest niejasności i nieokreślonych pojęć generalnych, a napisana została niefortunnym językiem”.

⁴² Nie tylko chodzi tu o wojnę prusko-francuską z lat 1870–1871, ale także o skutki zjednoczenia Niemiec oraz Wiosny Ludów, która miała miejsce w połowie XIX wieku.

⁴³ Przekonanie to ilustruje wyrok niemieckiego Sądu Najwyższego z 1987 r. w sprawie *Salon Wood Pulp*, Reichgericht, 38 RGZ 155 (*Sächsisches Holzstoffkartell*). W orzeczeniu tym sąd stanął na stanowisku, że kartele są zasadniczo użyteczne, gdyż chronią rodzime przedsiębiorstwa przed upadkiem oraz pozwalają na utrzymanie cen na optymalnym poziomie. Szerzej: M. Wise, *Competition Law and Policy in Germany*, 2 OECD Journal of Competition Law and Policy 7, 2005, s. 12.

⁴⁴ W 1905 r. w Niemczech było ok. 400 karteli, a największe z nich działały w przemyśle stalowym, węglowym i potasowym. W okresie I wojny światowej liczba ta znacząco wzrosła, osiągając swój szczyt 4000 w chwili upadku republiki weimarskiej. Por. F. Rittner, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Heidelberg 1989, s. 115.

⁴⁵ W literaturze austriackiej wraz z rewizją poglądów na temat karteli przestano nazywać je dziećmi konieczności (*Kinder der Not*), które w założeniu pomagały w zaprowadzeniu porządku w gospodarce, a zaczęto je nazywać dziećmi chciwości (*Kinder der Habsucht*). Za: R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Bydgoszcz-Szczecin 2007, s. 34.

z drugiej zaś osłabić antagonizmy między pracownikami i pracodawcami oraz regionalnymi grupami etnicznymi. Założenia austriackie opierały się na przypisaniu kompetencji (i odpowiedzialności) w zakresie prawnej ochrony konkurencji administracji państwowej⁴⁶. To założenie stało się trzonem późniejszych regulacji europejskich⁴⁷. Rozważając powstanie regulacji antytrustowej w Austrii, nie można pominąć faktu, że Austriacy, biorąc pod uwagę doświadczenia zza oceanu, odrzucili amerykański model regulacji jako sprzyjającej koncentracji gospodarczej w postaci tworzenia się trustów, których obawiano się bardziej niż karteli⁴⁸. Założenia przyjęte w Austrii zostały przeniesione na grunt niemiecki, na którym powstało pierwsze w pełni funkcjonalne prawo konkurencji w postaci *Kartell-Verordnung*⁴⁹ z 1923 r.⁵⁰ Według jego twórców regulacja ta miała przeciwdziałać „poważnym nadużyciom”, jakich dopuszczały się przedsiębiorstwa tworzące kartele. Celem prawodawcy nie było jednak eliminowanie bądź osłabianie karteli, gdyż (jego zdaniem) godziłoby to w wolność gospodarczą oraz interesy klasy średniej, w której rękach znajdowały się małe i średnie przedsiębiorstwa. Walka z kartelami doprowadziłaby do powstania jeszcze większych jednostek gospodarczych w efekcie pobudzonego procesu koncentracji, co dodatkowo utrudniłoby konkurowanie z nimi⁵¹.

W okresie hitlerowskim uznano, że kartelizacja ułatwi centralne sterowanie gospodarką, dlatego wydano ustawę z 15 lipca 1933 r. o przymusowej kartelizacji (*Zwangskartellgesetz*)⁵², umożliwiającą tworzenie karteli przymusowych. Dopiero na mocy części II art. 12 traktatu poczdamskiego dokonano dekoncentracji gospodarki niemieckiej przez podział wielkich koncernów oraz zakaz odnawiania karteli i innych zrzeczeń monopolistycznych⁵³.

W tym samym czasie, gdy kartelizowano gospodarkę niemiecką, w Polsce uchwalono ustawę o kartelach⁵⁴, która miała walczyć z negatywnymi skutkami

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Między innymi na regulację w Polsce, gdzie w marcu 1933 uchwalono ustawę o kartelach (Dz.U. Nr 31, poz. 270), która miała chronić społeczeństwo przed „wyzyskiem” karteli, na przykład stosujących zawyżone ceny lub narzucających swoim uczestnikom limity produkcji bądź sprzedaży. Szerzej: J. Braun, *Ustawa kartelowa z rozporządzeniami wykonawczymi. Tekst z komentarzem poprzedzonym wstępem historyczno-porównawczym*, Warszawa 1933, s. 19–40.

⁴⁸ Szerzej na temat debaty w Austrii: D.J. Gerber, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford 2001, s. 43–68.

⁴⁹ RGB. I 943.

⁵⁰ Należy tutaj zaznaczyć, że w 1926 r. w Norwegii uchwalono ustawę o kontroli ograniczeń konkurencji i nadużyć cenowych, która była szerszą i bardziej spójną intelektualnie regulacją niż niemiecka. Jednakże nie wywarła ona wpływu na rozwój prawa kartelowego w Europie — szerzej: D.J. Gerber, *op. cit.*, s. 156 nn.

⁵¹ R. Molski, *op. cit.*, s. 36.

⁵² RGBI. I 488.

⁵³ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 25.

⁵⁴ Dz.U. Nr 31, poz. 270.

kartelizacji gospodarki. Nadrzędnym celem tejsze regulacji była ochrona konsumentów przed nieuczciwym wykorzystywaniem pozycji rynkowej⁵⁵ przez kartele. Jednakże, podobnie jak w Niemczech, kartelizację uznawano za naturalne stadium rozwoju i co do zasady umowy kartelowe były ważne. Ustawa z 1933 r. utrzymała się aż do późnych lat 80. XX wieku, gdyż ustawa o porozumieniach kartelowych z 13 lipca 1939 r.⁵⁶ z powodu wybuchu wojny nigdy nie weszła w życie, a w okresie powojennym socjalistyczny ustrój gospodarczy, opierający się na centralnym planowaniu, który doprowadził do koncentracji gospodarki państwowej, odbierał rację bytu prawu antymonopolowemu⁵⁷.

Jak widać, w początkowej fazie rozwoju prawa antytrustowego cele stawiane przez prawodawcę amerykańskiego oraz prawodawców europejskich znacznie różniły się od siebie. W Europie, gdzie przeważała myśl socjalistyczna, wyraźnie przebiegała się chęć kontrolowania gospodarki przez państwo oraz nowatorska jak na tamte czasy myśl ochrony konsumenta przed wykorzystywaniem przez producentów ich siły rynkowej⁵⁸.

III. NOWOŻYTNE USTAWODAWSTWO ANTYMONOPOLOWE W OKRESIE PO II WOJNIE ŚWIATOWEJ

1. STANY ZJEDNOCZONE AMERYKI

Ustawodawstwo Stanów Zjednoczonych nie zmieniło się znacznie w okresie po II wojnie światowej. Zmiany tekstów ustaw (przynajmniej do czasów prezydentury Ronalda Reagana) wynikały raczej z wymogów techniki legislacyjnej i nie wносиły poprawek merytorycznych. Rozwój prawa antymonopolowego oraz zmiana jego interpretacji opierały się raczej na orzecznictwie sądów oraz rozwoju doktryny, wśród której prym wiodły dwie szkoły: harwardzka i chicagowska⁵⁹.

⁵⁵ Przede wszystkim przez stosowanie zawyżonych cen.

⁵⁶ Dz.U. Nr 63, poz. 418.

⁵⁷ Szerzej: L. Balcerowicz, *Konkurencja — wynalazek Zachodu*, [w:] *Ochrona konkurencji w Polsce i Unii Europejskiej*, red. C. Balasiński, Warszawa 2005, s. 67–72.

⁵⁸ Na marginesie warto dodać, że już w tym momencie zarysowała się wyraźna różnica między systemem ochrony konsumentów w Stanach Zjednoczonych i Europie. W Stanach Zjednoczonych konsument, a także przedsiębiorca, mógł przede wszystkim chronić swoje interesy na drodze cywilnoprawnej, korzystając z instytucji potrójnego odszkodowania. Natomiast w Europie od początku ochrona konkurencji została powiązana aksjologicznie z ochroną konsumenta, co spowodowało, że organy administracji publicznej, którym powierzono ochronę konkurencji, w naturalny sposób przejęły także rolę ochrony konsumentów. Konsekwencją odmiennego podejścia do osoby konsumenta w okresie przed II wojną światową jest obowiązywanie obecnie dwóch różnych filozofii ochrony konsumenta w Stanach Zjednoczonych i Europie.

⁵⁹ Por. T. Skoczny, *op. cit.*, s. 29–30.

Przełomowymi orzeczeniami w powojennej historii Stanów Zjednoczonych były wyroki w sprawie *Aloca*⁶⁰ oraz *American Tobacco Co*⁶¹, które doprowadziły do uznania władzy monopolistycznej za nielegalną *per se*. Jednakże i to stanowisko uległo złagodzeniu w późniejszym okresie. Wyroki te stały się inspiracją dla twórców tzw. szkoły harwardzkiej⁶². Stworzyli oni model ochrony konkurencji, który opierać się miał na założeniu, że najważniejsza jest struktura rynku, wpływająca na zachowanie przedsiębiorców na nim⁶³, które to z kolei wywołuje określone skutki rynkowe⁶⁴. Przedstawiciele tejże doktryny zauważyli, że ekonomiczne korzyści wynikające z ekonomii skali były niewspółmierne do potencjalnych zagrożeń, które niosły ze sobą rynki o dużym stopniu koncentracji⁶⁵. Polityka antytrustowa prowadzona w oparciu o szkołę harwardzką ukierunkowana była na dekoncentrację rynku, mającą doprowadzić do sytuacji, w której duża liczba konkurujących ze sobą małych przedsiębiorstw wymusi obniżenie cen oraz umożliwi konsumentom lepszy wybór interesujących ich usług. Jednakże w tym wypadku ochrona małych przedsiębiorców oraz dbanie o dobro konsumenta nie były celami samymi w sobie, a jedynie konsekwencją założenia, iż gospodarka opierająca się na małym biznesie podnosi efektywność gospodarczą⁶⁶.

Szkoła harwardzka została w latach 70. wyparta przez tzw. szkołę chicagowską⁶⁷. Bazowała ona na teorii ceny (*price theory*), według której głównym celem przedsiębiorców było osiągnięcie jak największych zysków⁶⁸. Zgodnie z tym, inspirowanym ekonomiczną analizą prawa, poglądem prawo antytrustowe powinno zajmować się tylko i wyłącznie przypadkami, które obniżałyby poziom efektywności alokacyjnej⁶⁹. Koncepcja ta nie dopuszczała realizacji żadnych innych celów

⁶⁰ *U.S. vs. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416 (1945). Szerzej na temat obu wyroków: T. Woś, *Amerykańskie prawo...*, s. 54–56.

⁶¹ *American Tobacco vs. U.S.*, 328 U.S. 781 (1946).

⁶² J. Bain, *Barriers to New Competition*, Boston 1956; E. Mason, *Economic Concentration and Monopoly Problem*, Cambridge 1957.

⁶³ Na przykład sposób pozyskiwania klientów, obecność i intensywność reklamy, strategię rynkową.

⁶⁴ Takie jak: wydajność, postęp techniczny, dywersyfikacje produktów, zyskowość.

⁶⁵ Wedle tejże doktryny w sytuacji wysokiej koncentracji rynku, podmioty na nim działające będą tworzyły bariery wejścia na rynek dla nowych podmiotów (np. przez agresywną reklamę, która zdywersyfikowała produkty w oczach konsumentów), a co za tym idzie, umacniały na nim swoją pozycję, w rezultacie doprowadzając do zmniejszenia produkcji i podniesienia cen. Szerzej: H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul 1999, s. 42 nn.; R. Posner, *Antitrust Law*, Chicago 2001.

⁶⁶ R. Pitofsky, *The political concept of antitrust*, „University of Pennsylvania Law Review” 127, 1979, s. 1051.

⁶⁷ Do czołowych przedstawicieli tej szkoły zalicza się R. Borka, F. Easterbooka, R. Posnera i G. Stillera.

⁶⁸ R. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York 1993, s. 91.

⁶⁹ Zgodnie z poglądami szkoły chicagowskiej taka sytuacja ma miejsce, gdy przedsiębiorstwo posiada taką siłę rynkową, która pozwala mu na istotne podniesienie cen powyżej kosztów bez utraty większości klientów. Jednakże siła rynkowa nie była postrzegana jako zjawisko negatywne

społeczno-politycznych, takich jak ochrona konsumentów czy małych przedsiębiorców, gdyż wypaczają one ideę efektywnej gospodarki. Wedle szkoły chicagowskiej, jedynym dopuszczalnym sposobem interpretacji prawa była wykładnia celowościowa, która miała ograniczać się do realizacji jedyne dopuszczonego przez teorię celu⁷⁰. Jednakże w latach 80. i ta doktryna doczekała się krytyki⁷¹. Wskazano, iż prawo konkurencji zostało uchwalone w celu zapobiegania nadużyciu siły ekonomicznej przez duże przedsiębiorstwa oraz w celu zachowania struktury rynku, która pozwoli na utrzymanie rywalizacji między konkurującymi przedsiębiorstwami, zapobiegającej z kolei eksploatacji konsumentów przez pobieranie wygórowanych cen⁷². Po raz pierwszy założono tutaj, iż zwiększenie ogólnego poziomu dobrobytu musi mieć także odbicie w przekazaniu odpowiedniej części zysków konsumentom. W tym wypadku nadal celem nadrzędnym jest efektywność ekonomiczna, jednakże wybór pomiędzy efektywnością dynamiczną, produkcyjną oraz alokacyjną dokonywany jest na podstawie kryterium społecznego, jakim jest ochrona konsumentów.

Jeżeli chodzi natomiast o zmiany legislacyjne, to jedyne istotne dotyczyły art. 7 *Clayton Act*, w którym uregulowana jest kontrola fuzji⁷³. Zjawisko to nie jest zaskakujące, gdyż w toku rozwoju gospodarczego świata ta część prawa antytrustowego szczególnie zyskała na znaczeniu⁷⁴. Kamieniem milowym w kierunku zmiany podejścia do koncentracji przedsiębiorstw jest wyrok w sprawie *Du Pont*⁷⁵, który wprowadza tzw. *incipiency doctrine*, według której zakaz wyrażony w art. 7 *Clayton Act* nie zaczyna obowiązywać w momencie wystąpienia negatywnego skutku, lecz znacznie wcześniej w momencie potencjalnego zagrożenia wystąpienia tegoż negatywnego skutku⁷⁶. Doktryna ta aktualna jest do dziś.

per se, a jedynie w sytuacji, w której była faktycznie wykorzystywana do stosowania nieefektywnych (w rozumieniu efektywności alokacyjnej) praktyk rynkowych. Szerzej: F. Easterbrook, *The limits of antitrust*, „Texas Law Review” 1, 1984, s. 2–23.

⁷⁰ D. Miąsik, *op. cit.*, s. 39.

⁷¹ H. Hovenkamp, *Antitrust policy after Chicago*, „Michigan Law Review” 2, 1985, nr 84, s. 213–284; E. Fox, *Consumer beware Chicago*, „Michigan Law Review” 8, 1986, nr 84, s. 1714–1720.

⁷² D. Miąsik, *op. cit.*, s. 39.

⁷³ Pierwszą poważną zmianą legislacyjną art. 7 *Clayton Act* było wprowadzenie już za czasów Reagana *Hart-Scott-Rodino Improvements Act* (15 U.S.C. § 18a) z 1976 r. Właśnie ta ustawa zapoczątkowuje erę obowiązku zgłaszania przez przedsiębiorstwa o znacznej wielkości chęci połączenia się oraz otrzymania zgody organu antytrustowego. W tym wypadku odpowiednie organy miały 30 dni na zbadanie skutków zamierzonej fuzji. Brak zawiadomienia bądź wcześniejsze połączenie wiązało się z określoną karą pieniężną.

⁷⁴ Przede wszystkim nastąpiły zmiany w podejściu do kontroli koncentracji. Obecnie przy coraz bardziej zglobalizowanej gospodarce, organy orzekające zezwalają na łączenie się firm wewnątrz kraju (uznając rynek światowy za rynek właściwy), co pozwala tym przedsiębiorstwom na wykorzystanie tzw. efektu skali.

⁷⁵ *U.S. vs. Du Pont de Nemours and Co*, 353 U.S. 586 (1957).

⁷⁶ Szerzej ten kazus omówiony został w: T. Woś, *Amerykańskie prawo...*, s. 59–62.

Pod koniec lat 70. taktyka legislacyjna uległa zmianie. Zamiast ciągłego nowelizowania ustaw i opierania się na późniejszych rozstrzygnięciach Sądu Najwyższego, zaczęto wydawać akty prawa wewnętrznego obowiązującego, które „doprecyzowały” zastosowanie poszczególnych przepisów antytrustowych. Rozwiązanie to okazało się szczególnie skuteczne w świetle zmian doktrynalnych, które zaszły w okresie ostatnich 50 lat w Stanach Zjednoczonych⁷⁷.

W latach 80. uregulowano także sposób traktowania powiązań wertykalnych pozaustawowym aktem *Vertical Restraints Guidelines*⁷⁸ z 1985 r., który był odzwierciedleniem poglądu, iż porozumienia wertykalne są powszechnie stosowanym narzędziem współczesnej polityki zbytu, dlatego ustawy antytrustowe nie powinny być w ich przypadku zbyt rygorystycznie stosowane⁷⁹.

Podczas prezydentury Billa Clintona w latach 90., polityka Stanów Zjednoczonych wobec porozumień wertykalnych oraz koncentracji ponownie się zaostrzyła, czego wyrazem był proces stulecia przeciwko koncernowi *Microsoft*⁸⁰, który zakończył się w 2002 r., gdy republikańska administracja George’a Busha ponownie wprowadziła liberalniejsze zasady stosowania prawa konkurencji. Sprawa ta, mająca wyraźny podtekst polityczny, podzieliła środowisko naukowe⁸¹ oraz spowodowała gorące dyskusje po obu stronach Oceanu⁸².

⁷⁷ Przykładem, który bardzo dobrze obrazuje powyższą tezę, jest odejście w latach 80. od tradycyjnej metody ustalania koncentracji rynkowej i władzy rynkowej zwanej *four firm concentration ratio* (zgodnie z tą metodą, aby obliczyć poziom koncentracji na rynku, należy obliczyć sumę procentowych udziałów rynkowych czterech największych firm działających na danym rynku), na rzecz *Herfindhal-Hirschman-Index* (HHI) (według tego wskaźnika pod uwagę bierze się sumę kwadratów procentowych udziałów w rynku przedsiębiorstw biorących udział w połączeniu, powiązany z podziałem rynków na wysoko-, nisko- oraz nieskoncentrowanych). Nowa metoda pozwalała na dokładniejsze odzwierciedlenie koncentracji na rynku, jednakże połączenia pionowe, nie prowadząc, co do zasady, do podwyższenia tak obliczonego wskaźnika, zostają pominięte przy zastosowaniu tejże metody. Ukazuje to przejście od doktryny harwardzkiej, która dążyła do ochrony małych przedsiębiorców przed dużym biznesem, do myśli chicagowskiej, opierającej się na analizie ekonomicznej, według której wielki biznes nie musi być synonimem złego biznesu.

⁷⁸ Więcej: D. Kamerschen, *The 1985 federal vertical restraints guidelines: Requiescat in pace*, „Southern Business Review” 2, 2000, nr 25, s. 16–24.

⁷⁹ Wytyczne te zostały wycofane na początku lat 90. przez wywodzącego się z partii demokratycznej prezydenta Clintona.

⁸⁰ *US vs. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001).

⁸¹ Na przykład D. Armenato, *Antitrust, The Case of Reappeal*, Washington D.C. 2001; K. Elzinga, D. Evans, A. Nichols, *United States v. Microsoft: Remedy or Malady?*, „George Mason L. Rev.” 3, 2001, nr 9, s. 633–690.

⁸² Na marginesie warto dodać, że współczesne prawo konkurencji w USA w dużej mierze opiera się na ostrej walce z kartelami międzynarodowymi (co przez niektórych jest widziane jako jawna polityka protekcjonizmu gospodarczego) za pomocą wypróbowanych środków, w postaci kar pieniężnych zwanych *titanic fines*, kar pozbawienia wolności oraz zupełnie nowych środków takich jak program amnestyjny (na programie powstałym w Stanach Zjednoczonych bazuje polski program amnestyjny „leniency”). Szerzej na ten temat: R. Molski, *Programy łagodnego traktowania — panaceum na praktyki kartelowe?*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 1, s. 183 nn.).

W ramach podsumowania należy stwierdzić, że Stany Zjednoczone przeszły długą drogę od pozytywizmu prawniczego opierającego się li tylko na językowej wykładni tekstów ustaw do wykładni celowościowej (gdzie celem nadrzędnym jest efektywność ekonomiczna, jednak z uwzględnieniem pozycji konsumenta na rynku) tychże przepisów w dziedzinie prawa konkurencji. Jednakże rozwiązania amerykańskie nastawione są przede wszystkim na kontrolę następczą, w której ramach stosuje się bardzo dotkliwe kary. W systemie tym konsument jest traktowany jak każdy uczestnik rynku i może dochodzić od przedsiębiorców zachowujących się w sposób niezgodny z normami prawa kartelowego wysokich odszkodowań przed sądami powszechnymi na drodze postępowania cywilnego. W Stanach Zjednoczonych nie ma natomiast tradycji publicznoprawnej ochrony praw konsumentów przez organy antytrustowe.

2. WYBRANE PAŃSTWA EUROPEJSKIE

W Europie II wojna światowa dokonała nie tylko wielu zniszczeń, lecz również zmian światopoglądowych, w tym w sposobie postrzegania karteli i ich roli w gospodarce. Z tego względu państwa zachodniej Europy zaczęły wprowadzać ustawy, które stały się podstawą nowoczesnej regulacji antymonopolowej⁸³. Jednakże największy wpływ na kierunek rozwoju prawa konkurencji w Europie miała doktryna niemiecka. Zgodnie z jej założeniami, opierającymi się na dokonaniach tzw. szkoły ordoliberalnej, zwanej także freiburską⁸⁴, prawo kartelowe miało chronić przed używaniem instrumentów gospodarki (umowy, wolność działania przedsiębiorcy) do ograniczania konkurencji⁸⁵.

Właśnie ze względu na to niebezpieczeństwo usprawiedliwiono zewnętrzną interwencję państwową, która przez stworzenie odpowiedniego porządku pozwoli na zachowanie wolności konkurencji, a tym samym na budowanie gospodarki rynkowej (w rozumieniu ordoliberalnym)⁸⁶. Dlatego działanie państwa nie jest widziane jako interwencja państwowa, lecz jako zabezpieczenie zasady swobody gospodarczej. Uznano, że powstała w ten sposób „wydajna konkurencja” (*Leistungswettbewerb*)⁸⁷ pozwoliłaby na równoczesne urzeczywistnienie sprawiedliwości socjalnej, która opierała się na równomiernej redystrybucji zysków pomiędzy producentów i konsumentów.

⁸³ Pierwsza była Wielka Brytania, wydając ustawę kartelową w 1948 r. Kolejne akty zostały uchwalone w Austrii (1951 r.), Norwegii (1953 r.), Szwecji (1953 r.), Holandii (1956 r.), Niemczech (1957 r.), Belgii (1960 r.), Szwajcarii (1962 r.) oraz Hiszpanii (1963 r.), za: T. Skoczny, *op. cit.*, s. 39.

⁸⁴ Szerzej na temat ordoliberalizmu: T. Pszczółkowski, *Spoleczno-gospodarcza doktryna neoliberalizmu w RFN. Ordoliberalizm*, Warszawa 1990; D.J. Gerber, *op. cit.*, s. 232–265; V. Emmerich, *op. cit.*, s. 42–69.

⁸⁵ T. Skoczny, *op. cit.*, s. 53.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ V. Emmerich, *op. cit.*, s. 43.

I tak, w 1957 r. uchwalono ustawę przeciw ograniczeniom konkurencji⁸⁸, która w oryginalnym brzmieniu zabraniała tworzenia karteli oraz w wąskim stopniu regulowała wykorzystywanie pozycji dominującej i kontrolę fuzji. Dała ona także podstawy utworzenia *Bundeskartellamt*, który do dziś odgrywa rolę urzędu antymonopolowego. Dopiero nowele z 1973⁸⁹ i 1976 r.⁹⁰ położyły nacisk na kontrolę fuzji. W ten sposób opanowywanie rynków miało być zduszone w zarodku. Idee ordoliberalne zaowocowały także surową oceną działań wypełniających znamiona wykorzystywania pozycji dominującej, które do dziś traktowane są mniej pobłażliwie w prawie niemieckim w porównaniu do prawa europejskiego⁹¹. Wskazuje to na inny niż w Stanach Zjednoczonych charakter działań ustawodawcy, który starał się działać już na poziomie prewencji, a nie tylko na poziomie kontroli następczej przez ograniczenie możliwości powstania sytuacji, w której podmioty byłyby w stanie wykorzystywać swoją dominującą pozycję rynkową.

3. UNIA EUROPEJSKA

Pierwsze regulacje antytrustowe wprowadzono już przy uchwalaniu Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (TEWWiS) w 1951 r. U ich podstaw leży założenia doktryny niemieckiej i doświadczenia amerykańskie. Stały się one podstawą obecnego brzmienia art. 101 TFUE⁹² (dotyczące zawierania porozumień ograniczających konkurencję) oraz w art. 102 TFUE⁹³ (dotyczące wykorzystywania pozycji dominującej). Oba te artykuły stanowią swoistą konstytucję europejskiego prawa antymonopolowego, gdyż, tak samo jak normy konstytucyjne, są bardzo ogólne i wymagają doprecyzowania w innym akcie na szczeblu proceduralnym i instytucjonalnym⁹⁴. Pierwotnie rolę tę odgrywało rozporządzenie Rady (WE) nr 17/62⁹⁵. Akt ten przekazywał wszelkie prerogatywy do prowadzenia wspólnotowej polityki konkurencji Komisji Europejskiej (KE), z całkowitym pominięciem organów krajowych⁹⁶. Jednakże to podejście

⁸⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. BGBl. I, 1081.

⁸⁹ BGBl. I, 917.

⁹⁰ BGBl. I, 1697.

⁹¹ Innymi ważnymi zmianami było wprowadzenie specyficznych regulacji dla małych i średnich firm, które miały stymulować ich współpracę, bez obawy o naruszenie prawa konkurencji oraz dopuszczenie, w ograniczonej formie, środków prywatno-skargowych, w tym pozwów o odszkodowanie i zaniechanie praktyk antykonkurencyjnych wnoszonych do sądów powszechnych w ramach ochrony indywidualnej (*Individualschutz*). R. Janusz, T. Skoczny, *Niemiecka ustawa kartelowa*, Warszawa 1995, s. 92.

⁹² Poprzednio art. 81 TWE.

⁹³ Poprzednio art. 82 TWE.

⁹⁴ Por. R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 53.

⁹⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 17/62 w sprawie wykonywania art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. WE 1962, L13/204.

⁹⁶ Decyzja ta podyktowana została małą ufnością wobec siebie państw członkowskich stosunkowo nowej organizacji. Z tegoż samego powodu uznano, że każde porozumienie, co do którego mają

zemściło się w późniejszym czasie. Wstąpienie nowych członków do Wspólnoty oraz wzmożony transgraniczny ruch przedsiębiorstw doprowadził do sytuacji, w której komisja nie była w stanie zbadać wszystkich wniosków ze względu na ich mnogość⁹⁷. W efekcie wydano rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003⁹⁸, w którym dokonano gruntownych zmian dotychczasowego systemu⁹⁹. Najważniejsze z nich obejmują zmianę systemu kontroli przestrzegania postanowień art. 101 i 102 TFUE z *ex ante* na *ex post* oraz przekazanie części uprawnień kontrolnych zarezerwowanych dotychczas na rzecz KE w ręce sądów krajowych¹⁰⁰.

Nowym rozwiązaniem było także wprowadzenie zasady *one stop shop* dla kontroli fuzji przedsiębiorców. Na jej podstawie zgodność z prawem danego połączenia jest sprawdzana tylko raz: według porządku unijnego albo porządku krajowego. Przy zastosowaniu prawa materialnego UE organem orzekającym może być KE bądź organ krajowy, w zależności od miejsca wystąpienia skutku¹⁰¹. Ważne jest też zaznaczenie, że zmienił się sposób ewaluacji wpływu koncentracji na konkurencję z tzw. testu konkurencji¹⁰² na tzw. test SIEC¹⁰³. W praktyce oznacza to, że dane połączenie może zostać uznane za niedozwolone z innych przyczyn (na przykład ze względu na znaczące pogorszenie sytuacji konsumentów) niż umocnienie się pozycji dominującej¹⁰⁴. Wskazuje to na dążenie do „ekonomizacji” wykładni prawa antymonopolowego, czyli zastosowania wykładni ekonomicznej

zastosowanie przepisy art. 101 ust. 1 TFU, może być uznane za zgodne z prawem tylko w drodze aktu prawnego Komisji Europejskiej, a nie *ex lege*. Szerzej: T. Skoczny, *Doskonalenie i modernizacja systemu stosowania wspólnotowych reguł konkurencji*, „Studia Europejskie” 2001, nr 1, s. 51.

⁹⁷ Próbą ratunku było wydawanie tzw. *comfort letters*, a w późniejszym okresie wprowadzenie zwolnień blokowych (*block exemptions*). Zob. orzeczenie w sprawie 99/79 *Lancome SA and Cosparfrance Nederland BV v. Etos BV and Albert Heijn Supermart BV*.

⁹⁸ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. WE 2003, L/1.

⁹⁹ Szerzej: T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji — także w Polsce — po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 2, s. 151.

¹⁰⁰ Szerzej na temat relacji między normami materialnymi oraz instytucjonalnymi UE i państw członkowskich: O. Filipowski, *Polskie prawo konkurencji po przemianach ustrojowych. Relacje z regulacjami wspólnotowymi oraz międzynarodowymi*, [w:] *Współczesne przemiany państwa i prawa w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, Lublin 2009, s. 405–417; R. Molski, *Prawo antymonopolowe...*, s. 56–57.

¹⁰¹ Reguły dotyczące kontroli fuzji zawarte są w Rozporządzeniu (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji, Dz.Urz. L 2004 nr 24, s. 1–22.

¹⁰² Zakłada on, że niedozwolona jest tylko taka koncentracja, która prowadzi do umocnienia się lub powstania pozycji dominującej na rynku.

¹⁰³ *Substantial impending of effective competition test* — zakłada, że niedozwolona jest każda koncentracja, która spowodowałaby znaczące ograniczenie efektywnej konkurencji na danym rynku właściwym, w szczególności przez umocnienie pozycji dominującej na tym rynku.

¹⁰⁴ Szerzej: M. Szydło, *Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne*, „Studia Europejskie” 2005, nr 4, s. 91 nn.

oraz metody ekonomicznej analizy prawa¹⁰⁵, czyli zbliżenie modelu europejskiego do jego amerykańskiego odpowiednika¹⁰⁶.

Przy takim ujęciu relacji między systemami prawa krajowego a prawem UE kształtowanie polityki konkurencyjnej znajduje się w zasadzie w rękach KE¹⁰⁷, gdyż jej orzecznictwo jest wiążące zarówno dla organów antymonopolowych, jak i sądów krajowych. Zostało to zresztą formalnie usankcjonowane w art. 3 pkt 1 lit c TFUE¹⁰⁸, który stanowi, iż UE ma wyłączne prawo do stanowienia reguł konkurencji w zakresie, w jakim jest to niezbędne do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Wskazuje to na fakt, że KE decyduje o tym, które cele prawa konkurencji są priorytetowe także dla państw członkowskich. W tym wypadku pomocne są *Postanowienia ogólne* traktatu lizbońskiego, wśród których znajduje się art. 12, stanowiący, iż wymogi ochrony konsumentów są uwzględniane przy określaniu i urzeczywistnianiu innych polityk i działań Unii. Oznacza to, że interes konsumentki jest jednym z podstawowych kryteriów oceny praktyk rynkowych, które naruszają (bądź potencjalnie mogą naruszać) reguły konkurencji¹⁰⁹.

Podsumowując, należy zauważyć, że tworzenie się systemu prawa kartelowego w Europie było procesem powolnym, immanentnie związanym z pogłębiającą się współpracą gospodarczą oraz polityczną. Dynamiczny rozwój terytorialny oraz ekonomiczny UE zmusił ustawodawcę europejskiego do ekonomizacji swojego podejścia do prawa antytrustowego, jednak nie doprowadził do deprecjacji realizacji innych celów stawianych tej regulacji, w tym ochrony konsumenta.

IV. WNIOSKI

Z powyższych rozważań wyłania się obraz dwóch obecnie dominujących porządków prawnych, które powstawały równoległe do siebie¹¹⁰ i opierały się na różnych ideach ekonomicznych i prawnych.

¹⁰⁵ A. Jurkowska, *Economic approach jako jeden z głównych kierunków modernizacji wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowych regulacji w dziedzinie porozumień kooperacyjnych*, [w:] *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, red. C. Mik, Toruń 2002, s. 179 nn.

¹⁰⁶ C.D. Ehlerman, *The modernization of EC Antitrust Policy: a legal and cultural revolution*, „Common Market Law Review” 3, 2000, nr 37, *passim*.

¹⁰⁷ C. Canenbley, M. Rosenthal, *Cooperation between antitrust Authorities in- and outside the EU: What does it mean for multilateral corporations: Part I*, „European Competition Law Review” 2, 2005, nr 42, s. 108 nn.

¹⁰⁸ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Traktat z Lizbony), Dz.Urz. UE, C 2008, nr 115, s. 47.

¹⁰⁹ Wszak bardzo podobny zapis zawierał też art. 153 ust. 2 TWE, jednak ze względu na zmianę miejsca, w którym został on umieszczony w TFUE, obecnie można mu przypisywać rangę zasady, do czego nie było podstaw, gdy obowiązywał TWE.

¹¹⁰ Należy jednak zaznaczyć, że prawodawca europejski, tworząc prawo antymonopolowe UE, czerpał nie tylko z dorobku państw europejskich, lecz także opierał się na doświadczeniach amerykańskich.

System Stanów Zjednoczonych zdominowany został przez nurty ekonomiczne opierające się na idei dobrobytu globalnego (*global welfare*), według których akceptowalna (a wręcz korzystna) jest każda sytuacja, w której zwiększa się dobrobyt, a więc wyznacznikiem jest efektywność alokacyjna. W modelu tym rozdział zysku między producentów a konsumentów ma marginalne znaczenie. Nie oznacza to, że interes konsumentów nie jest zupełnie brany pod uwagę, jednakże jego pozycja w hierarchii celów jest odległa. Charakterystyczne wyłącznie dla Stanów Zjednoczonych jest też rozwiązanie, które pozwala konsumentom (jak i innym podmiotom biorącym udział w wymianie rynkowej) na dochodzenie strat w potrójnej wysokości. To rozwiązanie wskazuje na położenie nacisku na kontrolę *ex post* oraz na przekonanie, że przedsiębiorca zagrożony ogromnymi karami sam będzie dbał o przestrzeganie prawa antymonopolowego.

Antymonopolowe prawo Unii Europejskiej w dużej mierze wywodzi swoje podłoże aksjologiczne z doktryny ordoliberalnej, która dość wyraźnie wskazywała nie tylko na cele ekonomiczne, lecz również na cele społeczne (w tym ochronę interesów konsumentów), które mają być realizowane przez prawo konkurencji. Miało być ono jednym z narzędzi prowadzących do integracji społeczno-gospodarczej państw członkowskich. Po uchwaleniu traktatu lizbońskiego nacisk na ochronę konsumentów jest większy niż kiedykolwiek wcześniej ze względu na wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą wszystkie polityki realizowane przez Unię Europejską mają uwzględniać wymogi ochrony konsumenta¹¹¹. Traktat lizboński zaczął obowiązywać niedawno, więc nie wiadomo, jakie skutki praktyczne będzie miał ten zapis. Wydawać by się mogło, że jest on wskazówką dla Komisji Europejskiej, iż powinna ona traktować dobro konsumenta jako jeden z ważniejszych celów przy ocenie zachowań antykonkurencyjnych.

Na koniec warto stwierdzić, że amerykańskie i europejskie prawo konkurencji chroni konsumentów przed płaceniem cen wyższych niż rynkowe. Jednak nie ma ono na celu maksymalizacji dobrobytu konsumentów jako grupy, gdyż z punktu widzenia prawa antymonopolowego znaczenie ma dobrobyt całego społeczeństwa¹¹². Różnica między oboma systemami widoczna jest natomiast w sytuacji, gdy antykonkurencyjne działanie producenta prowadzi do zwiększenia efektywności, któremu towarzyszy transfer zysku ze strony konsumentów na rzecz producentów. W obu systemach przyjmuje się, że w takim przypadku konsumenci powinni otrzymać część korzyści odniesionych przez producenta. Jednakże wielkość tej „części” widziana jest różnie przez organy antytrustowe po obu stronach Oceanu¹¹³. Z tego względu może dojść do sytuacji, w której ta sama praktyka będzie aprobowana w Stanach Zjednoczonych i zabroniona w UE.

¹¹¹ Art. 12 TFUE.

¹¹² W zależności od przypadku może to być dobrobyt lokalnej społeczności, społeczeństwa danego kraju, a nawet całej społeczności światowej, w tym przedsiębiorców.

¹¹³ Szerzej na temat oceny wielkości części należnej użytkownikom w: Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, Dz.Urz. UE z 2004 r., C 101/97.