



# **Ustalanie cen odsprzedaży towarów w prawie europejskim i amerykańskim**

Studium prawnoporównawcze



WYDAWNICTWO  
UNIWERSYTETU  
ŁÓDZKIEGO

Prawo

# **Ustalanie cen odsprzedaży towarów w prawie europejskim i amerykańskim**

Studium prawnoporównawcze

Łukasz Grzejdziak

Lukasz Grzejdziak – Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji  
Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego, 90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

RECENZENCI

*Anna Fornalczyk, Kazimierz Strzyczkowski*

REDAKTOR INICJUJĄCY

*Monika Borowczyk*

REDAKTOR WYDAWNICTWA UŁ

*Bogusław Pielat*

SKŁAD I ŁAMANIE

*AGENT PR*

KOREKTA TECHNICZNA

*Leonora Gralka*

PROJEKT OKŁADKI

*Agencja Reklamowa efectoro.pl*

Zdjęcie wykorzystane na okładce: © Depositphotos.com/Robson90

© Copyright by Łukasz Grzejdziak, Łódź 2020

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2020

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.09503.19.0.M

Ark. wyd. 43,0; ark. druk. 38,0

ISBN 978-83-8142-914-6

e-ISBN 978-83-8142-915-3

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

90-131 Łódź, ul. Lindleya 8

www.wydawnictwo.uni.lodz.pl

e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl

tel. (42) 665 58 63

*Mojej żonie Monice*

# Spis treści

Wprowadzenie	17
1. Porozumienia pionowe w centrum europejskiej debaty	17
2. Cel badań, hipoteza i pytania badawcze	20
3. Uwagi metodologiczne	22
3.1. Założenia metody funkcjonalno-kontekstowej Ernsta Rabla	22
3.2. Proces komparatystyczny (metoda funkcjonalno-kontekstowa)	24
3.3. Niedostatki i ograniczenia metody funkcjonalno-kontekstowej	27
3.4. Zastosowanie metody funkcjonalno-kontekstowej do prowadzonych badań	29
3.4.1. Uwagi ogólne	29
3.4.2. Zarysowanie pola badawczego	31
3.4.3. Właściwe porównanie ( <i>proper comparison</i> )	34
3.4.4. Analiza kontekstowa	36
3.4.5. Ewaluacja badanych rozwiązań prawnych i konstrukcja modelowego systemu	37
Rozdział 1	
<b>Zakaz porozumień ograniczających konkurencję w prawie UE</b>	<b>39</b>
1.1. Treść i konstrukcja przepisu art. 101 ust. 1 TFUE	39
1.2. Zgodność woli uczestników porozumienia	41
1.2.1. Formy uzgodnień dokonywanych między przedsiębiorstwami	41
1.2.2. Porozumienia a jednostronne praktyki ograniczające konkurencję	45
1.3. Przedsiębiorstwo w rozumieniu reguł konkurencji UE	51
1.3.1. Pojęcie przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej	51
1.3.2. Koncepcja pojedynczej jednostki gospodarczej	54
1.3.3. Zastosowanie koncepcji pojedynczej jednostki gospodarczej do umów agencyjnych	55
1.4. Wpływ porozumienia na handel między państwami członkowskimi UE	59
1.5. Wnioski końcowe	65

Rozdział 2

<b>Wpływ porozumienia na konkurencję jako przestępstwo stosowania art. 101 ust. 1 TFUE</b>	<b>67</b>
2.1. Wprowadzenie	67
2.2. Cel lub skutek w postaci zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji	67
2.2.1. Antykonkurencyjny charakter porozumienia	67
2.2.2. Znaczenie alternatywy „cel lub skutek” na gruncie wczesnego orzecznictwa	68
2.2.3. Zaburzenie dystynkcji pomiędzy kategoriami porozumień zakazanych ze względu na cel i o antykonkurencyjnym skutku	71
2.2.4. Wyrok w sprawie CB – w kierunku tradycyjnej wykładni art. 101 ust. 1 TFUE	74
2.2.5. Porozumienia zakazane ze względu na cel w świetle aktualnego orzecznictwa	81
2.2.6. Porozumienia o antykonkurencyjnym skutku w świetle aktualnego orzecznictwa	83
2.3. Teoria ograniczeń akcesoryjnych	86
2.4. Wyłączenie indywidualne od zakazu porozumień ograniczających konkurencję	88
2.4.1. Treść i zakres stosowania art. 101 ust. 3 TFUE	88
2.4.2. Sposób stosowania art. 101 ust. 3 TFUE	89
2.4.3. Kryteria wyłączenia indywidualnego	91
2.4.4. Praktyka stosowania wyłączenia indywidualnego po 2004 r.	97
2.5. Wyłączenia blokowe od zakazu porozumień ograniczających konkurencję	103
2.6. Wnioski końcowe	104

Rozdział 3

<b>Ustalanie cen odsprzedaży towarów w unijnym prawie konkurencji</b>	<b>109</b>
3.1. Wprowadzenie	109
3.2. Rozwój systemu wyłączeń blokowych a pionowe porozumienia cenowe	109
3.2.1. RPM a wyłączenia blokowe pierwszej i drugiej generacji	109
3.2.2. Reforma systemu wyłączeń blokowych w drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych XX w.	111
3.2.3. Debata w przededniu wydania rozporządzenia nr 330/2010	116
3.2.4. Obowiązujący system wyłączeń blokowych a pionowe porozumienia cenowe	118
3.3. Stosowanie art. 101 TFUE względem RPM	123
3.3.1. Pierwsze lata rozwoju orzecznictwa – RPM w kontekście integracji europejskiej	123
3.4. Okres krystalizacji zrębów polityki względem RPM	128
3.4.1. Rozszerzenie zakresu stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję na systemy dystrybucji o krajowym zasięgu	128
3.4.2. Percepcja wpływu RPM na konkurencję	132
3.5. RPM w dobie reformy podejścia do porozumień wertykalnych	138
3.5.1. Decyzje w sprawach Novalliance/Systemform i Nathan/Bricolux	138
3.5.2. Decyzje dotyczące porozumień na rynkach dystrybucji pojazdów samochodowych	140
3.5.3. Decyzja w sprawie Yamaha	144
3.5.4. Decyzja i wyrok w sprawie JCB	147



3.5.5. Decyzje w sprawie elektroniki użytkowej	149
3.5.6. Decyzja w sprawie Guess	153
3.6. Orzecznictwo w sprawach rekomendacji cenowych i ustalania maksymalnych cen odsprzedaży	154
3.7. Europejskie reguły konkurencji a klauzule najwyższego uprzywilejowania	159
3.8. Wnioski końcowe	162

## Rozdział 4

**Egzekwowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję w prawie unijnym 169**

4.1. Wprowadzenie	169
4.2. Dominacja publicznoprawnego egzekwowania reguł konkurencji UE	169
4.3. Właściwość Komisji, a właściwość narodowych organów konkurencji i sądów krajowych	171
4.4. Postępowanie przed Komisją Europejską	175
4.4.1. Rola Komisji Europejskiej	175
4.4.2. Wszczęcie postępowania	177
4.4.3. Przebieg postępowania przed Komisją	179
4.4.4. Zakończenie postępowania	181
4.5. Sądowa kontrola decyzji KE	187
4.6. Wdrażanie europejskich reguł konkurencji przez NCA	190
4.7. Sankcje za naruszenie zakazów praktyk ograniczających konkurencję	194
4.8. Prywatnoprawne egzekwowanie reguł konkurencji UE	196
4.9. Wnioski końcowe	201

## Rozdział 5

**Zakaz porozumień ograniczających konkurencję w prawie amerykańskim 203**

5.1. Wprowadzenie	203
5.2. System źródeł materialnego amerykańskiego prawa antytrustowego	204
5.3. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję w ustawie Shermana	207
5.3.1. Konstrukcja § 1 ustawy Shermana	207
5.3.2. Warunek uzgodnienia	208
5.3.3. Warunek ograniczenia handlu – reguła <i>per se</i> a reguła rozsądku	211
5.3.3.1. Wprowadzenie	211
5.3.3.2. Reguła <i>per se</i>	214
5.3.3.3. Reguła rozsądku	216
5.3.3.4. Ocena „rzutem oka”	222
5.3.4. Wpływ porozumienia na handel międzystanowy lub zagraniczny	225
5.3.4.1. Elementy konstrukcyjne warunku wpływu na handel międzystanowy i zagraniczny	225
5.3.4.2. Wpływ uzgodnienia na handel międzystanowy	227
5.3.4.3. Wpływ uzgodnienia na handel zagraniczny	230

## 10 Spis treści

5.4. Zakaz porozumień antykonkurencyjnych w stanowych systemach prawa anty-trustowego	232
5.5. Wnioski końcowe	240

### Rozdział 6

## **Ustalanie cen odsprzedaży towarów – ewolucja rozwiązań prawnych w amerykańskim prawie antytrustowym** 241

6.1. Wprowadzenie	241
6.2. Wczesne orzecznictwo – ustalanie cen odsprzedaży towarów zakazane <i>per se</i>	242
6.2.1. Wyrok w sprawie Dr. Miles	242
6.2.2. Wyrok w sprawie Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons	244
6.2.3. Wyrok w sprawie Lester J. Albrecht v. The Herald Company	245
6.3. Rozwój doktryny Colgate	248
6.3.1. Wyrok w sprawie United States v. Colgate & Co.	248
6.3.2. United States v. A. Schrader's Son, Inc.	249
6.3.3. Wyrok w sprawie Federal Trade Commission v. Beech-Nut Packing Co.	250
6.3.4. Orzeczenie w sprawie United States v. Bausch & Lomb Optical Co. <i>et al.</i> , Soft-Lite Lens Co. <i>et al.</i>	251
6.3.5. Wyrok w sprawie United States v. Parke Davis and Company	253
6.4. Specjalne programy promocyjne a RPM	256
6.5. Umowy agencyjne a RPM	257
6.5.1. Wyrok w sprawie Stany Zjednoczone v. General Electric Co. <i>et al.</i>	257
6.5.2. Wyrok w sprawie Simpson v. Union Oil of California Co.	259
6.5.3. Zastosowanie ustawy Shermana względem umów agencyjnych po wyroku w sprawie Simpson	261
6.6. Ustawodawstwo uczciwego handlu	264
6.7. Wnioski końcowe – RPM w okresie przed liberalizacją	268

### Rozdział 7

## **Dopuszczalność pionowych porozumień cenowych w prawie USA** 273

7.1. Wprowadzenie	273
7.2. Zróżnicowanie sposobu oceny cenowych i pozacenowych porozumień pionowych	273
7.2.1. Wyrok w sprawie Continental T.V., Inc. przeciwko GTE Sylvania Inc.	273
7.2.2. Wyrok w sprawie Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.	276
7.2.3. Wyrok w sprawie Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.	279
7.3. Liberalizacja podejścia względem ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów	282
7.3.1. Próby zakwestionowania reguły Albrecht	282
7.3.2. Wyrok w sprawie Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum (ARCO) – w kierunku liberalizacji podejścia	286
7.3.3. Wyrok w sprawie State Oil v. Khan	289
7.4. Liberalizacja podejścia względem ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów – wyrok w sprawie Leegin	295

7.4.1. U progu zmian	295
7.4.2. Stan faktyczny w sprawie Leegin	297
7.4.3. Rozstrzygnięcie w sprawie Leegin	298
7.4.4. Zdanie odrębne w sprawie Leegin	304
7.5. Reakcja na wyrok w sprawie Leegin	306
7.5.1. Poglądy doktryny i reakcja opinii publicznej	306
7.5.2. Reakcja stanów na zmianę podejścia względem RPM	308
7.5.2.1. Kwestia związania stanów federalnym prawem antytrustowym	308
7.5.2.2. Pierwsze reakcje stanów na wyrok w sprawie Leegin	310
7.5.2.3. Polityka Stanów Nowy Jork i Kalifornia względem RPM	313
7.5.2.4. Podsumowanie	318
7.5.3. Reakcja federalnych organów konkurencji USA na wyrok w sprawie Leegin	319
7.6. Reguła Leegin na gruncie prawa federalnego	321
7.6.1. Wyroki w sprawach Spahr v. Leegin i McDonough v. Toys „R” Us.	321
7.6.2. Sprawa Tempur-Pedic – zastosowanie reguły Leegin w odniesieniu do podwójnej dystrybucji	323
7.6.3. Wyrok w sprawie Valuepest.com – zastosowanie reguły Leegin do umów agencyjnych	324
7.6.4. Sprawa Apple – zastosowanie reguły Leegin do porozumień typu <i>hub &amp; spoke</i>	325
7.6.5. Sprawa State of Ohio v. American Express	330
7.7. Zastosowanie ustawy Shermana do klauzul najwyższego uprzywilejowania	331
7.8. Wnioski końcowe	333

## Rozdział 8

<b>Egzekwowanie zakazu porozumień antykonkurencyjnych w prawie amerykańskim</b>	<b>337</b>
8.1. Wprowadzenie	337
8.2. Publicznoprawne stosowanie prawa antytrustowego	338
8.2.1. Stosowanie prawa antytrustowego przez Departament Sprawiedliwości USA	338
8.2.1.1. Organizacja i zadania Wydziału Antytrustowego Departamentu Sprawiedliwości USA	338
8.2.1.2. Prawnokarne stosowanie prawa antytrustowego	340
8.2.1.3. Stosowanie prawa antytrustowego w postępowaniu cywilnym	342
8.2.2. Stosowanie prawa antytrustowego przez Federalną Komisję Handlu	346
8.2.2.1. Ustrój FTC	346
8.2.2.2. Właściwość Federalnej Komisji Handlu	347
8.2.2.3. Postępowania administracyjne przed FTC	351
8.2.3. Uprawnienia Stanowych Prokuratorów Generalnych	355
8.3. Prywatnoprawne stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego	357
8.3.1. Wprowadzenie	357
8.3.2. § 4 ustawy Claytona jako podstawa prawna postępowań odszkodowawczych	359
8.3.3. Wszczęcie i faza przedprocesowa postępowania sądowego	365
8.3.4. Wyrok skrócony ( <i>summary judgment</i> )	368

## 12 Spis treści

8.3.5. Postępowanie przed sądem przysięgłych	371
8.3.6. Zarys środków dowodowych w postępowaniu przed sądami federalnymi	372
8.3.7. Uprawnienia przysługujące na podstawie przepisu § 16 ustawy Clayтона	378
8.3.8. Powództwa grupowe	378
8.3.9. Postępowanie apelacyjne	382
8.4. Wnioski końcowe	383

### Rozdział 9

<b>Właściwe porównanie</b>	<b>389</b>
9.1. Wprowadzenie	389
9.2. Problemy (zagadnienia) prawne objęte badaniem	391
9.2.1. Ujęcie abstrakcyjne – ustalenie „sytuacji życiowych”	391
9.2.2. Porozumienia objęte porównaniem w rozumieniu reguł konkurencji UE	392
9.2.3. Porozumienia objęte porównaniem w rozumieniu amerykańskiego prawa antytrustowego	397
9.3. Rezultat zastosowania badanych systemów prawnych względem porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów	403
9.3.1. Reguły konkurencji UE	403
9.3.2. Amerykańskie prawo antytrustowe	404
9.4. Rezultat zastosowania badanych systemów prawnych względem porozumień o ustalaniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów	407
9.4.1. Reguły konkurencji UE	407
9.4.2. Amerykańskie prawo antytrustowe	408
9.5. Rezultat zastosowania badanych systemów prawnych względem rekomendowania cen odsprzedaży towarów	409
9.5.1. Reguły konkurencji UE	409
9.5.2. Amerykańskie prawo antytrustowe	409
9.6. Rezultat zastosowania badanych systemów prawa do ustalania cen odsprzedaży towarów w ramach umów agencyjnych	410
9.6.1. Reguły konkurencji UE	410
9.6.2. Amerykańskie prawo antytrustowe	410
9.7. Rezultat zastosowania badanych systemów prawa do ustalania cen odsprzedaży towarów w ramach porozumień typu <i>hub &amp; spoke</i>	410
9.7.1. Reguły konkurencji UE	410
9.7.2. Amerykańskie prawo antytrustowe	411
9.8. Rezultat zastosowania badanych systemów prawa do klauzul najwyższego uprzywilejowania	412
9.8.1. Reguły konkurencji UE	412
9.8.2. Amerykańskie prawo antytrustowe	412
9.9. Wnioski końcowe	413

## Rozdział 10

**Aksjologiczne podstawy badanych systemów prawa konkurencji 419**

10.1. Wprowadzenie	419
10.2. Aksjologiczne podstawy amerykańskiego prawa antytrustowego	420
10.2.1. Wprowadzenie	420
10.2.2. Korzenie amerykańskiego prawa antytrustowego	422
10.2.3. Zmiana paradygmatów amerykańskiego prawa antytrustowego	427
10.2.4. Cele współczesnego amerykańskiego prawa antytrustowego	432
10.3. Aksjologiczne podstawy europejskiego prawa konkurencji	436
10.3.1. Ordoliberalne korzenie reguł konkurencji UE	436
10.3.1.1. Rola konkurencji w doktrynie ordoliberalnej	436
10.3.1.2. Wpływ szkoły fryburskiej na kształt traktatowych reguł konkurencji	441
10.3.1.3. Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji w pierwszych jej dekadach	444
10.3.2. Modernizacja wspólnotowych reguł konkurencji	448
10.3.2.1. Geneza reform	448
10.3.2.2. Reformy prawa konkurencji – w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia	452
10.3.3. Aktualne cele reguł konkurencji UE	458
10.3.4. Aksjologia reguł konkurencji UE – między retoryką a rzeczywistością	462

## Rozdział 11

**Ekonomiczne skutki ustalania cen odsprzedaży towarów 467**

11.1. Wprowadzenie	467
11.2. Wpływ RPM na konkurencję – badania empiryczne	468
11.2.1. Badania dotyczące skutków wprowadzenia i uchylecia ustawodawstwa uczciwego handlu	468
11.2.2. Współczesne badania empiryczne	473
11.3. Pionowe porozumienia cenowe w rozumieniu teorii ekonomicznych	475
11.3.1. RPM w ujęciu ekonomii neoklasycznej	475
11.3.1.1. RPM a teoria cen	475
11.3.1.2. RPM jako następstwo posiadania siły rynkowej	476
11.3.1.3. RPM jako odpowiedź na efekty zewnętrzne	479
11.3.1.3.1. Teoria usług dodatkowych (specjalnych)	479
11.3.1.3.2. Teoria sygnalizowania jakości	481
11.3.1.3.3. Teoria stabilizacji popytu	482
11.3.1.3.4. RPM jako czynnik ułatwiający wejście na rynek	482
11.3.1.3.5. Teoria zwiększonej dostępności punktów sprzedaży	483
11.3.1.3.6. Teoria wspierania konkurencji pozacenowej	484
11.3.1.3.7. Teorie odnoszące się do efektów zewnętrznych dotyczących ceny	485
11.3.1.3.8. RPM uzasadnione efektami zewnętrznymi prowadzące do skutków antykonkurencyjnych	485

## 14 Spis treści

11.3.2. RPM w rozumieniu teorii organizacji	487
11.3.2.1. Uwagi wstępne	487
11.3.2.2. RPM w rozumieniu teorii kosztów transakcyjnych	487
11.3.2.3. RPM z punktu widzenia teorii mocodawca-agent (PAT)	490
11.3.2.4. RPM w rozumieniu ekonomii praw własności	491
11.3.3. RPM z punktu widzenia ekonomii behawioralnej	492
11.3.4. Wpływ RPM na konkurencję a nowe formy dystrybucji	497
11.4. RPM według szkoły chicagowskiej i według jej oponentów	503
11.4.1. Uwagi wstępne	503
11.4.2. RPM według klasyków szkoły chicagowskiej	504
11.4.3. Krytyka stanowiska szkoły chicagowskiej i propozycje alternatywne	506
11.5. Opinia ekonomistów w sprawie Leegin	511
11.6. Wnioski końcowe	513

### Rozdział 12

## **Podsumowanie – ewaluacja i konstrukcja wzorcowego rozwiązania prawnego** **517**

12.1. Wprowadzenie	517
12.2. Ewaluacja unijnych ram prawnych dotyczących dopuszczalności RPM	518
12.3. Ewaluacja sposobu stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego względem RPM	523
12.4. Współczesna debata na temat podejścia unijnego prawa konkurencji względem RPM	525
12.5. Współczesna amerykańska debata na temat dopuszczalności RPM	535
12.6. Modelowe rozwiązanie prawne	554
12.6.1. Cechy modelowego rozwiązania prawnego <i>in abstracto</i>	554
12.6.2. „Lustrzane” błędy i „lustrzane” rozwiązania	556
12.6.3. Propozycje <i>de lege ferenda</i> w odniesieniu do systemu prawa amerykańskiego	558
12.6.4. Propozycje <i>de lege ferenda</i> w odniesieniu do systemu prawa UE	560

Wykaz skrótów	563
---------------	-----

Bibliografia	565
--------------	-----

Spis orzeczeń i decyzji	589
Wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej	589
Opinie Rzeczników Generalnych	592
Wyroki Sądu Unii Europejskiej	593
Decyzje Komisji Europejskiej	594
Wyroki Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych	597
Opinie Amicorum Curiae w postępowaniach przed Sądem Najwyższym USA	600
Wyroki federalnych sądów apelacyjnych	601
1. Obwodu	601
2. Obwodu	601

3. Obwodu	601
4. Obwodu	602
5. Obwodu	602
6. Obwodu	602
7. Obwodu	603
8. Obwodu	603
9. Obwodu	603
10. Obwodu	604
11. Obwodu	604
Wyroki federalnych sądów dystryktowych	604
Wyroki sądów stanowych	606
Kalifornii	606
Stanu Nowy Jork	606
Pozostałych stanów	606
Decyzje i nakazy FTC	607

# Wprowadzenie

## 1. Porozumienia pionowe w centrum europejskiej debaty

Zagadnienie dopuszczalności porozumień pionowych stanowi przedmiot szczególnego zainteresowania przedstawicieli doktryny prawa tak w Europie, Stanach Zjednoczonych, jak i w pozostałych państwach o rozwiniętych systemach prawa antymonopolowego. Niemal od początku refleksji nad prawem i ekonomią konkurencji trwa debata skupiona na kwestii możliwych antykonkurencyjnych skutków tychże praktyk. Ich podwójna natura nie budzi obecnie wątpliwości. Jak trafnie wskazała S. Marco Colino przypominają one Dr. Jekylla i Mr. Hyde'a prawa konkurencji<sup>1</sup>. Sprawnie funkcjonujące sieci dystrybucyjne, powstałe nie tylko w wyniku wertykalnej integracji, lecz także porozumień pionowych, stanowią kluczowy element gospodarki opartej na dobrobycie konsumenta<sup>2</sup>. Jednocześnie, potencjalnie negatywne skutki przynajmniej niektórych spośród tych porozumień, choć niekwestionowane, dalekie są od oczywistych. W odróżnieniu od karteli, porozumienia pionowe nie prowadzą bowiem do koncentracji siły rynkowej. Współczesne teorie ekonomiczne zwykły wiązać powstanie negatywnych skutków porozumień wertykalnych z siłą rynkową ich uczestników – dystrybutorów lub producentów, co z kolei jest warunkiem *sine qua non* ich wpływu na konkurencję międzymarkową. Wskazują jednak także na szereg innych czynników, które należy brać pod uwagę przy ocenie ich antykonkurencyjnej natury.

Role prawa konkurencji jest zapewnienie prawnych instrumentów pozwalających skutecznie rozróżnić pomiędzy antykonkurencyjnymi i pozostałymi (prokonkurencyjnymi lub niewywierającymi wpływu na konkurencję) porozumieniami pionowymi. Problem ten odnosi się nie tylko do ustanowienia właściwych

---

1 S. Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law*, Oxford–Portland 2010, s. 16.

2 Ch. Gheur, N. Petit, *Vertical Restraints and Distribution Agreements under EU Competition Law*, Bruksela 2011, s. 2.



rozwiązań prawnych w obszarze prawa materialnego, lecz także formalnego, związanych z egzekwowaniem reguł konkurencji (*enforcement*).

W prawie konkurencji UE ustalanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży klasyfikowane jest pośród najcięższych ograniczeń konkurencji (*hard core restraints*). Przyjmuje się, że porozumienia te mają anykonkurencyjny cel, stanowiąc tym samym naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wyrażonego w art. 101 ust. 1 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*<sup>3</sup>. Przekłada się to w praktyce na domniemanie bezprawności tego rodzaju praktyk. Domniemanie to może być wprowadzone uchyłone pod warunkiem spełnienia przez przedsiębiorcę biorącego udział w porozumieniu przesłanek wyłączenia indywidualnego, zawartego w art. 101 ust. 3 TFUE.

Restrykcyjne podejście prawa unijnego względem ustalania cen odsprzedaży towarów stanowi powód krytyki ze strony części przedstawicieli doktryny prawa<sup>4</sup>. W literaturze podkreśla się między innymi, że nie bierze ono dostatecznie pod uwagę prokonkurencyjnych skutków ustalania cen odsprzedaży, prowadząc tym samym do błędów typu I (fałszywe pozytywy). Podejście to krytykowane jest za formalizm wyrażający się w oderwaniu rozstrzygnięcia organu konkurencji od rzeczywistych ekonomicznych skutków danej praktyki przedsiębiorcy, w tym jej wpływu na realizację powszechnie uznawanego za najbardziej istotny celu prawa konkurencji,

3 Wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C, nr 326, z 26.10.2012, s. 47.

4 W odniesieniu do europejskich reguł konkurencji zob. m.in.: F. Wijckmans, F. Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford 2011, s. 140–141; A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, nr 4, s. 80, którzy jednak opowiadają się przeciwko wyłączeniu przedmiotowych praktyk z katalogu najcięższych ograniczeń konkurencji; P. Marsden, P. Whelan, *Re-examining Trans-atlantic Similarities and Divergences in Substantive and Procedural Competition Law*, „Sedona Conference Journal”, Fall 2009, No 10, s. 25; G. P. Kyprianides, *Should Resale Price Maintenance be Per Se Illegal*, „European Competition Law Review” 2012, vol. 33, Issue 8, s. 384–385; M. Maci, *The Assessment of RPM under EU Competition Rules: Certain Inconsistencies Based on a Non-substantive Analysis*, „European Competition Law Review” 2014, vol. 35, Issue 3, s. 109; M. Velez, *The Tenuous Evolution of Resale Price Maintenance*, „European Competition Law Review” 2011, vol. 32, Issue 6, s. 297; A. P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, „Fordham International Law Journal” 2011, vol. 33, Issue 4, s. 1300. Przedmiotem krytyki ze strony przedstawicieli krajowego piśmiennictwa było także restrykcyjne podejście polskiego prawa konkurencji, por. w szczególności: D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, „iKAR” 2013, nr 3(2), s. 8; J. Fidała, *Narzućcie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych*, „iKAR” 2012, nr 3(1), s. 26; Ł. Grzejdziak, *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczenie wolności gospodarczej*, [w:] W. Sz wajdler, H. Nowicka (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, Toruń 2009, s. 122–130; A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku*, „iKAR” 2012, nr 1(1), s. 33.

tj. maksymalizacji dobrobytu konsumenta. Na łamach piśmiennictwa nie brakuje jednak także głosów aprobujących aktualne podejście unijnego prawa konkurencji względem dopuszczalności pionowych porozumień cenowych<sup>5</sup>.

Zakres i sposób stosowania zakazu pionowych porozumień cenowych stanowią obszar najbardziej ewidentnej dywergencji pomiędzy europejskim i amerykańskim prawem antymonopolowym, które to porządki prawne mają charakter referencyjny dla wielu systemów prawa konkurencji na świecie. Rozbieżność ta powstała w roku 2007, gdy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wydał wyrok w sprawie Leegin<sup>6</sup>. Począwszy od tego momentu, uznawanego za ostateczny triumf szkoły chicagowskiej, pionowe porozumienia cenowe przestały być uznawane za zakazane *per se* na gruncie amerykańskiego federalnego prawa antymonopolowego. W zamian, ich dopuszczalność oceniana jest na podstawie reguły rozsądku.

Wydanie wyroku w sprawie Leegin przyczyniło się do wzmożenia dyskusji o potrzebie zmiany podejścia względem ustalania cen odsprzedaży towarów tak w Unii Europejskiej, jak i na gruncie wielu innych systemów prawa konkurencji na świecie<sup>7</sup>. W Europie dyskusja ta nabrała intensywności po wydaniu w 2018 r. przez Komisję Europejską, po kilkunastoletniej przerwie, kilku decyzji w sprawach ustalania cen odsprzedaży towarów<sup>8</sup>. Problem sposobu oceny dopuszczalności porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów nabiera istotnego znaczenia także w obszarze stosowania polskiego prawa antymonopolowego, zważywszy że, w odróżnieniu od praktyki Komisji Europejskiej, krajowy organ konkurencji poświęcał zawsze szczególnie dużo uwagi zwalczaniu tychże praktyk<sup>9</sup>.

5 Zob. m.in.: N. E. Zevgolis, *Resale Price Maintenance (RPM) in European Competition Law: Legal Certainty Versus Economic Theory?*, „European Competition Law Review” 2013, vol. 34, Issue 1, s. 25–32 i L. Peeperkorn, *Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies*, „European Competition Journal” 2008, vol. 4(1), s. 201–212.

6 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Leegin Creative Leather Prods v. PSKS Inc., 551 U.S. 877 (2007).

7 Por. m.in.: w odniesieniu do prawa chińskiego: Q. Bu, *Resale Price Maintenance (RPM) Agreements under AML 2008 – Per Se Illegal Treatment vis-a-vis the Rule of Reason Approach*, „International Review of Intellectual Property Law” 2015, vol. 46(5), s. 565–587; w odniesieniu do prawa brazylijskiego: P. Pugliese, M. Mundim, *Legal Uncertainty on Resale Price Maintenance: The Brazilian Experience Following the „SKF case”*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2014, vol. 5(7), s. 478–484, odnośnie do prawa koreańskiego: Yo Sop Choi, *The Per Se Rule on Minimum Resale Price Maintenance in Korea – a Time to Change*, „International Review of Intellectual Property Law” 2011, vol. 42(5), s. 570, w odniesieniu do prawa australijskiego: D. Poddar, K. Gill, *Australia: First Authorisation of Resale Price Maintenance?*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2016, vol. 7, No 3, s. 212–218.

8 Decyzje Komisji: z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 Philips, niepublikowana; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40465 Asus, niepublikowana; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40469 Denon i Marantz, niepublikowana; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 Pioneer; z 17 grudnia 2018 r. w sprawie AT.40428 Guess?, niepublikowana.

9 Przykładowo w latach 2011–2013 decyzje w przedmiocie ustalania cen odsprzedaży towarów stanowiły około 40–60% wszystkich pozytywnych decyzji dotyczących porozumień ograniczających konkurencję wydawanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ciągu roku.

## 2. Cel badań, hipoteza i pytania badawcze

Badania podjęte na potrzeby opracowania służyć mają w pierwszej kolejności rozstrzygnięciu wstępnej hipotezy badawczej o niespójności rozwiązań prawnych regulujących dopuszczalność pionowych porozumień cenowych w unijnym prawie konkurencji z celami, które osiągać ma ten system prawa. Jej weryfikacja będzie zatem równoznaczna z odpowiedzią na pytanie o prawdziwość opisanych powyżej zarzutów stawianych europejskiej regulacji dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów przez licznych przedstawicieli doktryny prawa konkurencji. W ujęciu bardziej szczegółowym pytanie to sprowadza się między innymi do rozstrzygnięcia, czy aktualne ramy prawne prowadzą do prawidłowych rezultatów z punktu widzenia założonych celów prawa konkurencji, czy też – przeciwnie – stanowią źródło błędów typu I (zbędne interwencje), ewentualnie typu II (brak niezbędnej interwencji)?

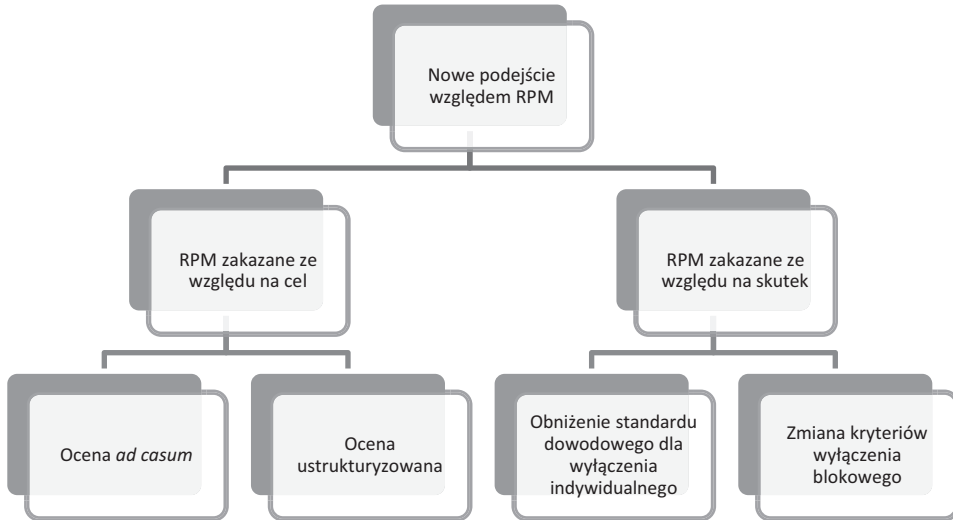
W przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia tak zakreślonej hipotezy badawczej celem dalszych badań jest opracowanie propozycji nowych europejskich i krajowych ram prawnych odnośnie do dopuszczalności pionowych porozumień cenowych. Zgodnie z przyjętym założeniem ramy te odpowiadać mają kryteriom prawidłowości i stosowalności. Za K. Kohutkiem przyjąć należy, że reguła jest prawidłowa, gdy jej „obowiązkiwanie pozwala na wystąpienie pożądaných skutków społeczno-ekonomicznych”<sup>10</sup>. W prawie antymonopolowym prawidłowość przekłada się na osiągnięcie stanu zgodności rozstrzygnięcia podjętego na podstawie przyjętego standardu oceny z przyjętymi założeniami aksjologicznymi. Z kolei, jak wskazał K. Kohutek, reguła jest stosowalna, gdy jest „łatwa, zrozumiała i mało kosztowna w zastosowaniu”<sup>11</sup>. Z kryterium stosowalności nieodzownie wiąże się także pewność prawa uzyskana w rezultacie stosowania proponowanego rozwiązania prawnego.

Nowe rozwiązanie prawne nie może być przy tym tworzone w oderwaniu od aktualnie obowiązujących ram prawnych regulujących dopuszczalność praktyk ograniczających konkurencję. Kolejnym założeniem odnoszącym się do kształtu opracowywanego standardu oceny dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów jest zatem jego realność. Oznacza to, że musi być ono możliwe do wprowadzenia, a nowe reguły stanowić powinny możliwie umiarkowaną modyfikację obowiązującego stanu prawnego. W związku z tym proceduralne i ustrojowe uwarunkowania stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję uznane zostały za stałe – niezmiennie. Ewentualne propozycje nowego podejścia względem dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów ograniczać się będą do zmian w obrębie prawa materialnego.

10 K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012, s. 35.

11 *Ibidem*, s. 40.

Osiągnięcie nakreślonego powyżej celu oznacza konieczność dokonania oceny potencjalnych scenariuszy zmian prawa pod kątem spełnienia tychże kryteriów. Już wstępna analiza możliwych kierunków zmian aktualnego podejścia prawa europejskiego względem ustalania cen odsprzedaży towarów pozwala na wyróżnienie czterech scenariuszy, które zaprezentowane zostały na diagramie poniżej:



**Rysunek 1.** Opcje zmian podejścia prawa unijnego względem ustalania cen odsprzedaży towarów

**Źródło:** opracowanie własne

Dwa pierwsze spośród nich wiążą się z postulowanym przez część przedstawicieli doktryny pozbawieniem ustalania cen odsprzedaży towarów statusu najcięższego ograniczenia konkurencji, a zatem z wyłonieniem tejże praktyki z katalogu praktyk zakazanych ze względu na cel (tzw. *object box*). W ramach tego rozwiązania rozważyć trzeba dwie możliwości. Po pierwsze, polegającą na dokonywaniu każdorazowej oceny skutków porozumienia bez założenia *a priori* konkretnych kryteriów takiej oceny. Druga spośród nich wiąże się z wprowadzeniem ustrukturyzowanej oceny dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów, a zatem oceny opartej na założonych *a priori* kryteriach szkodliwości (lub braku szkodliwości) tych praktyk dla konkurencji. Warunkiem jej wprowadzenia jest oczywiście możliwość uprzedniej identyfikacji tego rodzaju syntetycznych kryteriów.

Kolejną możliwością jest pozostawienie ustalania cen odsprzedaży towarów w ramach katalogu najcięższych ograniczeń konkurencji oraz zmiana kryteriów wyłączenia blokowego lub szersze faktyczne dopuszczenie możliwości stosowania względem ustalania cen odsprzedaży towarów wyłączenia indywidualnego ustanowionego w art. 101 ust. 3 TFUE. Pierwsze z tych rozwiązań zakłada implementację do treści właściwych regulacji unijnych dotyczących wyłączenia blokowego porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję kryteriów, które

pozwaląbyby skutecznie różnicować antykonkurencyjne i pozostałe cenowe porozumienia pionowe. Wprowadzenie drugiego rozwiązania mogłoby wiązać się z obniżeniem standardu dowodowego w obszarze jego stosowania.

Rozstrzygnięcie zarysowanej wyżej hipotezy badawczej wymaga między innymi rekonstrukcji aksjologicznych fundamentów europejskiego prawa konkurencji, nakierowanej na zidentyfikowanie aktualnych celów tych systemów prawa zarówno w warstwie deklaratywnej, jak i faktycznie realizowanych na gruncie rozstrzygnięć organów konkurencji. Następnie konieczne jest zbadanie poglądów przedstawicieli nauk ekonomicznych na makro- i mikroekonomiczne skutki ustalania cen odsprzedaży towarów, nakierowane w szczególności na identyfikację determinantów wpływu ustalania cen odsprzedaży towarów na konkurencję. Pierwszoplanowe znaczenie dla osiągnięcia celów opracowania mają jednak wnioski wynikające z badań komparatystycznych skupionych na porównaniu europejskich rozwiązań prawnych w zakresie dopuszczalności pionowych porozumień cenowych z analogicznymi rozwiązaniami obecnymi na gruncie prawa amerykańskiego. Diametralna zmiana amerykańskiego podejścia względem ustalania cen odsprzedaży towarów, dokonana we wspomnianej już sprawie *Leegin*, może być postrzegana jako wyznaczająca pożądany kierunek zmian po drugiej stronie Atlantyku. Rezultaty badań porównawczych mogą dostarczyć argumentów przemawiających tak za, jak i przeciw zmianom regulacji dopuszczalności tych praktyk w Europie. Analiza ekonomicznych i prawnych efektów zmiany paradygmatu względem dopuszczalności pionowych porozumień cenowych w USA pozwolić może także na określenie właściwego kierunku ewentualnych zmian. Poniżej zaprezentowana została metodyka użyta do przeprowadzenia tychże badań.

## 3. Uwagi metodologiczne

### 3.1. Założenia metody funkcjonalno-kontekstowej Ernsta Rabla

Badania przeprowadzone zostały z szerokim wykorzystaniem metod właściwych komparatystyce prawniczej. W szczególności zastosowano dorobek metody funkcjonalnej (funkcjonalno-kontekstowej) stworzonej przez Ernsta Rabla<sup>12</sup> i rozwijanej przez jego uczniów i kontynuatorów jego myśli<sup>13</sup>. Powstała w latach

12 E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, München 1925, reprint w: idem, *Gesammelte Aufsätze*, vol. 3, Tübingen 1967; idem, *On Institutes for Comparative Law*, „Columbia Law Review” 1947, vol. 47, s. 227.

13 Por. w szczególności: M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, ed. 2, München 1987, s. 25–27 oraz idem, *Comparative Law – Its Functions, Methods, and Usages*, „Arkansas Law Review & Bar Association Journal” 1968, vol. 22, No 3, s. 415; M. Schmitthoff, *The Science of Comparative Law*, „The Cambridge Law Journal” 1939, vol. 7, Issue 1, s. 94–110;

dwudziestych XX w. koncepcja funkcjonalno-kontekstowa wyrosła z krytycznego stosunku E. Rabla do dominującej wówczas w prawoznawstwie metody komparatystyki opisowej<sup>14</sup>, skupionej na formalno-dogmatycznej analizie norm prawnych porównywanych systemów prawa, typowej dla pozytywizmu prawniczego. Jej wady ukazały się Rablowi w całej okazałości w okresie jego pracy w licznych międzynarodowych gremiach prawniczych, w tym w międzynarodowych trybunałach oraz w ramach piastowania funkcji pierwszego niemieckiego delegata do powołanego przez Ligę Narodów Międzynarodowego Instytutu Unifikacji Prawa Prywatnego (UNIDROIT), w ramach którego pracował nad unifikacją prawa sprzedaży<sup>15</sup>.

Zdaniem E. Rabla zastosowanie analizy językowej w badaniach komparatystycznych nie prowadziło do zadowalających rezultatów, albowiem nie pozwalało na ustalenie rzeczywistych efektów zastosowania badanych norm prawnych do konkretnego stanu faktycznego<sup>16</sup>. W istocie, jak zauważył Rabel obserwując próby unifikacji prawa prywatnego, prawnicy wychowani w odmiennych kulturach prawnych nie byli w stanie analizować w sposób prawidłowy języka norm prawa obcego. Wpadali bowiem często w pułapkę własnych przyzwyczajęń językowych, nie będąc w stanie dostrzec wszystkich niuansów języka, w którym wyrażone było obce prawo. E. Rabel postulował konieczność wyjścia poza „fasadę języka” i skupienia się w zamian na analizie relacji, w jakich dane jednostki prawa lub instytucje prawne pozostają względem określonej sytuacji społecznej. Nawiązując do swojej metody E. Rabel podkreślił, że „praktyczne rozwiązania zasługują na znacznie większą uwagę, a ich porównanie przynosi znaczące korzyści w odniesieniu do większości zagadnień prawnych. Jeśli spojrzeć w ten sposób, podobieństwa okazują się wyjątkowo silne i głębokie”<sup>17</sup>.

Uwaga badacza powinna zatem służyć odpowiedzi na pytanie: w jaki sposób określone rozwiązania prawne zawarte w obcych porządkach prawnych są rzeczywiście stosowane? To z kolei wymaga jak najszerszej ich kontekstualizacji służącej w szczególności jak najpełniejszemu osadzeniu ich w rzeczywistości. Badacz powinien zatem poddać analizie całokształt czynników mających wpływ na stosowanie norm regulujących badane rozwiązanie prawne<sup>18</sup>. *Tertium comparationis* powinna przy tym stanowić społeczna funkcja tychże rozwiązań<sup>19</sup>.

K. Zweigert, *Methodological Problems in Comparative Law*, „Israel Law Review” 1972, vol. 7, Issue 4, s. 465–474.

14 Por. m.in. D. Gerber, *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language*, [w:] A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford–Portland 2001, s. 198.

15 Zob. E. Rabel, *Recht des Warenkaufs*, Berlin 1936 (t. I) i 1957 (t. II). Prace E. Rabla nad unifikacją prawa sprzedaży stworzyły podstawę do opracowania Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r. (konwencja wiedeńska) z 11 kwietnia 1980 r.

16 Por. m.in. D. Gerber, *Sculpting...*, s. 190 i 199.

17 E. Rabel, *Recht des Warenkaufs...*, t. I, s. 67.

18 *Ibidem*, s. 200.

19 *Ibidem* oraz R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008, s. 71.

Zwolenników funkcjonalnej metody prawa porównawczego łączy przekonanie, że poszczególne systemy prawne, o ile wniknąć pod fasadę języka, wypracowały podobne, jeśli nie te same, rozwiązania stosowane względem analogicznych stanów faktycznych. K. Zweigert, bazując na poglądach E. Rabla, zaproponował uniwersalistyczną koncepcję *praesumptio similitudinis*, wyrażającą się w założeniu, że różne społeczeństwa cechują podobne potrzeby, co przekłada się z kolei na konieczność stworzenia analogicznych instytucji służących ich zaspokajaniu. Tym samym uwaga prawnika komparatysty powinna być nakierowana na znajdowanie „funkcjonalnych odpowiedników” rozwiązań stosowanych w różnych porządkach prawnych<sup>20</sup>.

Mimo że metoda funkcjonalno-kontekstowa bywa krytykowana, jej podstawowe założenia zostały powszechnie zaakceptowane. Jak trafnie wskazał M. Reimann, nie budzi dziś wątpliwości konieczność uwzględniania szerokiego kontekstu stosowania rozwiązań prawnych systemów prawa obcego, obejmującego co najmniej ich ramy proceduralne i instytucjonalne. Jeśli natomiast celem badania jest poznanie głębszego znaczenia badanych rozwiązań prawnik powinien zbadać także ich uwarunkowania społeczno-ekonomiczne i kulturowe<sup>21</sup>.

### 3.2. Proces komparatystyczny (metoda funkcjonalno-kontekstowa)

Piśmiennictwo E. Rabla nie odnosi się szczegółowo do metodyki prowadzonych badań, ograniczając się do podania jej generalnych założeń<sup>22</sup>. Prób sformułowania elementów procesu komparatystycznego właściwego metodzie

20 Zob.: K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford 1998, s. 40. Koncepcja *praesumptio similitudinis* oprócz głosów ją aprobujących spotkała się także z krytyką. Zarzuca się jej między innymi brak obiektywizmu z uwagi na preferowanie skupienia się na podobieństwach kosztem różnic pomiędzy badanymi systemami prawa. Zwięzłego zestawienia głosów krytycznych dokonał R. Michaels w: *The Functional Method of Comparative Law*, [w:] M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, s. 369. Z kolei O. Brand poza opisanym wyżej zarzutem wskazał, że *praesumptio similitudinis* pogłębia redukcjonistyczną tendencję funkcjonalizmu, skłaniając badacza do marginalizacji kulturowo-historycznej specyfiki w zakresie, w którym rozwiązania badanych systemów prawnych pozostają ze sobą zbieżne. Por. O. Brand, *Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies*, „Brooklyn Journal of International Law” 2006–2007, vol. 32, s. 417–418.

21 M. Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, „American Journal of Comparative Law” 2002, vol. 50, No 4, s. 679. M. A. Glendon wskazała na funkcjonalizm jako na „najważniejszy dar, który prawo porównawcze podarowało 20-wiecznej nauce prawa”, zob. M. A. Glendon, P. Carozza, C. Picker, *Comparative Legal Traditions*, Saint Paul 2006, s. 17 oraz V. Grosswald Curran, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, „American Journal of Comparative Law” 1998, vol. 46, s. 43.

22 Jak wskazał W. Fikentscher, Rabel powiedział nawet, że „każdy dobry prawnik posiada własną metodę; po prostu nie chce o niej mówić”. Zob. idem, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. 1, Tübingen 1975, s. 10.

funkcjonalno-kontekstowej dokonywali kontynuatorzy dzieła E. Rabla. I tak G. Dannemann wyróżnił trzy zasadnicze jego fazy<sup>23</sup>. Pierwszą z nich jest selekcja, obejmująca wybór tematu badań, podstawy porównania oraz porządków prawnych, których normy lub instytucje prawne mają być porównywane. W ramach wyboru podstawy porównania należy określić jego przedmiot, w tym źródła, które mają być przedmiotem analizy. Autor ten zwrócił jednocześnie uwagę, że wybór podstawy porównania musi być dokonywany z założeniem minimalnego choćby podobieństwa porównywanych elementów składających się na przedmiot badań<sup>24</sup>. Kierujący się podejściem funkcjonalnym badacz powinien przede wszystkim analizować studia przypadków obejmujące przejawy zastosowania prawa obcego do sytuacji faktycznych powiązanych z tematem badania. Oczywiście nie wyklucza to konieczności włączenia do pola badawczego źródeł prawa, wyroków, decyzji administracyjnych, jako źródeł pierwotnych oraz dorobku piśmiennictwa stanowiącego źródła o charakterze drugoplanowym, a także zasobów pozaprawnych, o ile mają znaczenie dla tematu badania<sup>25</sup>.

Sposób wyboru badanych systemów prawnych uzależniony powinien być z kolei od celu i tematu badania. Częstym zabiegiem jest porównywanie rozwiązań właściwych jednemu bądź więcej systemom prawa kontynentalnego oraz, z drugiej strony, systemom opartym na *common law*, głównie amerykańskiemu lub brytyjskiemu. Coraz częściej też badacze zwracają się do systemów prawnych państw spoza kręgu zachodniej cywilizacji, w szczególności Japonii, Chin lub Indii<sup>26</sup>.

Kolejny etap procesu stanowi opis, w ramach którego szeroko przedstawić należy ramy prawne stanowiące przedmiot badania prawnoporównawczego. W zależności od szczegółowości badania, będą to wybrane normy, instytucje prawne lub całe systemy prawa. Należy także zaprezentować szeroki kontekst prawny, obejmujący te normy bądź instytucje prawne, które mają wpływ na stosowanie prawa będącego przedmiotem badania. Wreszcie wskazane jest uwzględnienie pozaprawnego kontekstu badanego zagadnienia, obejmującego, w zależności od jego tematyki, tło ekonomiczne, społeczne, polityczne, a nawet geograficzne lub religijne<sup>27</sup>.

Ostatni element badań stanowi analiza obejmująca objaśnienie podobieństw i różnic badanych rozwiązań prawnych. Na tym etapie, o ile celem badania jest zaproponowanie zmian w prawie, można dokonać próby aplikacji rozwiązań prawa obcego do analizowanego systemu prawnego<sup>28</sup>.

Szczegółowy model procesu komparatystycznego opartego na metodzie funkcjonalno-kontekstowej zaproponowali K. Zweigert i H. Kötz w klasycznym

23 G. Dannemann, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences*, [w:] M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, s. 406–418.

24 *Ibidem*, s. 407.

25 D. Gerber, *Sculpting...*, s. 207.

26 G. Dannemann, *Comparative Law...*, s. 411.

27 *Ibidem*, s. 414.

28 *Ibidem*, s. 417.



już opracowaniu *Introduction to Comparative Law*<sup>29</sup>. Zakłada on następujące etapy badań:

1. Zarysowanie określonego problemu badawczego, które obejmować może w szczególności nakreślenie hipotezy lub pytań badawczych. Problem badawczy powinien zostać zarysowany w ten sposób, by jego rozstrzygnięcie wymagało porównania rozwiązań prawnych o minimalnym chociażby poziomie podobieństwa. Ponadto autorzy wskazują na wynikający z koncepcji funkcjonalnej nakaz sformułowania problemu w sposób abstrakcyjny – w oderwaniu od rozwiązań prawnych obecnych w „macierzystym” systemie prawnym badacza. W pozostałym zakresie ograniczają się do zaleceń, by prawnik komparatysta w formułowaniu tematu badań wykazywał się odwagą i otwartością.
2. Zdefiniowanie zakresu prowadzonych badań (pola badawczego), co obejmuje w szczególności wybór porządków prawnych, których rozwiązania mają być porównywane. Oczywiście jest, że będzie on uzależniony przede wszystkim od rezultatu etapu pierwszego, a zatem od rodzaju sformułowanego problemu badawczego. Autorzy zwrócili uwagę na istnienie dojrzałych systemów prawnych, o charakterze referencyjnym, ustanawiającym wzorcowe rozwiązania, kopiowane następnie lub naśladowane na gruncie innych (powiązanych) porządków prawnych, tworząc rodzinę systemów prawnych. Jak wskazali, z reguły wystarczające będzie zbadanie jednego porządku z danej rodziny – w zależności od potrzeb – referencyjnego lub powiązanego. Na potrzeby badań komparatystycznych prawa prywatnego Zweigert i Kötz zasugerowali niezbędność zestawienia rozwiązań obecnych na gruncie porządków prawnych należących do wybranych rodzin, np. anglosaskiej oraz kontynentalnych – romańskiej i germańskiej. Reguła ta niekoniecznie powinna być stosowana w przypadku badań koncentrujących się na rozwiązaniach obecnych na gruncie pozostałych dziedzin prawa. Jednakże, w odniesieniu do prawa antymonopolowego, autorzy wyraźnie wskazali na potrzebę odniesienia się do systemu amerykańskiego jako jednego z referencyjnych<sup>30</sup>.
3. Porównanie rozwiązań obecnych na gruncie wybranych systemów prawnych. Poprzedza je pełny i obiektywny opis tychże rozwiązań dokonany odrębnie dla każdego z analizowanych porządków prawnych lub dla każdej badanej rodziny systemów prawa. Badacz ma na tym etapie powstrzymać się od ich krytycznej oceny. Właściwe porównanie, następujące bezpośrednio po opisie, stanowi najtrudniejszy element procesu. W jego ramach badacz dąży do identyfikacji podobieństw i różnic pomiędzy badanymi rozwiązaniami prawnymi. Zgodnie z zasadą funkcjonalności, prawnik komparatysta powinien skupić się wyłącznie na funkcji badanych rozwiązań prawnych,

29 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to...*, s. 34.

30 *Ibidem*, s. 40–42.

niejako odzierając je z kontekstu krajowego prawa, wychodząc poza ich „kontekst koncepcyjny” oraz doktrynalną otoczkę. W zamian dane rozwiązanie prawne powinno zostać osadzone w kontekście pozostałych porównywanych rozwiązań prawnych. Jeżeli porównanie doprowadzi do konkluzji, że podobne potrzeby społeczne zostały zapewnione na gruncie badanych systemów prawnych w inny sposób, należy zadać pytanie o przyczyny takiego stanu rzeczy<sup>31</sup>.

4. Skonstruowanie systemu na podstawie rezultatów dokonanego wcześniej porównania. System ten ma mieć uniwersalny, ponadnarodowy charakter i wynikać z uogólnienia cech badanych systemów lub rozwiązań prawnych. Jego powstanie, zgodnie z *praesumptio similitudinis*, odzwierciedlać ma próbę identyfikacji systemu prawa (bądź rozwiązania prawnego) o nadrzędnym charakterze, będącego efektem działania, które porównać można do wprowadzenia ułamków do wspólnego mianownika. Stworzenie takiego uniwersalnego systemu wymaga od prawnika komparatysty skonstruowania także swoistej składni i języka w oderwaniu od koncepcji zastanych na gruncie poszczególnych badanych systemów prawa<sup>32</sup>.
5. Krytyczna ocena rezultatów badań, nakierowana na określenie, które spośród badanych rozwiązań prawnych jest lepsze w świetle założonych uprzednio kryteriów. Etap ten może także doprowadzić do stworzenia propozycji nowego, optymalnego rozwiązania prawnego<sup>33</sup>.

### 3.3. Niedostatki i ograniczenia metody funkcjonalno-kontekstowej

Liczni przedstawiciele doktryny prawa zwracają uwagę na niedostatki metody funkcjonalno-kontekstowej. Poniżej przedstawione zostaną te spośród nich, które mogą mieć znaczenie dla ustalenia metodyki dalszych badań. I tak D. Gerber wskazał między innymi, że metoda funkcjonalno-kontekstowa skupia się na badaniu „artefaktów podejmowania decyzji”, a zatem gotowych rozwiązań prawnych, a nie na analizie procesów prowadzących do ich powstania. Ich badanie może być co najwyżej postrzegane jako część analizy kontekstu wprowadzenia określonego rozwiązania prawnego. Tym samym ujęcie, które proponuje metoda funkcjonalna, jest statyczne i nie daje poglądu na perspektywę rozwoju danego systemu czy rozwiązania prawnego<sup>34</sup>. O. Brand uznał ów, jak to określił „partykularyzm” metody funkcjonalnej za wadę pozorną. Jego zdaniem współczesne opracowania wykazały, że może ona skutecznie posłużyć do prowadzenia badań uwzględniających okoliczności historyczne i społeczno-ekonomiczne stosowania badanych rozwiązań

31 *Ibidem*, s. 43–44.

32 *Ibidem*, s. 44–46.

33 *Ibidem*, s. 46–47.

34 D. Gerber, *Sculpting...*, s. 205–206.

prawnych<sup>35</sup>. Jednak metoda funkcjonalna, zdaniem tego autora, odnosi się niemal wyłącznie do aktualnych problemów prawnych, nie pozwalając na skuteczne dokonywanie porównań w ujęciu diachronicznym<sup>36</sup>.

D. Gerber zwrócił także uwagę na silne związki metody funkcjonalno-kontekstowej z prawem prywatnym, a tym samym na jej niedostateczne dostosowanie do potrzeb prowadzenia badań w obszarze prawa publicznego i proceduralnego<sup>37</sup>. Rzeczywiście, jak trafnie zauważył O. Brand, pierwotnie metoda E. Rabla służyła dwóm celom – rozwiązaniu problemu kwalifikacji w obszarze prawa międzynarodowego prywatnego oraz unifikacji prawa handlowego. Dopiero jeden z kontynuatorów i uczniów Rabla, M. Rheinstein, zasugerował, że metoda ta może być stosowana ogólnie, w obszarze całego prawa porównawczego<sup>38</sup>. Metoda funkcjonalna zakłada konieczność identyfikacji określonej, niejako naturalnie występującej, sytuacji życiowej – stanu faktycznego, względem którego badane systemy prawa wytworzyły pewne rozwiązania prawne, które służyć mają rozwiązaniu danego problemu związanego z, zidentyfikowanym wcześniej, stanem faktycznym. Tymczasem na gruncie obszaru regulowanego przez prawo publiczne lub formalne tego rodzaju „naturalna” sytuacja życiowa nie musi występować. Stan faktyczny, do którego odnosi się badane rozwiązanie prawne, może stanowić pochodną zastosowania innego rozwiązania prawnego (np. w obszarze procedury) lub przyjętego *a priori* specyficznego systemu wartości.

Tę wadę metody funkcjonalnej dostrzegł trafnie O. Brand, który ujął ją jednak w znacznie szerszym kontekście. Jego zdaniem podstawowe założenie funkcjonalizmu, zgodnie z którym prawo stanowi instrument, w sposób racjonalny służący określonymu celowi, nie zawsze ma pokrycie w rzeczywistości. Określone rozwiązanie prawne może być bowiem dysfunkcyjne. Mogło zostać wprowadzone przez ustawodawcę nie po to, by rozwiązać rzeczywisty problem, lecz w celu stworzenia pozoru takiego rozwiązania. Po drugie, dany system prawny może po prostu nie przewidywać rozwiązania prawnego określonego problemu społecznego. Po trzecie dane rozwiązanie prawne może prowadzić do nieoczekiwanych rezultatów, pełniąc funkcje niezamierzone przez prawodawcę. Wreszcie może ono także, wraz z upływem czasu, utracić swoją pierwotną funkcję. W istocie, jak zauważył ów autor, nie wszystkie normy i doktryny są powiązane funkcjonalnie z życiem społecznym. Podobny problem dotyczy rozwiązań prawnych, które pełnią więcej niż jedną funkcję, również wtedy gdy w badanych porządkach prawnych to samo rozwiązanie prawne pełni odmienne funkcje<sup>39</sup>.

35 O. Brand, *Conceptual...*, s. 412–413.

36 *Ibidem*, s. 415.

37 D. Gerber, *Sculpting ...*, s. 205–206.

38 O. Brand, *Conceptual...*, s. 412 oraz M. Rheinstein, *Einführung...*, s. 25–27.

39 O. Brand, *Cultural Immersion...*, s. 415–416.