

Prawo

Ustalanie cen odsprzedaży towarów w prawie europejskim i amerykańskim

Studium prawnoporównawcze

Łukasz Grzejdziak



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



**WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO**

Łódź 2020

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

<https://doi.org/10.18778/8142-914-6>

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	
Zakaz porozumień ograniczających konkurencję w prawie UE	39
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

Wpływ porozumienia na konkurencję jako przestępstwo stosowania art. 101 ust. 1 TFUE	67
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

Ustalanie cen odsprzedaży towarów w unijnym prawie konkurencji	109
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 & 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

Egzekwowanie zakazu porozumień antykonkurencyjnych w prawie amerykańskim **337**

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

Właściwe porównanie	389
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 & 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 konkurencji¹. Sprawnie funkcjonujące sieci dystrybucyjne, powstałe nie tylko w wyniku wertykalnej integracji, lecz także porozumień pionowych, stanowią kluczowy element gospodarki opartej na dobrobycie konsumenta². 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*³. Przekłada się to w praktyce na domniemanie bezprawności tego rodzaju praktyk. Domniemanie to może być wprowadzone 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 prawa⁴. 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. Wijkmans, 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. Grzejdziaż, *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczenie wolności gospodarczej*, [w:] W. Szwajdler, 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 cenowych⁵.

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 Leegin⁶. 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 świecie⁷. W Europie dyskusja ta nabrała intensywności po wydaniu w 2018 r. przez Komisję Europejską, po kilkunastoletniej przerwie, kilku decyzji w sprawach ustalania cen odsprzedaży towarów⁸. 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 praktyk⁹.

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)?

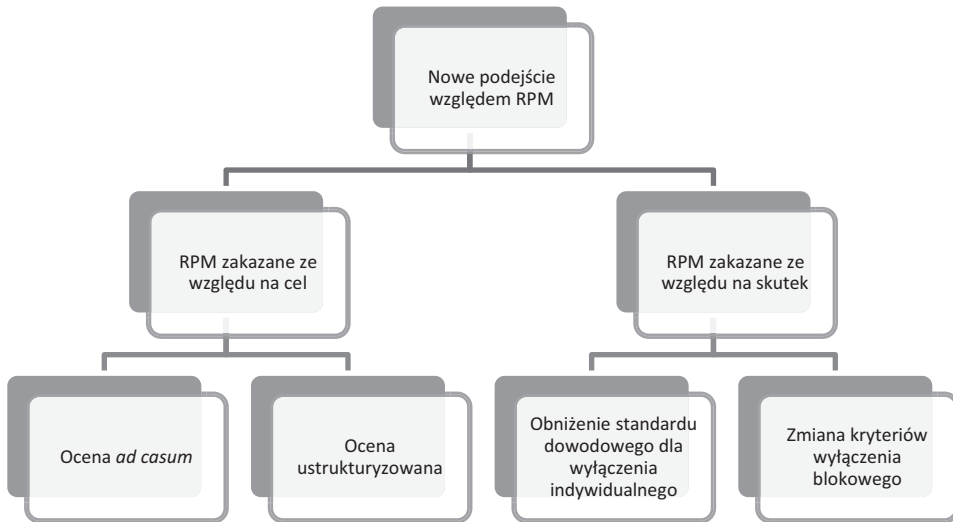
W przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia tak zakreślonej hipotezy badawczej celem dalszych badań jest opracowanie propozycji nowych europejskich i krajowych ram prawnych odnośnie do dopuszczalności pionowych porozumień cenowych. Zgodnie z przyjętym założeniem ramy te odpowiadać mają kryteriom prawidłowości i stosowalności. Za K. Kohutkiem przyjąć należy, że reguła jest prawidłowa, gdy jej „obowiązkiwanie pozwala na wystąpienie pożądaných skutków społeczno-ekonomicznych”¹⁰. 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”¹¹. 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 Rabla¹² i rozwijanej przez jego uczniów i kontynuatorów jego myśli¹³. 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 opisowej¹⁴, 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 sprzedaży¹⁵.

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 faktycznego¹⁶. 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”¹⁷.

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 prawne¹⁸. *Tertium comparationis* powinna przy tym stanowić społeczna funkcja tychże rozwiązań¹⁹.

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 prawnych²⁰.

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 kulturowe²¹.

3.2. Proces komparatystyczny (metoda funkcjonalno-kontekstowa)

Piśmiennictwo E. Rabla nie odnosi się szczegółowo do metodyki prowadzonych badań, ograniczając się do podania jej generalnych założeń²². Prób sformułowania elementów procesu komparatystycznego właściwego metodzie

20 Zob.: K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3rd 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 fazy²³. 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 badań²⁴. 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 badania²⁵.

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 Indii²⁶.

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 religijne²⁷.

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 prawnego²⁸.

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*²⁹. 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 referencyjnych³⁰.
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 rzeczy³¹.

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 prawa³².
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 prawnego³³.

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 prawnego³⁴. 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.

prawnych³⁵. Jednak metoda funkcjonalna, zdaniem tego autora, odnosi się niemal wyłącznie do aktualnych problemów prawnych, nie pozwalając na skuteczne dokonywanie porównań w ujęciu diachronicznym³⁶.

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 proceduralnego³⁷. 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. Rheinstejn, zasugerował, że metoda ta może być stosowana ogólnie, w obszarze całego prawa porównawczego³⁸. 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 określonej 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 funkcje³⁹.

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. Rheinstejn, *Einführung...*, s. 25–27.

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

3.4. Zastosowanie metody funkcjonalno-kontekstowej do prowadzonych badań

3.4.1. Uwagi ogólne

Wskazane powyżej niedostatki metody funkcjonalnej nie stoją na przeszkodzie jej skutecznemu zastosowaniu do przeprowadzenia badań komparatystycznych służących osiągnięciu celów stawianych przed książką. Użycie tej metody pozwoli na porównanie faktycznych rezultatów stosowania rozwiązań prawnych w zakresie dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów w prawie amerykańskim i europejskim oraz na uplasowanie ich w szerokim kontekście – społecznym, aksjologicznym i ekonomicznym. To z kolei umożliwi nie tylko ich dogłębne poznanie, lecz także ich krytyczną ocenę, a wreszcie na skonstruowanie systemu, który mógłby stanowić alternatywę dla systemu obowiązującego. Tym samym przeprowadzone na potrzeby opracowania badanie komparatystyczne realizować ma pięć funkcji, zgodnie z ujęciem zaproponowanym przez R. Michaelsa: epistemologiczną⁴⁰, porównawczą⁴¹, systemową⁴², ewaluacyjną⁴³ i krytyczną⁴⁴. Badanie nie będzie natomiast realizować funkcji unifikacyjnej, której wdrożeniu służyła metoda funkcjonalna w pierwotnym, Rablowskim ujęciu.

Realizacja pierwszej z założonych funkcji doprowadzić ma do szczegółowego poznania rozwiązań badanych systemów prawa w zakresie dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów. Przy tym jego przedmiotem będzie nie tylko stanowiące punkt wyjścia do dalszych rozważań „*law in books*”, a zatem język norm prawnych, lecz przede wszystkim sposób ich zastosowania („*law in action*”). Upraszczając, badania prowadzone będą według schematu zaproponowanego przez R. Michaelsa na podstawie koncepcji funkcjonalności w ujęciu epistemologicznym Ernsta Cassirera⁴⁵: $\alpha_1 \beta_1$, $\alpha_2 \beta_2$, $\alpha_3 \beta_3$, w którym:

- „ α ” oznacza określony problem (zagadnienie), w tym przypadku ustalenie cen odsprzedaży lub jeden z wariantów takiej praktyki, np. porozumienie o ustaleniu maksymalnej ceny odsprzedaży,
- „ α ” – badany porządek prawny, tj. amerykański i europejski,
- „ β ” – rozwiązanie danego problemu w danym systemie prawnym; innymi słowy odpowiedź danego systemu prawnego na określony problem prawny.

W ramach realizacji funkcji ewaluacyjnej badania posłużą do określenia, które spośród analizowanych rozwiązań prawnych lepiej realizuje zidentyfikowane uprzednio funkcje regulacji dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów. W ramach tak określonego *tertium comparationis* mieścić się będą wyróżnione

40 R. Michaels, *The Functional...*, s. 364–366.

41 *Ibidem*, s. 367–369.

42 *Ibidem*, s. 372–373.

43 *Ibidem*, s. 373–376.

44 *Ibidem*, s. 378–380.

45 *Ibidem*, s. 356.

wcześniej kryteria oceny – prawidłowości i stosowności. Realizacja ostatniej z wymienionych wyżej funkcji sprowadzać się będzie do krytycznej oceny badanych rozwiązań prawnych pod kątem spełnienia wyżej wymienionych kryteriów. Ukoronowaniem badań ma być stworzenie propozycji systemu, który odpowiadać ma wcześniej zdefiniowanym kryteriom.

Badania prowadzone będą zasadniczo na podstawie schematu procesu komparatystycznego Zweigerta i Kötz i, zgodnie z podstawowym założeniem metody funkcjonalnej, uwzględniać będą szeroki kontekst aksjologiczny i ekonomiczny badanych rozwiązań prawnych. Realizacja fundamentalnych założeń metody funkcjonalnej, które nakazują badać rzeczywiste efekty stosowania określonych rozwiązań prawnych, przekłada się na konieczność wyjścia poza zagadnienia prawa materialnego. Z tych powodów dalsze badania uwzględniać będą także opis szerokiego kontekstu proceduralnego i instytucjonalnego stosowania rozwiązań regulujących dopuszczalność ustalania cen odsprzedaży towarów w prawie amerykańskim i europejskim.

Metodyka badania zostanie dostosowana do jego celów oraz specyfiki europejskiego prawa ochrony konkurencji jako prawa publicznego. I tak, między innymi, w badaniu uwzględnić należy wielość oraz prawdopodobną częściową odmienną funkcji instytucji zakazu stosowania pionowych porozumień cenowych w badanych porządkach prawnych. Ponadto, należy wziąć pod uwagę, że funkcje te nie mają charakteru pierwotnego. W odniesieniu do prawa konkurencji bowiem uniwersalistyczne założenia teorii E. Rabla oparte na *praesumptio similitudinis* i nawiązujące do Kantowskiej wizji prawa doskonałego, nie w pełni się sprawdzają. Istniejące w poszczególnych porządkach prawnych rozwiązania problemu dopuszczalności pionowych porozumień cenowych stanowią, podobnie jak i inne rozwiązania prawne obecne na gruncie prawa konkurencji, pochodną przyjętych *a priori* założeń aksjologicznych. Nie można zatem twierdzić, że rozwiązania te stanowią „naturalną odpowiedź” prawa na potrzeby społeczne o powszechnym charakterze. Z tych przyczyn kluczowe znaczenie dla prowadzonych badań będzie miała analiza aksjologicznych podstaw poszczególnych badanych systemów prawa konkurencji, nakierowana na identyfikację celów przez nie zakładanych. Pozwoli to na wskazanie funkcji, które w założeniu realizować mają badane rozwiązania prawne w zakresie legalności ustalania cen odsprzedaży towarów, następnie na ocenę, czy funkcje te są rzeczywiście realizowane.

W części poświęconej aksjologicznym podstawom stosowania zakazu tychże porozumień, a zatem w zakresie identyfikacji celów europejskiego i amerykańskiego prawa konkurencji, wykorzystana zostanie perspektywa makrokomparatystyczna. W zasadniczej swojej części badania prowadzone będą natomiast w ujęciu mikrokomparatystycznym, nakierowanym na porównanie szczegółowych rozwiązań prawnych w zakresie dopuszczalności pionowych porozumień cenowych⁴⁶.

46 Więcej na temat specyfiki badań komparatystycznych w perspektywie makro i mikro w: K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to...*, s. 4–5; zob. także R. Tokarczyk, *Komparatystyka...*, s. 56–57.

Poniżej zaprezentowano szczegółowy tok oraz założenia dalszych badań. Pominie-ty zostanie etap pierwszy procesu, albowiem określenie podstawowego problemu badawczego oraz hipotezy badawczej nastąpiło już powyżej.

3.4.2. Zarysowanie pola badawczego

Zgodnie z założeniami metody funkcjonalno-kontekstowej zakresienie pola badawczego należy rozpocząć od identyfikacji stanów faktycznych (określonych sytuacji życiowych) będących podstawą do dokonywania porównań. W odniesieniu do przedmiotowego badania sytuację tę stanowi porozumienie pionowe zawarte pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą, polegające na ustaleniu ceny odsprzedaży towarów.

W ujęciu syntetycznym pojęcie to należy wstępnie odnieść do uzgodnienia, w jakiegokolwiek formie, dokonanego w układzie pomiędzy niezależnymi od siebie podmiotami gospodarczymi, działającymi na różnych szczeblach obrotu tym samym towarem (w tym także usługą lub innym dobrem podlegającym wymianie handlowej), w ramach zawartego przez nie porozumienia, którego przedmiotem jest ustalenie, w sposób bezpośredni lub pośredni, ceny jego odsprzedaży. Zastosowanie perspektywy mikrokomparatystycznej oraz immanentna dla metody funkcjonalnej konieczność przedstawienia szerokiego kontekstu badanych zagadnień wymaga objęcia badaniami wszystkich typów zachowań, które mieszczą się w zakresie pojęcia ustalania cen odsprzedaży towarów, tj.:

- 1) ustalenia ceny maksymalnej odsprzedaży,
- 2) ustalenia ceny minimalnej odsprzedaży,
- 3) ustalenia ceny sztywnej odsprzedaży,
- 4) udzielenia rekomendacji cenowej.

Nadto przedmiotem badania objęte zostały stany faktyczne, które noszą cechy podobieństwa do ustalania cen odsprzedaży towarów, Dotyczy to w szczególności klauzuli najwyższego uprzywilejowania (*most favorable nation clause*, MFN) oraz praktyki jednostronnej, polegającej na narzuceniu ceny odsprzedaży.

Głównym przedmiotem badania komparatystycznego będą rozwiązania prawne regulujące ww. stany faktyczne w amerykańskim i unijnym porządku prawnym. Dobór porządków prawnych wynika bezpośrednio z celów opracowania.

Powodem wyboru reguł konkurencji UE, jako jednego z badanych porządków prawnych, jest ich referencyjny charakter. Europejskie prawo konkurencji, stanowi, obok amerykańskiego prawa antytrustowego, jeden z dwóch najważniejszych wzorcowych systemów prawa konkurencji na świecie⁴⁷. Na europejskim prawie konkurencji wzorowane są systemy prawa konkurencji licznych państw

47 D. Gerber, *Comparative Antitrust Law*, [w:] M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, s. 1200. Ze względów stylistycznych na określenie reguł konkurencji UE będę posługiwał się w dalszej części książki także innymi, choć mniej poprawnymi językowo i mniej precyzyjnymi, określeniami, takimi jak: „europejskie prawo konkurencji” i „europejskie reguły konkurencji”. Stanowią one dosłowne tłumaczenie

członkowskich UE, które zaliczane są do jednej rodziny systemów prawa. Jego wpływ widać wyraźnie także w niektórych innych porządkach prawnych, również poza Europą, czego przykładem jest prawo konkurencji Republiki Południowej Afryki⁴⁸.

Podkreślić trzeba bliskie związki pomiędzy europejskim i polskim systemem prawa konkurencji, wyrażające się między innymi w zasadniczo tożsamej regulacji prawnej dopuszczalności pionowych porozumień cenowych na gruncie tych dwóch porządków prawnych. Począwszy od momentu akcesji Polski do Unii Europejskiej krajowe materialne prawo konkurencji stanowi niemal dokładne odwzorowanie analogicznej regulacji prawa europejskiego⁴⁹. Należy zatem założyć z dużym prawdopodobieństwem, że ewentualna modyfikacja krajowej regulacji prawnej w zakresie ustalania cen odsprzedaży towarów uwarunkowana jest uprzednią analogiczną zmianą prawa europejskiego⁵⁰.

Amerykańskie prawo antytrustowe stanowi z kolei najstarszy i najlepiej rozwinięty system prawa konkurencji na świecie. Jest prekursorem licznych instytucji

stosowanych powszechnie w piśmiennictwie anglojęzycznym, w tym amerykańskim, określeń „European Competition Law” i „European Competition Rules”.

- 48 Por. Competition Act No 89 z 1998 r. z późn. zmianami; dostępny <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/pocket-act-august-20141.pdf>; wpływ europejskich reguł konkurencji na prawo konkurencji RPA widoczny jest między innymi w południowoafrykańskiej koncepcji nadużycia pozycji dominującej uregulowanej w § 6 i następnych ustawy nr 89. Ustawodawca południowoafrykański przyjął dla jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję analogiczny termin jak prawodawca europejski. Podobnie jak w prawie UE stosowanie zakazu jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję uwarunkowane jest posiadaniem przez podmiot gospodarczy pozycji dominującej na rynku. Podobnie sformułowany został katalog praktyk stanowiących przejaw nadużycia pozycji dominującej. Częściowo odmiennie natomiast zostało sformułowane pojęcie pozycji dominującej. Opiera się ono wyłącznie na kryterium ilościowym, określonym przy tym na poziomie minimum 45% udziału w rynku, a zatem niższym aniżeli analogiczny próg domniemania posiadania pozycji dominującej wypracowany przez orzecznictwo sądów europejskich. W prawie południowoafrykańskim domniemanie posiadania pozycji dominującej zachodzi w odniesieniu do podmiotów posiadających co najmniej 35% udziału w rynku, jednak nie więcej niż 45%. Domniemanie to przedsiębiorca może obalić pod warunkiem, że wykaże iż nie posiada siły rynkowej. Podmioty posiadające mniej niż 35% udziału w rynku mogą zostać uznane za dominanta rynkowego tylko wtedy, jeśli organ konkurencji wykaże, że przedsiębiorca ten posiada siłę rynkową.
- 49 Por. m.in. Ł. Grzejdziak, *Komentarz do rozporządzenia z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 369–370.
- 50 Wpływ europejskich reguł konkurencji na prawo polskie widoczny jest nie tylko na poziomie stanowienia prawa, lecz także jego stosowania, co wyraźnie potwierdziło krajowe orzecznictwo – przykładowo w wyroku z 13.02.2007 r. w sprawie Hand-Prod SA w Warszawie (sygn. akt VI ACa 819/06, OSG 2007, nr 6, s. 82) Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał, że w braku uregulowań krajowych, ocena legalności porozumień pionowych powinna być dokonywana z uwzględnieniem europejskich reguł konkurencji, w tym również tych określonych w Wytocznych KE w sprawie ograniczeń wertykalnych.

i rozwiązań prawnych, które zaadaptowane zostały przez wiele innych systemów prawa. Dotyczy to zarówno instrumentów proceduralnych (np. instytucji *leniency*), jak i instytucji prawa materialnego. Mówiąc o referencyjnym charakterze tego porządku prawnego, należy zacząć od stwierdzenia, że nie ma na świecie systemu prawa konkurencji, który choćby pośrednio nie byłby inspirowany rozwiązaniami amerykańskiego prawa antytrustowego. To jego pionierskiemu dorobkowi zawdzięczać można wypracowanie fundamentalnych założeń aksjologicznych podzielanych przez większość systemów prawa konkurencji, a także podstawowej trójelementowej struktury norm, na której typowo opierają się systemy prawa konkurencji, a obejmującej: zakazy praktyk ograniczających konkurencję (wielostronnych i jednostronnych) oraz kontrolę koncentracji przedsiębiorców.

Dotyczy to w szczególności unijnych reguł konkurencji. Związki pomiędzy nimi a amerykańskim prawem antytrustowym sięgają ich początków i nawiązane zostały w szczególności za pośrednictwem prawa niemieckiego⁵¹. Proces transatlantyckiej konwergencji w obszarze prawa konkurencji toczy się od tego momentu z różną intensywnością. Cechą charakterystyczną owego procesu jest jego zasadniczo jednokierunkowy charakter – to dorobek amerykańskiej praktyki i doktryny prawa antytrustowego oddziałuje na europejskie reguły konkurencji i sposób ich stosowania.

Jak wskazał D. Gerber, poczucie supremacji amerykańskiego prawa antytrustowego nad pozostałymi systemami prawa konkurencji na świecie dominuje wśród amerykańskich teoretyków i praktyków tej dziedziny prawa⁵². Choć krytyka takiego stanowiska wydaje się uzasadniona, znaczeniu dorobku prawa amerykańskiego dla rozwoju prawa konkurencji na świecie nie sposób zaprzeczyć. Jak zauważył wspomniany autor, wpływ amerykańskiego antytrustu na inne systemy prawa konkurencji przejawia się w dwóch obszarach. Po pierwsze, prawo amerykańskie postrzegane jest jako znakomite źródło wiedzy (informacji), na co rzutuje wyjątkowe bogactwo orzecznictwa antymonopolowego i amerykańskiej literatury przedmiotu. Po drugie, oddziaływanie prawa amerykańskiego uwidacznia się na poziomie normatywnym, stanowiąc dla właściwych organów punkt odniesienia przy poszukiwaniu optymalnego rozstrzygnięcia konkretnych problemów prawa obcego. W tym sensie prawo amerykańskie odgrywa rolę „autorytetu”, którym można podeprzeć określone stanowisko⁵³.

Czynniki te sprawiają, że prawo amerykańskie szczególnie często wybierane jest jako referencyjny porządek prawny na potrzeby badań komparatystycznych w obszarze prawa konkurencji⁵⁴. Na zasadność wyboru tego porządku prawnego

51 Por. rozważania zawarte w rozdziale 10.

52 D. Gerber, *Comparative...*, s. 1201.

53 *Ibidem*, s. 1205.

54 Por. m.in.: S. Marco Colino, *Vertical...*; B. Jedličková, *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions. Theory and Practice in EU Competition Law and US Antitrust Law*, Cheltenham–Northampton 2016; C. Nagy, *EU and US Competition Law: Divided in Unity? The Rule on Restrictive Agreements and Vertical Intra-brand Restraints*, London–New York 2013.

jako referencyjnego dla badań w obrębie prawa antymonopolowego wskazali także K. Zweigert i H. Kötz⁵⁵. Obok tych powodów istnieją dwie równie ważne przyczyny wyboru amerykańskiego prawa antytrustowego jako punktu odniesienia do prowadzenia badań dotyczących prawnej dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów. Po pierwsze, obecne stanowisko amerykańskiego prawa antytrustowego względem tego rodzaju praktyk jest fundamentalnie odmienne od stanowiska prawa unijnego, co sprawia, że *eo ipso* stanowią one szczególnie wartościowy przedmiot badań komparatystycznych. Po drugie, choć zmiana paradygmatu prawa amerykańskiego w odniesieniu do dopuszczalności praktyki ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów nastąpiła relatywnie niedawno, to od wydania wyroku w sprawie Leegin upłynęło już jednak wystarczająco dużo czasu, by móc ocenić prawne i ekonomiczne skutki wprowadzonej nim zmiany.

W odniesieniu do prawa amerykańskiego badania koncentrują się na prawie federalnym. Ich przedmiotem są także, choć w ograniczonym zakresie, stanowe systemy prawa konkurencji. Brak prawnego obowiązku zapewnienia zgodności rozwiązań systemów prawa stanowego i federalnego sprawia bowiem, że każdy ze stanów może, co do zasady, swobodnie przyjąć czy to na gruncie prawa stanowego, czy orzecznictwa, własne rozwiązania prawne w odniesieniu do dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów. Rozwiązania przyjęte w poszczególnych stanach rzutować mogą w ten sposób na faktyczną możliwość stosowania pionowych porozumień cenowych na terenie całych Stanów Zjednoczonych. Przedsiębiorstwa planujące ogólnokrajowe strategie dystrybucyjne muszą bowiem brać pod uwagę, że wbrew szerszemu dozwoleniu takich praktyk w prawie federalnym, niektóre stany mogą jej nadal bezwzględnie zakazywać.

3.4.3. Właściwe porównanie (*proper comparison*)

Trzeci etap procesu komparatystycznego obejmujący porównanie rozpoczyna opis obowiązujących rozwiązań w zakresie dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów w badanych porządkach prawnych. Oczywiście jest, że opis ten nie może ograniczać się do prezentacji norm prawnych regulujących *sensu stricto* zakaz ustalania cen odsprzedaży. Niezbędne jest przedstawienie szerszego spektrum regulacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję, obejmującego co najmniej: jego zakres przedmiotowy i podmiotowy, przesłanki jego stosowania oraz, w prawie europejskim, konstrukcję wyłączeń od jego stosowania. Zgodnie z wymogami metodyki funkcjonalnej opis nie ogranicza się do języka norm prawnych, a obejmuje także szeroki materiał orzeczniczy.

Specyfika prawa konkurencji nakazuje modyfikację założeń metody funkcjonalno-kontekstowej. Polega ona na przyjęciu koncepcji dynamicznego, w miejsce statycznego, opisu badanych rozwiązań prawnych. Oznacza to odejście od klasycznego założenia, zgodnie z którym proces kształtowania się określonych rozwiązań prawnych, a zatem ich kontekst historyczny, powinien być zaprezentowany

55 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to...*, s. 40–42.

na kolejnym etapie procesu komparatystycznego, w ramach analizy kontekstowej. Oba badane systemy prawne rozwijały się bowiem w znacznej mierze w następstwie ewolucji orzecznictwa sądowego, a nie zmian legislacyjnych. Proces ten ma charakter ciągły, a przy tym często nieliniowy – taki, w którym kolejne orzeczenia modyfikują lub, częściej, doprecyzowują i uzupełniają wcześniejszy stan prawny. Przy tym na pełen obraz stanu prawnego dotyczącego dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów wpływ mają orzeczenia wydawane nie tylko w sprawach dotyczących tych praktyk, lecz także w szczególności w sprawach innych porozumień ograniczających konkurencję.

Tym samym odtworzenie obowiązującego stanu prawnego nie jest możliwe bez diachronicznej analizy obejmującej wielość przejawów stosowania prawa konkurencji. Dotyczy to w szczególności amerykańskiego prawa antytrustowego, którego normatywne podstawy pozostają zasadniczo niezmienione od 1890 r., a zasada *stare decisis*, zapewniając względną stabilność linii orzeczniczych, nadaje orzecznictwu szczególną rangę.

Opis badanych rozwiązań prawnych obejmuje także proceduralne i ustrojowe aspekty ich stosowania. Uwaga skierowana została na te instytucje prawa formalnego i ustrojowego, które wywierają faktyczny wpływ na stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję względem ustalania cen odsprzedaży towarów w badanych porządkach prawnych, w tym na:

1. Model egzekwowania prawa konkurencji;
2. Ustrój i kompetencje organów właściwych w sprawach konkurencji;
3. Prawną regulację postępowań w sprawach z zakresu ochrony konkurencji;
4. Sposób dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji;
5. Uprawnienia stron postępowań w sprawach dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji;
6. Standard dowodowy;
7. Ciężar i rozkład dowodu.

Stosownie do założeń metody kontekstowo-funkcjonalnej opis badanych rozwiązań prawnych przeprowadzony w ujęciu dynamicznym, z uwzględnieniem proceduralnych i ustrojowych aspektów ich stosowania, stanowi najbardziej obszerny element książki. Przyjęto schemat, w którym w pierwszej kolejności przedmiotem analizy dokonywanej w ramach określonego zagadnienia będzie prawo unijne, a następnie amerykańskie. Takie ujęcie uwarunkowane jest podstawowymi celami badania rozumianymi jako ocena sposobu stosowania europejskiego prawa konkurencji względem ustalania cen odsprzedaży towarów, a następnie, jeżeli to konieczne – opracowanie propozycji jego zmiany. Z tych przyczyn to prawo europejskie porównane zostanie do amerykańskiego, a nie odwrotnie.

Założenia metodologiczne badań rzutują na obszerność i wielopłaszczyznowy charakter wywodów zawartych w książce. Pierwsze cztery rozdziały poświęcone zostały prezentacji szeroko pojętej instytucji zakazu ustalania cen odsprzedaży towarów w europejskim prawie konkurencji. Rozdział 1 obejmuje omówienie treści i konstrukcji zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE, w tym jego podmiotowych oraz jurysdykcyjnych

przesłanek. Odrębnie – w rozdziale 2 – omówiona została przesłanka wpływu porozumienia na konkurencję, a ponadto treść i sposób stosowania wyłączenia indywidualnego od zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wyrażonego w art. 101 ust. 3 TFUE oraz normatywne założenia konstrukcji wyłączeń blokowych od tego zakazu. Rozdział 3 zawiera wyczerpującą prezentację orzecznictwa sądów unijnych i praktyki Komisji Europejskiej w zakresie porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów. Innym jego elementem jest omówienie sposobu stosowania względem tego rodzaju praktyk europejskiej regulacji wyłączenia blokowego porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Rozdział 4 zawiera zarys ustrojowych i proceduralnych aspektów stosowania europejskich reguł konkurencji.

Kolejne cztery rozdziały poświęcone zostały podobnym zagadnieniom w obrębie amerykańskiego prawa antytrustowego. Rozdział 5 zawiera analizę treści i sposobu stosowania zakazu antykonkurencyjnych porozumień wyrażonego w § 1 ustawy Shermana. Kolejne dwa rozdziały obejmują proces rozwoju ustawodawstwa, a przede wszystkim formowania się judykatury sądów amerykańskich dotyczącej ustalania cen odsprzedaży towarów. Przy tym rozdział 6 obejmuje okres do końca lat siedemdziesiątych XX w., a zatem do momentu, w którym rozpoczęła się stopniowa liberalizacja podejścia względem tego rodzaju praktyk i względem porozumień wertykalnych w ogóle. Rozdział 7 zawiera prezentację rozwoju orzecznictwa dotyczącego ustalania cen odsprzedaży towarów, począwszy od tego momentu, oraz aktualnych rozwiązań prawnych w zakresie dopuszczalności tych praktyk. Kolejny rozdział stanowi odpowiednik rozdziału 4 w odniesieniu do prawa amerykańskiego i zawiera zarys ustrojowych i proceduralnych aspektów stosowania prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych.

Opis badanych rozwiązań prawnych pozwala określić rzeczywisty sposób ich stosowania, stanowiąc wstęp do właściwego ich porównania. Właściwe porównanie, stanowiące kulminacyjny moment procesu komparatystycznego, nakierowane jest na identyfikację rezultatów rozwiązań stosowanych rzeczywiście w danym porządku prawnym względem poszczególnych objętych badaniem typów stanów faktycznych. Etap ten nie obejmuje jednak ocen wartościujących. Właściwe porównanie, któremu poświęcony został rozdział 9, zawiera zwięzłą rekonstrukcję stanu prawnego dotyczącego dopuszczalności badanych praktyk na gruncie przyjętych referencyjnych systemów prawa, a także identyfikację podobieństw i różnic pomiędzy nimi. Pozwala to na sformułowanie pytania o ich przyczyny, a ponadto umożliwia identyfikację funkcji, jakie realizowane są przez badane rozwiązania prawne.

3.4.4. Analiza kontekstowa

Porównanie badanych systemów prawnych oraz postawienie pytania o przyczyny rozbieżności pomiędzy rozwiązaniami przez nie przyjętymi, stanowi punkt wyjścia do przedstawienia szerokiego kontekstu badanych rozwiązań prawnych. Obejmuje

ono między innymi prezentację aksjologicznych podstaw obu systemów prawa konkurencji objętych porównaniem oraz ich wpływu na kształt przyjętych na ich gruncie regulacji dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów tak aktualnie, jak i w ujęciu historycznym. Aksjologiczne podstawy europejskiego i amerykańskiego systemu prawa konkurencji przedstawione zostały w rozdziale 10.

Szczególne znaczenie dla osiągnięcia celów badań ma także zaprezentowanie ekonomicznego kontekstu regulacji dopuszczalności pionowych porozumień cenowych, obejmującego przede wszystkim poglądy nauk ekonomicznych na skutki ich stosowania, w tym także okoliczności, które przesądzają o sposobie ich oddziaływania na konkurencję na rynku. Zagadnieniom tym poświęcony został rozdział 11.

3.4.5. Ewaluacja badanych rozwiązań prawnych i konstrukcja modelowego systemu

Ocena badanych rozwiązań prawnych służy określeniu, które spośród nich w sposób pełniejszy realizuje założone uprzednio kryteria prawidłowości i stosowności. Innymi słowy, etap ten pozwala ustalić, czy i z jaką intensywnością ich stosowanie prowadzi do powstania błędów określonego typu (fałszywe negatywy i fałszywe pozytywy). Ocena badanych rozwiązań prawnych wymaga uprzedniego określenia celów, które mają one w założeniu osiągnąć, a które wynikają z wzorców normatywnych odtworzonych na podstawie dokonanego uprzednio porównania poszczególnych rozwiązań prawnych z uwzględnieniem ich kontekstu aksjologicznego. Cele te wyznaczają bowiem treść kryterium prawidłowości.

Ewaluacja pozwala także wyłonić cechy, które powinny charakteryzować rozwiązanie prawne optymalne z punktu widzenia przyjętych kryteriów oceny. Dotyczy to w szczególności określenia okoliczności, od których uzależniony jest wpływ na konkurencję pionowych porozumień cenowych. To z kolei umożliwia sformułowanie kryteriów różnicujących pomiędzy porozumieniami o skutkach anty- i prokonkurencyjnych oraz dokonanie próby ujęcia ich w język norm prawnych, a także w ramach jednego z rozważanych wariantów modyfikacji obowiązującego stanu prawnego, tak by w sposób najbardziej pełny spełnić wymogi postawione nowemu rozwiązaniu prawnemu.

Ewaluacja i konstrukcja modelowego systemu zawarta została w ostatnim rozdziale książki. Zawiera on końcowe wnioski wynikające z badania prawno-porównawczego, stanowiąc tym samym zwieńczenie i podsumowanie procesu komparatystycznego przeprowadzone z uwzględnieniem wniosków płynących z wcześniejszych jego etapów. Rozdział 12 zawiera wpierv krytyczną ocenę badanych rozwiązań prawnych, która skonfrontowana została z ocenami przedstawicieli europejskiej i amerykańskiej doktryny prawa konkurencji. Na podstawie rezultatów ewaluacji opracowane zostały cechy modelowego rozwiązania prawnego *in abstracto*. Następnie, wskazano propozycje zmian prawa europejskiego i, choć wykracza to poza główny cel badań – prawa amerykańskiego.

Książka uwzględnia stan prawny i stan badań na dzień 1 sierpnia 2019 r.

Rozdział 1

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję w prawie UE

1.1. Treść i konstrukcja przepisu art. 101 ust. 1 TFUE

Konstrukcja zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wyrażonego w przepisie art. 101 ust. 1 TFUE, oparta jest na klauzuli generalnej, na mocy której niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, mogące wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego. W dalszej kolejności przepis zawiera otwarty katalog zakazanych praktyk wskazując, że zakaz obejmuje w szczególności te porozumienia, które polegają na:

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;
- b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;
- c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;
- d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;
- e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaj handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

Zgodnie z treścią art. 101 ust. 2 TFUE porozumienia lub decyzje zakazane na mocy artykułu 101 ust. 1 traktatu są nieważne z mocy prawa. Przepis art. 101 ust. 3 TFUE ustanawia z kolei tzw. wyłączenie indywidualne od zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1, stwierdzając, że jego postanowienia mogą zostać uznane za niemające zastosowania do:

- każdego porozumienia lub kategorii porozumień między przedsiębiorstwami,
- każdej decyzji lub kategorii decyzji związków przedsiębiorstw,
- każdej praktyki uzgodnionej lub kategorii praktyk uzgodnionych,

które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez:

- a) nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- b) dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

Przyjęcie metody regulacji opartej na generalnym zakazie zawierania antykonkurencyjnych porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych, a następnie wprowadzenie, na zasadzie wyjątku, wyłączenia od tego zakazu dokonane zostało pod silnym wpływem ideologii ordoliberalnej¹. W okresie, w którym prowadzono prace nad przyjęciem traktatu rzymskiego koncepcje te zajmowały istotne miejsce w europejskiej dyskusji na temat modelu relacji państwo–gospodarka, w szczególności w odniesieniu do ochrony konkurencji². Ordoliberalowie, którzy odegrali pierwszoplanowe znaczenie w formowaniu się zrębów aksjologicznych niemieckiego prawa antykartelowego, aktywnie włączyli się w prace nad kształtem europejskich reguł konkurencji. W ten sposób ordoliberalny postulat silnego państwa stojącego na straży podstawowych wartości gospodarki rynkowej – wolności gospodarczej i konkurencji – przełożył się na przyjęcie potencjalnie nieograniczonego zakresu zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Zastosowanie zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE uwarunkowane jest spełnieniem łącznie trzech następujących przesłanek:

1. Zgodności woli (*concurrence of wills*) przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw;
2. Ograniczenia konkurencji;
3. Wpływu praktyki na handel między państwami członkowskimi UE.

Treść tych elementów omówiona zostanie poniżej. Ze względu na obszerność, zagadnienie ograniczenia konkurencji zaprezentowano w kolejnym rozdziale książki. Zakres prezentowanych rozważań będzie ograniczony do zagadnień mających najbardziej istotne znaczenie dla celów opracowania. Ze względów prezentacyjnych pierwsza z przesłanek omówiona zostanie w podziale na dwa elementy, odnoszące się odpowiednio do pojęć: zgodności woli oraz przedsiębiorstwa.

1 Podobnie: D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford 2012, s. 106.

2 Por. rozważania zawarte w rozdziale 10.

1.2. Zgodność woli uczestników porozumienia

1.2.1. Formy uzgodnień dokonywanych między przedsiębiorstwami

Zakaz wyrażony w art. 101 ust. 1 TFUE odnosi się do wszelkich form koordynacji zachowań niezależnych przedsiębiorstw, które w języku przepisu ujęte zostały jako porozumienia, decyzje związków przedsiębiorstw oraz praktyki uzgodnione. Przy tym, jak wyjaśnił Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Komisja v. Anic Participazioni*,

z porównania pojęcia „porozumienia” i definicji „praktyki uzgodnionej” wynika wniosek, że, z subiektywnego punktu widzenia, służą one objęciu form koordynacji o tym samym charakterze, które można rozróżnić pod kątem ich intensywności i form, w których się przejawiają³.

Tak szerokie ujęcie form praktyk objętych zakazem służy zapobieżeniu możliwości omijania zakazu porozumień ograniczających konkurencję przez przedsiębiorstwa⁴.

Jak wyjaśnił Sąd UE w sprawie *Bayer*,

aby można było mówić o porozumieniu w znaczeniu art. 85 ust. 1 Traktatu [obecnie art. 101 ust. 1 TFUE – Ł. G.], wystarcza, aby dane przedsiębiorstwa wyraziły wspólną wolę dotyczącą zachowywania się na rynku w określony sposób⁵.

Przy tym,

koncepcja porozumienia w rozumieniu artykułu 85 ust. 1 Traktatu, tak jak jest ona interpretowana przez orzecznictwo, skupia się wokół istnienia zgodności woli pomiędzy co najmniej dwiema stronami, której forma pozostaje bez znaczenia, jeżeli tylko stanowi wierny wyraz intencji stron⁶.

3 Wyrok w sprawie C-49/92 P, *Komisja v. Anic Participazioni*, EU:C:1999:356, pkt 131.

4 Podobnie: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, ed. 9, Oxford 2018, s. 101–102; S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application And Measurement*, ed. 3, London 2010, s. 163; W. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Berlin–Heidelberg 2016, s. 243.

5 Wyrok w sprawie T-41/96, *Bayer AG v. Komisja* (Adalat), ECLI:EU:T:2000:242, pkt 68 oraz wyroki TSUE: w sprawach: 41/69, *ACF Chemiefarma v. Komisja*, ECLI:EU:C:1970:71, pkt 112; w sprawach połączonych od 209/78 do 215/78 i 218/78, *Van Landewyck i in. v. Komisja*, ECLI:EU:C:1980:248, pkt 86; zob. także wyroki Sądu UE w sprawach: T-7/89, *Hercules Chemicals v. Komisja*, ECLI:EU:T:1991:75, pkt 256 oraz T-208/01, *Volkswagen AG v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:326, pkt 30.

6 Wyrok w sprawie T-41/96, *Bayer AG v. Komisja* (Adalat), ECLI:EU:T:2000:242, pkt 68, zob. także wyroki w sprawach T-208/01, *Volkswagen AG v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:326, pkt 31, T-18/05, *IMI i in. v. Komisja*, EU:T:2010:202, pkt 88 oraz T-216/13, *Telefónica, SA v. Komisja*, ECLI:EU:T:2016:369, pkt 98.

Jednocześnie, jak wyjaśnił TSUE w sprawie *Activision Blizzard v. Komisja*,

standard dowodów wymagany w celu wykazania istnienia antykonkurencyjnego porozumienia w ramach stosunku wertykalnego nie jest co do zasady wyższy niż ten wymagany w ramach stosunku horyzontalnego⁷.

Jak zauważył Trybunał w tej sprawie

oczywiście prawdą jest, że elementy, które mogłyby w konkretnym przypadku umożliwić stwierdzenie istnienia antykonkurencyjnego porozumienia w ramach stosunku horyzontalnego, mogą okazać się niewłaściwe, aby wykazać istnienie takiego porozumienia w ramach stosunku wertykalnego pomiędzy producentem i dystrybutorem, zważywszy, że w ramach takiego stosunku wymiana pewnych informacji jest uzasadniona, niemniej jednak istnienie sprzecznego z prawem porozumienia należy oceniać w świetle całości istotnych czynników oraz w kontekście prawnym i gospodarczym właściwym dla danego przypadku. Zagadnienie, czy dany dowód umożliwia wykazanie, że zostało zawarte porozumienie niezgodne z art. 81 ust. 1 WE, czy też tego nie umożliwia, nie może zatem zostać rozstrzygnięte w sposób abstrakcyjny, w zależności od tego, czy chodzi o stosunek wertykalny, czy horyzontalny, w oderwaniu tego elementu od kontekstu i innych czynników właściwych dla danej sprawy⁸.

W toku rozwoju orzecznictwa jako porozumienia kwalifikowane były różne formy uzgodnień dokonywanych pomiędzy przedsiębiorstwami, w tym: umowy⁹, „umowy dżentelmeńskie”¹⁰, uzgodnienia dokonywane ustnie¹¹, wytyczne¹² i wymiana korespondencji między stronami¹³.

Podobnie jak „porozumienie”, termin „decyzje związków przedsiębiorstw” nie posiada definicji traktatowej. Jego wykładnia jest szeroka i funkcjonalna obejmując w istocie wszelkiego rodzaju formy działań, które prowadzą do uzgodnienia zachowań przedsiębiorstw i podejmowane są w ramach jakichkolwiek organizacji je grupujących. Jak trafnie wskazał rzecznik generalny Leger w opinii w sprawie *Wouters*,

7 Wyrok w sprawie C-260/09 P, *Activision Blizzard Germany GmbH v. Komisja*, ECLI:EU:C:2011:62, pkt 71.

8 *Ibidem*, pkt 72.

9 Wyrok w sprawie 277/87 *Sandoz Prodotto Farmaceutici SpA v. Komisja* ECLI:EU:C:1990:6.

10 Wyroki w sprawach: 41/69, *ACF Chemiefarma v. Komisja*, ECLI:EU:C:1970:71, T-141/89, *Tréfileurope v. Komisja* ECLI:EU:T:1995:62, T-66/99, *Minoan Lines SA v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:337.

11 Zob. m.in. wyroki w sprawie: 28/77, *Tepea v. Komisja* ECLI:EU:C:1978:133 oraz w sprawach połączonych: T-25-26/95, T-30-32/95, T-34-39/95, T-42-46/95, T-48/95, T-50-65/95, T-68-71/95, T-87-88/95, T-103-104/95, *Cimenteries CBR SA v. Komisja* ECLI:EU:T:2000:77.

12 Decyzja Komisji z 14 grudnia 1999 r. w sprawie IV/34.237/F3 – *Anheuser-Busch Inc.*, Dz. Urz. L, nr 49, z 2000 r., s. 37.

13 Decyzja Komisji z 30 października 2002 r. w sprawie COMP/35.706 PO, *Nintendo* (Dz. Urz. L, nr 255, z 2003 r., s. 33), utrzymana w mocy wyrokiem T-18/03, *CD-Contact Data v. Komisja* ECLI:EU:T:2009:132 i wyrokiem C-260/09 P, *Activision Blizzard Germany GmbH v. Komisja* ECLI:EU:C:2011:62.

co do zasady, związek składa się z przedsiębiorstw tego samego typu i odpowiedzialny jest za reprezentowanie i obronę ich wspólnych interesów względem interesów innych graczy rynkowych, władz publicznych i ogółu społeczeństwa¹⁴.

Związki przedsiębiorstw nie muszą być przy tym zarejestrowane, posiadać osobowości prawnej czy wykonywać działalności o zarobkowym charakterze, aby ich decyzje mieściły się w zakresie zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE¹⁵. Za związki przedsiębiorstw uznawane były na gruncie orzecznictwa nie tylko dobrowolne zrzeszenia przedsiębiorstw¹⁶, lecz także korporacje zawodowe¹⁷, związki zawodowe¹⁸ i sportowe¹⁹ organizacje płatnicze²⁰ oraz organizacje grupujące związki przedsiębiorstw²¹. Z kolei jako decyzje związków przedsiębiorstw klasyfikowane były ich akty założycielskie²², regulacje wewnętrzne związków przedsiębiorstw dotyczące sposobu wykonywania ich działalności²³, jak i umowy zawierane przez te związki²⁴.

Do treści pojęcia praktyki uzgodnionej Trybunał odniósł się po raz pierwszy w wyroku w sprawie ICI v. Komisja, w którym wskazał, że dotyczy ono „formy współpracy pomiędzy przedsiębiorstwami, która nie posłużyła jeszcze do zawarcia porozumienia we właściwym sensie, jednak świadomie pozwala zastąpić ryzyko wiążące się z konkurencją, praktyczną współpracą”²⁵. Z kolei w orzeczeniu Suiker Unie v. Komisja, stwierdził on, że praktyką uzgodnioną jest

14 Opinia Rzecznika Generalnego Legera w sprawie C-309/99 Wouters i in., ECLI:EU:C:2001:390, pkt 61.

15 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 118; J. Faull, L. Kjølbye, H. Leupold, A. Nikpay, *Article 101*, [w:] J. Faull, A. Nikpay (eds.), *The EU Law of Competition*, ed. 3, Oxford 2014, s. 218; W. Frenz, *Handbook...*, s. 265–266; R. Whish, D. Bailey, *Competition...*, s. 93; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text Cases and Materials*, ed. 6, Oxford 2016, s. 139.

16 Decyzja Komisji z 2 grudnia 1977 r. w sprawie IV/147 Rijwielhandel, Dz. Urz. L, nr 20, z 1978 r., s. 18.

17 Wyrok w sprawie C-309/99 Wouters i in., ECLI:EU:C:2002:98.

18 Wyrok w sprawie T-217/03 i T-245/03, FNCBV v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:391.

19 Decyzja Komisji z 23 lipca 2002 r. w sprawie COMP/C.2-37.398 – Liga Mistrzów UEFA, Dz. Urz. L, nr 291, z 2003 r., s. 25.

20 Wyrok w sprawie T-111/08, MasterCard *et al.* v. Komisja, ECLI:EU:T:2012:260 oraz C-382/12 P – MasterCard *et al.* v. Komisja, ECLI:EU:C:2014:2201, a także decyzja Komisji z 24 lipca 2002 r. w sprawie COMP/29373 – Ibanco Ltd/Visa International Service Association, Dz.U. L, nr 318, z 2002 r., s. 17.

21 Decyzja Komisji z 23 lipca 2002 r. w sprawie COMP/C.2-37.398 – Liga Mistrzów UEFA, Dz. Urz. L, nr 291, z 2003 r., s. 25.

22 Decyzja Komisji z 9 lipca 1980 r. w sprawie IV/27.958 National Sulphuric Acid Association, Dz. Urz. L, nr 260, z 1980 r., s. 24.

23 Decyzja Komisji z 12 grudnia 1989 r. w sprawach IV/27.393 i IV/27.394 Net Book Agreements, Dz. Urz. L, nr 22, z 1989 r., s. 12.

24 Decyzja Komisji z 23 lipca 2002 r. w sprawie COMP/C.2-37.398 – Liga Mistrzów UEFA, Dz. Urz. L, nr 291, z 2003 r., s. 25.

25 Wyrok w sprawie 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd v. Komisja, ECLI:EU:C:1972:70.

jakikolwiek bezpośredni lub pośredni kontakt pomiędzy [...] operatorami, celem lub skutkiem którego jest wywieranie wpływu na zachowanie na rynku aktualnego lub potencjalnego konkurenta lub ujawnienie takiemu konkurentowi planów działań, które zdecydowały się przyjąć, lub których przyjęcie na rynku rozważają²⁶.

Z powyższego wynika, że zakres pojęcia praktyki uzgodnionej obejmuje podejmowane świadomie zachowania przedsiębiorstw służące koordynacji ich zachowań rynkowych, lecz nie uzgodnienia zawierane wprost. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie praktyki uzgodnionej obejmuje trzy elementy konstytutywne: po pierwsze, uzgodnienie pomiędzy przedsiębiorstwami, po drugie, zachowanie na rynku i, po trzecie, związek przyczynowy między tymi dwoma elementami²⁷. Przy tym, w szczególności gdy zachowania przedsiębiorstw służące koordynacji ich działań rynkowych przyjmują charakter regularny i podejmowane są w długim okresie, istnienie owego związku przyczynowego objęte jest domniemaniem, które jednak może obalić przedsiębiorstwo²⁸.

Typowym przykładem zachowania, które może mieścić się w zakresie pojęcia praktyki uzgodnionej, jest udostępnienie konkurentowi istotnych informacji rynkowych, np. dotyczących planowanych przez przedsiębiorstwo podwyżek cen lub poziomów produkcji. Jak wskazała Komisja Europejska w wytycznych w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych „wymiana informacji może zatem stanowić praktykę uzgodnioną, jeśli prowadzi do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku, ułatwiając tym samym zmonopolizację²⁹. Wykluczone są zatem

wszelkie bezpośrednie lub pośrednie kontakty między konkurentami, których celem lub skutkiem jest wpłynięcie na zachowanie rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta na rynku lub przekazywanie takiemu konkurentowi informacji o podjętym lub planowanym przez zainteresowany podmiot zachowaniu na rynku, ułatwiając tym samym zmonopolizację³⁰.

26 Wyrok w sprawie 40/73, *Suiker Unie i in. v. Komisja*, ECLI:EU:C:1975:174.

27 Opinia Rzecznika Generalnego Szpunara w sprawie C-74/14, „*Eturas*” UAB i in. v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, ECLI:EU:C:2015:493, pkt 32 oraz wyroki w sprawach: C-49/92 P, *Komisja v. Anic Participazioni*, EU:C:1999:356, pkt 118, 121, C-199/92 P, *Hüls v. Komisja*, EU:C:1999:358, pkt 161, 162.

28 Zobacz wyroki w sprawach: C-49/92 P, *Komisja v. Anic Participazioni*, EU:C:1999:356, pkt 118, 121, C-199/92 P, *Hüls v. Komisja*, EU:C:1999:358, pkt 161, 162; niemniej, jak wskazał Sąd UE w wyroku w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands i in.*, EU:C:2009:343, pkt 59 domniemanie to może nastąpić nawet w przypadku jednorazowego kontaktu między operatorami na rynku.

29 Por. Komunikat Komisji – *Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*, Dz. Urz. C, nr 11, z 2011 r., s. 1, pkt 61.

30 *Ibidem*.

1.2.2. Porozumienia a jednostronne praktyki ograniczające konkurencję

Z punktu widzenia celów opracowania kluczowe znaczenie ma rozróżnienie pomiędzy uzgodnieniami objętymi zakresem zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE a praktykami jednostronnymi przedsiębiorstw, w szczególności wywierającymi skutki w układzie wertykalnym. Ustalenie warunków odsprzedaży towarów, w tym ich cen, nie będące rezultatem uzgodnień dokonanych pomiędzy przedsiębiorstwami, a stanowiące następstwo działań jednej tylko strony, może być objęte co najwyżej zakresem zakazu nadużycia pozycji dominującej, wyrażonego w art. 102 TFUE i, rzecz jasna, tylko wtedy, gdy jest następstwem działań dominanta rynkowego.

W wyroku w sprawie AEG v. Komisja, Trybunał skontrolował decyzję Komisji uznającą za niezgodne z regułami konkurencji ustalenie cen odsprzedaży towarzyszące selektywnemu systemowi dystrybucji towarów AEG³¹. TSUE nie zgodził się z argumentami AEG jakoby działania tego przedsiębiorstwa, polegające na odmowie dostaw na rzecz dystrybutorów, którzy sprzeciwili się zastosowaniu ustalonych przez nie cen odsprzedaży, miały charakter jednostronny i w związku z tym nie podlegały zakazowi wyrażonemu w art. 101 ust. 1 TFUE. Zdaniem TSUE, praktyka taka stanowiła „element stosunków umownych pomiędzy przedsiębiorstwem a dystrybutorami”, albowiem

w przypadku przystąpienia dystrybutora [do sieci], zgoda opierała się na milczącym lub wyraźnym zaakceptowaniu przez strony polityki wdrażanej przez AEG, która wymagała między innymi, wykluczenia z sieci wszystkich dystrybutorów, którzy odpowiadali kryteriom przystąpienia, jednak nie byli gotowi zastosować się do tej polityki³².

Trybunał uznał w związku z tym, że odmowa dostępu do sieci dokonywana była w kontekście stosunków umownych pomiędzy stronami, albowiem „ich celem było zagwarantowanie przestrzegania porozumień ograniczających konkurencję, które stanowiły podstawę umów zawieranych pomiędzy producentami a autoryzowanymi dystrybutorami”³³.

Analogiczne podejście zastosował Trybunał w wydanym dwa lata później wyroku w sprawie Ford v. Komisja³⁴. Uznał w nim, że odmowa dostaw samochodów z kierownicą po prawej stronie na rzecz niemieckich dystrybutorów samochodów marki Ford nie miała charakteru praktyki jednostronnej. Posługując się niemal tymi samymi słowami, których użył wcześniej w wyroku w sprawie AEG, TSUE podkreślił, że samo przystąpienie do sieci dystrybucyjnej oznacza akceptację przez

31 Wyrok w sprawie 107/82, AEG v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:293.

32 *Ibidem*, pkt 38.

33 *Ibidem*, pkt 39.

34 Wyrok w sprawach połączonych 25 i 26/84, Ford v. Komisja, ECLI:EU:C:1985:340.

dystrybutora polityki handlowej dostawcy, także w odniesieniu do tego, jakie modele samochodów dostarczane są na rynek niemiecki³⁵.

Tego rodzaju ujęcie oznaczało w praktyce istotne i nadmierne rozszerzenie zakresu pojęcia porozumienia kosztem zakresu pojęcia praktyki jednostronnej. Podkreślić trzeba, że w stanie faktycznym, który badał Trybunał w sprawie AEG, można było przypuszczać, że dystrybutorzy byli, co do zasady, skłonni zaakceptować politykę cenową dostawcy. Mogła być ona dla nich korzystna, a z pewnością nie pozostawała wprost w sprzeczności z ich gospodarczymi interesami. Tego nie da się jednak powiedzieć o okolicznościach sprawy Ford. W tym przypadku to dystrybutorzy wnioskowali o możliwość zakupu samochodów z kierownicą po prawej stronie i spotkali się z odmową. Trudno zatem postawić wniosek, że bez zastrzeżeń zaakceptowali oni ten element polityki handlowej Forda. Stanowisko Trybunału wyrażone w sprawie Ford, oznaczało w praktyce obciążenie dystrybutorów odpowiedzialnością za skutki polityki handlowej dostawcy na równi z tym ostatnim. W istocie, jak można się domyślać, jedynym skutecznym sposobem zwolnienia się dystrybutora z takiej odpowiedzialności byłoby zaprzestanie dystrybucji towarów dostawcy i opuszczenie jego sieci dystrybucyjnej.

Przyjęcie takiej linii orzeczniczej wpłynęło na praktykę Komisji, która w kilku decyzjach z przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX w., dotyczących porozumień pionowych, dokonywała szerokiej wykładni pojęcia porozumienia, powołując się na wyroki w sprawach AEG i Ford. I tak w decyzji w sprawie Sandoz Komisja uznała za porozumienie praktykę polegającą na umieszczaniu przez Sandoz na fakturach hurtowej sprzedaży leków klauzuli „eksport zakazany”³⁶. Przy tym dostawca nie podejmował działań zmierzających do egzekucji tego zakazu. Jednocześnie Sandoz i odbiorców produkowanych przez niego leków nie łączyły umowy dystrybucyjne w formie pisemnej. Komisja uznała jednak, że nawet jeżeli takich umów nie było, porozumienie w znaczeniu art. 101 ust. 1 TFUE zawarte zostało w następstwie „ustalenia ciągłych relacji handlowych”, które konkretyzowane były poprzez procedury handlowe stosowane rutynowo przez Sandoz w relacjach z nabywcami i „co najmniej domyślnie przez nich zaakceptowane”³⁷. Ciągłe i systematyczne wystawianie tego rodzaju faktur przez Sandoz oznaczało, zdaniem Komisji, wyrażenie przez nabywców, *per facta concludentia*, zgody na zakaz eksportu³⁸. Mimo uznania praktyki za porozumienie, decyzja zaadresowana

35 *Ibidem*, pkt 21; więcej na temat sprawy Ford v. Komisja w głosie autorstwa H. Ullricha, *Joined Cases 25 and 26/84, Ford Werke A.G. and Ford of Europe Inc. v. Commission of the European Communities, Judgment of 17 September 1985. Application under Art. 173(2) of the EEC Treaty for a declaration that the Commission decision of 16 November 1983 (O. J. 1983, L 327/31) relating to a procedure under Art. 85 EEC Treaty was void*, „Common Market Law Review” 1986, vol. 23, Issue 2, s. 449.

36 Decyzja Komisji z 13 lipca 1987 r. w sprawie IV/31-741 Sandoz, Dz. Urz. L, nr 222, z 1987 r., s. 28.

37 *Ibidem*, pkt 25.

38 *Ibidem*, pkt 26.

została wyłącznie do Sandoz, albowiem „tylko jego należało uznać za odpowiedzialnego za naruszenie przepisu art. 85 ust. 1”³⁹.

Wykładnia ustalona w wyrokach w sprawach AEG i Ford zastosowana została także w sprawie Tipp-ex, w której Komisja uznała, że praktyki tego przedsiębiorstwa, służące wymuszeniu na współpracujących z nim dystrybutorach zaprzestania eksportu równoległego, miały charakter wielostronny⁴⁰. Analogiczne podejście zastosowane zostało w sprawach Vichy i Konica. W pierwszej z nich Komisja uznała za porozumienie nie tylko umowy dystrybucyjne zawierane przez Vichy z dystrybutorami jego wyrobów, lecz także ogólne warunki sprzedaży wydrukowane na odwrocie faktur, formularzy zamówień i cenników⁴¹. Podobnie jak w sprawie Sandoz, powołując się zresztą na wyrok jej dotyczący, uznała ona, że wielokrotne użycie tych dokumentów było równoznaczne z domyślnym zaakceptowaniem przez dystrybutorów określonych w nich warunków, które złożyły się na „uprzednio zawartą ramową umowę mającą zastosowanie do nieograniczonych liczbowo indywidualnych zamówień”⁴².

W sprawie Konica Komisja uznała natomiast za porozumienie okólnik wysłany przez tego producenta klisz fotograficznych do dystrybutorów jego towarów⁴³. W piśmie tym Konica określiła sposoby przeciwdziałania ich równoległemu eksportowi z Wielkiej Brytanii do innych państw europejskich oraz zapowiedziała wprowadzenie systemu monitorowania działań dystrybutorów, opartego na identyfikacji partii towaru przeznaczonych do dystrybucji w Wielkiej Brytanii, prosząc jednocześnie o współpracę w jego wdrażaniu i o zaprzestanie eksportu równoległego⁴⁴. Mimo że tylko jeden z dystrybutorów wprost odpowiedział na list wysłany przez producenta, Komisja uznała, że do zawarcia porozumienia doszło. Zgodnie z jej stanowiskiem okólnik zawierał bowiem ofertę zawarcia porozumienia, która została przyjęta w sposób dorozumiany przez kilku dystrybutorów⁴⁵. Zauważyła bowiem, że w zwyczaju dystrybutorów nie leży odpowiadanie na tego rodzaju listy producentów. Są one natomiast rozumiane jako ustalenie istotnych warunków handlowych, w szczególności gdy dystrybutor kontynuuje zamówienia i sprzedaje towary wyłącznie na rynku krajowym lub zaprzestaje sprzedaży towarów do odbiorcy, który zajmuje się ich eksportem⁴⁶.

39 *Ibidem*, pkt 35; decyzja utrzymana w mocy wyrokiem w sprawie 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Komisja, ECLI:EU:C:1990:6.

40 Decyzja Komisji z 10 lipca 1987 r. w sprawach IV- 31.192 i IV/31.507 Tipp-ex Dz. Urz. L, nr 222, z 1987 r., s. 1 oraz Bull. EC 7/8-1987, pkt 2.1-92.

41 Decyzja Komisji z 11 stycznia 1991 r. w sprawie IV/31.624 – Vichy, Dz. Urz. L, nr 75, z 1991 r., s. 57.

42 *Ibidem*, pkt 17.

43 Decyzja Komisji z 18 grudnia 1987 r. w sprawie IV/31.503 – Konica, Dz. Urz. L, nr 78, z 1988 r., s. 34.

44 *Ibidem*, pkt 26.

45 *Ibidem*, pkt 36.

46 *Ibidem*.

Analogiczne podejście zastosowane zostało w sprawie Bayo-n-ox, w której Komisja uznała, że nabywcy dodatków do pasz produkowanych przez Bayer AG milcząco zaakceptowali warunek wykorzystania nabytego towaru na własne potrzeby, od czego zależeć miała możliwość nabycia ich po specjalnej, szczególnie atrakcyjnej cenie⁴⁷. Warunek ten ustanowiony został w dwóch kolejnych okólnikach kierowanych do nabywców. Ich reakcja była niejednorodna – niektórzy zgodzili się na propozycję Bayer AG wprost w pisemnej odpowiedzi, inni na nią nie odpowiedzieli, a jeden wprost odmówił jej stosowania. Komisja ustaliła istnienie porozumienia pomiędzy Bayer AG a nabywcami jego towarów, w tym tymi, którzy nie udzielili dostawcy odpowiedzi. Uznała bowiem, że dokonywanie przez nich zakupów po specjalnej cenie oznaczało akceptację ograniczenia możliwości innego wykorzystania towaru, aniżeli na własne potrzeby. Jedynym nabywcą, który nie został uznany za stronę porozumienia, był ten, który w sposób wyraźny odmówił akceptacji warunku dostawcy⁴⁸.

Na szczególną uwagę zasługuje także podejście Komisji w sprawie Gosme/Martell⁴⁹. Uznała w niej ona za porozumienie działania Martell zmierzające do ograniczenia eksportu produkowanego przezeń koniaku do innych państw europejskich. Polegały one między innymi na wycofaniu rabatów dla jednego z dystrybutorów wyrobów Martell – Gosme w związku z prowadzeniem przezeń sprzedaży poza Francję, a następnie na wprowadzeniu informacji o zakazie eksportu na fakturach sprzedaży koniaku. Po wycofaniu rabatów, Gosme płaciło pełną cenę zakupu, jednak za każdym razem zastrzegało sobie prawo do domagania się zwrotu równowartości kwoty należnych rabatów i podejmowało próby jego wynegocjowania. Komisja uznała, że Gosme brało udział w zakazanym porozumieniu, mimo że było to wbrew jego interesom⁵⁰.

Szeroka wykładnia pojęcia „porozumienie” została także użyta przez Komisję w sprawie Volkswagen (Autogerma) w odniesieniu do środków przeciwdziałających eksportowi równoległemu. Komisja, powołując się na wyroki w sprawach AEG i Ford, uznała wówczas, że z samego faktu przystąpienia do systemu dystrybucji selektywnej wynika milcząca, lub dokonana wprost, zgoda na politykę dostawcy⁵¹. Decyzja Komisji została utrzymana w mocy wyrokiem Sądu UE, w którym podkreślił on, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wezwanie dostawcy pojazdów samochodowych skierowane do autoryzowanych dystrybutorów nie stanowi praktyki jednostronnej, lecz porozumienie w znaczeniu art. 101 ust. 1

47 Decyzja Komisji z 13 grudnia 1989 r. w sprawie IV/32.026, Bayer (Bayo-n-ox), Dz. Urz. L, nr 21, z 1990 r., s. 71.

48 *Ibidem*, pkt 38.

49 Decyzja Komisji z 15 maja 1991 r. w sprawie Gosme/Martell – DMP, Dz. Urz. L, nr 185, z 1991 r., s. 23.

50 *Ibidem*, pkt 33.

51 Decyzja Komisji z 28 stycznia 1998 r. w sprawie IV/35.733 – VW (Autogerma), Dz. Urz. L, nr 124, z 1998 r., s. 60, pkt 128.

TFUE, „o ile stanowi element zespołu ciągłych relacji biznesowych uregulowanych zawartą uprzednio ramową umową”⁵².

Zmiana podejścia judykatury sądów europejskich nastąpiła w wyroku w sprawie Bayer (Adalat), w którym Sąd UE rozpoznał odwołanie od decyzji Komisji dotyczącej praktyk Bayer polegających na ograniczeniu dostaw leku Adalat do dystrybutorów europejskich na poziomie poniżej progów wymaganych krajowym ustawodawstwem⁵³. Celem tych działań było przeciwdziałanie prowadzeniu przez nich eksportu równoległego do Wielkiej Brytanii. Dystrybutorzy bezskutecznie usiłowali przywrócić niezbędne poziomy dostaw, lecz Bayer dokonał tego dopiero po zaprzestaniu prowadzenia przez nich eksportu równoległego.

Komisja przyjęła w decyzji, że okoliczność zaprzestania eksportu równoległego do Wielkiej Brytanii stanowiła dowód zawarcia milczącej umowy (*tacit collusion*) pomiędzy producentem a dystrybutorami. Sąd UE uznał jednak, że za kwalifikacją praktyki jako wielostronnej nie przemawiał materiał dowodowy. Zdaniem Sądu, w sytuacji, gdy brak było bezpośrednich dowodów zawarcia porozumienia, Komisja powinna oprzeć swoją ocenę na badaniu zamiaru stron. Zdaniem Sądu, działania Bayer czyniły uzasadnionym wniosek, że dążył on do ograniczenia sprzedaży równoległej poprzez zmniejszenie sprzedaży na rzecz dystrybutorów zagranicznych. Jednakże nie potwierdzały zamiaru zawarcia z nimi porozumienia polegającego na zakazie eksportu lub w jakikolwiek sposób zmierzającego do wprowadzenia w życie swojej polityki służącej ograniczeniu handlu równoległego⁵⁴. Sąd zwrócił uwagę, że Komisja w sposób niedostateczny wykazała, jakoby Bayer przyjął politykę systematycznego monitorowania przepływu dostarczanych leków, stosował groźby i kary względem dystrybutorów hurtowych, którzy prowadzili ich eksport, i że w ten sposób spółki zależne Bayer narzuciły im zakaz eksportu. Alternatywnie, Komisja nie wykazała, że dostawy były uzależnione od przestrzegania zakazu eksportu⁵⁵. Z oceny dokonanej przez Sąd wynikało jednocześnie, że dystrybutorzy ani wprost nie przystąpili do porozumienia, ani nie wyrazili w sposób dorozumiany przyzwolenia na stosowanie zakazu eksportu. Przeciwnie, dowody świadczyły o stałym i twardym zamiarze przeciwstawiania się polityce fundamentalnie sprzecznej z ich interesami⁵⁶.

Sąd w sprawie Adalat dokonał także rekapitulacji wcześniejszego orzecznictwa stwierdzając, że w pewnych okolicznościach środki przyjęte lub narzucone w sposób wyraźnie jednostronny przez producenta w kontekście jego długotrwałych relacji z dystrybutorami uznawane były za porozumienia w świetle art. 101 ust. 1 Traktatu⁵⁷. Jednakże powinno się rozróżniać pomiędzy sytuacjami, w których

52 Wyrok w sprawie T-62/98, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:180.

53 Wyrok w sprawie T-41/96, Bayer v. Komisja (Adalat), ECLI:EU:T:2000:242.

54 *Ibidem*, pkt 110.

55 *Ibidem*, pkt 119.

56 *Ibidem*, pkt 129 i 154.

57 Wyroki: w sprawach połączonych 32/78, 36-82/78, BMW Belgium i in. v. Komisja ECLI:EU:C:1979:191, pkt. 28-30, 107/82, AEG v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:293, pkt 38,

przedsiębiorstwo przyjęło jednoznacznie jednostronny środek, nieobejmujący wyraźnego lub domniemanego uczestnictwa innego przedsiębiorstwa, i takimi, w których jednostronny charakter środka jest wyłącznie pozorny⁵⁸. Te ostatnie mogą zostać objęte zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, co w szczególności dotyczy takich środków, które mimo że z pozoru przyjęte jednostronnie przez producenta w kontekście jego stosunków umownych z dystrybutorami, spotykają się jednak z przynajmniej milczącym ich przyzwoleniem⁵⁹. W odniesieniu do środków pozornie jednostronnych na Komisji spoczywa ciężar udowodnienia istnienia domniemanego lub wyrażonego wprost przyzwolenia pozostałych stron na politykę przyjętą przez producenta⁶⁰.

Wyrok w sprawie Adalat został utrzymany w mocy przez Trybunał Sprawiedliwości, który potwierdził prawidłowość przyjętego przez Sąd UE sposobu delimitacji praktyk wielostronnych i jednostronnych⁶¹. Zwrócił uwagę na różnice pomiędzy stanem faktycznym, analizowanym w wyrokach w sprawach Sandoz i Ford, a tym, który stanowił przedmiot rozstrzygnięcia Sądu UE w sprawie Bayer. W tych pierwszych sprawach dowodzenie zawarcia porozumienia nie musiało obejmować badania zamiaru stron. W sprawie Sandoz doszło do milczącego zaakceptowania klauzuli o zakazie eksportu umieszczonej na fakturach. Z kolei w sprawie Ford z porozumieniem utożsamiona została decyzja producenta dotycząca zaprzestania eksportu do niemieckich dystrybutorów samochodów z kierownicą po prawej stronie, co stanowiło przejaw zwykłej odmowy sprzedaży, a nie uzależnienia jej od spełnienia określonych warunków. Tym samym, stosowanie przez Forda systemu monitorowania realizacji zobowiązań było bezprzedmiotowe. Jak ostatecznie orzekł Trybunał,

z samego faktu, że wprowadzona przez Bayer jednostronna polityka kontyngentów, w połączeniu z krajowymi wymogami oferowania przez hurtowników pełnej gamy towarów, prowadzi do tych samych rezultatów jak zakaz eksportu, nie oznacza, że producent narzucił taki zakaz lub, że doszło do porozumienia zakazanego przez art. 101 ust. 1 Traktatu⁶².

w sprawach połączonych 25 i 26/84, Ford v. Komisja, ECLI:EU:C:1985:340, pkt 21, 75/84 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Komisja (Metro II) ECLI:EU:C:1986:399, pkt 72 i 73, 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Komisja, ECLI:EU:C:1990:6, pkt. 7–12, C-70/93, BMW v. ALD, ECLI:EU:C:1995:344, pkt 16 i 17.

58 Wyrok w sprawie T-41/96, Bayer v. Komisja (Adalat), ECLI:EU:T:2000:242, pkt 71.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*, pkt 72 i cytowane tam orzecznictwo w sprawach: połączonych 32/78, 36-82/78, BMW Belgium i in. v. Komisja ECLI:EU:C:1979:191, pkt. 28–30, 107/82, AEG v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:293, pkt 38, w sprawach połączonych 25 i 26/84, Ford v. Komisja, ECLI:EU:C:1985:340, pkt 21, 75/84 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Komisja (Metro II) ECLI:EU:C:1986:399, pkt 72 i 73, 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Komisja, ECLI:EU:C:1990:6, pkt. 7–12, C-70/93, BMW v. ALD, ECLI:EU:C:1995:344, pkt 16 i 17.

61 Wyrok w połączonych sprawach C-2/01 P i C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV i Komisja v. Bayer AG, ECLI:EU:C:2004:2.

62 *Ibidem*, pkt 88.

Podejście to było kontynuowane w kolejnych wyrokach sądów europejskich, m.in. w sprawach: *JCB Service v. Komisja*⁶³, *General Motors Nederland v. Komisja*⁶⁴ i *Volkswagen (II)*⁶⁵. W pierwszej z nich, szczegółowo omówionej w kolejnym rozdziale, Sąd UE uznał, że Komisja nie wykazała jakoby stosowanie rekomendacji cenowych przez dostawcę przekładało się na istnienie pomiędzy nim a dystrybutorami porozumienia o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów. Z kolei w sprawie *General Motors Nederland*, Sąd UE uznał, wbrew decyzji Komisji, że nie wykazała ona jakoby dostawca poinformował dystrybutorów o wprowadzeniu polityki ograniczenia sprzedaży mającej na celu utrudnienie im prowadzenia eksportu samochodów Opel, tym bardziej że politykę tę dystrybutorzy milcząco zaakceptowali. Sąd orzekł wówczas, że okoliczność jakoby dystrybutorzy mogli dowiedzieć się o takiej polityce w sposób nieoficjalny, m.in. od menedżerów dostawcy w terenie, nie była wystarczająca, by uznać, że doszło do zawarcia porozumienia⁶⁶. Podobnie w sprawie *Volkswagen II*, Sąd UE uznał, że Komisja w decyzji nie wykazała, że działania tego producenta samochodów, mające nakłonić dystrybutorów jego towarów do stosowania się do rekomendacji cenowych, nosiły znamiona porozumień ograniczających konkurencję⁶⁷.

1.3. Przedsiębiorstwo w rozumieniu reguł konkurencji UE

1.3.1. Pojęcie przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej

Przepis art. 101 ust. 1 TFUE adresowany jest do przedsiębiorstw. Pojęcie to, podobnie jak i pojęcie działalności gospodarczej, rozumiane jest na gruncie reguł konkurencji UE swoiście, odmiennie między innymi niż w obrębie reguł rynku wewnętrznego⁶⁸. Treść tych pojęć wykładana jest jednolicie w obrębie całego europejskiego prawa konkurencji.

63 Wyrok w sprawie T-67/01, *JCB Service v. Komisja*, ECLI:EU:T:2004:3.

64 Wyrok w sprawie T-368/00, *General Motors Nederland BV i Opel Nederland BV v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:275.

65 Wyrok w sprawie T-208/01, *Volkswagen AG v. Komisja*, Zb. Orz. 2003, s. II-5141.

66 Wyrok w sprawie T-368/00, *General Motors Nederland BV i Opel Nederland BV v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:275, pkt 80 i 86.

67 Wyrok w sprawie T-208/01, *Volkswagen AG v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:326, utrzymany w mocy wyrokiem w sprawie C-74/04 P, *Komisja v. Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2006:460; wyroki te, podobnie jak decyzja Komisji w tej sprawie, zostały szczegółowo omówione w kolejnym rozdziale.

68 Wyrok w sprawie C-519/04, *David Meca Medina i Igor Majcen v. Komisja*, ECLI:EU:C:2006:492, pkt 31, zob. także O. Odudu, *Case C-369/04, Hutchison 3G UK Ltd and Others v. Commissioners*

W wyroku w sprawie Höfner i Elser przeciwko Macrotron⁶⁹ Trybunał orzekł, że przedsiębiorstwem jest „każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na jego status i sposób finansowania”⁷⁰. Bez znaczenia dla klasyfikacji podmiotu jako przedsiębiorstwa pozostawała przy tym okoliczność prowadzenia przez nie działalności bez wynagrodzenia i jego umiejscowienie w strukturze administracji publicznej. Przyjęta przez TSUE czysto funkcjonalna koncepcja przedsiębiorstwa przejawia się w powiązaniu jej z kryterium natury działalności prowadzonej przez określoną jednostkę⁷¹. Jeżeli zatem prowadzi ona działalność o charakterze gospodarczym stanowi przedsiębiorstwo. Nie ma przy tym znaczenia jej status własnościowy, forma organizacyjna i prawna, a także fakt prowadzenia działalności z zyskiem lub dla zysku.

Z kolei, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przez działalność gospodarczą rozumiana jest „jakakolwiek działalność, polegająca na oferowaniu towarów i usług na danym rynku”⁷². Czynnikiem decydującym o klasyfikacji danej działalności jako gospodarczej nie jest przy tym „zwykły fakt, że dana działalność może być w teorii wykonywana przez prywatnych operatorów, ale fakt, iż działalność wykonywana jest na rynkowych zasadach”⁷³. Działalnością gospodarczą jest zatem każda aktywność, której rezultat w postaci wytworzonych towarów lub świadczonych usług stanowi przedmiot wymiany rynkowej⁷⁴.

W ramach pojęcia działalności gospodarczej mieści się także aktywność prowadzona na zasadzie *non-profit*, o ile tylko obejmuje oferowanie towarów lub usług na rynku⁷⁵. Z drugiej strony jednak otrzymywanie wynagrodzenia w zamian za towary lub usługi, a tym bardziej osiągnięcie zysku z działalności, świadczy o jej

of Customs and Excise, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 June 2007, [2007] ECR-I 5247 and C-284/04, T-Mobile Austria GmbH and Others v. Republik Österreich, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 June 2007, [2007] ECR-I 5189, „Common Market Law Review” 2008, vol. 45, Issue 4, s. 1276.

69 Wyrok w sprawie C-41/90 Klaus Höfner i Fritz Elser v. Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161, pkt 23.

70 *Ibidem*, pkt 21, podobnie: wyrok w sprawie C-237/04, Enirisorse v. Sotlarbo, ECLI:EU:C:2006:197.

71 Podobnie: R. Rees, *Competition Policy and Public Enterprise in the European Community*, [w:] *Development in European Community Policy*, A. van Mourik (ed.), Maastricht 1996, s. 56.

72 Wyroki w sprawach: 118/85, Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1987:283, pkt 7, C-35/96, Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1998:303, pkt 36, w połączonych sprawach: C-180-184/98, Pavel Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428 oraz C-218/00 Cisl di Battistelo Venanzio, ECLI:EU:C:2002:36, pkt 22 i 23, C-475/99, Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz i in., ECLI:EU:C:2001:577, pkt 19.

73 Opinia Rzecznika Generalnego Maduro w sprawie C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Komisja, ECLI:EU:C:2005:666, pkt 13.

74 Podobnie: wyrok w sprawie C-222/04 Ministero dell’Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA i Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato i Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, ECLI:EU:C:2006:8 oraz decyzja Komisji z 22 sierpnia 2002 r. w sprawie C 54/2000 – Włochy – środki podatkowe na rzecz fundacji bankowych, Dz. Urz. L, nr 55, z 2003 r., s. 56, pkt. 42–47.

75 Wyrok w sprawie 78/76 Steinike und Weinlig v. Niemcy, ECLI:EU:C:1977:52.

gospodarczym charakterze⁷⁶. Innym wyznacznikiem gospodarczego charakteru działalności jest okoliczność ponoszenia ryzyka przez jej wykonawcę⁷⁷.

Oferowanie towarów lub usług na rynku jest najczęściej stosowanym na gruncie orzecznictwa⁷⁸, choć nie jedynym, kryterium decydującym o klasyfikacji działalności jako gospodarczej. Alternatywnie sądy stosowały tzw. kryterium porównawcze, koncentrujące się na okoliczności wykonywania danej działalności przez prywatne jednostki działające dla zysku lub nawet samą możliwość wykonywania przez nie takiej działalności⁷⁹.

Poza zakresem pojęcia działalności gospodarczej mieści się działalność „związana z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej”⁸⁰ lub „podstawowych funkcji państwa”⁸¹. Konsekwencją przyjęcia funkcjonalnej koncepcji przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej było także ustanowienie na gruncie orzecznictwa sądów europejskich tzw. zasady separacji (rozdzielczości)⁸². Określa ona sposób stosowania reguł konkurencji UE względem podmiotów wykonujących jednocześnie działalność gospodarczą i wyłączne prerogatywy państwa. Reguły te mogą być stosowane jedynie względem tej ostatniej działalności i to tylko w zakresie, w którym może ona zostać oddzielona od wykonywania prerogatyw władzy publicznej⁸³. Zasada

76 Wyroki w sprawach: w połączonych sprawach: C-180-184/98, Pavel Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428 oraz C-475/99, Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz i in., ECLI:EU:C:2001:577, zob. także: M. Kleis, P. Nicolaidis, *The Concept of Undertaking in Education and Public Health Systems*, „European State Aid Law Quarterly” 2006, vol. 3, s. 505.

77 Wyrok w sprawie C-35/96 Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1998:303, pkt 37 oraz wyroki: C-475/99, Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz i in., ECLI:EU:C:2001:577, 40/73 Suiker Unie i in. v Komisja, ECLI:EU:C:1975:174, pkt 541, w połączonych sprawach: C-180-184/98, Pavel Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428.

78 Wyroki: w sprawie 118/85 Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1987:283, pkt 7, w połączonych sprawach: C-180-184/98, Pavel Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428, pkt 75, w sprawach: C-475/99, Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz i in., ECLI:EU:C:2001:577, pkt 19, C-309/99 Wouters i in., ECLI:EU:C:2002:98, pkt 47, C-82/01 P Aéroports de Paris v. Komisja, ECLI:EU:C:2002:617, pkt 79, C-35/96, Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1998:303, pkt 36, C-218/00 Cisal di Battistelo Venanzio, ECLI:EU:C:2002:36, pkt 22 i 23.

79 Wyroki w sprawach: C-41/90 Klaus Höfner i Fritz Elser v. Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161, wyrok w sprawie C-475/99, Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz i in., ECLI:EU:C:2001:577, pkt 20 i T-128/98 Aéroports de Paris v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:290, pkt 124.

80 Wyrok w sprawie C-364/92, SAT Fluggesellschaft (Eurocontrol) ECLI:EU:C:1994:7, pkt 30; zob. także wyroki w sprawach: C-309/99 Wouters i in., ECLI:EU:C:2002:98, pkt 57 oraz C-49/07 Motosyklistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, pkt 24.

81 Wyrok w sprawie C-343/95 Diego Cali, ECLI:EU:C:1997:160, pkt 22.

82 Wyrok w sprawie T-128/98 Aéroports de Paris v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:290.

83 *Ibidem*, pkt 108 oraz wyroki w sprawach: C-82/01 P Aéroports de Paris v. Komisja, ECLI:EU:C:2002:617, C-49/07 Motosyklistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376, T-155/04 SELEX Sistemi Integrati SpA v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:387. Por. także: S. Belhaj, J. W. van der Gronden, *Some Room for Competition Does not Make a Sickness Fund an Undertaking. Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector? (Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 And C-355/01 AOK)*, „European

separacji oznacza w praktyce, że dana jednostka może stanowić przedsiębiorstwo wyłącznie w pewnym zakresie działalności, nie być nim natomiast w pozostałym obszarze.

1.3.2. Koncepcja pojedynczej jednostki gospodarczej

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym, pojęcia przedsiębiorstwa definiuje się w oderwaniu od jego podmiotowości prawnej. Wypracowana na gruncie orzecznictwa TSUE doktryna pojedynczej jednostki gospodarczej (*single economic unit*) nakazuje bowiem uznawać za przedsiębiorstwo, w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, jednostkę gospodarczą tworzącą określoną całość „z punktu widzenia danej umowy, nawet jeśli w sensie prawnym składa się ona z kilku osób fizycznych lub prawnych”⁸⁴. Początki tejże doktryny sięgają wyroku w sprawie Consten i Grundig, w którym Trybunał podkreślił ambiwalencję art. 101 Traktatu względem wewnętrznej organizacji przedsiębiorstwa⁸⁵.

W sprawie Centrafarm Trybunał orzekł, że

art. 101 TFUE nie dotyczy porozumień lub praktyk uzgodnionych w relacji pomiędzy przedsiębiorstwami stanowiącymi część tego samego koncernu i posiadającymi status spółki matki i spółki córki, jeżeli przedsiębiorstwa te tworzą jednostkę gospodarczą, w ramach której spółka córka nie ma rzeczywistej swobody określania sposobu swojego działania na rynku i gdy te porozumienia lub praktyki dotyczą wyłącznie wewnętrznego podziału zadań pomiędzy przedsiębiorstwami⁸⁶.

W wyroku w sprawie Hydrotherm TSUE wskazał, że przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE jest jednostka gospodarcza tworząca określoną całość „z punktu widzenia danej umowy, nawet jeśli w sensie prawnym składa się ona z kilku osób fizycznych lub prawnych”⁸⁷. Tym samym za jedną jednostkę gospodarczą (*single economic unit*) uznane zostały osoba fizyczna i dwie kontrolowane przez nią spółki⁸⁸. Podobnie, w wyroku w sprawie Shell, Sąd UE orzekł, że

Competition Law Review” 2004, vol. 25, s. 686; Ł. Grzejdziak, *Glosa do wyroku TSUE w sprawie SELEX Sistemi Integrati S.p.A. przeciwko Komisji Europejskich oraz Eurocontrol*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004–2009*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 183.

84 Wyrok w sprawie 170/83 Hydrotherm v. Compact, ECLI:EU:C:1984:271, pkt 11 oraz w połączonych sprawach 15 i 16/74 Centrafarm v. Sterling Drug, ECLI:EU:C:1974:115, pkt 41.

85 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64, Consten i Grundig, ECLI:EU:C:1966:41.

86 Wyrok w połączonych sprawach 15 i 16/74, Centrafarm v. Sterling Drug, ECLI:EU:C:1974:115, pkt 32.

87 Wyrok w sprawie 170/83, Hydrotherm v. Compact, ECLI:EU:C:1984:271, pkt 11 oraz w połączonych sprawach 15 i 16/74, Centrafarm v. Sterling Drug, ECLI:EU:C:1974:115, pkt 41.

88 Wyrok w sprawie 170/83, Hydrotherm v. Compact, ECLI:EU:C:1984:271, pkt 10 i 11.

spółki grupy kapitałowej Shell stanowią pojedynczą jednostkę gospodarczą⁸⁹. Jak wskazał wówczas Sąd art. 101 TFUE

adresowany jest do jednostek gospodarczych charakteryzujących się jednolitą organizacją elementów osobowych, materialnych i niematerialnych, służących do osiągnięcia określonego gospodarczego celu w sposób trwały⁹⁰.

Koncepcja „pojedynczej jednostki gospodarczej” rozwijana była przez orzecznictwo sądów europejskich. W wyroku w sprawie Viho TSUE dokonał bardziej wnikliwej oceny relacji pomiędzy spółkami grupy kapitałowej Parker⁹¹. Stwierdził wówczas, że brak rzeczywistej autonomii decyzyjnej spółek zależnych i wykonywanie przez nie instrukcji spółki dominującej oznacza, że tworzą one jedno przedsiębiorstwo⁹².

1.3.3. Zastosowanie koncepcji pojedynczej jednostki gospodarczej do umów agencyjnych

Doktryna *single economic unit* stosowana jest nie tylko w odniesieniu do relacji pomiędzy spółkami stanowiącymi elementy tej samej grupy kapitałowej. Analogiczne podejście znajduje zastosowanie względem innych podmiotów znajdujących się w relacji dominacji–podporządkowania. Dotyczy to między innymi stosunku pracy⁹³ oraz relacji pomiędzy stronami umów agencyjnych.

89 Wyrok w sprawie T-11/89, Shell v. Komisja, ECLI:EU:T:1992:33, pkt 312.

90 *Ibidem*, pkt 311.

91 Wyrok w sprawie C-73/95P Viho Europe BV v. Komisja, ECLI:EU:C:1996:405, pkt 16.

92 *Ibidem* oraz wyroki w sprawach: 48/69 ICI v. Komisja, ECLI:EU:C:1972:70, pkt 133 i 134, 15/74 Centrafarm v. Sterling Drug, ECLI:EU:C:1974:114, pkt 41, 16/74 Centrafarm v. Winthrop, ECLI:EU:C:1974:115, pkt 32, 30/87, Bodson v. Pompes Funèbres, ECLI:EU:C:1988:225, pkt 19, 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen i in. v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs, ECLI:EU:C:1989:140, pkt 35; por. także opinię Rzecznika Generalnego Legera w sprawie C-57/02P Compañía española para la fabricación de aceros inoxidable SA (Acerinox) v. Komisja, ECLI:EU:C:2004:666, pkt 78, w której zauważył on, że „Trybunał uznaje, że spółka matka i jej spółka zależna stanowią jednostkę gospodarczą, gdy spółka zależna nie decyduje niezależnie o swoich zachowaniach rynkowych, ale wykonuje, we wszelkich materialnych aspektach, instrukcje udzielone jej przez spółkę matkę”. Por. także opinię rzecznika generalnego Jacobsa w sprawie C-222/04 Ministero dell’Economia e delle Finanze przeciwko Cassa di Risparmio di Firenze SpA and Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, ECLI:EU:C:2005:655, pkt 87.

93 W wyroku w sprawie C-22/98, postępowanie karne przeciwko Becu, ECLI:EU:C:1999:419, Trybunał uznał, że pracownicy portu w Gandawie jako podmioty wykonujące pracę są w pełni zależni od swych pracodawców. Tym samym włączeni są w struktury danych przedsiębiorstw i w ten sposób tworzą z każdym z nich pojedynczą jednostkę gospodarczą.

Trybunał po raz pierwszy nawiązał do możliwości zastosowania doktryny *single economic unit* do tego rodzaju relacji już w sprawie Consten i Grundig⁹⁴. Wówczas to podkreślił różnice pomiędzy systemem dystrybucji selektywnej a sytuacją

producenta, który włącza w ramy swojego przedsiębiorstwa prowadzenie dystrybucji swoich towarów za pomocą określonych środków, na przykład, przy pomocy przedstawicieli handlowych, do których artykuł 101 nie ma zastosowania⁹⁵.

Jak wskazał Trybunał, z treści tego przepisu wynika, że

ma on zastosowanie do porozumień pomiędzy kilkoma przedsiębiorstwami. W związku z tym nie jest stosowany, gdy pojedyncze przedsiębiorstwo integruje swoją sieć dystrybucji w ramy swojej organizacji gospodarczej⁹⁶.

W wyroku w sprawie Suiker Unie, Trybunał, odnosząc się do porozumień agencyjnych zawieranych pomiędzy producentami a dystrybutorami cukru, wskazał, że w sytuacji,

gdy taki agent działa na rzecz pryncypała może, co do zasady, być traktowany jako organ pomocniczy stanowiący integralną część przedsiębiorstwa tego ostatniego, który obowiązany jest wykonywać instrukcje swego pryncypała, a tym samym, tak jak pracownik, tworzy z tym przedsiębiorstwem jednostkę gospodarczą⁹⁷.

Rozwój orzecznictwa w przedmiocie zgodności z prawem konkurencji umów agencyjnych nastąpił w serii wyroków dotyczących zgodności z prawem konkurencji porozumień zawieranych na hiszpańskim rynku dystrybucji paliw płynnych. I tak w wyroku w sprawie CEEES Trybunał odniósł się do kwestii klasyfikacji jako porozumień ograniczających konkurencję elementów umów zawieranych pomiędzy hiszpańskim producentem paliw CEPESA a przedsiębiorcami prowadzącymi stacje benzynowe działające pod jego marką. TSUE uznał, że są one objęte zakresem art. 101 Traktatu wyłącznie wówczas, „gdy prowadzący stację paliw zostanie uznany za niezależny podmiot gospodarczy oraz gdy oba przedsiębiorstwa są związane umową”⁹⁸. Pośrednicy handlowi mogą natomiast

utracić charakter niezależnych podmiotów gospodarczych tylko wtedy, gdy nie ponoszą żadnego ryzyka wynikającego z wynegocjowanych lub z zawartych przez nich umów na rachunek zleceniodawcy i działają jako organy pomocnicze włączone do przedsiębiorstwa tego zleceniodawcy⁹⁹.

Porozumienia tego rodzaju nie są zatem objęte zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli dostawca ponosi ryzyko finansowe i gospodarcze związane z daną

94 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 Consten i Grundig, ECLI:EU:C:1966:41.

95 *Ibidem*.

96 *Ibidem*.

97 Wyrok w sprawie 40/73, Suiker Unie i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:1975:174, pkt. 480.

98 Wyrok w sprawie C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) v. Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784, pkt. 38.

99 *Ibidem*, pkt. 41.

działalnością gospodarczą. *A contrario*, w zakresie tego przepisu mieszczą się porozumienia zawarte z agentami, którzy realizują

zadania zbliżone pod względem gospodarczym do zadań działającego na własny rachunek podmiotu gospodarczego ze względu na fakt, iż przewidują odpowiedzialność rzeczonych pośredników z tytułu ryzyka finansowego i handlowego towarzyszącego sprzedaży lub wykonaniu umów zawartych z osobami trzecimi¹⁰⁰.

Decydującym kryterium oceny zmierzającej do ustalenia, czy umowa agencyjna wyłączona jest spod zakresu stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję, jest zatem „umowa zawarta ze zleceniodawcą, a w szczególności milcząca lub wyraźne klauzule tej umowy, które dotyczą przejścia ryzyka finansowego i handlowego towarzyszącego sprzedaży towarów osobom trzecim”¹⁰¹. Przy tym, jak wskazał TSUE, zagadnienie ryzyka należy poddać analizie w każdym poszczególnym przypadku i uwzględniając raczej rzeczywistość gospodarczą aniżeli kwalifikację prawną stosunku umownego w prawie krajowym¹⁰².

Analogicznym podejściem kierował się Trybunał w sprawie CEPSA, w której orzekł, że podmiot prowadzący stację paliw, ponoszący jedynie niewielką część ryzyka związanego z prowadzeniem działalności na rzecz pryncypała, nie jest względem tego ostatniego niezależny w zakresie sprzedaży paliw na rzecz osób trzecich. Tym samym ich relacje są typowe dla agencji w rozumieniu europejskich reguł konkurencji i nie podlegają ocenie na podstawie przepisu art. 101 TFUE¹⁰³. Przy tym dotyczy to wyłącznie „zobowiązań nałożonych na pośrednika w ramach sprzedaży towarów osobom trzecim na rachunek zleceniodawcy, w tym ustalania detalicznych cen sprzedaży”. *A contrario*, stosunki pomiędzy agentem a zleceniodawcą jako niezależnymi podmiotami gospodarczymi, wynikające np. z zobowiązania wyłączności lub z zakazu konkurencji mogą „naruszyć reguły konkurencji w zakresie, w jakim powodują zamknięcie danego rynku”¹⁰⁴.

Kwestia stosowania reguł konkurencji względem umów agencyjnych była przedmiotem refleksji Komisji zawartych w wydanych w roku 2000 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych¹⁰⁵, a następnie w kolejnych wytycznych pod tym samym tytułem z roku 2010¹⁰⁶. Komisja dokonała w nich rekapitulacji i wykładni orzecznictwa sądowego dotyczącego umów agencyjnych, skupiając się przede wszystkim na kwestii rozkładu ryzyka pomiędzy stronami umowy. W odróżnieniu od wytycznych z roku 2000, które rozróżniały pomiędzy typowymi (*genuine*) i nietypowymi (*non-genuine*) umowami agencyjnymi, wytyczne z roku

100 *Ibidem*, pkt 44 i 45.

101 *Ibidem*, pkt 46.

102 *Ibidem*.

103 Wyrok w sprawie C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL ECLI:EU:C:2008:485, pkt 40.

104 *Ibidem*, pkt 41.

105 Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r., Dz. Urz. C, nr 291, z 2000 r., s. 1

106 Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r., Dz. Urz. C, nr 130, z 2010 r., s. 1.

2010 wprowadzają jednolity termin „umowy agencyjnej”. Odnosi się on jedynie do umów wyłączonych spod zakresu stosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

Zgodnie z pkt. 12 wytycznych z roku 2010, termin ten odnosi się do wszelkiego typu umów zawieranych pomiędzy agentem i dającym zlecenie, na mocy których ten ostatni udziela pierwszemu pełnomocnictwa do zawierania umów na rzecz dającego zlecenie, we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na:

- zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie, bądź
- sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie.

Warunkiem kwalifikacji umowy jako agencyjnej jest to, by na pryncypale, a nie na agencie, spoczywała całość ryzyka (ewentualnie z wyłączeniem nieznaczej jego części) związanego

z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności oraz w związku z innymi działaniami, których podjęcia na tym samym rynku produktowym wymaga dający zlecenie¹⁰⁷.

Zgodnie z treścią wytycznych z 2010 r. poza zakresem art. 101 ust. 1 TFUE znajdują się zasadniczo te umowy zawierane pomiędzy agentem a dającym zlecenie, w ramach których agent nie nabywa własności towarów objętych porozumieniem lub jeżeli sam nie dostarcza usług objętych porozumieniem i jeżeli agenta nie obciąża żadne wymienione w wytycznych specyficzne ryzyko czy koszt związany z działalnością prowadzoną w ramach umowy¹⁰⁸.

107 Por. pkt 15 *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r.

108 Zgodnie z pkt 16 *Wytycznych...* z 2010 r. warunkiem klasyfikacji umowy jako agencyjnej jest to, by agent:

- a) nie uczestniczył w kosztach związanych z dostawą/zakupem towarów lub usług objętych porozumieniem, w tym w kosztach transportu towarów. Nie wyklucza to możliwości zapewnienia usług transportowych przez agenta, pod warunkiem iż dający zlecenie te koszty pokrywa;
- b) nie utrzymywał na własny koszt lub ryzyko zapasów towarów objętych porozumieniem, z uwzględnieniem kosztów finansowania zapasów oraz kosztów ubytku zapasów, i mógł zwrócić dającemu zlecenie niesprzedane towary bez opłaty, o ile nie ponosi winy (na przykład za nieprzestrzeganie stosownych środków bezpieczeństwa w celu uniknięcia ubytku zapasów);
- c) nie ponosił odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt, o ile – jako agent – nie ponosi winy w tym względzie;
- d) nie brał na siebie odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji, o ile nie ponosi winy (na przykład z powodu nieprzestrzegania wystarczających środków bezpieczeństwa lub przeciwdziałania kradzieży lub nieprzestrzegania wystarczających środków związanych ze zgłoszeniem kradzieży dającemu zlecenie lub policji lub nieprzekazaniem dającemu zlecenie wszystkich niezbędnych dostępnych mu informacji dotyczących wiarygodności finansowej klienta);
- e) nie był bezpośrednio lub pośrednio obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu, na przykład w formie uczestnictwa w budżecie na reklamę dającego zlecenie;
- f) nie czynił związanych z konkretnym rynkiem inwestycji w wyposażenie, lokale lub szkolenie personelu, takich jak np. zbiornik zasobnikowy na benzynę w przypadku sprzedaży detalicznej benzyny lub określone oprogramowanie do sprzedaży polis ubezpieczeniowych

Jeżeli rozkład ryzyk dokonany został w ten sposób, umowa agencyjna pozostaje poza zakresem stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, a niektóre ograniczenia konkurencji uznawane są „za stanowiące nieodłączną część umowy agencyjnej”¹⁰⁹. Dotyczy to: ograniczenia terytorium lub nabywców, na którym lub którym agent może sprzedawać towary bądź usługi objęte porozumieniem, oraz ustalania cen i innych warunków, na jakich agent może sprzedawać lub kupować towary bądź usługi.

Zgodnie z podejściem wypracowanym w sprawie CEPSA klauzule umowne zakazujące prowadzenia dystrybucji za pośrednictwem innych agentów, zobowiązujące agenta do dystrybucji wyłącznie towarów dającego zlecenie (*single branding agreements*), a także o zakazie konkurencji po ustaniu umowy, jako „zewnątrzne” względem relacji łączących agenta oraz dającego zlecenie i potencjalnie będące w stanie ograniczyć dostęp do rynku, objęte są nadal zakresem stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹¹⁰.

1.4. Wpływ porozumienia na handel między państwami członkowskimi UE

Jak wprost wynika z treści art. 101 ust. 1 TFUE, aby porozumienie objęte zostało zakresem zakazu ustanowionego w tym przepisie, musi wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi UE. Element ten stanowi przesłankę o charakterze jurysdykcyjnym w tym znaczeniu, że decyduje o zakresie stosowania europejskich reguł konkurencji¹¹¹. Jak trafnie wskazali R. Whish i D. Bailey, kwestia

w przypadku agentów ubezpieczeniowych, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot tych kosztów;

g) nie podejmował na tym samym rynku produktowym innych działań wymaganych przez dającego zlecenie, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot kosztów takich działań.

109 *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., pkt 18; sposób stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych opisany w wytycznych bywa krytykowany. Zdaniem I. Lianos, organy konkurencji często nie dysponują informacjami pozwalającymi należycie ocenić motywacje dotyczące ustanowienia określonej relacji między mocodawcą i agentem, co przyczynia się do nadmiernych i nieuzasadnionych interwencji. Ponadto sposób ten zniechęca przedsiębiorców do angażowania się w bardziej efektywne, choć luźniejsze, relacje z agentami. Por.: I. Lianos, *Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints, and the Limits of Article 81(1) EC: Between Hierarchies and Networks*, „Journal of Competition Law and Economics” 2007, vol. 3, Issue 4, s. 668; podobnie: M. Kozak, *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, „iKAR” 2012, nr 4(1), s. 83.

110 *Ibidem*, pkt 19.

111 Wyroki w połączonych sprawach: 56 i 58/64 Consten i Grundig, ECLI:EU:C:1966:41 oraz 6/73 i 7/73, Commercial Solvents, ECLI:EU:C:1974:18.

oddziaływania na handel wewnątrzunijny nabrała innego znaczenia w porównaniu z tym, który miała w pierwszych latach obowiązywania reguł konkurencji UE¹¹². Wówczas to bowiem większość państw członkowskich nie miała rozwiniętych krajowych systemów prawa konkurencji. Tym samym wpływ porozumienia ograniczającego konkurencję na handel między państwami członkowskimi decydował, co do zasady, o jego bezprawności. Obecnie wpływ praktyki wielostronnej na handel między państwami członkowskimi przede wszystkim rozgranicza pomiędzy zakresami stosowania europejskich i krajowych reguł konkurencji¹¹³. Od momentu wejścia w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003, okoliczność wpływu porozumienia na handel między państwami członkowskimi ma także doniosłe znaczenie proceduralne¹¹⁴.

Pierwszą fazę rozwoju orzecznictwa cechuje szeroka wykładnia przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi, co można postrzegać jako wyraz dążenia do rozszerzenia zakresu stosowania europejskich reguł konkurencji w okresie, w którym nie miały one swoich odpowiedników w prawie krajowym¹¹⁵.

W sprawie *Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH*, Trybunał wskazał, że

dla spełnienia tego wymogu konieczna jest możliwość przewidzenia, z wystarczającą dozą prawdopodobieństwa, w oparciu o układ obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, że dane porozumienie może wyrzucić wpływ, bezpośredni lub pośredni, aktualny lub potencjalny, na wzorzec handlu między państwami członkowskimi¹¹⁶.

Analogicznie wypowiedział się Trybunał w sprawie *Völk*, dodając jednak, że wpływ ten nie może być nieistotny¹¹⁷.

W sprawie *Consten i Grundig* Trybunał orzekł, że „szczególne znaczenie [dla ustalenia wpływu na handel między państwami członkowskimi – Ł. G.] ma to, czy porozumienie jest w stanie ustanowić zagrożenie tak bezpośrednie, jak i pośrednie, dla swobody handlu pomiędzy państwami członkowskimi w sposób, który mógłby zagrozić osiągnięciu celów jednolitego rynku pomiędzy tymi państwami. W związku z tym okoliczność, że porozumienie zachęca do zwiększenia, nawet

112 R. Whish, D. Bailey, *Competition...*, s. 150–151.

113 Niemniej już w dobie początków rozwoju orzecznictwa takie rozumienie roli warunku wpływu na handel między państwami członkowskimi było wyraźnie podkreślane przez Trybunał. W wyroku w połączonych sprawach 56/64 i 58/64, *Consten i Grundig*, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że „koncepcja porozumienia »które jest w stanie wpłynąć na handel między państwami członkowskimi« służy określeniu, w odniesieniu do prawa regulującego kartele, granicy pomiędzy obszarami, odpowiednio, prawa wspólnotowego i krajowego” (wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Consten i Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41).

114 Znaczenie warunku wpływu na handel między państwami członkowskimi opisane zostało szerzej w rozdziale 4, poświęconym tematyce wdrażania (*enforcement*) europejskich reguł konkurencji.

115 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 151.

116 Wyrok w sprawie 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, ECLI:EU:C:1966:38, podobnie wyrok w sprawie 5/69 *Völk*, ECLI:EU:C:1969:35.

117 Wyrok w sprawie 5/69 *Völk*, ECLI:EU:C:1969:35, pkt 5.

w znacznym stopniu, wolumenu handlu pomiędzy państwami członkowskimi, nie jest wystarczająca, by wykluczyć, że porozumienie jest w stanie naruszyć ten handel w sposób wskazany powyżej¹¹⁸.

Takie ujęcie zdecydowało o przyjęciu szerokiego zakresu warunku handlu między państwami członkowskimi, wyrażającego się w koncepcji wpływu, choćby pośredniego i potencjalnego, na istniejący wzorzec transgranicznej wymiany handlowej. Przy tym warunek wpływu na handel między państwami członkowskimi postrzegany był na gruncie orzecznictwa jako pozostający w ścisłym związku z celem w postaci tworzenia rynku wewnętrznego. Takie rozumienie warunku wpływu na handel między państwami członkowskimi UE znakomicie uwidacznia się w judykaturze Trybunału dotyczącej porozumień wertykalnych, w tym także RPM. Wraz z ewolucją orzecznictwa w zakresie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE włączone zostały porozumienia stanowiące element systemów dystrybucji o czysto krajowym zasięgu¹¹⁹.

Szeroka wykładnia omawianego warunku stosowana była także na gruncie judykatury dotyczącej porozumień horyzontalnych. W wyroku w sprawie *Vereeniging van Cementhandelaren v. Komisja*¹²⁰ Trybunał odniósł się do wpływu na handel wewnątrzunijny serii porozumień zawartych w ramach działalności holenderskiego stowarzyszenia producentów cementu (VCH). Podmiot ten, w odwołaniu od decyzji Komisji, argumentował, jakoby Komisja nie miała jurysdykcji w sprawie, albowiem oceniane przez nią porozumienia nie wpływały na handel między państwami członkowskimi. VCH na poparcie swojego stanowiska podniosło między innymi, że porozumienia te miały charakter czysto krajowy, albowiem ich zakres ograniczał się do terytorium Holandii i nie dotyczyły one w żaden sposób importu ani eksportu. Tym samym porozumienia te nie miały wpływu na kierunki handlu pomiędzy państwami członkowskimi¹²¹. Trybunał orzekł jednak, że

porozumienie obejmujące całość terytorium państwa członkowskiego z samej swojej natury wywiera skutki w postaci wzmocnienia segmentacji rynków na szczeblu krajowym, w ten sposób powstrzymując gospodarczą interpenetrację, którą, zgodnie z założeniami, zapewnić ma Traktat, i chroniąc produkcję krajową¹²².

Rozwój orzecznictwa doprowadził stopniowo do ograniczenia zakresu przesłanki wpływu porozumienia na handel między państwami członkowskimi, a tym samym jurysdykcji europejskiego prawa konkurencji. Wpływ na to miała przede wszystkim ewolucja wykładni elementu „istotności” wpływu na handel między państwami członkowskimi¹²³. Aktualne podejście orzecznictwa względem

118 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Consten i Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41.

119 Analizę rozwoju orzecznictwa w tym zakresie zawiera kolejny rozdział książki.

120 Wyrok w sprawie 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren v. Komisja*, ECLI:EU:C:1972:84.

121 *Ibidem*, pkt 26.

122 *Ibidem*, pkt 29.

123 Por. m.in. wyrok w sprawie C-306/96, *Javico v. Yves Saint Laurent Parfums*, ECLI:EU:C:1998:173.

wykładni przesłanki wpływu na handel między państwami członkowskimi zostało podsumowane w wydanych w roku 2003 *Wytocznych Komisji dotyczących koncepcji wpływu na handel* zawartej w art. 81 i 82 Traktatu¹²⁴. Komisja wskazała w nich, że ocena spełnienia omawianego warunku wymaga odniesienia się do trzech elementów:

1. Koncepcji handlu pomiędzy państwami członkowskimi;
2. Znaczenia użytego w przepisie art. 101 ust. 1 TFUE określenia „jest w stanie naruszać”;
3. Koncepcji „odczuwalności” wpływu na handel między państwami członkowskimi.

Odnosząc się do pierwszego z nich Komisja wyjaśniła, że koncepcja handlu między państwami członkowskimi nie ogranicza się do tradycyjnej transgranicznej wymiany dóbr i usług, a obejmuje wszelkie przejawy transgranicznej działalności gospodarczej, włączając w to swobodę przedsiębiorczości¹²⁵. Dotyczy to także praktyk, które wpływają na strukturę konkurencji na rynku, w szczególności poprzez wykluczenie z rynku konkurenta, który prowadzi działalność na rynku unijnym, lub stworzenie zagrożenia takiego wykluczenia. Koncepcja wpływu na handel wewnątrzunijny zakłada przy tym, że wpływ ten musi dotyczyć transgranicznej działalności gospodarczej obejmującej co najmniej dwa państwa członkowskie. Przy tym nie musi on dotyczyć całości ich terytoriów¹²⁶.

Z kolei możliwość wpływu na handel rozumiana jest, zgodnie z cytowanym wyżej orzecznictwem, jako

możliwość przewidzenia, z wystarczającą dozą prawdopodobieństwa, w oparciu o układ obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, że dane porozumienie może wyrządzić wpływ, bezpośredni lub pośredni, aktualny lub potencjalny, na wzorec handlu między państwami członkowskimi¹²⁷.

Jak wyjaśniła Komisja, dla ustalenia tej okoliczności nie ma znaczenia subiektywny zamiar stron, a czynniki o charakterze obiektywnym. Niemniej wykazanie takiego zamiaru, np. w postaci dążenia do ograniczenia importu lub eksportu, stanowi istotny czynnik przemawiający za wpływem porozumienia na handel wewnątrzunijny. Jednocześnie wpływ praktyki na handel między państwami członkowskimi nie musi być aktualny i rzeczywisty. Wystarczy, by praktyka była w stanie na taki handel wpłynąć. Tym samym nie ma potrzeby wykazywania, jaki wolumen handlu wewnątrzunijnego dotknięty został przez daną praktykę. Ocena spełnienia omawianego warunku wymaga uwzględnienia całokształtu okoliczności sprawy, w tym odnoszących się do: natury porozumienia, charakterystyki towarów, których ono dotyczy i znaczenia jego stron. Niektóre rodzaje porozumień, takie jak

¹²⁴ Dz. Urz. UE L, nr 1, z 2003 r.

¹²⁵ *Ibidem*, pkt 19.

¹²⁶ *Ibidem*, pkt 20 i 21.

¹²⁷ *Ibidem*, pkt 23.

na przykład transgraniczne kartele, są w stanie bardziej wpłynąć na handel aniżeli pozostałe. Prawdopodobieństwo zakłócenia handlu pomiędzy państwami członkowskimi jest większe, jeżeli porozumienie dotyczy towarów, które uczestniczą szeroko w wymianie międzynarodowej lub mają istotne znaczenie dla możliwości wejścia na rynek innego państwa członkowskiego lub [bądź] zwiększenia obecności na tym rynku. Możliwość zakłócenia handlu między państwami członkowskimi rośnie proporcjonalnie do pozycji rynkowej stron porozumienia i wolumenu prowadzonej przez nich sprzedaży¹²⁸.

W dalszej kolejności należy wziąć pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne funkcjonowania porozumienia. Przykładowo, jeżeli na rynku istnieją absolutne bariery w handlu pomiędzy państwami członkowskimi, które mają charakter zewnętrzny względem porozumienia, jego wpływ na handel wewnątrzunijny możliwy jest tylko wtedy, gdy istnieje prawdopodobieństwo ich usunięcia w dającej się przewidzieć przyszłości¹²⁹.

Jak wyjaśniła Komisja w wytycznych, określenie „wpływ na wzorzec handlu między państwami członkowskimi” należy rozumieć w sposób obiektywny w tym sensie, że niekoniecznie musi ono dotyczyć zmniejszenia intensywności handlu. Istotne jest to, by handel ten kształtował się w sposób odmienny, w porównaniu z sytuacją, w której nie doszłoby do zawarcia porozumienia. Pod pojęciem bezpośredniego wpływu na handel wewnątrzunijny należy zwykle rozumieć efekt powstały na rynku, którego dotyczy porozumienie. Z kolei wpływ pośredni zachodzi w odniesieniu do towarów powiązanych z tymi, których porozumienie dotyczy, takich jak np. komponenty do produkcji tych ostatnich. Tego rodzaju wpływ może pojawić się także na rynku towarów, do których porozumienie się odnosi, np. w przypadku porozumienia wertykalnego, które może skutkować zmniejszeniem zainteresowania nabyciem towarów w danym państwie członkowskim przez konsumentów z innego państwa członkowskiego. Aktualny wpływ na handel między państwami członkowskimi należy rozumieć jako wpływ powstały w wyniku wejścia w życie porozumienia. Z kolei wpływ potencjalny oznacza efekt, który, oceniając z odpowiednią dozą prawdopodobieństwa, może powstać w przyszłości. Przy tym należy brać pod uwagę czynnik rozwoju rynku, m.in. znaczenie procesów liberalizacji określonych sektorów gospodarki i innych środków służących zniesieniu barier handlowych. Nie oznacza to jednak, że analiza wpływu porozumienia na handel może być oparta na hipotetycznych lub spekulatywnych skutkach rynkowych. Komisja musi bowiem być w stanie wykazać, w sposób wystarczająco wiarygodny, jak dana praktyka może wpłynąć na handel wewnątrzunijny¹³⁰.

Stosownie do treści wytycznych, odczuwalność wpływu na handel obejmuje kryterium ilościowe, które ogranicza możliwość stosowania europejskich reguł konkurencji do zdarzeń o określonej wadze. Odczuwalność ta powinna być

128 *Ibidem*, pkt. 25–31.

129 *Ibidem*, pkt 32.

130 *Ibidem*, pkt. 37–43.

oceniana kazuistycznie, w odniesieniu do pozycji, jaką strony porozumienia zajmują na rynkach danych towarów, z uwzględnieniem charakteru praktyki i towarów, których ona dotyczy¹³¹.

Odczuwalność praktyki może być oceniana zarówno pod względem obrotów, które generują przedsiębiorstwa, jak i poprzez porównanie ich pozycji do pozycji innych podmiotów aktywnych na rynku właściwym. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku wykazanie odczuwalnego wpływu na handel między państwami członkowskimi wymaga wyznaczenia rynku właściwego i pozycji, jaką strony porozumienia zajmują na nim. W przypadku pewnych praktyk, takich jak te, które z samej swojej natury są w stanie wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, wystarczające może być odniesienie do wielkości obrotów stron¹³².

Komisja ustanowiła w *Wytycznych...* kryteria, których spełnienie równoznaczne jest z domniemaniem braku istotnego wpływu porozumienia na handel między państwami członkowskimi. W odniesieniu do porozumień pionowych, domniemanie to zachodzi, jeżeli spełnione zostaną łącznie dwie przesłanki:

- a) łączny udział w rynku stron porozumienia na jakimkolwiek rynku właściwym w Unii, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5% i
- b) łączny roczny obrót dostawcy na terytorium Unii, ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem, nie przekracza 40 mln euro¹³³.

Domniemanie braku wpływu na handel obowiązywać będzie, jeżeli w ciągu dwóch kolejnych lat kalendarzowych wyżej wymieniony obrót nie zwiększy się o więcej niż 10% w porównaniu z wartością progową, a udział w rynku nie zwiększy się o więcej niż 2 punkty procentowe¹³⁴.

Przy tym, jak wskazała Komisja, analiza wpływu porozumień pionowych na handel nie może być dokonywana w oderwaniu od oceny wpływu łącznych skutków istnienia ewentualnych sieci równoległych porozumień tego rodzaju. Jeżeli nawet pojedyncze porozumienie wertykalne nie wpływa istotnie na handel między państwami członkowskimi, wpływ taki może istnieć, gdy weźmie się pod uwagę skutki funkcjonowania całej grupy podobnych praktyk. W przypadku porozumień zawartych pomiędzy nabywcą i kilkoma dostawcami, obrót, do którego odnosi się domniemanie, obejmuje wartość łącznych zakupów towarów objętych porozumieniem. Podobnie w przypadku sieci porozumień zawartych pomiędzy tym samym dostawcą i różnymi dystrybutorami należy brać pod uwagę sprzedaż dokonaną za pośrednictwem całej sieci¹³⁵.

W odniesieniu do porozumień, które z samej swej natury są w stanie naruszać handel pomiędzy państwami członkowskimi, domniemanie wpływu na handel wymaga zwykle jedynie wykazania, że obrót dostawcy przekroczył 40 milionów

131 *Ibidem*, pkt. 44–45.

132 *Ibidem*, pkt. 47–48.

133 *Ibidem*, pkt 52.

134 *Ibidem*.

135 *Ibidem*, pkt 56.

euro lub udział w rynku stron porozumienia jest większy niż 5%. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w której porozumienie obejmuje swoim zasięgiem jedynie część państwa członkowskiego¹³⁶.

Ustanowienie w wytycznych progów udziałów w rynku i obrotów uczestników porozumienia było istotnym krokiem na drodze w kierunku ograniczenia, w praktyce, zakresu stosowania art. 101 ust. 1 TFUE względem porozumień ograniczających konkurencję, w tym pionowych porozumień cenowych¹³⁷.

1.5. Wnioski końcowe

Kilkadziesiąt lat rozwoju orzecznictwa w zakresie stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję doprowadziło do ukształtowania się sposobu wykładni zaprezentowanych w tym rozdziale elementów składowych normy prawnej wyrażonej w art. 101 ust. 1 TFUE. I tak w ramach rozwoju koncepcji *single economic unit* wyodrębnione zostały reguły dotyczące rozróżnienia pomiędzy porozumieniami a pozostającymi poza zakresem tego pojęcia umowami agencyjnymi. Orzecznictwo wyjaśniło także, że nie obejmuje ono porozumień zawieranych między członkami grupy kapitałowej. W tym kontekście koncepcja przedsiębiorstwa określająca podmiotowy zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE jawi się jako w pełni funkcjonalna, obejmująca wszelkiego rodzaju podmioty prowadzące działalność w warunkach, choćby potencjalnej, konkurencji.

Ewolucja koncepcji porozumienia uwidacznia się głównie w obszarze porozumień pionowych, a przebiega jednoznacznie w kierunku zawężenia zakresu pojęcia „porozumienie”. Jak wynika z zawartego powyżej zestawienia orzecznictwa, po latach skrajnie szerokiej wykładni pojęcia „porozumienie”, stosowanej tak na płaszczyźnie praktyki Komisji, jak i orzecznictwa sądowego, doszło do ograniczenia jego zakresu. Sąd UE, wsparty przez Trybunał, postawił w wyroku w sprawie Bayer (Adalat) tamę nadmiernemu rozszerzeniu przez Komisję koncepcji porozumienia, do czego przyczynił się sam wcześniej wydając wyrok w sprawie AEG, a przede wszystkim wyrok w sprawie Ford. W rozumieniu Komisji w ramach pojęcia „porozumienia” miały mieścić się *de facto* wszelkie elementy polityki dystrybucyjnej dostawcy podejmowanej w relacji ze współpracującymi z nimi dystrybutorami.

136 *Ibidem*, pkt 53.

137 S. Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford–Portland 2010, s. 96; więcej na temat treści warunku wpływu na handel między państwami członkowskimi w: Z. Jurczyk, *Koncepcja wpływu na handel między Państwami Członkowskimi – kryterium stosowania wspólnotowego prawa konkurencji (cz. I)*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej” 2007, nr 5, s. 40–46; K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, nr 2, s. 24–30.

Takie ujęcie skutkowało kwalifikowaniem jako porozumień praktyk, których wielostronny charakter budził wątpliwości, a nawet takich, które były w sposób oczywisty jednostronne, tak jak w przypadku decyzji w sprawie Bayer.

Błędem byłoby jednak uważać, że Trybunał zakwestionował sposób wykładni pojęcia porozumienie stosowanego przez Komisję. Komisja niezmiennie stosowała w praktyce utrwaloną w orzecznictwie sądowym formułę, zgodnie z którą porozumienie oznacza „zgodność woli pomiędzy co najmniej dwiema stronami, której forma pozostaje bez znaczenia, jeżeli tylko stanowi wierny wyraz intencji stron”. Przedmiotem zastrzeżeń sądów był natomiast stosowany przez Komisję standard dowodowy. Domagały się one bowiem bardziej przekonujących dowodów akceptacji danej propozycji porozumienia przez dystrybutora.

Zgodnie z podejściem wypracowanym przez Sąd UE w sprawie Bayer (Adalat), w przypadku braku bezpośredniego dowodu zawarcia porozumienia wertykalnego wprost, pozornie jednostronne środki także mogą zostać uznane za porozumienia. Jednakże Komisja obowiązana jest w takim wypadku wykazać, na podstawie dowodów pośrednich, że doszło do milczącego (dorozumianego) zaakceptowania przez dystrybutora propozycji określonej polityki dystrybucyjnej, która jest w stanie ograniczyć konkurencję. Nie każdy jednak przejaw takiej polityki będzie automatycznie uznawany za element porozumienia zawartego pomiędzy członkami systemu dystrybucji, a tylko taki, który był im znany, i który choćby milcząco zaakceptowali. Wykazanie tej okoliczności wymaga kazuistycznej analizy skupionej na zbadaniu wszystkich okoliczności faktycznych sprawy. W szczególności powinna skupiać się ona na zbadaniu istnienia zamiaru zawarcia porozumienia, w czym pomocne może być wykazanie, że dystrybutor miał wiedzę na temat danego ograniczenia, które zamierzał wdrożyć dostawca, o czym świadczyć może np. fakt wprowadzenia systemu monitorowania stosowania się dystrybutorów do ustaleń, kierowanie przez dostawcę ostrzeżeń lub wezwań do wdrożenia danych działań. Jednak sama wiedza po stronie dystrybutorów o zamiarze wdrożenia przez dostawcę określonej polityki dystrybucyjnej, a także fakt kierowania do niego wezwań, okólników czy ostrzeżeń, mogą nie być wystarczające do ustalenia istnienia porozumienia wertykalnego, w szczególności gdy byłoby to sprzeczne z jego interesem. Trudno jednak wskazać na istnienie jednolitego i spójnego testu służącego rozróżnieniu pomiędzy porozumieniami wertykalnymi i praktykami jednostronnymi podejmowanymi w ramach działania systemów dystrybucyjnych.

W podobnym kierunku, a zatem w kierunku zawężenia zakresu przedmiotowego, rozwija się sposób wykładni warunku wpływu na handel między państwami członkowskimi. Jego początkowo szerokie rozumienie stopniowo ustępuje miejsca bardziej wyważonej interpretacji. Kulminacją tego procesu było wprowadzenie w *Wytycznych Komisji dotyczących koncepcji wpływu na handel*, progów udziałów w rynku i obrotów uczestników porozumienia, których przekroczenie decyduje o nadaniu przymiotu istotności wpływowi porozumienia na handel wewnątrzunijny¹³⁸.

138 Dz. Urz. UE L, nr 1, z 2003 r.

Rozdział 2

Wpływ porozumienia na konkurencję jako przesłanka stosowania art. 101 ust. 1 TFUE

2.1. Wprowadzenie

Wpływ porozumienia na konkurencję podlega ocenie zarówno w ramach stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, jak i na gruncie stosowania wyłączeń od zakazu porozumień ograniczających konkurencję, w tym przede wszystkim wyłączenia indywidualnego uregulowanego w art. 101 ust. 3 TFUE. Sposób oceny wpływu porozumień na konkurencję ukształtowany został w orzecznictwie Trybunału. W rezultacie doszło do pogłębienia dystynkcji pomiędzy regułami oceny dokonywanej w zakresie każdego z wymienionych wyżej przepisów a także do rozróżnienia pomiędzy regułami oceny stosowanymi względem dwóch kategorii porozumień – o antykonkurencyjnym celu i antykonkurencyjnym skutku. Rozdział zawiera omówienie sposobu oceny wpływu porozumień na konkurencję dokonywanej zarówno na potrzeby stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, jak i wyłączenia indywidualnego.

2.2. Cel lub skutek w postaci zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji

2.2.1. Antykonkurencyjny charakter porozumienia

Warunkiem zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE względem określonego porozumienia jest jego cel lub skutek w postaci zapobieżenia, ograniczenia bądź zakłócenia konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego. Przepis ten, podobnie jak i pozostałe przepisy traktatowe, nie różnicuje pomiędzy użytymi w nim elementami „zapobiegania”, „ograniczania” i „zakłócenia” konkurencji. Komisja i sądy europejskie posługują się tymi określeniami zamiennie¹. Już we wczesnej fazie rozwoju

¹ Podobnie: D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford 2012, s. 125.

orzecznictwa TSUE dał do zrozumienia, że zakresem zakazu wyrażonego w omawianym przepisie objęte są wyłącznie te porozumienia, których wpływ na konkurencję jest „dostrzegalny” (*appreciable*).

Jak wyjaśnił Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Völk*,

zakaz wyrażony w art. 101 ust. 1 znajduje zastosowanie jedynie wówczas, gdy celem lub skutkiem danego porozumienia jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Warunki te muszą być postrzegane w kontekście konkretnych okoliczności porozumienia. W związku z tym porozumienie pozostaje poza zakresem zakazu z art. 101, gdy wywiera jedynie nieistotny wpływ na rynki, biorąc pod uwagę słabą pozycję, którą dane osoby mają na rynku danych towarów².

Trybunał orzekł wówczas, że porozumienie ustanawiające absolutną ochronę terytorialną może, w takiej sytuacji, nie wchodzić w zakres omawianego przepisu.

Podejście to stało się u podstaw reguły *de minimis*, na mocy której art. 101 ust. 3 TFUE nie jest stosowany w odniesieniu do porozumień, które nie wywierają odczuwalnego wpływu na konkurencję. Sposób stosowania tej reguły określony został przez Komisję po raz pierwszy w specjalnym komunikacie wydanym już w 1970 r.³ Obecnie obowiązujące zawiadomienie *de minimis* z 2014 r. stanowi już szóstą generację takich Komunikatów⁴. Jego postanowienia zostały zarysowane w podrozdziale poświęconym ocenie skutków porozumień ograniczających konkurencję. Poniżej omówiony zostanie natomiast kluczowy dla wykładni art. 101 ust. 1 TFUE sposób rozumienia użytej przez autorów traktatu alternatywy pomiędzy antykonkurencyjnym celem i skutkiem porozumienia.

2.2.2. Znaczenie alternatywy „cel lub skutek” na gruncie wczesnego orzecznictwa

Już w roku 1966 w sprawie *Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH* Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że użyte w treści art. 101 ust. 1 TFUE elementy „cel” i „skutek” pozostają względem siebie w relacji alternatywy. Użycie pomiędzy tymi elementami spójnika „lub”

2 Wyrok w sprawie 5/69, *Völk*, ECLI:EU:C:1969:35, pkt 7 oraz wyroki w sprawach: C-7/95 P *Deere v. Komisja*, ECLI:EU:C:1998:256, pkt 77, połączonych C-215/96 i C-216/96 *Bagnasco i in.*, ECLI:EU:C:1999:12, pkt 34, C-238/05 *Asnef-Equifax i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2006:734, pkt 50, C-226/11, *Expedia* ECLI:EU:C:2012:795, pkt 16 i 17.

3 Komunikat Komisji z dnia 27 maja 1970 r. w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie są objęte art. 85 ust. 1 Traktatu EWG, Dz. Urz. C, nr 64, z 1970 r., s. 1.

4 Kolejne Zawiadomienia *de minimis* opublikowane zostały w: Dz. Urz. C, nr 313, z 1977 r., s. 3; Dz. Urz. C, nr 231, z 1986 r., s. 2; Dz. Urz. C, nr 372, z 1997 r., s. 13; Dz. Urz. C, nr 368, z 2001 r., s. 13. Od 30 sierpnia 2014 r. obowiązuje Komunikat Komisji – Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 TFUE (zawiadomienie *de minimis*), Dz. Urz. C, nr 291, z 2014 r., s. 1.

skutkuje w pierwszej kolejności koniecznością zbadania samego celu porozumienia z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego, w jakim ma być ono stosowane. Ów wpływ na konkurencję, o którym mowa w art. 85 ust. 1 musi wynikać ze wszystkich, lub tylko niektórych, klauzul użytych w samym porozumieniu. Jeżeli jednak analiza tych klauzul nie doprowadzi do ujawnienia wystarczająco szkodliwych dla konkurencji efektów, należy wziąć pod uwagę wpływ porozumienia na konkurencję, przy tym, aby zostało ono objęte zakresem zakazu, niezbędne jest wówczas ustalenie istnienia tych czynników, które pozwalają wykazać, że konkurencja rzeczywiście została powstrzymana, ograniczona lub zakłócona⁵.

W sprawie *Consten i Grundig* Trybunał podkreślił z kolei, że „dla celów stosowania art. 85 ust. 1, nie ma potrzeby brania pod uwagę konkretnych skutków porozumienia, jeżeli okaże się, że jego celem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji”⁶. Jak wskazał Trybunał w sprawie *Montecatini*,

z treści tego przepisu [tj. art. 101 ust. 1 TFUE – Ł. G.] wynika, że, tak jak porozumienia między przedsiębiorstwami i decyzje związków przedsiębiorców, praktyki uzgodnione są zakazane, bez względu na ich skutek, jeżeli mają antykonkurencyjny cel⁷.

Jak zauważyła rzecznik generalna Kokott w opinii w sprawie *T-Mobile Netherlands*, „tego rodzaju praktyka jest bowiem zakazana, nawet jeśli na rynku nie występują skutki antykonkurencyjne”⁸.

W kolejnych orzeczeniach Trybunał dookreślił, że badanie celu porozumienia należy przeprowadzić „w świetle jego treści oraz kontekstu gospodarczego, w jaki porozumienie to się wpisuje”⁹. Przy tym ocena tego kontekstu wymaga uwzględnienia charakteru towarów lub usług objętych porozumieniem oraz „rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury spornego rynku lub spornych rynków”¹⁰.

5 Wyroki w sprawach: 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, ECLI:EU:C:1966:38, C-209/07, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643, pkt 15, C-8/08, *T-Mobile Netherlands i in.*, ECLI:EU:C:2009:343, pkt 28; w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in.*, ECLI:EU:C:2009:610, pkt 55; w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 *Football Association Premier League i in.*, ECLI:EU:C:2011:631, pkt 135; w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, ECLI:EU:C:2011:649, pkt 34.

6 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Consten i Grundig* ECLI:EU:C:1966:41.

7 Wyrok w sprawie C-235/92 P *Montecatini v. Komisja*, ECLI:EU:C:1999:362, pkt 124.

8 Opinia Rzecznik Generalnej Kokott w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands i in.*, ECLI:EU:C:2009:110, pkt 42 oraz cytowane w niej wyroki w sprawach: C-49/92 P, *Komisja v. Anic Participazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, pkt 122, C-199/92 P *Hüls v. Komisja*, ECLI:EU:C:1999:358, C-235/92 P *Montecatini v. Komisja*, ECLI:EU:C:1999:362, pkt 124.

9 Wyroki: w sprawach połączonych 29/83 i 30/83 *Compagnie royale asturienne des mines i Rheinzink v. Komisji*, ECLI:EU:C:1984:130, pkt 26, w sprawie C-551/03 P *General Motors v. Komisja*, ECLI:EU:C:2006:229, pkt 66 oraz w sprawie C-209/07, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643.

10 Wyrok w sprawie C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, pkt 21 oraz w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2006:734, pkt 49.

Orzecznictwo sądowe wyjaśniło także jednoznacznie, że antykonkurencyjnego celu porozumienia nie należy utożsamiać z subiektywnym zamiarem jego stron, polegającym na ograniczeniu konkurencji. Jak wskazał Trybunał w sprawie Beef Industry,

w celu określenia, czy porozumienie podlega zakazowi przewidzianemu w art. 81 ust. 1 WE [obecnie art. 101 ust. 1 TFUE – Ł. G.], należy w istocie skupić się na treści jego postanowień i na obiektywnych celach, do osiągnięcia których ono zmierza. Zakładając nawet w tym względzie, że zostanie wykazane, iż strony porozumienia działały bez jakiegokolwiek subiektywnego zamiaru ograniczenia konkurencji, ale w celu zaradzenia skutkom kryzysu w branży, takie rozważania nie mają znaczenia przy stosowaniu rzeczonoego przepisu. Można bowiem uznać, że porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nawet gdy nie jest to jego jedyny cel, ale gdy ma także inne dozwolone cele¹¹.

Nie oznacza to jednak, że zamiar stron nie może być brany pod uwagę przy ocenie celu porozumienia. Jak orzekł TSUE w sprawie Glaxo Smith Kline Services, „nic nie stoi na przeszkodzie, aby Komisja lub sądy wspólnotowe uwzględniły zamiar stron, mimo iż nie stanowi on koniecznej przesłanki ustalenia, czy porozumienie ma charakter ograniczający”¹².

W wyroku w sprawie Beef Industry Trybunał wypowiedział się także na temat znaczenia alternatywy pomiędzy ograniczającym konkurencję skutkiem i celem porozumienia. Orzekł wówczas, że rozróżnienie to „jest związane z okolicznością, że pewne formy zмовы między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji”¹³. Tym samym, jak trafnie wyjaśniła rzeczniczka generalna Kokott w opinii w sprawie T-Mobile Netherlands,

zakaz *per se* takich praktyk, uznanych za społecznie szkodliwe, wprowadza stan pewności prawa i umożliwia wszystkim uczestnikom rynku odpowiednie dopasowanie swoich działań. Ponadto w ten sposób zasoby organów ochrony konkurencji oraz sądów mogą być wykorzystywane w bardziej sensowny sposób¹⁴.

W tej samej opinii rzeczniczka generalna dokonała rozległej interpretacji dystrynkcji pomiędzy antykonkurencyjnym celem i skutkiem praktyk uzgodnionych. Jej analiza pozostaje aktualna w odniesieniu do wszystkich typów praktyk objętych

11 Wyrok w sprawie C-209/07, Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, ECLI:EU:C:2008:643.

12 Por. także wyrok w połączonych sprawach 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 IAZ International Belgium i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:310, pkt. 23–25.

13 Wyroki w sprawach: C-209/07, Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, ECLI:EU:C:2008:643, pkt 17, C-8/08, T-Mobile Netherlands i in., ECLI:EU:C:2009:343, pkt 29, C-226/11 Expedia, ECLI:EU:C:2012:795, pkt 36.

14 Opinia Rzecznik Generalnej Kokott w sprawie C-8/08 T-Mobile Netherlands i in., ECLI:EU:C:2009:110, pkt 43.

zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, w tym porozumień *sensu stricto*. Jak wskazała, pojęcie praktyki uzgodnionej, zakazanej ze względu na cel, nie może być interpretowane zbyt szeroko, biorąc pod uwagę dalekosiężne konsekwencje, jakie wynikają z tego dla zainteresowanych przedsiębiorstw. Jednocześnie pojęcie to nie może być wykładane zbyt wąsko, albowiem doprowadziłoby to do zniesienia dystynkcji pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na cel i na skutek, pozbawiając art. 101 ust. 1 TFUE jego skuteczności. Podobny rezultat wynikałby z zastosowania wykładni, w ramach której zakaz porozumień ze względu na cel łączy się z powstaniem domniemania nielegalności praktyki, które można obalić w przypadku braku możliwości wykazania negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji¹⁵.

Ustalenie antykonkurencyjnego charakteru porozumienia nie sprowadza się zatem do faktycznego „stwierdzenia istnienia lub braku w danym przypadku konkretnych skutków, niezależnie od tego, czy rozumie się przez to skutki w odniesieniu do konkurentów, konsumentów czy ogółu społeczeństwa”¹⁶. Wystarczy, by na podstawie istniejących doświadczeń można było ustalić, że dana praktyka jest w stanie wywierać negatywny wpływ na konkurencję. Oznacza to, że praktyka ta

musi po prostu być w stanie, w konkretnej sprawie, tzn. uwzględniając jej szczególny prawny i ekonomiczny kontekst, doprowadzić do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Czy i w jakim stopniu taki skutek antykonkurencyjny faktycznie występuje może mieć znaczenie w przypadku ustalania wysokości ewentualnych kar oraz w odniesieniu do roszczeń o odszkodowanie¹⁷.

Rzeczniczka generalna Kokott porównała pojęcie porozumień zakazanych ze względu na ograniczający konkurencję cel do kategorii przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo, które podlegają penalizacji bez względu na to, czy do konkretnego skutku doszło i czy ktoś odniósł w wyniku tych działań szkodę.

2.2.3. Zaburzenie dystynkcji pomiędzy kategoriami porozumień zakazanych ze względu na cel i o antykonkurencyjnym skutku

Rozgraniczenie pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na antykonkurencyjny cel i tymi, które mają antykonkurencyjny skutek, zostało ustalone na gruncie judykatury sądów europejskich w sposób relatywnie klarowny. Kolejny wyrok TSUE – w sprawie Allianz Hungaria Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160.

15 *Ibidem*, pkt. 44–45.

16 *Ibidem*, pkt 46.

17 *Ibidem*.

18 Wyrok w sprawie C-32/11, Allianz Hungaria Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160.

wyrażonego w tym przepisie, względem serii porozumień wertykalnych zawieranych corocznie w układzie pomiędzy węgierskimi ubezpieczycielami a dystrybutorami samochodów. Porozumienia te określały warunki, na jakich ubezpieczyciele wypłacali świadczenia na rzecz dystrybutorów w zamian za usługi bezgotówkowych napraw samochodów wykonywane w prowadzonych przez nich serwisach oraz warunki, na jakich dystrybutorzy pośredniczyli w sprzedaży ubezpieczeń komunikacyjnych na rzecz ich klientów. Porozumienia te nawiązywane były w wykonaniu umów ramowych, zawieranych przez każdego z ubezpieczycieli z węgierskim stowarzyszeniem dystrybutorów samochodów markowych (GEMOSZ), któremu dystrybutorzy powierzyli ich negocjowanie. Indywidualne umowy zawierane pomiędzy Allianz i poszczególnymi dystrybutorami zawierały klauzulę, na mocy której dystrybutor w przypadku osiągnięcia określonego udziału ubezpieczeń Allianz w ogólnej liczbie sprzedanych ubezpieczeń, otrzymywał wyższe stawki za naprawę samochodów. Analogiczną politykę handlową stosowało towarzystwo Generali, choć nie w wykonaniu ramowych porozumień zawieranych za pośrednictwem GEMOSZ.

W sprawie opisanych wyżej porozumień postępowanie wszczął węgierski organ konkurencji. Wyodrębnił on trzy kategorie zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, tj.:

- 1) decyzje GEMOSZ ustanawiające ceny rekomendowane sprzedaży ubezpieczeń, które uznane zostały za porozumienia horyzontalne,
- 2) porozumienia ramowe zawarte pomiędzy GEMOSZ i Allianz, a także porozumienia indywidualne zawarte pomiędzy każdym z dystrybutorów a Allianz i Generali, ustanawiające lepsze warunki współpracy pod warunkiem osiągnięcia celów sprzedażowych,
- 3) różne porozumienia zawierane przez Allianz i Generali z niektórymi brokerami ubezpieczeniowymi, zmierzające do wywarcia wpływu na ich działalność poprzez ustanowienie analogicznych celów sprzedażowych i uzależnienie wynagrodzenia brokerów od ich spełnienia.

Porozumienia te zostały uznane przez węgierski organ konkurencji za sprzeczne z prawem krajowym, albowiem „oceniane zarówno łącznie, jak i indywidualnie, miały na celu ograniczenie konkurencji na rynku umów ubezpieczeń samochodowych i na rynku usług naprawy samochodów”¹⁹. Uznano przy tym, że nie wpływały one na handel między państwami członkowskimi. Przedsiębiorcy odwołali się od decyzji, a gdy sprawa dotarła do węgierskiego Sądu Najwyższego, ten zawiesił postępowanie i zwrócił się z następującym pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości:

Czy można uznać za porozumienia sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE (których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego) takie porozumienia dwustronne podpisane pomiędzy ubezpieczycielem i określonymi warsztatami samochodowymi lub pomiędzy ubezpieczycielem a stowarzyszeniem warsztatów samochodowych, na podstawie których cena za roboczogodzinę płaconą przez ubezpieczyciela warsztatowi

¹⁹ *Ibidem*, pkt 12.

samochodowemu za naprawę ubezpieczonych przez niego samochodów zależy między innymi od liczby i odsetka ubezpieczeń zawartych przez ubezpieczyciela za pośrednictwem tego warsztatu, który działa jako agent ubezpieczeniowy owego ubezpieczyciela?

Sąd Najwyższy podkreślił przy tym, że, choć oceniane porozumienia nie wchodziły w zakres jurysdykcji europejskich reguł konkurencji, niemal identyczne brzmienie właściwego przepisu krajowej ustawy i art. 101 ust. 1 TFUE w połączeniu z potrzebą jednolitej wykładni przepisów i pojęć prawa UE uzasadniają skierowanie takiego pytania do TSUE.

W postępowaniu przed TSUE Allianz i Generali wskazywały, że kwestionowane porozumienia nie stanowiły ograniczenia ze względu na cel, albowiem dotyczyły relacji wertykalnych. W związku z tym niezbędne było wykazanie ich antykonkurencyjnego skutku. Trybunał przypomniał wpierw wcześniejsze orzecznictwo w zakresie wykładni alternatywy antykonkurencyjnego celu lub skutku. Następnie zwrócił uwagę na szczególny charakter porozumień podlegających ocenie, wyrażający się w ich związku z dwiema odmiennymi usługami. Nie oznacza to automatycznie, że takie porozumienia mają antykonkurencyjny cel, ale okoliczność ta powinna być brana pod uwagę przy ocenie celu porozumienia. Podobnie cel ten winien być oceniany przy uwzględnieniu, że porozumienia te oddziaływały na dwa rynki – samochodowy i ubezpieczeniowy. Tym samym cel porozumienia należy oceniać w odniesieniu do każdego z nich.

Wbrew twierdzeniom Allianz i Generali Trybunał wskazał, że okoliczność jakoby porozumienia miały charakter wertykalny nie wyklucza możliwości uznania ich za antykonkurencyjne ze względu na cel. Choć zwykle mniej ograniczają one konkurencję niż porozumienia horyzontalne, to jednak niektóre spośród nich mogą szczególnie mocno ją redukować. Oceniając cel porozumień należało także wziąć pod uwagę, że Allianz i Generali zmierzały, poprzez ich zawarcie, do zachowania lub zwiększenia swego udziału w rynku. Gdyby porozumienia te zawarte zostały w następstwie porozumienia horyzontalnego o podziale rynku w układzie pomiędzy Allianz i Generali, wówczas z pewnością byłyby one zakazane ze względu na cel. W przeciwnym wypadku należy jeszcze zbadać,

czy z uwagi na kontekst gospodarczy i prawny, w jaki porozumienia wertykalne sporne w postępowaniu głównym się wpisują, są one w wystarczającym stopniu szkodliwe dla konkurencji na rynku ubezpieczeń samochodowych, aby stanowić ograniczenie konkurencji ze względu na cel²⁰.

Następnie Trybunał wskazał okoliczności, które mogłyby zadecydować o takim charakterze. Po pierwsze mogłyby to nastąpić, gdyby, tak jak to miało miejsce na gruncie krajowego ustawodawstwa, dystrybutorzy zobowiązani byli zachować niezależność przy oferowaniu ubezpieczeń klientom, proponując im ubezpieczenia najbardziej korzystne.

²⁰ *Ibidem*, pkt 46.

Po drugie, ograniczenie konkurencji ze względu na cel zachodziłoby, gdyby sąd krajowy uznał, że „prawdopodobne jest, iż ze względu na kontekst gospodarczy konkurencja na rzeczonym rynku zostanie wyeliminowana lub poważnie osłabiona w wyniku zawarcia rzeczonych porozumień”. W ramach tej oceny sąd powinien wziąć pod uwagę „w szczególności strukturę tego rynku, istnienie alternatywnych kanałów dystrybucyjnych oraz ich odnośnego znaczenia, a także siłę rynkową odnośnych zakładów”²¹. Dodatkowo należy uwzględnić, że kwestionowane porozumienia zawierane były na podstawie rekomendacji cenowych określonych w decyzjach GEMOSZ. Jeżeli sąd krajowy uznałby, że decyzje te miały na celu ograniczenie konkurencji poprzez koordynację stawek z tytułu naprawy samochodów, a kwestionowane porozumienia uznane byłyby za wyraz akceptacji tychże decyzji przez ubezpieczycieli, wówczas należałoby je ocenić jako zakazane ze względu na cel.

Odpowiadając na pytanie prejudycjalne Trybunał wskazał, że

art. 101 ust. 1 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że porozumienia te mogą zostać uznane za ograniczenia konkurencji „ze względu na cel”, jeżeli w wyniku indywidualnej i konkretnej oceny treści i celu tych porozumień, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się one wpisują, okaże się, że ze względu na ich charakter są one szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry konkurencyjnej na odnośnych dwóch rynkach²².

Wyrok w sprawie Allianz Hungaria zaburzył wyraźną do tej pory dystynkcję pomiędzy porozumieniami o antykonkurencyjnym celu i o antykonkurencyjnym skutku. Jak wynika z jego treści, TSUE wymagał znacznie bardziej obszernej analizy antykonkurencyjnego celu porozumienia aniżeli wynikało to z wcześniejszego orzecznictwa. Trybunał wskazał bowiem na obowiązek uwzględnienia w analizie szeregu czynników, w tym także takich, które odnosiły się do rzeczywistej sytuacji panującej na danych rynkach. W ten sposób analiza ta zbliżyła się charakterem i zakresem do pełnej oceny skutków porozumienia pozbawiając ją walorów kluczowych dla odgrywania przez nią przypisanej jej roli, o której pisała w swej opinii w sprawie T-Mobile Netherlands rzeczniczka generalna Kokott, tj. uproszczenia i zmniejszenia kosztów postępowania, a także pewności prawnej i przewencji ogólnej.

2.2.4. Wyrok w sprawie CB – w kierunku tradycyjnej wykładni art. 101 ust. 1 TFUE

Wyrok w sprawie Allianz Hungaria spotkał się z krytyką doktryny, która postulowała konieczność powrotu do poprzedniego stanu prawnego, a przynajmniej takiego doprecyzowania sposobu oceny antykonkurencyjnego celu porozumienia, by linia demarkacyjna pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na cel i ze

²¹ *Ibidem*, pkt 48.

²² *Ibidem*, pkt 51.

względu na skutek była bardziej wyraźna²³. Okazję do tego stworzyła sprawa *Groupement des cartes bancaires (CB)*, w której Trybunał rozpoznał apelację od wyroku Sądu UE²⁴. W pierwszej instancji Sąd UE uznał za ograniczające konkurencję ze względu na cel decyzje francuskiego zgrupowania interesów gospodarczych, do którego należały najważniejsze banki we Francji²⁵. Decyzje te obejmowały liczne ustalenia służące wzmocnieniu interoperacyjności kart płatniczych wydawanych przez członków tego związku przedsiębiorców w ramach ustanowionego przez nich tzw. systemu „CB”. Dotyczyły one m.in. sposobu dokonywania rozliczeń pomiędzy należącymi do systemu podmiotami zajmującymi się autoryzacjami i rozliczeniami transakcji dokonywanych kartami płatniczymi a wydawcami tychże kart. W tym celu wypracowany został odpowiedni algorytm pozwalający na redystrybucję przychodów z opłat do tych podmiotów, które poniosły większe nakłady. Porozumienia te ustalały także opłaty członkowskie w zgrupowaniu, obejmujące opłatę stałą, a w odniesieniu do członków, którzy znacząco zwiększyli emisję kart – opłatę za każdą wydaną i aktywną kartę. System przewidywał też opłatę za każdą

23 Por. m.in.: C. I. Nagy, *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, „World Competition” 2013, vol. 36, No 4, s. 541 i n. oraz C. Graham, *Methods for Determining Whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungaria*, „European Law Review” 2013, vol. 38(4), s. 550–551; D. Harrison, *The Allianz Hungaria Case – The ECJ’s Judgment Could Have Ugly Consequences*, „Competition Law Insight” 2013, vol. 12, Issue 6, s. 10–12, inaczej ocenili rozstrzygnięcie w sprawie *Allianz Hungaria* J. Nowag i M. Ioannidou, których zdaniem pozwala ono na częściowe uwzględnianie w toku analizy porozumień zakazanych ze względu na cel niektórych elementów świadczących o ich realnym wpływie na konkurencję. Ocena ta, określona przez tych autorów mianem szybkiej oceny skutków („*quick effects analysis*”) różni się od pełnej oceny wpływu porozumienia na konkurencję, przypominając raczej amerykańską koncepcję skróconej reguły rozsądku, aniżeli pełną ocenę skutków porozumienia dokonywaną w ramach art. 101 ust. 1 TFUE. Nie bada bowiem wpływu porozumienia na dobrobyt konsumenta, a skupia się na ogólnym ekonomicznym kontekście porozumienia – charakterze towarów i usług, których dotyczy, rzeczywistych warunkach, w których funkcjonuje dany rynek oraz na jego strukturze. W tym kontekście wyrok w sprawie nie zaburza całkowicie dystynkcji pomiędzy porozumieniami o antykonkurencyjnym skutku i o antykonkurencyjnym celu. Zdaniem J. Nowaga i M. Ioannidou, koncepcja ta pozwala nie tylko na uznawanie porozumień, które dotychczas klasyfikowane były jako zakazane ze względu na skutek, zakazane ze względu na cel, lecz także w odwrotnym kierunku. Otwiera to dodatkową możliwość zgłaszania zarzutów przez stronę postępowania, któremu zarzuca się udział w porozumieniu dotychczas zakazanym ze względu na cel. Zdaniem J. Nowaga i M. Ioannidou tego rodzaju „szybka ocena skutków” mogłaby być stosowana w odniesieniu do ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów, pozwalając uwzględnić w analizie czynniki podobne do tych, które amerykański Sąd Najwyższy wyróżnił w wyroku w sprawie *Leegin* jako istotne przy ocenie antykonkurencyjnych skutków RPM – por. J. Nowag i M. Ioannidou, *Can two Wrongs Make a Right? Reconsidering Minimum Resale Price Maintenance in the Light of Allianz Hungaria*, „European Competition Journal” 2015, vol. 11, No 2–3, s. 362–364.

24 Wyrok w sprawie C-67/13P *Groupement des Cartes Bancaires v. Komisja*, ECLI:EU:C:2014:2204.

25 Wyrok w sprawie T-491/07, *Groupement des Cartes Bancaires „CB” v. Komisja*, EU:T:2012:633; zob. także pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 TWE i 86 TWE z dnia 6 lutego 1962 r., Dz. Urz., nr 13, z 1962 r., s. 204.

wydaną kartę dla członków, którzy byli mało aktywni w okresie przed wejściem w życie nowych warunków cenowych.

Komisja Europejska, do której porozumienia te notyfikowane zostały w trybie rozporządzenia Rady nr 17 z 1962 r., uznała je za decyzje związków przedsiębiorstw zakazane ze względu na ograniczający konkurencję cel²⁶. Zgrupowanie odwołało się od tej decyzji do Sądu UE zarzucając Komisji między innymi błędy w ocenie celu rozpatrywanych środków. Sąd UE nie uwzględnił odwołania. Wskazał bowiem, że

przy ocenie przesłanki antykonkurencyjnego charakteru danego porozumienia czy też decyzji przedsiębiorstw należy skupić się w szczególności na treści jego postanowień, na obiektywnych celach, do których osiągnięcia one zmierzają, a także na kontekście gospodarczym, w jaki się wpisują. W tym względzie wystarczy, aby to porozumienie czy też decyzja przedsiębiorstw mogły oddziaływać negatywnie na konkurencję. Innymi słowy muszą one być po prostu konkretnie w stanie, biorąc od uwagę kontekst prawny i gospodarczy, w które się wpisuje, zapobiec, ograniczyć lub zakłócić konkurencję wewnątrz wspólnego rynku. Nie jest konieczne, aby doszło do rzeczywistego zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji, ani też, aby zaistniał bezpośredni związek pomiędzy tą decyzją a cenami konsumenckimi²⁷.

W opinii wydanej w sprawie CB rzecznik generalny Wahl skorzystał z okazji, by wyklarować niejasności, jakie w orzecznictwie spowodował wyrok w sprawie Allianz Hungaria. Rzecznik generalny dokonał szerokiej analizy metodyki badania antykonkurencyjnego celu porozumienia, a następnie wyodrębnił dwie metody takiego badania. Pierwsza z nich, kazuistyczna, obejmuje szczegółowe badanie rzeczywistego wpływu porozumienia na konkurencję zarówno aktualną, jak i potencjalną. Pozwala ona na skuteczne wykrycie praktyk, „które bezdyskusyjnie mają skutek w postaci ograniczenia konkurencji”²⁸. Jednakże jej stosowanie wymaga zaangażowania znaczących zasobów i niesie za sobą szkody dla ekonomiki postępowania. To z kolei może zmniejszyć efektywność wykrywania praktyk ograniczających konkurencję.

W ramach drugiej wyznaczonej przez rzecznika generalnego metody

nie ma zasadniczej różnicy między zachowaniami przedsiębiorstw, które zostały uznane za ograniczające konkurencję w następstwie indywidualnego badania, oraz tymi, które zostały za takowe uznane wskutek zastosowania standardowego podejścia – oba rodzaje zachowań są zakazane. Różnica między nimi sprowadza się przede wszystkim do względów natury proceduralnej związanych z udowodnieniem skutków antykonkurencyjnych wynikających z zakwestionowanych zachowań²⁹.

26 Decyzja Komisji z 17 października 2007 r. w sprawie COMP/D1/38606 – Groupement Des Cartes Bancaires „CB”, niepublikowana.

27 Wyrok w sprawie T-491/07, Groupement des cartes bancaires „CB” v. Komisja, EU:T:2012:633, pkt 125.

28 Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:C:2014:2204, pkt 28.

29 *Ibidem*, pkt 30.

W dalszej kolejności rzecznik generalny porównał porozumienia zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel do porozumień zakazanych *per se* w prawie amerykańskim, wskazując jednak, że nie są to instytucje identyczne. Wskazał także, że choć art. 101 ust. 3 TFUE dopuszcza możliwość wyważenia korzystnych i niekorzystnych skutków porozumienia, to jednak pojęcie antykonkurencyjnego celu „upraszcza ustalenie, czy dane praktyki przedsiębiorstw mają charakter restrykcyjny”³⁰. Do innych zalet wyodrębnienia kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel N. Wahl zaliczył: ekonomikę postępowania, pewność prawa i przewidywalność, co przekłada się z kolei na ustanowienie jasnych reguł, których naruszenie wiąże się z określonymi konsekwencjami prawnymi. Jednakże warunkiem ziszczenia się tych korzyści jest wyraźna dystynkcja pomiędzy sposobem oceny porozumień zakazanych ze względu na cel i porozumień o antykonkurencyjnym skutku.

Zdaniem rzecznika generalnego,

bardziej znormalizowana ocena, do której prowadzi posłużenie się pojęciem ograniczenia ze względu na cel, zakłada konieczność szczegółowego i indywidualnego badania spornego porozumienia, które należy jednak wyraźnie odróżnić od badania rzeczywistych lub potencjalnych skutków kwestionowanych zachowań przedsiębiorstw³¹.

Innymi słowy, ocenę ekonomicznego i prawnego kontekstu porozumienia należy odróżnić od wykazywania jego antykonkurencyjnych skutków.

Uwzględnienie kontekstu w celu ustalenia, czy cel porozumienia ma charakter antykonkurencyjny, może jedynie wzmocnić lub osłabić wynik badania treści postanowień rzekomego kartelu. Nie może ono w żadnym razie zaradzić brakowi faktycznego ustalenia antykonkurencyjnego celu poprzez wykazanie potencjalnych skutków rozpatrywanych środków³².

Dlatego, przykładowo porozumienie o *prima facie* antykonkurencyjnym celu, takie jak kartel cenowy, może nie zostać uznane za mające takowy cel, jeżeli z analizy kontekstowej wynika, że udział w rynku stron porozumienia jest niewielki. Tym samym

posłużenie się kontekstem gospodarczym i prawnym przy ustalaniu, czy mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel, nie może prowadzić do postawienia zarzutów przedsiębiorstwu, którego zachowanie jest kwestionowane, jeżeli treść porozumienia nie wskazuje na jego szkodliwość z punktu widzenia konkurencji³³.

30 *Ibidem*, pkt 34.

31 *Ibidem*, pkt 40.

32 *Ibidem*, pkt 44.

33 *Ibidem*, pkt 45.

Odnosząc się do wyroku w sprawie Allianz Hungaria N. Wahl wskazał, że trudno na podstawie zawartego w nim rozumowania Trybunału wskazać, gdzie przebiega granica pomiędzy analizą kontekstową a badaniem skutków porozumienia. Z tych powodów konieczne jest bardziej dokładne zarysowanie granic pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na antykonkurencyjny cel i mającymi antykonkurencyjny skutek.

Proponowany przez rzecznika model oceny oparty być powinien na rozróżnieniu czysto formalnym, w ramach którego porozumienia zakazane ze względu na cel odnoszą się do zachowań:

- które wiążą się z nieuchronnym ryzykiem szczególnie poważnych szkodliwych skutków, lub
- takich, co do których można uznać, że ich negatywne skutki dla konkurencji przeważają nad pozytywnymi.

Jak zauważył rzecznik generalny, „bezpośrednie karanie za ograniczenie, zważywszy na względy ekonomiki procesowej, ma tylko wtedy sens, gdy z doświadczenia, popartego analizą ekonomiczną, wynika, że ograniczenie takie jest trwale zakazane”³⁴. Tym samym

za ograniczające konkurencję ze względu na cel powinno się zatem uznawać tylko takie zachowania, których szkodliwy charakter, w świetle nabytego doświadczenia i nauk ekonomicznych, jest bezsporny i łatwo sprawdzalny, nie zaś porozumienia, których skutki – z uwagi na kontekst, w jaki porozumienia się wpisują – są ambiwalentne dla rynku, lub które rodzą dodatkowo skutki ograniczające konkurencję, niezbędne dla realizacji celu głównego, który sam nie ogranicza konkurencji³⁵.

Dlatego porozumienia zakazane ze względu na cel powinny obejmować tylko takie uzgodnienia,

które z samej swej natury, to znaczy bez konieczności badania ich rzeczywistych lub potencjalnych skutków, prezentują taki stopień wagi lub szkodliwości, że ich negatywny wpływ na konkurencję jest bardzo prawdopodobny³⁶.

Odnosząc się do analizy dokonanej przez Sąd UE, N. Wahls uznał, że popełnił on błąd w ocenie charakteru kwestionowanych porozumień.

Trybunał Sprawiedliwości wziął pod uwagę opinię rzecznika generalnego i uchylił wyrok wydany w pierwszej instancji³⁷. Uznał, że choć Sąd UE sformułował w nim powody, dla których oceniane porozumienia były w stanie ograniczać konkurencję, to nie wykazał w sposób wystarczający, dlaczego ich wpływ na

34 *Ibidem*, pkt 55.

35 *Ibidem*, pkt 56.

36 *Ibidem*, pkt 58.

37 Wyrok w sprawie C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:C:2014:2204.

konkurencję miałby być tak istotny, że uzasadniał tezę o ich antykonkurencyjnym celu. Jak wskazał Trybunał, Sąd UE nie uwzględnił,

że kryterium prawne mające istotne znaczenie dla ustalenia tego, czy dana forma współpracy między przedsiębiorstwami stanowi takie „ograniczenie konkurencji ze względu na cel”, związane jest ze stwierdzeniem, iż taka forma współpracy cechuje się sama w sobie wystarczającym stopniem szkodliwości z punktu widzenia konkurencji³⁸.

W ten sposób, jak orzekł Trybunał, Sąd

częściowo odszedł od orzecznictwa Trybunału i, co za tym idzie, dopuścił się naruszeń prawa w zakresie dotyczącym określenia kryteriów prawnych właściwych do dokonania oceny tego, czy doszło do „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE³⁹.

Wyrok Trybunału w sposób jasny dał do zrozumienia, że koncepcja porozumienia zakazanego ze względu na cel nie jest tak szeroka, jakby to wynikało z wyroku w sprawie *Allianz Hungaria*. W ujęciu Trybunału koncepcja ta ma bowiem obejmować tylko takie uzgodnienia, praktyki uzgodnione i decyzje związków przedsiębiorstw, które same w sobie są w stanie poważnie zakłócić konkurencję. Z drugiej strony, paradoksalnie, potwierdzenie istnienia surowych wymagań w zakresie dowodzenia antykonkurencyjnego celu porozumienia może wiązać się z koniecznością przeprowadzania dalej idącej analizy antykonkurencyjnego celu porozumienia, wykraczającej poza badanie jedynie jego treści i ogólnego kontekstu jego stosowania. Wyrok w sprawie *CB* pozwolił, przynajmniej w części, wyklarować niejasności, które spowodowało orzeczenie w sprawie *Allianz Hungaria* i doprowadził do zarysowania wyraźniejszej granicy pomiędzy porozumieniami o ograniczającym konkurencję celu i skutku. Odzwierciedlenie tego stanu rzeczy znaleźć można w kolejnych wyrokach. W wyrokach w sprawach *Dole Food Company* i *ING Pensii* Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że „niektóre rodzaje koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami mogą być uznane, ze względu na samą ich naturę, za szkodliwe dla właściwego funkcjonowania normalnej konkurencji”⁴⁰.

Sąd UE kontynuował tę linię orzeczniczą w kilku równoległe wydanych wyrokach dotyczących porozumień na rynku farmaceutycznym. Podkreślił w nich, za utrwalonym orzecznictwem TSUE, że określenie czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel i wymaga uwzględnienia „jego postanowień, celów oraz

38 *Ibidem*, pkt 57.

39 *Ibidem*, pkt 56.

40 Wyroki w sprawach: C-172/14, *ING Pensii, Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA v Consiliul Concurenței*, ECLI:EU:C:2015:484, pkt 31 oraz C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe v Komisja*, ECLI:EU:C:2015:184, pkt 114, teza ta powtórzona została w wyrokach w sprawach: C-373/14 P, *Toshiba Corporation v. Komisja*, ECLI:EU:C:2016:26, pkt 26, C-345/14. *Maxima Latvija*, EU:C:2015:784, pkt 20, T-691/14, *Servier SAS et al. v. Komisja*, ECLI:EU:T:2018:922, pkt 220.

ekonomicznego i prawnego kontekstu, którego część stanowi⁴¹. Z kolei ustalenie tego kontekstu wymaga wzięcia pod uwagę „charakteru danych towarów i usług, jak i rzeczywistych warunków funkcjonowania i struktury danego rynku lub rynków”⁴². Niemniej, jak podkreślił sąd powołując się na wyrok w sprawie CB, ich zbadanie – w sprawach tak złożonych, jak te będące przedmiotem rozstrzygnięcia „nie może prowadzić Sądu UE do zbadania skutków danej koordynacji, albowiem w przeciwnym wypadku, rozróżnienie ustanowione w art. 101 ust. 1 TFUE straciłoby swoją skuteczność”⁴³.

W jednym z omawianych wyroków w sprawie Teva Pharmaceuticals, Sąd UE odniósł się do jednego z zarzutów tego przedsiębiorstwa, jakoby zawarte przez nie porozumienie nie miało skutków antykonkurencyjnych, albowiem umożliwiło wejście Teva Pharmaceuticals na nowy rynek. Sąd UE podkreślił, że antykonkurencyjny cel nie może być podważony ze względu na brak negatywnych skutków działań przedsiębiorstwa na rynku, albowiem to doprowadziłoby do

pomieszenia zakazu uzgodnień o antykonkurencyjnym celu z zakazem zmw o antykonkurencyjnym skutku. Szczególna zdolność porozumień do generowania ograniczających konkurencję skutków, charakterystyczna dla porozumień o antykonkurencyjnym celu nie zależy od rzeczywistych i konkretnych skutków tego porozumienia. Dlatego [...] okoliczność, że porozumienie nie generuje antykonkurencyjnych skutków, a nawet że generuje skutki prokonkurencyjne [...] nie jest w stanie zakwestionować ustalenia, że porozumienie ma antykonkurencyjny cel⁴⁴.

Nie oznacza to jednak, że sąd ma całkowicie ignorować potencjalne skutki porozumienia, jednak ocena ta musi być ograniczona do tych spośród nich, „które wynikają z informacji dających się obiektywnie przewidzieć w momencie zawarcia porozumienia”⁴⁵.

Omówione wyroki potwierdzają, że judykatura Sądu UE stara się utrzymać wyraźne linie demarkacyjne pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na cel i zakazanymi ze względu na skutek oraz pomiędzy oceną dokonywaną na podstawie art. 101 ust. 1 i tą, która sporządzana jest w obrębie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu.

41 Wyroki w sprawach: T-682/14, Mylan Laboratories Ltd, Mylan Incorporated v. Komisja ECLI: EU:T:2018:907, pkt 152, T-680/14, Lupin Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:908, pkt 77, T-705/12, Unichem Laboratories Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:915, pkt 299, T-684/14, Krka Tovarna Zdravil d.d. v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:918, pkt 124, T-679/14 Teva UK Ltd, Teva Pharmaceuticals Europe BV, Teva Pharmaceutical Industries Ltd, ECLI:EU:T:2018:919, pkt 182, T-701/14, Niche Generics Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:921, pkt 228, T-691/14., Servier SAS *et. al* v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:922, pkt 220.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 Wyrok w sprawie T-679/14 Teva UK Ltd, Teva Pharmaceuticals Europe BV, Teva Pharmaceutical Industries Ltd, ECLI:EU:T:2018:919, pkt 185.

45 *Ibidem*, pkt 186.

2.2.5. Porozumienia zakazane ze względu na cel w świetle aktualnego orzecznictwa

Aktualne orzecznictwo wyróżnia porozumienia zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel. Ocena, czy porozumienie cel taki posiada ma charakter sformalizowany i abstrakcyjny – niewymagający oceny jego realnych skutków. Istotne jest, czy z analizy treści porozumienia, biorąc pod uwagę jego ekonomiczny i prawny kontekst, a także doświadczenie organów konkurencji w ocenie charakteru danego typu porozumień oraz wiedzę ekonomiczną, wynika jego antykonkurencyjny cel. Ocena ta powinna być wystarczająca, by móc uznać, że porozumienie nieuchronnie wiąże się z ryzykiem poważnej szkody dla konkurencji, a jego negatywne skutki dla konkurencji przeważają nad skutkami pozytywnymi. Pojęcie porozumień zakazanych ze względu na cel odnosi się przede wszystkim do określonych typów porozumień, które na gruncie utrwalonego orzecznictwa zostały uznane za nieuchronnie ograniczające konkurencję. Jego analiza pozwoliła R. Whishowi na sformułowanie koncepcji tzw. *object box*, stanowiącego katalog typów porozumień zakazanych ze względu na cel⁴⁶. Opierając się na judykaturze Trybunału Sprawiedliwości do katalogu tego zaliczył on⁴⁷:

- porozumienia cenowe zarówno horyzontalne⁴⁸, jak i wertykalne⁴⁹,
- wymiana informacji o cenach między konkurentami, o ile jest ona w stanie usunąć niepewność co do przyszłych zachowań rynkowych uczestników wymiany⁵⁰,
- porozumienia o podziale rynku⁵¹,

46 R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, ed. 9, Oxford 2018, s. 122.

47 *Ibidem*, s. 135.

48 Por. m.in. wyroki w sprawach: C-439/11 P Ziegler v. Komisja, ECLI:EU:C:2013:513, C-382/12 P, MasterCard Inc. v. Komisja Europejska i in., ECLI:EU:C:2014:2201, T-9/11, Air Canada v. Komisja, ECLI:EU:T:2015:994.

49 Por. m.in.: wyroki w sprawach: 123/83, Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Guy Clair, ECLI:EU:C:1985:33, 107/82, AEG v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:29, 243/83, SA Binon & Cie i SA Agence et messageries de la presse, ECLI:EU:C:1985:284, 43 i 63/82 VBVB i VBVB v. Komisja, ECLI:EU:C:1984:9, T-67/01, JCB Service v. Komisja, ECLI:EU:T:2004:3. Szczegółowa analiza orzecznictwa europejskiego dotyczącego cenowych porozumień wertykalnych sporządzona została w kolejnym rozdziale.

50 Wyrok w sprawie C-8/08, T-Mobile Netherlands i in., ECLI:EU:C:2009:343, T-34/92, Fiatagri UK Ltd i New Holland Ford v. Komisja, ECLI:EU:T:1994:258 utrzymany w mocy wyrokiem w sprawie C-8/95 P, New Holland Ford v. Komisja, ECLI:EU:C:1998:257 oraz T-35/92 John Deere v. Komisja, ECLI:EU:T:1994:259 utrzymany w mocy wyrokiem w sprawie C-7/95 P, John Deere v. Komisja, ECLI:EU:C:1998:256.

51 Decyzje Komisji z 27 listopada 2002 r. w sprawie COMP/E-2/37.978 – Methylglucamine Dz. Urz. L, nr 38, z 2004 r., s. 18 i z 23 listopada 1984 r. w sprawie IV/30.907 – Peroxygen Products, Dz. Urz. L, nr 35, z 1985 r., s. 1.

- porozumienia kontyngentowe, rozumiane zarówno jako porozumienia o ograniczeniu produkcji, jak i o ograniczeniu sprzedaży⁵²,
- kolektywne zobowiązania wyłączne⁵³,
- porozumienie o opóźnieniu wprowadzenia na rynek nowego konkurencyjnego towaru w zamian za płatności na rzecz konkurentów⁵⁴,
- porozumienia o zakazie eksportu⁵⁵,
- manipulacje indeksami referencyjnymi oprocentowania pożyczek⁵⁶,
- selektywne systemy dystrybucji niezgodne z doktryną Metro⁵⁷,
- porozumienia tego rodzaju, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie Allianz Hungaria⁵⁸.

Część spośród wymienionych wyżej kategorii porozumień koresponduje z katalogami czarnych klauzul zawartymi w poszczególnych rozporządzeniach o wyłączeniach blokowych. Przykładem tego jest ustalanie cen odsprzedaży, które wymienione zostało w art. 4 (a) rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, jako porozumienie nieobjęte wyłączeniem blokowym.

Pojęcie porozumień zakazanych ze względu na cel koresponduje także z innym terminem stosowanym na gruncie zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE – najcięższych ograniczeń konkurencji (*hardcore restraints*). Kategoria ta jest jednak węższa i w całości mieści się w ramach szerszej grupy porozumień o antykonkurencyjnym celu⁵⁹. Negatywne skutki najcięższych ograniczeń konkurencji objęte

52 Wyrok w sprawie C-209/07, Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, ECLI:EU:C:2008:643.

53 Decyzja Komisji z 26 października 1999 r. w sprawie IV/33.884 – Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie BV Dz. Urz. L, nr 39, z 2000 r., s. 1.

54 Wyroki w sprawach: T-472/13, H. Lundbeck A/S i Lundbeck Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2016:449, T-682/14, Mylan Laboratories Ltd, Mylan Incorporated v. Komisja ECLI:EU:T:2018:907, T-680/14, Lupin Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:908, T-705/12, Unichem Laboratories Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:915, T-684/14, Krka Tovarna Zdravil d.d. v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:918, T-679/14 Teva UK Ltd, Teva Pharmaceuticals Europe BV, Teva Pharmaceutical Industries Ltd, ECLI:EU:T:2018:919, T-701/14, Niche Generics Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:921, T-691/14., Servier SAS *et al.* v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:922.

55 Wyroki w sprawach: C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in., ECLI:EU:C:2009:610, 19/77, Miller International Schallplatten GmbH v. Commission, ECLI:EU:C:1978:19, C-551/03 P, General Motors BV przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:2006:229.

56 Decyzje Komisji: z 21 października 2014 r. w sprawie AT.39924 – Swiss Franc interest rate derivatives, niepublikowana, z 4 lutego 2015 r. w sprawie AT.39861 – Yen Interest Rate Derivatives (YIRD), niepublikowana, z 7 grudnia 2016 r. w sprawie AT.39914 – Euro Interest Rate Derivatives, niepublikowana.

57 Por. wyrok w sprawie 26/76, Metro SB-GROSSMÄRKTE GmbH & Co. KG v. Komisja, ECLI:EU:C:1977:167.

58 Wyrok w sprawie C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160.

59 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 136.

są domniemaniami⁶⁰. Nie są one także objęte wyłączeniami blokowymi, a możliwość zastosowania względem nich wyłączenia indywidualnego objętego art. 101 ust. 3 TFUE jest mało prawdopodobna.

Zaznaczyć trzeba jednak, że ograniczenie zakresu pojęcia porozumień zakazanych ze względu na cel do wymienionego wyżej katalogu objętego „*object box*” stanowiłoby nadmierne uproszczenie. Po pierwsze, o czym wspominał rzecznik generalny Wahl w opinii w sprawie CB, porozumienie należące do jednej w wymienionych wyżej kategorii może nie zostać uznane za zakazane ze względu na cel, jeżeli analiza jego kontekstu ekonomicznego i prawnego doprowadzi do uznania, że nie ma ono potencjału istotnie ograniczającego konkurencję. Jednak, biorąc pod uwagę, że ustalenie czy porozumienie ma taki cel opiera się na uproszczonej ocenie, należy uznać, że mogłoby to nastąpić w wyjątkowych warunkach. Po drugie, trzeba uwzględnić, że, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, ocena czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel musi być do pewnego stopnia zindywidualizowana. Dlatego porozumienia spoza kategorii objętych *object box* mogą także być zakazane ze względu na cel, o ile tylko z ich treści, biorąc pod uwagę ekonomiczny i prawny kontekst ich stosowania, cel taki wynika. W odniesieniu do pozostałych porozumień organ konkurencji obowiązany jest wykazać ich antykonkurencyjne skutki.

2.2.6. Porozumienia o antykonkurencyjnym skutku w świetle aktualnego orzecznictwa

Jak wskazał Sąd UE w sprawie *European Night Services* ocena skutków porozumienia musi

uwzględniać aktualne warunki, w których ono funkcjonuje, a w szczególności ekonomiczny kontekst, w którym działają przedsiębiorstwa, towary lub usługi objęte porozumieniem i aktualną strukturę właściwych rynków⁶¹.

Jak dalej orzekł Sąd, ocena ta musi być oparta nie tylko na analizie stanu konkurencji aktualnie panującej na rynku właściwym,

lecz także potencjalnej konkurencji, tak aby upewnić się, czy, w świetle struktury rynku oraz ekonomicznego i prawnego kontekstu, w którym funkcjonuje, istnieją realne, konkretne możliwości, by zainteresowane przedsiębiorstwa konkurowały ze sobą lub by nowy konkurent był w stanie wejść na rynek właściwy i konkurować z przedsiębiorstwami już na nim działającymi⁶².

60 Komunikat Komisji – *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, Dz. Urz. C, nr 101, z 2004 r., s. 97, pkt 55.

61 Wyrok w połączonych sprawach T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94, *European Night Services*, ECLI:EU:T:1998:198, pkt 136.

62 *Ibidem*, pkt 138.

Ocena skutków porozumienia musi zatem obejmować szeroki kontekst, w tym odnosić się do jego wpływu na konkurencję aktualną i potencjalną⁶³. Jak wskazała Komisja w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, oznacza to, że porozumienie o innym niż antykonkurencyjny celu, aby zostać objęte zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, „musi mieć prawdopodobne skutki antykonkurencyjne”⁶⁴. Tym samym musi ono wpływać na konkurencję (aktualną lub potencjalną) w takim zakresie, że można oczekiwać z rozsądną dozą prawdopodobieństwa negatywnych skutków na rynku właściwym dla cen, sprzedaży, innowacji lub różnorodności i jakości dóbr i usług⁶⁵. Przy tym ocena antykonkurencyjnego skutku porozumienia nie może opierać się wyłącznie na przypuszczeniach lub gołosłownych twierdzeniach jakoby antykonkurencyjne skutki porozumienia były ewidentne⁶⁶.

Jak wynika z powyższego koncepcja antykonkurencyjnego skutku porozumienia odwołuje się bezpośrednio do ekonomicznych kryteriów jego negatywnego wpływu na dobrobyt konsumenta. Takie rozumienie potwierdziła Komisja w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*. Powiązała w nich prawdopodobieństwo powstania niekorzystnych skutków dla konkurencji z posiadaniem lub możliwością nabycia siły rynkowej przez co najmniej jedną ze stron porozumienia, a także z umożliwieniem jej wykorzystania dzięki zawartemu porozumieniu⁶⁷.

Jak wskazała Komisja w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, ocena wpływu porozumienia na konkurencję wymaga zwykle zdefiniowania rynku właściwego, a także zbadania charakteru towarów objętych porozumieniem, pozycji rynkowej jego stron oraz ich konkurentów, pozycji rynkowej nabywców, obecności potencjalnych konkurentów oraz poziomu barier wejścia⁶⁸. Niemniej możliwe jest wykazanie skutków antykonkurencyjnych w drodze bezpośredniej analizy zachowań rynkowych stron, np. w drodze ustalenia wzrostu cen na rynku⁶⁹.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym, ocena antykonkurencyjnych skutków porozumienia wymaga zbadania „hipotezy kontrfaktycznej”, a zatem porównania sytuacji, w której porozumienie weszło w życie (choćby hipotetycznej), do scenariusza, w którym porozumienie to nie zostało zastosowane⁷⁰. Scenariusz

63 Por. Komunikat Komisji – *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, Dz. Urz. C, nr 101, z 2004 r., s. 97, pkt 24 oraz wyroki w sprawach: C-7/95 P, John Deere, ECLI:EU:C:1998:256, pkt 77, 31/85 ETA v. DK Investment, ECLI:EU:C:1985:494, pkt 12, i w sprawach połączonych 142/84 i 156/84 BAT i Reynolds v. Komisja ECLI:EU:C:1987:490, pkt 54.

64 *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, Dz. Urz. C, nr 101, z 2004 r., s. 97, pkt 24.

65 *Ibidem*.

66 Wyrok w sprawie C-382/12 P, MasterCard Inc. v. Komisja Europejska i in., ECLI:EU:C:2014:2201 pkt 187 i cytowany w nim wyrok w połączonych sprawach: 29/83 i 30/83, Compagnie royale asturienne des mines i Rheinzink v. Komisja, EU:C:1984:130, pkt 16, 20.

67 *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, Dz. Urz. C, nr 101, z 2004 r., s. 97, pkt 25.

68 *Ibidem*, pkt 26.

69 *Ibidem*, pkt 27.

70 Wyroki w sprawach: 56/65, Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH, EU:C:1966:38, 360; 22/71 Béguelin Import, EU:C:1971:113, pkt 16, 17, 99/79, Lancôme

alternatywny musi być przy tym realistyczny⁷¹. Jednocześnie ocena w ramach stosowania art. 101 ust. 1 TFUE nie uwzględnia okoliczności, które mogłyby stanowić przeciwwagę dla negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji⁷². Prokonkurencyjne efekty porozumienia oraz wyważenie negatywnych i pozytywnych skutków porozumienia dokonywane są w ramach analizy możliwości skorzystania z wyłączenia ustanowionego w art. 101 ust. 3 traktatu⁷³. Takie ujęcie zaprezentował Sąd UE w sprawie *Metropole*, w której wskazał jednoznacznie, że art. 101 ust. 1 TFUE nie ustanawia reguły rozsądku⁷⁴. Jak podkreślił Sąd, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym ocena antykonkurencyjnych skutków porozumienia powinna obejmować także bilansowanie pozytywnych i negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji, pozbawiłoby w znacznym stopniu skuteczności stosowania art. 101 ust. 3 TFUE⁷⁵.

W wyroku w sprawie *Expedia TSUE* wyjaśnił z kolei, że kwestia istotności wpływu porozumienia odnosi się wyłącznie do porozumień, które nie mają antykonkurencyjnego celu. Jak wskazał wówczas Trybunał, porozumienia mające antykonkurencyjny cel i jednocześnie zdolne wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi, stanowią odczuwalne ograniczenie konkurencji „z uwagi na swój charakter i bez względu na to, jakie są jego konkretne skutki”⁷⁶.

W zawiadomieniu *de minimis*⁷⁷ Komisja określiła kryteria oceny stopnia wpływu porozumienia na konkurencję. I tak, zgodnie z zawiadomieniem porozumienie nie ogranicza istotnie konkurencji:

- a) jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 10% na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie, o ile jest ono zawierane między przedsiębiorstwami, które są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na którymkolwiek z tych rynków; lub
- b) jeżeli udział każdej ze stron porozumienia w rynku nie przekracza 15% na żadnym z rynków właściwych, których dotyczy porozumienie, o ile jest ono zawierane między przedsiębiorstwami, które nie są rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami na żadnym z tych rynków⁷⁸.

i *Cosparfrance Nederland*, EU:C:1980:193, pkt 26, 31/80, *L'Oréal*, EU:C:1980:289, pkt 19, 31/85, *ETA Fabriques d'Ébauches*, EU:C:1985:494, pkt 11; C-215/96 i C-216/96, *Bagnasco i in.*, EU:C:1999:12, pkt 33 i C-7/95 P *John Deere v. Komisja*, ECLI:EU:C:1998:256, pkt 76, C-8/95 P, *New Holland Ford v. Komisja*, ECLI:EU:C:1998:257, pkt 91, C-551/03 P, *General Motors v. Komisja*, EU:C:2006:229, pkt 72.

71 Wyrok w sprawie C-382/12 P, *MasterCard Inc. v. Komisja i in.*, ECLI:EU:C:2014:2201, pkt 166.

72 *Ibidem*, pkt 180.

73 *Ibidem*.

74 Wyrok w sprawie T-112/99, *Metropole*, ECLI:EU:T:2001:215, pkt 72.

75 *Ibidem*, pkt 75; por. także wyroki w sprawach: T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:281, T-328/03, O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v Komisja, ECLI:EU:T:2006:116.

76 Wyrok w sprawie C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, pkt 37.

77 Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C, nr 291, z 2014 r., s. 1.

78 *Ibidem*, pkt 8.

Progi te mogą zostać przekroczone bez uszczerbku dla możliwości zaklasyfikowania danego porozumienia jako bagatelnego, jeżeli udziały stron w rynku w ciągu dwóch kolejnych lat kalendarzowych nie przekroczą danych progów o więcej niż dwa punkty procentowe⁷⁹.

Jeżeli trudno jest zakwalifikować porozumienie do jednej z dwóch wymienionych wyżej kategorii, zastosowanie znajduje niższy próg udziału w rynku. Progi te obniżone są do 5% w odniesieniu do porozumień generujących efekt skumulowany, tzn. wówczas gdy porozumienia o zbliżonych skutkach rynkowych zawierane pomiędzy różnymi dostawcami i dystrybutorami tworzą równoległe sieci i w ten sposób prowadzą do zamknięcia dostępu do rynku. Jednocześnie, co do zasady, „nie uznaje się, aby poszczególni dostawcy i dystrybutorzy, których udział w rynku nie przekracza 5%, znacznie przyczyniali się do skumulowanego efektu zamknięcia rynku”. Z kolei efekt skumulowany jest mało prawdopodobny, jeżeli równoległe porozumienia o podobnych skutkach pokrywają mniej niż 30% rynku właściwego⁸⁰.

Zawiadomienie *de minimis* zawiera zobowiązanie Komisji do niewszczywania postępowań w sprawach porozumień spełniających określone w nim warunki. Ponadto, w przypadku wykazania przez przedsiębiorstwa, że w dobrej wierze uznały one, iż spełniały warunki określone w Zawiadomieniu *de minimis*, Komisja nie nałoży kary za naruszenie art. 101 TFUE. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z regułą wyrażoną w wyroku w sprawie Expedia, Zawiadomienie *de minimis* nie jest stosowane w odniesieniu do porozumień o antykonkurencyjnym celu, a tym bardziej takich, które wskazane są jako najcięższe ograniczenia konkurencji w poszczególnych rozporządzeniach o wyłączeniach blokowych⁸¹. Dotyczy to między innymi porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów.

2.3. Teoria ograniczeń akcesoryjnych

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, ograniczenia konkurencji, które mają charakter akcesoryjny (*ancillary*) względem głównej, nieograniczającej konkurencję, transakcji nie stanowią naruszenia art. 101 ust. 3 TFUE. Jak wskazał Sąd UE w sprawie Metropole, „We wspólnotowym prawie konkurencji pojęcie ograniczenia akcesoryjnego obejmuje każde ograniczenie, które jest bezpośrednio związane z operacją główną i [jest] konieczne do realizacji tej operacji”⁸². W razie

79 *Ibidem*, pkt 11.

80 *Ibidem*, pkt 9–10.

81 *Ibidem*, pkt 13.

82 Wyrok w sprawie T-112/99, Metropole, ECLI:EU:T:2001:215, pkt 104.

spełnienia łącznie tych warunków, zgodność tego ograniczenia z regułami konkurencji badana jest łącznie z badaniem zgodności operacji głównej⁸³.

Zręby koncepcji ograniczeń akcesoryjnych ustanowione zostały przez TSUE w sprawie Remia przeciwko Komisji⁸⁴. Trybunał dokonał w niej kontroli decyzji Komisji Europejskiej uznającej za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE zawarte w umowie sprzedaży przedsiębiorstwa klauzule zakazujące prowadzenia działalności konkurencyjnej przez zbywcę. Jak wskazał TSUE, sam fakt zawarcia tego rodzaju klauzul w umowie sprzedaży przedsiębiorstwa nie jest wystarczający, by wyłączyć je spod zakresu stosowania art. 101 ust. 1 TFUE⁸⁵. Aby ustalić, czy klauzule te są nim objęte, należy zbadać stan konkurencji na rynku, który zaistniałby, gdyby tych klauzul nie było. Odnosząc się do oceny klauzul tego rodzaju, TSUE wskazał, że w przypadku ich braku, umowa o sprzedaży przedsiębiorstwa nie mogłaby dojść do skutku. Dzięki szczegółowej wiedzy o sprzedawanym przedsiębiorstwie, zbywca byłby w stanie łatwo odzyskać kontrahentów, w ten sposób eliminując z rynku zbyte przedsiębiorstwo⁸⁶. Jednak, jak wskazał Trybunał, ich pozytywny wpływ na konkurencję może zaistnieć jedynie, gdy są one „niezbędne do przeprowadzenia transferu danego przedsiębiorstwa, a ich okres obowiązywania i zakres muszą być ściśle ograniczone do tego celu”⁸⁷.

We wspomnianym już wyroku w sprawie Metropole Sąd UE podkreślił, że dla uznania konieczności ograniczenia akcesoryjnego należy rozważyć, czy jest ono „obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej oraz z drugiej strony, że jest ono proporcjonalne do tej operacji”⁸⁸. Badanie obiektywnej konieczności ograniczenia nie obejmuje jednak rozważenia pro- i antykonkurencyjnych skutków ograniczeń towarzyszących, co może być dokonywane wyłącznie na gruncie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE. Ocena obiektywnej konieczności ograniczenia

może mieć tylko względnie abstrakcyjny charakter. Nie chodzi o dokonanie analizy, czy w świetle sytuacji konkurencyjnej na właściwym rynku ograniczenie jest niezbędne dla sukcesu komercyjnego operacji głównej, lecz o ustalenie, czy w szczególnych ramach operacji głównej ograniczenie jest konieczne do realizacji tej operacji. Jeżeli bez ograniczenia operacja główna byłaby trudna, a nawet niemożliwa do zrealizowania, ograniczenie może zostać uznane za obiektywnie konieczne do jej realizacji⁸⁹.

Syntezy reguł dotyczących ograniczeń akcesoryjnych dokonała Komisja w *Wytocznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*. Poza przypomnieniem cytowanych wyżej tez orzecznictwa wyjaśniła w nich, że test ograniczeń akcesoryjnych

83 *Ibidem*, pkt 115.

84 Wyrok w sprawie 42/84, Remia BV i in. v. Komisja ECLI:EU:C:1985:327.

85 *Ibidem*, pkt 17.

86 *Ibidem*, pkt 18 i 19.

87 *Ibidem*, pkt 20.

88 Wyrok w sprawie T-112/99, Metropole, ECLI:EU:T:2001:215, pkt 106.

89 *Ibidem*, pkt 109.

nie jest stosowany wyłącznie celem badania wpływu porozumienia na konkurencję wewnątrzmarkową, lecz może być wykorzystywany względem wszelkiego rodzaju transakcji, które nie ograniczają konkurencji⁹⁰.

2.4. Wyłączenie indywidualne od zakazu porozumień ograniczających konkurencję

2.4.1. Treść i zakres stosowania art. 101 ust. 3 TFUE

Przepis art. 101 ust. 3 TFUE ustanawia wyłączenie indywidualne od zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zgodnie z jego treścią „[...] postanowienia ustępu 1 mogą zostać uznane za niemające zastosowania do:

- każdego porozumienia lub kategorii porozumień między przedsiębiorstwami,
- każdej decyzji lub kategorii decyzji związków przedsiębiorstw,
- każdej praktyki uzgodnionej lub kategorii praktyk uzgodnionych,

które przyczyniają się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez:

- a) nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- b) dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

Zakres stosowania art. 101 ust. 3 TFUE jest potencjalnie nieograniczony, obejmując każdy typ porozumienia ograniczającego konkurencję, który spełnia przesłanki wyłączenia. W wyroku w sprawie *Matra Hachette* Sąd UE nie zgodził się z rozumowaniem powoda, opartym na założeniu istnienia porozumień ograniczających, tak silnie godzących w konkurencję, że z samej swojej natury nie mogą być one objęte zakresem wyłączenia⁹¹. Sąd orzekł, że europejskie prawo konkurencji nie ustanawia takiej zasady, a przeciwnie,

co do zasady nie istnieje praktyka antykonkurencyjna, która, bez względu na natężenie jej skutków na danym rynku, nie może być zwolniona, o ile wszystkie warunki ustanowione w art. 101 ust. 3 Traktatu zostały spełnione⁹².

Oznacza to, że zakresem wyłączenia objęte mogą być nie tylko porozumienia zakazane ze względu na antykonkurencyjny skutek, lecz także te o antykonkurencyjnym

⁹⁰ *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, pkt 30.

⁹¹ Wyrok w sprawie T-17/93, *Matra Hachette v. Komisja Europejska*, ECLI:EU:T:1994:89.

⁹² *Ibidem*, pkt 85.

celu, w tym najcięższe ograniczenia konkurencji, choć w tym przypadku zastosowanie wyłączenia jest mało prawdopodobne⁹³.

Możliwość zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE do porozumień stanowiących najcięższe ograniczenia konkurencji potwierdza praktyka Komisji, choć tylko ta z okresu sprzed wejścia w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003. W decyzji w sprawie kompleksowych porozumień o współpracy zawartych pomiędzy Air France a Alitalia, polegających między innymi na koordynacji sprzedaży i integracji sieci połączeń lotniczych, Komisja uznała, że spełniają one kryteria wyłączenia indywidualnego⁹⁴. Z kolei w wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services (GSK), Sąd UE uchylił decyzję Komisji uznającą, że porozumienia zawierane przez podmioty grupy GSK z hiszpańskimi hurtownikami miały antykonkurencyjny cel i nie podlegały wyłączeniu z art. 101 ust. 3 TFUE⁹⁵. Porozumienia te polegały na ustaleniu dwóch progów cenowych dla produktów leczniczych sprzedawanych przez członków grupy kapitałowej GSK – niższego dla leków objętych refundacją i sprzedawanych na terenie Hiszpanii oraz wyższego dla pozostałych produktów. Sąd UE uznał bowiem, że Komisja w decyzji dokonała błędnej oceny spełnienia przesłanek art. 101 ust. 3 TFUE i w związku z tym nie można wykluczyć, że podlegające ocenie porozumienia mogły podlegać wyłączeniu ustanowionemu w tym przepisie⁹⁶.

W wyroku w sprawie Pierre Fabre, Trybunał Sprawiedliwości, w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu francuskiego wskazał, że porozumienie należące do kategorii objętej wyłączeniem grupowym, które jednak nie spełnia jego przesłanek, może skorzystać z wyłączenia indywidualnego, jeżeli z kolei spełnia jego warunki⁹⁷. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że przepis art. 101 ust. 3 TFUE odnosi się nie tylko do towarów, lecz *per analogiam*, także do usług⁹⁸.

2.4.2. Sposób stosowania art. 101 ust. 3 TFUE

W historii stosowania wyłączenia indywidualnego wyróżnić trzeba dwa etapy. W pierwszym z nich, trwającym nieprzerwanie do 1 maja 2004 r., wyłącznie uprawnioną do stosowania wyłączenia była Komisja Europejska⁹⁹. Zgodnie z dyspozycją

93 *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, pkt 46.

94 Dz. Urz. UE L, nr 362, z 2004 r., s. 17.

95 Wyrok w sprawie T-168/01, *GlaxoSmithKline Services v. Komisja*, ECLI:EU:T:2006:265; wyrok utrzymany w mocy orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości w połączonych sprawach C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in.*, ECLI:EU:C:2009:610.

96 Wyrok w sprawie T-168/01, *GlaxoSmithKline Services v. Komisja*, ECLI:EU:T:2006:265, pkt 318.

97 Wyrok w sprawie C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v. Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, ECLI:EU:C:2011:649, pkt 59.

98 *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, pkt 48.

99 Art. 9 rozporządzenia Rady 17/62; nie dotyczyło to rzecz jasna sądowej kontroli decyzji Komisji sprawowanej przez Trybunał Sprawiedliwości.

art. 4 rozporządzenia Rady nr 17/62¹⁰⁰, praktyki objęte zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, co do których strony chciały ubiegać się o ich zwolnienie spod zakazu, miały być zgłaszane do Komisji Europejskiej. Obowiązek ten nie dotyczył kategorii porozumień o węższym zakresie oddziaływania, w tym: porozumień w układzie pomiędzy przedsiębiorstwami z jednego tylko państwa członkowskiego lub takich, które nie dotyczyły wywozu bądź przywozu między państwami członkowskimi¹⁰¹, a także porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży zawieranych pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami¹⁰². Kategorie porozumień wyłączone spod obowiązku zgłoszenia mogły być jednak zgłaszane Komisji. W odniesieniu do wszelkich zgłoszonych porozumień, Komisja dokonywała kontroli *ex ante* zgodności porozumienia z kryteriami wyłączenia indywidualnego, a następnie wydawała decyzję określając datę, od której decyzja stawała się skuteczna. Przy tym nie mogła być ona wcześniejsza niż dzień zgłoszenia porozumienia¹⁰³.

Zasadnicza zmiana sposobu stosowania wyłączenia objętego art. 101 ust. 3 Traktatu nastąpiła w wyniku wejścia w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003¹⁰⁴. Zniosło ono tryb notyfikacji *ex ante* porozumień, poddając stosowanie wyłączenia samokontroli przedsiębiorstw. Zatem, począwszy od 1 maja 2004 r., przedsiębiorstwa same i na własne ryzyko dokonują badania, czy porozumienie przez nie zawierane kwalifikuje się do objęcia zakresem art. 101 ust. 3 TFUE¹⁰⁵. Weryfikacja prawidłowości tego rozumowania nastąpić może wyłącznie *ex post*, w następstwie postępowania przeprowadzonego przez Komisję.

Zgodnie z treścią art. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w art. 101 ust. 3 TFUE spoczywa na przedsiębiorstwie powołującym się na ustanowione w nim wyłączenie¹⁰⁶. Zatem, jak wskazał TSUE w sprawie VBVB i VVVB v. Komisja,

100 Pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu, Dz. Urz., nr 204, z 1962 r.

101 Art. 4 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Rady 17/62.

102 Art. 4 ust. 2 pkt 2 lit. c rozporządzenia Rady 17/62.

103 Art. 6 rozporządzenia Rady 17/62.

104 Rozporządzenie Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. UE L, nr 1, z 2003 r., s. 1.

105 Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003, „Porozumienia, decyzje i praktyki uzgodnione, o których mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu, które spełniają warunki określone w art. 81 ust. 3 Traktatu, nie są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji”.

106 Zgodnie z treścią art. 2 Rozporządzenia Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L, nr 1, z 2003 r., s. 1) „W każdym krajowym lub wspólnotowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 81 i 82 Traktatu ciężar udowodnienia naruszenia art. 81 ust. 1 lub art. 82 Traktatu spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie. Przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw ubiegający się o wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu ma obowiązek udowodnienia, że przesłanki określone w tym przepisie są spełnione”.

w sytuacji, w której stosowane jest wyłączenie ustanowione w artykule 101 ust. 3 to zainteresowane przedsiębiorstwa są w pierwszej kolejności zobowiązane przedstawić Komisji dowód zmierzający do wykazania ekonomicznego uzasadnienia wyłączenia, a jeżeli Komisja zgłosi zastrzeżenia, przedstawić dowody alternatywne¹⁰⁷.

Niemniej, jak wyjaśnił Trybunał w wyroku w sprawie GlaxoSmithKline Services, ciężar dowodu może zostać przeniesiony na Komisję, jeżeli okoliczności faktyczne, na które powołuje się dane przedsiębiorstwo, są tego rodzaju, że druga strona będzie musiała przedstawić wyjaśnienie lub uzasadnienie. W przypadku ich braku będzie można uznać, że dowód został przedstawiony¹⁰⁸.

2.4.3. Kryteria wyłączenia indywidualnego

Warunki określone w art. 101 ust. 3 TFUE muszą zostać spełnione kumulatywnie. Odnoszą się one do ekonomicznych korzyści (efektywności gospodarczych), które wynikają z porozumienia i które są w stanie przeważać nad skutkami negatywnymi. Ocena w ramach art. 101 ust. 3 TFUE obejmuje zatem wyważenie obu tych rodzajów skutków porozumienia¹⁰⁹. Tym samym, *ratio legis* wyłączenia ustanowionego w tym przepisie sprowadza się do dążenia do ograniczenia ryzyka powstawania błędów typu I, w następstwie wyłączenia spod zakazu porozumień, wobec których wykazano, że w ostatecznym rozrachunku prowadzą one do zwiększenia dobrobytu konsumenta¹¹⁰.

Wykładnia poszczególnych warunków wyłączenia dokonana została w rozbudowanym orzecznictwie sądowym, którego rekapitulację przeprowadzono częściowo w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*. Szczególne znaczenie, jako punkt wyjścia analizy i podstawa, na której opierają się pozostałe, ma kryterium pierwsze wyłączenia¹¹¹. Do jego treści odniósł się Trybunał Sprawiedliwości

107 Wyrok w sprawie 43/82, VBVB i VVB v. Komisja, ECLI:EU:C:1987:490, pkt 52; por. także wyroki w sprawach: 42/84 Remia i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:1985:327, pkt 45 oraz w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in., ECLI:EU:C:2009:610, pkt 82.

108 Wyrok w sprawach połączonych C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in., ECLI:EU:C:2009:610, pkt 83; zob. także wyrok w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, Aalborg Portland i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:2003:85 pkt 279.

109 Por. m.in. wyroki w sprawach: T-112/99, Metropole, ECLI:EU:T:2001:215, pkt 75, T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:281, T-328/03, O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:116 oraz *Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu...*, pkt 11.

110 Podobnie: D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 162.

111 Jak wyjaśniła Komisja Europejska w pkt. 50. *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, „celem pierwszego warunku artykułu 101 ust. 3 jest zdefiniowanie rodzajów przyrostów efektywności, które mogą być brane pod uwagę i być przedmiotem dalszego badania

już w sprawie Consten i Grundig¹¹². Wyjaśnił wówczas, że odpowiedź na pytanie, czy nastąpiło polepszenie produkcji lub dystrybucji towarów musi być dokonywana „w duchu artykułu 101”. Przez „polepszenie” należy zatem rozumieć w sposób obiektywny – jako korzyści, które są w stanie zrekompensować niekorzystne skutki porozumienia dla konkurencji. Błędem jest natomiast subiektywne rozumienie tychże korzyści i ujmowanie ich jako wszelkie korzyści, które strony porozumienia uzyskują w jego wyniku, w obszarze ich działalności produkcyjnej lub dystrybucyjnej¹¹³. Jak dalek wskazał Trybunał,

w ocenie hierarchii znaczenia różnych czynników przedłożonych jej do zbadania, Komisja [...] zobowiązana była ocenić ich efektywność poprzez odniesienie do obiektywnie weryfikowalnego polepszenia produkcji i dystrybucji towarów, i zdecydować, czy wynikająca z tego korzyść wystarcza, aby wesprzeć wniosek, że będące jego konsekwencją ograniczenie konkurencji było niezbędne¹¹⁴.

Koncepcja korzyści wynikających z porozumienia ma zatem charakter obiektywny w tym znaczeniu, że nie dotyczy ona pożytków, których zakres oddziaływania ogranicza się do stron porozumienia. Tym samym, jak wyjaśniła Komisja w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, korzyści te nie mogą być oceniane z subiektywnego punktu widzenia stron porozumienia¹¹⁵.

W ujęciu przedstawionym przez Komisję w cytowanych wytycznych, korzyści utożsamiane są z przyrostem wszelkiego rodzaju efektywności gospodarczych (stałych lub dynamicznych)¹¹⁶. Jak wskazała Komisja, efektywności te są z reguły wynikiem kombinacji i integracji różnych umiejętności lub zasobów, którymi dysponują strony porozumienia¹¹⁷. Wspomniane efektywności mogą przewyższać niekorzystne skutki porozumień dla konkurencji, poprzez między innymi: umożliwienie oferowania towarów lub usług po niższych cenach, lub o lepszej jakości, a także szybszego wprowadzania innowacji na rynek. Komisja wyróżnia, jako odrębne kategorie, efektywności kosztowe i ilościowe, zaznaczając jednak, że takie ujęcie nie jest wyczerpujące¹¹⁸. Pierwsze z nich mogą wynikać z wprowadzenia nowych technologii czy metod produkcji lub dystrybucji, synergii zasobów, którymi dysponują przedsiębiorstwa, ekonomii skali i zakresu bądź porozumień dotyczących lepszego planowania produkcji¹¹⁹.

w ramach oceny drugiego i trzeciego warunku artykułu 101 ust. 3. Celem analizy jest upewnienie się, jakie są obiektywne korzyści stworzone przez porozumienie i jakie jest gospodarcze znaczenie takich efektywności”.

112 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 Consten i Grundig, ECLI:EU:C:1966:41, s. 340.

113 *Ibidem*, s. 348.

114 *Ibidem*.

115 *Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, pkt 49.

116 *Ibidem*, pkt 59.

117 *Ibidem*, pkt 60.

118 *Ibidem*.

119 *Ibidem*, pkt. 64–68.

Efektywności ilościowe rozumiane są między innymi jako poprawa jakości towarów, wynikająca z postępu technicznego lub technologicznego, który nie byłby możliwy, gdyby nie współpraca przedsiębiorstw, albo byłby możliwy, lecz znacznie później lub po wyższych kosztach. Efektywności te wynikać mogą przede wszystkim z połączenia zasobów przedsiębiorstw, będących rezultatem między innymi wykonania porozumień badawczo-rozwojowych, licencyjnych lub o wspólnej produkcji lub dystrybucji¹²⁰.

Przedsiębiorstwo musi wykazać, że efektywność będzie z dużym prawdopodobieństwem wynikała ze współpracy i nie może zostać osiągnięta przez wykorzystanie środków, które w mniejszym stopniu ograniczają konkurencję. Przy tym argumenty wykorzystujące efektywność muszą zostać poparte dowodami, a spekulacje lub ogólne stwierdzenia dotyczące oszczędności kosztów nie są uznawane za wystarczające. Oszczędności kosztów, które wynikają z ograniczenia produkcji, podziału rynku lub zwykłego wykorzystywania siły rynkowej nie są uznawane za oszczędności.

Analiza spełnienia pierwszego kryterium art. 101 ust. 3 TFUE wymaga zbadania:

- 1) natury przytaczanych efektywności, co służyć ma weryfikacji, czy mają one obiektywny charakter,
- 2) związku przyczynowego pomiędzy porozumieniem a efektywnościami – przy tym zasadniczo powinien być on bezpośredni, a efektywności te zwykle pojawiać się mają w obrębie działalności, której dotyczy porozumienie, lecz brane pod uwagę mogą być także efektywności skutkujące szerzej,
- 3) prawdopodobieństwa zaistnienia i znaczenia każdej z przytaczanych efektywności, i
- 4) w jaki sposób i kiedy dana efektywność zostałaby osiągnięta – ustalenie tej okoliczności, podobnie jak i poprzedniej, pozwala Komisji zweryfikować znaczenie danych efektywności dla celów późniejszego ich wyważenia względem negatywnych efektów porozumienia¹²¹.

Zgodnie z warunkiem drugim wyłączenia zawartego w art. 101 ust. 3 TFUE korzyści ekonomiczne muszą przypadać nie tylko stronom porozumienia, ale także nabywcom i użytkownikom końcowym. Jak wskazała Komisja w *Wytycznych...*, transfer korzyści na rzecz nabywców zależy od intensywności konkurencji w obrębie danego rynku właściwego. Presja konkurencyjna zwykle zapewnia, że oszczędności kosztów są przenoszone w formie niższych cen lub że przedsiębiorstwa zyskują bodziec do wprowadzania nowych produktów na rynek możliwie najszybciej. Dlatego, jeżeli na rynku utrzymywana jest wystarczająca konkurencja, która skutecznie ogranicza strony porozumienia, proces konkurencyjny zwykle zapewnia, że nabywcy otrzymają słuszną część korzyści ekonomicznych.

120 *Ibidem*, pkt. 69–72.

121 *Ibidem*, pkt. 50–55.

Warunek niezbędności oznacza po pierwsze, że dane porozumienie musi być, oceniając rozsądnie, konieczne do osiągnięcia wykazanych uprzednio korzyści ekonomicznych¹²². Po drugie, warunek taki muszą spełniać poszczególne ograniczenia konkurencji wynikające z takiego porozumienia¹²³. Pierwszy z tych testów sprowadza się do wykazania, że osiągnięte efektywności muszą być specyficzne dla danego porozumienia, w tym znaczeniu, że nie istnieją „bardziej wykonalne pod względem ekonomicznym ani mniej ograniczające środki prowadzące do ich osiągnięcia”¹²⁴. Druga faza oceny odnosi się do zbadania, czy brak określonego ograniczenia konkurencji wyeliminowałby lub poważnie ograniczył efektywności wynikające z porozumienia lub spowodowałby, że ich osiągnięcie byłoby znacznie mniej prawdopodobne¹²⁵. Przy stosowaniu obu testów oceny należy brać pod uwagę kontekst, w którym porozumienie funkcjonuje, w tym strukturę rynku, ryzyka gospodarcze związane z porozumieniem oraz motywacje stron¹²⁶. Znaczenie mają także, co oczywiste, charakter i stopień ograniczenia konkurencji wynikające z porozumienia oraz czas jego trwania¹²⁷.

Ostatnie kryterium, mówiące o eliminacji konkurencji w zakresie znacznej części odnośnych produktów wiąże się z zagadnieniem dominacji. Jeśli przedsiębiorstwo jest lub staje się dominujące w konsekwencji porozumienia horyzontalnego, porozumienie co do zasady nie może być objęte wyłączeniem¹²⁸. Jak wskazała Komisja w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, warunek ten stanowi wyraz dominacji celu w postaci „ochrony rywalizacji i procesu konkurencyjnego nad potencjalnie prokonkurencyjnym wzrostem efektywności, który może wynikać z ograniczających konkurencję porozumień”¹²⁹. Spełnienie czwartego warunku testu zależy od rezultatu porównania poziomu konkurencji sprzed zawarcia porozumienia i po jego zawarciu. Ocena braku eliminacji konkurencji wymaga realistycznej oceny różnych źródeł konkurencji na rynku, poziomu presji konkurencyjnej, która jest przez nie wywierana na strony porozumienia oraz wpływu porozumienia na stopień tej presji¹³⁰. Należy zarazem brać pod uwagę zarówno konkurencję aktualną, jak i potencjalną, w tym bariery rynkowe¹³¹. Nie wystarczy przy tym ocena ograniczająca się do poziomu udziałów w rynku stron porozumienia, a niezbędna jest pogłębiona analiza ilościowa i jakościowa. Warunek czwarty nie będzie spełniony, jeżeli porozumienie doprowadzi do wyeliminowania konkurencji w zakresie co najmniej jednego z kluczowych aspektów

122 *Ibidem*, pkt 73.

123 *Ibidem*.

124 *Ibidem*, pkt 75.

125 *Ibidem*, pkt 79.

126 *Ibidem*, pkt 80.

127 *Ibidem*, pkt 78, 79 i 81.

128 *Ibidem*, pkt 106.

129 *Ibidem*, pkt 105.

130 *Ibidem*, pkt 111 i 114.

131 *Ibidem*, pkt 115.

konkurencji, takich jak cena lub konkurencja w obszarze innowacji i wdrażania nowych towarów¹³².

Choć Komisja w *Wytycznych...* jednoznacznie utożsamia pierwsze kryterium wyłączenia indywidualnego z powstaniem efektywności o charakterze gospodarczym, orzecznictwo sądowe niejednokrotnie uznawało pozaekonomiczne korzyści za uzasadnienie dla zastosowania wyłączenia. I tak w wyroku w sprawie Metro I Trybunał Sprawiedliwości oceniając możliwość zastosowania wyłączenia indywidualnego do niektórych (innych niż cenowe) porozumień zawieranych w ramach systemu selektywnej dystrybucji, wziął pod uwagę możliwość przyczynienia się ich do ustabilizowania nie tylko dostaw towarów, ale także zatrudnienia¹³³. W duchu szerokiej wykładni art. 101 ust. 3 TFUE wypowiedział się Sąd UE w wyroku w sprawie Metropole. Stwierdził w nim, że Komisja oceniając możliwość zastosowania zawartego w nim wyłączenia „uprawniona jest do oparcia się na względach związanych z realizacją interesu publicznego”¹³⁴.

Wartości inne niż ekonomiczne bywały uwzględniane przez Komisję przy ocenie możliwości zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE w decyzjach wydawanych przed wejściem w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003, a zatem, gdy dokonywała ona kontroli uprzedniej zgodności porozumień z warunkami wyłączenia¹³⁵. Biorąc pod uwagę treść *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, uznać należy jednak, że obecnie Komisja nie bierze pod uwagę możliwości uwzględniania pozaekonomicznych względów przy ocenie kryteriów wyłączenia indywidualnego. Komisja w *Wytycznych...* wyjaśniła wprawdzie, że cele wynikające z innych przepisów traktatu mogą być brane pod uwagę, jednak tylko w zakresie, w którym można dokonać ich subsumcji w ramach czterech kumulatywnie spełnionych warunków wyłączenia¹³⁶.

W piśmiennictwie panują rozbieżne opinie dotyczące natury wartości, które powinny być uwzględniane w ramach stosowania art. 101 ust. 3 TFUE. Zwrócić należy uwagę, że debata ta stanowi fragment szerszej dyskusji dotyczącej celów, które realizować mają europejskie reguły konkurencji w ogólności¹³⁷. Zwolennicy wąskiego postrzegania katalogu tych celów, upatrujący w maksymalizacji dobrobytu konsumenta dominującej wartości aprobowanej wypowiadają się na temat czysto ekonomicznego podejścia zaprezentowanego przez Komisję w *Wytycznych w sprawie art. 101 ust. 3 TFUE*. Tak między innymi ujął to L. Kjølbye, którego zdaniem Komisja przyjmując taki punkt widzenia nie odeszła od utrwalonego

132 *Ibidem*, pkt 110.

133 Wyrok w sprawie 26/76, Metro SB-GROSSMÄRKTE GmbH & Co. KG v. Komisja, ECLI:EU:C:1977:167, pkt 43.

134 Wyrok w sprawie T-112/99, Metropole, ECLI:EU:T:2001:215, pkt 118.

135 Por. decyzje Komisji: z 24 stycznia 1999 r. w sprawie IV.F.1/36.718 – CECED, Dz. Urz. L, nr 187, z 2000 r., s. 47; z 29 kwietnia 1994 r. w sprawie IV/34.456 – Stichting Baksteen, Dz. Urz. L, nr 131, z 1994 r., s. 15, pkt 27.

136 *Wytyczne dotyczące stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, pkt 42.

137 Por. rozdział 10.

orzecznictwa sądowego¹³⁸. Według tego autora, odniesienie się przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie Metro I do względów stabilizacji zatrudnienia należy odczytywać w kontekście ich wpływu na poprawę efektywności gospodarczej. Przyczynić się ona bowiem miała do ulepszenia procesu produkcji poprzez zmniejszenie kosztów transakcyjnych wynikających z fluktuacji poziomu zatrudnienia. Jednocześnie, zdaniem L. Kjøblye, brak wymienienia przez Komisję w wytycznych celu w postaci integracji gospodarczej nie oznacza, że nie powinien być on brany pod uwagę w ramach stosowania art. 101 ust. 3 TFUE. Integracja gospodarcza i tworzenie rynku wewnętrznego przekładają się bowiem na osiągnięcie efektywności gospodarczych wymienionych w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*¹³⁹.

Podobnie jak L. Kjøblye, stanowisko o wąskiej wykładni kryteriów wyłączenia indywidualnego reprezentuje A. Witt¹⁴⁰. Jej zdaniem jednak przyjęcie przez Komisję w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE* wykładni zakładającej czysto ekonomiczny charakter kryteriów wyłączenia jest równoznaczne ze zmianą wcześniejszego podejścia, dokonaną po „początkowych niezbyt przekonujących próbach przełożenia pozaekonomicznych korzyści na korzyści ekonomiczne”¹⁴¹.

Zwolennikami wąskiej wykładni kryteriów wyłączenia indywidualnego są także R. Whish i D. Bailey, których zdaniem odpowiada ona bardziej treści art. 101 ust. 3 TFUE oraz pozostaje spójna z przepisami poszczególnych wyłączeń blokowych¹⁴².

Inne stanowisko wyrazili D. Geradin, A. Layne-Farrar i N. Petit, którzy podkreślali, że istnieje niewątpliwa rozbieżność pomiędzy orzecznictwem Trybunału a podejściem, na którym opierają się *Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*¹⁴³. Ich zdaniem, przyjęcie czysto ekonomicznego podejścia do stosowania wyłączenia stanowiło wyraz uzasadnionych obaw Komisji związanych z pozbawieniem jej możliwości stosowania wyłączenia *ex ante* i objęcia go zakresem kognicji narodowych organów konkurencji i sądów. Komisja chciała w ten sposób zapobiec niejednolitej wykładni przepisu art. 101 ust. 3 TFUE i kierowaniu się przez organy krajowe interesami narodowymi w obszarze stosowania art. 101 ust. 3 TFUE¹⁴⁴. Doprowadziło to jednak do pogorszenia pewności prawa, biorąc pod uwagę, że nie jest jasne, w jakim zakresie względy inne aniżeli wąsko rozumiana poprawa efektywności gospodarczej, mogą być brane pod

138 L. Kjøblye, *The new Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): an Economic Approach to Article 81*, „European Competition Law Review” 2004, vol. 25, s. 570–571.

139 *Ibidem*.

140 A. C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford–Portland 2016, s. 173–174.

141 *Ibidem*, s. 173.

142 R. Whish, D. Bailey, *Competition...*, s. 167, podobnie: O. Odudu, *The Wider Concerns of Competition Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2010, vol. 30, No 3, s. 605 i n.

143 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 167.

144 *Ibidem*, podobnie: B. Sufryn, *The Evolution of Article 81 (3) of the EC Treaty*, „The Antitrust Bulletin”, Winter 2006, vol. 51, No 4, s. 964.

uwagę jako uzasadnienie dla zastosowania wyłączenia¹⁴⁵. Podobne stanowisko zajęli P. Lugard i L. Hancher, którzy podkreślili, że reguły stosowania art. 101 ust. 3 TFUE określone w wytycznych Komisji podniosły wymagania stawiane przedsiębiorstwom dla objęcia wyłączeniem¹⁴⁶.

Na łamach piśmiennictwa pojawiają się także głosy postulujące szeroką wykładnię art. 101 ust. 3 TFUE¹⁴⁷. Zdaniem B. Sufrin nie wolno zapominać, że europejskie reguły konkurencji osadzone są w traktacie stanowiącym „dokument założycielski unikalnego ponadnarodowego eksperymentu”. Traktat obejmuje wiele polityk UE, spośród których polityka konkurencji nie ma specjalnego statusu i które pozostają względem siebie w relacjach współzależności. Względy właściwe innym politykom UE muszą być uwzględniane w obszarze realizacji danej polityki, w tym w ramach stosowania reguł konkurencji¹⁴⁸. Podobnie twierdzi W. Frenz, którego zdaniem „koncepty takie jak „polepszenie produkcji lub dystrybucji towarów” oraz „popieranie postępu” pozostają otwarte na wykładnię opartą na ich brzmieniu, w tym na włączenie niektórych celów wynikających z prawa Unii Europejskiej, takich jak np. ochrona środowiska”¹⁴⁹.

2.4.4. Praktyka stosowania wyłączenia indywidualnego po 2004 r.

Ustalenie sposobu, w jaki wyłączenie indywidualne stosowane jest w praktyce oraz jakie wartości brane są wówczas pod uwagę, jest trudne, jeżeli nie niemożliwe. W okresie od wejścia w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003 Komisja nie wydała bowiem decyzji opartej na art. 10 rozporządzenia nr 1/2003, tj. decyzji stwierdzającej niestosowanie art. 101 lub 102 TFUE, w tym ze względu na spełnienie przesłanek omawianego wyłączenia¹⁵⁰. Nie oznacza to, rzecz jasna, że Komisja, a także sądy europejskie, nie odnosiły się do możliwości jego zastosowania. Czyniły to jednak sporadycznie i zawsze ustosunkowywały się negatywnie do argumentów przedsiębiorstw przedstawianych na poparcie stanowiska o spełnieniu kryteriów

145 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 167–168.

146 P. Lugard, L. Hancher, *Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81(3) of the EC Treaty*, „European Competition Law Review” 2004, vol. 25, s. 420.

147 B. Sufrin, *The Evolution...*, s. 915 oraz A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text Cases and Materials*, ed. 6, Oxford 2016, s. 245; C. Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford 2009, s. 257–258.

148 B. Sufrin, *The Evolution...*, s. 953–954 podobnie A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 245.

149 W. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Berlin–Heidelberg 2016, s. 471.

150 Zgodnie z treścią art. 10 rozporządzenia Rady nr 1/2003 „Jeżeli interes publiczny Wspólnoty w zakresie stosowania art. 81 i 82 Traktatu tego wymaga, Komisja, działając z urzędu, może w drodze decyzji stwierdzić, że art. 81 Traktatu nie ma zastosowania do porozumienia, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyki uzgodnionej, ponieważ warunki określone w art. 81 ust. 1 Traktatu nie zostały spełnione lub warunki określone w art. 81 ust. 3 Traktatu zostały spełnione [...]”.

wyłączenia. Ze względu na priorytety polityki antymonopolowej, Komisja skupia swoją działalność na dochodzeniach w sprawach najcięższych ograniczeń konkurencji. W odniesieniu do nich możliwość zastosowania wyłączenia indywidualnego jest bardzo mało prawdopodobna, choć nie niemożliwa. Wiele spraw dotyczących porozumień ograniczających konkurencję rozstrzyganych jest decyzjami zobowiązaniowymi na podstawie przepisu art. 9 rozporządzenia Rady nr 1/2003, niezawierającymi oceny spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego.

Przykładem decyzji, w której Komisja odniosła się do możliwości zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE, zawierającej najbardziej obszerną analizę jego kryteriów jest decyzja w sprawie MasterCard¹⁵¹. Komisja odniosła się w niej negatywnie do argumentów przedstawionych przez MasterCard jakoby porozumienie dotyczące wprowadzenia wielostronnej opłaty *interchange* (WOI) spełniało przesłanki wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE. Na mocy porozumień o WOI bank będący emitentem karty płatniczej pobierał określoną w porozumieniu wysokość opłaty *interchange* od banku akceptanta. Komisja stwierdziła, że porozumienie ogranicza konkurencję pomiędzy bankami akceptantów w wyniku zwiększenia podstawy obliczenia opłaty za obsługę akceptanta. Komisja uznała też, że opłaty te mogłyby być niższe, gdyby nie wprowadzono WOI¹⁵², przyjmując wprawdzie, że opłaty tego rodzaju nie są *eo ipso* niezgodne z prawem, albowiem mogą spełniać warunki wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE. Uznała jednak, że MasterCard nie dostarczyło wystarczająco przekonujących dowodów na potwierdzenie okoliczności, jakoby porozumienie prowadziło do efektywności gospodarczych. MasterCard przedstawiło obszerne argumenty przemawiające za tym, że system opłat *interchange* jest w stanie usunąć niedoskonałości panujące na rynkach kart płatniczych, przejawiające się między innymi w niezrównoważeniu popytu i podaży pomiędzy stronami transakcji dokonywanych kartami płatniczymi i podmiotami je rozliczającymi.

Jak wskazała Komisja, to w jakiej wysokości i kto powinien pobierać opłaty *interchange* nie może zostać wykazane wyłącznie na podstawie teorii ekonomicznych. Zamiast tego

wszelkie twierdzenia jakoby WOI generowały efektywności w rozumieniu artykułu 101 ust. 3 Traktatu muszą być oparte na szczegółowej, rozbudowanej i przekonującej analizie, która opiera swoje założenia i wnioski na empirycznych danych i faktach¹⁵³.

W ocenie Komisji takich empirycznych dowodów pozytywnego wpływu WOI zabrakło w argumentacji MasterCard. Komisja nie zgodziła się z twierdzeniem MasterCard, jakoby wymaganie dowodów empirycznych na potwierdzenie istnienia związku przyczynowego pomiędzy WOI i jego wpływem na

151 Decyzja Komisji z 19 grudnia 2007 r. w sprawach COMP/34.579 – MasterCard, COMP/36.518 – EuroCommerce i COMP/38580 – Commercial Cards, Dz.U. C, nr 264, z 2009 r., s. 8.

152 *Ibidem*, pkt 664.

153 *Ibidem*, pkt 690 i streszczenie kierownicze pkt 6.

funkcjonowanie systemu, a także wynikającymi z tego efektywnościami, prowadziło do ustanowienia nadmiernie wysokiego standardu dowodowego. Komisja uznała także, że porozumienia nie spełniały drugiego i trzeciego warunku wyłączenia.

Decyzja została podtrzymana wyrokami Sądu UE¹⁵⁴, a następnie Trybunału Sprawiedliwości¹⁵⁵. Podzielił on stanowisko Komisji i Sądu UE, zgodnie z którym MasterCard nie wykazał w sposób należyty, jakoby korzyści wynikające z porozumienia przewyższały jego negatywne skutki dla konkurencji¹⁵⁶. Na szczególną uwagę zasługuje stanowisko Trybunału dotyczące oceny spełnienia pierwszego z warunków wyłączenia indywidualnego przez porozumienia, które, tak jak działo się w sprawie MasterCard, zawierane są na rynkach dwustronnych. Jak wskazał Trybunał, w takiej sytuacji

[...] należy uwzględnić system, w jaki wpisuje się ten środek, w tym ewentualnie wszelkie obiektywne korzyści wynikające z tego środka nie tylko na rynku, w stosunku do którego stwierdzone zostało ograniczenie, ale także na rynku, który obejmuje drugą grupę konsumentów związaną z tymże systemem, w szczególności gdy – tak jak w niniejszym przypadku – bezsporne jest, iż zachodzą interakcje między dwiema stronami danego systemu. W tym celu należy w razie potrzeby ocenić, czy takie korzyści mogą kompensować niedogodności, jakie pociąga za sobą tenże środek dla konkurencji¹⁵⁷.

W przypadku gdy – tak jak w niniejszej sprawie – skutki ograniczające konkurencję zostały stwierdzone tylko na jednym rynku dwustronnego systemu, korzyści wynikające ze środka ograniczającego na odrębnym powiązanim rynku także połączonym z omawianym systemem, nie mogą same w sobie kompensować niedogodności wynikających z tego środka w braku jakichkolwiek dowodów na istnienie odczuwalnych obiektywnych korzyści, które można by przypisać wspomnianemu środkowi na rynku właściwym, zwłaszcza gdy [...] konsumenci na owoych rynkach nie są zasadniczo ci sami¹⁵⁸.

Takie, niewątpliwie wąskie, ujęcie pozostaje zbieżne z podejściem Komisji wyrażonym w *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE*, w których Komisja wskazała, że efektywności uzyskane na innym rynku właściwym nie są w stanie zrekompensować negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji¹⁵⁹. Trybunał poszedł jednak o krok dalej uznając, że jeżeli skutki

154 Wyrok w sprawie T-111/08, MasterCard, ECLI:EU:T:2012:260.

155 Wyrok w sprawie C-382/12 P, MasterCard Inc. v. Komisja i in., ECLI:EU:C:2014:2201.

156 *Ibidem*, pkt 243.

157 *Ibidem*, pkt 237.

158 *Ibidem*, pkt 242.

159 Zgodnie z pkt. 43 *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE* „ocena, w ramach artykułu 81 ust. 3, korzyści wynikających z ograniczających konkurencję porozumień, dokonywana jest w ramach granic każdego z rynków właściwych, do których odnosi się porozumienie. Wspólnotowe reguły konkurencji mają na celu ochronę konkurencji na rynku i nie mogą zostać oderwane od tego celu. Ponadto, warunek, że konsumenci muszą uzyskać słuszną część korzyści nakazuje, by, co do zasady, że efektywności generowane przez

antykonkurencyjne powstają wyłącznie w ramach jednej strony rynku dwustronnego, efektywności pojawiające się po drugiej jego stronie, nie są w stanie ich zrekompensować. Uwypuklenie przez Trybunał okoliczności, że korzyści wynikające z porozumienia odnoszą się do innej kategorii konsumentów, aniżeli ci, którzy funkcjonują na rynku, na którym pojawiło się ograniczenie konkurencji, oznacza przyjęcie wąskiej „kompensacyjnej” koncepcji wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE. W jej ramach korzyści wynikające z porozumienia powinny płynąć do tych konsumentów, którzy ucierpieli w efekcie porozumienia, rekompensując im szkody, których w ten sposób doznali. Z kolei korzyści dla funkcjonowania gospodarki jako całości, a nawet objawiające się w obrębie funkcjonowania określonego mechanizmu lub systemu, którego dotyczy porozumienie, nie są w stanie zrekompensować jego negatywnych skutków.

Na marginesie tych rozważań warto zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję takiego podejścia Trybunału. Skutki ograniczeń konkurencji postrzegane są bowiem przez pryzmat ich wpływu na dobrobyt konsumenta, a tym samym na szeroko rozumianą efektywność gospodarczą. Jednocześnie prawo konkurencji nie chroni interesów jednostkowych, w tym w obrębie poszczególnych wąsko rozumianych grup uczestników rynku. Naturalne wydawałoby się zatem, że efektywności wynikające z porozumienia powinny być postrzegane analogicznie – w kontekście ich wpływu na szeroko rozumianą efektywność procesów gospodarczych. Można zastanawiać się, czy zawsze w odniesieniu do typowych rynków właściwych istnieje dostatecznie silny związek przyczynowy pomiędzy wynikającymi z porozumienia ograniczeniami konkurencji a korzyściami powstającymi w jego wyniku na innych rynkach właściwych. Trudno jednak uzasadnić zastosowanie tak wąskiej wykładni pojęcia efektywności gospodarczej w odniesieniu do korzyści i ograniczeń powstających po różnych stronach rynku dwustronnego.

Co ciekawe, inaczej na ten temat wypowiedział się Sąd UE w wyroku wydanym w tej sprawie w pierwszej instancji. Wskazał on bowiem, że

z dobrze utrwalonego orzecznictwa wynika, iż obiektywne odczuwalne korzyści, których dotyczy pierwszy z ustanowionych w art. 81 ust. 3 WE warunków, mogą zostać przysporzone nie tylko na rynku właściwym, lecz również innych rynkach, na których porozumienie mogłoby wyrządzić pozytywne skutki, a wręcz, ujmując rzecz bardziej ogólnie, w odniesieniu do wszelkich usług, których jakość lub efektywność mogła ulec poprawie dzięki temu porozumieniu. [...] Ze względu na to jednak, że akceptanci stanowią jedną z dwóch grup użytkowników, których dotyczą karty

ograniczające konkurencję porozumienia muszą być wystarczające, by przeważać antykonkurencyjne skutki powstałe w wyniku porozumienia w obrębie tego samego rynku produktowego. Negatywne skutki dla konsumentów na jednym rynku geograficznym nie mogą zwykle być wyrównane i zrekompensowane przez pozytywne skutki dla konsumentów na innym niezwiązanym rynku geograficznym lub produktowym. Niemniej jednak, jeżeli dwa rynki są powiązane, efektywności uzyskane na odrębnych rynkach mogą być wzięte pod uwagę, pod warunkiem, że grupa konsumentów, których dotyczy ograniczenie konkurencji i którzy korzystają z efektywności są zasadniczo te same. W rzeczywistości, w niektórych sytuacjach wyłącznie konsumenci na rynkach znajdujących się poniżej doznają szkody w wyniku porozumienia, i w takim przypadku badany powinien być wpływ porozumienia na tych konsumentów. Tak jest np. w odniesieniu do porozumień dotyczących zakupu”.

płatnicze, samo tylko istnienie drugiego z ustanowionych w art. 81 ust. 3 WE [warunków – Ł. G.] musi skutkować tym, że należy wykazać, że również i im WOI mogły przysporzyć obiektywnych odczuwalnych korzyści¹⁶⁰.

W wąskim rozumieniu pierwszego warunku wyłączenia indywidualnego wpisuje się inny element wyroku Sądu UE. Wskazał on bowiem, że okoliczność jakoby mechanizm WOI wpłynął na wzrost sprzedaży kart systemu MasterCard, nawet gdyby była prawdą, nie byłaby wystarczająca, by uznać pierwszy warunek art. 101 ust. 3 TFUE za spełniony¹⁶¹. Jak bowiem wskazał Sąd, „największe korzyści ze wzrostu produktywności systemu MasterCard odnosi organizacja płatnicza MasterCard oraz zrzeszone w niej banki”¹⁶². Takie ujęcie po pierwsze wydaje się sugerować, jakoby korzyść w rozumieniu art. 101 ust. 3 TFUE nie mogła przypadać przede wszystkim stronom porozumienia. Innymi słowy, taka interpretacja oznacza, że korzyść dla konsumentów powinna mieć charakter pierwszoplanowy, a zatem wykluczona jest sytuacja, w której z porozumienia w przeważającym stopniu korzystają jego strony, a konsumenci korzystają z niego wprawdzie, lecz w mniejszym stopniu. Takie jednoznaczne stanowisko pozostaje, jak się wydaje, w sprzeczności z wykładnią językową przepisu art. 101 ust. 3 TFUE, który mówi o słusznej lub też uczciwej (*fair*) części korzyści przypadającej konsumentom. Oznacza to, że korzyści te nie powinny być pomijalne, a w sposób obiektywny istotne, choć niekoniecznie bardziej istotne aniżeli korzyści uzyskane przez strony porozumienia. Ponadto ocena, czy konsumenci uzyskali odpowiednią część benefitów płynących z porozumienia powinna mieć charakter kazuistyczny, co wyklucza przyjęcie zgeneralizowanego wniosku o tym, że zawsze korzyść przypadająca konsumentom powinna być większa aniżeli ta przypadająca stronom porozumienia.

Po drugie, stanowisko Sądu UE wydaje się pozostawać w sprzeczności z podstawowymi założeniami ekonomicznej teorii konkurencji. Jeżeli bowiem wprowadzenie WOI doprowadziło do zwiększenia sprzedaży kart płatniczych, to – przy założeniu braku znaczącej siły rynkowej MasterCard – stanowiłoby to samo w sobie dowód na polepszenie dobrobytu konsumenta. Zwiększenie sprzedaży stanowi w takich okolicznościach bezpośredni dowód poprawy efektywności alokacyjnej.

Komisja dokonała oceny spełnienia przesłanek wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE także w decyzji w sprawie Morgan Stanley/Visa International & Visa Europe¹⁶³. Podobnie, jak w decyzji w sprawie MasterCard, Komisja wskazała, że system Visa sam w sobie prowadzi do powstania efektywności gospodarczych.

160 Wyrok w sprawie T-111/08, MasterCard Inc. v. Komisja Europejska i in., ECLI:EU:T:2012:260, pkt 248 oraz cytowane w nim wyroki w sprawach T-86/95 Compagnie générale maritime i in. v. Komisja, ECLI:EU:T:2002:50, pkt 343 i T-168/01 GlaxoSmithKline Services v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:265, pkt 248.

161 Wyrok w sprawie T-111/08, MasterCard Inc. v. Komisja i in., ECLI:EU:T:2012:260, pkt 220.

162 *Ibidem*, pkt 221.

163 Decyzja Komisji z 3 października 2007 r. w sprawie COMP/D1/37860 – Morgan Stanley/Visa Int'l & Visa Eur., Dz. Urz. C, nr 183, z 2009 r., s. 6 (streszczenie).

Jednak decyzja związku przedsiębiorstw należących do systemu Visa o ograniczeniu możliwości przystąpienia do niego przez Morgan Stanley, podjęta na podstawie postanowienia przyjętego przezeń regulaminu, stanowiła naruszenie przepisu art. 101 ust. 1 TFUE, niepodlegające wyłączeniu indywidualnemu¹⁶⁴. Argumenty Visa o efektywnościach generowanych przez system jako całość uznane zostały za pozbawione znaczenia. Visa powinna bowiem

zidentyfikować i określić szczególną naturę efektywności generowanych przez postanowienie, w zakresie w którym stosowane było do Morgan Stanley (co oznacza, że powinna wykazać istnienie związku przyczynowego pomiędzy stosowaniem postanowienia a efektywnościami) oraz zademonstrować, jak i kiedy każda z zakładanych efektywności miałyby zostać osiągnięta¹⁶⁵.

Visa nie przedstawiła jednak żadnych dowodów na potwierdzenie prokonkurencyjnych skutków porozumienia. Wskazała wprawdzie, że wyłączenie Morgan Stanley z systemu służyć miało zabezpieczeniu przed „nielojalną i nieuczciwą konkurencją wynikającą z efektu gapowicza, generowanego przez Morgan Stanley i innych”¹⁶⁶. To z kolei miałyby zniechęcać członków Visa do inwestowania w system i tym samym zapobiegało innowacjom i efektywnościom. Komisja uznała jednak, że ryzyko takie nie zachodzi, albowiem informacje, które w wyniku przystąpienia do systemu otrzymałby Morgan Stanley nie mogły być skutecznie wykorzystane przez ten podmiot w zakresie prowadzonej przez niego sieci kart Discover¹⁶⁷.

Jednocześnie Komisja uznała, że porozumienie nie spełniało warunku drugiego i trzeciego wyłączenia indywidualnego. Odnosząc się do tego ostatniego wskazała, że porozumienie nie może być uznane za niezbędne dla uzyskania efektywności, albowiem ich nie generowało. Po drugie, nie istniały przesłanki, by uznać, że ostateczne, poprzedzone długotrwałym sporem, dopuszczenie Morgan Stanley do systemu zaowocowało zmniejszeniem efektywności funkcjonowania systemu. Po trzecie, nawet gdyby uznać, że obecność Morgan Stanley w systemie mogła wpłynąć negatywnie na jego funkcjonowanie istniały inne, mniej ograniczające konkurencję działania zapobiegające ryzyku, którego obawiała się Visa¹⁶⁸. Decyzja w sprawie Visa została utrzymana w mocy wyrokiem Sądu UE¹⁶⁹.

Analogicznej oceny dokonała Komisja w omówionej już wcześniej szeroko sprawie *Groupement des Cartes Bancaires*, w której oceniła porozumienia dotyczące ustalenia podwyższonych kosztów użytkowania kart płatniczych nowych uczestników systemu (obejmujących banki internetowe i sieci supermarketów), czego skutkiem było zawyżenie opłat za karty płatnicze i ograniczenie poziomu

164 *Ibidem*, pkt 312.

165 *Ibidem*, pkt 313.

166 *Ibidem*, pkt 316.

167 *Ibidem*, pkt. 318–320.

168 *Ibidem*, pkt. 324–325.

169 Wyrok w sprawie T-461/07, *Visa Europe Ltd i Visa International Service v. Komisja*, ECLI:EU:T:2011:181.

ich sprzedaży. Komisja nie zgodziła się z argumentacją Groupement, jakoby kwestionowane porozumienia służyły wyeliminowaniu efektu gapowicza, albowiem zachęcały członków systemu, którzy w większym zakresie emitowali karty, aniżeli je autoryzowali, do rozwoju działalności w zakresie autoryzowania kart. Tym samym porozumienia te zapewniać miały stabilność systemu. Komisja uznała jednak, po długotrwałej analizie, argumenty Groupement za niejasne i nieprzekonujące¹⁷⁰. Sąd UE, do którego decyzja została zaskarżona, w zasadniczej części utrzymał w mocy decyzję Komisji, uznając za prawidłową ocenę dokonaną przez nią w ramach stosowania art. 101 ust. 3 TFUE¹⁷¹. Do kwestii tej nie odniósł się niestety w drugiej instancji Trybunał Sprawiedliwości, który sądową kontrolę wyroku Sądu UE zakończył na konkluzji, że zarówno Komisja, jak i Sąd UE popełniły błąd uznając, że kwestionowane porozumienie zakazane było ze względu na cel¹⁷².

W kilku innych najnowszych decyzjach dotyczących karteli cenowych Komisja, co rozumiała, bardzo lakonicznie odnosiła się do kwestii braku spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego. Stwierdzała w nich, że przedsiębiorstwa nie wykazały jakoby kwestionowane porozumienia prowadziły do jakichkolwiek efektywności gospodarczych. Podkreślała przy tym, że „najcięższe kartele [...] są z definicji najbardziej szkodliwymi ograniczeniami konkurencji, zważywszy że przynoszą korzyść wyłącznie uczestniczącym w nich dostawcom, a nie konsumentom”¹⁷³.

2.5. Wyłączenia blokowe od zakazu porozumień ograniczających konkurencję

Niektóre kategorie porozumień ograniczających konkurencję wyłączone są spod zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE *ex ante* na podstawie przepisów rozporządzeń wydawanych przede wszystkim przez Komisję Europejską z upoważnienia udzielanego jej przez Radę w odpowiednich rozporządzeniach. Geneza wyłączeń blokowych związana jest przede wszystkim z potrzebą zmniejszenia obciążeń administracyjnych spoczywających na Komisji Europejskiej i związanych z wykonywaniem

170 Decyzja Komisji z 17 października 2007 r. w sprawie COMP/D1/38606 – Groupement Des Cartes Bancaires „CB”, niepublikowana.

171 Wyrok w sprawie T-491/07 RENV, ECLI:EU:T:2016:379.

172 Wyrok w sprawie C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) v. Komisja, ECLI:EU:C:2014:2204.

173 Decyzja Komisji z 17 marca 2017 r. w sprawie COMP/39258 – Airfreight, niepublikowana, pkt 1042 i 1043 oraz decyzje Komisji: z 12 grudnia 2016 r. w sprawie AT.39904 – Rechargeable batteries, niepublikowana, pkt 54 oraz z 8 marca 2017 r. w sprawie AT.39960 – Thermal systems, niepublikowana.

jej monopolu w zakresie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE¹⁷⁴. W okresie istnienia obowiązku uprzedniej notyfikacji Komisji porozumień ograniczających konkurencję na potrzeby zastosowania wyłączenia indywidualnego, porozumienia objęte wyłączeniami blokowymi mogły być stosowane bez konieczności ich zgłoszenia i wyłączone *ex ante*. Ich znaczenie praktyczne było zatem pierwszoplanowe tak dla uczestników rynku, jak i dla Komisji. Po wejściu w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003 i przyjęciu tym samym zasady samooceny przez przedsiębiorstwa spełnienia warunków art. 101 ust. 3 TFUE, rola rozporządzeń o wyłączeniach blokowych sprowadza się przede wszystkim do podniesienia pewności prawnej poprzez ustanowienie „bezpiecznego portu” dla porozumień, które spełniają ich warunki.

Koncepcja wyłączeń blokowych opiera się na założeniu, że porozumienia należące do danej kategorii, o ile spełniają określone w rozporządzeniu warunki, uznane są za czyniące zadość warunkom wyłączenia indywidualnego i jako takie nie są objęte zakresem zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Typowo, rozporządzenia ustanawiające wyłączenia blokowe, ustalają zakres przedmiotowy ich stosowania, definiując rodzaj porozumienia objętego wyłączeniem, zwykle także uzależniając możliwość zastosowania wyłączenia od nieprzekroczenia przez jego strony określonych progów udziałów w ryku. Następnie ustanawiają katalog klauzul, które, jeżeli zawarte są w porozumieniu, przesądzają o braku możliwości jego wyłączenia spod zakazu (tzw. klauzule czarne) oraz takich klauzul, które nie podlegają wyłączeniu nie pociągając za sobą jednak nieważności całego porozumienia (tzw. klauzule szare). Z reguły przywilej wyłączenia blokowego może być wycofany przez Komisję (a także przez narodowy organ konkurencji) wobec porozumienia, które wprawdzie spełnia warunki wyłączenia grupowego, jednak wywołuje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 TFUE.

Spośród licznych rozporządzeń o wyłączeniach blokowych, z punktu widzenia tematyki opracowania znaczenie ma jedynie rozporządzenie Komisji nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych. Właściwe przepisy tego rozporządzenia omówione zostały w kolejnym rozdziale.

2.6. Wnioski końcowe

Ocena wpływu porozumienia na konkurencję może być dokonywana zarówno na etapie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, jak i spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE. W ramach pierwszego z nich kluczowym

174 F. Marcos, A. Sánchez Graell, *A Missing Step in the Modernisation Stairway of EU Competition Law – Any Role for Block Exemption Regulations in the Realm of Regulation 1/2003?*, „The Competition Law Review”, July 2010, vol. 6, Issue 2, s. 187.

elementem oceny jest rozróżnienie pomiędzy porozumieniami o antykonkurencyjnym celu i o antykonkurencyjnym skutku. Kryteria dystynkcji pomiędzy tymi kategoriami porozumień mają charakter sformalizowany i abstrakcyjny. Ocena czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel nie obejmuje analizy jego realnego wpływu na konkurencję. Polega na uproszczonym badaniu nakierowanym na ustalenie, czy jest ono tego rodzaju, że, biorąc pod uwagę ekonomiczny i prawny kontekst jego stosowania, a także wiedzę ekonomiczną, negatywne skutki dla konkurencji nieuchronnie przeważają nad pozytywnymi. Przedmiotem wątpliwości jest jednak zakres i sposób oceny ekonomicznego i prawnego kontekstu porozumienia. Oczywiście jest, że nie może ona iść tak daleko, by objąć pełną ocenę wpływu porozumienia na konkurencję. W przeciwnym wypadku omawiana dystynkcja pozbawiona zostałaby znaczenia. Takie rozwiązanie byłoby także wprost sprzeczne z jej *ratio*, które rozumieć należy jako poprawa ekonomiki procesowej. Z drugiej strony, co potwierdziły wyroki w sprawach Expedia, Allianz Hungaria i CB, błędem byłoby uważać, że porozumienia zakazane ze względu na cel odnoszą się wyłącznie do zamkniętego katalogu typów praktyk wielostronnych, tj. do zawartości tzw. *object box*. Orzeczenia te, w tym przede wszystkim wyrok w sprawie Allianz Hungaria, dały do zrozumienia, że reguły klasyfikowania porozumień w ramach jednej lub drugiej kategorii zawierają się w przestrzeni pomiędzy tak określonymi biegunami. Ustalenie, w którym dokładnie miejscu, nie jest na tym etapie rozwoju orzecznictwa możliwe.

W ujęciu aktualnego orzecznictwa porozumienia o antykonkurencyjnym celu nie stanowią jednolitej kategorii. Niektóre typy porozumień mogą być zaliczane do jednej lub drugiej kategorii w zależności od kontekstu, w którym funkcjonują. Niemniej, w odniesieniu do porozumień objętych *object box*, uznanie, że nie posiadają one antykonkurencyjnego celu może nastąpić raczej jako wyjątek uzasadniony nietypowymi okolicznościami faktycznymi danej sprawy.

W odniesieniu do porozumień, które nie mają antykonkurencyjnego celu, organ konkurencji zobowiązany jest wykazać, że wywierają one ograniczające konkurencję skutki¹⁷⁵. Dotyczy to jednak porozumień, które nie spełniają przesłanek reguły *de minimis*, a zatem takich, których wpływ na konkurencję jest odczuwalny. Analiza dokonywana w ramach art. 101 ust. 1 TFUE nie może sprowadzać się do ustalenia, czy porozumienie wywiera negatywny wpływ na konkurencję i nie obejmuje ich bilansowania przez skutki pozytywne. Może ono nastąpić dopiero na etapie analizy dokonywanej w ramach stosowania art. 101 ust. 3 TFUE. W praktyce wykazanie przez Komisję negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji,

175 Zgodnie z art. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003, „W każdym krajowym lub wspólnotowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 81 i 82 Traktatu ciężar udowodnienia naruszenia art. 81 ust. 1 lub art. 82 Traktatu spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie. Przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw ubiegający się o wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu ma obowiązek udowodnienia, że przesłanki określone w tym przepisie są spełnione”.

jest równoznaczne z przeniesieniem na przedsiębiorstwo ciężaru udowodnienia równoważących te skutki efektywności gospodarczych.

Podobna sytuacja zachodzi w odniesieniu do porozumień o antykonkurencyjnym celu, z tym jednak zastrzeżeniem, że organ konkurencji nie jest zobowiązany do wykazania negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji. Wystarczająca w tym celu jest uproszczona ocena kontekstu, w którym porozumienie funkcjonuje. Przy tym w odniesieniu do najcięższych ograniczeń konkurencji, niekorzystne skutki praktyki dla konkurencji są domniemane.

Potencjalnie nieograniczony zakres przedmiotowy art. 101 ust. 3 TFUE przekłada się na możliwość elastycznego stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Każde porozumienie, w odniesieniu do którego w ogólnym bilansie skutków przeważają te pozytywne, może zostać wyłączone spod reguł konkurencji. Paradoksalnie, wyłączenie to nie jest jednak od dawna stosowane przez Komisję w praktyce. Jak można się domyślać, istnieje co najmniej kilka przyczyn takiego stanu rzeczy. Pierwszą wiąże się z priorytetami polityki antymonopolowej realizowanej przez Komisję po wejściu w życie rozporządzenia nr 1/2003 i decentralizacji stosowania reguł konkurencji. Komisja skupia się na zwalczaniu porozumień potencjalnie najbardziej dla konkurencji szkodliwych, w tym o antykonkurencyjnym celu. W odniesieniu do takich porozumień istnieje mniejsza przestrzeń do zastosowania wyłączenia indywidualnego. Z kolei sprawy dotyczące praktyk wielostronnych o relatywnie mniejszej szkodliwości, w tym o mniejszym terytorialnym zakresie oddziaływania, częściej stanowią domenę krajowych organów konkurencji. Organy te jednak, podobnie jak i Komisja, skupiają się raczej na praktykach szczególnie dla konkurencji niekorzystnych, a zatem przede wszystkim na porozumieniach o antykonkurencyjnym celu. Zauważyć także należy, że, jak orzekł TSUE w sprawie *Tele 2 Polska*, narodowe organy konkurencji nie są uprawnione do wydawania decyzji o stwierdzeniu niestosowania, o której mowa w art. 10 rozporządzenia nr 1/2003, co dodatkowo ogranicza możliwość stosowania wyłączenia indywidualnego¹⁷⁶.

Jednocześnie reguły dotyczące jego stosowania określone w Wytocznych Komisji dalekie są od precyzji, co nie ułatwia przedsiębiorstwom formułowania argumentacji przemawiającej za spełnieniem przesłanek wyłączenia. Ponadto, wymagania dowodowe stawiane przez Komisję przedsiębiorstwom powołującym się na wyłączenie indywidualne są wysokie. Ustanowiony przez Komisję w sprawie *MasterCard* i zaaprobowany następnie przez Sąd i Trybunał, wymóg kwantyfikacji korzyści wynikłych dla konsumenta z zawarcia porozumienia jest w większości przypadków trudny, jeżeli nie niemożliwy, do spełnienia. W założeniu przedsiębiorstwo, które zamierza zachować zgodność swoich działań z regułami konkurencji, powinno dokonać oceny uczynienia zadość warunkom wyłączenia, jeszcze

176 Wyrok w sprawie C-375/09, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v. *Tele 2 Polska sp. z o.o.*, *devenue Netia SA*. ECLI:EU:C:2011:270. Więcej na temat tego wyroku w rozdziale 4. poświęconym wdrażaniu reguł konkurencji UE.

przed przystąpieniem do porozumienia, a zatem na etapie, w którym skutki rynkowe na razie nie powstały. Na tym etapie możliwe jest co najwyżej oszacowanie stopnia i rodzaju tych korzyści, lecz nie ich kwantyfikacja. Jest to tym bardziej utrudnione, że do wyliczenia skali korzyści płynących do nabywców, niezbędne są informacje dotyczące prowadzonej przez nich działalności, do których siłą rzeczy dostawca ma ograniczony dostęp.

Inna przyczyna, która może mieć wpływ na niewielkie praktyczne znaczenie art. 101 ust. 3 TFUE, wiąże się z modelem wdrażania reguł konkurencji przez Komisję. Organ ten dysponuje zarówno uprawnieniami w zakresie inicjowania postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, prowadzenia w tych sprawach postępowań dowodowych, jak i wydawania decyzji kończących postępowania. Organ dysponujący takim zakresem kompetencji w naturalny sposób cechuje awersja do podejmowania postępowań i niekończenia ich wydaniem decyzji stwierdzającej istnienie praktyki ograniczającej konkurencję. W sytuacji, w której organ konkurencji samodzielnie ustala priorytety polityki antymonopolowej, podejmowanie postępowań w takich sprawach może być postrzegane jako przejaw marnotrawienia ograniczonych zasobów, którymi dysponuje. Innymi słowy, racjonalnym działaniem organu konkurencji jest unikanie podejmowania postępowań, których rezultat jest niepewny, a skupianie się na tych, które dotyczą praktyk oczywiście naruszających konkurencję, w odniesieniu do których skuteczne zastosowanie wyłączenia jest mało prawdopodobne. W odniesieniu do tego rodzaju porozumień, bardziej racjonalnym zachowaniem organu konkurencji jest niepodjęcie postępowania, aniżeli jego wszczęcie, a następnie uznanie, że porozumienie było wyłączone spod zakazu. Taka polityka jest o tyle korzystna dla organu konkurencji, że wpływa także na poprawę statystyki postępowań zakończonych wydaniem decyzji pozytywnej i nałożeniem kary, co uznawane jest za jeden ze wskaźników efektywności jego działalności.

Inną konsekwencją takiego ukształtowania modelu postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję jest ograniczona otwartość organu konkurencji na argumenty przedsiębiorstw przemawiające za spełnieniem przesłanek wyłączenia indywidualnego, a tym samym przyjęcie w stosunku do nich wysokiego standardu dowodowego.

Rozdział 3

Ustalanie cen odsprzedaży towarów w unijnym prawie konkurencji

3.1. Wprowadzenie

W rozdziale zamierzam zaprezentować uregulowania unijne, które bezpośrednio odnoszą się do kwestii dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów, a zatem rozporządzenia o wyłączeniach blokowych porozumień wertykalnych oraz towarzyszące im akty miękkiego prawa wydawane przez Komisję Europejską. Druga część rozdziału poświęcona została sposobowi stosowania art. 101 TFUE względem takich praktyk, a także wobec klauzul najwyższego uprzywilejowania. Te ostatnie nie polegają wprawdzie na ustaleniu cen odsprzedaży towarów, stanowią jednak porozumienia cenowe o podobnych do RPM skutkach. Zagadnienia te zaprezentowano w ujęciu dynamicznym, pozwalającym prześledzić ewolucję rozwiązań prawnych oraz sposobu ich stosowania względem RPM.

3.2. Rozwój systemu wyłączeń blokowych a pionowe porozumienia cenowe

3.2.1. RPM a wyłączenia blokowe pierwszej i drugiej generacji

Wydane w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku pierwsze rozporządzenie ustanawiające wyłączenie blokowe od zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie zawierało przepisów odnoszących się do kwestii dopuszczalności pionowych porozumień cenowych¹. Odniesienie takie znalazło się natomiast w kolejnej

¹ Rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 67/67/EWG z 22 marca 1967 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii umów o wyłącznej sprzedaży, Dz. Urz. WE L, nr 57, z 1967 r., s. 849.

generacji rozporządzeń. W preambułach do rozporządzeń nr 1983/83 i 1984/83 dotyczących stosowania wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE względem, odpowiednio, porozumień o wyłącznej dystrybucji i porozumień wyłącznego zakupu, Komisja podkreśliła, że zobowiązania umowne, które ograniczają konkurencję i nie są niezbędne do poprawy poziomu dystrybucji towarów pozostają poza zakresem wyłączeń blokowych ustanowionych w tych rozporządzeniach². Wśród tego rodzaju klauzul Komisja wyróżniła te ograniczające swobodę wyboru nabywców, którym dystrybutor zamierza sprzedawać towary objęte umową lub jego swobodę w określaniu cen i innych warunków sprzedaży³.

W odróżnieniu od kolejnych generacji rozporządzeń o wyłączeniach blokowych, rozporządzenia pierwszej i drugiej generacji nie ustanawiały wyłączenia o charakterze parasolowym. Ich konstrukcja opierała się na określeniu typu porozumienia objętego wyłączeniem oraz klauzul, które mogą mu towarzyszyć, a następnie na ustanowieniu reguły, zgodnie z którą pozostałe towarzyszące porozumieniu postanowienia umowne nie podlegały wyłączeniu. Katalog dopuszczalnych klauzul umownych nie obejmował przy tym cenowych porozumień pionowych⁴. W rezultacie wszelkie porozumienia odnoszące się do cen odsprzedaży towarów pozostawały poza zakresem wyłączeń w nich ustanowionych. Taką wykładnię przepisów rozporządzenia 1984/83 potwierdzają wyroki TSUE w sprawach: CEES⁵, CEPESA⁶ i Pedro IV⁷, w których stwierdził on wyraźnie, że rozporządzenie to, w przeciwieństwie do rozporządzenia nr 2790/1999, nie obejmowało swoim zakresem wyłączenia blokowego porozumień o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży oraz o udzielaniu dystrybutorowi rekomendacji cenowych. Konkluzje Trybunału dotyczyły wprawdzie szczególnych przepisów rozporządzenia 1984/83 odnoszących się do działalności stacji benzynowych, jednak zarówno brzmienie preambuły, jak i treść przepisów obu omawianych rozporządzeń oraz konstrukcja zawartych w nim wyłączeń nie pozostawiają wątpliwości, że wykładnię Trybunału można odnosić *per analogiam* do całokształtu przepisów obu rozporządzeń.

Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży towarów oraz ustalanie maksymalnych poziomów rabatów zostało wyłączone spod zakresu wyłączenia blokowego

2 Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznej dystrybucji, Dz. Urz. L, nr 173, z 1983 r., s. 1; Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłączności zakupu, Dz. Urz. L, nr 173, z 1983 r., s. 5.

3 Por. pkt 8 preambuły do rozporządzenia Komisji nr 1983/83 i pkt 8 preambuły rozporządzenia Komisji nr 1984/83.

4 Art. 1 rozporządzenia Rady nr 19/65/EWG oraz art. 1 i art. 2 rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 67/67/EWG.

5 Wyrok w sprawie C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) v. Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784, pkt 64.

6 Wyrok w sprawie C-279/06, CEPESA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 65.

7 Wyrok w sprawie C-280/07, Pedro IV Servicios SL v Total España SA, ECLI:EU:C:2009:215, pkt 74 i 75; więcej na temat wyroków w sprawach Pedro IV i CEPESA w dalszej części rozdziału.

ustanowionego przepisami *Rozporządzenia Komisji nr 123/85 w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu względem niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji pojazdów samochodowych i usług serwisowych*⁸.

Klauzule o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów zostały także *expressis verbis* wyjęte spod zakresu wyłączenia blokowego ustanowionego w rozporządzeniu Komisji nr 4087/88 w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 do niektórych kategorii porozumień franchisingowych⁹. Zgodnie z treścią art. 5 lit. e tego aktu prawnego, nie była objęta zakresem wyłączenia klauzula w porozumieniu o dystrybucji franchisingowej, na mocy której franchisobiorca był ograniczany przez franchisodawcę, w sposób pośredni lub bezpośredni, co do ustalania cen sprzedaży towarów lub usług będących przedmiotem umowy franchisingowej, z zastrzeżeniem możliwości rekomendowania przez franchisodawcę cen odsprzedaży.

3.2.2. Reforma systemu wyłączeń blokowych w drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych XX w.

Dokonana w drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku europejska reforma systemu wyłączeń blokowych od zakazu porozumień ograniczających konkurencję doprowadziła do uporządkowania reguł dotyczących dopuszczalności porozumień pionowych i przyjęcia nowych reguł oceny, skupionych w większym stopniu na kwestii ekonomicznych skutków porozumień. Dotychczasowe podejście względem porozumień pionowych reprezentowane przez Komisję Europejską spotykało się z krytyką przedsiębiorców, którzy zarzucali jej nie tylko formalizm w ocenie ich dopuszczalności, lecz także nadmiernie szeroką wykładnię przepisu art. 101 ust. 1 TFUE i zbyt rygorystyczne jego stosowanie¹⁰. Jednocześnie, po wydaniu przez Sąd Najwyższy wyroku w sprawie GTE Sylvania¹¹ dywergencja pomiędzy europejskimi regułami konkurencji a amerykańskim prawem antytrutowym w obszarze dopuszczalności porozumień wertykalnych stawała się coraz bardziej wyraźna¹². Nowe prądy myślowe płynące zza Atlantyku zmieniły sposób

8 Art. 6 ust. 2 *Rozporządzenia Komisji nr 123/85 z 12 grudnia 1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu względem niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji pojazdów samochodowych i usług serwisowych*, Dz. Urz. WE L, nr 15, z 1985 r., s. 16.

9 *Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień franchisingowych*, Dz. Urz. L, nr 359, z 1988 r., s. 46.

10 T. Lodge, A. Nourry, *European Commission Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, „International Company and Commercial Law Review” 1997, vol. 8(6), s. 191; podobnie: V. Korah, *The Future of Vertical Agreements under E.C. Competition Law*, „European Competition Law Review” 1998, vol. 19(8), s. 506.

11 Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 23 czerwca 1977 r. w sprawie Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

12 Podobnie: B. E. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC competition law*, „Common Market Law Review” 1995, vol. 32, Issue 4, s. 973. Krytyczne uwagi dotyczące europejskich

postrzegania skutków porozumień pionowych, w odniesieniu do tych innych aniżeli cenowe. Tendencji tej nie oparł się Trybunał, który w wyrokach w sprawach *Delimitis*¹³ i *Langnese*¹⁴ wyraźnie wskazały na konieczność oceny rzeczywistych skutków rynkowych innych niż cenowe porozumień wertykalnych.

Komisja podlegała zatem silnej presji tak ze strony uczestników rynku, jak i doktryny prawa konkurencji, którzy postulowali uelastycznienie jej polityki względem porozumień pionowych i oparcia jej na podejściu zorientowanym na skutki¹⁵. Wydana przez Komisję w 1997 r. *Zielona Księga* dotycząca ograniczeń pionowych w polityce konkurencji WE rozpoczęła debatę na temat kształtu reformy. Komisja zwróciła w niej uwagę na bardziej zdywersyfikowane podejście przedstawicieli nauk ekonomicznych do skutków praktyk ograniczających konkurencję, abstrahujące od generalnych ocen, a skłaniające się do kazuistycznego badania konkretnych okoliczności sprawy¹⁶. Przyznała w związku z tym, że dotychczasowy system wyłączeń blokowych był w sposób nadmierny oparty na formalistycznych kryteriach i nie odpowiadał zmianom, jakie wówczas dotyczyły sposobów dystrybucji towarów. To powodowało, że niektóre porozumienia, nie będące w stanie wpłynąć niekorzystnie na konkurencję, przykładowo ze względu na brak siły rynkowej ich stron, były objęte zakazem. Z drugiej strony inne porozumienia, które mogły być potencjalnie szkodliwe dla konkurencji, mieściły się w zakresie wyłączenia blokowego. Jednocześnie Komisja zwróciła uwagę na niedostatki pewności prawnej związanej ze stosowaniem przepisów obowiązujących ówczesnie rozporządzeń o wyłączeniach blokowych¹⁷.

reguł konkurencji jako systemu nieuwzględniającego współczesnego dorobku nauk ekonomicznych, w tym w zakresie porozumień wertykalnych, zgłaszali także inni przedstawiciele piśmiennictwa – por. w szczególności: V. Korah, *The Judgment in Delimitis: A Milestone towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement – or a Damp Squib?*, „European Intellectual Property Review” 1992, vol. 5, s. 167; R. van der Bergh, *Modern Industrial Organisation versus Old-Fashioned European. Competition Law*, „European Competition Law Review” 1996, vol. 17, s. 75.

13 Wyrok w sprawie C-234/89, *Stergios Delimitis v. Henniger Bräu AG*, ECLI:EU:C:1991:91.

14 Wyrok w sprawie T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH v. Komisja*, ECLI:EU:T:1995:98 oraz C-279/95 P, *Langnese-Iglo GmbH v. Komisja*, ECLI:EU:C:1998:447.

15 Jak wskazała V. Korah odnosząc się do ówczesnego podejścia Komisji względem porozumień pionowych: „urzędnicy Komisji powinni raczej zajmować się pomocą państwa i liberalizacją znacjonalizowanych gałęzi przemysłu, co do których kontroli jedyna posiada kompetencje, a także dochodzeniami w sprawie międzynarodowych karteli i koncentracji, a nie monitorować notyfikacje pionowych porozumień dystrybucyjnych, które w większości są prokonkurencyjne i rzadko ograniczają konkurencję”. – zob. V. Korah, *The future of vertical agreements under E.C. competition law*, „European Competition Law Review” 1998, vol. 19(8), s. 506.

16 *Zielona Księga na temat ograniczeń pionowych w polityce konkurencji WE* z 22 stycznia 1997 r. (COM(96) 721 final), streszczenie kierownicze, pkt 10.

17 Komunikat Komisji z 26 listopada 1998 r. w sprawie zastosowania reguł konkurencji Wspólnoty do ograniczeń pionowych (Uzupełnienie do *Zielonej Księgi w sprawie ograniczeń pionowych*), Dz. Urz. C, nr 365, z 1998 r., s. 3.

W związku z tym Komisja zapowiedziała przeprowadzenie reformy wyłączeń blokowych w duchu „bardziej ekonomicznego podejścia”, które miało opierać się na ocenie rynkowych skutków porozumień pionowych. Jak wskazała Komisja, „wyłącznie wówczas, gdy konkurencja międzymarkowa jest osłabiona i istnieje siła rynkowa, kontrola porozumień pionowych nabiera znaczenia”¹⁸. Zapowiedziany przez Komisję nowy system opierać się miał zatem na szerokim wyłączeniu o charakterze parasolowym, obejmującym zasadniczo wszystkie rodzaje porozumień pionowych, z wyłączeniem tzw. czarnych klauzul. Jego stosowanie uzależnione miało być od spełnienia określonych progów udziału w rynku przez strony porozumienia¹⁹.

Podsumowując rezultaty wysłuchania publicznego dotyczącego planowanej reformy, Komisja wskazała, że istnieje konsens co do tego, że absolutna ochrona terytorialna oraz RPM powinny pozostać *per se* zakazane. Jak wskazała, nie powinny one być objęte wyłączeniem blokowym, ani, w większości przypadków, podlegać wyłączeniu indywidualnemu. Podkreślano przy tym, że ustalanie cen maksymalnych powinno być dozwolone. Komisja wskazała także, że uczestnicy konsultacji mieli podzielone zdania na temat tego, czy porozumienia pionowe przyczyniają się do ograniczenia oddziaływania efektu gapowicza²⁰.

Podsumowanie wcześniejszych konsultacji społecznych dotyczących reformy porozumień pionowych dokonane zostało na łamach *Zielonej Księgi na temat ograniczeń pionowych w polityce konkurencji WE* z 1997 r. Komisja wskazała w nim, że wielu ich uczestników zwracało uwagę na potrzebę wyłączenia spod zakazu porozumień rekomendacji dotyczących cen odsprzedaży. Ponadto część z nich opowiadała się za dopuszczeniem możliwości zawierania porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży nowych innowacyjnych i zaawansowanych technicznie towarów w zakresie nie przekraczającym pięciu lat od ich wejścia na rynek. Miało to pozwolić na wzmocnienie inwestycji w usługi przedsprzedażowe, a tym samym umożliwić szybsze wejście towaru na rynek²¹.

Poza deklarowanym dążeniem do wprowadzenia bardziej ekonomicznego podejścia, kształt reguł składających się na nowy system wyłączeń blokowych miał posłużyć ich uproszczeniu, tak by umożliwić planowaną już wtedy rezygnację z systemu notyfikacji porozumień ograniczających konkurencję, na rzecz samoceny ich zgodności z prawem prowadzonej przez przedsiębiorstwa²². Zmiana ta, zapowiedziana w wydanej w 1999 r. *Białej księdze w sprawie modernizacji reguł stosowania art. 85 i 86 Traktatu WE*, miała na celu zmniejszenie obciążeń, którym

18 *Ibidem*, rozdz. I, pkt 2.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*, rozdz. II, pkt 2.

21 *Zielona Księga na temat ograniczeń pionowych w polityce konkurencji WE* z 22 stycznia 1997 r. (COM(96) 721 final), pkt 258.

22 Por. T. Reeves, P. Brentford, *A New Competition Policy for a New Millennium?*, „International Company and Commercial Law Review” 2000, vol. 11(3), s. 75–76.

podlegały przedsiębiorstwa, ale i ograniczeń zakresu obowiązków Komisji, w kontekście planowanego rozszerzenia Unii²³.

Założenia reformy wyłączenia blokowego porozumień pionowych zrealizowane zostały 22 grudnia 1999 r., gdy Komisja Europejska wydała *Rozporządzenie nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*²⁴. Ustanowiło ono wyłączenie o charakterze parasolowym obejmującym, co do zasady, wszelkiego rodzaju ograniczenia wertykalne, tj. porozumienia wertykalne zawierające ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. Porozumienia wertykalne rozumiane były przy tym jako:

porozumienia lub praktyki uzgodnione zawierane między dwoma lub większą liczbą przedsiębiorstw, z których każde działa w ramach porozumienia na różnym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji i odnoszących się do warunków, zgodnie z którymi strony mogą kupować, sprzedawać i odsprzedawać niektóre towary lub usługi²⁵.

Zgodnie z wcześniejszymi zapowiedziami Komisji, warunkiem stosowania wyłączenia było nieprzekroczenie przez jego strony wskazanych progów udziału w rynku właściwym. Próg ten ustalony został na 30% i odnosił się, co do zasady, do udziału dostawcy w rynku właściwym, na którym sprzedawał on towary lub usługi objęte porozumieniem²⁶. W przypadku porozumień wertykalnych zawierających zobowiązanie wyłącznej dostawy, próg ten wynosił również 30%, lecz odnosił się do udziału nabywcy w rynku właściwym, na którym nabywał on towary lub usługi objęte porozumieniem²⁷.

Wyłączeniu nie podlegały porozumienia wertykalne objęte przepisem art. 4 rozporządzenia (tak zwane czarne klauzule), do których prawodawca unijny zaliczył także RPM. Zgodnie z treścią lit. a tego przepisu:

wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu: a) ograniczenie uprawnienia kupującego do ustalania jego cen sprzedaży, nie naruszając możliwości narzucania przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecanej ceny sprzedaży, pod warunkiem, że nie są one równe ze stałą lub minimalną ceną sprzedaży wynikającą z nacisku lub bodźców stwarzanych przez strony.

W niecały rok po wydaniu rozporządzenia nr 2790/1999, Komisja Europejska przyjęła wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych²⁸. Zawierały one stanowisko Komisji dotyczące sposobu stosowania zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE względem porozumień wertykalnych, w tym także odnośnie do przepisów

23 *Biała księga w sprawie modernizacji reguł stosowania art. 85 i 86 Traktatu WE*, Program Komisji nr 99/027, z 28 kwietnia 1999 r.

24 Dz. Urz. L, nr 336, z 1999 r., s. 21.

25 Art. 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia Komisji nr 2790/1999.

26 *Ibidem*, art. 3 ust. 1.

27 *Ibidem*, art. 3 ust. 2.

28 Dz. Urz. UE C, nr 291, z 2000 r., s. 1.

omawianego rozporządzenia. Komisja podkreśliła w *Wytycznych...*, że nieobjęte rozporządzeniem o wyłączeniu blokowym ustalanie cen odsprzedaży obejmuje także porozumienia ustalające tę cenę w sposób pośredni, poprzez: ustalenie marży dystrybucji, ustalenie maksymalnego poziomu opustu, uzależnianie przyznania rabatu lub zwrotu kosztów promocji od przestrzegania danego poziomu cen, wiązanie narzucanej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów, groźby, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszenie dostaw lub rozwiązywanie umów w przypadku nieprzestrzegania zalecanego poziomu cen. Komisja zwróciła także uwagę na towarzyszące RPM środki, poprawiające jego skuteczność lub prowadzące do tego, że ceny rekomendowane lub maksymalne przybierają charakter cen sztywnych. Komisja zaliczyła do nich umieszczanie sugerowanej ceny detalicznej na opakowaniu towaru lub stosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania²⁹.

Komisja wypowiedziała się także na temat dopuszczalności stosowania zaleceń cenowych i ustalania cen maksymalnych, które nie były objęte zakresem wyłączenia blokowego ze względu na przekroczenie przez dostawcę wymaganego trzydziestoprocentowego progu udziału w rynku. Zwróciła uwagę, że ceny te mogą oddziaływać jako punkt odniesienia w przypadku dystrybutorów, co może skutkować zbliżeniem cen po jakich odsprzedają oni towar. Po drugie, porozumienia tego rodzaju mogą ułatwiać funkcjonowanie porozumienia horyzontalnego pomiędzy dostawcami³⁰. Dopuszczalność tego rodzaju porozumień powinna zależeć zatem od oceny dwóch czynników – siły rynkowej dostawcy oraz pozycji rynkowej jego konkurentów. Komisja wskazała, że porozumienia tego rodzaju mogą być niebezpieczne dla konkurencji w sytuacji, gdy zawierane są w warunkach wąskiego oligopolu³¹.

Ustanowione w 1999 r. ramy prawne dotyczące wyłączenia blokowego porozumień wertykalnych spotkały się z niejednorodnym przyjęciem. Podkreślano, że ich ustanowienie stanowiło ważny element działań na rzecz wdrożenia podejścia opartego na skutkach ekonomicznych³². Zwracano także uwagę na szerszy zakres przedmiotowy wyłączenia w porównaniu z poprzednim stanem prawnym, co skutkowało powiększeniem granic swobody przedsiębiorców przy konstruowaniu systemów dystrybucji wyłącznej. Jako jeden z walorów nowych ram prawnych wymieniano także nieobjęcie zakresem wyłączenia blokowego porozumień zawieranych przez silnych rynkowo dostawców³³. Z drugiej jednak strony zarzucano Komisji między innymi zbytne przywiązanie do kryterium udziału w rynku jako czynnika, od którego uzależnione zostały pozytywne skutki porozumień

29 Obwieszczenie Komisji Europejskiej – wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r., pkt 47.

30 *Ibidem*, pkt 226.

31 *Ibidem*, pkt 227 i 228.

32 R. Subiotta, F. Amato, *The Reform of the European Competition Policy Concerning Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2001, vol. 69, s. 148.

33 *Ibidem*, s. 232.

pionowych dla konkurencji, a tym samym ignorancją ekonomiczną³⁴. Podkreślano także, że odejście od sformalizowanych kryteriów oceny dopuszczalności porozumień pionowych na rzecz kryterium udziału w rynku może powodować praktyczne problemy i skutkować pogorszeniem pewności prawnej³⁵. Wskazywano także, że lista klauzul czarnych jest zbyt obszerna, choć zasadniczo nie podważano sensu objęcia nią porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów oraz o ustanowieniu absolutnej wyłączności terytorialnej³⁶.

Reforma podejścia względem porozumień pionowych spotkała się natomiast z pozytywnym oddźwiękiem w Stanach Zjednoczonych, gdzie postrzegano ją jako ważny krok na drodze ku konwergencji amerykańskiego prawa antytrustowego i europejskich reguł konkurencji³⁷.

3.2.3. Debata w przededniu wydania rozporządzenia nr 330/2010

Komisja rozpoczęła prace nad rozporządzeniem, które zastąpić miało rozporządzenie nr 2790/1999, w 2008 r. od konsultacji społecznych. Ich rezultat potwierdził stanowisko Komisji, zgodnie z którym dotychczasowy stan prawny wymagał co najwyżej korekty, a nie poważnych zmian³⁸. W odróżnieniu od rozporządzenia nr 2790/1999, nowe rozporządzenie nie miało zatem przynieść rewolucji w zakresie reguł dopuszczalności porozumień pionowych, a jedynie, co do zasady, dostosować je do zmieniających się warunków europejskiej gospodarki i usunąć niektóre niedogodności związane z jego stosowaniem.

Jedyną chyba kwestią związaną z nowelizacją wyłączenia blokowego porozumień wertykalnych, która wzbudziła szerszą dyskusję wśród przedstawicieli doktryny prawa konkurencji była regulacja dopuszczalności ustalania minimalnych cen odsprzedaży. Zmiana paradygmatu oceny zgodności z prawem

34 M. Griffiths, *A Glorification of de Minimis – the Regulation on Vertical Agreements*, „European Competition Law Review” 2000, vol. 21(5), s. 241, podobnie R. Subiotto, F. Amato, *The Reform...*, s. 193; autorzy ci podkreślili, że zastosowanie bardziej racjonalnego podejścia opartego na skutkach wymagałoby raczej przyjęcia szerszego zakresu wyłączenia blokowego oraz wyższego pułapu udziałów w rynku jako kryterium wyłączenia. Pułap ten, ich zdaniem, został przy tym ustanowiony na zbyt niskim poziomie, by prawidłowo odzwierciedlać posiadanie przez dostawcę istotnej siły rynkowej.

35 J. Nazerali, D. Cowan, *Unlocking E.U. Distribution Rules – Has the European Commission Found the Right Keys?*, „European Competition Law Review” 2000, vol. 21(1), s. 53; R. Subiotto, F. Amato, *The Reform...*, s. 232.

36 M. Griffiths, *A Glorification of...*, s. 245 oraz J. Nazerali, D. Cowan, *Unlocking E.U....*, s. 53 oraz R. Subiotto, F. Amato, *The Reform...*, s. 232.

37 J. Winterscheid, M. Ward, *Two Part Harmony: New Rules for Vertical Agreements Under European Union Competition Policy*, „Antitrust”, Summer 2000, vol. 14, s. 52.

38 L. Peeperkorn, *New European Rules for Supply and Distribution Agreements*, [w:] *Reviewing Vertical Restraints in Europe. Reform, Key Issues and National Enforcement*, J.-F. Bellis, J. M. Beneyto (eds.), Brussels 2012, s. 51.

tych praktyk, dokonana w Stanach Zjednoczonych w wyniku wydania przez Sąd Najwyższy USA wyroku w sprawie *Leegin*, stanowiła impuls do podjęcia debaty koncentrującej się wokół potrzeby zmiany podejścia europejskich reguł konkurencji. Stanowisko o konieczności takiej modyfikacji zaprezentował między innymi F. Alese, którego zdaniem podejście europejskich organów konkurencji w nadmiernym stopniu skoncentrowane było na wpływie RPM na tworzenie rynku wewnętrznego oraz ułatwianie horyzontalnej koordynacji cen³⁹. Jednocześnie podejście to, zdaniem przywołanego autora, nie uwzględniało możliwych efektywności tego rodzaju porozumień, rozumianych przede wszystkim jako zwalczanie efektu *gapowicza*⁴⁰. Analogicznie wypowiedział się M. Kneepkens, który podkreślił potrzebę zdywersyfikowanego podejścia względem pionowych porozumień cenowych, uwzględniającego zarówno ich możliwy negatywny wpływ na konkurencję, jak i potencjalne efektywności z nich wynikające⁴¹.

O zmianę podejścia względem RPM zaapelowali także członkowie Grupy Doradców Ekonomicznych w sprawach Polityki Konkurencji przy Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej. M. Motta, P. Rey, F. Verboven i N. Vettas, w wydanym przez nich raporcie dotyczącym kierunków zmian regulacji wyłączeń blokowych porozumień wertykalnych, stwierdzili że nowe reguły dotyczące porozumień pionowych powinny wskazywać na możliwość zastosowania względem RPM reguły *de minimis*⁴². W odniesieniu do przedsiębiorstw o udziale w rynku mieszczącym się w przedziale 15–30%, musiałyby one wykazać, że pozytywne skutki porozumienia przekraczają szkody, jakie mogłyby one wyrzucić dla konkurencji. W przypadku porozumień zawieranych przez przedsiębiorstwa o wyższym udziale rynkowym, wykazanie ich pozytywnych skutków netto dla konkurencji należałoby uznać za mało prawdopodobne⁴³.

Na drugim biegunie znalazły się poglądy L. Peeperkorna, który stanął w obronie podejścia prawa europejskiego względem RPM⁴⁴. Jego zdaniem, europejskie ramy prawne pozwalały na elastyczne zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, tak by uwzględnić ewentualne efektywności RPM i w razie potrzeby wyłączyć taką praktykę spod zakazu, opierając się na wyłączeniu

39 F. Alese, *Unmasking the Masquerade of Vertical Price Fixing*, „European Competition Law Review” 2007, vol. 28(9), s. 525–526.

40 *Ibidem*.

41 M. Kneepkens, *Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach*, „European Competition Law Review” 2007, vol. 28(12), s. 656.

42 M. Motta, P. Rey, F. Verboven, N. Vettas, *Najcięższe ograniczenia w ramach Rozporządzenia o wyłączeniu blokowym porozumień wertykalnych: poglądy ekonomiczne*, raport dostępny pod adresem internetowym: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf (dostęp: 23.06.2018).

43 *Ibidem*.

44 L. Peeperkorn, *Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies*, „European Competition Journal” 2008, vol. 4(1), s. 201.

indywidualnym⁴⁵. Stanowisko L. Peeperkorna okazało się zbliżone do poglądów Komisji. Nowe rozporządzenie nie zmieniło w istotny sposób podejścia względem RPM.

3.2.4. Obowiązujący system wyłączeń blokowych a pionowe porozumienia cenowe

Wydane 20 kwietnia 2010 r. *Rozporządzenie Komisji nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych niezmiennie ujmuje praktykę ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów w ramach katalogu czarnych klauzul umownych⁴⁶. Redakcja przepisu art. 4 lit a rozporządzenia jest identyczna jak treść analogicznego przepisu rozporządzenia nr 2790/1999. Zgodnie z nim:

Wyłączenie przewidziane w art. 2 nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron, mają na celu:

- a) ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży, bez uszczerbku dla możliwości narzucenia przez dostawcę maksymalnej ceny sprzedaży lub zalecania ceny sprzedaży, pod warunkiem, że nie skutkują one sztywną lub minimalną ceną sprzedaży w wyniku presji lub zachęt którejkolwiek ze stron [...]

Konsekwencją zaklasyfikowania porozumień o ustaleniu minimalnej i sztywnej ceny odsprzedaży towarów do katalogu klauzul czarnych jest przyjęcie założenia, że porozumienie zawierające taką klauzulę nie jest objęte wyłączeniem blokowym w całości⁴⁷. Jak wskazała Komisja w towarzyszących rozporządzeniu nr 330/2010 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, w takiej sytuacji „domniemywa się, że porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1 [Traktatu]”⁴⁸. Jednocześnie, jak wskazała Komisja, „domniemywa się również, że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3, a zatem nie ma zastosowania wyłączenie grupowe”⁴⁹.

Takie ujęcie oznacza, że Komisja w dalszym ciągu opiera swoje podejście względem RPM na założeniu o fundamentalnie antykonkurencyjnym charakterze klauzul tego rodzaju. U jego podstaw stoi stanowisko, że ewentualne prokonkurencyjne skutki RPM są na tyle rzadkie lub na tyle niewielkie, że, co do

45 *Ibidem*, s. 212.

46 *Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, Dz. Urz. L, nr 102, z 2010 r., s. 1.

47 Por. pkt 47 wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

zasady, nie są w stanie zrównoważyć negatywnego wpływu na konkurencję tego rodzaju porozumień. Zatem nie ma potrzeby dowodzenia ich antykonkurencyjnych skutków.

Z drugiej jednak strony Komisja podkreśliła w *Wytycznych...*, że porozumienia objęte katalogiem czarnych klauzul mogą skorzystać z wyłączenia indywidualnego, jeśli

przedsiębiorstwa uzasadnią, że wynikiem włączenia do porozumienia najpoważniejszych ograniczeń konkurencji jest prawdopodobny wzrost efektywności oraz że zasadniczo spełnione są wszystkie warunki zawarte w art. 101 ust. 3.

Wówczas

Komisja będzie zobowiązana do przeprowadzenia skutecznej oceny prawdopodobnego negatywnego wpływu na konkurencję przed dokonaniem ostatecznej oceny, czy spełnione zostały warunki zawarte w art. 101 ust. 3⁵⁰.

Odnosząc się do wykładni przepisu art. 4 lit. a rozporządzenia nr 330/2010 Komisja posłużyła się wyjaśnieniem tożsamym w treści do tego, które zawarła w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r. Podkreśliła zatem, że RPM objęte zakresem czarnej klauzuli może zostać osiągnięte także za pomocą środków pośrednich, takich jak:

ustalenie marży dystrybucji, ustalanie maksymalnego poziomu opustu, uzależnianie przyznania rabatu lub zwrotu kosztów promocji przez dostawcę od przestrzegania danego poziomu cen, związanie wymaganej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów, pogrożki, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszenie dostaw lub rozwiązanie umów w związku z przestrzeganiem danego poziomu cen.

Wskazała także, że skuteczność RPM wzmacniają towarzyszące mu inne instrumenty, w tym: system monitorowania cen, nałożony na dystrybutorów obowiązek informowania o przejawach niestosowania się innych uczestników systemu do ustaleń cenowych, podawanie zalecanej ceny detalicznej na opakowaniu towaru lub stosowania klauzuli najwyższego uprzywilejowania.

Nowe elementy dotyczące sposobu oceny RPM oraz percepcji przez Komisję skutków tejże praktyki dla konkurencji znalazły się w rozdziale VI wytycznych z 2010 r. poświęconym sposobowi oceny poszczególnych typów ograniczeń wertykalnych. Komisja wpiერw wymieniła następujące przejawy negatywnego oddziaływania RPM na konkurencję:

1. RPM może ułatwiać zmwę pomiędzy dostawcami poprzez zwiększanie przejrzystości cen na rynku. W ten sposób jest w stanie umożliwić wykrycie

⁵⁰ *Ibidem*, pkt 47 i pkt 223.

odstępstw od stosowania przez uczestników kartelu dokonanych pomiędzy nimi uzgodnień.

2. RPM może osłabiać motywację dostawcy do obniżania cen sprzedaży towarów na rzecz jego dystrybutorów. Sztywna cena odsprzedaży uniemożliwiłaby bowiem zwiększenie wolumenu sprzedaży przez dystrybutora, a tym samym osiągnięcie przez dostawcę korzyści z tego tytułu. Jak podkreśliła Komisja, wystąpienie takich skutków możliwe jest, między innymi wówczas, gdy producenci tworzą ścisły oligopol, a RPM obejmuje istotną część rynku.
3. W wyniku eliminacji konkurencji międzymarkowej RPM może ułatwić znowę na poziomie dystrybutorów.

Silni lub dobrze zorganizowani dystrybutorzy są w stanie zmusić lub przekonać jednego lub kilku dostawców do ustalenia cen odsprzedaży powyżej konkurencyjnego poziomu i w ten sposób umożliwić im osiągnięcie lub ustabilizowanie równowagi znowy.

4. RPM może osłabiać konkurencję w układzie pomiędzy producentami lub dystrybutorami, w przypadku gdy ci sami dystrybutorzy prowadzą sprzedaż towarów różnych producentów, a ustalanie cen odsprzedaży stosowane jest przez wszystkich lub wielu z nich.
5. Brak możliwości obniżenia cen sprzedaży towarów konkretnej marki może bezpośrednio prowadzić do wzrostu cen.
6. RPM może zmniejszyć naciski na marżę producenta, w szczególności gdy producent ma problem z realizacją zobowiązań umownych, gdy w jego interesie leży obniżanie cen w sprzedaży na rzecz kolejnych dystrybutorów. Wówczas producent może łatwo ulec presji ze strony dystrybutorów i wprowadzić RPM. Pozwoli mu to zapewnić, by marża detaliczna była na oczekiwanym przez dystrybutorów poziomie i tym samym zmniejszyć presję na obniżenie przez niego marży w sprzedaży na rzecz dystrybutorów.
7. RPM może utrudnić wejście na rynek konkurentów silnego rynkowo producenta. Dystrybutorzy, którzy są stroną takich porozumień, mogą faworyzować towary tego dostawcy kosztem towarów konkurencji. To z kolei może zablokować dostęp do rynku innowacyjnym dystrybutorom lub tym, którzy oferują model dystrybucji oparty na niskich cenach⁵¹.

Komisja podkreśliła jednak, że ustalanie cen odsprzedaży, w szczególności gdy przedsięwzięte jest z inicjatywy producenta, może także wywierać pozytywne skutki dla konkurencji, i tym samym skorzystać z wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE. Wymieniła następujące przejawy poprawy efektywności gospodarczej, będące możliwym następstwem RPM:

1. RPM może ułatwić wejście na rynek. W przypadku wprowadzenia na rynek nowego towaru, praktyka ta może skłonić dystrybutorów do uwzględnienia, w większym stopniu, interesu producenta w celu promocji towaru w pierwszym okresie po jego wejściu na rynek.

51 *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r.*, pkt 224.

2. RPM może pozwolić dystrybutorowi na uzyskanie środków pozwalających mu na zwiększenie wysiłków sprzedażowych. W sytuacji, w której dystrybutorzy znajdują się pod presją konkurencji, może to doprowadzić do wzmocnienia popytu na towar lub do wprowadzenia nowego towaru na rynek,
3. Ustalenie sztywnych cen odsprzedaży może, podobnie jak cen maksymalnych, umożliwić organizację „krótkoterminowych kampanii niskich cen” trwających zwykle 2–6 tygodni, w ramach systemu franchisingowego lub podobnego systemu wykorzystującego jednolity model dystrybucji,
4. Wyższa marża uzyskana dzięki RPM może umożliwić dystrybutorom świadczenie dodatkowych „usług przedsprzedażnych, szczególnie w przypadku produktów, o których jakości przekonać się można jedynie w wyniku korzystania z nich, lub produktów złożonych”, co inaczej nie byłoby możliwe ze względu na oddziaływanie efektu gapowicza. Jak wskazała Komisja, aby skorzystać z wyłączenia, strony muszą w sposób przekonujący wykazać, że RPM nie tylko jest w stanie zapewnić właściwe środki, lecz także bodźce do przewyższenia możliwego efektu gapowicza oraz że usługi przedsprzedażne przynoszą korzyści konsumentom⁵².

W ten sposób Komisja po raz pierwszy uznała *expressis verbis*, że RPM może w określonych okolicznościach wywoływać pozytywne skutki dla konkurencji, takie, które w ostatecznym rozrachunku są w stanie przewyższyć skutki negatywne. Takie ujęcie odczytywane jest jako istotna zmiana podejścia Komisji do dopuszczalności RPM⁵³, a nawet jako wprowadzenie ograniczonego wyłączenia ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁵⁴. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że przyjęte rozwiązanie stanowi pokłosie debaty na temat wpływu RPM na konkurencję, jaka rozgorzała w Europie po wydaniu przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wyroku w sprawie Leegin⁵⁵ i wpływu pojawiających się wówczas głosów za liberalizacją podejścia europejskich reguł konkurencji do dopuszczalności tych praktyk. *Notabene* redakcja postanowień wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych dotyczących stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu względem RPM w znacznym stopniu przypomina rozważania Sądu Najwyższego USA zawarte w tym wyroku⁵⁶. Komisja w *Wytycznych...* przywołała bowiem analogiczne argumenty dotyczące

52 *Ibidem*, pkt 225.

53 G. De Stefano, *The New EU „Vertical Restraints Regulation”: Navigating the Vast Sea Beyond Safe Harbours and Hardcore Restrictions*, „European Competition Law Review” 2010, vol. 31(12), s. 490; inaczej wypowiedziała się S. Marco Colino, która podkreśliła, że odniesienie się przez Komisję do pozytywnych skutków RPM nie oznacza wprowadzenie zmiany podejścia, ale czyni ważny krok na drodze do poprawy pewności prawnej. Zob.: S. Marco Colino, *Reforming the Reform: the New Rules for Vertical Agreements in the EU Market Share Thresholds and Resale Price Maintenance*, [w:] *Reviewing Vertical Restraints in Europe...*, s. 82.

54 J.-M. Coumes, K. Wilson, *New Rules on Supply and Distribution Agreements: Main Changes of the New System*, „European Community Law Review” 2010, vol. 31(11), s. 441.

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

56 Por. uwagi zawarte w rozdziale 7.

możliwych skutków RPM. Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie Leegin bardziej jednak uwypuklił znaczenie siły rynkowej stron porozumienia przy ocenie jego dopuszczalności.

Treść cytowanego fragmentu wytycznych z 2010 r. powinna być odczytywana jako deklaracja szerszego otwarcia Komisji na ocenę ekonomicznych skutków pionowych porozumień cenowych i tym samym szerszego stosowania względem nich wyłączenia indywidualnego. Otwarcie to nie było jednak na tyle szerokie, by Komisja zdecydowała się na objęcie wyłączeniem blokowym porozumień o ustalaniu minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży, choćby w zakresie ograniczonym spełnieniem dodatkowych warunków. Przepisy rozporządzenia ustanawiającego wyłączenie blokowe ograniczeń wertykalnych pozostały w tym zakresie niezmienione.

Z jednym wyjątkiem zmianie nie uległo także uregulowanie dotyczące dopuszczalności porozumień o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży i o rekomendacjach cenowych. Wyjątek ten polega na innym zakresie stosowania wyłączenia blokowego, w porównaniu z tym ustanowionym przepisami rozporządzenia 2790/1999. Zgodnie z treścią art. 3 rozporządzenia nr 330/2010, wyłączenie w nim zawarte ma zastosowanie pod warunkiem, że udział w rynku właściwym jakiegokolwiek strony porozumienia nie przekracza 30%. W przypadku dostawcy należy wziąć pod uwagę udział w rynku, na którym sprzedaje on towary objęte porozumieniem. Natomiast w przypadku dystrybutora – w rynku właściwym, na którym nabywa on te towary. Podobnie, jak w rozporządzeniu nr 2790/1999, dopuszczalne jest ograniczone w czasie stosowanie wyłączenia w sytuacji przekroczenia przez strony progów udziałów w trakcie trwania porozumienia⁵⁷.

Komisja wskazała czynniki, które bierze pod uwagę przy ocenie dopuszczalności porozumień o rekomendacjach cenowych i o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów, które nie są objęte wyłączeniem blokowym, ze względu na brak spełnienia kryterium udziału w rynku lub ze względu na cofnięcie wyłączenia blokowego. Zostały one sformułowane analogicznie, jak w *Wytycznych...* z 2000 r., z tym zastrzeżeniem, że Komisja odniosła się dodatkowo do kryteriów branż pod uwagę przy stosowaniu art. 101 ust. 3 TFUE względem tych porozumień, które *prima facie* wchodzą w zakres zakazu z art. 101 ust. 1 Traktatu. Wśród nich Komisja wymieniła wpływ ustalania maksymalnych cen odsprzedaży na zapobieganie pobieraniu przez dystrybutora podwójnej marży, a zatem stosowaniu przez niego zbyt wygórowanych cen, ze szkodą dla dostawcy, powstałą w rezultacie zmniejszenia poziomu jego sprzedaży. Ponadto, wskazała

57 Por. art. 6 lit. d rozporządzenia Komisji nr 330/2010, zgodnie z treścią którego: jeżeli początkowo udział w rynku nie przekracza 30%, ale później wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednak 35%, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się również przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy; oraz przepis art. 6 lit. e rozporządzenia, który wskazuje: jeżeli początkowo udział w rynku nie przekracza 30%, ale później wzrasta powyżej 35%, wyłączenie przewidziane w art. 2 stosuje się również przez okres jednego roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 35% został przekroczony po raz pierwszy.

na potencjalny wpływ ustalenia maksymalnej ceny odsprzedaży na intensyfikację konkurencji w układzie pomiędzy różnymi markami tych samych towarów, a także pomiędzy towarami dostawcy i towarami sprzedawanymi pod marką własną dystrybutora⁵⁸.

3.3. Stosowanie art. 101 TFUE względem RPM

3.3.1. Pierwsze lata rozwoju orzecznictwa – RPM w kontekście integracji europejskiej

W momencie wydania przez Trybunał Sprawiedliwości wyroku w sprawie Consten & Grundig, który potwierdził, że ówczesny art. 85 Traktatu znajduje zastosowanie nie tylko względem karteli, lecz także porozumień pionowych⁵⁹, oczywiste stało się, że jego zakresem objęta jest także praktyka ustalania cen odsprzedaży towarów. Przedmiotem wątpliwości była jednak możliwość stosowania europejskich reguł konkurencji do systemów dystrybucji, opartych na RPM, których stosowanie ograniczało się do terytorium jednego państwa członkowskiego. Problem ten okazał się o tyle istotny, że ówczesne prawodawstwo niektórych spośród państw członkowskich, w tym Niemiec, wprost dopuszczało możliwość ustalania cen odsprzedaży towarów⁶⁰. Praktyka ta stosowana była powszechnie w niektórych

58 *Ibidem*, pkt 229 i pkt 107 f *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r.; w październiku 2018 r. Komisja rozpoczęła procedurę ewaluacji rozporządzenia nr 330/2010 służącej odpowiedzi na pytanie, czy nadal odgrywa ono swoją rolę, a w szczególności czy spełnia ono kryteria skuteczności, wydajności, stosowności, spójności i wartości dodanej dla UE. Faza konsultacji społecznych dotyczących oceny tego rozporządzenia zakończyła się w maju 2019 r. Wśród 164 odpowiedzi na pytania zawarte w kwestionariuszu konsultacyjnym opracowanym przez Komisję kwestia sposobu oceny dopuszczalności RPM nie miała pierwszoplanowego znaczenia. Pojawiały się natomiast głosy dotyczące klaryfikacji niektórych elementów zawartych w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (por. m.in. odpowiedź udzieloną przez grupę roboczą Stowarzyszenia Prawa Konkurencji – „Effectiveness – response to question 4 the public questionnaire for the 2018 evaluation of the vertical block exemption regulation”, s. 3, odpowiedź Pinsent Masons’ L.L.P., s. 2 oraz odpowiedź Oxera, s. 2). Zdarzały się także postulaty rozszerzenia katalogu okoliczności świadczących o prokonkurencyjnych skutkach RPM (por. m.in. odpowiedź Clifford Chance L.L.P., s. 5). Rezultaty konsultacji społecznych dostępne na stronie: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981/public-consultation_en.

59 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 Consten i Grundig, ECLI:EU:C:1966:41.

60 Na początku lat siedemdziesiątych XX w. w państwach członkowskich obowiązywały następujące reżimy prawne regulujące dopuszczalność RPM: we Francji i w Luksemburgu praktyka ta była zakazana przepisami prawa powszechnie obowiązującego, z tym że wyłączone spod niego zostały niektóre towary – we Francji wyroby perfumeryjne, a w Luksemburgu

państwach członkowskich, co, siłą rzeczy, musiało prowadzić do konfliktów z prawem unijnym. Problemy te powstawały między innymi na tle działań dystrybutorów, którzy, dążąc do ominięcia krajowych uregulowań legalizujących systemy dystrybucji oparte na RPM, prowadzili równoległy import towarów z innych państw członkowskich, powołując się przy tym na zakaz ich dyskryminacji względem towarów krajowych. W pierwszych latach rozwoju europejskich reguł konkurencji problematyka zgodności RPM z prawem antymonopolowym pojawiała się zatem w szerszym kontekście ograniczeń w handlu pomiędzy państwami członkowskimi.

Drogę do możliwości stosowania art. 101 ust. 1 TFUE względem wewnątrz krajowych systemów dystrybucji otworzył sam wyrok w sprawie *Consten & Grundig*, a konkretnie następująca jego teza:

Wreszcie, porozumienie pomiędzy producentem a dystrybutorem, które może zmierzać do odtworzenia narodowych granic w handlu pomiędzy państwami członkowskimi, może udaremnić osiągnięcie najbardziej podstawowych celów Wspólnoty. Traktat, którego preambuła i postanowienia zmierzają do usunięcia barier pomiędzy państwami, i którego niektóre przepisy świadczą o surowym podejściu względem ich ponownego pojawienia się, nie może dozwalać przedsiębiorstwom na ich odtworzenie. Art. 85 ust. 1 został skonstruowany tak, by służyć temu celowi, także w odniesieniu do porozumień zawartych pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach procesu gospodarczego⁶¹.

Choć wyrok ten dotyczył praktyk innych niż cenowe, tj. porozumień o wyłączności terytorialnej i o zakazie handlu równoległego, znaczenie cytowanej tezy sądu jest szersze i obejmuje wszelkie porozumienia pionowe. Nawet jeżeli ich zakres oddziaływania jest ograniczony do pojedynczego państwa członkowskiego, mogą one podlegać zakazowi wyrażonemu w art. 101 TFUE, o ile tylko godzą

wydawnictwa. Dodatkowo w tym ostatnim kraju możliwe było uzyskanie, w drodze aktu administracyjnego, ograniczonego w czasie odstępstwa od zakazu RPM w odniesieniu do usług i towarów nowego typu. W Niemczech RPM było dopuszczalne w odniesieniu do towarów markowych i publikacji, pod warunkiem istnienia na rynku towarów konkurencyjnych. Porozumienia o RPM musiały zostać zgłoszone do Federalnego Urzędu Antymonopolowego i przezeń zatwierdzone. Ograniczona dopuszczalność stosowania RPM w Niemczech uchylona została w roku 1973. W Holandii porozumienia o RPM były zasadniczo dozwolone, jednak podlegały nadzorowi administracyjnemu pod kątem ich szkodliwości dla konkurencji. Indywidualne porozumienia mogły podlegać zakazowi nałożonemu drogą aktu administracyjnego wydanego przez właściwego ministra lub cała ich kategoria mogła zostać zakazana w sposób abstrakcyjny i generalny w drodze dekretu królewskiego. W 1964 r., zakazano wszystkich zbiorowych porozumień o ustaleniu ceny odsprzedaży, a następnie wszystkich indywidualnych porozumień o RPM dla niektórych typów towarów, w tym urządzeń elektrycznych, samochodów osobowych oraz aparatów fotograficznych. W Belgii i we Włoszech kwestia dopuszczalności RPM nie była wówczas uregulowana prawnie. Zob.: odpowiedź na pisemne pytanie nr 247/71, Dz. Urz. C, nr 115, z 1971 r., s. 5.

61 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Consten i Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41.

w osiągnięcie celu w postaci stworzenia wspólnego rynku, a zatem gdy prowadzą do odtworzenia barier handlowych wzdłuż granic państw członkowskich⁶².

Taki sposób rozumowania potwierdził zapadły pięć lat później wyrok w sprawie *Deutsche Grammophon v. Metro-SB-Grossmärkte*⁶³. TSUE odpowiedział w nim na pytania prejudycjalne jednego z niemieckich sądów dotyczące sposobu stosowania zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE do zawartego w zgodzie z niemieckim prawem autorskim porozumienia o zakazie eksportu i wyłącznej dystrybucji na terytorium Francji płyt z nagraniami wytwórni Deutsche Grammophon. Trybunał wskazał wówczas, że tego rodzaju zakaz,

który legitymizowałby izolację rynków narodowych, byłby niezgodny z podstawowym celem Traktatu, którym jest zjednoczenie rynków narodowych w ramach rynku wspólnego. Taki cel nie mógłby zostać osiągnięty, jeżeli obywatele tych państw byłiby w stanie, w oparciu o przepisy krajowych systemów prawnych, rozbić rynek i dokonywać arbitralnej dyskryminacji lub ukrytych ograniczeń w handlu pomiędzy państwami członkowskimi⁶⁴.

Choć i w tym przypadku Trybunał odniósł się do porozumienia wertykalnego o innym niż cenowy charakterze, to podkreślić trzeba, że uzgodnienia pomiędzy Deutsche Grammophon a ich dystrybutorem obejmowały także ustalanie cen odsprzedaży.

Nie czekając na potwierdzenie przez orzecznictwo, Komisja przyjęła stanowisko, zgodnie z którym zakaz porozumień antykonkurencyjnych obejmował także RPM stosowany w reimportacji. W sprawie *Agfa-Gevaert* uznała ona za niezgodny z prawem system dystrybucji filmów fotograficznych Agfa w Niemczech, oparty między innymi na ustalaniu cen odsprzedaży w zgodzie z krajowym porządkiem prawnym⁶⁵. Jeden z niemieckich dystrybutorów sprzedawał na terytorium Niemiec filmy Agfa nabyte uprzednio od dostawcy belgijskiego, w cenie niższej aniżeli ustalona przez producenta w odniesieniu do sprzedaży na rynku niemieckim. W odpowiedzi na orzeczony przez sąd krajowy zakaz prowadzenia przez tego dystrybutora sprzedaży w niskiej cenie, złożył on skargę do Komisji, wskazując że RPM stosowane przez Agfa, stanowiło naruszenie traktatowego zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W liście z 1968 r. adresowanym do producenta i jego belgijskiego dystrybutora, Komisja wskazała, że porozumienia dystrybucyjne nakładające na dystrybutorów wyrobów Agfa zakazy ich eksportu oraz sprzedaży do eksporterów, stanowią naruszenie art. 101 TFUE. Zmierzają bowiem do podziału rynków narodowych w sposób niezgodny z celami traktatu. W odpowiedzi na argument Agfa, jakoby zakaz

62 Podobnie: F. Alese, *Unmasking...*, s. 525.

63 Wyrok w sprawie 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft MBH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1971:59.

64 *Ibidem*, pkt 12.

65 Biuletyn WE nr 2/1970, Część 2, Rozdział I, pkt 6 oraz *I Raport o polityce konkurencji z 1971 r.*, pkt 55.

eksportu służył utrzymaniu systemu cen sztywnych ustanowionego w zgodzie z niemieckim prawem, Komisja wskazała, że okoliczność ta sama w sobie nie jest wystarczająca, by uzasadnić naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Dodała przy tym, że gdyby nawet Agfa zastąpiła zakaz eksportu systemem cen sztywnych stosowanym w reimportcie, nadal dochodziłoby do naruszenia art. 101 ust. 1 Traktatu. Taki mechanizm skutkowałby bowiem także ograniczeniem konkurencji na poziomie sprzedaży detalicznej oraz zakłócałby handel między państwami członkowskimi⁶⁶.

Komisja wyraziła też analogiczne stanowisko w uwagach zgłoszonych w przywołanej wyżej sprawie Deutsche Grammophon. Wskazała wówczas, że klauzula o ustalaniu cen zawarta w umowach, których stroną było Deutsche Grammophon stanowiła ekwiwalent zakazu importu. Tym samym mogła wpływać na handel między państwami członkowskimi i ograniczać konkurencję na wspólnym rynku⁶⁷.

Podejście to stosowane było w późniejszych decyzjach Komisji wydawanych w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku tak gdy interweniowała ona *ex post*⁶⁸, jak i wówczas gdy oceniała systemy dystrybucji notyfikowane jej w trybie atestu negatywnego na podstawie przepisów rozporządzenia Rady EWG nr 17 z 1962 r.⁶⁹ Komisja uznawała wówczas RPM towarzyszące ograniczeniom eksportu za objęte zakresem zakazu porozumień ograniczających konkurencję i za niewyłączone spod niego na podstawie ówczesnego przepisu art. 85 ust. 3 Traktatu⁷⁰.

Nadal jednak czysto krajowe systemy RPM były przez Komisję uznawane za pozostające poza zakresem europejskich reguł konkurencji i stanowiące domenę krajowych systemów prawa. W wydanej pod koniec 1971 r. odpowiedzi na pisemne pytanie wskazała ona, że, co do zasady, praktyka ta nie wpływa na handel między państwami członkowskimi⁷¹. Podejście, które stosowała ówczesnie Komisja dobrze obrazuje także krótkie odniesienie do relacji pomiędzy prawem konkurencji UE a niemieckim prawodawstwem dopuszczającym RPM zawarte w trzecim ogólnym raporcie w sprawie działalności Komisji w 1969 r.:

66 *Ibidem*.

67 Wyrok w sprawie 78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft MBH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, ECLI:EU:C:1971:59.

68 Decyzja Komisji z 5 października 1973 r. w sprawie IV/27.010 – Deutsche Philips GmbH, Dz. Urz. L, nr 293, z 1973 r., s. 40.

69 *Pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu*, Dz. Urz., nr 13, z 1962 r., s. 204.

70 Por. decyzje Komisji: z 28 października 1970 r. w sprawach IV/10.498, 11.546, 12.992, 17.394, 17.395, 17.971, 18.772, 18.888 – Omega, Dz. Urz. L, nr 242, z 1970 r., s. 22; z 21 grudnia 1976 r. w sprawie IV/5715 – Junghans, Dz. Urz. L, nr 30, z 1977 r., s. 10 i z 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 – SABA, Dz. Urz. L, nr 28, z 1976 r., s. 19.

71 Odpowiedź na pisemne pytanie nr 247/71, Dz. Urz. C, nr 115, z 1971 r., s. 5; podobnie w trzecim ogólnym raporcie w sprawie działalności Komisji w 1969 r., wskazano *expressis verbis*, że „[...] Komisja nie sprzeciwiała się RPM jako takiemu”.

Sprzeciw Komisji względem działań zmierzających do rozgraniczenia krajowych rynków w drodze umownych zakazów eksportu i importu budzi niemiecki system ustalania cen odsprzedaży. Mimo że Komisja nie sprzeciwia się RPM jako takiemu, jego istnienie w Niemczech jest zagrożone, albowiem zgodnie z aktualną praktyką sądów niemieckich RPM musi być stosowane bez wyjątków zarówno na papierze, jak i w praktyce; system musi zatem być wsparty przez zakazy eksportu i reimportu⁷².

Komisja uznawała zatem systemy RPM, których zakres oddziaływania ograniczał się w całości do jednego państwa członkowskiego, za, co do zasady, pozostające poza zakresem stosowania europejskich reguł konkurencji. Porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarzyszące zakazom eksportu lub reimportu oraz takie, których ustanowienie służyło ograniczeniu eksportu lub reimportu uznawane były za wywierające wpływ na handel wewnątrzspółnotowy, a tym samym za zakazane.

W pierwszych latach rozwoju orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki decyzyjnej Komisji o wpływie RPM na konkurencję wypowiadano się lakonicznie. Wynikało to przede wszystkim ze złożonej natury praktyk, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w prowadzonych wówczas postępowaniach. W sprawach tych RPM miało bowiem charakter akcesoryjny względem innych ograniczeń wertykalnych, takich jak zakaz eksportu i wyłączność terytorialna. To na ocenie tych praktyk skupiała się wówczas uwaga właściwych instytucji europejskich. Jednocześnie RPM uznawane było zwykle za praktykę, która nie tyle sama w sobie szkodziła konkurencji, ale czyniła to poprzez ustanowienie lub wzmocnienie barier handlowych między państwami członkowskimi.

Niewiele jest zatem przykładów decyzji lub wyroków wydanych w pierwszych dwudziestu latach rozwoju europejskich reguł konkurencji, które odnosiłyby się w sposób bardziej szczegółowy do kwestii wpływu RPM na konkurencję lub do sposobu, w jaki art. 101 ust. 1 TFUE powinien być względem niego stosowany. W sprawie *Deutsche Philips*, w której Komisja dokonała oceny RPM stosowanego w eksporcie do Niemiec, znalazło się jedynie krótkie odniesienie do następstw tejże praktyki⁷³. Komisja wskazała wówczas, że dystrybutorzy niemieccy nie są pozbawieni możliwości zakupu towarów Philipsa za granicą na bardziej korzystnych warunkach aniżeli w kraju. Jednakże, jak zarazem wskazała, jedyną korzyścią jaka z tego mogłaby wyniknąć, byłoby zwiększenie pobieranej przez nich marży, „bez możliwości przeniesienia jej na konsumentów w postaci niższych cen, i w ten sposób zwiększenia sprzedaży i pozyskania nowych konsumentów”⁷⁴. Takie ujęcie można ocenić jako przejaw postrzegania przez Komisję porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów w kontekście ich negatywnego wpływu na dobrobyt konsumenta. Nie powinno się jednak wyciągać

72 Trzeci ogólny raport w sprawie działalności Komisji z 1969 r., s. 59.

73 Decyzja Komisji z 5 października 1973 r. w sprawie IV/27.010 – *Deutsche Philips GmbH*, Dz. Urz. L, nr 293, z 1973 r., s. 40.

74 *Ibidem*.

z cytowanego stwierdzenia Komisji zbyt daleko idących wniosków. Dotyczyło ono bowiem nie tyle wpływu na konkurencję RPM jako takiego, lecz raczej skutków takiej praktyki jako elementu całego systemu dystrybucyjnego mającego za cel między innymi ograniczenie eksportu.

3.4. Okres krystalizacji zrębów polityki względem RPM

3.4.1. Rozszerzenie zakresu stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję na systemy dystrybucji o krajowym zasięgu

Kolejne lata rozwoju europejskich reguł konkurencji przyniosły dalszy rozwój judykatury Trybunału Sprawiedliwości w zakresie porozumień pionowych. Stopniowo, począwszy od końca lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku, w orbitę zainteresowania tak Trybunału, jak i Komisji wchodziły kolejne rodzaje ograniczeń wertykalnych, takie jak porozumienia podejmowane w ramach systemów dystrybucji selektywnej i franchisingowej. Równocześnie więcej uwagi zaczęto poświęcać praktyce ustalania cen odsprzedaży towarów. To oraz wydanie przez Komisję w latach osiemdziesiątych kolejnej generacji rozporządzeń o wyłączeniach blokowych od zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁷⁵ doprowadziło stopniowo do wykrywania się względnie spójnego podejścia dotyczącego dopuszczalności porozumień wertykalnych. Nie byłoby to jednak możliwe, gdyby nie ewolucja koncepcji wpływu na handel między państwami członkowskimi.

Począwszy od końca lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku zarówno Komisja, jak i Trybunał Sprawiedliwości zaczęły stopniowo opierać swoje podejście do dopuszczalności RPM na szerszej interpretacji przesłanki wpływu na handel wewnątrzspółnotowy. Pierwsze tego symptomy pojawiły się w wydanej w 1975 r. decyzji Komisji w sprawie „pieców i grzejników”, w której Komisja dokonała oceny kompleksowego kolektywnego systemu dystrybucji urządzeń grzewczych

75 Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznej dystrybucji, Dz. Urz. L, nr 173, z 1983 r., s. 1; Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłączności zakupu, Dz. Urz. L, nr 173, z 1983 r., s. 5; Rozporządzenie Komisji nr 123/85 z 12 grudnia 1984 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 traktatu EWG do niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji i serwisowania pojazdów silnikowych, Dz. Urz. L, nr 15, z 1985 r., s. 16; Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień franchisingowych, Dz. Urz. L, nr 359, z 1988 r., s. 46.

w Holandii⁷⁶. Wprawdzie nie odniosła się w niej odrębnie do praktyki ustalania cen odsprzedaży towarów, stwierdziła jednak, że system dystrybucji rozumiany jako całość był w stanie wywrzeć istotny wpływ na handel między państwami członkowskimi. Jak wskazała bowiem Komisja, „system, który pokrywa całość terytorium państwa członkowskiego wywiera skutek w postaci wzmocnienia barier pomiędzy narodowymi rynkami [...]”⁷⁷.

Bardziej rozbudowaną argumentację dotyczącą wpływu RPM na handel między państwami członkowskimi zawiera wydana dwa lata później decyzja Komisji w sprawie GERO Fabriek⁷⁸. Komisja uznała w niej za naruszenie zakazu wielostronnych praktyk ograniczających konkurencję porozumienia funkcjonujące w ramach systemu dystrybucyjnego notyfikowanego jej przez holenderskiego producenta sztucców. Obok RPM wprowadzał on inne ograniczenia, w tym zakaz sprzedaży innej niż detaliczna oraz obowiązek uzyskania zgody producenta na sprzedaż innemu dystrybutorowi lub do państw innych aniżeli przydzielone danemu dystrybutorowi. Komisja wskazała, że notyfikowane porozumienia były w stanie poważnie naruszyć handel między państwami członkowskimi, albowiem ich celem było całkowite wstrzymanie handlu pomiędzy państwami objętymi systemem i pozostałymi. Co istotniejsze, Komisja podkreśliła, że

nawet jeśli różne zakazy eksportu zostałyby uchylone, system cen detalicznych nałożony na dystrybutorów mógłby zakłócić handel pomiędzy państwami członkowskimi poprzez przeniesienie strumieni handlu z kanałów, którymi naturalnie by płynęły, gdyby ceny były określone swobodnie. Zastosowanie narzuconych cen detalicznych oznacza, że kierunki importu i eksportu są inne, aniżeli wówczas gdy ceny ustalane byłyby swobodnie⁷⁹.

Podobnie w decyzji w sprawie Hennessy-Henkell Komisja odnosząc się do oceny notyfikowanego jej systemu wyłącznej dystrybucji koniaku Hennessy w Niemczech, obejmującego porozumienie o ustaleniu cen odsprzedaży w określonym przedziale wielkości, wskazała, że brak swobody dystrybutora w ustalaniu cen detalicznych „może zawrócić handel z kierunku, który ów naturalnie by przyjął, gdyby ceny były ustalane całkowicie swobodnie”⁸⁰.

Bardziej zdecydowanie wypowiedział się na temat wpływu RPM na handel między państwami członkowskimi Trybunał w sprawie BNIC v. Clair, w której odpowiedział on na pytanie prejudycjalne dotyczące oddziaływania na handel między państwami członkowskimi praktyki ustalania minimalnych cen detalicznych

76 Decyzja Komisji z 3 czerwca 1975 r. w sprawie IV/712 – „piece i grzejniki”, Dz. Urz. L, nr 159, z 1975 r., s. 22.

77 *Ibidem*, s. 26–27.

78 Decyzja Komisji z 22 grudnia 1976 r. w sprawie IV/24.510 GERO-Fabriek, Dz. Urz. L, nr 16, z 1977 r., s. 11.

79 *Ibidem*, pkt 4.

80 Decyzja Komisji z 11 grudnia 1980 r. w sprawie IV/26.912 – Hennessy-Henkel, Dz. Urz. L, nr 383, z 1980 r., s. 11, pkt 21.

spirytusu stosowanego przy produkcji koniaku, będącego półproduktem sprzedawanym zwykle w regionie Cognac⁸¹. Trybunał wskazał w odpowiedzi, że

jakikolwiek porozumienie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji poprzez ustalenie minimalnej ceny półproduktu jest w stanie wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, jeżeli tylko stanowi on surowiec do produkcji innego wyrobu wprowadzanego do obrotu gdzie indziej we Wspólnocie. Okoliczność, że produkt końcowy posiada chronione oznaczenie geograficzne jest przy tym bez znaczenia⁸².

Z kolei, w wydanym w 1988 r. orzeczeniu w sprawie Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne, Trybunał⁸³, odnosząc się do pytania prejudycjalnego o zgodność z regułami konkurencji porozumień dotyczących ustalenia ceny minimalnej w sprzedaży nasion roślin w Belgii, zwrócił uwagę na konieczność kazuistycznej oceny wszystkich okoliczności sprawy. Wskazał wówczas, że wpływ takiego porozumienia na handel wewnątrz wspólnotowy

zależy w szczególności od tego, czy stanowi on element podobnych umów zawieranych z innymi hodowcami lub licencjobiorcami, udziału w rynku hodowcy [...] i zdolności producentów, będących stroną owych porozumień do eksportowania nasion⁸⁴.

W związku z tym zadaniem sądu krajowego jest ocena, na podstawie dostępnych mu informacji i biorąc pod uwagę kontekst ekonomiczny i prawny, czy porozumienie, którego dotyczyło pytanie, jest w stanie w znaczący sposób wpłynąć na handel między państwami członkowskimi⁸⁵.

Cytowane wyżej orzeczenia i decyzje Komisji stanowią egzemplifikację postępującego włączania obszaru RPM w zakres kognicji unijnych reguł konkurencji, choć na ich przykładzie trudno mówić o radykalnej zmianie podejścia Trybunału i Komisji Europejskiej do kwestii wpływu pionowych porozumień cenowych na handel między państwami członkowskimi. Począwszy od końca lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku dochodzi jednak stopniowo do rozszerzenia sposobu postrzegania skutków, jakie na handel wewnątrz wspólnotowy wywiera ustalanie cen odsprzedaży towarów⁸⁶. O ile wcześniej dominował pogląd, że RPM, co do zasady, nie wchodzi w zakres stosowania europejskiego prawa konkurencji to, począwszy od tego okresu, zaczyna upowszechniać się stanowisko odmienne. Obecnie uznaje się raczej, że systemy RPM stosowane w obrębie państwa członkowskiego,

81 Wyrok w sprawie 123/83, Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Guy Clair, ECLI:EU:C:1985:33.

82 *Ibidem*, pkt 29.

83 Wyrok w sprawie 27/87, Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183.

84 *Ibidem*, pkt 8.

85 *Ibidem*, pkt 9 i 10.

86 Podobnie J.-F. Bellis, *Brief Historical Perspective on EU Competition Policy*, [w:] *Reviewing Vertical Restraints in Europe...*, s. 36.

są w stanie, co do zasady, wpłynąć na handel między państwami członkowskimi. Potwierdzają to kolejne wyroki Trybunału i decyzje Komisji, w których instytucje te uznawały porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarów za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE. Do wyjątków należą dwa wyroki dotyczące ustalania cen odsprzedaży towarów w dystrybucji książek we Francji⁸⁷.

W orzeczeniu w sprawie Leclerc Trybunał wskazał, że

jasnym jest, iż czysto narodowe systemy i praktyki w handlu książkami nie zostały, jak dotychczas, objęte zakresem wspólnotowej polityki konkurencji, której państwa członkowskie powinny przestrzegać ze względu na ich obowiązek powstrzymywania się od wszelkich działań, które mogłyby utrudnić osiągnięcie celów Traktatu.

Jak podkreślił Trybunał, prawo europejskie, w tym przepis art. 101 ust. 1 Traktatu,

nie zakazuje państwom członkowskimi uchwalania prawodawstwa, które nakazuje ustalanie cen przez wydawcę lub importera, i które jest wiążące dla wszystkich dystrybutorów detalicznych, pod warunkiem, że pozostaje ono w zgodzie z innymi przepisami Traktatu, w szczególności tymi odnoszącymi się do swobodnego przepływu towarów⁸⁸.

Analogiczne podejście zastosowane zostało przez TSUE w wydanym w tym samym roku orzeczeniu w sprawie SA Saint Herblain i inni⁸⁹.

Zauważyć jednak trzeba, że wyroki te dotyczyły instrumentu stanowiącego element polityki kulturalnej państw członkowskich, wprowadzonego przepisami prawa powszechnie obowiązującego. W tym szczególnym przypadku Trybunał powstrzymał się od interwencji respektując suwerenność Francji w kształtowaniu tego elementu polityki publicznej⁹⁰.

Pomijając ów szczególny przypadek, unijne reguły konkurencji stosowane były i po dzień dzisiejszy są bez zastrzeżeń stosowane do RPM o czysto krajowym zasięgu terytorialnym. Nie oznacza to, rzecz jasna, że każde porozumienie o ustaleniu cen

87 Wyrok w sprawie 229/83, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc, Paris, SA Thouars distribution et autres, Sainte-Verge i Sàrl 'Au blé vert', Thouars, ECLI:EU:C:1985:1; wyrok w sprawie 299/83, SA Saint Herblain i in., ECLI:EU:C:1985:326.

88 Wyrok w sprawie 229/83, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc, Paris, SA Thouars distribution et autres, Sainte-Verge i Sàrl 'Au blé vert', Thouars, ECLI:EU:C:1985:1, pkt 31.

89 Wyrok w sprawie 299/83, SA Saint Herblain i in., ECLI:EU:C:1985:326, pkt 9; z kolei Komisja w decyzji z 25 listopada 1981 r. w sprawie IV/428 – VBVB i VBBB (Dz. Urz. L, nr 54, z 1982 r., s. 36) uznała wprawdzie kolektywny system ustalania cen odsprzedaży książek wydawanych w Holandii za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, jednakże wzięta pod uwagę, że obowiązywał on także na terytorium Belgii. Komisja podkreśliła przy tym, że czysto krajowy system ustalania cen odsprzedaży nie stanowi naruszenia przepisów Traktatu. Decyzja ta została utrzymana w mocy wyrokiem w połączonych sprawach 43 i 63/82 VBVB i VBBB v. Komisja, ECLI:EU:C:1984:9.

90 Podobnie J.-F. Bellis, *Brief...*, s. 36.

odsprzedaży towarów wpływa na handel między państwami członkowskimi. Tak jak podkreślił to Trybunał w sprawie Erauw stwierdzenie, czy RPM spełnia tę przesłankę wymaga kazuistycznej analizy nakierowanej w szczególności na zbadanie zmian w obrębie strumieni handlu określonym towarem i uwzględniającej szereg czynników, takich jak prowadzenie działalności transgranicznej, wielkość udziałów w rynku stron porozumienia czy też skalę i zakres ich działalności⁹¹.

3.4.2. Percepcja wpływu RPM na konkurencję

Począwszy od końca lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, brak klauzul o ustaleniu cen odsprzedaży w obrębie bardziej złożonych systemów dystrybucyjnych uznawany był za jeden z czynników warunkujących wyłączenie ich spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. Potwierdzają to decyzje Komisji Europejskiej, przede wszystkim te, w których dokonywała ona oceny porozumień dystrybucyjnych notyfikowanych jej w trybie przepisów rozporządzenia Rady nr 17 z 1962 r.⁹²

W pochodzących z tego okresu decyzjach Komisja skupiała się na kwestii swobody, jaką przy ustalaniu cen powinien mieć dystrybutor. I tak np. w decyzji w sprawie GERO wskazała, że

system narzuconych cen detalicznych czyni niemożliwym ustalenie cen sprzedaży przez dystrybutora w odniesieniu do ich własnych kosztów i polityki handlowej. Swoboda kształtowania cen i możliwość przenoszenia na nabywców korzyści, które z tego wynikają, są wyłączone lub przynajmniej poważnie ograniczone⁹³.

Podobnie w omówionej już sprawie Henkell, odnosząc się do ustalenia cen odsprzedaży koniaku, Komisja wskazała, że celem tego było ograniczenie swobody wyłącznego dystrybutora w określaniu przez niego cen odsprzedaży, „uniemożliwiając mu ustalenie poziomu cen w sposób swobodny na podstawie warunków istniejących na rynku”⁹⁴.

91 Wyrok w sprawie 27/87, Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183.

92 Pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu, Dz. Urz., nr 13, z 1962 r., s. 204; por. decyzje Komisji: z 6 stycznia 1982 r. w sprawie IV/28.748 – AEG-Telefunken, Dz. Urz. L, nr 117, z 1982 r., s. 15, pkt 53 i 54; z 16 grudnia 1985 r. w sprawie IV/30.665 – Villeroy i Boch, Dz. Urz. L, nr 376, z 1985 r., s. 15, pkt 7; z 13 lipca 1987 r. w sprawie IV/32.034 – Computerland, Dz. Urz. L, nr 222, z 1987 r., s. 12, pkt 8; z 17 grudnia 1986 r. w sprawach IV/31.428 – 31.432 – Yves Rocher, Dz. Urz. L, nr 8, z 1987 r., s. 49, pkt 63; z 14 listopada 1988 r. w sprawie IV/32.358 – ServiceMaster, Dz. Urz. L, nr 332, z 1988 r., s. 38, pkt 18–19.

93 Decyzja Komisji z 22 grudnia 1976 r. w sprawie IV/24.510 GERO-Fabrick, Dz. Urz. L, nr 16, z 1977 r., s. 11, pkt 3.

94 Decyzja Komisji z 11 grudnia 1980 r. w sprawie IV/26.912 – Hennessy-Henkel, Dz. Urz. L, nr 383, z 1980 r., s. 11, pkt 20; podobnie w pkt 66 decyzji z 2 grudnia 1981 r. w sprawie IV/25.757

Nieco inaczej wypowiedziała się Komisja w sprawie Rijwielhandel z 1978 r., w której dokonała oceny RPM funkcjonującego w ramach kompleksowo uregulowanego kolektywnego systemu dystrybucji rowerów i części rowerowych w Holandii⁹⁵. Został on wprowadzony, na zasadzie wyłączenia udzielonego przez właściwego ministra uchwałą stowarzyszenia zrzeszającego podmioty prowadzące działalność w zakresie produkcji i handlu rowerami i częściami rowerowymi. W jego ramach przewidziano obowiązek przestrzegania przez dystrybutorów detalicznych cen odsprzedaży ustalonych przez dostawców. Jeżeli ceny te nie zostały ustalone, detaliści zobowiązani byli pobierać od konsumentów marżę w ustalonej procentowo minimalnej wysokości⁹⁶. System obejmował ponadto szereg innych ograniczających konkurencję porozumień, w tym o kolektywnej dystrybucji wyłącznej⁹⁷.

Komisja uznała, że RPM oraz postanowienie o jednolitej marży minimalnej naruszają zakaz porozumień antykonkurencyjnych, albowiem

tłumią wszelkie przejawy konkurencji cenowej i w ten sposób ograniczają możliwość zwiększania przez dystrybutorów ich udziałów rynkowych w następstwie oddziaływania niezależnej presji konkurencyjnej oraz przekazywania na rzecz konsumentów wszelkich redukcji kosztów, które z takiej racjonalizacji wynikają⁹⁸.

Jednocześnie, odnosząc się do oceny systemu w całości, Komisja wskazała, że ograniczenia w nim zawarte nie przyczyniają się do poprawy dystrybucji rowerów i pozbawiają konsumentów możliwości uzyskania uczciwej części korzyści, które uzyskują członkowie stowarzyszenia⁹⁹. Ich skutkiem było bowiem poważne ograniczenie konkurencji cenowej. Jednocześnie, zdaniem Komisji, brak było obiektywnych przyczyn dla udzielenia wyłączenia, w odniesieniu do kolektywnego systemu RPM, nawet jeśli jego stosowanie ograniczone było do terytorium jednego państwa członkowskiego¹⁰⁰.

– Hasselblad (Dz. Urz. L, nr 161, z 1982, s. 18). Komisja wskazała, że praktyki producenta polegające na uzależnianiu dostaw od stosowania się przez dystrybutora do ustaleń cenowych „naruszają swobodę autoryzowanych dystrybutorów w ustalaniu cen, wykorzystując ich obawy przed wypowiedzeniem umowy dystrybucyjnej jako środek eliminowania konkurencji cenowej pomiędzy autoryzowanymi dystrybutorami”. Por. także pkt 43 decyzji Komisji z 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 – SABA (Dz. Urz. L, nr 28, z 1976 r., s. 19), w którym wskazała ona, że konkurencja pomiędzy dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej jest zapewniona, albowiem mogą oni „swobodnie ustalać ceny w ramach swojego uznania”.

95 Decyzja Komisji z 2 grudnia 1977 r. w sprawie IV/147 Rijwielhandel, Dz. Urz. L, nr 20, z 1978 r., s. 18.

96 *Ibidem*, pkt 10.

97 *Ibidem*, pkt 4.

98 *Ibidem*, pkt 25.

99 *Ibidem*, pkt 31.

100 *Ibidem*, pkt 34.

Zaprezentowana wyżej argumentacja Komisji wyraźnie nawiązywała do wpływu kolektywnego systemu dystrybucji na dobrobyt konsumenta, w szczególności do kwestii możliwości przełożenia efektywności dystrybucyjnych na obniżenie cen towarów. Przy tym argumenty te użyte zostały nie tylko dla poparcia tezy o braku spełnienia przesłanek wyłączenia z art.101 ust. 3 TFUE, lecz także w odniesieniu do rozstrzygnięcia kwestii czy porozumienie to podlega *prima facie* zakazowi wyrażonemu w art. 101 ust. 1 TFUE. Komisja nie odwołała się przy tym do argumentu w postaci ograniczenia swobody dystrybutorów. Rzecz jasna, trudno na podstawie tej sprawy wyciągać daleko idące wnioski odnośnie do aksjologicznych podstaw podejścia Komisji względem RPM. W decyzji tej bowiem Komisja odniosła się do oceny złożonego systemu dystrybucji w całości, a nie RPM jako odrębnej praktyki.

Krótkie, choć jednoznaczne odniesienie do negatywnego wpływu RPM na dobrobyt konsumenta znalazło się w decyzji Komisji w sprawie AEG-Telefunken¹⁰¹. Komisja odnosząc się do systemu dystrybucji urządzeń elektronicznych stwierdziła, że skłaniając dystrybutorów do stosowania ustalonych cen AEG-Telefunken w znacznym stopniu przeciwdziałał, ze szkodą dla konsumentów, pojawianiu się na rynku niepożądanych, z jego punktu widzenia, ofert zawierających obniżone ceny¹⁰².

W decyzji w sprawie Pronuptia de Paris Komisja przyjęła szeroką koncepcję zakazu pionowych porozumień cenowych¹⁰³. W ramach notyfikowanego jej przez Pronuptia de Paris systemu dystrybucji franchisingowej sukni i akcesoriów ślubnych Komisja zakwestionowała klauzule zobowiązujące franchisobiorcę do stosowania cen, które mogłyby nadszarpnąć wizerunek marki¹⁰⁴.

W innej decyzji z tego okresu Komisja odniosła się do RPM w kontekście jego wpływu na konkurencję międzymarkową, jednocześnie jednak wyraźnie akcentując imperatyw zapewnienia swobody dystrybutorowi¹⁰⁵. W decyzji tej Komisja dokonała oceny systemu wyłącznej dystrybucji przypraw Liebig w Belgii, połączonego z ustaleniem ich cen odsprzedaży. Wskazała wówczas, że porozumienia te „ograniczają dystrybutorów w realizacji wolności wyboru co do zakupu i odsprzedaży przypraw poprzez związanie ich z jednym dostawcą [...]”¹⁰⁶ oraz że wynikający z tego efekt polegający na wyłączeniu konkurencji między markami przypraw wzmocniony jest przez RPM, które wykluczają konkurencję między towarami marki Liebig¹⁰⁷.

101 Decyzja Komisji z 6 stycznia 1982 r. w sprawie IV/28.748 – AEG-Telefunken, Dz. Urz. L, nr 117, z 1982 r., s. 15; decyzja utrzymana w mocy wyrokiem w sprawie 107/82, AEG v. Komisja, ECLI: EU:C:1983:29.

102 *Ibidem*, pkt 70.

103 Decyzja Komisji z 17 grudnia 1986 r. w sprawie IV/30937 – Pronuptia, Dz. Urz. L, nr 13, z 1987 r., s. 39.

104 *Ibidem*, pkt 12.

105 Decyzja Komisji z 21 grudnia 1977 r. w sprawie IV/29.418 – „przyprawy”, Dz. Urz. L, nr 53, z 1978 r., s. 20.

106 *Ibidem*, pkt 18.

107 *Ibidem*, pkt 22.

Na szersze odniesienie się do skutków, jakie na konkurencję wywierają pionowe porozumienia cenowe na gruncie orzecznictwa sądowego należało czekać aż do drugiej połowy lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku. W wydanym w 1977 r. wyroku w sprawie *Metro v. Komisja (Metro I)*¹⁰⁸ Trybunał wskazał, dokonując wprawdzie oceny innych niż cenowe porozumień zawieranych w ramach systemu selektywnej dystrybucji, że w ramach tego typu systemów konkurencja cenowa nie jest uważana za element o pierwszorzędym znaczeniu. Dotyczy to w szczególności sieci dystrybucyjnych, do których dostęp uzależniony jest od spełnienia warunków przekraczających wymogi stawiane typowo dla dystrybucji danych towarów.

Jak wskazał Trybunał,

jakkolwiek konkurencja cenowa jest tak istotna, że nie może być nigdy wyeliminowana, nie stanowi ona jedynej efektywnej formy konkurencji lub takiej, której musi zostać przyznany absolutny priorytet w jakichkolwiek okolicznościach. Uprawnienia przyznane Komisji w oparciu o przepis artykułu 85 ust. 3 dowodzą, że wymogi utrzymania efektywnej konkurencji mogą być godzone z celami o innej naturze i w związku z tym pewne ograniczenia konkurencji są dozwolone [...]. Dla specjalistycznych hurtowników i detalistów potrzeba utrzymania pewnych poziomów cen, która koresponduje z koniecznością zachowania, w interesie konsumentów, możliwości dalszego istnienia określonego kanału dystrybucji w połączeniu z nowymi metodami dystrybucji opartymi na innym rodzaju polityki konkurencji, stanowi jeden z celów, które mogą być realizowane, niekoniecznie naruszając zakaz zawarty w artykule 85 ust. 1, a, gdyby to miało miejsce, w całości lub w części, mieszcząc się w ramach art. 85 ust. 3. Argument ten jest wzmocniony, jeżeli, dodatkowo, takie warunki wzmacniają konkurencję w zakresie, w którym dotyczy ona czynników innych niż cena¹⁰⁹.

Przedstawione wyżej tezy wyroku można odczytywać jako dostrzeżenie przez Trybunał Sprawiedliwości, że w szczególnych okolicznościach wyłączenie konkurencji cenowej pomiędzy dystrybutorami może wywierać skutki pozytywne poprzez stymulowanie innych aspektów konkurencji, w tym jakości dystrybucji. Porozumienia mające taki skutek mogłyby albo w ogóle nie wchodzić w zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję, albo podlegać wyłączeniu na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 Traktatu. Przy tym, jak się wydaje, wniosek ten dotyczył wyłącznie porozumień towarzyszących systemom dystrybucji selektywnej, a zatem obejmującej towary wysokiej jakości, specjalistyczne, itp. Takie ujęcie interpretowane może być jako wykazanie przez Trybunał pewnego poziomu zrozumienia dla argumentów dotyczących ekonomicznych skutków RPM, takich, które prezentowali ówczesnie ideolodzy szkoły chicagowskiej¹¹⁰. Nie wolno jednak zapominać, że Trybunał w sprawie *Metro I* wprost wskazał, że konkurencja cenowa jest na tyle istotna, że w zasadzie nigdy nie może zostać wyeliminowana.

108 Wyrok w sprawie 26/76, *Metro SB-GROSSMÄRKTE GmbH & Co. KG v. Komisja*, ECLI:EU:C:1977:167.

109 *Ibidem*, pkt 21.

110 Por. rozważania zawarte w rozdziałach 10 i 11.

Do wyroku w sprawie Metro I Trybunał odniósł się sześć lat później w sprawie AEG v. Komisja¹¹¹. Dokonał w nim sądowej kontroli decyzji Komisji uznającej za naruszenia zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży zawarte przez niemieckiego producenta sprzętu gospodarstwa domowego z selektywnymi dystrybutorami jego wyrobów. AEG powołał się wówczas na cytowaną wyżej tezę wyroku Metro, celem wsparcia argumentu, jakoby ustalanie cen odsprzedaży towarów było niezbędne dla utrzymania specjalistycznego handlu, którego koszty są dużo wyższe aniżeli handlu innego rodzaju. Tym samym, zdaniem AEG, praktyki takie nie powinny być uznane za niezgodne z prawem, w zakresie, w którym pozwalają one zagwarantować minimalną marżę dystrybutorom należącym do systemu¹¹².

Trybunał wskazał wprawdzie, że w sprawie Metro I nie było mowy o zobowiązaniu do stosowania określonych cen odsprzedaży jako o warunku przystąpienia do sieci dystrybucyjnej¹¹³. Wyjaśnił przy tym, w jaki sposób należy interpretować tezę w nim zawartą. Podkreślił, że ograniczenie konkurencji cenowej musi być postrzegane jako nieodłączna część systemu dystrybucji selektywnej w tym sensie, że ceny pobierane przez uczestników takiego systemu siłą rzeczy kształtowane są w węższym przedziale, niż gdyby istniała konkurencja pomiędzy nimi a dystrybutorami działającymi poza tym systemem. To ograniczenie jest kompensowane przez konkurencję w zakresie usług dostarczanych konsumentom.

W związku z tym utrzymywanie określonych poziomów cen jest zgodne z prawem, lecz tylko w zakresie, w którym jest ściśle uzasadnione wymogami systemu, w ramach którego konkurencja musi realizować funkcje przypisane jej przez Traktat. W istocie celem takiego systemu jest wyłącznie podniesienie poziomu konkurencji w zakresie, w którym odnosi się ona do czynników innych niż cena, a nie zagwarantowanie wysokiej marży autoryzowanym dystrybutorom¹¹⁴.

W związku z tym wymóg stosowania określonych cen odsprzedaży jako warunek dostępu do sieci uznany został przez Trybunał za nieuzasadniony i „wyraźnie zewnętrzny” względem elementów konstrukcyjnych systemu selektywnej dystrybucji. AEG dysponowało bowiem wystarczającymi środkami, by zapewnić efektywną realizację zadań systemu dystrybucji selektywnej¹¹⁵.

W sprawie Binon, także dotyczącej RPM stosowanego w ramach systemu dystrybucji selektywnej, Trybunał orzekł, że klauzule o ustaleniu cen odsprzedaży gazet zawarte w umowach z podmiotami trzecimi „jako takie stanowią naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE”¹¹⁶. Podkreślił także, że w sytuacji, gdy umowa ustanawiająca

111 Wyrok w sprawie 107/82, AEG v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:293.

112 *Ibidem*, pkt 40.

113 *Ibidem*, pkt 41.

114 *Ibidem*, pkt 42.

115 *Ibidem*, pkt 43.

116 Wyrok w sprawie 243/83, SA Binon & Cie i SA Agence et messageries de la presse, ECLI:EU:C:1985:284, pkt 44.

system dystrybucji selektywnej wywierający wpływ na handel między państwami członkowskimi zawiera takie postanowienie, jedyną możliwością jego zalegalizowania jest wyłączenie go na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE. Komisja może rozważyć, czy jego przesłanki nie są spełnione, biorąc pod uwagę, że ustalenie cen odsprzedaży może być uważane za jedyny środek kompensujący ciężary, jakie wynikają z realizacji obowiązku zwrotu niesprzedanych egzemplarzy gazet oraz zapewniający dostępność szerokiej gamy gazet i czasopism¹¹⁷.

Lata osiemdziesiąte XX w. przyniosły kolejne wyroki, w których Trybunał uznawał RPM za naruszenie europejskich reguł konkurencji. W wyroku w sprawie VBVB/VBBB v. Komisja, Trybunał uznał za naruszenie reguł konkurencji RPM towarzyszące kolektywnemu systemowi dystrybucji książek holenderskich w Holandii i Belgii¹¹⁸. Odniósł się przy tym do dwojakich skutków takich porozumień – naruszenia swobody dystrybutorów w zakresie polityki cenowej oraz uniemożliwienia, poprzez restrykcyjną kontrolę stosowanych przez nich cen, wdrażania metod sprzedaży pozwalających konsumentom nabywać towary na korzystniejszych warunkach. Co interesujące, Trybunał wskazał, że osiągnięcie pierwszego z tych skutków wiąże się z naruszeniem art. 101 ust. 1 lit. a Traktatu, „który wprost zakazuje bezpośredniego i pośredniego ustalania cen zakupu lub sprzedaży, konsekwencją drugiego natomiast jest niezgodność z przepisem art. 101 ust. 1 lit. b”¹¹⁹.

W wyrokach z tamtego okresu Trybunał, przy dokonywaniu subsumpcji praktyki ustalania cen odsprzedaży towarów pod język normy prawnej wyrażonej w art. 101 ust. 1 TFUE, powstrzymywał się od wskazania, że posiada ona jednoznacznie antykonkurencyjny cel. Ograniczał się jedynie do ogólnej konkluzji, jakoby stanowiła ona porozumienie, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji¹²⁰. Analogicznie wypowiedział się Trybunał w wydanym w 1988 r. wyroku w sprawie Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne¹²¹. Dodał jednak, odnosząc się do kwestii zgodności z regułami konkurencji porozumień dotyczących ustalenia ceny minimalnej w sprzedaży nasion roślin w Belgii, że podobne porozumienia zawierane były z wieloma dystrybutorami, a tym samym „miały one taki sam skutek jak system polegający na ustaleniu cen w wyniku porozumienia horyzontalnego”¹²².

117 *Ibidem*, pkt. 45–47.

118 Wyrok w połączonych sprawach 43 i 63/82 VBVB i VBBB v. Komisja, ECLI:EU:C:1984:9.

119 *Ibidem*, pkt 45.

120 Wyrok w sprawie 123/83, Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Guy Clair, ECLI:EU:C:1985:33, pkt 29.

121 Wyrok w sprawie 27/87, Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183, pkt 15.

122 *Ibidem*.

3.5. RPM w dobie reformy podejścia do porozumień wertykalnych

3.5.1. Decyzje w sprawach Novalliance/Systemform i Nathan/Bricolux

Kolejne lata działalności Komisji Europejskiej i rozwoju orzecznictwa TSUE doprowadziły do uformowania się zrębów współczesnego podejścia dotyczącego oceny zgodności RPM z regułami konkurencji UE. Okres zapoczątkowany dyskusją na temat kształtu systemu wyłączeń blokowych, związaną z jego reformą w 1999 r., cechował się relatywnie niewielką aktywnością Komisji w prowadzeniu postępowań w kwestii ograniczeń pionowych¹²³. Jednakże wydawane przez nią decyzje w nieco szerszym zakresie odnosiły się do oceny skutków, jakie zakazane praktyki przedsiębiorstw wywierały na konkurencję. Ich analiza pozwalała na sformułowanie bardziej ogólnych wniosków dotyczących podejścia właściwych instytucji europejskich względem dopuszczalności RPM.

W wydanej w 1996 r. decyzji w sprawie Novalliance/Systemform Komisja wyjaśniła, że brak działań zmierzających do egzekwowania od dystrybutorów przestrzegania porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów nie oznacza, że przepis art. 101 ust. 1 TFUE nie został naruszony¹²⁴. Podkreśliła przy tym, że samo istnienie takich klauzul może mieć wpływ na zachowania dystrybutorów. Nawet bowiem, jeżeli dostawca nie sprawował kontroli nad wspólnym ustalaniem cen i nigdy nie wymagał informacji o cenach, obecność tych klauzul w umowach mogła wywierać presję na dystrybutorów, by dostosowywali oni swą politykę cenową do wymagań dostawcy¹²⁵.

W decyzji w sprawie Nathan/Bricolux Komisja oceniła system wyłącznej dystrybucji materiałów edukacyjnych wydawanych przez francuskiego przedsiębiorcę

123 Poza postępowaniami, które omówione zostały poniżej w okresie obowiązywania rozporządzenia nr 2790/1999 Komisja prowadziła także inne odnoszące się do RPM. Dotyczyło to wszczętego w 2000 r. postępowania w sprawie ustanawiania minimalnych cen odsprzedaży płyt CD z nagraniami muzycznymi (por. IP/01/1212, „Commission closes inquiry into CD prices after changes to business practices”, z 17 sierpnia 2001 r.), postępowania w sprawie Apple iTunes, dotyczącego ustalania cen minimalnych nagrań muzycznych na platformie Apple iTunes, pomiędzy Apple a wytwórcami płytowymi (zob. press release IP/08/22, „European Commission welcomes Apple’s announcement to equalise prices for music downloads from iTunes in Europe” z 9 stycznia 2008 r.) oraz postępowania w sprawie RPM w porozumieniach zawieranych na rynku dystrybucji głośników, wszczętego w 2002 r. (zob. press release IP/00/1418, „Commission opens proceedings against the distribution practices of B&W Loudspeakers”, z 6 grudnia 2000 r.). Żadne z tych postępowań nie zakończyło się jednak wydaniem przez Komisję decyzji stwierdzającej naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE.

124 Decyzja Komisji z 4 grudnia 1996 r. w sprawie IV/35.679 – Novalliance/Systemform, Dz. Urz. L, nr 47, z 1997 r., s. 11.

125 *Ibidem*, pkt 61.

Nathan na terytorium trzech państw członkowskich UE¹²⁶. Porozumienia zawierane przez Nathan i współpracujących z nim dystrybutorów zawierały także klauzule o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży określonych jako cena, którą Nathan pobiera za sprzedaż określonego towaru, we Francji powiększona o współczynnik, którego wysokość ustalana była odrębnie dla danego dystrybutora. Jednocześnie dystrybutor zobowiązywał się do powstrzymania od działalności handlowej, która mogłaby naruszyć renomę marki Nathan, w tym od formułowania ofert promocyjnych, rabatów, wyprzedaży, itp. Mógł natomiast sprzedawać po obniżonych cenach towary z końcówek serii¹²⁷.

Komisja wskazała wyraźnie, że porozumienia te miały antykonkurencyjny cel¹²⁸. Uznała bowiem, że nawet jeżeli nie zostało sprecyzowane w umowie dystrybucyjnej, jakiej wielkości obniżki cen stanowiłyby naruszenie wizerunku marki Nathan, swoboda dystrybutorów w udzielaniu rabatów została ograniczona w porównaniu z tym, co mieliby miejsce, gdyby byli całkowicie swobodni w ustalaniu cen odsprzedaży¹²⁹.

Jednocześnie Komisja podkreśliła, że ustalanie maksymalnej ceny odsprzedaży samo w sobie niekoniecznie ogranicza konkurencję¹³⁰. Jednakże w przypadku porozumień zawieranych przez Nathan ustalenie ceny maksymalnej towarzyszyło porozumieniu o zakazie stosowania rabatów i obniżek cen, co w rezultacie spowodowało ustalenie ceny w określonym przedziale. Jak wskazała Komisja, ustalenie poziomów cen

zaburza formowanie się trendów cenowych na rynku, a jego celem jest ograniczenie konkurencji. Z jednej strony dystrybutor musi trzymać się zobowiązań umownych, które ograniczają swobodę określania jego polityki cenowej. Z drugiej, Nathan dąży w sposób sztuczny do harmonizacji cen i rabatów [...].

W dalszej kolejności Komisja podkreśliła, że do takiego rodzaju ustalania cen, które zakłóca rynkowy sposób ich kształtowania, odnosi się bezpośrednio przepis art. 101 ust. 1 lit. a Traktatu. *Notabene* powołała się przy tym na treść wyroku Sądu UE w sprawie ICI v. Komisji, dotyczącego horyzontalnych porozumień cenowych¹³¹.

126 Decyzja Komisji z 5 lipca 2000 r. w sprawie COMP.F.1/36.516 – Nathan/Bricolux, Dz. Urz. L, nr 54, z 2001 r., s. 1.

127 *Ibidem*, pkt. 43–44 i 49–50.

128 *Ibidem*, pkt 72.

129 *Ibidem*, pkt 86.

130 *Ibidem*, pkt 87.

131 Wyrok w sprawie T-13/89, ICI v. Komisja, ECLI:EU:T:1992:35; Komisja powołała się przy tym na motywy 310 i 311 wyroku, zgodnie z którymi „[...] dla potrzeb zastosowania art. 85 ust. 1 Traktatu EWG (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE) ustalenie cen docelowych stanowi bezpośrednie lub pośrednie ustalenie cen sprzedaży, tak jak zostało to wskazane przykładowo w lit. a tego przepisu, który zakazuje wszelkich porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorców i praktyk uzgodnionych, które mają antykonkurencyjny cel

Jak wyjaśniła Komisja, wprowadzicie dowody nie potwierdzały, że dystrybutorzy towarów dostarczanych przez Nathan przestrzegali ustaleń dotyczących maksymalnych cen odsprzedaży, jednak nie można było twierdzić, że nie stanowiły one elementu porozumienia, ani że nie mogły być wykorzystane przez Nathan celem harmonizacji rabatów.

3.5.2. Decyzje dotyczące porozumień na rynkach dystrybucji pojazdów samochodowych

Na uwagę zasługują dwie wydane w 2001 r. decyzje Komisji dotyczące ustalania cen odsprzedaży w dystrybucji samochodów. I tak w pierwszej z nich – w sprawie Volkswagen Komisja dokonała oceny działań tego producenta samochodów zmierzających do skłonienia współpracujących z nim dystrybutorów do stosowania rekomendowanych cen w związku z wejściem na rynek nowego modelu Volkswagena Passata¹³². Działania te obejmowały:

- ostrzeżenia przesyłane dystrybutorom w reakcji na reklamy prasowe zachęcające do zakupu samochodów po cenach niższych od rekomendowanych i wzywające do zaprzestania takich praktyk ze względu na to, że godzą one w interesy grupy Volkswagen, organizację dystrybucji jego wyrobów i renomę marki,
- okólniki rozsyłane do współpracujących z Volkswagenem dystrybutorów, wskazujące na przypadki sprzedaży samochodów poniżej ceny rekomendowanej i wzywające do zaprzestania takich praktyk, do utrzymywania dyscypliny cenowej oraz do raportowania wszelkich przejawów odstępstw od stosowania cen sugerowanych.

Jednocześnie materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wskazywał, że kwestia skłonienia dystrybutorów do stosowania cen rekomendowanych była wielokrotnie przedmiotem dyskusji na posiedzeniach zarządu i rady nadzorczej Volkswagen AG oraz na spotkaniach kierownictwa Volkswagen z organizacjami dystrybutorów Volkswagen i Audi.

Komisja w pierw odniosła się do klasyfikacji ocenianych zachowań jako praktyk wielostronnych. Uznała, że okólniki wzywające do zachowania dyscypliny cenowej w praktyce doprowadziły do tego, że dystrybutorzy zaczęli traktować rekomendacje cenowe jako wiążące ustalenia dotyczące konkretnego modelu samochodu. Komisja powołała się przy tym na orzeczenia TSUE w sprawach AEG i Ford v. Komisja, w których uznawał on, że przystąpienie do sieci dystrybucyjnej oznacza zaakceptowanie, wprost lub w sposób dorozumiany, polityki dystrybucyjnej producenta¹³³.

lub skutek. Celem art. 85 ust. 1, a w szczególności jego lit. a, jest zakazanie przedsiębiorstwu ograniczania normalnego kształtowania się cen na rynkach [...]”.

132 Decyzja Komisji z 29 czerwca 2001 r. w sprawie COMP/F-2/36.693 – Volkswagen, Dz. Urz. L, nr 262, z 2001 r., s. 14.

133 Wyroki w sprawach: 107/82, AEG v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:29, połączonych 25 i 26/84 Ford v. Komisja ECLI:EU:C:1985:340; zob. także wyroki w sprawach C-70/93, BMW v. ALD

Podobną rolę odegrały ostrzeżenia przesyłane dystrybutorom. Komisja powołała się także na wyrok Sądu UE w sprawie Volkswagen v. Komisja, w którym wskazał on, przywołując wcześniejsze orzeczenia w sprawach BMW i Volkswagen, że wezwania skierowane przez producenta do autoryzowanych dystrybutorów stanowią porozumienia, o ile tylko zmierzają do wywarcia wpływu na wykonywanie przez nich zobowiązań wynikających z umów dystrybucyjnych.

W związku z tym Komisja nie zgodziła się z argumentem Volkswagen, jakoby środki dyscyplinujące dystrybutorów nie stanowiły elementów porozumienia, a miały charakter jednostronny. Bez znaczenia przy tym była okoliczność, że umowy dystrybucyjne *expressis verbis* wskazywały, iż producent władny jest jedynie wydawać niewiążące rekomendacje cenowe. Komisja zwróciła bowiem uwagę, że umowy dystrybucyjne obejmowały także zobowiązania dystrybutorów do ochrony i promowania interesów Volkswagena, co oznaczało również działanie w zgodzie z wszelkimi instrukcjami służącymi realizacji postanowień umów. Na te postanowienia powoływał się zresztą Volkswagen w jednym z listów zawierających ostrzeżenia dla dystrybutora stosującego ceny niższe od sugerowanych.

Odnosząc się do oceny wpływu działań podjętych przez Volkswagen na konkurencję Komisja wskazała, że służyły one „utrzymaniu cen odsprzedaży, a tym samym ograniczeniu konkurencji wewnątrzmarkowej w odniesieniu do cen”¹³⁴. Stanowiło to naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE, przy czym bez znaczenia była okoliczność, że, jak na to wskazywał Volkswagen, kierowane przez niego ostrzeżenia i okólniki nie wywarły wpływu na zmianę polityki cenowej dystrybutorów. Komisja zwróciła bowiem uwagę, że na potrzeby stosowania tego przepisu wystarczające jest ustalenie, że celem tego rodzaju środka jest ograniczenie konkurencji. W związku z tym nie ma konieczności wykazywania jego rzeczywistych skutków rynkowych.

Środki te służyły bowiem „ustaleniu cen odsprzedaży i w związku z tym eliminacji istotnego parametru konkurencji, tj. zakresu, w jakim można udzielać obniżek cen”¹³⁵. Komisja powołała się jednocześnie na właściwy przepis rozporządzenia o wyłączeniu porozumień zawieranych w sektorze motoryzacyjnym spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, który uznawał RPM za czarną klauzulę¹³⁶. Komisja zauważyła także, że działania Volkswagena służyły zapewnieniu, by polityka cenowa dystrybutorów odbiegała znacząco od normalnych rynkowych zachowań. Dowodem na to był ogólnie niższy poziom opustów cenowych stosowanych przy sprzedaży Volkswagena Passata, aniżeli pozostałych modeli samochodów Volkswagena.

Autoleasing, ECLI:EU:C:1995:344 i T-62/98, Volkswagen v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:180, pkt 236.

134 Decyzja Komisji z 29 czerwca 2001 r. w sprawie COMP/F-2/36.693 – Volkswagen, Dz. Urz. L, nr 262, z 2001 r., s. 14, pkt 71.

135 *Ibidem*, pkt 76.

136 Artykuł 6 ust. 1 pkt 6 *Rozporządzenia Komisji (WE) nr 1475/95 z dnia 28 czerwca 1995 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 traktatu do niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji i serwisowania pojazdów silnikowych*, Dz. Urz. L, nr 145, z 1995 r., s. 25.

W dalszej kolejności Komisja uznała, że praktyki Volkswagena wpływały znacząco na handel między państwami członkowskimi, gdyż służyły ograniczeniu możliwości zaangażowania się niemieckich dystrybutorów Volkswagena w wewnątrzmarkową konkurencję z dystrybutorami z innych państw członkowskich. Stworzyły bowiem w sposób sztuczny strefę wysokich cen Volkswagena Passata w Niemczech¹³⁷.

Komisja wskazała także, że praktyki Volkswagena nie podlegają wyłączeniu indywidualnemu z art. 101 ust. 3 TFUE. Uznała bowiem, że RPM nie przyczynia się do poprawy produkcji lub dystrybucji towarów. W szczególności wskazała, że nie było dowodów jakoby praktyka ta służyła poprawie rentowności dystrybutorów oraz umożliwiała im osiągnięcie lub utrzymanie standardów usług zalecanych przez Volkswagen, co z kolei, jak wskazywał Volkswagen, przyczyniać się miało do utrzymania się na rynku dużej liczby dystrybutorów. Komisja podkreśliła także, że konsumenci nie odnieśli w wyniku praktyk korzyści, a przeciwnie, musieli płacić za samochody więcej, nie dostając nic namacalnego w zamian¹³⁸. Ostatecznie Komisja uznała naruszenie reguł konkurencji przez Volkswagen za poważne i nałożyła na niego karę w wysokości około 31 mln euro.

Decyzja ta została jednak uchylona wyrokiem Sądu UE¹³⁹, utrzymanym następnie orzeczeniem TSUE¹⁴⁰. Sąd UE uznał, że zachowanie Volkswagen miało cechy praktyki jednostronnej, a nie porozumienia ograniczającego konkurencję. Powołując się na utrwalone orzecznictwo wskazał on, że porozumienie „zasadza się na istnieniu zgodności oświadczeń woli co najmniej dwóch stron, których forma jest pozbawiona znaczenia, o ile stanowi ona wierne odzwierciedlenie woli stron”¹⁴¹. W związku z tym należy odróżnić pomiędzy sytuacjami, w których przedsiębiorstwo rzeczywiście podjęło jednostronne działania i takimi, w których jednostronny charakter działań jest pozorny, a odbywają się one za co najmniej milczącą zgodą drugiej strony.

Sąd UE uznał, że Komisja oparła się na błędnym założeniu jakoby „autoryzowani sprzedawcy, podpisując umowę dealerską, milcząco zaakceptowali politykę dystrybucyjną Volkswagena”¹⁴². Umowa ta była jednak zgodna z prawem konkurencji, a akceptacja jej postanowień przez dystrybutora nie jest równoznaczna z akceptacją jej późniejszych zmian, które prawo to naruszały, w tym tych wynikających z wezwań do stosowania ustalonych cen. Zdaniem Sądu Komisja błędnie uznała, że nie było potrzeby badania reakcji poszczególnych dystrybutorów na żądania stosowania określonych cen skierowane do nich przez Volkswagen. Zgodnie

137 Decyzja Komisji z 29 czerwca 2001 r. w sprawie COMP/F-2/36.693 – Volkswagen, Dz. Urz. L, nr 262, z 2001 r., s. 14, pkt 91.

138 *Ibidem*, pkt 96.

139 Wyrok w sprawie T-208/01, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:326.

140 Wyrok w sprawie C-74/04 P, Komisja v. Volkswagen AG, ECLI:EU:C:2006:460.

141 Wyrok w sprawie T-208/01, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:326, pkt 32 oraz cytowany przez Sąd UE wyrok w sprawie T-41/96, Bayer v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:242.

142 Wyrok w sprawie T-208/01, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:326, pkt 39.

bowiem z utrwalonym orzecznictwem, w celu stwierdzenia istnienia porozumienia konieczne jest przedstawienie dowodu uzgodnienia woli stron. „Powinno ono ponadto dotyczyć określonego zachowania, które musiało być znane stronom w momencie tego uzgodnienia”¹⁴³.

Od wyroku odwołała się Komisja, która podniosła, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, akceptacja polityki dystrybucyjnej dostawcy wynika z samego faktu przystąpienia do systemu dystrybucji selektywnej. Z kolei wezwanie skierowane do dystrybutora powinno być uznane za porozumienie, „jeżeli wpisuje się ono w całość trwających nieprzerwanie stosunków handlowych regulowanych wcześniej zawartym porozumieniem o charakterze ogólnym”¹⁴⁴.

Trybunał uznał jednak, że wykładnia przepisu art. 101 ust. 1 TFUE dokonana przez Komisję jest zbyt daleko idąca. Komisja nie jest zwolniona od przeprowadzenia dowodu na istnienie uzgodnienia woli pomiędzy stronami rzekomego porozumienia. W przeciwnym wypadku stanowiłoby to naruszenie zasady domniemania niewinności w następstwie przeniesienia ciężaru dowodu z Komisji na przedsiębiorstwo. Trybunał wskazał jednak, wbrew stanowisku Sądu UE, że niezgodne z prawem wezwania do stosowania określonych cen mogą nie być sprzeczne z legalnymi klauzulami zawartymi w umowach dystrybucyjnych. Klauzule te mogą mieć bowiem charakter neutralny, a nakreślone mogą być szeroko. Sąd powinien był zatem dokonać analizy treści tych klauzul z uwzględnieniem szerokiego kontekstu gospodarczego i prawnego umowy. Naruszenie, zgodnie z oceną Trybunału, nie wpłynęło jednak na rozstrzygnięcie. W związku z tym wyrok Sądu UE utrzymany został w mocy¹⁴⁵.

W kolejnej decyzji z roku 2001 Komisja dokonała oceny szeregu praktyk mających zapobiegać rozwojowi transgranicznej sprzedaży samochodów marki Mercedes¹⁴⁶. Obejmowały one, obok zakazu sprzedaży za granicę, środki służące ograniczeniu sprzedaży samochodów do instytucji leasingowych oraz ustalanie cen odsprzedaży samochodów przez belgijskich dystrybutorów Mercedesa. Ostatnia z tych praktyk polegała na ustaleniu przez kierownictwo belgijskiej spółki zależnej grupy Mercedes-Benz i stowarzyszenia belgijskich dystrybutorów samochodów tej marki, maksymalnego opustu cenowego w wysokości 3%. Strony ustaliły także wspólnie podczas spotkania zatrudnienie zewnętrznego podmiotu, który, za pośrednictwem tajemniczych klientów miał badać przestrzeganie poziomów cenowych przez dystrybutorów. Ustalono, że sankcją w przypadku przyznania przez dealera większego opustu cenowego, miało być zmniejszenie wolumenu dostar-

143 *Ibidem*, pkt 47 oraz cytowane w wyroku orzeczenia w sprawach połączonych 32/78 i od 36/78 do 82/78, *BMW Belgium i in. v. Komisja*, ECLI:EU:C:1979:191, w sprawie C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici v. Komisja*, ECLI:EU:C:1990:6, a także w sprawie T-41/96, *Bayer v. Komisja*, ECLI:EU:T:2000:242.

144 Wyrok w sprawie C-74/04 P, *Komisja v. Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2006:460, pkt 30.

145 *Ibidem*, pkt 54.

146 Decyzja Komisji z 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 – Mercedes Benz, Dz. Urz. L, nr 257, z 2002 r., s. 1.

czanych mu samochodów. Środki dyscyplinujące dystrybutorów zostały w kilku przypadkach zastosowane w praktyce.

Komisja uznała, że opisane wyżej praktyki miały na celu ograniczenie konkurencji cenowej w Belgii¹⁴⁷. Powołując się na orzecznictwo TSUE oraz na treść wytycznych dotyczących ograniczeń wertykalnych wskazała, że w takim przypadku nie ma potrzeby badania rzeczywistego wpływu porozumienia na konkurencję¹⁴⁸. Uznała jednak, że ustalanie cen to istotne ograniczenie konkurencji, zważywszy że ceny odsprzedaży stanowią jeden z decydujących czynników przy wyborze towaru przez ostatecznego nabywcę. Komisja zwróciła także uwagę na znaczenie Mercedesa dla rynków sprzedaży samochodów w Europie i na wpływ badanych praktyk na ograniczenie handlu równoległego pomiędzy państwami członkowskimi. Podobnie jak w sprawie Volkswagen Komisja uznała, że ustalenie cen odsprzedaży pozwoliło utrzymać ceny w Belgii na wysokim poziomie, co wpłynęło istotnie na handel transgraniczny. Odnosząc się do możliwości zastosowania wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień Komisja podkreśliła, że ustalanie cen odsprzedaży towarów w Belgii miało na celu ograniczenie konkurencji cenowej i poważnie zmniejszyło swobodę kontraktową agentów i dystrybutorów. Nie było przy tym oczywiste, że ograniczenia te były w stanie wpłynąć na poprawę dystrybucji towarów lub że konsumenci mieli otrzymać uczciwy udział w korzyściach wynikających z porozumień¹⁴⁹. W rezultacie producent Mercedesa – koncern Daimler-Chrysler AG ukarany został karą w wysokości około 72 mln euro.

3.5.3. Decyzja w sprawie Yamaha

W decyzji w sprawie Yamaha Komisja Europejska dokonała oceny szeregu porozumień dystrybucyjnych zawartych przez tego przedsiębiorcę na kilku europejskich rynkach sprzedaży instrumentów muzycznych¹⁵⁰. Porozumienia te obok licznych uzgodnień służących ograniczeniu eksportu obejmowały także ustalanie cen odsprzedaży towarów w państwach Beneluksu, Austrii i Włoszech. Umowy dystrybucyjne zawierane przez spółkę zależną Yamahy z dystrybutorami w państwach Beneluksu zawierały zobowiązanie do przestrzegania wydawanych przez Yamahę wewnętrznych wytycznych dla sklepów. Zgodnie z ich treścią dystrybutor zobowiązany był do prowadzenia sprzedaży wyrobów Yamahy tak za pośrednictwem sklepu, jak i poza nim, po cenach rekomendowanych ustalanych w cenniku dostarczonym przez Yamaha Music Benelux. Dodatkowo holenderska spółka

147 *Ibidem*, pkt 177.

148 Wyroki w sprawach: T-143/89, *Ferriere Nord v. Komisja*, ECLI:EU:T:1995:64, T-62/98, *Volkswagen v. Komisja*, ECLI:EU:T:2000:180, pkt 178, T-176/95 *Accinauto v. Komisja* ECLI:EU:T:1999:100, pkt 106; *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r.*, pkt 7.

149 Decyzja Komisji z 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 – Mercedes Benz, Dz. Urz. L, nr 257, z 2002 r., s. 1, pkt 218.

150 Decyzja Komisji z 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO – Yamaha, niepublikowana.

należąca do grupy kapitałowej Yamahy przesłała do dystrybutorów jej towarów okólnik, w którym zagroziła, że odmówi dostaw niektórych instrumentów tym dystrybutorom, którzy udzielą rabatów przekraczających 15% od ceny określonej w cenniku.

We Włoszech Yamaha przyjęła cennik zawierający ceny odsprzedaży instrumentów. Dystrybutorzy, zgodnie z treścią zawartych przez nich umów, zobowiązani byli do ich przestrzegania, z wyjątkiem sytuacji, w których Yamaha wyraziła zgodę na odstępstwo. Zakaz obejmował także publikowanie i ogłaszanie cen niższych aniżeli ustalone. Naruszenie tego zakazu skutkowało anulowaniem wszystkich rabatów należnych dystrybutorowi. Niektóre spośród umów dystrybucyjnych zezwalały dystrybutorom na swobodne ustalanie cen odsprzedaży, jednak nie wolno im było bez zgody dostawcy publikować materiałów promocyjnych zawierających ceny niższe od zawartych w cenniku. Inne zawierały klauzule zobowiązujące do stosowania cen odsprzedaży pod rygorem odstąpienia od umowy. W Austrii trzech dystrybutorów związanych było umowami dystrybucyjnymi zawierającymi klauzule wprost ustalające sztywne ceny odsprzedaży towarów.

Ocenę zgodności praktyk Yamahy z przepisem art. 101 ust. 1 TFUE Komisja rozpoczęła od konstatacji, że w sytuacji, w której dana praktyka ma antykonkurencyjny cel, nie trzeba oceniać rzeczywistego wpływu porozumienia na konkurencję. Odnosząc się do porozumień zawieranych przez Yamahę w państwach Beneluk-su, Komisja wskazała, że choć wytyczne dla sklepów wskazywały ceny rekomendowane, to jednak zawarte w nich postanowienie zobowiązujące do stosowania cen odsprzedaży było równoznaczne z zawarciem porozumienia cenowego. O poprawności takiej interpretacji świadczyły także okólniki zawierające groźbę cofnięcia rabatów dla podmiotów, które w materiałach promocyjnych publikowały zbyt niskie ceny. Jak podkreśliła Komisja, nawet jeżeli stosowanie rabatów od cen określonych w cenniku było możliwe, dystrybutor podlegał ograniczeniom co do możliwości skutecznego poinformowania o tym nabywcy. Ponadto Komisja zauważyła, że zawarty w okólniku zakaz stosowania rabatów poniżej 15% od ceny cennikowej oznaczał w praktyce ustalenie minimalnej ceny odsprzedaży na takim właśnie poziomie. Praktyki te wpływały na działalność dystrybutorów, którzy, gdyby nie one, ustaliliby ceny na innym poziomie.

Odnosząc się do ustalania cen odsprzedaży we Włoszech Komisja uznała, że część klauzul w umowach dystrybucyjnych wprost ograniczała swobodę dystrybutorów w ustalaniu cen odsprzedaży. Dotyczyło to zakazu publikowania i ogłaszania cen niższych niż zawarte w cenniku oraz klauzuli, zgodnie z którą warunki handlowe wynikające z umów dystrybucyjnych obowiązywały pod warunkiem przestrzegania ustaleń cenowych. Ponadto zakaz podawania przez dystrybutorów cen niższych aniżeli cennikowe uznany został przez Komisję za poważne ograniczenie swobody ustalania cen. Bez znaczenia była przy tym okoliczność, że w świetle badań rynkowych, dystrybutorzy rzekomo faktycznie dysponowali swobodą w ustalaniu ceny odsprzedaży. Podobnie za nieistotną Komisja uznała okoliczność, że umowy dystrybucyjne zawierały wprost klauzulę o możliwości

swobodnego stosowania cen odsprzedaży towarów. Komisja wskazała bowiem, że pozostałe działania firmy zmierzały do zamrożenia cen w okolicach poziomu ustalonego w cenniku. Przy tym, ze względu na fakt, że praktyki Yamahy były zakazane ze względu na ich antykonkurencyjny cel, nie było potrzeby szczegółowego wykazania ich wpływu na konkurencję na rynku. Okoliczność, że klauzula o RPM nie może być faktycznie egzekwowana, nie oznacza, że nie stanowi ona zakazanego porozumienia. Jak zdecydowała Komisja, klauzula tego rodzaju może bowiem skutkować wizualnie i psychologicznie¹⁵¹. Według Komisji potencjalne skutki dla konkurencji we Włoszech mogły być istotne ze względu na silną pozycję rynkową Yamahy na tym rynku.

Ocena praktyk dokonywanych na rynku austriackim, jako RPM zakazanego ze względu na cel, nie wzbudziła wątpliwości Komisji. Bezpośrednie ograniczenie możliwości ustalania cen odsprzedaży zawarte w umowach dystrybucyjnych miało na celu harmonizację cen i opustów cenowych pomiędzy poszczególnymi obszarami kraju. Komisja odrzuciła argumenty Yamahy jakoby klauzule te stanowiły w istocie rekomendacje cenowe, które miały na celu wspomoczenie trzech nieodświadczonych dystrybutorów w ich polityce handlowej.

Komisja wskazała także, że ograniczenie swobody dystrybutorów dotyczącej ustalania cen pozbawiło ich istotnych środków konkurowania. Jak podkreśliła

konkurencja cenowa pozwala utrzymać ceny na najniższym możliwym poziomie i sprzyja rozwojowi handlu towarami pomiędzy państwami członkowskimi, w ten sposób umożliwiając optymalną alokację zasobów, opartą na zdolnościach adaptacyjnych detalistów i przyznając korzyść konsumentom¹⁵².

Komisja podkreślając istotny wpływ porozumień na konkurencję i handel wewnątrzunijny wskazała na wysoki udział rynkowy Yamahy oraz na to, że praktyki te stanowiły najcięższe ograniczenia konkurencji.

Zwróciła także uwagę, że RPM może wywierać bezpośredni wpływ na handel między państwami członkowskimi poprzez wzmocnienie importu z innych państw członkowskich i osłabienie eksportu z państwa, w którym RPM zachodzi. „Porozumienia tego rodzaju są w stanie doprowadzić do segmentacji rynków w granicach państw członkowskich, wstrzymując w ten sposób wzajemne przenikanie się gospodarek, do czego doprowadzić mają przepisy Traktatu”¹⁵³.

Komisja w decyzji podkreśliła także, że porozumienia podlegające jej ocenie nie mogłyby zostać wyłączone spod zakazu na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE, ze względu na ich charakter. Jak wskazano w decyzji „ochrona terytorialna i ustalanie cen odsprzedaży należą do najcięższych ograniczeń i nie spełniają

151 Wyrok w sprawie 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH v. Komisja*, ECLI:EU:C:1978:19.

152 Decyzja Komisji z 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO – *Yamaha*, niepublikowana, pkt 151.

153 *Ibidem*, pkt 162.

kumulatywnych warunków artykułu 81 ust. 3 Traktatu¹⁵⁴. Komisja podkreśliła, że praktyki te uniemożliwiają konsumentom korzystanie z dobrodziejstw jednolitego rynku i korzystania z różnic cenowych pomiędzy państwami członkowskimi¹⁵⁵. W rezultacie na Yamahę nałożona została kara pieniężna w wysokości 2,56 mln euro.

3.5.4. Decyzja i wyrok w sprawie JCB

W decyzji w sprawie JCB Komisja dokonała oceny zgodności z regułami konkurencji obowiązujących w Wielkiej Brytanii i we Francji systemów dystrybucji maszyn budowlanych produkcji JCB i części zamiennych do nich¹⁵⁶. System ten obejmował, poza klauzulą o zakazie pasywnej sprzedaży i innymi środkami mającymi na celu utrudnienie eksportu części zamiennych, także RPM. Jak ustaliła Komisja, ceny i opusty cenowe stosowane przez autoryzowanych dystrybutorów JCB w odsprzedaży do dalszych dystrybutorów były przedmiotem dyskusji podczas spotkania członków sieci w Wielkiej Brytanii. Zgodnie z protokołem spotkania, wspólnym celem jego uczestników było zwiększenie marży brutto w zakresie sprzedaży pozostałych kategorii towarów.

W reakcji na te ustalenia JCB odniosło się negatywnie do proponowanej wysokości rabatów, jednak nie oponowało przeciwko przyjęciu koncepcji jednolitej ich wysokości. Podczas kolejnego spotkania brytyjskich oficjalnych dystrybutorów JCB, na którym obecni byli przedstawiciele dostawcy, przyjęto matrycę opustów w sprzedaży hurtowej do poszczególnych kategorii dystrybutorów oraz na poziomie sprzedaży detalicznej.

We Francji JCB ograniczało swobodę ustalania cen poprzez sporadyczne określanie detalicznych cen odsprzedaży w umowach z autoryzowanymi dystrybutorami. JCB stosowało upomnienia wobec dystrybutorów, którzy prowadzili sprzedaż po cenach nadmiernie niskich lub poniżej ustalonego punktu odniesienia. Dodatkowo producent umożliwiał zawarcie porozumień cenowych pomiędzy autoryzowanymi dystrybutorami oraz zawierał porozumienia cenowe z dystrybutorami w Wielkiej Brytanii, mające doprowadzić do ujednoczenia cen pomiędzy Francją i Wielką Brytanią.

Z tych przyczyn Komisja uznała, że praktyki stosowane w Wielkiej Brytanii spełniały znamiona porozumienia w znaczeniu art. 101 ust. 1 TFUE, a ustalenia wprowadzone we Francji miały cechy co najmniej praktyki uzgodnionej. Praktyki te uznane zostały przez Komisję za mające na celu ustalenie cen odsprzedaży i sztuczną harmonizację cen i opustów cenowych pomiędzy różnymi terytoriami.

154 *Ibidem*, pkt 175.

155 *Ibidem*, pkt 178.

156 Decyzja Komisji z 21 grudnia 2000 r. w sprawie COMP.F.1/35.918 – JCB, Dz. Urz. L, nr 69, z 2002 r., s. 1.

Ustalenia zawarte w Wielkiej Brytanii wpłynęły w oczywisty sposób na politykę handlową dystrybutorów¹⁵⁷.

Decyzja Komisji została zaskarżona przez JCB. Pośród licznych zarzutów, przedsiębiorstwo to wskazało na błędną ocenę dowodów zawarcia przez JCB porozumienia polegającego na ustalaniu cen odsprzedaży we Francji i w Wielkiej Brytanii. Zdaniem producenta nie ustalał on z autoryzowanymi dystrybutorami poziomów rabatów i cen odsprzedaży towarów, a dowody zebrane przez Komisję odzwierciedlały wyłącznie wysiłki JCB zmierzające do zwiększenia cen sprzedaży towarów JCB *ex-works*, tj. w relacji JCB – autoryzowani dystrybutorzy, co stanowiło normalną rynkową praktykę¹⁵⁸.

Jak wskazał Sąd UE, dowody potwierdzały, że umowy zawierane przez JCB z brytyjskimi dystrybutorami zawierały klauzule, na mocy których JCB uprawnione było do kalkulacji ceny sprzedaży *ex-works* w ten sposób, że od rekomendowanej ceny detalicznej odsprzedaży odejmowany był rabat naliczany odrębnie dla danego towaru i dystrybutora. Kolejne umowy dystrybucyjne utrzymały podobny mechanizm obliczania ceny sprzedaży towarów przez JCB na rzecz dystrybutorów.

Zdaniem Sądu, sprzedaż na rzecz francuskich dystrybutorów prowadzona była według podobnego modelu. Polegał on na kalkulacji ceny sprzedaży maszyn na rzecz dystrybutorów poprzez zastosowanie indywidualnych rabatów od publikowanych cenników zawierających rekomendowane maksymalne ceny detaliczne. Cena części zamiennych określana była na podstawie katalogu przekazanego dystrybutorom.

Jak wskazał Sąd UE, istnienie opisanych wyżej postanowień umownych, poprzez powiązanie cen sprzedaży z rekomendowanymi cenami detalicznymi, wywierało wpływ na ukształtowanie się poziomu tych ostatnich. Niemniej, jak zauważył Sąd UE, istnieje różnica pomiędzy określeniem poziomu cen rekomendowanych a ustaleniem cen detalicznych. Uprawnieniem dostawcy jest przy tym ustalenie ceny *ex-works*, po której sprzedaje on towar. Z tych przyczyn Sąd uznał, że postanowienia te nie stanowią wystarczającego dowodu na to, że ceny owe zostały pośrednio lub bezpośrednio ustalone.

Podobnie za niewystarczające dla ustalenia istnienia porozumienia o RPM uznane zostały przez Sąd UE dowody dotyczące spotkań odbywanych przez brytyjskich autoryzowanych dystrybutorów JCB. Protokoły tych spotkań, zdaniem Sądu, dowodziły jedynie, że JCB było zaniepokojone niskim poziomem cen detalicznych, co zapoczątkowało dyskusję i analizę tego zjawiska przez stowarzyszenie dystrybutorów JCB. Z pozostałych dowodów wynikał wniosek, że JCB działało na rzecz zwiększenia marży uzyskiwanej przez dystrybutorów ze sprzedaży części zamiennych. Dowody te potwierdzały, że dystrybutorzy dyskutowali na ten temat, do czego byli zachęceni przez JCB, a niewykluczone, że przez nie kierowani. Jednakże, jak zauważył Sąd, nie oznaczało to, że podlegali oni ścisłym regułom dotyczącym cen detalicznych.

157 *Ibidem*, pkt. 168–173.

158 Wyrok w sprawie T-67/01, *JCB Service v. Komisja*, ECLI:EU:T:2004:3.

Podobnie za niewystarczające uznane zostały dowody w postaci korespondencji pomiędzy JCB a jego francuskimi dystrybutorami. Zdaniem Sądu UE dokumentowały one jedynie zwykłe negocjacje handlowe, w których dystrybutorzy usiłowali uzyskać niższe stawki cen hurtowych, ze względu na niskie ceny detaliczne. Wprawdzie jeden z faksów wysłany przez francuską spółkę grupy JCB do spółki brytyjskiej wskazywał na koordynację cen części zamiennych, lecz tego rodzaju pojedyncza informacja potraktowana została przez Sąd UE jako niewystarczająca dla ustalenia, że JCB w sposób systematyczny narzucało ceny odsprzedaży. Dokumenty te wykazywały raczej, że dochodziło do częstych przypadków sprzedaży w cenach niższych aniżeli sugerowane i w następstwie tego do próśb dystrybutorów o obniżenie ceny hurtowej, do czego JCB nie było jednak zobowiązane.

Podsumowując, Sąd UE uznał, że praktyki JCB nie obejmowały ustalania cen odsprzedaży, a polegały wyłącznie na ustaleniu ceny sprzedaży *ex-works* oraz wprowadzeniu rekomendacji co do cen detalicznych. Nie było przy tym jakichkolwiek dowodów na to, że JCB wpływało na dystrybutorów, by zniechęcić ich do stosowania cen niższych aniżeli rekomendowane. To z kolei pozostaje w zgodzie z utrwalonym orzecznictwem sądowym. W szczególności z wyrokiem w sprawie *Pronuptia*, w którym Trybunał dozwolił na stosowanie rekomendacji cenowych¹⁵⁹ i w sprawie *Metro v. Komisja*, w którym uznał za zgodne z prawem zapewnienie odpowiedniej marży dystrybutorom¹⁶⁰.

Po wejściu w życie rozporządzenia Komisji nr 330/2010 sprawy dotyczące ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów nie gościły na wokandach sądów europejskich.

3.5.5. Decyzje w sprawie elektroniki użytkowej

W lipcu 2018 r. Komisja Europejska wydała cztery decyzje w sprawach pionowych porozumień cenowych zawieranych przez znaczących producentów elektroniki użytkowej: Philips¹⁶¹, Pioneer¹⁶², Asus¹⁶³ oraz Denon i Marantz¹⁶⁴. Były to pierwsze po 15 latach decyzje Komisji dotyczące ustalania cen odsprzedaży towarów. Podjęcie postępowania w tych sprawach było następstwem uzyskania przez Komisję informacji na temat ograniczających konkurencję praktyk tych przedsiębiorstw, w związku z wszczętym przez nią w 2015 r. badaniem sektorowym handlu elektronicznego¹⁶⁵.

159 Wyrok w sprawie 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41, pkt 25.

160 Wyrok w sprawie 75/84, *Metro v. Komisja*, ECLI:EU:C:1986:399, pkt 45.

161 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 Philips, niepublikowana.

162 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40465 Asus, niepublikowana.

163 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40469 Denon i Marantz, niepublikowana.

164 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 Pioneer, niepublikowana.

165 Więcej informacji na ten temat pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html#findings.

Przedsiębiorstwa te podejmowały różnego rodzaju działania zmierzające do kontrolowania cen detalicznych stosowanych przez współpracujących z nimi dystrybutorów. Philips monitorował używane przez dystrybutorów ceny odsprzedaży różnego rodzaju urządzeń elektronicznych. W przypadku decydowania się na ceny niższe, aniżeli założone, przedstawiciele Philipsa wzywali dystrybutorów do ich podniesienia, wywierali na nich w tym celu presję, a w przypadku dalszego oporu wdrażali środki odwetowe, m.in. w postaci odmowy sprzedaży¹⁶⁶.

Asus z kolei monitorował ceny laptopów i monitorów stosowane przez jego dystrybutorów w Niemczech i we Francji, dążąc do tego, by utrzymywały się one na poziomie cen rekomendowanych, których lista kolportowana była regularnie dystrybutorom¹⁶⁷. Podobnie jak w przypadku Philipsa, przedstawiciele firmy Asus kontaktowali się z dystrybutorami stosującymi ceny niższe od rekomendowanych, wzywając ich do zaprzestania takich praktyk. Wobec opornych podejmowano także środki dyscyplinujące, w tym groźby wycofania uprawnień do posługiwania się logo producenta lub wstrzymania sprzedaży. Asus wprowadził także specjalne programy dla najlepszych dystrybutorów, z którymi wiązały się szczególnie korzystne warunki współpracy. Przystąpienie do nich uwarunkowane było zgodą dystrybutora na stosowanie cen rekomendowanych¹⁶⁸.

Podobne praktyki wdrożyła spółka Denon i Marantz w odniesieniu do dystrybucji urządzeń audio-video marek Denon, Marantz i Boston Acoustic w Niemczech i Holandii. Spółki zależne Denon i Marantz w Holandii i w Niemczech monitorowały poziom cen odsprzedaży i uzgadniały z dystrybutorami, by ci podnosili ceny do wymaganego poziomu. Podobnie jak w przypadku porozumień zawartych pomiędzy Philips i Asus, w przypadku niestosowania uzgodnionych cen wykorzystywane były naciski na dystrybutorów, a także środki odwetowe, w tym wstrzymanie sprzedaży¹⁶⁹. Spółki Denon i Marantz stosowały różnorodne środki mające na celu utrzymanie określonego poziomu cen detalicznych. Między innymi informowały ustnie lub przesyłały listy o minimalnych cenach towarów, które miały być przez dystrybutorów przestrzegane lub uzgadniały ceny na konkretne towary indywidualnie drogą mailową bądź telefonicznie¹⁷⁰. Za wprowadzanie ustalonych cen dystrybutorzy uzyskiwali dodatkowe korzyści¹⁷¹.

Celem tych działań było utrzymanie cen detalicznych na określonym poziomie lub ich podwyższenie, między innymi w związku ze skargami otrzymanymi przez producenta od niektórych dystrybutorów na obniżanie cen detalicznych i zmniejszanie, co za tym idzie, otrzymywanej przez nich marży¹⁷².

166 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 Philips, niepublikowana, pkt. 25–32.

167 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40465 Asus, niepublikowana, pkt 25, 32 i 36.

168 *Ibidem*, pkt. 37–45.

169 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40469 Denon i Marantz, niepublikowana, pkt 28.

170 *Ibidem*, pkt 36 i 34, 42, 48, 64, 67.

171 *Ibidem*, pkt 52 i 53.

172 *Ibidem*, pkt 31.

Praktyki stosowane przez Pioneer miały z kolei na celu utrzymanie odpowiednio wysokich poziomów cen urządzeń audio-video w dwunastu państwach członkowskich EOG. Praktyki te obejmowały kontrolę cen detalicznych i zapobieganie sprzedaży transgranicznej. W tym celu spółki zależne Pioneer monitorowały przejawy sprzedaży poniżej cen wyznaczonych oraz handlu równoległego¹⁷³. Działania spółek grupy Pioneer podejmowane były zwykle na prośbę tradycyjnych dystrybutorów reagujących na stosowanie niskich cen przez dystrybutorów internetowych, w tym pochodzących z innego wyznaczonego terytorium. Część działań jednak podejmowana była z inicjatywy producenta, który w ten sposób chciał przeciwdziałać obniżaniu cen i skargom dystrybutorów.

Działania mające na celu utrzymywanie cen odsprzedaży na określonym poziomie obejmowały między innymi: cykliczne sporządzanie i przesyłanie dystrybutorom cenników zawierających ceny minimalne oraz interwencje drogą telefoniczną i mailową. Te ostatnie dotyczyły także dostosowania poziomu cen stosowanych na rynku innego państwa członkowskiego do poziomu ustalonego dla tego rynku¹⁷⁴. Wobec dystrybutorów wykorzystywano presję i groźby, m.in.: zaprzestania finansowania kampanii reklamowych i wstrzymania realizacji dodatkowych zamówień¹⁷⁵. Dystrybutorom stosującym niskie ceny detaliczne obniżano rabaty na hurtowy zakup towarów¹⁷⁶.

Ograniczenia sprzedaży transgranicznej polegały na zawarciu przez Pioneer z dystrybutorami porozumień, na mocy których mieli oni respektować poziomy cen panujący na rynkach zagranicznych albo powstrzymać się od sprzedaży towarów za granicą. Dzięki monitorowaniu numerów seryjnych urządzeń sprzedawanych na danym rynku możliwe było zidentyfikowanie dystrybutorów, którzy uchybiali tym warunkom. Wywierano wobec nich presję na zaprzestanie praktyk, a gdy to nie skutkowało, umieszczano ich na „czarnej liście”. Dystrybutorom figurującym na niej sprzedawano towary drożej, a ostatecznie wstrzymywano sprzedaż¹⁷⁷.

Ocena prawna porozumień zawarta w każdej z omawianych decyzji była bliźniacza. Komisja wskazała wprawdzie, że ustalenia pomiędzy każdym z producentów a dystrybutorami ich towarów stanowiły porozumienia albo praktyki uzgodnione w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE. Strony wyraziły bowiem wspólny zamiar zachowań rynkowych zmierzających do ograniczenia konkurencji cenowej, a w przypadku Pioneer i dystrybutorów jego towarów, dodatkowo, ograniczenia sprzedaży równoległej. Komisja uznała, że podlegające ocenie porozumienia miały charakter pojedynczych i ciągłych naruszeń.

Odnosząc się do wpływu ocenianych porozumień na konkurencję Komisja podkreśliła, że „niektóre rodzaje koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami

173 Decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 Pioneer, niepublikowana, pkt 28.

174 *Ibidem*, pkt 63.

175 *Ibidem*, pkt 72.

176 *Ibidem*, pkt 74.

177 *Ibidem*, pkt 99 i 102.

przejawiają wystarczający poziom szkody dla konkurencji, że nie ma potrzeby badać ich skutków”. W związku z tym, „mogą być uznane ze względu na ich charakter za szkodliwe dla normalnego funkcjonowania konkurencji¹⁷⁸. Dotyczy to w szczególności ustalania cen odsprzedaży,

które może być uznane za wywierające tak negatywne skutki, w szczególności w odniesieniu do ceny, ilości i jakości towarów lub usług na rynku, że wykazywanie jego rzeczywistych skutków rynkowych można uznać za zbędne dla potrzeb stosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

We wszystkich omawianych sprawach Komisja uznała, że porozumienia, ze względu na sam ich charakter, naruszały art. 101 ust. 1 TFUE. Producenci ograniczali bowiem możliwość niezależnego ustalania przez dystrybutorów cen odsprzedaży towarów¹⁷⁹.

Komisja nie miała wątpliwości, że oceniane przez nią praktyki naruszały handel między państwami członkowskimi, na co wskazywał między innymi transgraniczny zasięg sprzedaży towarów poszczególnych producentów.

We wszystkich omawianych decyzjach Komisja sprzeciwiła się możliwości zastosowania wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE. Przypomniała wprawdzie, że wyłączenie blokowe porozumień wertykalnych nie jest stosowane w odniesieniu do ustalania cen odsprzedaży towarów. Następnie podkreśliła, że podlegające ocenie porozumienia nie spełniały przesłanek wyłączenia indywidualnego. W decyzjach w sprawie Asus oraz Denon i Marantz Komisja wskazała, że brak było wskazówek, by uznać, iż zachowanie każdego z producentów było niezbędnym w celu skłonienia dystrybutorów do podjęcia inwestycji w niektóre działania promocyjne lub usługi posprzedażowe bądź do usunięcia skutków „jazdy na gapi” w układzie pomiędzy tradycyjnym i internetowym kanałem dystrybucji¹⁸⁰. W pozostałych decyzjach Komisja zwróciła uwagę wyłącznie na brak dowodów zapobieżenia skutkom wykorzystywania tradycyjnego kanału dystrybucji przez dystrybucję internetową¹⁸¹.

178 Decyzje Komisji: z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 Philips, niepublikowana, pkt 60; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40465 Asus, niepublikowana, pkt 106; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40469 Denon i Marantz, niepublikowana, pkt 91; decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 Pioneer, niepublikowana, pkt 151 oraz cytowane tam orzecznictwo w sprawach: C-67/13 P, CB v. Komisja, EU:C:2014:2204, pkt 50, C-286/13 P, Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe v. Komisja, EU:C:2015:184, pkt 114, 243/83, Binon v. AMP, EU:C:1985:284, pkt 44, 311/85, VVR v. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, EU:C:1987:418, pkt 17 i 27/87, SPRL Louis Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne SC, EU:C:1988:183, pkt 15.

179 Decyzje Komisji: z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 Philips, niepublikowana, pkt. 63–64; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40465 Asus, niepublikowana, pkt. 108–109; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40469 Denon i Marantz, niepublikowana, pkt. 93–94; decyzja Komisji z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 Pioneer, niepublikowana, pkt. 153–154.

180 Decyzje Komisji: z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40465 Asus, niepublikowana, pkt 117; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40469 Denon i Marantz, niepublikowana, pkt 103.

181 Decyzje Komisji: z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 Philips, niepublikowana, pkt 73; z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 Pioneer, niepublikowana, pkt 165.

Komisja uznała podlegające porozumienia za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE, a na producentów nałożyła kary pieniężne w wysokości 63 522 000 euro (Asus), 7 719 000 euro (Denon & Marantz), 29 828 000 euro (Philips) i 10 173 000 (Pioneer). Kary te uwzględniały redukcję udzieloną ze względu na współpracę z Komisją – o 50% w przypadku Pioneer lub o 40% w przypadku pozostałych producentów.

3.5.6. Decyzja w sprawie Guess

W grudniu 2018 r. Komisja wydała decyzję w sprawie praktyk stosowanych w obrębie systemu selektywnej dystrybucji ustanowionego przez producenta odzieży Guess¹⁸². Dystrybutorzy należący do systemu podlegali licznym ograniczeniom w odniesieniu do prowadzenia dystrybucji, w tym nie mieli prawa: używać marek i znaków towarowych Guess do celów reklamy związanej z wyszukiwaniem w Internecie, prowadzić sprzedaży w Internecie bez uprzedniej zgody Guess, sprzedawania użytkownikom końcowym zlokalizowanym poza wyznaczonym terytorium, sprzedawać towaru pozostałym uczestnikom systemu oraz samodzielnie ustalać cen odsprzedaży.

Klauzula o ustaleniu ceny odsprzedaży stanowiła element ogólnych warunków umów zawieranych z dystrybutorami Guess na terenie 27 państw członkowskich UE z wyłączeniem Francji, Hiszpanii, Portugalii i Włoch. Na jej mocy Guess określać miało minimalne ceny sprzedaży detalicznej w cennikach dostarczanych do dystrybutorów. Ci z kolei zobowiązywali się do sprzedaży po cenach cennikowych pod rygorem zaprzestania sprzedaży i odszkodowania. Obowiązanie tej klauzuli motywowane było koniecznością zachowania „jednolitego wizerunku marki”¹⁸³. Guess monitorowało sprzedaż prowadzoną przez dystrybutorów i interweniowało w przypadku odchyień od stosowania ustalonych cen. Jednym z celów takiej polityki cenowej było utrzymanie różnic w cenie pomiędzy państwami Europy Zachodniej i Wschodniej, w której ceny miały być wyższe o 5–10%¹⁸⁴.

Komisja uznała wpraw, że

narzucenie dystrybutorom minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów i w ten sposób ograniczenie im możliwości niezależnego ustalania cen, ogranicza konkurencję ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE¹⁸⁵.

182 Decyzja Komisji z 17 grudnia 2018 r. w sprawie AT.40428 Guess, niepublikowana.

183 *Ibidem*, pkt 84.

184 *Ibidem*, pkt 88.

185 *Ibidem*, pkt 136 oraz cytowane przez Komisję wyroki w sprawach: T-62/98, Volkswagen v. Komisja, EU:T:2000:180, pkt 179; C-306/96, Javico International i Javico AG v. Yves Saint Laurent Parfums SA, EU:C:1998:173, pkt. 13–14; C-86/82, Hasselblad v. Komisja, EU:C:1984:65, pkt 46 i C-70/93, Bayerische Motorenwerke AG v. ALD, EU:C:1995:344, pkt 19 i 21.

W przypadku porozumień tego rodzaju, które towarzyszą

systemowi selektywnej dystrybucji, który z samej swojej natury ogranicza konkurencję cenową, narzucenie sztywnych lub minimalnych cen sprzedaży wykracza poza wymogi takiego systemu dystrybucji¹⁸⁶.

W związku z tym Komisja uznała porozumienia zawierane przez Guess za zakazane ze względu na cel.

Komisja uznała, że nie ma podstaw do zastosowania względem tych porozumień wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE, albowiem nic nie wskazuje, by zachowanie Guess przyczyniało się do poprawy produkcji lub dystrybucji jego towarów bądź do postępu technicznego lub gospodarczego, pozostawiając istotną część korzyści konsumentom. Jednocześnie nic nie wskazywało na to, by zachowanie to było niezbędne celem zwalczania efektu gapowicza lub ochrony wizerunku marki Guess¹⁸⁷.

Komisja uznała praktyki Guess za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE i nałożyła na to przedsiębiorstwo karę finansową w wysokości 39 821 000 euro. Kara ta uwzględniała 50% redukcję za współpracę z Komisją.

3.6. Orzecznictwo w sprawach rekomendacji cenowych i ustalania maksymalnych cen odsprzedaży

Dopuszczalność stosowania niewiążących rekomendacji cenowych potwierdził TSUE w wydanym w 1986 r. orzeczeniu *Pronuptia de Paris v. Irmgard Schillgallis*¹⁸⁸. Dotyczył on odpowiedzi na kilka pytań prejudycjalnych jednego z niemieckich sądów dotyczących zgodności z prawem konkurencji systemu dystrybucji franchisingowej sukien ślubnych w Niemczech. Odnosiły się one w szczególności do samej możliwości stosowania europejskich reguł konkurencji względem systemów dystrybucji franchisingowej.

System podlegający ocenie Trybunału obejmował między innymi zobowiązanie franchisobiorcy do „traktowania cen sugerowanych przez franchisodawcę jako rekomendowanych cen detalicznych, bez naruszenia jego swobody w ustalaniu tych cen”¹⁸⁹. TSUE podkreślił wprawdzie, że zgodność z prawem konkurencji porozumień

186 Decyzja Komisji z 17 grudnia 2018 r. w sprawie AT.40428 Guess, niepublikowana, pkt 136.

187 *Ibidem*, pkt 164.

188 Wyrok w sprawie 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

189 *Ibidem*, pkt 6.

o dystrybucji franchisingowej zależy od ich treści i ekonomicznego kontekstu. Postanowienia umów franchisingowych, które są „rzeczywiście niezbędne, by zapewnić, że know-how i wsparcie zapewnione przez franchisodawcę nie zostanie wykorzystane przez konkurentów nie stanowi ograniczenia konkurencji”¹⁹⁰. Trybunał wskazał jednak, że

fakt dokonywania przez franchisodawcę rekomendacji cenowych franchisobiorcy nie stanowi ograniczenia konkurencji, w zakresie w którym nie jest ono praktyką uzgodnioną, dokonywaną w układzie pomiędzy franchisodawcą a franchisobiorcami lub pomiędzy franchisobiorcami, a polegającą na rzeczywistym ustaleniu tych cen¹⁹¹.

Trybunał wziął przy tym częściowo pod uwagę opinię rzecznika generalnego VerLorena van Themaata, który dokonał zwięzłej analizy orzecznictwa państw członkowskich w przedmiocie ustalania cen odsprzedaży oraz stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję względem systemów dystrybucji franchisingowej¹⁹². Rozważania te zostały uzupełnione przez analizę prawa amerykańskiego w przedmiocie dopuszczalności porozumień pionowych¹⁹³. Odnosząc się do oceny zgodności RPM z prawem konkurencji rzecznik generalny przedstawił pogląd odmienny nie tylko od linii orzeczniczej TSUE, lecz także od podejścia reprezentowanego na gruncie judykatury sądów niemieckich i amerykańskich. Jego zdaniem zakaz RPM powinien dotyczyć tylko tych sytuacji, w których praktyka ta stosowana jest pomiędzy stronami posiadającymi siłę ekonomiczną na danych rynkach lokalnych lub wówczas, gdy praktyka ta stosowana jest równolegle przez konkurentów. Odnosząc się do oceny umów franchisingowych zawieranych przez Pronuptia wskazał, że zastosowanie art. 101 ust. 1 Traktatu względem tego rodzaju umów, w których możliwość wywierania wpływu na cenę wynika z postanowień licencyjnych, powinno być uwarunkowane posiadaniem przez franchisodawcę statusu lidera cenowego w danym państwie członkowskim lub siły rynkowej na znacznej części lokalnych rynków w innym państwie członkowskim¹⁹⁴. Trybunał nie odniósł się jednak do tego poglądu rzecznika generalnego.

Stanowisko o dopuszczalności rekomendacji cenowych reprezentowała także Komisja co najmniej od połowy lat osiemdziesiątych XX w. W postępowaniu w sprawie porozumień zawieranych przez włoskich producentów okularów, Komisja w pierw zakwestionowała klauzule w umowach dystrybucyjnych, dotyczące ustalania cen odsprzedaży. Następnie zaakceptowała deklaracje stron zmiany tych

¹⁹⁰ *Ibidem*, pkt 27.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² Opinia Rzecznika Generalnego Pietera verLorena van Themaata w sprawie 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1985:261.

¹⁹³ *Notabene* rzecznik generalny VerLoren van Themaat powołał się szeroko na wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 23 czerwca 1977 r. w sprawie Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

¹⁹⁴ Opinia Rzecznika Generalnego Pietera verLorena van Themaata w sprawie 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1985:261, s. 369.

klauzul na niewiążące rekomendacje cenowe, uznając, że pozwoli to optykom na „swobodne decydowanie o stosowanych cenach sprzedaży”¹⁹⁵.

Analogiczne podejście zaprezentowała Komisja w kilku innych decyzjach wydanych w tym okresie. Dozwalała ona na stosowanie klauzul uprawniających dostawcę do udzielania dystrybutorowi niewiążących rekomendacji cenowych w ramach systemów dystrybucji franchisingowej¹⁹⁶ oraz selektywnej¹⁹⁷.

Komisja wprost dopuściła także możliwość stosowania rekomendacji cenowych w sektorze motoryzacyjnym, choć pod pewnymi warunkami. W wydanych w 1985 r. wytycznych Komisji dotyczących rozporządzenia o wyłączeniu blokowym porozumień w sektorze motoryzacyjnym uznała ona za zgodne z przepisami traktatu na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE, ustalenie rekomendacji cenowych na odmiennych poziomach w różnych państwach członkowskich¹⁹⁸. Komisja określiła jednak maksymalne poziomy różnic cenowych, które, co do zasady, zobowiązani byli stosować dostawcy. Jeżeli natomiast, w danym państwie członkowskim, upublicznione zostały ceny netto pojazdów samochodowych bez wskazywania poziomów rabatów, miały one pełnić funkcję rekomendacji cenowych.

Stosowanie rekomendacji cenowych zostało wskazane wprost jako dozwolone przez inne rozporządzenie o wyłączeniu blokowym drugiej generacji. I tak w art. 5 lit. e *Rozporządzenia Komisji 4087/88 w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień franchisingowych*¹⁹⁹, Komisja wskazała, że pośrednie lub bezpośrednie ustalenie cen odsprzedaży towarów objętych umową franchisingową nie jest przedmiotem wyłączenia blokowego, z zastrzeżeniem możliwości rekomendowania przez franchisodawcę cen sprzedaży.

Stosowanie rekomendacji cenowych, podobnie zresztą jak i ustalanie cen maksymalnych przez dostawcę, o czym już była mowa, nie było natomiast objęte wyłączeniami blokowymi dotyczącymi porozumień o wyłączności zakupu i wyłączności sprzedaży zawartymi w rozporządzeniach drugiej generacji²⁰⁰. W wyrokach

195 *XV Raport o polityce konkurencji z 1985 r.*, pkt 66.

196 Por. decyzje Komisji: z 17 grudnia 1986 r. w sprawie IV/30937 – Pronuptia, Dz. Urz. L, nr 13, z 1987 r., s. 39, pkt 12; z 13 lipca 1987 r. w sprawie IV/32.034 – Computerland, Dz. Urz. L, nr 222, z 1987 r., s. 12, pkt 8; z 17 grudnia 1986 r. w sprawach IV/31.428 – 31.432 – Yves Rocher, Dz. Urz. L, nr 8, z 1987 r., s. 49, pkt 30; z 14 listopada 1988 r. w sprawie IV/32.358 – ServiceMaster, Dz. Urz. L, nr 332, z 1988 r., s. 38, pkt. 20–21.

197 Decyzja Komisji z 16 grudnia 1985 r. w sprawie IV/30.665 – Villeroy i Boch, Dz. Urz. L, nr 376, z 1985 r., s. 15, pkt 7 i 30.

198 *Obwieszczenie Komisji dotyczące Rozporządzenia nr 123/85 z 12 grudnia 1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu względem niektórych kategorii porozumień dotyczących dystrybucji pojazdów samochodowych i usług serwisowych*, Dz. Urz. C, nr 17, z 1985 r., s. 11.

199 *Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 4087/88 z 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do niektórych kategorii porozumień franchisingowych...*, s. 46.

200 *Rozporządzenie Komisji nr 1983/83 z 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłącznej dystrybucji...*, s. 1; *Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłączności zakupu...*, s. 5.

w sprawie CEPSA²⁰¹ i Pedro IV²⁰², poza potwierdzeniem takiej wykładni przepisów wspomnianych rozporządzeń Trybunał określił kryteria rozróżnienia pomiędzy rekomendacjami cenowymi oraz RPM, a także wskazał na sądy krajowe jako na właściwe w sprawach klasyfikacji charakteru pionowych porozumień cenowych.

W wyroku w sprawie CEPSA Trybunał Sprawiedliwości UE odpowiedział na pytania prejudycjalne hiszpańskiego sądu dotyczące zgodności z prawem konkurencji szeregu porozumień dystrybucyjnych zawartych pomiędzy hiszpańskim dostawcą paliw CEPSA a spółką Tobar prowadzącą stacje benzynowe sieci CEPSA w Hiszpanii²⁰³. Obejmowały one: wyłączność sprzedaży, zakaz konkutowania ustanowiony na okres dziesięciu lat oraz prawo do ustalania cen odsprzedaży paliw przez CEPSA. Trybunał zbadał zgodność porozumień z obowiązującym w momencie ich zawarcia rozporządzeniem o wyłączeniu blokowym zobowiązań wyłącznego zakupu spod zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE²⁰⁴.

Trybunał wpieryw przypomniał, powołując się na wyrok w sprawie CEEES²⁰⁵, że zobowiązania nałożone na pośrednika w ramach sprzedaży towarów osobom trzecim na rachunek zleceniodawcy, w tym ustalanie detalicznych cen sprzedaży, nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE²⁰⁶. W dalszej kolejności TSUE wskazał wyraźnie, że wyłączenie blokowe zawarte w rozporządzeniu nr 1984/83 nie znajduje zastosowania względem tych porozumień, które zawierają klauzulę o ustaleniu ceny odsprzedaży²⁰⁷. W odniesieniu do klauzul objętych reżimem rozporządzenia 2790/1999, Trybunał wskazał, że zadaniem sądu krajowego jest weryfikacja, czy „ustalona maksymalna cena sprzedaży nie jest w rzeczywistości ceną stałą lub minimalną, biorąc przy tym pod uwagę całokształt zobowiązań umownych oraz zachowanie stron zawisłego przed sądem krajowym sporu”²⁰⁸. Powinien on zatem sprawdzić, czy swoboda decyzyjna, którą dysponował dystrybutor, odpowiada „rzeczywistej możliwości obniżania ceny, biorąc przy tym pod uwagę całokształt wywieranych w kontekście prawnym i ekonomicznym sprawy rzeczywistych skutków zawartych w spornej umowie klauzul”²⁰⁹. Sąd krajowy powinien

201 Wyrok w sprawie C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485.

202 Wyrok w sprawie C-280/07, Pedro IV Servicios SL v Total España SA, ECLI:EU:C:2009:215.

203 Wyrok w sprawie C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485.

204 *Rozporządzenie Komisji nr 1984/83 z 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłączności zakupu...*, s. 5.

205 Wyrok w sprawie C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) v. Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784.

206 Wyrok w sprawie C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 41.

207 *Ibidem*, pkt 64 i 65.

208 *Ibidem*, pkt 70.

209 *Ibidem*, pkt 71.

w szczególności sprawdzić, czy taka detaliczna cena sprzedaży nie jest w rzeczywistości ustalana za pomocą środków pośrednich lub ukrytych, takich jak ustalanie wysokości marży podmiotu prowadzącego stację benzynową, groźby, zastraszanie, ostrzeżenia, kary lub zachęty²¹⁰.

Jeżeli dostawca był rzeczywiście zobowiązany do stosowania narzuconej stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży, porozumienie nie podlega wyłączeniu na podstawie przepisów rozporządzenia nr 2790/1999. W przeciwnym wypadku porozumienie takie podlegałoby wyłączeniu blokowemu objętemu tym rozporządzeniem, co nie oznaczałoby jednak możliwości zastosowania względem niego retroaktywnie wyłączenia z rozporządzenia nr 1984/83.

Analogiczne stanowisko zajął Trybunał w wyroku w sprawie Pedro IV, w którym dokonał analizy zbliżonego stanu faktycznego²¹¹. Przedmiotem jego oceny były tym razem klauzule zawarte w umowach dystrybucyjnych pomiędzy dostawcą paliw Total a spółką prowadzącą stacje benzynowe tej marki w okolicach Barcelony. Podobnie jak w przypadku umów zawieranych przez CEPSA, klauzule te ustanawiały wyłączność zakupów i zakaz konkurencji. Nie obejmowały one jednak uprawnienia do ustalania cen odsprzedaży, a jedynie zobowiązanie Total do przekazywania dystrybutorowi zaleceń cenowych.

Jak podkreślił Trybunał, w przypadku wskazania rekomendacji cenowych, bez znaczenia pozostaje sposób obliczania zaliczanej ceny detalicznej, a jedynie to, czy „odsprzedawcy pozostawiono swobodę w zakresie ustalenia ceny. Swoboda ta nie istniałaby natomiast, gdyby dostawca narzucił odsprzedawcy sztywną marżę dystrybucyjną, którą ten ostatni byłby zmuszony stosować²¹². Ocena, czy swoboda taka była zapewniona stanowiła, według TSUE, domenę sądu krajowego.

Stosowanie rekomendacji cenowych, podobnie zresztą jak i ustalanie maksymalnych cen odsprzedaży towarów, wprost wskazane zostało jako objęte wyłączeniem blokowym porozumień wertykalnych trzeciej generacji²¹³. Jednak, biorąc pod uwagę treść cytowanych wyżej wyroków TSUE, należałoby uznać, że stosowanie rekomendacji cenowych, które nie prowadzi do ograniczenia swobody dystrybutora w ustalaniu cen, nie stanowi porozumienia objętego choćby *prima facie* zakresem art. 101 ust. 1 TFUE.

Poza lakonicznym odniesieniem zawartym w wyrokach w sprawach CEPSA i Pedro IV Trybunał Sprawiedliwości nigdy nie wypowiedział się na temat dopuszczalności ceny maksymalnej. Czyniła to natomiast Komisja Europejska zarówno w decyzjach, w których klauzule o ustaleniu ceny maksymalnej towarzyszyły systemowi dystrybucji franchisingowej²¹⁴, jak i w kontekście systemów wyłącznej dystrybucji²¹⁵.

210 *Ibidem*.

211 Wyrok w sprawie C-280/07, Pedro IV Servicios SL v Total España SA, ECLI:EU:C:2009:215.

212 *Ibidem*, pkt 78.

213 Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. L, nr 336, z 1999 r., s. 21.

214 Decyzja Komisji z 17 grudnia 1986 r. w sprawie IV/30937 – Pronuptia, Dz. Urz. L, nr 13, z 1987 r., s. 39, pkt 12.

215 Decyzja Komisji z 5 lipca 2000 r. w sprawie COMP.F.1/36.516 – Nathan/Bricolux, Dz. Urz. L, nr 54, z 2001 r., s. 1.

3.7. Europejskie reguły konkurencji a klauzule najwyższego uprzywilejowania

Rozwój e-handlu, a wraz z nim internetowych platform zakupowych, doprowadził do zwiększenia intensywności stosowania w obrocie gospodarczym klauzul najwyższego uprzywilejowania (*most favorable nation clauses* lub *MFN clauses*). W uproszczonym ujęciu pojęcie to obejmuje wszelkiego rodzaju uzgodnienia pomiędzy dostawcą i dystrybutorem, w wyniku których ten ostatni uzyskuje gwarancję, że cena, po której nabywa on towar, jest co najmniej tak samo niska, jak ta oferowana innym dystrybutorom²¹⁶. Porozumienia tego rodzaju mogą przybrać dwojaką formę. Pierwszą z nich jest tzw. wąska klauzula najwyższego uprzywilejowania, na mocy której dostawca zobowiązuje się nie oferować na własnej stronie internetowej towarów lub usług po cenie niższej aniżeli zaoferowana dystrybutorowi. Z kolei na mocy szerokiej klauzuli dostawca zobowiązuje się sprzedawać dystrybutorowi towary lub usługi po cenie nie wyższej aniżeli ta, która oferowana jest przez niego w innych kanałach dystrybucji, tj. za pośrednictwem własnych witryn i innych platform internetowych.

Klauzule typu MFN nie odpowiadają zatem znamionom ustalania cen odsprzedaży towarów. W ich rezultacie nie dochodzi bowiem do określenia, po jakiej cenie towar sprzedawca ma nabywca, tj. dystrybutor, a po jakiej towar sprzedawany jest przez dostawcę samodzielnie lub konkurentom dystrybutora. Niemniej uzgodnienia tego rodzaju stanowią niewątpliwie pionowe porozumienia cenowe, a ich skutki rynkowe mogą być podobne do RPM²¹⁷. Dotyczy to w szczególności podobieństwa skutków szerokiej klauzuli MFN do sposobu oddziaływania wiązki porozumień o ustaleniu, na tym samym poziomie, cen odsprzedaży towarów w relacjach z wieloma dystrybutorami. W obu tych przypadkach dochodzi bowiem do osłabienia lub wyeliminowania konkurencji wewnątrzmarkowej²¹⁸. Sposób, w jaki prawo konkurencji powinno odnosić się do klauzul najwyższego uprzywilejowania, jest przedmiotem kontrowersji w obrębie jego doktryny. Postępowania w sprawach tego rodzaju praktyk prowadzone były przez wiele organów konkurencji na świecie, które stosowały względem nich zróżnicowane podejście²¹⁹. Komisja

216 Por. noty prasowe Komisji nr IP/11/257 i IP/05/710.

217 Więcej na temat możliwych skutków MFN w porównaniu ze skutkami ustalania cen odsprzedaży towarów w: A. Fletcher i M. Hviid, *Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM „At Its Worst”?*, „Antitrust Law Journal” 2016, vol. 81, s. 65.

218 *Ibidem*, s. 70 i 95–98.

219 Por. m.in. postępowanie wszczęte w październiku 2012 r. przez brytyjski OFT w sprawie klauzul typu MFN stosowanych przez Amazon (sprawa CE/9692/12). Postępowanie to zakończyło się przyjęciem przez Amazon zobowiązania do zaprzestania stosowania klauzul i umorzeniem postępowania w listopadzie 2013 r. (por.: <https://www.gov.uk/cma-cases/amazon-online-retailer-investigation-into-anti-competitive-practices>); postępowanie prowadzone przez niemiecki Bundeskartellamt w sprawie analogicznych praktyk stosowanych przez Amazon na rynku niemieckim, zakończone wydaniem decyzji zobowiązaniowej w listopadzie 2013 r. Jak wskazał Bundeskartellamt w streszczeniu decyzji, porozumienie o ustaleniu parytetu cenowego stanowi horyzontalne porozumienie cenowe, w związku z tym powinno

Europejska, jak do tej pory, nie miała okazji do zajęcia pełnego i jednoznacznego stanowiska w przedmiocie dopuszczalności klauzul typu MFN. W *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. Komisja odniosła się do klauzuli najbardziej uprzywilejowanego klienta wyłącznie w kontekście działań towarzyszących RPM. Wskazała w nich, że

bezpośrednie lub pośrednie ustalanie cen może być skuteczniejsze w połączeniu ze środkami zmniejszającymi bodźce nabywcy do obniżania ceny odsprzedaży, takimi jak drukowanie przez dostawcę zalecaney ceny odsprzedaży na produkcie lub zobowiązania nabywcy przez dostawcę do stosowania klauzuli najbardziej uprzywilejowanego klienta²²⁰.

Klauzula typu MFN była przedmiotem oceny Komisji Europejskiej w postępowaniu w sprawie porozumień zawieranych przez Apple na rynku e-książek. W sprawie analogicznych porozumień prowadzone było także postępowanie przed amerykańskimi sądami federalnymi²²¹. Postępowanie prowadzone w tej sprawie przez Komisję trudno jednak uznać za reprezentatywne. Dotyczyło ono bowiem MFN towarzyszącej innym praktykom. Polegały one na uzgodnieniu pomiędzy Apple, prowadzącym platformę internetowej sprzedaży e-książek, a pięcioma czołowymi grupami wydawniczymi maksymalnych cen ich odsprzedaży, bojkotu grupowego analogicznej platformy prowadzonej przez Amazon. Dodatkowo klauzula najwyższego uprzywilejowania zobowiązywała wydawnictwa do sprzedawania e-książek za pośrednictwem Apple w cenie nie wyższej niż cena sprzedaży tych samych e-książek w innych serwisach internetowych. Porozumienia te zawierane były w układzie pomiędzy każdym z wydawnictw i Apple, jak i pomiędzy wszystkimi wydawnictwami i Apple²²². Miały one zatem charakter nie tylko wertykalny, lecz także horyzontalny, stanowiąc w istocie kompleksowe porozumienie typu *hub*

zostać zakazane (zob.: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf?__blob=publicationFile&v=2); w decyzji z 20 grudnia 2013 r. ten sam organ konkurencji uznał za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE oraz jego krajowego odpowiednika, klauzule typu MFN stosowane przez operatora systemu rezerwacyjnego HRS – Hotel Reservation Service (decyzja dostępna pod adresem: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=4) – więcej na temat decyzji Bundeskartellamt w sprawie HRS w: F. Soyez, *The Compatibility of MFN Clauses With EU Competition Law*, „European Competition Law Review” 2015, vol. 36(3), s. 107 oraz I. Vandendorre, M. J. Frese, *Most Favoured Nation Clauses Revisited*, „European Competition Law Review” 2014, vol. 35(12), s. 588.

220 *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., pkt 48.

221 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy York w sprawie *United States et al. v. Apple Inc.*, 952 F.Supp.2d 638 (S.D.N.Y.2013) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States et al. v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015).

222 Więcej na temat stanu faktycznego w sprawie Apple w rozdziale 7 oraz Ł. Grzejdziak, *Po owocach ich poznać? Kilka refleksji na temat paradoksów amerykańskiego prawa antytrustowego na przykładzie sprawy Stany Zjednoczone v. Apple*, [w:] M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszcz, *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga*

& spoke, którego skutkiem było skoordynowanie cen e-książek wydawanych przez konkurujące ze sobą wydawnictwa.

Postępowanie zakończyło się wydaniem przez Komisję decyzji zobowiązujących, w których dokonała ona jedynie wstępnej oceny antykonkurencyjnego charakteru analizowanych porozumień²²³. Porozumienia zawarte przez Apple i wydawnictwa wstępnie uznane zostały za praktyki uzgodnione, o antykonkurencyjnym celu. Zdaniem Komisji służyły bowiem podwyższeniu cen detalicznych e-książek i zapobiegały możliwości kształtowania się ich niższych cen na terytorium EOG²²⁴. W związku z tym, ze względu na samą swoją naturę, miały potencjał ograniczenia konkurencji²²⁵.

W czerwcu 2015 r. Komisja wszczęła postępowanie w sprawie szeregu klauzul typu MFN stosowanych na rynku e-książek przez Amazon. Podobnie jak w przypadku postępowania w sprawie klauzul stosowanych przez Apple zakończyło się ono wydaniem decyzji zobowiązującej²²⁶. Tym razem jednak klauzule typu MFN uznane zostały wstępnie przez Komisję za przejaw nadużycia pozycji dominującej przez Amazon. Zdaniem Komisji, skutkiem ich stosowania mogło być między innymi osłabienie bodźców do tworzenia alternatywnych modeli biznesowych przez wydawnictwa²²⁷ i przez innych dystrybutorów e-książek oraz ograniczenie ich dostępu do rynku lub możliwości rozwoju²²⁸.

Komisja sprawowała także nadzór nad postępowaniami prowadzonymi przez francuski, włoski i szwedzki organ konkurencji w sprawach klauzul MFN stosowanych przez operatora internetowej platformy rezerwacyjnej Booking.com²²⁹. Postępowania te zakończyły się wydaniem w kwietniu 2015 r., przez każdy z tych organów, decyzji zobowiązaniowych, na mocy których operator Booking.com zobowiązał się do zaprzestania stosowania szerokiej klauzuli typu MFN oraz

Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu, Warszawa 2017, s. 77 zob. także: I. Vandendorpe, M. J. Frese, *Most Favoured...*, s. 588.

223 Decyzje Komisji: z 12 grudnia 2012 r. w sprawie COMP/39847 – E-książki, dotycząca zobowiązań przyjętych przez Hachette Livre SA – HarperCollins Publishers Limited, HarperCollins Publishers, L.L.C. – Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG, Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH, – Simon & Schuster Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd, Simon & Schuster Digital Sales, Inc., – Apple, Inc. oraz z 25 lipca 2013 r. w sprawie COMP/39847 – E-książki, dotycząca zobowiązań przyjętych przez Penguin Random House Limited (dawniej The Penguin Publishing Company Limited) i Penguin Group (USA), LLC (dawniej Penguin Group [USA], Inc.)

224 Decyzja z 12 grudnia 2012 r. w sprawie COMP/39847 – E-książki, dotycząca zobowiązań przyjętych przez Hachette Livre SA, HarperCollins Publishers Limited, HarperCollins Publishers, L.L.C.; Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG, Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH, Simon & Schuster Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd, Simon & Schuster Digital Sales, Inc., Apple, Inc., pkt 85.

225 *Ibidem*, pkt 87.

226 Decyzja z 4 maja 2017 r. w sprawie AT.40153, E-book MFNs and related matters (Amazon), niepublikowana.

227 *Ibidem*, pkt 75 oraz pkt. 78–88.

228 *Ibidem*, pkt 76 oraz pkt. 89–90.

229 https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/french-italian-and-swedish-competition-authorities-accept-commitments-offered-bookingcom#_ftn1 (dostęp: 15.01.2019).

zmodyfikowania klauzuli wąskiej²³⁰. Polegała ona na tym, że hotele zachowały możliwość oferowania cen niższych aniżeli oferowane właścicielowi Booking.com, w kanałach innych niż internetowym lub uczestnikom hotelowych programów lojalnościowych. Dwa miesiące później operator tej platformy zdecydował o rozszerzeniu zakresu stosowania tych zobowiązań na wszystkie państwa Europejskiego Obszaru Gospodarczego²³¹.

Na podstawie analizy skąpej praktyki Komisji w sprawach dotyczących MFN można sformułować jedynie wstępne wnioski dotyczące jej podejścia do tych praktyk. Wydaje się, że ma ono charakter kazuistyczny i uzależnione jest od: okoliczności rynkowych, siły rynkowej stron porozumienia oraz konstrukcji całego systemu dystrybucji, w tym treści porozumień towarzyszących takim klauzulom. Kluczowe znaczenie ma oczywiście także treść danej klauzuli. Bez wątpienia szerokie klauzule MFN oceniane są znacznie bardziej surowo aniżeli klauzule wąskie, które uznawane są, co do zasady, za niewielkie ograniczenie konkurencji. Szerokie klauzule MFN traktowane są jako czynnik utrudniający wejście na rynek konkurentów danej platformy i jako bariera dla rozwoju nowych, innowacyjnych sposobów dystrybucji. W odniesieniu do operatorów platform internetowych posiadających znaczną siłę rynkową, klauzule takie mogą być dodatkowo klasyfikowane jako nadużycie pozycji dominującej. Jednocześnie podejście wdrażane przez narodowe organy konkurencji względem klauzul najwyższego uprzywilejowania stosowanych przez platformy zakupowe nie jest jednolite. W związku z tym słusznie pojawiają się postulaty doktryny wzywające Komisję do zajęcia stanowiska wobec takich praktyk²³².

3.8. Wnioski końcowe

Analiza kierunków rozwoju europejskich reguł konkurencji zarówno w płaszczyźnie legislacyjnej, jak i stosowania prawa, pozwala na sformułowanie kilku wniosków kluczowych z punktu widzenia celów opracowania. Po pierwsze, ewolucja podejścia reguł konkurencji UE do problemu dopuszczalności tego rodzaju

230 We wstępnej ocenie organów włoskiego i szwedzkiego, praktyki operatora serwisu booking.com uznane zostały za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE oraz zakazów porozumień ograniczających konkurencję wyrażonych na gruncie krajowych systemów prawa konkurencji. Francuski organ konkurencji natomiast uznał je wstępnie za naruszenie art. 101 ust. 1 i art. 102 TFUE, a także ich krajowych odpowiedników. Zob.: *décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*, pkt 146.

231 <https://news.booking.com/bookingcom-to-amend-parity-provisions-throughout-europeesp/> (dostęp: 15.01.2019).

232 Por. P. Akman, *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, „Journal of Competition Law & Economics” 2016, vol. 12(4), s. 831.

praktyk nie miała charakteru jednokierunkowego, ani nie dokonywała się ze stałą intensywnością. W obszarze rozwoju prawodawstwa cezurę czasową wyznaczają: wprowadzenie, a następnie kolejne reformy systemu wyłączeń blokowych. W początkowym okresie rozwoju systemu wyłączeń blokowych, który obejmował lata aż do wydania przez Komisję Rozporządzenia nr 2790/1999, praktyki te nie były wyłączone spod zakazu porozumień ani, co wynikało z samej konstrukcji obowiązujących wówczas rozporządzeń, nie były objęte katalogiem tzw. czarnych klauzul. Oznaczało to brak możliwości wyłączenia tych porozumień spod zakazu ustanowionego w art. 101 ust. 1 TFUE, co jednak wprost zostało wskazane dopiero w treści rozporządzeń o wyłączeniach blokowych drugiej generacji. Dotyczyło to zarówno porozumień o ustaleniu ceny minimalnej, sztywnej, jak i maksymalnej. Niewiążące rekomendacje cenowe, jako niewyłączające swobody dystrybutora w zakresie ustalania przezeń cen detalicznych, nie były uznawane za porozumienia ograniczające konkurencję, przynajmniej od momentu wydania przez TSUE wyroku w sprawie *Pronuptia de Paris v. Irmgard Schillgallis*²³³. Tym samym nie podlegały one zakazowi wyrażonemu w art. 101 ust. 1 TFUE. Nie mogły więc zostać spod niego wyłączone. Dokonane w kolejnych rozporządzeniach o wyłączeniach blokowych odniesienia do możliwości legalnego stosowania rekomendacji cenowych, które *notabene* pojawiło się w nich dopiero po wydaniu orzeczenia w sprawie *Pronuptia de Paris v. Irmgard Schillgallis*, należy zatem odczytywać raczej jako objaśnienie sposobu stosowania reguł konkurencji względem tego rodzaju praktyk, aniżeli objęcie ich wyłączeniem blokowym²³⁴.

Nowy system wyłączeń blokowych, wprowadzony rozporządzeniem nr 2790/1999, doprowadził do objęcia jego zakresem porozumień o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży, co wiązać można przede wszystkim z rozwojem poglądów nauk ekonomicznych. Ustalanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów nadal nie było objęte wyłączeniem blokowym i uznane zostało za czarną klauzulę i jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji. Rozporządzenie Komisji nr 330/2010 nie zmieniło stanu prawnego. Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych dały jednak wyraźny sygnał, że, zdaniem Komisji, RPM, poza negatywnymi, może mieć także pozytywne skutki dla konkurencji.

Równolegle rozwija się judykatura sądów europejskich i praktyka Komisji Europejskiej w zakresie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE względem RPM. W pierwszym okresie tego procesu, który trwał do połowy lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, praktyka ustalania cen odsprzedaży towarów podlega ocenie jako element kompleksowych systemów dystrybucji, służący zapewnieniu kontroli producenta nad odrębnością krajowych systemów dystrybucji. RPM stosowane było przez dostawców w celu poprawy egzekucji zakazu eksportu towarów do innych państw członkowskich przez dystrybutorów. Decyzje i wyroki wydane w tym okresie nie

233 Wyrok w sprawie 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, ECLI:EU:C:1986:41.

234 *Rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień franchisingowych...*, s. 46.

odnoszą się do kwestii wpływu porozumień typu RPM, jako takich, na konkurencję, a czynią to w kontekście zakazu eksportu, godzącego bezpośrednio w cel w postaci tworzenia rynku wewnętrznego. W następstwie ich lektury można odnieść wrażenie, że ustalanie cen odsprzedaży towarów jako porozumienie nie-towarzyszące innym ograniczeniom konkurencji niekoniecznie uznawane było w pierwszych latach obowiązywania europejskich reguł konkurencji za praktykę o szczególnie niekorzystnych skutkach. Należy wziąć pod uwagę, że ustawodawstwo obowiązujące ówczesnie w kilku krajach europejskich dopuszczało stosowanie RPM. Jednocześnie Komisja Europejska wyraźnie podkreślała, że nie sprzeciwia się ustalaniu cen jako takiemu, a tylko jego wykorzystywaniu do segmentacji rynków wzdłuż granic państw członkowskich.

Takiemu postrzeganiu skutków RPM towarzyszyło wąskie rozumienie przesłanki wpływu porozumienia na handel między państwami członkowskimi, czego następstwem był brak stosowania unijnych reguł konkurencji do ustalania cen odsprzedaży towarów o czysto krajowym zasięgu.

O rozpoczęciu drugiej fazy rozwoju orzecznictwa, które nastąpiło na przełomie ósmej i dziewiątej dekady ubiegłego wieku, zadecydowało przyjęcie szerszej wykładni przesłanki wpływu na handel. Decyzje Komisji, a w szczególności orzeczenia TSUE w sprawach BNIC²³⁵ i Erauw²³⁶, dały impuls do krystalizacji europejskiego podejścia względem dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów. Od tej pory praktyka ta uznawana była za jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji, bez względu na to, czy towarzyszyła ona zakazowi eksportu, czy też stosowana była jako samodzielne porozumienie oraz na to, jaki miała zakres terytorialny. Od tej pory, poza dwiema sprawami dotyczącymi ustalania cen odsprzedaży książek we Francji²³⁷, porozumienia tego rodzaju uznawane były za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE niepodlegające wyłączeniu na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. W tym okresie rozwoju orzecznictwa doszło do ukształtowania się paradygmatu, zgodnie z którym ustalanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów było *de facto*, choć nie *de iure*, zakazane.

Ocena wpływu RPM na konkurencję zawarta w decyzjach Komisji i wyrokach Trybunału wydanych w tym okresie była jednak lakoniczna. Podkreślano negatywne skutki, jakie RPM wywierało na konkurencję wewnątrzmarkową. Wyjątkowo tylko akcentowano jego rolę w ograniczaniu konkurencji międzymarkowej, choć bez wskazywania, w jaki sposób praktyka ta ma oddziaływać na ten aspekt konkurencji²³⁸. W licznych decyzjach z tego okresu Komisja zwracała uwagę na

235 Wyrok w sprawie 123/83, Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Guy Clair, ECLI:EU:C:1985:33.

236 Wyrok w sprawie 27/87, Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183.

237 Wyroki w sprawach: 229/83, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc, Paris, SA Thouars distribution et autres, Sainte-Verge i Sàrl 'Au blé vert', Thouars, ECLI:EU:C:1985:1, wyrok w sprawie 299/83, SA Saint Herblain i in., ECLI:EU:C:1985:326.

238 Por. decyzja Komisji z 21 grudnia 1977 r. w sprawie IV/29.418 – „przyprawy”, Dz. Urz. L, nr 53, z 1978 r., s. 20.

imperatywu zachowania swobody dystrybutora w zakresie kształtowania cen detalicznych oraz na rolę RPM jako czynnika ją ograniczającego. Wydaje się jednak, że błędem byłoby uznanie, jakoby ograniczenie swobody dystrybutora w następstwie RPM było przez Komisję i TSUE postrzegane jako uzasadnienie dla jego zakazu. Raczej wpływ na ograniczenie swobody dystrybutora w kształtowaniu cen odsprzedaży był stosowany jako kryterium klasyfikacji praktyki rynkowej jako porozumienia typu RPM. Przede wszystkim, pozwalało ono odróżnić RPM od praktyk jednostronnych, których celem było narzucenie, wbrew woli dystrybutora, cen odsprzedaży towarów, a także od praktyki stosowania legalnych rekomendacji cenowych.

Okres reformy prawa porozumień pionowych zapoczątkowany wydaniem przez Komisję rozporządzenia nr 2790/1999, wiązał się ze zmianą podejścia przede wszystkim w obrębie porozumień innych niż cenowe. W obszarze porozumień cenowych zmiany te ograniczyły się do objęcia ustalania cen maksymalnych wyłączeniem blokowym od zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Równoległe jednak dochodzi do kluczowej zmiany linii orzeczniczej w zakresie wykładni pojęcia porozumienia. Wyroki w sprawach *Adalat*²³⁹, *JCB Service v. Komisja*²⁴⁰, *General Motors Nederland v. Komisja*²⁴¹ i *Volkswagen (II)*²⁴² doprowadziły do zarysowania wyraźniejszej granicy pomiędzy jednostronnymi i wielostronnymi praktykami wertykalnymi. Znacznie zawężyły w ten sposób możliwy zakres stosowania art. 101 ust. 1 TFUE w odniesieniu do praktyk o skutkach wertykalnych. Jednocześnie nowa linia orzecznicza postawiła przed Komisją wyższe wymagania dowodowe²⁴³. Podkreślić należy, że decyzje wydane na przełomie XX i XXI w., na czele z rozstrzygnięciami w sprawach *Yamaha*²⁴⁴ i *JCB*²⁴⁵, zawierają szerszą analizę porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów i to zarówno pod kątem spełnienia przesłanek definicyjnych pojęcia „porozumienie”, jak i ich wpływu na konkurencję. Ocena skutków tych praktyk nadal jednak miała charakter uproszczony i zgeneralizowany, co stanowiło konsekwencję klasyfikacji ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów jako porozumień o antykonkurencyjnym celu. Podkreślano rolę abstrakcyjnie pojmowanej konkurencji cenowej

239 Wyrok w sprawie T-41/96, *Bayer v. Komisja (Adalat)*, ECLI:EU:T:2000:242 oraz wyrok w połączonych sprawach C-2/01 P i C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV i Komisja v. Bayer AG*, ECLI:EU:C:2004:2.

240 Wyrok w sprawie T-67/01, *JCB Service v. Komisja*, ECLI:EU:T:2004:3.

241 Wyrok w sprawie T-368/00, *General Motors Nederland BV i Opel Nederland BV v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:275.

242 Wyrok w sprawie T-208/01, *Volkswagen AG v. Komisja*, ECLI:EU:T:2003:326.

243 Jak wskazała S. Marco Colino, w ten sposób sądy europejskie nawiązały częściowo do argumentów, na których oparta została amerykańska doktryna *Colgate*. Zob.: S. Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law*, Oxford–Portland 2010, s. 95; por. także rozważania dotyczące doktryny *Colgate* zawarte w rozdziale 7.

244 Decyzja Komisji z 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO – *Yamaha*, niepublikowana.

245 Decyzja Komisji z 21 grudnia 2000 r. w sprawie COMP.F.1/35.918 – *JCB*, Dz. Urz. L, nr 69, z 2002 r., s. 1.

w optymalizacji alokacji zasobów, czemu sprzyjać miało swobodne dostosowywanie przez dystrybutorów poziomu cen detalicznych do warunków rynkowych. Jednocześnie nadal, choć już na drugim planie, Komisja wskazywała na negatywny wpływ ustalania cen odsprzedaży na cel w postaci rynku wewnętrznego i korzystania z jego dobrodziejstw przez konsumentów. W decyzjach z tego okresu Komisja kategorycznie wypowiadała się przeciwko realnej możliwości zastosowania względem ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów wyłączenia indywidualnego.

Po wydaniu przez Komisję decyzji w sprawie Yamaha, aż do 2018 r. nie podejmowała ona postępowań w sprawach dotyczących ustalania cen odsprzedaży towarów. Taki stan rzeczy można było wiązać z wejściem w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003 i decentralizacją uprawnień Komisji Europejskiej w zakresie dochodzeń prowadzonych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. W związku z tym, to głównie na organach krajowych spoczywać ma ciężar stosowania przepisów art. 101 ust. 1 TFUE do tego rodzaju praktyk. Ponadto, mimo utrzymania stanowiska, zgodnie z którym RPM stanowi jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji, eliminacja z obrotu gospodarczego tego rodzaju praktyk nie stanowiła, jak można przypuszczać, priorytetu polityki antymonopolowej Komisji Europejskiej. Zmiany takiego stanu rzeczy nie spowodowała także reforma wyłączenia blokowego porozumień wertykalnych oraz dokonane w jej ramach szersze otwarcie możliwości stosowania względem RPM wyłączenia indywidualnego. W ostatnich latach nowe zjawiska gospodarcze, związane między innymi z upowszechnieniem internetowych platform dystrybucyjnych, zaowocowały natomiast pojawieniem się w obrocie praktyk ustalania cen odsprzedaży towarów zawieranych w innych niż dotychczas okolicznościach. Przykładem mogą być okoliczności sprawy Apple, w której praktyka ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarzyszyła klauzulom najwyższego uprzywilejowania i stanowiła element kompleksowego porozumienia typu *hub & spoke*.

Ponowne zainteresowanie Komisji problematyką ustalania cen odsprzedaży towarów zaowocowało wydaniem przez nią w 2018 r. kilku decyzji dotyczących tych praktyk. Podjęte w 2015 r. badanie sektora e-commerce dało jasno do zrozumienia, że ustalanie cen odsprzedaży towarów nadal stosowane jest na wielu rynkach. Powstało wówczas wrażenie, że wcześniejsza kilkunastoletnia bierność Komisji mogła ośmielić przedsiębiorstwa, które chętniej stosowały zakazane ograniczenia wertykalne. Sprawy te łączy wspólny motyw ustalania cen odsprzedaży. Było ono głównie motywowane dążeniem do ochrony tradycyjnego kanału dystrybucji przed konkurencją ze strony dystrybutorów internetowych. Najczęściej to ci ostatni domagali się interwencji producenta celem wywarcia wpływu na dystrybutorów stosujących niskie ceny.

Podejście zastosowane przez Komisję w sprawie Guess i w sprawach elektroniki użytkowej nie odbiega od tego, które stosowane było we wcześniejszych decyzjach. Komisja bez wątpliwości nadal uznaje ustalanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów za zakazane ze względu na cel, tym samym nie badając jego

skutków. Jednocześnie Komisja dała do zrozumienia, że objęcie RPM zakresem wyłączenia indywidualnego jest mało prawdopodobne. Komisja odnosiła się do możliwości zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE jedynie lakonicznie, nie przedstawiając szerszej argumentacji. Ten element decyzji wydanych w 2018 r. odróżnia je jednak od decyzji wcześniejszych. W nowych decyzjach Komisja, wprawdzie bardzo krótko, nawiązywała do czynników wymienionych w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych jako świadczących o prokonkurencyjnym charakterze pionowych porozumień cenowych, tj. zwalczania efektu gapowicza i wzmocnienia jakości usług posprzedażowych. Trudno jednak uznać, aby ten nowy element w jakikolwiek sposób świadczył o zmianie podejścia Komisji względem oceny dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów. Wydając omawiane decyzje, Komisja jednoznacznie dała do zrozumienia, że w dalszym ciągu uważa RPM za najcięższe ograniczenie konkurencji i że ściganie tych praktyk ponownie weszło w skład jej priorytetów.

Aktualny stan unijnego orzecznictwa i legislacji w zakresie dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów streścić można w sposób następujący. Porozumienia ustalające ceny minimalne i sztywne w dalszym ciągu uznawane są za najcięższe ograniczenia konkurencji, a na gruncie rozporządzeń o wyłączeniach blokowych za „czarne klauzule”. Dotyczy to różnorodnych typów uzgodnień ustalających minimalne i sztywne ceny odsprzedaży, w tym między innymi określających marżę dystrybucji, uzależniających przyznanie rabatu lub innych korzyści od przestrzegania określonego poziomu cen lub zobowiązujących do ustalenia ceny odsprzedaży na podstawie ceny odsprzedaży konkurentów²⁴⁶.

Takie ujęcie oznacza, że negatywne skutki tych porozumień dla konkurencji objęte są, co do zasady, domniemaniem. Pewne wątpliwości w tym obszarze stworzył wprawdzie, omówiony w poprzednim rozdziale, wyrok w sprawie Allianz Hungaria²⁴⁷. Dał on asumpt do przypuszczeń, że – w wyjątkowych okolicznościach rynkowych – uzgodnienie tego rodzaju mogłoby jednak zostać uznane przez organ konkurencji za porozumienie, które nie posiada antykonkurencyjnego celu. Niemniej wydaje się to skrajnie mało prawdopodobne. Organ konkurencji musi natomiast wykazać, że praktyka ustalenia cen odsprzedaży ma charakter wielostronny, co oznacza udowodnienie istnienia zgodności woli jej strony wyrażonej w sposób wyraźny lub dorozumiany. Brak swobody dystrybutora w ustalaniu cen detalicznych jest, jak się wydaje, w dalszym ciągu obowiązującym kryterium odróżniającym ustalanie cen odsprzedaży towarów od niewiążących i legalnych rekomendacji cenowych udzielanych dystrybutorowi przez producenta.

Jednocześnie porozumienia o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów, jeżeli nie towarzyszą innym ograniczeniom konkurencji, ani nie skutkują

246 Decyzja Komisji z 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 – Mercedes Benz, Dz. Urz. L, nr 257, z 2002 r., s. 1.

247 Wyrok w sprawie C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160.

sztywną lub minimalną ceną sprzedaży w wyniku presji bądź zachęt którejkolwiek ze stron, objęte są zakresem wyłączenia blokowego. Porozumienia te są zatem wyłączone spod zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli zawierane są przez strony, których udziały rynkowe nie przekraczają progów udziałów w rynku, określonych w przepisach rozporządzenia o wyłączeniu blokowym. W przeciwnym wypadku ich wyłączenie spod zakazu możliwe jest wyłącznie w przypadku wykazania przez przedsiębiorcę spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego uregulowanego w art. 101 ust. 3 TFUE.

Rozdział 4

Egzekwowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję w prawie unijnym

4.1. Wprowadzenie

W rozdziale dokonana zostanie zwięzła prezentacja reguł proceduralnych i ustrojowych, które wywierają w sposób najbardziej znaczący wpływ na stosowanie art. 101 ust. 1 TFUE względem pionowych porozumień cenowych. Nie zawiera on zatem wyczerpującej analizy proceduralnych i ustrojowych aspektów europejskiego prawa konkurencji, lecz jedynie zarys wybranych jego elementów. Koncentruje się przede wszystkim na kwestiach publicznoprawnego egzekwowania¹ reguł konkurencji, w tym na problematyce właściwości Komisji oraz narodowych organów konkurencji i sądów, podstawowych uprawnień proceduralnych Komisji, jej ustroju, systemie sankcji za naruszenie art. 101 ust. 1 TFUE oraz systemie sądowej kontroli decyzji Komisji Europejskiej. W dalszej kolejności zwięzłe omówione zostały zagadnienia związane z prywatnoprawnym egzekwowaniem reguł konkurencji UE.

4.2. Dominacja publicznoprawnego egzekwowania reguł konkurencji UE

Egzekwowanie europejskich reguł konkurencji opiera się głównie na modelu publicznym – administracyjnym, w ramach którego postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję inicjowane są przez organ administracji publicznej

1 Za A. Jurkowską przyjęto tłumaczenie angielskiego terminu „*enforcement*” jako „egzekwowanie”. Por. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 23–27. Ze względów językowych zamiennie stosowane będzie także inne pojęcie używane w doktrynie polskiego prawa na określenie „*enforcement*” – tj. „wdrażanie”.

(w tym przypadku przez Komisję Europejską), przez nią prowadzone i kończone właściwą decyzją administracyjną. Przyjęcie takiego modelu postrzegane jest jako wyraz wpływu, jaki na formowanie się traktatowych reguł konkurencji wywarło ordoliberalne rozumienie znaczenia systemu prawnej ochrony konkurencji jako służącego zapewnieniu realizacji podstawowych zasad gospodarki rynkowej oraz centralnej roli państwa w jego egzekwowaniu².

W systemie egzekwowania unijnych reguł konkurencji Komisja Europejska nie działa jednak jako klasyczny organ monistyczny, skupiający w ramach swoich uprawnień całość kompetencji administracji publicznej związanych z wdrażaniem prawa konkurencji³. Szczególny charakter systemu egzekwowania europejskich reguł konkurencji wyraża się bowiem w tym, że Komisja dzieli te uprawnienia z krajowymi organami konkurencji i sądami krajowymi.

Mimo znaczących wysiłków podejmowanych przez właściwe instytucje unijne, na czele z Komisją Europejską, znaczenie prywatnoprawnego egzekwowania reguł konkurencji UE jest w dalszym ciągu niewielkie w porównaniu z egzekwowaniem publicznoprawnym⁴. Wejście w życie, a następnie transpozycja przez państwa

-
- 2 Por. m.in.: D. Gerber, *Competition Law and International Trade: The European Union and the Neo-Liberal Factor*, „Pacific Rim Law & Policy Journal” 1995, vol. 37, s. 50, podobnie: idem, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the „New” Europe*, „American Journal of Comparative Law” 1994, vol. 42, No 1, s. 73; więcej na temat ordoliberalnych korzeni europejskich reguł konkurencji w rozdziale 10.
- 3 Więcej na temat modeli egzekwowania prawa konkurencji w: T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, nr 2, s. 77–98; A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i...*; L. Way Lee, *Some Models of Antitrust Enforcement*, „Southern Economic Journal” 1980, vol. 47, No 1, s. 147 i n.; odnośnie do modeli publicznoprawnego egzekwowania prawa konkurencji: A. Duke, *Public enforcement*, [w:] J. Duns, A. Duke, B. Sweeney (eds.), *Comparative Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2015, s. 271 i n.; W. Kovacic, D. Eversley, *An Assessment of Institutional Machinery: Methods Used in Competition Agencies and What Worked for Them*, Raport International Competition Network, Competition Policy Implementation Working Group, Subgroup 2 on Experiences of Younger Agencies, dostępny pod adresem: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_CPIInstitutionalMachinery2007.pdf (dostęp: 23.06.2016); M. Trebilcock, E. Iacobucci, *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*, „Loyola University Chicago Law Journal” 2010, vol. 41, s. 455–477; W. Kovacic, D. Hyman, *Competition Agency Design: What’s on the Menu?*, „European Competition Journal” 2012, vol. 8, s. 527–538; W. Kovacic, M. Mariniello, *Competition Agency Design in Globalised Markets*, E15 Expert Group on Competition Policy and the Trade System, Think Piece, dostępny pod adresem: <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Competition-Kovacic-and-Mariniello-FINAL.pdf> (dostęp: 30.04.2016); D. Baker, *Private and Public Enforcement: Complements, Substitutes and Conflicts – A Global Perspective*, [w:] A. Ezrachi (ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2015, s. 255 i n.
- 4 A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text Cases and Materials*, ed. 6, Oxford 2016, s. 885; podobnie: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, ed. 9, Oxford 2018, s. 307, choć autorzy ci słusznie zwracają uwagę na istotny wzrost znaczenia prywatnoprawnego egzekwowania reguł konkurencji.

członkowskie *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej*, objęte przepisami prawa krajowego⁵, sprzyja zwiększeniu liczby postępowań w ramach egzekwowania prywatnoprawnego. Bez względu jednak na to, w systemie europejskim ma ono z założenia charakter uzupełniający względem wdrażania publicznoprawnego⁶.

4.3. Właściwość Komisji, a właściwość narodowych organów konkurencji i sądów krajowych

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję wyrażony w art. 101 ust. 1 TFUE, stosowany jest względem praktyk, które wywierają wpływ na handel między państwami członkowskimi UE. Wynikająca z przepisów traktatu, w tym jego art. 101 i 102, zasada ekstraterytorialności stosowania reguł konkurencji UE wyraża się w przyjęciu modelu jurysdykcji opartej na kryterium terytorialnego zakresu skutków (potencjalnych lub aktualnych) danej praktyki ograniczającej konkurencję, w oderwaniu od kwestii obywatelstwa jej strony lub stron oraz miejsca, w którym została dokonana. Zatem każda praktyka ograniczająca konkurencję, która wpływa (w sposób zauważalny) na handel pomiędzy państwami członkowskimi, mieści się w zakresie jurysdykcji europejskich reguł konkurencji⁷.

Wejście w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003, które nastąpiło 1 maja 2004 r. doprowadziło do decentralizacji kompetencji Komisji Europejskiej w zakresie stosowania przepisów art. 101 i 102 TFUE⁸. Zgodnie z art. 3 ust. 1 tego rozporządzenia:

Jeżeli organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi w rozumieniu tego przepisu, stosują również art. 81 Traktatu do takich porozumień,

5 *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej*, objęte przepisami prawa krajowego, Dz. Urz. L, nr 349, z 2014 r., s. 1.

6 T. Skoczny wskazuje, że model administracyjnoprawny egzekwowania prawa konkurencji przyjęło aż 22 państw członkowskich UE. Por. T. Skoczny, *Instytucjonalne...*, s. 92.

7 Treść warunku wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi UE została objaśniona szczegółowo w rozdziale 1.

8 *Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82*, Dz. Urz. L, nr 1, z 2003 r., s. 1.

decyzji lub praktyk uzgodnionych. W przypadkach, gdy organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich lub krajowe sądy stosują krajowe prawo konkurencji do praktyk zakazanych art. 82 Traktatu, stosują również art. 82 Traktatu.

Przepis art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady nr 1/2003 nakłada zatem na narodowe organy konkurencji (dalej: NCA) i sądy krajowe obowiązek każdorazowej weryfikacji, przy podejmowaniu postępowań na podstawie prawa krajowego, czy zakres oddziaływania danej praktyki wykracza poza jedynie krajowy wymiar. Następnie obowiązane są one prowadzić takie postępowania stosując obok podstawy krajowej właściwą traktatową podstawę prawną. Decentralizacja kompetencji Komisji Europejskiej w zakresie prowadzenia postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję miała na celu ograniczenie obciążeń administracyjnych spoczywających na Komisji, które miały się zwiększyć w związku z akcesją dziesięciu nowych państw do Unii Europejskiej 1 maja 2004 r.⁹

Nakładające się na siebie zakresy właściwości organów krajowych i Komisji Europejskiej stanowią sytuację bez precedensu w historii prawa unijnego. Wymagały one przyjęcia określonych rozwiązań prawnych służących podziałowi kompetencji, zapobiegających ewentualnym kolizjom i sporom kompetencyjnym oraz ustalającym warunki współpracy w prowadzeniu postępowań pomiędzy Komisją i organami krajowymi, a także pomiędzy różnymi organami krajowymi państw członkowskich. Rozwiązania takie znalazły się przede wszystkim we właściwych przepisach rozporządzenia nr 1/2003¹⁰.

I tak, zgodnie z treścią art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003, kompetencja Komisji w zakresie inicjowania i prowadzenia postępowań w zakresie praktyk ograniczających konkurencję ma pierwszeństwo względem analogicznych kompetencji NCA. W związku z tym, jak stanowi ten przepis,

9 Decentralizacja modelu egzekwowania europejskich reguł konkurencji była głównym elementem procesu ich modernizacji, zainicjowanego w 1999 r. przez Komisarza van Mierta, wdrożonego przez M. Montiego; por. *Biała księga w sprawie modernizacji reguł stosowania art. 85 i 86 Traktatu WE*, Program Komisji nr 99/027 z 28 kwietnia 1999 r. Więcej na temat procesu modernizacji w rozdziale 10.

10 Więcej na temat genezy i założeń decentralizacji stosowania europejskich reguł konkurencji w: J. Bourgeois, T. Baumé, *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law*, College of Europe, Research Papers in Law 4/2004, dostępne pod adresem: http://aei.pitt.edu/44332/1/researchpaper_4_2004_bourgeois_baume.pdf (dostęp: 12.04.2018); C. Baudenbacher, I. Higgins, *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, „Columbia Journal of European Law” 2002, vol. 8, s. 1–18; C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu, *The Modernisation of EC Antitrust Law: Consequences for the Future Role and Function of the EC Courts*, „European Competition Law Review” 2002, vol. 23(2), s. 72–80. W kontekście nowej roli sądów krajowych: K. Lenaerts, D. Gerard, *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline*, „World Competition” 2004, vol. 27, Issue 3, s. 313–349 i K. Boskovits, *Modernization and the Role of National Courts: Institutional Choices, Power Relations and Substantive Implications*, [w:] I. Lianos, I. Kokkoris (eds.), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, The Hague 2009, s. 95.

Wszczęcie przez Komisję postępowania w celu przyjęcia decyzji na mocy rozdziału III, pozbawia organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich ich kompetencji w zakresie stosowania art. 81 i 82 Traktatu. Jeżeli organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego prowadzi już postępowanie w sprawie, Komisja wszczynając postępowanie po zasięgnięciu opinii krajowego organu ochrony konkurencji.

Dotyczy to przy tym także pozbawienia kompetencji sądów krajowych, o ile te nie orzekają z odwołania od decyzji krajowego organu konkurencji¹¹.

Przepisy rozporządzenia nr 1/2003, podobnie zresztą jak i pozostałych aktów prawa UE, nie ustanawiają wiążących i precyzyjnych kryteriów rozdziału spraw pomiędzy Komisję Europejską i NCA. To, a także zasada pierwszeństwa uprawnień Komisji, oznacza, że dysponuje ona dyskrecjonalnością w zakresie wyboru spraw, w których zamierza podjąć postępowanie. Również organy krajowe są swobodne w zakresie podejmowania decyzji dotyczących wszczynania lub niewszczynania postępowania, z zastrzeżeniem zasady pierwszeństwa Komisji. Oznacza to, że postępowania mogą być prowadzone przez Komisję, przez jeden tylko NCA, ewentualnie ze wsparciem innych NCA lub przez kilka NCA działających równoległe¹². Zarówno rozporządzenie nr 1/2003, jak i *Zawiadomienie Komisji w sprawie współpracy w ramach sieci organów ochrony konkurencji*¹³, określają reguły odnoszące się do przydziału spraw właściwym organom. Zawiadomienie to ustala reguły współdziałania Komisji i narodowych organów konkurencji w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji (*ECN – European Competition Network*). Do utworzenia tej sieci, grupującej Komisję oraz organy konkurencji państw członkowskich UE, wezwała Komisję Rada w preambule rozporządzenia nr 1/2003¹⁴.

Zawiadomienie w sprawie współpracy w ramach ECN podkreśla, że choć kompetencje Komisji i NCA w zakresie egzekwowania europejskich reguł konkurencji są równoległe, to przydział spraw powinien dokonywać się tak, by zapewnić wydajny podział pracy między właściwymi organami. Typowo postępowanie prowadzone jest przez organ, do którego trafiła skarga, lub który z urzędu wszczął postępowanie. Jeżeli organ ten uzna, że nie jest właściwy w sprawie lub jeżeli inne organy uznały się za właściwe, może nastąpić przekazanie sprawy innemu organowi konkurencji. Przekazanie to może być jednak dokonane wyłącznie na początku postępowania – w terminie do dwu miesięcy od dnia przekazania informacji o wszczęciu lub o zamiarze wszczęcia postępowania. W odniesieniu do spraw,

11 Art. 35 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003.

12 *Zawiadomienie Komisji w sprawie współpracy w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji*, Dz. Urz. UE C, nr 101, z 2004 r., s. 3, pkt 5.

13 Dz. Urz. UE C, nr 101/03, z 2004 r.

14 Zgodnie z pkt. 15 preambuły rozporządzenia nr 1/2003, Komisja i organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich powinny wspólnie stworzyć sieć organów władzy publicznej stosujących w ścisłej współpracy wspólnotowe reguły konkurencji. W tym celu konieczne jest stworzenie mechanizmów służących informacji i konsultacji. Dalsze formy współpracy w ramach tej sieci zostaną ustalone i skorygowane przez Komisję w ścisłej współpracy z państwami członkowskimi.

których przekazanie jest konieczne „dla skutecznej ochrony konkurencji i interesu wspólnotowego” członkowie ECN mają dążyć do przydzielenia ich właściwemu organowi¹⁵.

Zawiadomienie określa następujące kryteria, których spełnienie pozwala organowi konkurencji uznać się za właściwy w sprawie:

- 1) porozumienie lub praktyka ma istotny, bezpośredni, faktyczny bądź przewidywalny wpływ na konkurencję na terytorium objętym działaniem organu, jest stosowana na tym terytorium lub z niego pochodzi;
- 2) organ jest w stanie skutecznie położyć kres sytuacji naruszenia przepisów, tzn. wydać nakaz zaniechania naruszenia, skutkujący powstrzymaniem sytuacji naruszania przepisów, a w stosownych wypadkach może nałożyć odpowiednią sankcję;
- 3) może zebrać, w razie potrzeby z pomocą innych organów, dowody wymagane do udowodnienia naruszenia prawa¹⁶.

Co do zasady postępowanie powinno być prowadzone przez organ, którego właściwość obejmuje terytorium, na które praktyka wywarła najistotniejszy wpływ, o ile jest on w stanie położyć jej kres działając samodzielnie lub współpracując z innymi organami. Z kolei równoległe prowadzenie postępowań przez dwa lub trzy NCA właściwe jest, gdy dana praktyka wywiera istotny wpływ na konkurencję głównie na obszarach należących do ich właściwości, a działanie jednego organu byłoby niewystarczające do uporania się z daną praktyką¹⁷. W przypadku, gdy NCA prowadzą postępowania równoległe, dążą do maksymalnej koordynacji swoich działań.

Zawiadomienie w sprawie współpracy w ramach ECN określa obszary, w których Komisja, ze względu na swoje umiejscowienie w ramach systemu egzekwowania prawa konkurencji, jest szczególnie właściwa do podjęcia i prowadzenia postępowania. Dotyczy to następujących sytuacji:

- gdy jedno lub kilka porozumień lub praktyk, w tym sieć podobnych umów lub praktyk, wpływa na konkurencję w więcej niż trzech państwach członkowskich (rynków transgranicznych obejmujących więcej niż trzy państwa członkowskie lub kilka rynków krajowych)¹⁸;
- jeżeli sprawa wiąże się ściśle z innymi przepisami prawa unijnego, takimi które mogą być wykonane wyłącznie lub skuteczniej przez Komisję¹⁹;
- jeżeli wobec pojawienia się nowego problemu w dziedzinie konkurencji interes unijny wymaga przyjęcia decyzji Komisji w sprawie opracowania unijnej polityki konkurencji lub zapewnienia skutecznego wykonania prawa²⁰.

15 Zawiadomienie Komisji w sprawie współpracy w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji, pkt 6 i 7.

16 *Ibidem*, pkt 8.

17 *Ibidem*, pkt 11 i 12.

18 *Ibidem*, pkt 14.

19 *Ibidem*, pkt 15.

20 *Ibidem*.

Dodatkowo pośrednio z pkt. 3 preambuły do rozporządzenia nr 1/2003 wynika, że Komisja powinna skupić się przede wszystkim na podejmowaniu postępowań w sprawach najcięższych ograniczeń konkurencji²¹. *A contrario*, oznacza to, że NCA powinny koncentrować się na prowadzeniu postępowań w sprawach praktyk typowych, o mniejszym zakresie oddziaływania, obejmującym rynki właściwe w jednym lub w niewielkiej liczbie państw członkowskich lub rynki transgraniczne obejmujące co najwyżej dwa państwa członkowskie. Organy konkurencji państw członkowskich mogą, oczywiście, prowadzić postępowania w sprawach najcięższych ograniczeń konkurencji. Jednak, co do zasady, o bardziej ograniczonych terytorialnie skutkach.

NCA uprawnione są do prowadzenia postępowań we wszystkich sprawach, w których Komisja nie wszczęła postępowania, a które należą do ich właściwości. Niemniej, narodowy organ konkurencji może odmówić wszczęcia postępowania lub wszczęte zawiesić, jeżeli w sprawie tej samej praktyki działa inny organ. Podobnie Komisja może nie przyjąć skargi ze względu na to, że sprawę prowadzi NCA²². NCA, a także Komisja mogą nie przyjąć skargi, jeżeli była już ona rozpatrywana przez inny organ konkurencji²³.

4.4. Postępowanie przed Komisją Europejską

4.4.1. Rola Komisji Europejskiej

Rola Komisji Europejskiej jako organu konkurencji Unii Europejskiej wynika przede wszystkim z powierzenia jej przez *Traktat o Unii Europejskiej* funkcji „strażnika Traktatów”²⁴. Rola Komisji w obszarze reguł konkurencji nie ograni-

21 Postanowienie pkt. 3 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi, że „Scentralizowany system ustanowiony rozporządzeniem nr 17 nie zapewnia już równowagi w realizacji tych dwóch celów. Utrudnia on stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji przez sądy i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, zaś obowiązujący system zgłoszeń uniemożliwia Komisji skoncentrowanie zasobów na przeciwdziałaniu najpoważniejszym naruszeniom konkurencji. Ponadto system ten nakłada na przedsiębiorstwa znaczące koszty”.

22 Art. 13 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.

23 Analiza teoretycznych założeń i modelu instytucjonalnego ECN w: E. Csatlós, *The European Competition Network in the European Administrative System: Theoretical concerns*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2018, vol. 11(17), s. 53–74 oraz F. Cengiz, *Multi-level Governance in Competition Policy: The European Competition Network*, „European Law Review” 2010, vol. 35(5), s. 660–677. Analiza deficytów ECN w: A. Schwab, C. Steinle, *Pitfalls of the European Competition Network – Why Better Protection of Leniency Applicants and Legal Regulation of Case Allocation is Needed*, „European Competition Law Review” 2008, vol. 29(9), s. 523–531.

24 Zgodnie z art. 17 ust. 1 TUE, Komisja wspiera ogólny interes Unii i podejmuje w tym celu odpowiednie inicjatywy. Czuwa nad stosowaniem traktatów i środków przyjmowanych przez instytucje na ich podstawie. Nadzoruje stosowanie prawa Unii pod kontrolą Trybunału

cza się do skutecznego ich egzekwowania. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Musique Diffusion Française SA v. Komisja*,

należy pamiętać, że uprawnienie Komisji do nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorstwa, które, w sposób zamierzony lub w rezultacie niedbalstwa, dopuściły się naruszenia przepisów artykułów 85 ust. 1 i 86 Traktatu, stanowi jeden spośród środków przyznanych jej przez prawo wspólnotowe. Zadanie to obejmuje oczywiście obowiązek prowadzenia dochodzeń i karania za indywidualne naruszenia, lecz także zawiera w sobie obowiązek realizacji polityki ogólnej nakierowanej na stosowanie, w sprawach z zakresu konkurencji, zasad wynikających z Traktatu i nadawania kierunku zachowaniom przedsiębiorstw, tak by pozostawały one zgodne z tymi zasadami²⁵.

Tym samym Komisja odpowiedzialna jest za nadawanie kierunków polityce konkurencji, w tym określanie jej priorytetów, a także prowadzenie działań systemowych służących zapewnieniu zgodności działalności przedsiębiorstw z prawem konkurencji. Komisja realizuje je między innymi poprzez zwiększanie poziomu pewności prawnej w wyniku wydawania różnego rodzaju aktów miękkiego prawa, objaśniających sposób stosowania reguł konkurencji UE oraz prowadzenie działalności popularyzującej prawo konkurencji (*competition advocacy*). Komisja ma także istotne uprawnienia legislacyjne w obszarze reguł konkurencji UE²⁶.

Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wykonuje budżet i zarządza programami. Pełni funkcje koordynacyjne, wykonawcze i zarządzające, zgodnie z warunkami przewidzianymi w traktatach. Z wyjątkiem wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa oraz innych przypadków przewidzianych w traktatach, zapewnia reprezentację Unii na zewnątrz. Podejmuje inicjatywy w zakresie rocznego i wieloletniego programowania Unii w celu osiągnięcia porozumień międzyinstytucjonalnych.

25 Wyrok w połączonych sprawach 100-103/80, *Musique Diffusion Française SA v. Komisja*, ECLI:EU:C:1983:158, pkt 105 oraz wyrok w połączonych sprawach C-189/02 P, C-202/02 P, C-205-208/02 P i C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH i in., KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH i ABB Asea Brown Boveri Ltd przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2005:408, pkt 170.

26 Art. 103 TFUE stanowi:

ust. 1. Rada, na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, wydaje rozporządzenia lub dyrektywy w celu zastosowania zasad ustanowionych w artykułach 101 i 102.

ust. 2. Przepisy, o których mowa w ustępie 1, mają na celu w szczególności:

- a) zapewnienie poszanowania zakazów ustanowionych w artykule 101 ustęp 1 i w artykule 102 przez wprowadzenie grzywnien i okresowych kar pieniężnych;
- b) ustanowienie szczegółowych zasad stosowania artykułu 101 ustęp 3, przy uwzględnieniu potrzeby, z jednej strony zapewnienia skutecznego nadzoru, a z drugiej – uproszczenia w największym możliwym stopniu kontroli administracyjnej;
- c) określenie, w razie potrzeby, w różnych gałęziach gospodarki, zakresu postanowień artykułów 101 i 102;
- d) określenie roli Komisji i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w stosowaniu postanowień określonych w niniejszym ustępie;
- e) określenie relacji między ustawodawstwami krajowymi, z jednej strony, a postanowieniami niniejszej sekcji oraz przepisami przyjętymi w zastosowaniu niniejszego artykułu, z drugiej strony.

W ramach Komisji Europejskiej wdrażaniem europejskich reguł konkurencji zajmuje się Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji (dalej: DG COMP), działająca pod kierownictwem administracyjnym dyrektora generalnego ds. konkurencji i politycznym przewodnictwem komisarza ds. konkurencji. Struktura organizacyjna DG COMP obejmuje dziewięć dyrekcji generalnych, które z kolei dzielą się na wydziały (*Units*)²⁷. Kryteria tego podziału są niejednolite. Niektóre spośród dyrekcji wyodrębnione zostały według kryterium sektorowego, podczas gdy inne, ze względu na kryterium horyzontalne, tak by obejmować swoją właściwością określone rodzaje zadań wykonywanych przez DG COMP w obszarze reguł konkurencji. W strukturze DG COMP szczególne miejsce przewidziane jest dla głównego ekonomisty ds. konkurencji (*Chief Economist*), który, wraz z podległym mu biurem, wspiera Komisję w zakresie ekonomicznych aspektów stosowania reguł konkurencji.

4.4.2. Wszczęcie postępowania

Uprawnienia proceduralne Komisji Europejskiej doprecyzowane zostały w rozporządzeniu Rady nr 1/2003²⁸. Komisja wszczyna postępowania z urzędu lub na wniosek, do którego złożenia uprawnione są osoby fizyczne lub prawne, które wykażą uzasadniony interes, oraz państwa członkowskie²⁹. Poza informacjami uzyskiwanymi w wyniku otrzymywania przez nią formalnych i nieformalnych skarg, Komisja może powziąć wiedzę o naruszeniach reguł konkurencji w następstwie prowadzonych przez nią obserwacji rynku, a także dochodzeń w odniesieniu do sektorów gospodarki i typów porozumień, które może podjąć na podstawie art. 17 rozporządzenia Rady nr 1/2003. Przepis ten upoważnia Komisję do prowadzenia dochodzeń sektorowych lub transsektorowych odnoszących się do określonego typu porozumień, w sytuacji, w której okoliczności faktyczne wskazują, że konkurencja na rynku może zostać ograniczona. W ramach takiego badania Komisja uprawniona jest do żądania niezbędnych informacji od przedsiębiorstw lub ich związków, prowadzenia kontroli (inspekcji), a także żądania od przedsiębiorstw podania do wiadomości wszystkich porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych. Kolejnymi źródłami wiedzy o porozumieniach ograniczających konkurencję są informacje uzyskane od uczestników programu łagodzenia kar (*leniency*)³⁰ oraz od tzw. sygnalistów (*whistleblowers*) – osób posiadających informacje o porozumieniach pomiędzy przedsiębiorstwami i gotowych podzielić się nimi z Komisją.

27 Schemat organizacyjny DG COMP dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/dgs/competition/directory/organi_en.pdf. (dostęp: 12.02.2018).

28 Przepis art. 4 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi: „Do celów stosowania art. 81 i 82 Traktatu Komisja ma uprawnienia przewidziane niniejszym rozporządzeniem”.

29 Art. 7 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003.

30 *Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywn i zmniejszania grzywn w sprawach kartelowych*, Dz. Urz. UE C, nr 298, z 2006 r., s. 11.

Komisja po pozyskaniu informacji dotyczących możliwego naruszenia reguł konkurencji weryfikuje je wstępnie, w czym pomocne są uprawnienia dochodzeniowe ustanowione w przepisach art. 17 i 18 rozporządzenia nr 1/2003. Pierwsze z nich uprawnia Komisję do żądania od przedsiębiorstw (lub ich związków), w drodze zwykłego żądania lub decyzji, wszelkich niezbędnych informacji. Przedsiębiorstwa, do których skierowane jest żądanie lub decyzja zobowiązane są do współdziałania z Komisją, w szczególności do przedłożenia informacji kompletnych, prawdziwych i niewprowadzających w błąd, pod rygorem kary pieniężnej do wysokości 1% sumy obrotów uzyskanych przez przedsiębiorstwo w poprzednim roku obrotowym³¹. Dodatkowo, w przypadku braku terminowej odpowiedzi na żądanie informacji zawarte w decyzji, Komisja może nałożyć karę okresową opierając się na przepisie art. 24 rozporządzenia nr 1/2003.

Komisja może także zwrócić się z wnioskiem o informacje potrzebne do realizacji jej obowiązków do rządów państw członkowskich lub narodowych organów konkurencji. W celu zebrania informacji będących w związku z przedmiotem postępowania, Komisja uprawniona jest ponadto do przyjmowania wyjaśnień od wszelkich osób fizycznych i prawnych, które wyrażą na to zgodę³².

Jednym z najbardziej skutecznych środków dochodzeniowych, którymi dysponuje Komisja, są inspekcje przedsiębiorstw (lub ich związków). W ich ramach kontrolujący oraz inne osoby uprawnione do wzięcia udziału w inspekcji uprawnieni są między innymi do wstępu do wszelkich pomieszczeń, na teren i do środków transportu przedsiębiorstwa, sprawdzania ksiąg i innych rejestrów dotyczących spraw prowadzonych przez przedsiębiorstwo, sporządzania kopii lub wyciągów z tych ksiąg lub rejestrów, a także zadawania pytań przedstawicielom pracowników lub pracownikom przedsiębiorstwa. Inspekcje dokonywane są przy współdziałaniu przedstawicieli organu konkurencji państwa członkowskiego, na którego terenie przeprowadzana jest inspekcja³³.

Inspekcją objęte mogą być także inne pomieszczenia, nieruchomości lub środki transportu, aniżeli te, które znajdują się w posiadaniu przedsiębiorstwa. Jednakże jedynie wówczas,

gdy zaistnieje uzasadnione podejrzenie, że księgi lub inne rejestry dotyczące spraw przedsiębiorstwa, będące przedmiotem kontroli, które mogą mieć znaczenie dla udowodnienia poważnego naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu, są tam przechowywane³⁴.

W przypadku, gdy w wyniku czynności dochodzeniowych podjętych przez Komisję informacje dotyczące możliwego naruszenia reguł konkurencji zostaną

31 Art. 23 ust. 1 lit. a i b rozporządzenia Rady nr 1/2003.

32 Art. 19 ust. 1 *Rozporządzenia Rady nr 1/2003* oraz art. 3 *Rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszącego się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE*, Dz. Urz. L, nr 123/18, z 2004 r.

33 Art. 20 rozporządzenia Rady nr 1/2003.

34 Art. 21 rozporządzenia Rady nr 1/2003.

uprawdopodobnione, Komisja uprawniona jest do formalnego wszczęcia postępowania. Zaznaczyć należy, że uprawnienia dochodzeniowe mogą być realizowane przez Komisję nie tylko przed formalnym wszczęciem postępowania, lecz także po nim. Szczegółowe przepisy dotyczące prowadzenia przez Komisję postępowań w sprawach z zakresu art. 101 i 102 TFUE zawiera *Rozporządzenie Komisji nr 773/2004 odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE*³⁵.

Komisja może wszcząć postępowanie w dowolnym czasie. Musi to jednak nastąpić nie później niż w dniu wydania przez nią określonych czynności postępowania, tj.:

- wydania wstępnej oceny, o której mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003,
- wydania pisma z zarzutami,
- zwrócenia się do stron o wyrażenie zainteresowania przystąpieniem do rozmów ugodowych, albo
- opublikowania streszczenia sprawy, zgodnie z art. 27 ust. 4 rozporządzenia nr 1/2003, w zależności od tego, co nastąpi wcześniej.

Komisja może podać wszczęcie postępowania do publicznej wiadomości w dowolnie właściwy sposób. Przed dokonaniem tego Komisja zobowiązana jest poinformować zainteresowane strony³⁶. Decyzja o wszczęciu postępowania nie podlega kontroli sądowej. Wraz z jej wydaniem przedsiębiorstwo, względem którego wszczęto postępowanie, staje się jego stroną, korzysta ze wszelkich uprawnień właściwych stronie oraz gwarancji proceduralnych. Wszczęcie postępowania przez Komisję pozbawia narodowe organy konkurencji kompetencji do wszczęcia postępowania w sprawie.

4.4.3. Przebieg postępowania przed Komisją

W toku postępowania Komisja doręcza wszystkim stronom, przeciwko którym podniesiono zarzuty, tzw. pismo z zarzutami (*Statement of Objections*). Jego przekazanie stronom stanowi niezbędny element postępowania, służący realizacji przez przedsiębiorstwa ich uprawnień do bycia wysłuchanym³⁷. Z uprawnieniami

35 *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE*, Dz. Urz. L, nr 123/18, z 2004 r.

36 Art. 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004.

37 Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w połączonych sprawach 142 i 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd and R. J. Reynolds Industries Inc. v Komisja* (ECLI:EU:C:1987:490, pkt 70), „pismo z zarzutami jest dokumentem przygotowawczym zawierającym ocenę, które mają jedynie prowizoryczny charakter i które zmierzają do określenia zakresu postępowania administracyjnego w odniesieniu do spółek, przeciwko którym zostały one wniesione”.

tymi skorelowany jest, wynikający z treści art. 27 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, obowiązek Komisji wysłuchania stron postępowania przed podjęciem przez nią decyzji o stwierdzeniu i zaprzestaniu naruszenia, decyzji o środkach tymczasowych i decyzji nakładających kary pieniężne na podstawie przepisu art. 23 lub 24 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003. Podstawą decyzji wydanej przez Komisję mogą być wyłącznie zarzuty, co do których strony mogły się wypowiedzieć. Pismo z zarzutami musi zatem zawierać wyczerpujące i precyzyjne omówienie zarzutów kierowanych do stron postępowania, w tym stanu faktycznego i prawnego oraz dowodów, na których Komisja opiera swoje zarzuty. Pismo z zarzutami określa także, w rozsądnych granicach, termin, w którym mogą one ustosunkować się do nich pisemnie³⁸.

Stosownie do treści art. 2 rozporządzenia nr 1/2003, ciężar udowodnienia naruszenia art. 101 ust. 1 lub art. 102 TFUE spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie, a zatem – w przypadku postępowań prowadzonych przez Komisję – na Komisji. Z kolei ciężar udowodnienia okoliczności objętych art. 101 ust. 3 TFUE spoczywa na przedsiębiorstwie lub związku przedsiębiorstw ubiegających się o wyłączenie na jego mocy.

Niezwłocznie po doręczeniu pisma z zarzutami strony otrzymują dostęp do akt Komisji, co z kolei umożliwić ma im przygotowanie linii obrony przed zarzutami Komisji³⁹. Prawo do wglądu do akt nie jest bezwzględne, albowiem nie obejmuje informacji poufnych i wewnętrznych dokumentów Komisji lub organów ochrony konkurencji państw członkowskich⁴⁰. Szczegółowy zakres i tryb realizacji prawa dostępu do akt określony został w obwieszczeniu Komisji dotyczącym zasad dostępu do akt Komisji w sprawach na mocy art. 81 i 82 Traktatu WE, art. 53, 54 i 57 porozumienia EOG oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004⁴¹.

Strony mogą także wnieść o wysłuchanie ustne, które odbywa się przed specjalnym urzędnikiem niezależnym od Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji, a podlegającym bezpośrednio komisarzowi ds. spraw konkurencji. Rolą tego tzw. funkcjonariusza ds. przesłuchań (*Hearing Officer*), jest umożliwienie stronom przedstawienia argumentów polemicznych względem twierdzeń Komisji i wysłuchanie ich w sposób bezstronny oraz obiektywny. Poza stronami i funkcjonariuszem ds. przesłuchań w wysłuchaniach ustnych biorą często udział także wyżsi urzędnicy Komisji, urzędnicy Służb Prawnych Komisji oraz przedstawiciele państw członkowskich, reprezentujący je w Komitecie Doradczym ds. Praktyk Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominujących.

Przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie, treść jej projektu podlega konsultacjom wewnętrznym – ze służbami prawnymi Komisji i innymi

38 Art. 10 ust. 1 i 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004.

39 Art. 27 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 oraz art. 15 ust. 1 rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004.

40 Art. 27 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 oraz art. 15 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004.

41 Dz. Urz. UE C, nr 325/07, z 2005 r.

Dyrekcjami Generalnymi. Ponadto Komisja, zgodnie z art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, obowiązana jest skonsultować jego treść z Komitetem Doradczym ds. Praktyk Ograniczających Konkurencję i Pozycji Dominujących. Komitet ten składa się z przedstawicieli organów ochrony konkurencji państw członkowskich i powołany jest w celu przedyskutowania spraw z naruszeń art. 101 i 102 TFUE, zawisłych przed Komisją. Może jednak także, na wniosek NCA lub z inicjatywy Komisji, przeprowadzić konsultacje dotyczące sprawy zawisłej przed NCA (nie wydaje jednak wtedy opinii), a także omawiać ogólne kwestie dotyczące europejskiego prawa konkurencji. Konsultacje decyzji Komisji mogą odbywać się ustnie, podczas posiedzeń zwołanych i prowadzonych przez Komisję lub w trybie pisemnym. Komitet wydaje pisemną opinię na temat wstępnego projektu decyzji Komisji. Opinia ta nie jest wiążąca dla Komisji, jednakże jest ona obowiązana wziąć ją pod uwagę „w najwyższym stopniu”⁴². Opinia Komitetu dołączana jest do decyzji Komisji i publikowana przez nią, jeżeli Komitet tak zaleci.

4.4.4. Zakończenie postępowania

Po zakończeniu oceny sprawy Komisja wydaje odpowiednią decyzję. Jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania stwierdziła naruszenie art. 101 lub 102 TFUE, zwykle wydaje decyzję o stwierdzeniu naruszenia i nakazie zaprzestania naruszenia. W przypadku jednak, gdy przedsiębiorstwa zaprzestały praktyki przed wydaniem decyzji, Komisja, jeżeli posiada w tym uzasadniony interes, może stwierdzić, że naruszenie zostało popełnione w przeszłości. Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 może dodatkowo nałożyć na przedsiębiorstwa obowiązki związane z wykonaniem środków zaradczych, mających na celu skuteczne wyeliminowanie skutków naruszenia. Środki te mogą mieć charakter behawioralny, jak i strukturalny, przy czym pierwszeństwo zostało nadane tym pierwszym. Środki strukturalne mogą być zastosowane jedynie wtedy, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawioralne lub gdy równie skuteczne środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne. Wszelkie środki zaradcze muszą mieć charakter proporcjonalny do naruszenia i konieczne do jego skutecznego zakończenia. W praktyce środki strukturalne, o których mowa w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, stosowane są przez Komisję wyjątkowo⁴³.

⁴² Art. 14 ust. 3 i 4 rozporządzenia nr 1/2003.

⁴³ Do wyjątkowych przypadków należy środek strukturalny zastosowany przez Komisję w 2016 r. w odniesieniu do ARA, a polegający na nałożeniu obowiązku zbycia, przez sprawcę naruszenia, na rzecz niezależnych podmiotów, infrastruktury zbierania odpadów komunalnych – por. decyzję Komisji z 20 września 2016 r. w sprawie AT.39759 – ARA Foreclosure, niepublikowaną.

W decyzji wydanej na podstawie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 Komisja zwykle nakłada na przedsiębiorstwa karę pieniężną za umyślne, jak i powstałe w wyniku zaniedbania, naruszenie zakazów ustanowionych w art. 101 i 102 TFUE⁴⁴.

W miejsce decyzji z art. 7 ust. 1 Komisja, na wniosek zainteresowanych przedsiębiorstw, może wydać decyzję zobowiązaniową (*commitments decision*), o której mowa w art. 9 rozporządzenia nr 1/2003. Decyzja ta nakazuje zaprzestania kwestionowanych praktyk i czyni wiążącymi zobowiązania zaproponowane przez przedsiębiorstwo, a następnie zaakceptowane przez Komisję. Jednocześnie poprzez jej wydanie Komisja uznaje, że nie ma podstaw do działania, bez rozstrzygnięcia, czy doszło i czy nadal dochodzi do naruszenia⁴⁵. Komisja dysponuje pełną dyskrecjonalnością w zakresie podejmowania decyzji o tym, jakie sprawy rozstrzygnąć w drodze decyzji zobowiązującej. Decyzje te nie mogą jednak dotyczyć spraw, w których Komisja zamierza nałożyć grzywnę⁴⁶. Dotyczy to między innymi karteli⁴⁷, a w szczególności tych, których charakter jest tajny i które podlegają przepisom obwieszczenia Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych⁴⁸.

Jak wyjaśniła Rada w pkt. 13 i 22 preambuły do rozporządzenia nr 1/2003, decyzje w sprawie zobowiązań pozostają bez uszczerbku dla uprawnień organów ochrony konkurencji i sądów państw członkowskich w zakresie stwierdzania naruszenia i rozstrzygnięcia w sprawie⁴⁹. Jednak, zgodnie z art. 11 ust. 6 tego rozporządzenia „wszczęciem przez Komisję postępowania w celu przyjęcia decyzji na mocy rozdziału III, pozbawia organy ochrony konkurencji państw członkowskich ich kompetencji w zakresie stosowania art. 81 i 82 Traktatu”. Ponadto, stosownie do art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003,

jeżeli organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk na mocy art. 81 lub 82 Traktatu, które już są przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą wydawać decyzji sprzecznych z decyzją przyjętą przez Komisję.

Oznacza to, że wszczęcie przez Komisję postępowania zmierzającego do wydania decyzji zobowiązującej uniemożliwia wszczęcie postępowania w sprawie przez

44 Więcej na ten temat w podrozdziale poświęconym sankcjom za naruszenie reguł konkurencji UE.

45 Por. pkt 13 preambuły do rozporządzenia Komisji nr 1/2003.

46 *Ibidem* oraz *Zawiadomienie Komisji w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowań w związku z art. 101 i 102 TFUE*, Dz. Urz. C, nr 308, z 2011 r., s. 6, pkt 116.

47 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford 2012, s. 362, A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 945–946.

48 *Zawiadomienie Komisji w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowań w związku z art. 101 i 102 TFUE...*

49 Zgodnie z pkt. 22 preambuły do rozporządzenia 1/2003 *in fine*, „wydane przez Komisję decyzje w sprawie zobowiązań nie wpływają na uprawnienia sądów i organów ochrony konkurencji Państw Członkowskich do stosowania art. 81 i 82 Traktatu”.

NCA lub sąd krajowy. W sytuacji natomiast, gdyby postępowanie zostało już zakończone, należałoby uznać, że może być ono podjęte, jednak nie może prowadzić do wydania decyzji sprzecznej z decyzją Komisji. Przyjmując prowizorycznie, że sprzeczna z decyzją Komisji nie byłaby wyłącznie decyzja NCA nakładająca na przedsiębiorstwo analogiczne zobowiązania, taka regulacja pozbawia sensu wszczynanie postępowań przez krajowe organy.

Zobowiązania proponowane przez przedsiębiorstwa muszą uwzględniać zastrzeżenia Komisji wyrażone we wstępnej fazie postępowania. Treść zobowiązań stanowi efekt negocjacji prowadzonych przez przedsiębiorstwo z Komisją. Są one zwykle inicjowane przez przedsiębiorstwo, któremu zarzucane jest naruszenie i mogą być rozpoczęte jeszcze przed wydaniem pisma z zastrzeżeniami. Zobowiązania, podobnie jak środki zaradcze, które mogą zostać nałożone w decyzji wydanej na podstawie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, mogą mieć charakter behawioralny lub strukturalny. Muszą one służyć wyeliminowaniu zagrożeń dla konkurencji, zidentyfikowanych uprzednio przez Komisję, być jasne i być możliwymi do realizacji przez zobowiązane przedsiębiorstwo⁵⁰. Przyjmowane są na czas określony.

Jeżeli w następstwie negocjacji Komisja dojdzie do wniosku, że zamiarem przedsiębiorstwa jest rzeczywiście przyjęcie na siebie zobowiązań, sporządza wstępną ocenę (*Preliminary Assessment*), która podsumowuje stan faktyczny i określa zastrzeżenia Komisji. Wstępna ocena stanowi podstawę do dalszych negocjacji treści zobowiązań przez strony⁵¹. Propozycja zobowiązań publikowana jest na stronie internetowej DG COMP. Zaproponowane zobowiązania, po ich przedyskutowaniu przez strony, są następnie konsultowane przez Komisję z innymi uczestnikami rynku. W tym celu Komisja, działając na podstawie art. 27 ust. 4 rozporządzenia nr 1/2003, publikuje w „Dzienniku Urzędowym UE” komunikat zawierający streszczenie sprawy i proponowanych przez przedsiębiorstwo zobowiązań, a także wezwanie uczestników rynku do zgłaszania uwag, w terminie nie krótszym aniżeli miesiąc. W zależności od rezultatów tak przeprowadzonego testu rynkowego, przedsiębiorstwo może zdecydować o zmianie treści zobowiązań. Jeżeli zobowiązania zostały uzgodnione, Komisja wydaje decyzję zobowiązaniową, w wyniku czego stają się one wiążące dla przedsiębiorstwa.

Komisja ściśle monitoruje wykonywanie zobowiązań przez przedsiębiorstwa. W decyzji zobowiązującej może ona także ustanowić nadzorcę (*trustee*), który czuwać ma nad realizacją przyjętych przez przedsiębiorstwo zobowiązań. Może także nałożyć na przedsiębiorstwo obowiązek składania cyklicznych raportów dotyczących ich wykonywania. Po wydaniu decyzji zobowiązaniowej Komisja może jednak wznowić postępowanie działając z urzędu lub na wniosek. Może to mieć miejsce:

50 Por. notę prasową Komisji z 8 marca 2013 r. *Antitrust: commitment decisions – frequently asked questions*.

51 *Ibidem*.

- a) jeżeli nastąpiła istotna zmiana odnośnie do jakiegokolwiek faktu, który był podstawą do podjęcia decyzji;
- b) jeżeli zainteresowane przedsiębiorstwo działa wbrew swoim zobowiązaniom; lub
- c) jeżeli decyzja została podjęta na podstawie niekompletnych, nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji dostarczonych przez strony⁵².

W takiej sytuacji Komisja podejmuje ponownie postępowanie zmierzające do wydania decyzji opartej na art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003. Brak realizacji zobowiązań skutkować może także nałożeniem przez Komisję kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu przedsiębiorstwa za poprzedni rok obrotowy. Z kolei opóźnienie w ich realizacji może prowadzić do wydania przez Komisję decyzji nakładającej na przedsiębiorstwo okresową karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej 5% średniego dziennego obrotu w poprzedzającym roku obrotowym za każdy dzień opóźnienia. Kara naliczana jest począwszy od dnia wydania decyzji.

Od roku 2008, wraz z wejściem w życie rozporządzenia Komisji nr 622/2008, zmieniającego rozporządzenie nr 773/2004, Komisja dysponuje dodatkowym instrumentem zakończenia postępowania w sprawie karteli. Zgodnie z art. 10a rozporządzenia nr 773/2004, uprawniona jest ona do przeprowadzenia postępowania ugodowego. Służy ono ekonomice proceduralnej, pozwalając na zakończenie postępowania szybciej i mniejszym nakładem zasobów. Sens postępowania ugodowego sprowadza się do obniżenia o 10% kary pieniężnej, która normalnie została by nałożona, w odniesieniu do przedsiębiorstwa, które zdecydowało się do ugody przystąpić i uznać swoją odpowiedzialność za naruszenie.

Szczegółowy tryb postępowania określony został w rozporządzeniu nr 773/2004 i w Obwieszczeniu Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych, wydanym w 2008 r. i znowelizowanym siedem lat później⁵³. W skróto wym ujęciu przebieg postępowania ugodowego przedstawia się w sposób następujący. Po wszczęciu postępowania w sprawie kartelowej, Komisja może wyznaczyć przedsiębiorstwu termin na zadeklarowanie na piśmie gotowości do przystąpienia do rozmów ugodowych. W toku rozmów Komisja może udzielić stronom istotnych informacji, które mogą mieć wpływ na podjęcie przez przedsiębiorstwo decyzji o przygotowaniu propozycji ugodowej, w tym o: zarzutach, jakie zamierza przeciwko nim podnieść, dowodach wykorzystanych do określenia przewidywanych zarzutów, planowanych karach pieniężnych. Komisja może wyznaczyć stronom kolejny termin, nie krótszy niż 15 dni, do przedłożenia

52 Art. 9 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

53 Dz. Urz. C, nr 167/01, z 2008 r., zob. także komunikat Komisji *Zmiany do obwieszczenia Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych*, Dz. Urz. UE C, nr 256/02, z 2015 r.

propozycji ugodowych i uznania ich odpowiedzialności za naruszenie przez nie art. 101 TFUE⁵⁴. Przedstawienie propozycji ugodowych następuje w formalnym wniosku złożonym do Komisji przez przedsiębiorstwo. Wniosek ten musi zawierać:

- a) jednoznaczne i jasne przyznanie się stron do odpowiedzialności za naruszenie ze zwięzłym opisem jego przedmiotu, ewentualnej realizacji, głównych okoliczności faktycznych naruszenia, ich kwalifikacji prawnej, w tym roli jaką odegrały dane strony oraz długości ich udziału w naruszeniu, zgodnie z wynikami rozmów ugodowych;
- b) wskazanie maksymalnej kwoty grzywny, która według przewidywań stron zostanie nałożona przez Komisję i którą strony zaakceptowałyby w ramach postępowania ugodowego;
- c) potwierdzenie przez strony, że zostały dostatecznie poinformowane o zarzutach, jakie zamierza przeciwko nim podnieść Komisja, oraz że zapewniono im dostateczną możliwość przekazania swojego stanowiska Komisji
- d) potwierdzenie przez strony, że w związku z powyższym nie zamierzają występować z wnioskiem o udostępnienie akt lub ponowne wysłuchanie w ramach przesłuchania ustnego, chyba że Komisja nie uwzględni ich propozycji ugodowych w przedstawieniu zarzutów ani w decyzji;
- e) zgodę stron na otrzymanie przedstawienia zarzutów oraz ostatecznej decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 w uzgodnionym języku urzędowym Wspólnoty Europejskiej⁵⁵.

W dalszej kolejności Komisja sporządza i przesyła stronom pismo z zarzutami, uwzględniające treść propozycji ugodowej. Jeżeli strony w wyznaczonym terminie potwierdzą, że pismo zawiera ich propozycje, Komisja uprawniona jest do wydania decyzji na podstawie art. 7 rozporządzenia nr 1/2003, nakładającej karę pieniężną na podstawie art. 23 tego rozporządzenia, jednakże obniżoną o 10%. Na każdym etapie postępowania, Komisja, jeśli uzna, że zagrożony jest sprawny przebieg postępowania, może podjąć decyzję o przerwaniu rozmów ugodowych. W takiej sytuacji prowadzi ona zwykłe postępowanie zmierzające do wydania decyzji z art. 7 rozporządzenia nr 1/2003. Wydanie decyzji w następstwie postępowania ugodowego nie stanowi przeszkody do zastosowania przez strony środków odwoławczych.

Kolejną decyzją, którą Komisja może zakończyć postępowanie, jest decyzja o stwierdzeniu niestosowania, podejmowana na podstawie przepisu artykułu 10 rozporządzenia Rady nr 1/2003. Przepis ten stanowi, że Komisja, działając z urzędu i jeżeli interes publiczny Unii tego wymaga, może w drodze decyzji stwierdzić, że art. 101 TFUE nie ma zastosowania, albowiem warunki określone w art. 101 ust. 1 Traktatu nie zostały spełnione lub warunki określone w art. 81 ust. 3 Traktatu zostały spełnione. Komisja może dokonać takiego stwierdzenia także w odniesieniu

54 Art. 10a ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 oraz obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych, pkt 17.

55 Obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych, pkt 20.

do zakazu nadużycia pozycji dominującej określonego w art. 102 TFUE. Jak wyjaśniła Rada w preambule do rozporządzenia nr 1/2003, decyzja taka wydawana jest w wyjątkowych wypadkach

w celu uczynienia prawa jaśniejszym i zapewnienia jego jednolitego stosowania na całym obszarze Wspólnoty, w szczególności w odniesieniu do nowych typów porozumień i praktyk, które nie zostały stwierdzone w istniejącym orzecznictwie i praktyce administracyjnej.

Decyzja taka ma charakter deklaratoryjny. Dotychczas decyzja tego rodzaju nie została przez Komisję wydana.

Komisja uprawniona jest także, na podstawie art. 29 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 do wydania decyzji o wycofaniu przywileju wyłączenia blokowego, jeżeli uzna, że w danym przypadku porozumienie, decyzja lub praktyka uzgodniona, do których stosuje się wyłączenie, spowoduje skutki niezgodne z art. 101 ust. 3 TFUE. Decyzja ta podejmowana jest w następstwie postępowania służącego zbadaniu skutków porozumienia. Wycofanie przywileju wyłączenia blokowego może być dokonane także przez NCA w odniesieniu do terytorium państwa członkowskiego, jeżeli niezgodne z art. 101 ust. 3 TFUE skutki porozumienia powstają na tym terytorium lub na jego części noszącej znamiona odrębnego rynku geograficznego.

W toku postępowania Komisja uprawniona jest także do wydawania decyzji o zastosowaniu środków tymczasowych, opartych na przepisie art. 8 rozporządzenia nr 1/2003⁵⁶. Decyzję taką Komisja może wydać wyłącznie z urzędu, choć w praktyce często wnioskuje o jej wydanie podmioty wnoszące skargę. Środki tymczasowe nałożone mogą być wyłącznie na czas oznaczony, w przypadkach naglących, ze względu na ryzyko zaistnienia poważnej i nienaprawialnej szkody dla konkurencji.

Komisja podejmuje decyzje kolegialnie⁵⁷. Jednakże ze względów praktycznych do podjęcia mniej znaczących decyzji w toku postępowania stosowana jest tzw. procedura upoważnienia, określona w art. 13 Regulaminu Komisji. Zgodnie z treścią tego przepisu:

Komisja może, z zastrzeżeniem pełnego poszanowania zasady odpowiedzialności kolegialnej, upoważnić jednego lub więcej jej członków do przyjęcia środków zarządzania lub administracyjnych w jej imieniu i z zastrzeżeniem przestrzegania takich ograniczeń i warunków, jakie ona nałoży.

Komisja może także polecić jednemu lub więcej jej członkom, za zgodą przewodniczącego, przyjęcie ostatecznego tekstu jakiegokolwiek aktu, lub jakiegokolwiek propozycji, który ma zostać przedstawiony innej instytucji, a którego zasadnicze postanowienia zostały określone w trakcie dyskusji.

56 Zob. także postanowienie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 792/79R, Camera Care Ltd v. Komisja Europejska, ECLI:EU:C:1980:18.

57 Zgodnie z art. 17 ust. 6 lit. b TUE Przewodniczący Komisji decyduje o wewnętrznej organizacji Komisji tak, aby zapewnić spójność, skuteczność i kolegialność jej działania; por. także art. 1 Regulaminu Komisji, Dz. Urz. L, nr 308/26, z 2000 r., zgodnie z którym: „Komisja działa kolegialnie zgodnie z niniejszym regulaminem i w zgodności z politycznymi wytycznymi ustanowionymi przez przewodniczącego”.

Uprawnienia przekazane w ten sposób mogą zostać subdelegowane dyrektorom generalnym i szefom służby, chyba że jest to wyraźnie zakazane w decyzji upoważniającej.

Przepisy pierwszego, drugiego i trzeciego akapitu pozostają bez uszczerbku dla zasad dotyczących delegacji uprawnień w odniesieniu do spraw finansowych lub uprawnień przekazanych organowi powołującemu i organowi upoważnionemu do zawierania umów o pracę.

Decyzje o stwierdzeniu i zaprzestaniu naruszenia, środkach tymczasowych, zobowiązaniach, o stwierdzeniu niestosowania i o karach pieniężnych (w tym okresowych) podjęte być mogą wyłącznie przez Komisję działającą kolegialnie.

Z obserwacji praktyki Komisji wynika, że dąży ona obecnie do rozstrzygania postępowań dotyczących praktyk ograniczających konkurencję w drodze decyzji ugodowych i zobowiązaniowych. Trend ten widoczny jest doskonale w statystykach decyzji podejmowanych przez Komisję w ostatnich dziesięciu latach⁵⁸. W latach 2006–2010 udział decyzji stwierdzających naruszenie wydanych na podstawie art. 7 rozporządzenia nr 1/2003, w ogólnej liczbie decyzji wydanych przez Komisję w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję, oscylował wokół 50%⁵⁹. W kolejnych latach udział ten był istotnie mniejszy. Wzrósł natomiast istotnie udział decyzji zobowiązujących i decyzji ugodowych⁶⁰.

4.5. Sądowa kontrola decyzji KE

Decyzje Komisji Europejskiej podlegają kontroli sądowej sprawowanej przez TSUE w ramach postępowania o stwierdzenie nieważności, o którym mowa w art. 263 TFUE⁶¹. Przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności może być żądanie unie-

58 Dokument roboczy służb Komisji towarzyszący dokumentowi Raport Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-społecznego – Raport o polityce konkurencji za rok 2016, z 31 maja 2017 r., KOM(2017) 285 ostateczny, s. 14.

59 W roku 2006 na 13 decyzji w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, Komisja wydała 8 decyzji stwierdzających naruszenie, w kolejnych latach proporcja ta przedstawiała się następująco – 2007 r. – 14 do 12, 2008 r. 14 do 8, 2009 r. – 11 do 7, 2010 r. – 14 do 6, 2011 r. – 8 do 2, 2012 r. – 11 do 5, 2013 r. – 12 do 4, 2014 r. – 16 do 6, 2015 r. – 8 do 2, 2016 r. – 10 do 1.

60 W roku 2013 Komisja wydała 4 decyzje zobowiązaniowe i 3 ugodowe, na 12 wydanych decyzji, w 2014 r. – 2 zobowiązaniowe i 8 ugodowych na 16 wydanych decyzji, w 2015 r. – 1 zobowiązaniową, 2 ugodowe i 1 hybrydową (tj. taką, w której do ugody przystąpiły niektóre tylko strony kartelu, a pozostałe nie) na 8 wydanych decyzji, w 2016 r. – 3 zobowiązaniowe, 3 ugodowe i 3 hybrydowe na 10 wydanych decyzji.

61 Zgodnie z treścią akapitów 1–2 i 4 tego przepisu:

„TSUE kontroluje legalność aktów ustawodawczych, aktów Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich. Kontroluje również legalność aktów organów lub jednostek organizacyjnych Unii, które zmierzają do wywarcia skutków prawnych wobec osób trzecich.

ważnienia każdego aktu, innego niż zalecenie i opinia, wydanego przez Komisję, Radę, Europejski Bank Centralny, Parlament Europejski i Radę Europejską, jeżeli spełnia on następujące warunki:

- 1) wywołuje skutki prawne,
- 2) jest ostateczny.

Zgodnie z regułą ustanowioną w sprawie Komisja przeciwko Radzie (AETR), kontroli sądowej opartej na przepisie art. 263 TFUE podlegają „wszelkie akty wydawane przez instytucje i mające na celu wywołanie skutków prawnych, niezależnie od ich charakteru i formy”⁶². W konsekwencji przedmiotem zaskarżenia mogą być nie tylko decyzje Komisji odpowiadające jednemu z typów wskazanych w rozporządzeniu nr 1/2003, lecz także inne akty wydawane przez nią w toku postępowania, o ile tylko wywołują skutki prawne i są ostateczne. Za akty podlegające możliwości zaskarżenia uznane zostały między innymi listy skierowane przez Komisję do skarżących, w których ostatecznie odrzuciła ona ich skargi⁶³. Z kolei aktem takim nie jest, co do zasady, pismo z zarzutami, które nie wywołuje skutków prawnych, a ponadto nie ma charakteru ostatecznego, a jedynie przygotowawczy⁶⁴.

Legitymację czynną do złożenia skargi o stwierdzenie nieważności aktu mają, zgodnie z treścią art. 263 TFUE, dwie kategorie podmiotów:

- 1) skarżący uprzywilejowani, do których należą: państwa członkowskie, Komisja, Parlament Europejski i Rada; podmioty te nie muszą wykazywać interesu prawnego w złożeniu skargi,
- 2) skarżący nieuprzywilejowani, do których zaliczane są inne podmioty; mogą oni wnosić skargi na akty, których są adresatami, a także na takie, które dotyczą ich bezpośrednio i indywidualnie.

W tym celu Trybunał jest właściwy do orzekania w zakresie skarg wniesionych przez Państwo Członkowskie, Parlament Europejski, Radę lub Komisję, podnoszących zarzut braku kompetencji, naruszenia istotnych wymogów proceduralnych, naruszenia Traktatów lub jakiegokolwiek reguły prawnej związanej z ich stosowaniem lub nadużycia władzy. [...]

Każda osoba fizyczna lub prawna może wnieść, na warunkach przewidzianych w akapitach pierwszym i drugim, skargę na akty, których jest adresatem lub które dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie oraz na akty regulacyjne, które dotyczą jej bezpośrednio i nie wymagają środków wykonawczych”.

62 Wyrok w sprawie 22/70, *Komisja v. Rada (AETR)*, ECLI:EU:C:1971:32, pkt 39 i 42.

63 Wyrok w połączonych sprawach 142 i 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd i R. J. Reynolds Industries Inc. v. Komisja*, ECLI:EU:C:1987:133.

64 Wyrok w sprawie 60/81, *International Business Machines Corporation v. Komisja*, ECLI:EU:C:1981:264, pkt 21, w którym Trybunał wskazał, że „[...] ani wszczęcie postępowania, ani pismo z zastrzeżeniami nie mogą zostać uznane, w oparciu o ich charakter i skutki prawne, które wywołują, za decyzje w rozumieniu artykułu 173 Traktatu EWG [obecnie art. 263 TFUE – ł. G.], które mogą być kwestionowane w skardze o ich unieważnienie. W świetle procedury administracyjnej, ustanowionej w Rozporządzeniach nr 17 i nr 99/63, stanowią one środki proceduralne przyjęte w ramach przygotowania decyzji, która stanowi ich kulminację”, zob. także wyrok w połączonych sprawach: 142 i 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd i R. J. Reynolds Industries Inc. v. Komisja*, ECLI:EU:C:1987:490, pkt 70.

Zaskarżyć decyzję Komisji Europejskiej w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, poza skarżącymi uprzywilejowanymi, mogą zatem jej adresaci, lecz także osoby trzecie, pod warunkiem wykazania, że decyzja dotyczy ich bezpośrednio i indywidualnie. Oznacza to, że muszą one przedstawić dowód, że zaskarżany akt wywołuje wpływ na ich sytuację prawną, bez konieczności podejmowania dalszych działań przez krajowe lub europejskie organy⁶⁵. Decyzje Komisji wydawane w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, mają taki charakter. Po drugie, podmioty te muszą wykazać, że

decyzja dotyczy ich ze względu na pewne atrybuty, które im tylko przynależą, lub ze względu na okoliczności, pod względem których można je odróżnić od wszystkich pozostałych osób, a czynniki te wyróżniają je indywidualnie, tak jak miałyby to miejsce w odniesieniu do jej adresatów⁶⁶.

To, czy decyzja odnosi się do osoby trzeciej indywidualnie, interpretowane jest wąsko. Domniemywa się, że decyzja dotyczy indywidualnie strony trzeciej, która brała aktywny udział w postępowaniu przed Komisją⁶⁷. TSUE w niektórych przypadkach dopuszczał jednak także możliwość złożenia skargi przez podmiot, który nie uczestniczył w postępowaniu przed Komisją, lecz był uprawniony do wzięcia w nim udziału lub do złożenia uprzednio do Komisji skargi w sprawie. W związku z tym uprawnionymi do złożenia skargi o stwierdzenie nieważności są dostawcy, stowarzyszenia konsumentów, konkurenci aktualni i potencjalni oraz przedsiębiorstwa działające na sąsiednich rynkach⁶⁸.

Skargę o stwierdzenie nieważności decyzji wydanej w sprawach z zakresu konkurencji, składa się, co do zasady, do Sądu UE w terminie dwóch miesięcy od daty publikacji aktu lub jego notyfikowania skarżącemu a, w razie ich braku, od daty powzięcia przez niego wiadomości o tym akcie⁶⁹.

Zakres sprawowanej przez Sąd UE kontroli decyzji Komisji uzależniony jest od treści zarzutów podniesionych przez składającego skargę. W zakresie oceny okoliczności faktycznych i prawnych sąd sprawuje pełną kontrolę nad decyzją Komisji, co oznacza, że dokonuje w tym zakresie całościowej i gruntownej analizy rozstrzygnięcia Komisji. W odniesieniu do „złożonych kwestii ekonomicznych”, których ocena podlega, co do zasady, dyskrecjonalnej ocenie Komisji, Sąd UE sprawuje kontrolę ograniczoną do zbadania, czy nie popełniła ona rażącego błędu w ocenie⁷⁰. Zgodnie

65 Wyrok w sprawie C-386/96 P, *Société Louis Dreyfus & Cie v. Komisja*, ECLI:EU:C:1998:193, pkt 43.

66 Wyrok w sprawie 25/62, *Plaumann & Co. v. Komisja*, ECLI:EU:C:1963:17.

67 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 370; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 945–993; R. Whish, D. Bailey, *Competition...*, s. 302.

68 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 370.

69 Trybunał Sprawiedliwości jest kompetentny w sprawach skarg o stwierdzenie nieważności skierowanych przez państwa członkowskie przeciwko Parlamentowi Europejskiemu lub Radzie oraz skarg wniesionych przez jedną instytucję europejską przeciwko innej. Sąd UE właściwy jest w zakresie pozostałych skarg wnoszonych zgodnie z art. 263 TFUE.

70 Por. wyrok w połączonych sprawach 56/64 i 58/64, *Consten i Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41.

z art. 264 TFUE, jeżeli skarga jest zasadna, orzeka on o nieważności danego aktu. Jeżeli uzna to za niezbędne, wskazuje także, które skutki aktu, o którego nieważności orzekł, powinny być uważane za ostateczne.

W przypadku uchylenia decyzji przez Sąd UE, skarżący mogą wystąpić do niego o zasądzenie, na podstawie przepisu art. 340 TFUE, odszkodowania za szkodę poniesioną w wyniku wydania przez Komisję uchylonej decyzji⁷¹.

Poza uprawnieniem do uchylenia decyzji Komisji, TSUE uprawniony jest, na podstawie art. 261 TFUE oraz art. 31 rozporządzenia nr 1/2003, także do uchylenia, obniżenia lub podwyższenia nałożonej przez Komisję kary pieniężnej⁷². Sąd UE oraz Trybunał Sprawiedliwości mają nieograniczoną jurysdykcję do rozpatrywania odwołań od decyzji, w których Komisja nałożyła grzywnę lub okresową karę pieniężną. Trybunał Sprawiedliwości może uchylić, obniżyć lub podwyższyć nałożoną grzywnę lub okresową karę pieniężną.

Od wyroków Sądów UE przysługuje apelacja do Trybunału Sprawiedliwości, w terminie dwóch miesięcy od wydania orzeczenia przez Sąd UE⁷³. Kontrola sprawowana przez Trybunał Sprawiedliwości ogranicza się wyłącznie do oceny kwestii prawnych.

4.6. Wdrażanie europejskich reguł konkurencji przez NCA

Narodowe organy konkurencji, począwszy od 1 maja 2004 r., odgrywają kluczową rolę we wdrażaniu reguł konkurencji UE, odpowiadając za 85% ich publicznego egzekwowania⁷⁴. Rozporządzenie nr 1/2003 ustanowiło złożony system podziału

71 Zgodnie z art. 340 akapit 2 TFUE, „W dziedzinie odpowiedzialności pozaumownej Unia powinna naprawić, zgodnie z zasadami ogólnymi, wspólnymi dla praw Państw Członkowskich, szkody wyrządzone przez jej instytucje lub jej pracowników przy wykonywaniu ich funkcji”.

72 Stosownie do art. 261 TFUE, Rozporządzenia uchwalone wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, i przez Radę, na mocy postanowień traktatów, mogą przyznać Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej nieograniczone prawo orzekania w odniesieniu do kar przewidzianych w tych rozporządzeniach.

Z kolei art. 31 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi, że Trybunał Sprawiedliwości ma nieograniczoną jurysdykcję do rozpatrywania odwołań od decyzji, w których Komisja nałożyła grzywnę lub okresową karę pieniężną. Trybunał Sprawiedliwości może uchylić, obniżyć lub podwyższyć nałożoną grzywnę lub okresową karę pieniężną.

73 Zgodnie z art. 56 Statutu TSUE „Odwołanie może zostać wniesione do Trybunału Sprawiedliwości w terminie dwóch miesięcy od zawiadomienia o orzeczeniu, od którego wnoszone jest odwołanie, od orzeczeń Sądu kończących postępowanie w sprawie i orzeczeń tego Sądu rozstrzygających kwestie merytoryczne jedynie w części, lub rozstrzygających kwestię proceduralną dotyczącą zarzutu braku kompetencji lub niedopuszczalności”.

74 W raporcie o polityce konkurencji za 2016 r. Komisja wskazała, że „począwszy od 2004 r. Komisja i krajowe organy ds. konkurencji podjęły ponad 1000 decyzji w sprawie egzekwowania

kompetencji oraz współpracy pomiędzy narodowymi organami konkurencji, a także pomiędzy nimi a Komisją. Europejskie reguły konkurencji nie ingerują jednak w proceduralne i ustrojowe podstawy funkcjonowania krajowych organów konkurencji, pozostawiając je uznaniu państw członkowskich. Przepis art. 35 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 zawiera nakaz wyznaczenia przez państwa członkowskie organu lub organów ochrony konkurencji, które odpowiedzialne mają być za wdrażanie art. 101 i 102 TFUE, w sposób, który zapewni skuteczne wykonanie przepisów niniejszego rozporządzenia. Organami tymi mogą być organy administracji lub sądy. Możliwe jest także ustanowienie systemu mieszanego, w którym część kompetencji przydzielona jest organom administracyjnym, a część sądowym⁷⁵.

Jak wynika z treści art. 5 rozporządzenia nr 1/2003

organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mają prawo stosowania art. 101 i 102 Traktatu w indywidualnych sprawach. W tym celu, działając z urzędu lub na wniosek, mogą wydać następujące decyzje:

- domagające się zaprzestania naruszenia;
- zarządzające środki tymczasowe;
- akceptujące zobowiązania;
- nakładające grzywny lub okresowe kary pieniężne lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa.

Jeżeli w oparciu o informacje, które posiadają organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, warunki ustanowienia zakazu nie zostały spełnione, mogą również zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony.

Organy krajowe dysponują zatem szeroką gamą uprawnień proceduralnych. Nie obejmują one jednak możliwości wydania decyzji o stwierdzeniu niestosowania, o której mowa w art. 10 rozporządzenia nr 1/2003. Taką wykładnię przepisów rozporządzenia potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Tele 2 Polska*⁷⁶. Odpowiedział w nim na pytanie prejudycjalne Sądu Najwyższego dotyczące wykładni art. 5 rozporządzenia nr 1/2003, tj. czy przepis ten należy

interpretować w ten sposób, że krajowy organ ochrony konkurencji nie może wydać decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 82 [WE], jeżeli po przeprowadzeniu postępowania uznaje, że przedsiębiorstwo nie naruszyło zakazu nadużywania pozycji dominującej wynikającego z tego przepisu traktatu?

prawa, przy czym krajowe organy ochrony konkurencji są odpowiedzialne za około 85% tej liczby” – zob. Raport Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-społecznego – Raport o polityce konkurencji za rok 2016, z 31 maja 2017 r., KOM(2017) 285, ostateczny, s. 21.

75 Więcej na temat modeli egzekwowania reguł konkurencji funkcjonujących w państwach członkowskich UE i poza UE w: T. Skoczny, *Instytucjonalne...*, s. 77.

76 Wyrok w sprawie C-375/09, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v. *Tele 2 Polska sp. z o.o.*, devenue *Netia SA*. ECLI:EU:C:2011:270.

Trybunał wskazał w odpowiedzi, że istnienie takiego uprawnienia po stronie NCA podważałoby „ustanowiony w rozporządzeniu system współpracy i godziłoby w uprawnienia przysługujące Komisji”⁷⁷, a także stanowiłoby zagrożenie dla

zapewnienia jednolitego stosowania art. 101 TFUE i 102 TFUE, a to ze względu na to, że mogłaby ona stanąć na przeszkodzie późniejszemu stwierdzeniu przez Komisję tego, iż dana praktyka stanowi naruszenie tych postanowień prawa Unii⁷⁸.

Choć zakres orzeczenia Trybunału ograniczony był do kwestii możliwości wydania decyzji o stwierdzeniu niestosowania art. 102 TFUE, reguła ta stosowana powinna być *per analogiam* także w odniesieniu do art. 101 TFUE⁷⁹.

Działanie systemu egzekwowania unijnych reguł konkurencji, opartego na równoległych kompetencjach Komisji i NCA, niesie ze sobą ryzyko rozbieżnego stosowania europejskich reguł konkurencji⁸⁰. W celu jego ograniczenia rozporządzenie nr 1/2003 ustanowiło regułę konwergencji. Na jej mocy zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, lub spełniają przesłanki art. 101 ust. 3 TFUE, lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 101 ust. 3 TFUE⁸¹. Oznacza to, że prawo krajowe nie może być stosowane w sposób bardziej surowy aniżeli wynikałoby to z zastosowania reguł konkurencji UE, w odniesieniu do porozumień, które wpływają na handel wewnątrzunijny. Reguła tego rodzaju nie obowiązuje w odniesieniu do nadużycia pozycji dominującej. Jeżeli natomiast NCA orzekają w sprawach, które były

77 *Ibidem*, pkt 27.

78 *Ibidem*, pkt 28.

79 Podobnie: *Reinvigorating the Role of Article 101(3) under Regulation 1/2003*, „Antitrust Law Journal” 2016, vol. 81, s. 119; krytycznie względem wyroku w sprawie *Tele 2 Polska* wypowiedzieli się A. Svetlicinii, M. Bernatt i M. Botta, według których doprowadził on nie do ujednolicenia sposobu stosowania europejskich reguł konkurencji w układzie pomiędzy narodowymi organami konkurencji, a przeciwnie – do powstania dwóch zestawów norm proceduralnych – stosowanych w odniesieniu do prawa krajowego i w odniesieniu do reguł konkurencji UE. Por. A. Svetlicinii, M. Bernatt, M. Botta, *The „Dark Matter” in EU Competition Law: Non-Infringement Decisions in the New EU Member States Before and After Tele 2 Polska*, „European Law Review”, June 2018, vol. 43(3), s. 424.

80 Aby zwiększyć skuteczność stosowania art. 101 i 102 TFUE przez narodowe organy konkurencji, 11 grudnia 2018 r. przyjęta została dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2019/1 mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz. Urz. L, nr 11, z 2019 r., s. 3 – tzw. dyrektywa ECN+). Przyjęte w niej rozwiązania mają służyć zapewnieniu narodowym organom konkurencji gwarancji niezależności, odpowiednich zasobów i uprawnień w zakresie stosowania prawa i nakładania kar (por. art. 1 ust. 1 dyrektywy 2019/1).

81 Art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

już przedmiotem decyzji Komisji, ich decyzje nie mogą być sprzeczne z decyzją przyjętą przez Komisję⁸².

Zgodnie z art. 11 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, „Komisja i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich stosują wspólnotowe reguły konkurencji w ścisłej współpracy”. Przekłada się to na powstanie wzajemnych obowiązków informacyjnych związanych z podejmowanymi i prowadzonymi postępowaniami tak po stronie Komisji, jak i NCA. Na ich podstawie Komisja obowiązana jest przekazywać do NCA kopie najistotniejszych dokumentów zgromadzonych na potrzeby prowadzonych przez nią postępowań oraz, na wniosek NCA – kopie istniejących dokumentów niezbędnych do dokonania przez nią oceny sprawy⁸³. Z kolei narodowe organy konkurencji mają obowiązek poinformowania Komisji o zamiarze wszczęcia lub o wszczęciu postępowania w sprawie naruszenia art. 101 lub 102 TFUE⁸⁴. NCA mają także obowiązek zawiadamiać Komisję, z wyprzedzeniem 30 dni, o zamiarze wydania decyzji kończącej postępowanie. NCA mogą także poinformować o tym zamiarze lub o wszczęciu postępowania organy pozostałych państw członkowskich. Narodowe organy konkurencji zobowiązane są do udostępnienia Komisji, na jej wniosek, wszelkich posiadanych przez nie dokumentów, koniecznych do rozpoznania przez nią sprawy. Mogą one także wymieniać się między sobą informacjami niezbędnymi do rozstrzygnięcia spraw dotyczących praktyk ograniczających konkurencję⁸⁵. Organy krajowe mogą konsultować się z Komisją w każdej sprawie, która wiąże się ze stosowaniem prawa europejskiego⁸⁶.

82 Art. 16 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

83 Art. 11 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 stanowi, że Komisja przekazuje organom ochrony konkurencji państw członkowskich kopie najistotniejszych dokumentów, które zebrała w celu stosowania art. 7, 8, 9, 10 i 29 ust. 1. Na wniosek organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego Komisja dostarczy mu kopie innych istniejących dokumentów koniecznych do dokonania oceny sprawy.

84 Zgodnie z art. 11 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003, Organy ochrony konkurencji państw członkowskich w przypadku, gdy działają na mocy art. 81 lub 82 Traktatu, informują Komisję pisemnie przed lub bezzwłocznie po wszczęciu pierwszych formalnych działań dochodzeniowych. Informacja ta może być również udostępniona organom ochrony konkurencji innych państw członkowskich.

85 Nie później niż 30 dni przed przyjęciem decyzji nakazującej zaprzestania naruszenia, akceptującej zobowiązania lub wycofującej stosowanie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym, organy ochrony konkurencji państw członkowskich powiadomią o tym Komisję. W tym celu dostarczą Komisji streszczenie sprawy, przewidywaną decyzję, lub – wobec jej braku – inny dokument przedstawiający proponowany kierunek działań. Informację tę można również udostępnić organom ochrony konkurencji innych państw członkowskich. Na wniosek Komisji działającej w sprawie organ ochrony konkurencji udostępni Komisji inne posiadane dokumenty, które są konieczne do rozstrzygnięcia sprawy. Informację dostarczoną Komisji można udostępniać organom ochrony konkurencji innych państw członkowskich. Krajowe organy ochrony konkurencji mogą również wymieniać między sobą informacje konieczne do rozstrzygnięcia sprawy, którą zajmują się na mocy art. 81 lub 82 Traktatu.

86 Art. 11 ust. 5 rozporządzenia nr 1/2003.

Komisja i NCA uprawnione są do przekazywania sobie nawzajem i wykorzystywania jako dowodów w postępowaniu wszelkiego rodzaju informacji i materiałów, w tym także informacji poufnych. Zastrzec jednak trzeba, że informacje te mogą być wykorzystywane wyłącznie w odniesieniu do przedmiotu postępowania, w związku z którym zostały zgromadzone przez organ je przekazujący. Informacje takie mogą być wykorzystywane przez NCA także do celów stosowania krajowego prawa konkurencji, jednak pod warunkiem, że zastosowanie krajowego i europejskiego prawa prowadzi do tego samego rozstrzygnięcia. W ograniczonym zakresie informacje te mogą także zostać użyte przez narodowy organ konkurencji jako dowód służący nałożeniu przezeń sankcji na osoby fizyczne⁸⁷. Realizacja ww. obowiązków informacyjnych, a także wymiana informacji pomiędzy narodowymi organami konkurencji, a także pomiędzy nimi i Komisją następuje w ramach ECN i dokonywana jest, co do zasady, przy użyciu standardowych formularzy⁸⁸.

4.7. Sankcje za naruszenie zakazów praktyk ograniczających konkurencję

Naruszenie zakazów praktyk ograniczających konkurencję obwarowane jest sankcjami cywilnoprawnymi i administracyjnymi, w tym o charakterze pieniężnym. Zgodnie z treścią art. 101 ust. 2 TFUE, zawarcie porozumienia lub wydanie przez związek przedsiębiorstw decyzji ograniczającej konkurencję, skutkuje ich nieważnością z mocy prawa. Komisja, tak jak i NCA mogą zastosować dwojakiego rodzaju sankcje administracyjne. Po pierwsze, mogą one wydać nakaz zaprzestania określonej praktyki⁸⁹. W przypadku niewykonania nakazu wydanego przez Komisję, może ona nałożyć na przedsiębiorstwo (lub związek przedsiębiorstw) okresową karę pieniężną na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.

W przypadku wydania przez Komisję decyzji nakazującej zaprzestanie naruszenia może ona nałożyć karę pieniężną do wysokości 10% obrotu uzyskanego w poprzednim roku obrotowym, na przedsiębiorstwa, które umyślnie lub w następstwie

87 Rozporządzenie 1/2003 ustanawia w tym zakresie dwa warunki:

- 1) przepisy prawne organu przekazującego informacje muszą przewidywać sankcje podobnego rodzaju w odniesieniu do naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu, lub w razie ich braku, oraz
- 2) informacja została zebrana w sposób, który odzwierciedla ten sam zakres ochrony prawa do obrony osób fizycznych, jaki przewidziano w krajowych przepisach organu otrzymującego. Jednakże, w takim wypadku udzielona informacja nie może być wykorzystana przez organ ją otrzymujący do nałożenia kary pozbawienia wolności.

88 *Zawiadomienie Komisji w sprawie współpracy w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji*, Dz. Urz. UE C nr 101/03 z 2004 r., pkt 16 i 17.

89 Art. 7 ust. 1 i art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.

zaniedbania naruszyły zakazy wyrażone w art. 101 lub 102 TFUE. W przypadku, gdy kara ta nakładana jest na związek przedsiębiorstw, a dokonane przez niego naruszenie dotyczy działalności jego członków, kara ta nie może przekroczyć 10% sumy obrotu każdego z członków prowadzącego działalność na rynku, na który miało wpływ naruszenie dokonane przez związek. Rozporządzenie nr 1/2003 określa także sposób dochodzenia kary pieniężnej nałożonej na związek przedsiębiorstw, w przypadku jego niewypłacalności⁹⁰.

Kary pieniężne nakładane na podstawie przepisów rozporządzenia nr 1/2003 nie mają charakteru sankcji karnych, a administracyjnych. Ich wysokość określana jest z uwzględnieniem stopnia i czasu trwania naruszenia⁹¹. Szczegółowy sposób ustalania ich wysokości określony został w wydanych przez Komisję w 2006 r. *Wytycznych w sprawie metody ustalania kar pieniężnych nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003*⁹². Metodyka ustalania wysokości kar pieniężnych zakłada określenie kwoty wyjściowej kary, a następnie jej podwyższanie lub obniżanie w wyniku uwzględniania określonych okoliczności obciążających bądź łagodzących⁹³. Kwota wyjściowa ustalana jest przy tym jako iloczyn czasu trwania naruszenia i odpowiedniego ułamka wartości sprzedaży dóbr lub usług zrealizowanych przez przedsiębiorstwo, mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, w danym sektorze geograficznym na terytorium EOG⁹⁴. Zwykle ułamek ten wynosi 30%, jednak może zostać zwiększony lub zmniejszony w zależności od okoliczności danej sprawy, w tym charakteru naruszenia, łącznego udziału w rynku przedsiębiorstw, które dokonały naruszenia, jego zakresu geograficznego i tego, czy praktyka weszła w życie. Niezależnie od tego kwota wyjściowa podlega zwiększeniu o 15–25% wartości sprzedaży w przypadku kartelu cenowego, podziału rynku lub ograniczenia produkcji. Komisja może zdecydować o zwiększeniu kwoty wyjściowej o 15–25% wartości sprzedaży także w przypadku innych naruszeń.

Następnie do tak obliczonej kwoty wyjściowej doliczone mogą zostać dodatkowe składniki kary w wyniku uwzględnienia okoliczności obciążających, takich jak:

- ponowne popełnienie tego samego lub podobnego naruszenia (zwiększenie kwoty bazowej do 100%),
- odmowa współpracy z Komisją lub utrudnianie prowadzonego przez nią dochodzenia,
- pełnienie funkcji lidera, podżeganie lub przymuszanie do naruszenia.

Okoliczności łagodzące obejmują z kolei:

- wykazanie przez przedsiębiorstwo, że zakończyło ono naruszenie niezwłocznie po interwencji Komisji (z wyłączeniem praktyk dokonywanych w tajemnicy, np. karteli),

⁹⁰ Art. 23 ust. 4 rozporządzenia nr 1/2003.

⁹¹ Więcej na temat natury kar pieniężnych.

⁹² *Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego)*, Dz. Urz. UE C, nr 210/02, z 2006 r.

⁹³ *Ibidem*, pkt 7 i 8.

⁹⁴ *Ibidem*, pkt 13.

- przestawienie dowodów, że naruszenie dokonane zostało w wyniku zaniebdania,
- wykazanie, że udział przedsiębiorstw w naruszeniu był poważnie ograniczony i w związku z tym, w okresie, w którym trwało porozumienie, niestosowało go, a jego działania miały charakter konkurencyjny,
- aktywna współpraca z Komisją w zakresie wykraczającym poza to, co wynika z *Obwieszczenia Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych* i to, co wynika z przepisów prawa,
- gdy naruszenie zostało zatwierdzone przez władze publiczne lub gdy zachęcały one do niego⁹⁵.

W odniesieniu do karteli od 2006 r. obowiązuje program łagodzenia kar (*leniency*). Na jego podstawie Komisja przyznaje zwolnienie z obowiązku zapłaty kary pieniężnej lub dokonuje ich zmniejszenia względem tych uczestników karteli, którzy dostarczyli Komisji istotnych dowodów lub informacji dotyczących porozumienia oraz spełnili inne warunki określone w obwieszczeniu Komisji w sprawie zwalniania z kar pieniężnych i zmniejszania kar pieniężnych w sprawach kartelowych⁹⁶. Zakresem stosowania unijnego programu *leniency* objęte są wyłącznie kary nałożone za udział w tajnym kartelu, a zatem porozumieniu z udziałem co najmniej dwóch konkurentów⁹⁷. Zakresem jego stosowania nie są zatem objęte porozumienia wertykalne.

Kara do 10% przychodów nałożona może być przez Komisję także za umyślne lub dokonane wskutek niedbalstwa działanie wbrew decyzji nakładającej środki tymczasowe oraz za niewykonanie zobowiązań nałożonych decyzją wydaną na podstawie art. 9 rozporządzenia nr 1/2003.

4.8. Prywatnoprawne egzekwowanie reguł konkurencji UE

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE przepisy art. 101 oraz 102 TFUE wywołują bezpośrednie skutki w stosunkach między jednostkami i przyznają im prawa, które sądy krajowe są zobowiązane chronić⁹⁸. Przepisy te są bezpośrednio stosowane w krajowych porządkach prawnych.

95 Analiza wysokości kar pieniężnych za naruszenie reguł konkurencji oraz sposobu ich kalkulacji przez Komisję w: D. Geradin, K. Sadrak, *The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017*, Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Law and Economics Research Paper Series No 2017-018.

96 Dz. Urz. UE C, nr 298, z 2006 r., s. 11.

97 *Ibidem*, pkt 1.

98 Wyrok w sprawie C-453/99 *Courage Ltd v. Bernard Crehan i Bernard Crehan v. Courage Ltd* i innym, ECLI:EU:C:2001:465, pkt 23 oraz cytowane w nim orzecznictwo w sprawach 127/73

W wyroku w sprawie Couran i Crehan Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że

pełna skuteczność art. 85 traktatu i w szczególności skuteczność (*effet utile*) zakazu ustanowionego w jego ust. 1 zostałyby zakwestionowane, gdyby każda osoba nie mogła żądać naprawienia szkody, która została jej wyrządzona przez umowę lub zachowanie mogące ograniczyć lub zakłócić konkurencję⁹⁹.

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości

takie uprawnienie umacnia bowiem funkcjonowanie przepisów wspólnotowych dotyczących konkurencji i zniechęca do – często ukrytych – porozumień i praktyk mogących ograniczyć lub zakłócić konkurencję. Z tego punktu widzenia skargi o odszkodowanie przed sądami krajowymi mogą przyczynić się w znaczący sposób do utrzymania skutecznej konkurencji we Wspólnocie¹⁰⁰.

Przy tym kwestie wyznaczenia właściwych sądów i określenia reguł proceduralnych dochodzenia roszczeń odszkodowawczych pozostawione zostały do uznania państwom członkowskim pod warunkiem, że przestrzegane są zasady skuteczności i równoważności¹⁰¹.

Celem usunięcia barier w skutecznym realizowaniu przed sądami krajowymi roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia europejskich reguł konkurencji, a także zagwarantowania minimalnych standardów ochrony praw jednostek w tym zakresie, Komisja podjęła w 2013 r. inicjatywę legislacyjną. Zaowocowała ona wydaniem w 2013 i 2014 r. pakietu legislacyjnego złożonego z następujących aktów prawnych:

- *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego*¹⁰²,
- *Komunikatu Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*¹⁰³, wraz z towarzyszącym mu *Dokumentem roboczym służb Komisji – Przewodnik Praktyczny – Ustalenie wysoko-*

BRT i SABAM, ECLI:EU:C:1974:25, pkt 16 i w sprawie C-282/95 P Guérin automobiles v. Komisja, ECLI:EU:C:1997:159, pkt 39.

99 Wyrok w sprawie C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan i Bernard Crehan v. Courage Ltd i innym, ECLI:EU:C:2001:465, pkt 26 oraz wyrok w połączonych sprawach: C-295-298/04, Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico i Pasqualina Murgolo v. Assitalia SpA., ECLI:EU:C:2006:461, pkt 60.

100 Wyrok w sprawie C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan i Bernard Crehan v. Courage Ltd i innym, ECLI:EU:C:2001:465, pkt 27.

101 *Ibidem*, pkt 29 oraz wyrok w połączonych sprawach: C-295-298/04, Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico i Pasqualina Murgolo v. Assitalia SpA., ECLI:EU:C:2006:461, pkt 64.

102 Dz. Urz. UE L, nr 349, z 2014 r., s. 1.

103 Dz. Urz. UE C, nr 167, z 2013 r., s. 7.

ści szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁰⁴,

- Zalecenia Komisji z dnia 11 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych zasad dotyczących mechanizmów zbiorowego dochodzenia roszczeń o zaprzestanie bezprawnych praktyk oraz roszczeń odszkodowawczych w państwach członkowskich, dotyczących naruszeń praw przyznanych na mocy prawa Unii¹⁰⁵,
- Komunikatu Komisji z 11 czerwca 2013 r., skierowanego do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, „W kierunku europejskich horyzontalnych ram prawnych dotyczących zbiorowego dochodzenia roszczeń”¹⁰⁶.

Dyrektywa weszła w życie 26 grudnia 2014 r., a termin jej transpozycji upłynął dwa lata później. Jej regulacja opiera się na zasadzie pełnego odszkodowania, zgodnie z którą każdy, kto poniósł szkodę w wyniku naruszenia unijnych reguł konkurencji, mógł skutecznie dochodzić przed sądami krajowymi odszkodowania mającego na celu przywrócenie do stanu poprzedniego. Odszkodowanie to obejmować ma *lucrum cessans* i *damnum emergens* oraz należne odsetki. Nie może ono przekraczać łącznej wartości szkody, co oznacza, że wykluczone są odszkodowania karne (*punitive damages*), wielokrotne, itp.¹⁰⁷ Odszkodowania podlegają zasadom skuteczności i równoważności. Pierwsza z nich wyraża się w nakazie zapewnienia przez państwa członkowskie, by dochodzenie roszczeń odszkodowawczych nie było w praktyce niewykonalne ani nadmiernie trudne. Zasada równoważności natomiast oznacza obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie, by krajowe przepisy dotyczące dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 TFUE nie były bardziej korzystne dla poszkodowanych, aniżeli przepisy dotyczące dochodzenia odszkodowań z tytułu naruszenia prawa krajowego.

W dalszej kolejności dyrektywa ustanawia reguły dotyczące ujawniania dowodów, nakazując państwom członkowskim zapewnienie możliwości udostępniania powodowi, na jego odpowiednio umotywowany wniosek, dowodów znajdujących się w dyspozycji pozwanego lub osoby trzeciej¹⁰⁸. W myśl art. 5 dyrektywy, sądy krajowe mają dysponować uprawnieniem do wydania nakazu udostępnienia tychże dowodów, po uprawdopodobnieniu przez powoda roszczenia odszkodowawczego. Wcześniej jednak sąd krajowy obowiązany jest do wysłuchania strony, będącej adresatem nakazu.

Zgodnie z przepisami dyrektywy ograniczenie ujawnienia dowodów podlegać ma zasadzie proporcjonalności, a sądy zobowiązane mają być do jak najbardziej precyzyjnego określenia zakresu środków dowodowych. Nakazem ujawnienia

104 SWD(2013) 205.

105 Dz. Urz. UE L, nr 201, z 2013 r., s. 60.

106 COM/2013/0401 final.

107 Art. 3 dyrektywy nr 2014/104/UE.

108 Art. 5 dyrektywy nr 2014/104/UE.

mogą być także objęte informacje poufne, jeżeli są one istotne dla przebiegu postępowania odszkodowawczego. W odniesieniu do takich informacji państwa członkowskie obowiązane są wprowadzić środki pozwalające na ich skuteczną ochronę. Mają one także obowiązek zapewnienia ochrony poufności kontaktów między prawnikiem a klientem (zasada *legal professional privilege*).

Przepis art. 6 dyrektywy zobowiązuje państwa członkowskie do nadania sądom krajowym uprawnień do nakazywania ujawnienia dowodów znajdujących się w aktach organów konkurencji¹⁰⁹.

Ujawnienie tych dowodów podlega regułom odnoszącym się do udostępniania dowodów będących w dyspozycji pozwanego i podmiotów trzecich, a także wymogom dodatkowym, dotyczącym między innymi proporcjonalności nakazu ujawnienia informacji. Co do zasady, nakaz ujawnienia dowodów może być wydany na każdym etapie postępowania przed krajowym organem konkurencji. Niemniej niektóre kategorie dowodów mogą być ujawniane dopiero po jego zakończeniu¹¹⁰.

Z kolei oświadczenia w ramach programu *leniency* i propozycje ugodowe nie mogą być objęte nakazem ujawnienia przez stronę lub osobę trzecią. W odniesieniu do nich powód może natomiast wnioskować, by sąd krajowy uzyskał do nich dostęp w celu stwierdzenia, czy ich treść odpowiada zawartym w dyrektywie definicjom oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar i propozycji ugodowej. W ocenie tej sąd może wystąpić o pomoc wyłącznie do właściwego organu konkurencji.

Dowody znajdujące się w aktach organów konkurencji mogą być objęte nakazem ujawnienia wyłącznie wtedy, gdy strona lub osoba trzecia nie jest w stanie lub nie może w zasadny sposób przedstawić tych dowodów.

Niewykonanie lub odmowa wykonania nakazu ujawnienia dowodów przez stronę, osobę trzecią lub ich przedstawicieli prawnych podlegać ma skutecznej, proporcjonalnej i odstraszejacej karze, nakładanej przez sąd krajowy. Kary obejmować mają możliwość przyjęcia za udowodnione twierdzeń strony przeciwnej lub oddalenia w całości albo części roszczeń i zarzutów strony pozwanej, a także możliwość zasądzenia zwrotu kosztów.

Państwa członkowskie zapewnić mają, by takie same kary nakładane były także za zniszczenie istotnych dowodów, niewykonanie lub odmowę wykonania obowiązków nałożonych nakazem sądu krajowego, chroniącego informacje poufne lub naruszenia ograniczeń w wykorzystywaniu dowodów.

Zgodnie z art. 9 dyrektywy państwa członkowskie zapewnić mają, by ostateczne rozstrzygnięcia krajowych organów konkurencji lub sądów odwoławczych stwierdzające naruszenie reguł konkurencji były wiążące dla sądu prowadzącego

109 Art. 6 dyrektywy nr 2014/104/UE.

110 Dotyczy to: informacji przygotowanych przez osobę fizyczną lub prawną specjalnie na potrzeby postępowania prowadzonego przez organ ochrony konkurencji; informacji sporządzonych przez organ ochrony konkurencji i przestanych stronom w trakcie postępowania; oraz wycofanych propozycji ugodowych.

postępowanie odszkodowawcze. Z kolei takie rozstrzygnięcie wydane przez organ lub sąd innego państwa członkowskiego przekłada się na domniemanie faktyczne takiego naruszenia przed sądem prowadzącym postępowanie odwoławcze.

Odpowiedzialność odszkodowawcza za naruszenia dokonane wspólnie przez więcej niż jedno przedsiębiorstwo ma mieć, co do zasady, charakter solidarny¹¹¹. Odpowiedzialność solidarna może dotyczyć także podmiotu zwolnionego z kary, jednakże tylko wobec swoich nabywców lub dostawców bezpośrednich lub pośrednich. Wobec innych poszkodowanych odpowiedzialność ta możliwa jest wyłącznie w sytuacji, w której nie można uzyskać pełnego odszkodowania od innych przedsiębiorstw, które brały udział w tym samym naruszeniu prawa konkurencji.

Zgodnie z przepisami dyrektywy o odszkodowania mogą występować zarówno bezpośredni, jak i pośredni nabywcy, a także każdy, kto poniósł szkodę w wyniku naruszenia reguł konkurencji. Celem uniknięcia nadwyżek odszkodowania, państwa członkowskie powinny wprowadzić właściwe przepisy, które umożliwią dostosowanie wysokości odszkodowania do szkody rzeczywiście poniesionej na określonym szczeblu łańcucha dostaw, uwzględniając możliwość dochodzenia pełnego odszkodowania w przypadku przerzucenia nadmiernych obciążeń na określony szczebel.

Państwa członkowskie mają także zapewnić, by pozwany mógł podnosić przeciwko powodowi argument przerzucenia przez niego całości lub części obciążeń wynikających z naruszenia reguł konkurencji. Ciężar udowodnienia tych okoliczności spoczywa na pozwanym. Przepis art. 14 dyrektywy wskazuje z kolei, że w przypadku, gdy z roszczeniem odszkodowawczym występuje pośredni nabywca, spoczywa na nim ciężar udowodnienia, że nadmierne obciążenia przerzucone zostały na niego. Może on w tym celu domagać się ujawnienia dowodów od pozwanego lub osób trzecich. Przy tym przepis ust. 2 tego artykułu wprowadza domniemanie udowodnienia przerzucenia nadmiernego obciążenia, w przypadku wykazania przez niego łącznie następujących okoliczności:

- pozwany dopuścił się naruszenia prawa konkurencji,
- skutkiem naruszenia prawa konkurencji było nadmierne obciążenie bezpośredniego nabywcy pozwanego oraz
- nabywca pośredni nabył produkty lub usługi objęte naruszeniem prawa konkurencji lub nabył produkty lub usługi będące pochodnymi produktów lub usług objętych naruszeniem, lub je zawierające.

111 Nie dotyczy to jednak Małych i Średnich Przedsiębiorstw (dalej: MŚP), które odpowiadają wyłącznie wobec własnych nabywców bezpośrednich i pośrednich, pod warunkiem, że udział w rynku danego MŚP w dowolnym momencie w okresie naruszenia wynosił poniżej 5% oraz gdy zastosowanie zwykłych zasad odpowiedzialności solidarnej nieodwracalnie zagroziłoby jego efektywności ekonomicznej i skutkowałoby całkowitą utratą wartości jego aktywów. Wyjątek ten nie ma zastosowania, jeżeli: MŚP kierowało naruszeniem prawa konkurencji lub nakłoniło inne przedsiębiorstwa do udziału w tym naruszeniu, lub gdy zostało uprzednio uznane za sprawcę naruszenia prawa konkurencji. Odstępstwo od zasady odpowiedzialności solidarnej względem MŚP nie może jednak uchybiać zasadzie pełnego odszkodowania.

W dalszej kolejności dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązek wdrożenia środków służących zapewnieniu, by nie dochodziło do powstania wielokrotnej odpowiedzialności lub jej braku w przypadku powództw wytaczanych na różnych poziomach łańcucha dostaw towarów¹¹².

Dyrektywa zawiera także przepisy dotyczące sposobu ustalania wysokości szkody antymonopolowej. Szczegółowe wytyczne w tym zakresie doprecyzowane zostały przez Komisję w *Komunikacie w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*¹¹³.

4.9. Wnioski końcowe

W unijnym modelu egzekwowania prawa konkurencji wiodącą rolę odgrywa Komisja Europejska działająca jako onnipotentny organ administracji publicznej, dysponujący uprawnieniami do wszczynania postępowań, prowadzenia ich, w tym oceny dowodów, a także do wydawania decyzji kończących postępowanie. Po decentralizacji uprawnień Komisji dotyczących stosowania art. 101 i 102 TFUE, wprowadzonych rozporządzeniem nr 1/2003, istotna rola w tym obszarze przypadła narodowym organom konkurencji. Odpowiadają one obecnie za większość przejawów egzekwowania europejskich reguł konkurencji. Mimo to ton wdrażaniu art. 101 ust. 1 TFUE nadaje Komisja Europejska, do czego przyczynia się oddziaływanie reguły konwergencji. Sprzyja ona zbliżeniu materialnoprawnego sposobu stosowania reguł konkurencji UE w układzie pomiędzy państwami członkowskimi. Znaczenie Komisji jest tym większe, że pomimo rosnącego znaczenia, prywatnoprawne egzekwowanie europejskiego prawa konkurencji odgrywa wyłącznie rolę uzupełniającą wobec wdrażania publicznoprawnego. W rezultacie sposób stosowania przez Komisję art. 101 ust. 1 TFUE, w tym także względem ustalania cen odsprzedaży towarów, silnie wpływa na działania narodowych organów konkurencji w tym obszarze.

112 W tym celu, zgodnie z art. 15 dyrektywy, sądy krajowe powinny należycie uwzględnić: powództwa o odszkodowanie związane z tym samym naruszeniem prawa konkurencji, ale wytaczane przez powodów działających na innych poziomach łańcucha dostaw, orzeczenia wydane w związku z powództwami o odszkodowanie, stosowne informacje publiczne wynikające z przypadków egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej.

113 Dz. Urz. UE C, nr 167, z 2013 r., s. 7; więcej na temat prywatnoprawnego egzekwowania reguł konkurencji UE w: A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne...*, w ujęciu prawno-porównawczym: D. Crane, K. Klovers, A. Speegle, *Private Antitrust Enforcement: Comparative and Policy Considerations*, [w:] J. Duns, A. Duke, B. Sweeney (eds.), *Comparative Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2015, s. 384.

W odniesieniu do możliwych sposobów zakończenia postępowań administracyjnych prowadzonych przez Komisję zwraca uwagę brak decyzji o stwierdzeniu niestosowania wydawanych przez nią na podstawie art. 10 rozporządzenia nr 1/2003. Jest to w szczególności następstwem braku skutecznego stosowania wyłączenia indywidualnego uregulowanego w art. 101 ust. 3 TFUE, po wejściu w życie tego rozporządzenia. Wiąże się to między innymi z przyjętym rozkładem ciężaru wykazania przesłanek wyłączenia indywidualnego, który spoczywa na sprawcy naruszenia.

Rozdział 5

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję w prawie amerykańskim

5.1. Wprowadzenie

Amerykańskie prawo antytrustowe jako pierwszy rozwinięty system prawa ochrony konkurencji na świecie wyznaczył drogę, po której podążyły kolejno inne legislacje. W toku rozwoju orzecznictwa sądów federalnych wykrystalizowały się podstawowe sposoby wykładni elementów wchodzących w skład ustanowionego w § 1 ustawy Shermana zakazu antykonkurencyjnych porozumień, w tym modele oceny dopuszczalności tych praktyk.

W rozdziale dokonana zostanie analiza zawartych w nim przesłanek stosowania § 1 ustawy Shermana tak w ujęciu normatywnym, jak i orzeczniczym. Nacisk położono na zarysowanie dystynkcji pomiędzy dwoma sposobami oceny dopuszczalności takich porozumień – na podstawie reguły rozsądku i reguły *per se*, a także na ich rekonstrukcję. Przedstawiony został także w zarysie model relacji pomiędzy federalnym a stanowymi systemami prawa antytrustowego. Ma to szczególne znaczenie w kontekście określenia faktycznych możliwości legalnego ustalania cen odsprzedaży towarów na terytorium Stanów Zjednoczonych, biorąc pod uwagę możliwe rozbieżności pomiędzy federalnymi a stanowymi rozwiązaniami prawnymi.

Wnioski płynące z rozdziału wykorzystane będą do właściwego porównania badanych rozwiązań prawnych, ich ewaluacji oraz ustalenia modelowego rozwiązania prawnego, co nastąpi w ostatnim rozdziale książki.

5.2. System źródeł materialnego amerykańskiego prawa antytrustowego

Podstawowym aktem normatywnym regulującym amerykańskie prawa antytrustowe jest ustawa Shermana uchwalona w 1890 r.¹ Wprowadziła ona do rozdziału 1 tytułu 15 *Kodeksu Stanów Zjednoczonych* przepisy § 1 i 2, odnoszące się odpowiednio do zakazu wielo- i jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję.

I tak, zgodnie z treścią § 1 ustawy Shermana,

każda umowa, związek w postaci trustu lub innej albo zмова, stanowiąca ograniczenie handlu lub wymiany towarowej pomiędzy poszczególnymi stanami lub z państwami obcymi, uznawana jest za nielegalną. Każdy podmiot, zawierający jakąkolwiek umowę lub uczestniczący w jakimkolwiek związku lub w jakiegokolwiek zмовie, uznawanych na mocy niniejszego artykułu za nielegalne, uznawany jest za winnego przestępstwa i w wypadku skazania podlega karze pieniężnej w wysokości nie przekraczającej stu milionów dolarów, jeżeli jest korporacją, lub miliona dolarów, jeżeli jest innym podmiotem, lub karze więzienia w wymiarze do lat dziesięciu, albo obu wymienionym karom, według uznania sądu².

Z kolei w myśl § 2 tejże ustawy,

każdy podmiot, który monopolizuje, usiłuje monopolizować lub zawiera z jakimkolwiek innym podmiotem związek lub porozumienie w celu monopolizowania jakiegokolwiek sfery handlu lub wymiany towarowej pomiędzy poszczególnymi stanami lub z państwami obcymi, uznawany jest za winnego przestępstwa i w wypadku skazania podlega karze pieniężnej w wysokości nie przekraczającej stu milionów dolarów, jeżeli jest spółką prawa handlowego, lub miliona dolarów, jeżeli jest innym podmiotem, lub karze więzienia w wymiarze do lat dziesięciu, albo obu wymienionym karom, według uznania sądu³.

1 Ustawa o ochronie handlu i działalności gospodarczej przed bezprawnymi ograniczeniami i monopolami (ang. *An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*) z 2 czerwca 1890 r., 15 U.S.C.A., § 1–7.

2 W brzmieniu ustalonym przez *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* z 22 czerwca 2004 r. Tłumaczenie na podstawie: W. Szpringer, *Pozaeuropejskie ustawy antymonopolowe*, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 31; w oryginale: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

3 W brzmieniu ustalonym *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* z 22 czerwca 2004 r. Tłumaczenie na podstawie: W. Szpringer, *Pozaeuropejskie...*, s. 32, w oryginale „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any

W pozostałej części przepisy ustawy Shermana regulują kwestie:

- objęcia zakresem zakazów praktyk ograniczających konkurencję terytoriów zorganizowanych Stanów Zjednoczonych i Dystryktu Kolumbii⁴,
- jurysdykcji sądów federalnych w sprawach antytrustowych oraz obowiązków prokuratorów federalnych w obszarze prowadzenia postępowań w tychże sprawach, a także częściowo postępowanie z udziałem tychże prokuratorów⁵,
- przypadku na rzecz Stanów Zjednoczonych mienia stanowiącego własność podmiotu, który dopuścił się naruszenia § 1 ustawy Shermana⁶,
- zakresu terytorialnego stosowania ustawy Shermana⁷,
- terminologiczne, tj. zawierają definicję terminów „osoba” lub „osoby”, użytych w przepisach § 1–7 ustawy Shermana⁸.

Ustawodawstwo antymonopolowe Stanów Zjednoczonych było wielokrotnie uzupełniane i nowelizowane. I tak w 1914 r. Kongres uchwalił ustawę Clayтона, która dodała do rozdziału 1 tytułu 15 *Kodeksu Stanów Zjednoczonych* przepisy § 12–27 i 29⁹. Ustawa ta wprowadziła do amerykańskiego porządku prawnego instytucję prewencyjnej kontroli koncentracji¹⁰. Ustanowiła ona także zakaz praktyk jednostronnych, polegających na dyskryminacji cenowej¹¹. Ponadto wprowadziła zakazy sprzedaży wiązanej i dystrybucji wyłącznej¹². Zakres przedmiotowy normy ustawy Clayтона, ustanawiającej owe zakazy, pokrywa się w części z zakresem normy objętej § 1 ustawy Shermana. Jest jednak węższy, albowiem ogranicza się do praktyk mających związek ze sprzedażą lub najmem towarów, lecz nie usług¹³.

other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

4 Tytuł 15 § 3 U.S.C.A.

5 Tytuł 15 § 4 i 5 U.S.C.A.

6 Tytuł 15 § 6 U.S.C.A.

7 Tytuł 15 § 6a U.S.C.A.

8 Tytuł 15 § 7 U.S.C.A.

9 Ustawa Clayтона z 14 października 1914 r., 15 U.S.C.A., § 12–27, 29.

10 §§ 7 i 7a ustawy Clayтона (15 U.S.C.A., § 18 i 18a).

11 § 2 ustawy Clayтона (15 U.S.C.A., § 13) znowelizowany ustawą Robinsona–Patmana (Anti-Price Discrimination Act, Pub. L., No 74-692, 49 Stat. 1526) i dodane przez nią przepisy § 13a–13c tytułu 15 U.S.C.A.

12 § 3 ustawy Clayтона (15 §§ 14).

13 Bezprawny jest wynajem, sprzedaż lub zawieranie umów sprzedaży produktów, wytworów, wyrobów, urządzeń mechanicznych, surowców i innych towarów tak objętych ochroną patentową, jak i nieopatentowanych, przez jakąkolwiek osobę prowadzącą działalność gospodarczą, w toku tej działalności, w celu użycia, konsumpcji lub odsprzedaży w Stanach Zjednoczonych, lub na jakimkolwiek ich terytorium zorganizowanym, w Dystrykcie Kolumbii, na jakimkolwiek terytorium zależnym lub na innym terytorium objętym jurysdykcją Stanów Zjednoczonych, albo ustalanie ich ceny lub uzależnianie obniżek i rabatów od nich od warunku, umowy lub porozumienia, na mocy którego najemca albo nabywca zobowiąże się do nieużywania lub do niesprzedawania produktów, wytworów, wyrobów, urządzeń

W tym samym 1914 r. Kongres Stanów Zjednoczonych uchwalił także ustawę o Federalnej Komisji Handlu (dalej jako: FTC)¹⁴. Powołała ona do życia FTC jako jeden z organów ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych, określiła jej kompetencje, ustrój oraz normy proceduralne regulujące postępowanie przed nią. W płaszczyźnie prawa materialnego ustawa ta ustanowiła w § 5 zakaz stosowania „nieuczciwych metod konkurencji w handlu lub wywierających nań wpływ oraz nieuczciwych lub oszukańczych działań lub praktyk w handlu lub wywierających nań wpływ”¹⁵. Przepis ten nie ustanawia normy kompetencyjnej, a materialnoprawną. Niemniej wyznacza ona zakres kompetencji FTC w zakresie wdrażania prawa antytrustowego, nieuczciwej konkurencji i ochrony konsumentów.

Zakaz określony w § 5 ustawy o FTC wykładany jest szeroko i obejmuje swoim zakresem nie tylko wszelkie naruszenia ustaw Shermana i Claytona¹⁶, lecz także praktyki, które znajdują się w początkowym stadium i jako takie nie są kwalifikowane jako naruszenia tychże ustaw¹⁷, a nawet te, które uznane są za niezgodne

mechanicznych, surowców i innych towarów konkurenta bądź konkurentów wynajmującego lub sprzedającego, jeżeli skutkiem takiego wynajmu, sprzedaży, zawarcia umowy sprzedaży, warunku lub porozumienia byłoby istotne ograniczenie konkurencji lub gdyby prowadziło to do powstania monopolu w jakimkolwiek sektorze gospodarki.

W oryginale: „It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged therefore, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce”.

14 Tytuł 15 rozdz. 2 § 41–77 U.S.C.A.

15 Tytuł 15 rozdz. 2 § 45 ust. 1 U.S.C.A.

16 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 U.S. 392 (1953), *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948), *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 U.S. 457 (1941), *FTC v. Beech-Nut Packing Co.*, 257 U.S. 441 (1922).

17 Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *FTC v. Motion Picture Adv. Co.*, 344 U.S. 392 (1953): „nieuczciwe metody konkurencji zakazane przez § 5(a) ustawy [o FTC – ł. G.], nie ograniczają się do tych, które uznane są za bezprawne na gruncie *common law* lub są zakazane przez ustawę Shermana. [...] Kongres rozmyślnie uczynił tę koncepcję elastyczną, tak by dookreślać jej znaczenie w odniesieniu do szczegółów stanu faktycznego miriad spraw z zakresu gospodarki. [...] Jest także jasne, że ustawa o FTC została stworzona, by uzupełnić i wzmocnić [działanie – ł. G.] ustaw Shermana i Claytona, tak by móc powstrzymać w początkowym stadium działania i praktyki, które, jeżeli zostałyby wprowadzone w pełni w życie, naruszyłyby te ustawy”. Z kolei w wyroku w sprawie *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316 (1966) Sąd Najwyższy nie zgodził się z twierdzeniem pozwanego, jakoby zastosowanie ustawy o FTC wymagało wykazania spełnienia przesłanek § 3 ustawy Claytona, wskazując, że, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, „Komisja uprawniona jest na podstawie § 5 [ustawy

z duchem prawa antytrustowego¹⁸. Potencjalnie bardzo szeroki zakres stosowania zakazu objętego § 5 ustawy o FTC doznaje jednak licznych ograniczeń wynikających przede wszystkim z oddziaływania nań przesłanek jurysdykcyjnych wyznaczających zakres właściwości FTC. Zostaną one omówione w rozdziale poświęconym stosowaniu amerykańskiego prawa antytrustowego.

5.3. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję w ustawie Shermana

5.3.1. Konstrukcja § 1 ustawy Shermana

Przepis § 1 ustawy Shermana sformułowany został w sposób szeroki i skrajnie nieprecyzyjny¹⁹. Taka jego redakcja pozwala na objęcie zakresem stosowania prawa antytrustowego potencjalnie wszystkich typów antykonkurencyjnych praktyk podmiotów gospodarczych. Wykładnia przepisu pozwala na wyróżnienie trzech elementów składowych przepisu, odpowiadających przedmiotowym warunkom jego stosowania. Przepis § 1 ustawy Shermana stosowany jest względem praktyk, które:

- 1) stanowią „umowę, związek w postaci trustu lub innej albo zmołę” (warunek uzgodnienia),
- 2) stanowią „ograniczenie handlu lub wymiany towarowej” (warunek ograniczenia handlu),

o FTC] do powstrzymania ograniczeń w handlu w początkowym ich stadium, bez konieczności przeprowadzania dowodu, że stanowią one naruszenie § 3 ustawy Claytona lub innych przepisów prawa antytrustowego”. Zob. także wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Fashion Originators' Guild v. FTC*, 312 U.S. 457 (1941).

18 Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *FTC v. Sperry and Hutchinson Company*, 405 U.S. 233 (1972): „[...] tak legislacyjne, jak i sądowe względy przekonują nas, że Federalna Komisja Handlu nie rości sobie nadmiernych praw, jeśli w ocenie trudno uchwytnego, lecz zgodnego z zamiarem Kongresu, standardu uczciwości, tak jak sąd *equity*, uwzględnia wartości publiczne wykraczające poza jedynie te, które wynikają z języka [ustawy – ł. G.] lub te, które zakorzenione są w duchu prawa antytrustowego”. Z kolei w wyroku, w sprawie *E.I. du Pont de Namur v. FTC* (729 F.2d 128 [2d Cir. 1984]) Sąd Apelacyjny 2. Obwodu orzekł *expressis verbis*, że § 5 ustawy o FTC może być stosowany względem „zachowań, które wprowadzicie nie stanowią naruszenia litery ustaw antytrustowych, lecz są bliskie tym naruszeniom, lub które są niezgodne z ich duchem”. Zob. także wyroki Sądu Najwyższego w sprawach *Atlantic Refining Co. v. FTC*, 381 U.S. 357 (1965) i *FTC v. Beech-Nut Packing Co.*, 257 U.S. 441 (1922) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *Grand Union Co. v. FTC*, 300 F.2d 92, (2d Cir.1962).

19 Por. uwagi dotyczące genezy powstania ustawy Shermana zawarte w rozdziale 10.

- 3) stanowią ograniczenie handlu lub wymiany towarowej pomiędzy poszczególnymi stanami lub z państwami obcymi (warunek naruszenia handlu międzystanowego lub zagranicznego).

5.3.2. Warunek uzgodnienia

Odnosząc się do pierwszego z tak określonych warunków, wskazać trzeba, że mimo zawartego w przepisie odwołania do trzech typów zachowań – umowy (*contract*), związku w postaci trustu lub innej (*combination in the form of trust or otherwise*) oraz zmywy (*conspiracy*) – doktryna przyjmuje zasadniczo jednolitą koncepcję zmywy (porozumienia), podkreślając, że nie ma potrzeby różnicowania pomiędzy nimi²⁰. Także orzecznictwo posługuje się tymi pojęciami zamiennie, nie przypisując każdemu z nich z osobna odrębnego znaczenia²¹. Niekiedy sądy federalne posługują się w tym kontekście określeniem „porozumienie” (*agreement*). Jest ono także używane synonimicznie na gruncie innych przepisów prawa antytrustowego, np. § 3 ustawy Clayтона²².

Dokonane w przepisie § 1 ustawy Shermana odwołanie do trzech typów zachowań stanowi odzwierciedlenie dążenia ustawodawcy do nadania przepisowi jak najszerszego zakresu przedmiotowego, pozwalającego na objęcie nim wszystkich możliwych form koordynacji zachowań przedsiębiorców. Odwołanie do pojęcia „związku w postaci trustu lub innej” stanowi przy tym, jak się wydaje zbędną w obecnym stanie prawnym, pozostałość po realizacji pierwotnych założeń Kongresu, zgodnie z którymi przepis § 1 ustawy Shermana miał także być stosowany w odniesieniu do koncentracji przedsiębiorców²³.

W związku z brzmieniem przepisu oczywiste jest, że zakres przedmiotowy § 1 ustawy Shermana nie obejmuje praktyk jednostronnych, a zachowania uzgodnione, dokonywane pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi od siebie podmiotami gospodarczymi. Mogą one przyjmować różne formy, poczynając od: umów, zawieranych na piśmie lub ustnie²⁴, po niewiążące uzgodnienia o nieformalnym charakterze (*gentleman agreements*)²⁵, świa-

20 Zob. P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, West 2006, t. VI, s. 20.

21 *Ibidem*.

22 Por. m.in.: wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu United States *et al.* v. Apple, Inc., 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015) oraz wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Bell Atlantic Corporation *et al.* v. William Twombly *et al.*, 550 U.S. 544 (2007).

23 Przepisy wprowadzające instytucję prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców zostały wprowadzone do systemu amerykańskiego prawa antytrustowego ustawą Clayтона z 1914 r.

24 Por. np. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, 220 U.S. 373 (1911) oraz United States v. Trenton Potteries Co. 273 U.S. 392 (1927).

25 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: United States v. Socony Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

domie zobowiązania do podjęcia skoordynowanych działań (*conscious commitment*)²⁶, obopólną zgodę (*meeting of minds*) na takie działania²⁷, a nawet wymianę ważnych informacji gospodarczych, o ile jest ona dokonywana pomiędzy konkurentami.

Zachowania równoległe przedsiębiorców, które nie wynikają z dokonanych przezeń uzgodnień, a podejmowane są przez nich niezależnie, pozostają poza zakresem stosowania § 1 ustawy Shermana²⁸. Podobnie nie są nim także objęte zachowania uznawane za jednostronne na podstawie tzw. doktryny Colgate, a polegające na określeniu *a priori* warunków współpracy z dystrybutorami (także cenowych) i zaprzestaniu współpracy z dystrybutorem niestosującym się do nich²⁹.

Zakresem przedmiotowym normy ustanowionej w § 1 nie są także objęte uzgodnienia dokonywane pomiędzy podmiotami, których relacje cechuje wysoki stopień wzajemnej zależności, takiej jak w układzie pomiędzy przedsiębiorstwem a jego oddziałem, pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną, w której ta pierwsza kontroluje owe relacje w całości³⁰, lub pomiędzy przedsiębiorcami

26 Por. np. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), w którym orzekł on, że obowiązkiem powoda jest przeprowadzenie „bezpośredniego lub pośredniego dowodu, który w sposób racjonalny zmierza do wykazania, że powód [...] świadomie zobowiązał się do stosowania wspólnego planu opracowanego w celu osiągnięcia bezprawnego celu”.

27 Wyrok w sprawie: *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946), w którym Sąd Najwyższy orzekł, że powód musi wykazać „jedność celu lub wspólny plan i porozumienie, albo obopólną zgodę na bezprawne przedsięwzięcie”; zob. także *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

28 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 (1954) oraz *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007), *Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986); *Fisher v. City of Berkeley, Cal.*, 475 U.S. 260 (1986); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

29 Por. uwagi dotyczące genezy, rozwoju i treści doktryny Colgate w rozdziale 6.

30 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984), w którym wskazał on: „Istnieje także ogólne zrozumienie, że § 1 [ustawy Shermana – Ł. G.] nie jest naruszony przez wewnętrznie skoordynowane działanie spółki handlowej i jednego z jej nieinkorporowanych oddziałów. [...] Istnienie nieinkorporowanych oddziałów odzwierciedla nic więcej, lecz tylko decyzję przedsiębiorcy, by zapewnić wewnętrzny podział pracy. Oddział, działający w ramach struktury korporacyjnej służy wspólnym interesom całości raczej, aniżeli interesom odrębnym od korporacji jako takiej. [...] Istotnie, przepis, który nakładałby karę za skoordynowane zachowania tylko dlatego, że spółka delegowała niektóre obowiązki na autonomiczną jednostkę mógłby zniechęcić spółki od tworzenia oddziałów z całym ich możliwym dobrodziejstwem. To nie służyłoby użytecznym celom antytrustu, lecz raczej pozbawiało konsumentów efektywności, które zdecentralizowane zarządzanie mogłoby przynieść. Z podobnych przyczyn skoordynowana działalność spółki matki i jej w pełni kontrolowanej spółki zależnej musi być postrzegana jako działanie pojedynczego przedsiębiorstwa dla potrzeb § 1 ustawy Shermana. Spółka matka i spółka zależna mają całkowitą jedność interesów. Ich cele są wspólne, a nie rozdzielne”.

a ich pracownikami³¹ lub agentami³². W praktyce orzeczniczej sądów federalnych niższych instancji przyjmuje się także, choć nie bez wyjątków³³, że poza zakresem zakazu zawartego w § 1 ustawy Shermana znajdują się wszelkie porozumienia zawierane pomiędzy członkami tej samej grupy kapitałowej³⁴. Nie dotyczy to jednak

- 31 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984), w którym wskazał on: „Rozróżnienie pomiędzy jednostronnym i uzgodnionym zachowaniem jest konieczne dla prawidłowego zrozumienia pojęć »umowa, związek [...] lub zмова« zawartych w § 1 [ustawy Shermana – ł. G.] Nic w dosłownym rozumieniu tych terminów nie wyklucza skoordynowanego działania pomiędzy funkcjonariuszami i pracownikami tej samej spółki. Niemniej jest doskonale oczywiste, że wewnętrzne »porozumienie«, aby wprowadzić jedną, skoordynowaną politykę przedsiębiorstwa, nie powoduje zagrożeń antymonopolowych, do których przeciwdziałania § 1 został stworzony. Funkcjonariusze pojedynczej firmy nie stanowią odrębnych graczy rynkowych realizujących odrębne interesy gospodarcze, zatem porozumienia pomiędzy nimi nie prowadzą do natychmiastowej kumulacji sił ekonomicznych, służących uprzednio osiągnięciu innych celów. Koordynacja mająca miejsce w ramach przedsiębiorstwa może tak samo stanowić rezultat wysiłków konkurencyjnych, jak i wynikać z dążenia do ograniczenia konkurencji. Na rynku taka koordynacja może być konieczna, jeśli przedsiębiorstwo ma zamiar efektywnie konkurować. Z tych przyczyn funkcjonariusze i pracownicy tego samego przedsiębiorstwa nie stanowią wielości podmiotów, których istnienie niezbędne jest dla stwierdzenia zмовы w rozumieniu § 1”.
- 32 Por. wyroki: Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *Mathews v. Lancaster General Hosp.*, 87 F.3d 624 (3d Cir. 1996), Sądu Apelacyjnego 1. Obwodu w sprawie *R.W. Intern. Corp. v. Welch Food, Inc.*, 13 F.3d 478 (1st Cir. 1994), Sądu Apelacyjnego 4. Obwodu w sprawie *R. Ernest Cohn, D.C., D.A.B.C.O. v. Bond*, 953 F.2d 154 (4th Cir. 1991), Sądu Apelacyjnego 4. Obwodu w sprawie *Oksanen v. Page Memorial Hosp.*, 945 F.2d 696 (4th Cir. 1991), Sądu Apelacyjnego 1. Obwodu w sprawie *Odishelidze v. Aetna Life & Cas Co.*, 853 F.2d 21 (1st Cir. 1988), Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *University Life Ins. Co. of America v. Unimarc Ltd.*, 699 F.2d 846 (7th Cir. 1983); Sądu Apelacyjnego 10. Obwodu w sprawie *Holter v. Moore and Co.*, 702 F.2d 854 (10th Cir. 1983). Zob. także uwagi dotyczące stosowania § 1 do pionowych porozumień cenowych pomiędzy mocodawcą a agentem, zawarte w rozdziale 6.
- 33 Por. wyroki: Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *Tunis Bros. Co., Inc. v. Ford Motor Co.*, 763 F.2d 1482 (3d Cir. 1985), Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Oregon w sprawie *Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 677 F. Supp. 1477 (D. Or. 1987), Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.*, 629 F. Supp. 1089 (D.D.C. 1986), Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie *General Business Systems v. North American Philips Corp.*, 699 F.2d 965 (9th Cir. 1983), Sądu Dystryktowego dla Zachodniego Dystryktu Virginii w sprawie *Ray Dobbins Lincoln-Mercury, Inc.*, 604 F. Supp. 203 (W.D. Va. 1984).
- 34 Por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *Eichorn v. AT & T Corp.*, 248 F.3d 131 (3d Cir. 2001), w którym Sąd Apelacyjny 3. Obwodu uznał za objęte doktryną *Copperweld* porozumienie pomiędzy dwiema spółkami „siostrami”, tj. spółkami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, jednak nie pozostającymi względem siebie w relacji dominacji–zależności oraz wyrok w sprawie *Century Oil Tool Co. v. Production Specialities*, 737 F.2d 1316 (5th Cir. 1984), w której Sąd Apelacyjny 5. Obwodu uznał, że porozumienie pomiędzy spółkami powiązanymi poprzez osoby ich wspólników (unia personalna) znajdują się poza zakresem stosowania § 1 ustawy Shermana, a także wyroki: Sądu Apelacyjnego 6. Obwodu w sprawie *Guzowski v. Hartman*, 969 F.2d 211 (6th Cir. 1992), Sądu Apelacyjnego 4. Obwodu w sprawie *Advanced Health-Care Services, Inc. v. Radford Community Hosp.*, 910 F.2d 139 (4th Cir. 1990), Sądu Apelacyjnego 6. Obwodu w sprawie *Directory Sales Management Corp. v. Ohio Bell*

sytuacji, w których powiązania przedsiębiorców powstały w wyniku koncentracji dokonanej z naruszeniem prawa³⁵.

5.3.3. Warunek ograniczenia handlu – reguła *per se* a reguła rozsądku

5.3.3.1. Wprowadzenie

Wkrótce po wejściu w życie ustawy Shermana oczywiste stało się, że przepis jej § 1 nie może być wykładany literalnie. Prowadziłoby to do absurdalnych rezultatów o tyle, że potencjalnie każdy stosunek cywilnoprawny nawiązany przez przedsiębiorcę w toku prowadzonej działalności gospodarczej mógłby zostać zaklasyfikowany jako ograniczenie handlu dokonane w rezultacie zawartego porozumienia i stanowić naruszenie ustawy. W takim ujęciu sprzedaż dokonana przez przedsiębiorcę towaru na rzecz jego kontrahenta oznacza bowiem wyłączenie możliwości jego sprzedaży na rzecz innego³⁶. Intencje ustawodawcy, by nadać komentowanemu przepisowi jak najszerszy zakres stosowania musiały zostać zatem częściowo zweryfikowane w procesie stosowania prawa.

I tak w wydanym w 1911 r. wyroku w sprawie *Standard Oil*, Sąd Najwyższy po raz pierwszy wyjaśnił, że zakres przepisu § 1 ustawy Shermana ograniczony jest do innych niż rozsądne ograniczeń w handlu³⁷. Rozumienie kryterium rozsądne-

Telephone Co., 833 F.2d 606, (6th Cir. 1987), Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie *Hood v. Tenneco Texas Life Ins. Co.*, 739 F.2d 1012 (5th Cir. 1984), Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie *Century Oil Tool, Inc. v. Production Specialties, Inc.*, 737 F.2d 1316 (5th Cir. 1984), Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu w sprawie *Cf. City of Mt. Pleasant, Iowa v. Associated Elec. Co-op., Inc.*, 838 F.2d 268 (8th Cir. 1988), Sądu Dystryktowego dla Centralnego Dystryktu Kalifornii w sprawie *Orion Tire Corp. v. General Tire, Inc.*, 1992 WL 295224 (C.D. Cal. 1992). Por. także: J. Kessler, S. Waller, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, (2d ed.), 2015, WEST/el., § 1:6 oraz *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments*, J. Jakobson et al. (eds.) (6th ed.), Chicago 2007, s. 27.

35 Por. wyrok Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Utah w sprawie *Rio Vista Oil Co. v. Southland Corp.*, 667 F. Supp. 757 (D. Utah 1987).

36 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Board of Trade of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), w którym Sąd Najwyższy orzekł „[...] lecz zgodność z prawem porozumienia lub regulacji nie może być oceniana w oparciu o tak prosty test jak ten, czy ogranicza on konkurencję. Ogranicza ją każde porozumienie dotyczące handlu i każda regulacja handlu. Wiązanie i ograniczanie leży w samej jego naturze. Prawdziwym testem legalności jest to, czy nałożone ograniczenie, jedynie reguluje, a tym samym może wzmacnia konkurencję, czy też jest w stanie ograniczyć, a nawet zniszczyć konkurencję”; zob. także wyrok w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), w którym Sąd Najwyższy wskazał: „Podczas, gdy § 1 mógłby być interpretowany jako wprowadzający zakaz zawierania wszelkich umów [...] Sąd nigdy nie stosował literalnego podejścia względem [jego] języka”. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006).

37 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

go charakteru ograniczenia ewoluowało wraz z rozwojem orzecznictwa, a przede wszystkim wraz z formowaniem się aksjologicznych podstaw amerykańskiego prawa antytrustowego³⁸. W rozumieniu aktualnego dorobku orzeczniczego sądów federalnych inne niż rozsądne ograniczenie handlu ma zachodzić przede wszystkim wtedy, gdy dana praktyka skutkuje wyższą ceną lub ograniczeniem sprzedaży³⁹. Dotyczy to także praktyk, które prowadzą do ograniczenia wyboru konsumenta⁴⁰, powstania lub wzmocnienia siły rynkowej⁴¹ lub pogorszenia jakości towarów⁴². Kryterium „rozsądku” nie odnosi się zatem do abstrakcyjnie pojmowanej racjonalności zachowań podmiotów gospodarczych, a do ich ekonomicznych skutków rozumianych jako wpływ na rynek⁴³. W związku z tym doktryna utożsamia pojęcie ograniczenia handlu z ograniczeniem konkurencji⁴⁴.

W wyroku w sprawie *National Society of Professional Engineers v. U.S.* Sąd Najwyższy nie zgodził się z argumentacją pozwanych, jakoby dokonane w kodeksie dobrych praktyk wydanym przez korporację zawodową przedsiębiorców sektora budowlanego ustalenie sztywnego poziomu stawek stosowanych w postępowaniach przetargowych na roboty budowlane miało charakter rozsądny⁴⁵. Miało bowiem zmierzać do ochrony interesu publicznego przed wykonawstwem inwestycji przez podmioty nieuczciwe lub niesolidne, wykorzystujące niskiej jakości materiały budowlane. Sąd Najwyższy uznał jednak, że tego rodzaju czynniki nie mieszczą się w ramach kryteriów oceny rozsądnego charakteru ograniczenia. Wskazał natomiast, że

założenie jakoby konkurencja była najlepszą metodą alokacji zasobów na wolnym rynku, oznacza iż wszystkie elementy transakcji – jakość, obsługa, bezpieczeństwo i trwałość – a nie tylko związane z nią bezpośrednio koszty, są pozytywnie stymulowane przez możliwość swobodnego wyboru spośród alternatywnych ofert. Nawet zakładając, że istnieją nieliczne wyjątki od zakładanych skutków dla konkurencji, stosowanie ustawy wyklucza rozstrzygnięcie, czy konkurencja jest dobra czy zła⁴⁶.

38 Por. uwagi na ten temat zawarte w rozdziale 10.

39 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

40 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

41 Wyrok Sądu Apelacyjnego 1. Obwodu w sprawie *Eastern Foods Services, Inc. v. Pontifical Catholic University Services Association, Inc. et al.*, 357 F.3d 1 (1st Cir. 2004).

42 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *National Society of Professional Engineers v. U. S.*, 435 U.S. 679 (1978)

43 *Ibidem*.

44 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Saint Paul 2006, t. VII, s. 387.

45 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978).

46 *Ibidem*; niemniej, w niektórych spośród wyroków Sądu Najwyższego, cele inne niż czysto ekonomiczne uwzględniane bywały w ramach oceny spełnienia kryterium rozsądnego charakteru ograniczenia handlu. I tak np. w wyroku w sprawie *GTE Sylvania*, Sąd odniósł

Rozwój orzecznictwa doprowadził do ukształtowania zakresu przedmiotowego pojęcia ograniczenia handlu. Są nim objęte przede wszystkim następujące praktyki przedsiębiorców:

- 1) kartele cenowe⁴⁷,
- 2) ustalanie cen odsprzedaży towarów⁴⁸,
- 3) porozumienia horyzontalne o podziale rynku⁴⁹,
- 4) porozumienia kontyngentowe⁵⁰,
- 5) inne niż cenowe porozumienia wertykalne⁵¹,
- 6) porozumienia bojkotowe i dotyczące odmowy sprzedaży⁵²,
- 7) porozumienia o sprzedaży wiązanej⁵³.

Katalog ten jest jednak potencjalnie nieograniczony, obejmując wszelkie porozumienia, które mogą wywierać niekorzystny wpływ na konkurencję.

Orzecznictwo doprowadziło do wyodrębnienia dwóch zasadniczych sposobów oceny dopuszczalności porozumień na podstawie przepisu § 1 ustawy Shermana

się aprobującą do dokonanej w ramach reguły rozsądku przez sąd apelacyjny analizy odwołującej się do wpływu porozumienia na bezpieczeństwo użytkowników. Zob. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

- 47 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927); *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940); *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219 (1948); *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975); *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332 (1982).
- 48 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968); *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980); *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997), *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. 877 (2007).
- 49 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593, (1951); *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972); *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967); *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990).
- 50 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Glaxo Group Ltd*, 410 U.S. 52, (1973); *Hartford-Empire Co. v. U.S.*, 323 U.S. 386 (1945), supplemented, 324 U.S. 570 (1945).
- 51 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977); *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984) oraz wyroki Sądów Apelacyjnych: 9. Obwodu w sprawie: *Glacier Optical, Inc. v. Optique du Monde* (9th Cir. 1995) i 4. Obwodu w sprawie *Murrow Furniture Galleries, Inc. v. Thomasville Furniture Industries, Inc.*, 889 F.2d 524 (4th Cir. 1989).
- 52 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n*, 493 U.S. 411 (1990); *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332 (1967) oraz wyroki Sądów Apelacyjnych: 8. Obwodu w sprawie *ES Development, Inc. v. RWM Enterprises, Inc.*, 939 F.2d 547 (8th Cir. 1991), 9. Obwodu w sprawie *Movie 1 & 2 v. United Artists Communications, Inc.*, 909 F.2d 1245 (9th Cir. 1990).
- 53 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962); *Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992); *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

– reguły rozsądku i reguły *per se*. Prymat nadany został przy tym tej pierwszej⁵⁴. Jak wskazał Sąd Najwyższy w sprawie GTE Sylvania, „jakiegokolwiek odstępstwo od stosowania reguły rozsądku musi być oparte raczej na dającym się wykazać skutku ekonomicznym, aniżeli na formalnym rozgraniczeniu”⁵⁵. Sądownictwo wypracowało także pośredni standard oceny stanowiący hybrydę pomiędzy regułą rozsądku a regułą *per se*, a określane w niejednolity sposób – jako kadłubowa (*truncated*), skrócona (*abbreviated*) lub ustrukturyzowana (*structured*) reguła rozsądku lub też jako analiza „rzutem oka” (*quick-look analysis*). Poniżej omówione zostaną sposoby oceny dopuszczalności porozumień ograniczających konkurencję według każdego z wymienionych wcześniej standardów.

5.3.3.2. Reguła *per se*

Niektóre spośród porozumień objętych zakresem § 1 ustawy Shermana prowadzą nieuchronnie do innego niż rozsądne ograniczenia konkurencji. Do tej kategorii zaliczane są porozumienia, które „zawsze lub niemal zawsze prowadzą do ograniczenia konkurencji i zmniejszenia sprzedaży”⁵⁶. Uzasadnieniem dla stosowania względem określonej praktyki wielostronnej reguły *per se* jest wywieranie przez nią „oczywiście antykonkurencyjnych” skutków i brak jakichkolwiek prokonkurencyjnych korzyści, które stanowiłyby ich przeciwwagę⁵⁷. Są one zatem uznane za *per se* zakazane, bez potrzeby badania ich rzeczywistego wpływu na konkurencję. Oznacza to, że powód przed sądem, zarzucając pozwanemu naruszenie § 1 ustawy Shermana, obciążony jest wyłącznie obowiązkiem wykazania, że porozumienie objęte zakresem stosowania reguły *per se* nastąpiło. Poza zakresem analizy sądowej znajdują się przyczyny zawarcia takiego porozumienia, natura i stopień rzeczywistych skutków, jakie wywiera na rynek oraz czynniki, które mogłyby stanowić uzasadnienie dla jego zawięzania. Okoliczności te nie mogą być także przedmiotem zgłaszanych przez pozwanych zarzutów.

54 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977); *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982); *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007); *Texaco Inc. v. Dagher* 547 U.S. 1 (2006); *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972); *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988); *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *Barkat U. Khan and Khan & Associates, Inc., v. State Oil Company*, 93 F.3d, 1358 (7th Cir. 1996).

55 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

56 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988).

57 Wyroki w sprawach: *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977); *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985) – w oryginale „*lack of any redeeming virtue*”; *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

Reguła *per se* oparta jest zatem na „generalizacji odnośnie do społecznej użyteczności danej praktyki handlowej”⁵⁸. Dopuszcza się przy tym możliwość, że w określonych sytuacjach faktycznych, na zasadzie wyjątku, niektóre spośród porozumień ocenianych na podstawie reguły *per se* mogą wywoływać pozytywne skutki rynkowe. Jednak taka zgeneralizowana ocena niektórych kategorii porozumień jest niezbędna ze względów ekonomiki procesowej i pewności prawa⁵⁹. Jak wskazał Sąd Najwyższy w sprawie Jefferson Parish Hospital, stosowanie reguły *per se* pozwala uniknąć

uciążliwego badania aktualnych warunków rynkowych w sytuacjach, w których prawdopodobieństwo antykonkurencyjnych zachowań jest tak wielkie, że czyni nieuzasadnionym koszty określania, czy rozpatrywana przez sąd sprawa obejmuje antykonkurencyjne zachowanie⁶⁰.

Innym warunkiem, poza nieodwołalnie antykonkurencyjnym oddziaływaniem i brakiem korzyści je równoważących, koniecznym do objęcia określonego porozumienia kategorią *per se*, jest posiadanie przez sądy istotnego bagażu doświadczenia w ocenie antykonkurencyjnego charakteru danej kategorii praktyk⁶¹.

Katalog typów porozumień, do których zastosowanie znajduje reguła *per se* ulegał zmianom na przestrzeni rozwoju amerykańskiego prawa antytrustowego. Zmiany te przebiegały przy tym jednokierunkowo, powodując stopniowe pomniejszanie kategorii porozumień objętych regułą *per se* na rzecz katalogu praktyk, ocenianych w ramach reguły rozsądku. Obecnie w ramach tej pierwszej mieszczą się kartele cenowe, kontyngentowe i podziałowe. W odniesieniu do horyzontalnych porozumień bojkotowych i o odmowie sprzedaży oraz do porozumień o sprzedaży wiązanej praktyka sądów jest niejednolita. Część spośród tych praktyk, o szczególnie negatywnych skutkach dla konkurencji, objęta jest zakresem stosowania reguły *per se*. Dotyczy to w szczególności typowych porozumień bojkotowych zawartych pomiędzy konkurentami dążącymi do wyeliminowania

58 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).

59 Jak orzekł Sąd Najwyższy w sprawie Arizona v. Maricopa County Medical Soc. (457 U.S. 332 [1982]), odnosząc się do uzasadnienia stosowania reguły *per se*: „ze względów pewności działalności gospodarczej i efektywności procesowej, akceptujemy możliwość unieważnienia niektórych porozumień, które gdyby poddane były pełnej analizie mogłyby zostać uznane za rozsądne [ograniczenie – Ł. G.]”.

60 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

61 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972) oraz Arizona v. Maricopa County Medical Soc., 457 U.S. 332 (1982), w której Sąd Najwyższy wskazał, że stosowanie reguły *per se* dopuszczalne jest jedynie, gdy „doświadczenie z danym rodzajem ograniczenia umożliwi, by Sąd przewidział z pewnością, że zastosowanie reguły rozsądku również doprowadziłoby do jego zakazania”; zob. także wyroki Sądu Najwyższego w sprawie: Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979) i FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).

konkurenta z rynku⁶². W odniesieniu do porozumień o sprzedaży związanej, zakres jej stosowania ograniczony jest zasadniczo do sytuacji, w których stosujący ją podmiot wykazuje znaczną siłę rynkową na rynku towaru wiążącego⁶³.

Jak wynika z powyższego, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, rozgraniczenie pomiędzy dwiema kategoriami praktyk – objętych stosowaniem reguły *per se* i podlegających ocenie w ramach reguły rozsądku, nie jest precyzyjne⁶⁴. W odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję należących do określonych kategorii, takich jak wskazane wyżej porozumienia bojkotowe i o sprzedaży związanej, przyjęty standard oceny zależy od konkretnych okoliczności faktycznych. Reguła *per se* może być także zastosowana względem porozumień należących do innych kategorii, o ile dane porozumienie niesie za sobą nieodwołalnie antykonkurencyjne skutki i nie przynosi korzyści, które mogłyby je zrównoważyć. Niemniej, biorąc pod uwagę, że zasadą jest ocena oparta na regule rozsądku, jest to w praktyce skrajnie mało prawdopodobne.

5.3.3.3. Reguła rozsądku

Względem oceny dopuszczalności porozumień, które nie podlegają analizie na podstawie reguły *per se*, stosowana jest reguła rozsądku. Ocena dokonywana w jej ramach zmierza do „zważenia wszystkich okoliczności sprawy, w celu określenia, czy praktyka powinna zostać zakazana jako ustanawiająca inne niż rozsądne ograniczenie konkurencji”⁶⁵.

Istotę reguły rozsądku objaśnił Sąd Najwyższy w sprawie *Chicago Board of Trade v. U.S.*:

Każde porozumienie, każda regulacja handlu, ogranicza [handel – Ł. G.]. Wiązać, ograniczać stanowi samą ich istotę. Prawdziwym testem legalności jest określenie, czy nałożone ograniczenie jedynie reguluje i może w ten sposób wspiera konkurencję, czy też może ono ją ograniczyć, a nawet wyeliminować. Aby odpowiedzieć na to pytanie sąd musi zwykle: uwzględnić okoliczności właściwe działalności, której ograniczenie dotyczy; warunki jej prowadzenia przed i po nałożeniu

62 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128 (1998).

63 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, (1984).

64 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma* 468 US 85 (1984); zdaniem H. Hovenkampa granica pomiędzy oceną w ramach reguły *per se* i reguły rozsądku jest płynna i w istocie sprowadza się do tego, na jakim etapie pozyskiwania wiedzy o naturze danej praktyki ograniczającej konkurencję zakończona zostanie ocena jej dopuszczalności. Każdy podmiot stosujący prawo, dążąc do maksymalizacji efektywności procesu decyzyjnego zmierza do osiągnięcia pewności w ocenie najmniejszym możliwym kosztem. Dotyczy to także stosowania reguły rozsądku. W ten sposób, jak wykazał ten autor, reguła rozsądku to nic innego aniżeli *sui generis* reguła *per se*, a rozróżnienie pomiędzy nimi jest wyolbrzymiane – zob. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, ed. 5, Saint Paul 2016, s. 335.

65 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

ograniczenia; naturę ograniczenia i jego skutki tak zaistniałe, jak i możliwe. Historia ograniczenia, zło, które, jak można uważać, istnieje, przyczyna wprowadzenia określonego środka, jego zakładany cel, stanowią istotne okoliczności⁶⁶.

Katalog czynników branych pod uwagę w toku oceny dopuszczalności porozumień opartej na regule rozsądku jest potencjalnie nieograniczony⁶⁷. Jednak przemiany w zakresie aksjologicznych podstaw amerykańskiego prawa antytrusowego i wzrost znaczenia analizy ekonomicznej jako podstawowego narzędzia badania dopuszczalności praktyk rynkowych przedsiębiorców wpłynęły na sposób i zakres oceny z użyciem reguły rozsądku. Obecnie uwaga sądów skierowana jest na badanie czynników, które świadczą o wpływie praktyki na konkurencję – efektywność gospodarczą i dobrobyt konsumenta⁶⁸.

Zatem w toku oceny, w ramach reguły rozsądku, uwzględnia się w szczególności: pozycję stron porozumienia na rynku właściwym, w tym: czy nie dysponują one siłą rynkową w znacznym zakresie, sytuację konkurencyjną na rynku właściwym i jego strukturę⁶⁹ oraz obecność barier rynkowych i możliwość wejścia konkurentów na rynek. Analiza ta może także uwzględniać zamiar, który realizowały strony zawierając porozumienie lub okoliczność, z czyjej inicjatywy doszło do jego zawiązania⁷⁰. Brane pod uwagę są także okoliczności świadczące

66 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Board of Trade of Chicago v. United States, 246 U.S. 231, (1918); z kolei w wyroku w sprawie Arizona v. Maricopa County Medical Soc., 457 U.S. 332 (1982) Sąd Najwyższy wskazał: „większość spraw ocenianych jest w oparciu o regułę rozsądku, zgodnie z którą ten, który powołuje się na określoną okoliczność, musi wykazać, że kwestionowana praktyka nakłada inne niż rozsądne ograniczenie handlu, biorąc pod uwagę szeroką gamę czynników, w tym szczegółowe informacje o danej działalności, warunkach jej prowadzenia przed i po nałożeniu ograniczenia, jego historię, naturę i skutek”. Zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie Barkat U. Khan and Khan & Associates, Inc., v. State Oil Company, 93 F.3d, 1358 (7th Cir. 1996).

67 Por. wyrok w sprawie Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 49 (1977), w którym Sąd Najwyższy wskazał, że ocena w ramach reguły rozsądku powinna obejmować „wszystkie okoliczności sprawy”.

68 Zob. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978), w którym Sąd Najwyższy wyjaśnił, że kryterium „rozsądku” nie odnosi się do abstrakcyjnie pojmowanej racjonalności zachowań podmiotów gospodarczych, a do ich ekonomicznych skutków rozumianych jako wpływ na rynek.

69 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

70 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Board of Trade of Chicago v. United States, 246 U.S. 231 (1918), w którym Sąd Najwyższy wskazał na przyczyny uwzględniania zamiaru stron jako okoliczności branej pod uwagę przy ocenie w ramach reguły rozsądku: „Nie jest tak dlatego, że dobra intencja jest w stanie ocalić istnienie regulacji, która w przeciwnym wypadku uznana byłaby za kwestionowaną, ani nie jest też odwrotnie; lecz dlatego, że wiedza o zamiarze może pomóc sądowi zinterpretować fakty i przewidzieć ich skutki”. Por. także wyrok w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007), w którym Sąd Najwyższy wśród czynników, które powinno brać się pod uwagę przy ocenie w ramach reguły rozsądku dopuszczalności porozumień o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów wymienił to, czy inicjatywa ich zawarcia leżała po stronie producenta, czy dystrybutora.

o pozytywnym wpływie praktyki na konkurencję, które równowżyć mogą jej antykonkurencyjne skutki, w tym przede wszystkim efektywności wynikające z ich stosowania⁷¹.

Reguła rozsądku nie ustanawia jednolitego standardu oceny dopuszczalności antykonkurencyjnych porozumień. Raczej przyjęty przez sąd sposób oceny w ramach tejże reguły przyjmuje określony odmienny kształt w odniesieniu do danej kategorii porozumień. Nadto, proces oceny przeprowadzanej w jej ramach przez poszczególne sądy przyjmuje nieco odmienny kształt, zachowując jednak podobną strukturę. Począwszy od początku lat osiemdziesiątych XX w. zakłada ona, co do zasady, przenoszenie ciężaru udowodnienia kolejnych okoliczności z powoda na pozwanego i w przeciwnym kierunku⁷².

Pierwszym elementem procesu oceny w ramach reguły rozsądku jest zazwyczaj przeprowadzenie przez powoda dowodu, że porozumienie wywarło lub, że z dużym prawdopodobieństwem mogło wyrzeć, znaczny negatywny wpływ na konkurencję⁷³.

W ramach tego etapu powód obowiązany jest zwykle w pierwszej kolejności wyznaczyć rynek właściwy, na który oddziałuje porozumienie. Jest to niezbędne o tyle, że negatywne skutki w stosunku do konkurencji ujawnić się mogą w odniesieniu do konkretnego rynku produktowego i geograficznego lub kilku takich rynków⁷⁴. Wyznaczenie rynku właściwego jest punktem wyjścia do zbadania panującej na nim sytuacji konkurencyjnej tak przed, jak i po wejściu w życie praktyki, jego struktury, stopnia jego koncentracji, barier rynkowych oraz, przede wszystkim, kwestii posiadania siły rynkowej przez strony porozumienia i ich konkurentów. W dalszej kolejności wykazanie istotnego wpływu porozumienia na konkurencję zwykle wymaga udowodnienia, że pozwany posiada siłę rynkową na wyznaczonym uprzednio rynku właściwym. Tym samym analiza zmierza do wykazania, że jest on w stanie samodzielnie wpływać na wzrost cen powyżej poziomu konkurencyjnego⁷⁵, na ograniczenie podaży⁷⁶.

71 Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), „w swojej konstrukcji i funkcji reguła rozgranicza pomiędzy ograniczeniami, które mają antykonkurencyjny skutek, które są szkodliwe dla konsumentów i ograniczeniami, które stymulując konkurencję pozostają w najlepszym interesie konsumentów”.

72 *ABA Section...*, s. 57

73 Por. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) oraz *Standard Oil Company v. United States*, 283 U.S. 163 (1931); *ABA Section...*, s. 58; bardziej szczegółowo pierwszy etap oceny ujął H. Hovenkamp, wskazując na potrzebę zważenia, czy porozumienie mogłoby zagrażać albo ograniczeniem sprzedaży, albo wzrostem cen w niebanalnym zakresie. Por. H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 340.

74 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust...*, t. VII, s. 397.

75 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma* 468 U.S. 85 (1984).

76 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

Nie jest to jednak warunek bezwzględny. Jak wskazał Sąd Najwyższy w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*,

jeśli celem definiowania rynku i badania siły rynkowej jest rozstrzygnięcie, czy uzgodnienie ma potencjał, by wyrzucić realny wpływ na konkurencję „dowód aktualnie występujących niekorzystnych skutków, takich jak ograniczenie sprzedaży”, może zastąpić potrzebę badania siły rynkowej, która jest jedynie „surogatem niekorzystnych skutków”⁷⁷.

W wyroku tym sąd uznał, że porozumienie pomiędzy członkami korporacji zawodowej dentystów w Indianie, na podstawie którego odmawiali oni udostępniania ubezpieczycielom wyników badań rentgenowskich, stanowiło naruszenie § 1 ustawy Shermana, mimo braku wyznaczenia rynku właściwego i wykazania posiadania siły rynkowej przez pozwanych. Sam fakt pozbawienia ubezpieczycieli dostępu do dokumentacji medycznej, co uniemożliwiło im kontrolę zasadności podjętych procedur medycznych, uznany został za wystarczający dowód istotnych antykonkurencyjnych skutków porozumienia. Nie zawsze zatem wyznaczenie rynku właściwego i udowodnienie posiadania przez pozwanego siły rynkowej w znacznym zakresie są niezbędnymi elementami analizy dokonywanej w ramach reguły rozsądku. Powód obowiązany jest je przedstawić tylko wtedy, gdy nie jest w stanie przeprowadzić bezpośredniego dowodu wpływu praktyki na wzrost cen lub na ograniczenie podaży⁷⁸. Ponieważ jest to trudne, w praktyce analiza w ramach reguły rozsądku obejmuje zwykle zarówno wyznaczenie rynku właściwego, jak i badanie siły rynkowej powoda.

Wyznaczenie rynku właściwego i wykazanie, że pozwany posiada siłę rynkową otwiera powodowi pole do dalszej argumentacji dotyczącej wpływu porozumienia na konkurencję. Skupia się ona na naturze praktyki oraz uwzględniła całokształt wymienionych już wcześniej okoliczności, które świadczą o antykonkurencyjnym charakterze porozumienia, jego wpływie na poziom cen i wielkość sprzedaży towarów, jakość towarów i usług, zakres wyboru konsumenta, poziom innowacyjności, itd. Istotnym elementem, który może być brany pod uwagę przez sąd, choć nie jako samodzielna podstawa, na której opiera się dowód antykonkurencyjnych skutków porozumienia, jest cel jego zawarcia⁷⁹. Jeśli powód wykaże, że zamiarem stron było ograniczenie konkurencji (ang. *naked restraint*), a nie osiągnięcie celów istotnych z punktu widzenia działalności gospodarczej pozwanego, będzie to

77 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986) oraz cytowany przez Sąd Najwyższy P. Areeda – zob. P. Areeda, D. Turner, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, ed. 2, Boston–Toronto–London 1986, numer bieżący 1511, s. 429; więcej na temat możliwości dowodzenia w postępowaniach przed sądami amerykańskimi posiadania siły rynkowej bez wyznaczania rynku właściwego w: D. Crane, *Market Power Without Market Definition*, „Notre Dame Law Review” 2014, vol. 90, No 1, s. 31.

78 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust...*, t. VII, s. 400.

79 *Ibidem*, s. 401 oraz *ABA Section...*, s. 69.

stanowiąc przesłankę wzmacniającą dowód o antykonkurencyjnym charakterze praktyki⁸⁰.

Jeśli powód udowodnił, że porozumienie wywarło, lub że z dużym prawdopodobieństwem mogło wywrzeć, znaczny negatywny wpływ na konkurencję, ciężar dowodu przechodzi na pozwanego. Na tym etapie musi on wykazać, że jego zachowanie miało skutki prokonkurencyjne, które kompensują antykonkurencyjne efekty porozumienia. Pozwany powinien zatem wykazać, że służy ono osiągnięciu określonych efektywności gospodarczych. Przykładowo, może ono prowadzić do powstania nowego towaru⁸¹, zwiększenia sprzedaży⁸², poprawy jakości towarów⁸³, poprawy efektywności dystrybucji⁸⁴, zwiększenia wyboru konsumenta, itp.

Jeśli pozwany wykaże, że porozumienie prowadzi do efektywności gospodarczych, które równoważą powodowane przez nie ograniczenie konkurencji, ciężar dowodu ponownie przechodzi na powoda. Musi on wtedy udowodnić, że ograniczenie to nie było, oceniając rozsądnie, niezbędne dla osiągnięcia efektywności, na które powołuje się pozwany lub, że jego negatywne skutki dla konkurencji przewyższają skutki pozytywne⁸⁵. W ramach tych etapów analizy sąd dokonuje wyważenia negatywnych i pozytywnych skutków praktyki dla konkurencji⁸⁶, skupiając się na odpowiedzi na dwa pytania:

- 1) czy ograniczenie rzeczywiście służyło osiągnięciu zakładanego uzasadnionego celu?
- 2) czy cel mógł zostać osiągnięty w sposób mniej ograniczający konkurencję, innymi słowy – czy ograniczenie było proporcjonalne?⁸⁷

80 ABA Section..., s. 58–59, 69, oraz W. Holmes, M. Mangiaracina, *Antitrust Law Handbook*, Database updated November 2015, West/el., § 2.1.

81 Por. np. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.* (441 U.S. 1 [1979]), w którym Sąd Najwyższy uznał, że system organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, stworzony przez BMI, umożliwił efektywne zarządzanie tymi prawami, tworząc nowy typ usługi i zwiększając dostępność utworów.

82 *Ibidem*.

83 Por. wyrok Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie: *Vinod C. Bhan, C.r.n.a., v. Nme Hospitals, Inc., a Delaware Corp., Db: Mantecahospital, National Medical Enterprises, Inc., a Nevadacorp., California Society of Anesthesiologists, Inc., Acalifornia Corp., John E. Menaugh, Yong Suk, M.d.*, 929 F.2d 1404 (9th Cir. 1991).

84 Por. np. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) oraz *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), w których pozwani argumentowali, że zawarte przez nich porozumienia pionowe wpływają na wzmocnienie konkurencji międzymarkowej poprzez osiągnięcie efektywności w zakresie dystrybucji.

85 ABA Section..., s. 58.

86 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) i wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015).

87 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust...*, t. VII, s. 415; więcej na temat wyważenia pozytywnych i negatywnych skutków porozumień ograniczających konkurencję w ramach oceny opartej na regule rozsądku w dalszej części rozdziału.

Przedstawiony wyżej ogólny schemat oceny opartej na regule rozsądku ulega niewielkim modyfikacjom, tak by dostosować go do specyfiki określonych typów praktyk. Przykładowo w odniesieniu do innych niż cenowe porozumień pionowych, powód zwykle obciążony jest obowiązkiem wykazania, że porozumienie wywarło istotny, negatywny wpływ na konkurencję międzymarkową na wyznaczonym uprzednio rynku właściwym. Udowodnienie wpływu wyłącznie na konkurencję wewnątrzmarkową nie jest z reguły wystarczające. Zwykle wymagane jest także przedstawienie dowodu znacznej siły rynkowej pozwanego, która uznawana jest za warunek niezbędny, by uznać, że porozumienie było w stanie wpłynąć na konkurencję międzymarkową. Na dalszych etapach ocena prowadzona jest na podstawie schematu ogólnego. Za każdym razem skupia się on jednak na skutkach, jakie porozumienie wywarło na ten aspekt konkurencji⁸⁸.

Praktyka stosowania reguły rozsądku różni się jednak istotnie od założeń teoretycznych leżących u jej podstaw. Zgodnie z badaniami M. Carriera, w latach 1999–2009, spośród 222 spraw, w których sądy federalne zastosowały regułę rozsądku i wydały na jej podstawie rozstrzygnięcie, jedynie w pięciu przypadkach dokonały one pełnego testu bilansującego skutki anty- i prokonkurencyjne porozumienia⁸⁹. W pozostałych sprawach sądy stosowały metodę oceny opartą na przenoszeniu ciężaru dowodu z powoda na pozwanego i w przeciwnym kierunku. Tym samym ocena z użyciem pełnego testu bilansującego stosowana jest wyjątkowo – w poprzedniej dekadzie jedynie w 3,2% spraw. Jednocześnie obecnie, choć było to już dobrze widoczne w poprzednich badaniach tego samego autora, zastosowanie reguły rozsądku nieomal bezwzględnie faworyzuje pozwanego. Jedynie w jednej spośród wspomnianych 222 spraw zwyciężył powód⁹⁰. W 215 z 222 spraw powód nie był w stanie wykazać antykonkurencyjnego skutku praktyki, w jednej pozwany wykazał brak mniej naruszającej konkurencję alternatywy, a w kolejnej prokonkurencyjne skutki praktyki. Z zestawienia tego wynika, że prawdopodobieństwo wygranej pozwanego w sprawie antytrustowej, w której stosowana jest reguła rozsądku, wynosiło w latach 1999–2009 ponad 99%. Obecnie tendencja ta została dodatkowo wzmocniona poprzez ustanowienie wyższego standardu dowodowego dla powoda we wstępnej fazie postępowania, przed rozpoczęciem procesu⁹¹.

88 Por. wyroki Sądów Apelacyjnych: 8. Obwodu w sprawie *Ryko Mfg. Co. v. Eden Servs.*, 823 F.2d 1215 (8th Cir. 1987); 7. Obwodu w sprawie *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Imps., Ltd*, 678 F.2d 742 (7th Cir. 1982); 5. Obwodu w sprawie *Muenster Butane, Inc. v. Stewart Co.*, 651 F.2d 292 (5th Cir. 1981). Zob. także: M. Denger, J. Lipton, *The Rule of Reason and „Leegin Policies”: the Supreme Court’s Guidance*, „Antitrust”, Fall 2007, vol. 22, s. 46 i 47.

89 M. Carrier, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, „George Mason Law Review” 2009, vol. 16, s. 829–830.

90 Chodzi o badania dotyczące stosowania reguły rozsądku przez sądy federalne w latach 1989–1999, których rezultaty zamieszczone zostały w: M. Carrier, *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, „Brigham Young University Law Review” 1999, Issue 4, s. 1267.

91 Por. rozważania zawarte w rozdziale 8.

Słuszne, choć może przedwczesne, bo dokonane już w roku 1977, wydaje się zatem stwierdzenie R. Posnera, jakoby „reguła rozsądku to nic innego niż eufemizm na nazwanie czegoś *per se* legalnym”⁹².

5.3.3.4. Ocena „rzutem oka”

Niektóre spośród porozumień ograniczających konkurencję podlegają ocenie „rzutem oka” lub inaczej, w ramach tzw. skróconej (kadłubowej, ustrukturyzowanej) reguły rozsądku. Ten standard oceny wykształcił się w praktyce orzeczniczej sądów federalnych na początku lat osiemdziesiątych XX w. Choć pierwszy raz określenie ocena „rzutem oka” pojawiło się w wyroku Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu z 1984 r. w sprawie *General Leaseways, Inc., v. National Truck Leasing Association*⁹³, ten sposób oceny stosowany był już wcześniej w orzecznictwie sądów apelacyjnych⁹⁴. W tym samym 1984 roku zastosował go Sąd Najwyższy w sprawie *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*⁹⁵. Sąd ocenił wówczas dopuszczalność szeregu porozumień zawartych przez NCAA – stowarzyszenie grupujące szkoły wyższe i organizujące rozgrywki sportowe z ich udziałem. Praktyki NCAA polegały między innymi na ustalaniu limitów liczby transmisji telewizyjnych z meczów futbolowych z udziałem każdej ze szkół oraz na ustaleniu ze stacjami telewizyjnymi minimalnych stawek opłat za prawa do transmisji, które stacje telewizyjne miały płacić na rzecz członków NCAA. Sąd wskazał wprawdzie, że horyzontalne porozumienia cenowe typowo oceniane są w ramach reguły *per se*, postanowił jednak, że jej zastosowanie względem oceny działań NCAA i jego członków, byłoby niewłaściwe. Wyjaśnił bowiem, że w sektorze gospodarki, w którym podmioty te działają, istnienie horyzontalnych porozumień jest niezbędne, by mogły być na nim w ogóle oferowane towary. Odnosząc się do argumentów NCAA, jakoby nie miało ono siły rynkowej, i w związku z tym nie stanowiło innego niż rozsądne ograniczenia w handlu, Sąd Najwyższy wskazał, że w przypadku oczywistego ograniczenia handlu (*naked restriction*) dotyczącego cen i sprzedaży, dowód posiadania siły rynkowej nie jest niezbędny. Następnie, powołując się na wyrok w sprawie *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, wskazał, że „nie jest wymagana złożona analiza sektora, by wykazać antykonkurencyjny charakter takich porozumień”⁹⁶.

92 R. Posner, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, „University of Chicago Law Review” 1977, vol. 45, s. 14.

93 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Association, d/b/a National Truck Leasing System, et al.*, 744 F.2d 588 (7th Cir.1984).

94 Zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie *United States v. Realty Multi-List, Inc.* 629 F. 2d 1351 (5th Cir. 1980).

95 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 US 85 (1984).

96 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Professional Engineers*, 435 U.S. 679 (1978), s. 692.

Reguła „rzutu okiem” zastosowana została następnie w omówionym już wcześniej wyroku w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*⁹⁷. Sąd Najwyższy uznał w niej, że w świetle oczywistego skutku w postaci zmniejszenia podaży, dowód w postaci posiadania przez Indiana Federation of Dentists siły na wyznaczonym uprzednio rynku właściwym nie jest konieczny.

Zakres stosowania reguły „rzutu okiem” został doprecyzowany przez Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *California Dental Association v. FTC*⁹⁸. Sąd odmówił wówczas przeprowadzenia oceny na podstawie reguły „rzutu okiem” porozumień zawartych w kodeksie etyki wydanym przez stowarzyszenie dentystów w Kalifornii nakładających na jego członków ograniczenia co do możliwości reklamowania cen i jakości swoich usług⁹⁹. Sąd wyjaśnił, że reguła ta dotyczy sytuacji, w których „obserwator z jedynie elementarnym poziomem wiedzy ekonomicznej byłby w stanie wskazać, że dane uzgodnienia wywierają antykonkurencyjne skutki na konsumentów i rynki”¹⁰⁰. Natomiast w sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu antykonkurencyjne skutki praktyk nie były oczywiste. Mogły bowiem chronić konsumentów dotkniętych asymetrią informacji przed nieuczciwą i wprowadzającą reklamą i w ten sposób wpływać na konkurencję pozytywnie. Sąd nie wypowiedział się jednak co do zgodności z prawem owych ograniczeń, poprzestając na konkluzji, że powinny być one oceniane z użyciem pełnej reguły rozsądku.

Jak wynika z powyższego zestawienia orzecznictwa, skrócona reguła rozsądku odnosi się do hybrydowego standardu oceny stosowanego względem porozumień, które nie mieszczą się w kategorii praktyk objętych zakresem oddziaływania reguły *per se*, jednak ich antykonkurencyjny skutek jest na tyle ewidentny, że złożona analiza ich wpływu na konkurencję jest zbędna.

Istotę reguły „rzutu okiem” wyjaśnił zwięźle P. Areeda:

Okoliczność, że praktyka nie jest kategorycznie bezprawna we wszystkich lub większości jej przejawów nie oznacza, że jest bezprawna w sposób uniwersalny. Na przykład, porozumienia o wspólnym zakupie lub sprzedaży nie są bezprawne *per se*, ale sąd nie będzie zwlekał zakazując krajowego uzgodnienia w zakresie sprzedaży, na podstawie którego powiedzmy Ford i General Motors będą dystrybuowały swoje samochody na terenie całego kraju za pośrednictwem jednego przedstawiciela handlowego. Nawet bez procesu sędziego będzie wiedział, że te dwa wielkie przedsiębiorstwa są głównymi graczami na rynku samochodów, że taka wspólna sprzedaż wyeliminowałaby istotną konkurencję cenową między nimi, że są wystarczająco duże, by dystrybuować swoje towary niezależnie i że trudno wyobrazić sobie prokonkurencyjne uzasadnienie, rzeczywiście wiarygodne co do faktów i wystarczająco silne co do

97 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

98 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999).

99 Więcej na temat charakterystyki standardu oceny zastosowanego w sprawie *California Dental Association v. FTC* w: S. Calkins, *California Dental Association: Not a Quick Look But Not the Full Monty*, „Antitrust Law Journal” 1999, vol. 67, s. 495.

100 *Ibidem*.

zasady, by uznać to konkretne porozumienie o wspólnej sprzedaży za „rozsądne” w rozumieniu § 1 ustawy Shermana. Zasadniczym punktem jest to, że reguła rozsądku może czasem być stosowana w mgnieniu oka¹⁰¹.

W praktyce zastosowanie skróconej reguły rozsądku wiąże się z przeniesieniem ciężaru dowodu z powoda na pozwanego na wcześniejszym etapie postępowania niż w przypadku oceny na podstawie pełnej reguły rozsądku. Jeśli zatem antykonkurencyjne skutki porozumienia są oczywiste lub ich powstanie jest prawdopodobne, ciężar dowodu przeniesiony zostaje na pozwanego. Może on przedstawić dowód prokonkurencyjnych skutków porozumienia, równoważących skutki antykonkurencyjne. Jeśli tego dokonał, możliwe jest przeniesienie ciężaru dowodu z powrotem na powoda, który z kolei może wykazać, że skutki antykonkurencyjne przewyższają prokonkurencyjne efekty praktyki, lub że można było je osiągnąć w mniej szkodliwy dla konkurencji sposób¹⁰².

Jak z tego wynika, i co potwierdza orzecznictwo, reguła „rzutu okiem” nie stanowi wyraźnie wyodrębnionego standardu analizy, a raczej wariant oceny stosowanej w ramach reguły rozsądku. Taki jej charakter podkreślił Sąd Najwyższy w sprawie *California Dental Association v. FTC*, podkreślając, że

nasze kategorie analizy antykonkurencyjnego skutku są mniej stałe aniżeli terminy takie jak *per se*, *quick look* czy reguła rozsądku wydają się sugerować. Uznaliśmy przykładowo, że „zwykle nie ma jednak jasnej linii oddzielającej analizę *per se* od analizy w ramach reguły rozsądku” albowiem „istotne badanie warunków rynkowych” może być wymagane zanim uzasadnienie znajdzie tzw. zakaz *per se*¹⁰³.

Opierając się na tej tezie, Sąd Apelacyjny 5. Obwodu wskazał z kolei w sprawie *Polygram Holding, Inc., et al. v. FTC*, że

...byłoby cokolwiek mylące, powiedzieć że *quick look* jest po prostu nową kategorią analizy znajdującą się pośrodku złożoności położonej pomiędzy zakazem *per se* a pełną oceną w ramach reguły rozsądku, albowiem to by sugerowało, że Sąd przeszedł od dychotomii do trychotomii, a prawdą jest, że uciekł on od jakiegokolwiek opierania się na stałych kategoriach w kierunku *continuum*¹⁰⁴.

W tym ujęciu, tak jak słusznie wskazał H. Hovenkamp, reguły: *per se*, rozsądku i „rzutu okiem”, uznać można w istocie za warianty tego samego standardu oceny. W założeniu zmierza on do jak najbardziej efektywnego, a zatem dokonanego przy użyciu minimalnych możliwych nakładów, zbadania czy dane ograniczenie ma charakter inny niż rozsądny. To, że ocena ta przebiega inaczej w ramach poszczególnych reguł wynika wyłącznie z różnego stopnia trudności w rozpoznawaniu

101 P. Areeda, *The „Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues*, Federal Judicial Center, June 1981, s. 37–38.

102 W. Holmes, M. Mangiaracina, *Antitrust...*, § 2.10.

103 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999).

104 Wyrok Sądu Apelacyjnego dla Obwodu Dystryktu Kolumbii w sprawie *Polygram Holding, Inc., et al., v. FTC*, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005).

wpływu danej praktyki na konkurencję, a co za tym idzie, zakresu niezbędnej analizy tego wpływu. Innymi słowy – czy w świetle przyjętego systemu aksjologicznego ów antykonkurencyjny wpływ praktyki jest oczywisty ze względu na przynależność do określonej kategorii (reguła *per se*), albo można go rozpoznać na pierwszy rzut oka (skrótowa reguła rozsądku), czy też wymaga to bardziej złożonej analizy (pełna reguła rozsądku)? Przy tym obok tak określonych trzech sposobów analizy, może istnieć potencjalnie nieograniczona liczba wariantów pośrednich.

5.3.4. Wpływ porozumienia na handel międzystanowy lub zagraniczny

5.3.4.1. Elementy konstrukcyjne warunku wpływu na handel międzystanowy i zagraniczny

Zakresem zakazu wyrażonego w § 1 ustawy Shermana objęte są jedynie te porozumienia, które stanowią ograniczenie handlu lub wymiany towarowej pomiędzy poszczególnymi stanami lub z państwami obcymi. Tak określony wymóg ma charakter przesłanki jurysdykcyjnej, której spełnienie stanowi warunek niezbędny do zastosowania federalnego prawa antytrustowego względem federalnego prawa antytrustowego, jak i objęcia ich właściwością sądownictwa federalnego oraz federalnych organów ochrony konkurencji. W ramach oceny spełnienia tego warunku wyróżnia się dwa elementy:

- 1) dana praktyka musi mieścić się w ramach działalności polegającej na handlu lub wymianie towarowej,
- 2) handel lub wymiana handlowa, na które oddziałuje praktyka, musi mieć wymiar międzystanowy bądź międzynarodowy¹⁰⁵.

Pierwsze z tak określonych kryteriów odnosi się w istocie do pozostawania porozumienia w związku z prowadzoną przez jego strony działalnością gospodarczą¹⁰⁶. W ramach jego oceny orzecznictwo sądów federalnych skupiło się na dwóch zagadnieniach – możliwości zastosowania przepisu § 1 ustawy Shermana do podmiotów prowadzących działalność *non-profit* oraz względem czynności o innym niż handlowy charakterze. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w sprawie *NCAA v. Board of Regents of the Univ. of Oklahoma*, „nie ma wątpliwości, że rozległy język § 1 odnosi się do podmiotów działających *non-profit*”¹⁰⁷. Uznał tym samym szkoły wyższe za objęte zakresem stosowania tego przepisu. Z kolei w sprawie *U.S. v. Brown University*, Sąd Apelacyjny 3. Obwodu podkreślił, że jednostki działające

¹⁰⁵ *ABA Section...*, s. 36.

¹⁰⁶ H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1018.

¹⁰⁷ Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma* 468 US 85 (1984); podobnie Sąd Najwyższy wypowiedział się w wyrokach: *American Society of Mechanical Engineers, Inc. v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556 (1982) oraz *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975).

non-profit nie korzystają *en bloc* z wyłączenia spod prawa antytrustowego, „albowiem brak zysku nie gwarantuje, że podmiot taki będzie działał w najlepszym interesie konsumentów”¹⁰⁸. Niemniej podlega on takiemu wyłączeniu, w zakresie działalności „stanowiącej antytezę działalności handlowej”¹⁰⁹. Jak wskazał Sąd, wyłączenie to jest jednak zakreślone wąsko i nie obejmuje transakcji handlowych związanych z wykonywaniem służby publicznej (ang. *transactions with a „public-service aspect”*). Z kolei sądy klasyfikują transakcje jako handlowe lub niehandlowe na podstawie „natury działalności w świetle całokształtu towarzyszących mu okoliczności”¹¹⁰.

W toku rozwoju orzecznictwa, za czynności pozostające poza zakresem pojęcia działalności handlowej, sądy federalne uznawały między innymi:

- strajki prowadzone przez związki zawodowe¹¹¹,
- gwałtowne protesty przeciwników aborcji, które doprowadziły do zamknięcia klinik aborcyjnych¹¹²,
- rozgrywki baseballowe (tzw. wyłączenie baseballowe)¹¹³,
- działalność o charytatywnym raczej, aniżeli komercyjnym charakterze¹¹⁴,
- uzgodnienia pomiędzy członkami NCAA dotyczące wyglądu strojów zawodników¹¹⁵ oraz dotyczące kryteriów ich uczestnictwa w rozgrywkach¹¹⁶.

108 Wyrok Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *United States v. Brown University in Providence in the State of Rhode Island, and Providence Plantations; the Trustees of Columbia University in the City of New York; Cornell University; the Trustees of Dartmouth College; President and Fellows of Harvard College, Massachusetts; Massachusetts Institute of Technology; the Trustees of Princeton University; The Trustees of the University of Pennsylvania; Yale University, Massachusetts Institute of Technology*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

109 *Ibidem*.

110 *Ibidem*.

111 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Cf. Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940).

112 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *National Org. For Women, Inc. v. Scheidler*, 968 F.2d 612 (7th Cir. 1992).

113 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Federal Baseball Club v. National League*, 259 U.S. 200 (1922); *Toolson v. New York Yankees*, 346 U.S. 356 (1953); *Flood v. Kuhn*, 407 U.S. 258 (1972) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie *Major League Baseball v. Crist*, 331 F.3d 1177 (11th Cir. 2003); wyłączenie baseballowe jest powszechnie krytykowane jako nieprzystające do współczesnych realiów komercyjnego sportu oraz za niespójność z podejściem stosowanym przez sądy względem innych dyscyplin sportu zawodowego; przykładowo sądy odmawiały przyznania wyłączenia spod prawa antytrustowego rozgrywek futbolu amerykańskiego – por. wyrok w sprawie *Radovich v. National Football League (NFL)*, 352 U.S. 445 (1957); zob. także H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1017.

114 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Bronx Legal Services et al. v. Legal Services Corporation et al.*, 540 U.S., s. 1047.

115 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Kansas w sprawie *Adidas America, Inc. v. NCAA*, 64 F. Supp. 2d 1097 (D. Kan. 1999).

116 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *Smith v. NCAA*, 139 F.3d 180 (3d Cir. 1998).

5.3.4.2. Wpływ uzgodnienia na handel międzystanowy

Warunek oddziaływania porozumienia na handel międzystanowy stanowi odzwierciedlenie zakresu kompetencji władz federalnych wywiedzionych z tzw. klauzuli handlowej (*Dormant Commerce Clause*) wyrażonej w art. 1 § 8 akapit 3 *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*. Zgodnie z jej treścią Kongres ma prawo regulować obrót z zagranicą, między poszczególnymi stanami i plemionami Indian¹¹⁷. W momencie uchwalenia ustawy Shermana jej zakres interpretowano wąsko, uznając że kompetencje ustawodawcze Kongresu w zakresie prawnej regulacji handlu nie wykraczają poza towary, które w sensie dosłownym przekraczały granice co najmniej dwóch stanów, lub transakcje dotyczące takich towarów¹¹⁸.

Stąd w pierwszych latach obowiązywania amerykańskiego prawa antytrustowego, stosowano stosunkowo wąsko zakreślony tzw. test „przepływu handlu” (*flow of commerce test*), który jako kryterium wpływu na handel międzystanowy uznaje rzeczywisty przepływ towarów pomiędzy co najmniej dwoma stanami¹¹⁹. Przy tym test ten koncentrował się na przepływie towarów, których dotyczyło określone porozumienie, a nie na terytorialnym zakresie oddziaływania całości działalności gospodarczej jego stron. Wykładnia klauzuli handlowej zmieniła się jednak po wprowadzeniu polityki *New Deal* przez prezydenta F. D. Roosevelta. Otworzyło to możliwość przyjęcia szerszego zakresu stosowania federalnego prawa antytrustowego. Test „przepływu handlu” zaczął być wówczas interpretowany szeroko, w ten sposób, że za wystarczający dla spełnienia owego kryterium uznawano niekiedy nawet pojedynczy incydent transgranicznej sprzedaży dokonanej na rynku towarów, których dotyczyło porozumienie¹²⁰. Test ten skupia się zatem nie tyle na kwestii intensywności handlu międzystanowego, lecz na samej jego obecności. Niektóre sądy przyjmują jednak węższy zakres kryterium przepływu handlu, uznając że nie spełniają go nieznaczne tylko przejawy międzystanowej wymiany handlowej¹²¹.

Obecnie w orzecznictwie stosuje się alternatywnie test „istotnego wpływu” (*substantial effect test*). Koncentruje się on na określeniu, czy dana praktyka rynkowa wpływa w sposób znaczący na jakikolwiek przejaw działalności gospodarczej,

117 Por. *ABA Section...*, s. 37–38 i H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1011.

118 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1011.

119 Zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Swift & Co. v. U.S.*, 196 U.S. 375 (1905); por. także W. Holmes, M. Mangiaracina, *Antitrust...*, § 9.2.

120 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. South-Eastern Underwriters Assn.*, 322 U.S., s. 533 (1944), w którym Sąd Najwyższy wskazał: „nie przedstawiono ani jednego wiarygodnego dowodu potwierdzającego, że Kongres w 1890 r. zmierzał do ograniczenia zakazu ustanowionego w ustawie Shermana w granicach obowiązującego orzecznictwa sądowego, określającego prerogatywy w zakresie handlu. Przeciwnie, wszystkie dowody, które można przyjąć, wskazują inaczej. Że Kongres zamierzał wykorzystać w maksymalnym możliwym zakresie swoje uprawnienia konstytucyjne, by ograniczyć trusty i porozumienia monopolistyczne [...]”.

121 Por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie *Yellow Cab Co. of Nevada v. Cab Employers, Automotive and Warehousemen*, 457 F.2d 1032 (9th Cir. 1972).

która podlega wymianie handlowej na poziomie międzystanowym. Test ten zastosowany został przez Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Hospital Building Company v. Trustees of Rex Hospital*, w którym podkreślił on, że „ograniczenia wprowadzone przez przedsiębiorstwa działające w całości lokalnie mogą doprowadzić do skutków zakazanych przez ustawę Shermana”¹²². Omawiany warunek spełniony jest bowiem ilekroć dane ograniczenie „istotnie i w sposób niekorzystny narusza handel międzystanowy”¹²³. Następnie Sąd Najwyższy wskazał, że „jeżeli to handel międzystanowy został nadzarpanięty, nie ma znaczenia jak bardzo lokalny wymiar ma działanie, które to spowodowało”¹²⁴.

Podobną, jak się wydaje, interpretację kryterium wpływu na handel międzystanowy przyjął Sąd Najwyższy w sprawie *McLain v. Real Estate Board of New Orleans, Inc.* Uznał wówczas, że ustalenie stawek prowizji dokonane pomiędzy lokalnymi pośrednikami w obrocie nieruchomościami spełnia omawiany warunek, mimo że miało czysto lokalny wymiar, albowiem dotyczyło wyłącznie nieruchomości w Nowym Orleanie i najbliższych okolicach. Sąd uznał bowiem, że praktyka ta może wyrzucić wpływ na rynek sprzedaży lokalnych nieruchomości, a poprzez to, pośrednio, na rynki usług finansowych i ubezpieczeń, które mają wymiar międzystanowy¹²⁵.

Sąd określił wówczas także sposób oceny spełnienia przedmiotowego warunku:

Pomimo że wiele wyroków potwierdza szeroki zakres zakazów zawartych w ustawie Shermana, nie można powoływać się na jurysdykcję przewidzianą w tej ustawie, jeśli nie został ustalony istotny aspekt międzystanowej wymiany handlowej; nie wystarczy jedynie oprzeć się na ustaleniu istnienia określonej działalności lokalnej i domniemaniu jego współzależności z jakimś niesprecyzowanym aspektem handlu międzystanowego. Aby ustalić jurysdykcję, powód musi powołać się w zarzutach na istnienie związku o krytycznym charakterze, a jeśli zarzuty te spotkają się z repliką, musi zmierzać do wykazania poprzez złożenie dowodów wykraczających poza te zarzuty, albo że działalność pozwanego sama stanowi przejaw międzystanowej wymiany handlowej, lub gdy ma ona charakter lokalny, że wpływa na inny znaczący przejaw działalności handlowej¹²⁶.

Wyrok w sprawie *McLain v. Real Estate Board of New Orleans* doprowadził do rozbieżności w orzecznictwie sądów federalnych. Niektóre z nich interpretują go jako ustanowienie reguły orzeczniczej, zgodnie z którą powód musi wykazać jedynie pewien aspekt tego, w jaki sposób prowadzona przez pozwanego działalność gospodarcza wpływa na międzystanową wymianę handlową¹²⁷. Inne natomiast

122 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Hospital Building Company v. Trustees of Rex Hospital*, 425 U.S. 738 (1976).

123 *Ibidem*.

124 *Ibidem*.

125 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans, Inc.*, 444 U.S. 232 (1980).

126 *Ibidem*.

127 Dotyczy to orzecznictwa Sądów Apelacyjnych: 9. i 11. Obwodu w tym w sprawach: *Freeman v. San Diego Association of Realtors*, 322 F.3d 1133 (9th Cir. 2003); *United States v. ORS, Inc.*

uznają, że konieczne jest wykazanie, że to zarzucana pozwanemu praktyka rynkowa jest w stanie wpływać na tę wymianę¹²⁸.

Do kwestii wpływu na międzystanową wymianę handlową wrócił Sąd Najwyższy w sprawie *Summit Health v. Pinhas*, jednak nie rozwiął całkowicie wątpliwości dotyczących interpretacji tego warunku¹²⁹. W sprawie tej powód – chirurg okulista zarzucił, jakoby szpital, w którym był zatrudniony zawarł porozumienie z pozostałymi pracującymi w szpitalu lekarzami jego specjalizacji, w celu wykluczenia go z rynku. Jak twierdził powód negatywna ocena jego kompetencji dokonana przez szpital, w którym był zatrudniony, efektywnie rzutowała na pozbawienie go możliwości wykonywania zawodu na rynku wykonywanych przez niego usług medycznych w Los Angeles. Sąd wskazał wprawdzie, że prawidłowa ocena wpływu zarzucanej praktyki na handel międzystanowy „skupiać się powinna nie na aktualnych skutkach, lecz raczej na potencjalnej szkodzie, która powstałaby, gdyby zmowa zakończyła się powodzeniem”¹³⁰. Powinna ona zatem zostać dokonana nie tylko „w drodze skonkretyzowanej oceny jego własnej praktyki, lecz raczej w wyniku ogólnej oceny wpływu ograniczenia na innych uczestników i potencjalnych uczestników rynku, z którego miałby on [powód – Ł. G.] zostać wykluczony”. W rezultacie Sąd Najwyższy uznał, że przesłanka jurysdykcji federalnej została spełniona, albowiem praktyka prowadziła do ograniczenia podaży usług okulistycznych na rynku Los Angeles, na którym stale obsługiwano pacjentów spoza Stanu i osiągano przychody ze źródeł pozastanowych. Tym samym Sąd nie zgodził się z tezą pozwanych jakoby, ze względu na ograniczone skutki, zarzucana im praktyka nie wpływała na handel międzystanowy¹³¹.

Jak wynika z powyższego, warunek wpływu na handel międzystanowy interpretowany jest w orzecznictwie federalnym w sposób niejednolity. Dwa spośród dwunastu Sądów Apelacyjnych, a tym samym także znajdujące się na obszarze

997 F.2d 628 (9th Cir. 1993); *United States v. Giordano*, 261 F.3d 1134 (11th Cir. 2001); *Shahawy v. Harrison*, 778 F.2d 636 (11th Cir. 1985) – zob. także *ABA Section...*, s. 39–40 oraz H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1013.

128 Dotyczy to orzecznictwa Sądów Apelacyjnych Obwodów: 1., 2., 6., 8. i 10. w tym w sprawach: *Wells Real Estate v. Greater Lowell Board of Realtors*, 850 F.2d 803 (1st Cir. 1981); *Cordova v. Simonpietri Insurance Agency v. Chase Manhattan Bank N.A.*, 649 F.2d 36 (1st Cir. 1981); *Valley Disposal v. Central Vermont Solid Waste Management Distribution*, 31 F.3d 89 (2d Cir. 1994); *Furlong v. Long Island College Hospital*, 710 F.2d 922 (2d Cir. 1983); *Sarin v. Samaritan Health Center* 813 F.2d 755 (6th Cir. 1987); *Stone v. William Beaumont Hospital* 782 F.2d 1338 (6th Cir. 1986); *Huelsman v. Civic Center Corp.* 873 F.2d 1171 (8th Cir. 1989); *Pariser v. Christian Health Care Systems*, 816 F.2d 1248 (8th Cir. 1987); *Anesthesia Advantage, Inc. v. Metz Group*, 912 F.2d 397 (10th Cir. 1990); *Crane v. Intermountain Health Care*, 637 F.2d 715 (10th Cir. 1980); zob. także *ABA Section...*, s. 39–40 oraz H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1013.

129 Wyrok w sprawie: *Summit Health, Ltd v. Pinhas*, 500 U.S. 322 (1991).

130 *Ibidem*.

131 Więcej na temat wyroku w sprawie *Summit Health, Ltd v. Pinhas* w: W. Detwiler, *Redefining Interstate Commerce Jurisdiction under the Sherman Act: Summit Health, Ltd v. Pinhas*, „*Villanova Law Review*” 1992, vol. 37, s. 373.

ich właściwości terytorialnej Sądy Dystryktowe, stosują test „przepływu handlu”, skoncentrowany na kwestii możliwości wpływu porozumienia na kierunek, wielkość lub sposób prowadzenia międzystanowej wymiany handlowej towarami, których ono dotyczy. Jednak wpływ ten rozumiany jest obecnie znacznie szerzej aniżeli w pierwszych latach obowiązywania ustawy Shermana. Wystarczy bowiem najmniejszy przejaw prowadzenia przez strony porozumienia międzystanowego handlu towarami, których porozumienie dotyczy, by spełnić przesłankę jurysdykcyjną stosowania § 1 ustawy Shermana.

Przewagę, jak się wydaje, uzyskała obecnie wykładnia oparta na teście „istotnego wpływu” na międzystanową wymianę handlową. Jest ona stosowana w pięciu obwodach sądowych. Z jednej strony następstwem jej stosowania jest przyjęcie szerszego zakresu § 1 ustawy Shermana, zważywszy że wystarczający dla jej spełnienia jest międzystanowy wymiar działalności gospodarczej prowadzonej przez pozwanego. Niekoniecznie musi być to działalność, której porozumienie dotyczy. Z drugiej strony jednak zakres ten ograniczony jest przez kryterium istotnego charakteru wpływu na tę wymianę.

5.3.4.3. Wpływ uzgodnienia na handel zagraniczny

Zakresem normy wywodzonej z § 1 ustawy Shermana objęte są także porozumienia, które stanowią ograniczenia handlu lub wymiany towarowej z państwami obcymi. Szczegółowe omówienie zagadnienia transgranicznego zakresu stosowania amerykańskiego federalnego prawa antytrustowego wykracza poza zakres niniejszego opracowania. Zostanie ono zatem nakreślone w sposób skrócony.

Podobnie jak warunek wpływu na handel międzystanowy, ekstraterytorialny zakres stosowania § 1 ustawy Shermana wywodzony jest z uprawnień Kongresu nadanych konstytucyjną klauzulą handlową¹³². Zatem, na takiej samej zasadzie jak ów warunek, zakres transgranicznego stosowania jest potencjalnie szeroki¹³³. Jednak w praktyce stosowania prawa został on istotnie ograniczony, co wynika tak ze względów polityki zagranicznej, istnienia konfliktów jurysdykcyjnych z obcymi systemami prawa konkurencji, jak i podyktowane jest obawami przed możliwymi działaniami odwetowymi względem amerykańskich przedsiębiorstw ze strony państw obcych¹³⁴.

Sprawą, która na długie lata ustanowiła linię orzeczniczą w obrębie eksterytorialnego stosowania ustawy Shermana, była rozpatrzona przez Sąd Apelacyjny 2. Obwodu sprawa *United States v. Alcoa*¹³⁵. Sąd uznał w niej, że porozumienie

132 Art. 1 § 8 akapit 3 *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*.

133 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. South-Eastern Underwriters Assn.*, 322 U.S. 533 (1944), w którym Sąd Najwyższy uznał, że zakres stosowania ustawy Shermana jest szeroki na tyle, na ile pozwala na to klauzula handlowa.

134 J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 6:1.

135 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States v. Aluminum Company of America (ALCOA)*, 148 F.2d 416 (C.C.A. 2d Cir. 1945); wcześniejsze orzecznictwo sądowe było niejednolite. W wyroku w sprawie *American Banana Co. v. United Fruit Co.* (213 U.S. 347

między producentami boksytów zawarte poza terytorium Stanów Zjednoczonych narusza § 1 ustawy Shermana. Zgodnie z przyjętym kryterium oceny, bez znaczenia pozostawało miejsce zawarcia porozumienia, a ważne było to, czy zmierzano do naruszenia amerykańskiej wymiany handlowej z zagranicą, a jeśli tak – czy rzeczywiście miało taki skutek.

Ten standard orzecznicy stosowany był następnie przez sądownictwo federalne w kolejnych sprawach, przy czym jego elementy interpretowano szeroko, skupiając się przede wszystkim na kryterium realnego wpływu na wymianę handlową z zagranicą¹³⁶. Doprowadziło to do sytuacji, w której amerykańskie prawa antytrustowe zaczęły być stosowane szeroko także względem przedsiębiorstw zagranicznych, co spotykało się z rosnącą opozycją państw obcych i ich presją na ograniczenie zakresu jego jurysdykcji¹³⁷.

W odpowiedzi na nią Kongres uchwalił w 1982 r. *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (dalej jako: FTAIA)¹³⁸, która to ustawa odpowiednio zmodyfikowała zakres jurysdykcji tak ustawy Shermana, jak i ustawy o FTC. Zgodnie z uchwalonym wówczas przepisem § 7a ustawy Shermana:

ustawy tej nie stosuje się do zachowań obejmujących handel i wymianę towarową (inną aniżeli import) z obcymi państwami, z wyjątkiem sytuacji, gdy:

1) zachowanie to wywiera bezpośredni, poważny i dający się w sposób rozsądny przewidzieć skutek:

A. na handel lub wymianę handlową, które nie stanowią handlu lub wymiany z obcymi państwami lub na handel lub wymianę handlową stanowiące import z państw obcych lub

B. na handel lub wymianę handlową stanowiące eksport do państw obcych, względem osób zaangażowanych w taki handel lub wymianę handlową na terytorium Stanów Zjednoczonych, oraz gdy

2) skutek taki może stanowić podstawę roszczenia w oparciu o pozostałe przepisy ustawy.

Jeśli ustawa znajduje zastosowanie względem takiego zachowania jedynie z przyczyn określonych w ustępie (1)(B), stosuje się ją jedynie w zakresie, w którym zachowanie to wyrządziło szkodę przedsiębiorstwu eksportowemu w Stanach Zjednoczonych.

[1909]] Sąd Najwyższy uznał, że amerykańskie prawo antytrustowe, co do zasady, nie może być stosowane względem praktyk, które zachodziły za granicą. Natomiast w sprawie *United States v. Sisal Sales Corporation* (274 U.S. 268, [1927]) opowiedział się za możliwością jego stosowania względem tego rodzaju praktyk, w zakresie ograniczonym do skutków powstałych na terytorium Stanów Zjednoczonych. Więcej na ten temat w: H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1021.

136 J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 6:1; nie oznacza to jednak, że test oceny sformułowany w sprawie *Alcoa* stosowany był jednolicie. Alternatywny, choć oparty na regule *Alcoa*, sposób oceny zastosował Sąd Apelacyjny 9. Obwodu w sprawie *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. and S.A.* (549 F.2d 597 [9th Cir. 1976]), w której obok kryterium zamiaru i skutku w postaci naruszenia amerykańskiej wymiany handlowej z zagranicą, sąd wskazał na dwa dodatkowe elementy. Po pierwsze, na istotny stopień jej naruszenia. Po drugie na to, czy z punktu widzenia zobowiązań międzynarodowych nie powinna nastąpić odmowa eksterytorialnego zastosowanie ustawy Shermana.

137 J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 6:3.

138 Por. 15 U.S.C.A., § 7a ustawy Shermana i 15 U.S.C.A., § 45(a)(3) ustawy o FTC.

Jak wynika z powyższego, FTAIA nie znajduje zastosowania względem działalności polegającej na imporcie, wobec której w dalszym ciągu stosowana jest reguła ALCOA¹³⁹. Względem pozostałej działalności obowiązuje ustawa FTAIA, która w istocie nakazuje zastosowanie ustawy Shermana do zachowań, które wywierają wpływ:

- 1) na amerykański rynek wewnętrzny lub
- 2) na rynek importu towarów do Stanów Zjednoczonych lub
- 3) na rynek eksportu towarów ze Stanów Zjednoczonych, tylko jeżeli wyrządzi to szkodę przedsiębiorstwu eksportującemu z siedzibą na terytorium USA¹⁴⁰.

5.4. Zakaz porozumień antykonkurencyjnych w stanowych systemach prawa antytrustowego

Zakazy antykonkurencyjnych praktyk wielostronnych obecne są na gruncie stanowych systemów prawa antytrustowego. Analiza rozwiązań prawnych przyjętych w tych systemach wykracza poza zakres opracowania. Niemniej ze względu na szczególne znaczenie regulacji prawa stanowego dla problematyki zakresu dopuszczalnego ustalania cen odsprzedaży towarów, zagadnienie to będzie zarysowane poniżej. Szczególna uwaga nakierowana zostanie na problematykę relacji pomiędzy federalnym a stanowymi systemami prawa antytrustowego.

Genezy stanowych porządków prawnych regulujących dopuszczalność antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorców upatrywać należy w tych samych względach, które zdecydowały o przyjęciu przez Kongres Stanów Zjednoczonych ustawy Shermana¹⁴¹. Dążenie do ukrócenia potęgi wielkich organizmów gospodarczych spowodowało, że w momencie wejścia w życie ustawy Shermana prawodawstwo zawierające przepisy antytrustowe istniało już w 26 stanach¹⁴². Kolejne uchwalone

139 Por. H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1021.

140 *Ibidem*, s. 1022.

141 *ABA Section...*, s. 623; por. rozważania dotyczące aksjologicznych podstaw i genezy amerykańskiego prawa antytrustowego zawarte w rozdziale 10.

142 *Ibidem*; nieco inne dane podają P. Areeda i H. Hovenkamp, którzy wskazują, że w momencie wejścia w życie ustawy Shermana 14 stanowych konstytucji zawierało przepisy odnoszące się w choćby ograniczonym zakresie do materii prawa ochrony konkurencji, a 13 innych stanów posiadało odrębne ustawodawstwo antytrustowe. Zob. P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, West 2006, t. XIV, s. 335. Jednym z założeń, które zrealizować miała ustawa Shermana, było wprowadzenie przepisów stanowiących uzupełnienie dla istniejących już wówczas stanowych systemów prawa antytrustowego. Z kolei niektórym instytucjom federalnego prawa antytrustowego, takim

przez Stany ustawy antytrustowe inspirowane były z kolei ustawodawstwem federalnym¹⁴³. Obecnie każdy stan, poza Pensylwanią, której przepisy o ochronie konkurencji ograniczają się do ustanowienia zakazu zmów przetargowych, posiada własne ustawodawstwo antytrustowe¹⁴⁴. Konstrukcja każdego z nich opiera się na ustawie Shermana, zakazując zarówno jedno-, jak i wielostronnych praktyk ograniczających konkurencję. W przypadku części stanowych porządków prawnych, treść zakazu porozumień ograniczających konkurencję stanowi niemal dokładne odwzorowanie § 1 ustawy Shermana¹⁴⁵. Inne stanowe systemy prawa antytrustowego zawierają przepisy, które różnią się od swoich odpowiedników w prawie federalnym, głównie pod względem redakcyjnym¹⁴⁶. Wyjątkiem jest prawo stanu Georgia, które nie ustanawia *expressis verbis* zakazu antykonkurencyjnych porozumień, jednak uznaje za niezgodne z polityką publiczną i niepodlegające egzekucji porozumienia stanowiące ogólne ograniczenie handlu¹⁴⁷.

Jak wynika z powyższego zakresy stosowania federalnego i stanowych systemów prawa antytrustowego częściowo nakładają się na siebie. Oznacza to, że, *prima facie*, objęcie danej praktyki ograniczającej konkurencję zakresem federalnego prawa antytrustowego nie wyklucza zastosowania względem niej prawa stanowego¹⁴⁸. Na przeszkodzie stosowaniu prawa stanowego względem porozumień, które wpływają na międzystanową wymianę handlową, nie stoi także, co do zasady, prawo federalne¹⁴⁹. Ograniczenia tego rodzaju mogą natomiast, choć zdarza się to rzadko, wynikać z treści prawodawstwa lub orzecznictwa stanowego. I tak prawodawstwo stanu Missouri wprost wyłącza spod zakresu stosowania stanowego

jak zakaz *per se* porozumień cenowych przypisuje się rodowód w prawie stanowym – zob. także H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1005.

143 Pierwsze stanowe przepisy antytrustowe stanowiły natomiast zazwyczaj element stanowego prawa korporacyjnego – H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1005.

144 Względem terytoriów zorganizowanych Stanów Zjednoczonych oraz Dystryktu Kolumbii, zastosowanie znajduje § 3 ustawy Shermana (tytuł 15 § 3 U.S.C.A.) o treści stanowiącej odwzorowanie przepisów § 1 i 2 ustawy Shermana.

145 Tak sformułowany został m.in. zakaz porozumień ograniczających konkurencję w prawie stanów: Alaska, Colorado, Floryda, Illinois i Texas.

146 Przykładowo, prawo antytrustowe Idaho uznaje za bezprawne „umowę, związek lub znowę pomiędzy dwiema lub więcej osobami, stanowiącą ograniczenie wymiany towarowej w Idaho” – zob. Idaho Code Annotated § 48-104 (2007).

147 Zob. Georgia Code Annotated § 13-8-2 (2007); zestawienie treści zakazów porozumień ograniczających konkurencję w stanowych porządkach prawnych, a także relacji pomiędzy nimi oraz prawem federalnym sporządził M. Lindsay w: *Resale Price Maintenance and the World After Leegin*, „Antitrust”, Fall 2007, vol. 22, s. 32; pełna wersja sporządzonego przez niego zestawienia pod adresem: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/LindsayFullChart11_29.authcheckdam.pdf.

148 ABA Section..., s. 625; H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1005.

149 Jak wskazał H. Hovenkamp: „Sąd Najwyższy stale potwierdza, że nic na gruncie federalnego prawa antytrustowego, ani jakiegokolwiek innego ustawodawstwa federalnego, nie wskazuje, jakoby Kongres zmierzał zastąpić stanowe prawo antytrustowe”. Por. H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1005; zob. także P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law...*, t. XIV, s. 343.

prawa antytrustowego praktyki, które „w jakikolwiek sposób godzą lub dotyczą międzystanowej lub zagranicznej wymiany handlowej”¹⁵⁰.

Prawodawstwo większości stanów nie stoi jednak na przeszkodzie, a orzecznictwo wprost dozwala, na stosowanie stanowego prawa antytrustowego względem praktyk, które objęte są zakresem ustawy Shermana¹⁵¹. Zakresy terytorialne stosowania stanowych systemów prawa antytrustowego ustalone są poprzez różnego rodzaju odniesienia do kryterium lokalnych skutków antykonkurencyjnych praktyk. Zakresy te nie są jednak ustalone jednolicie, a orzecznictwo poszczególnych stanów kształtuje je w sposób nieco odmienny.

Nakładanie się na siebie federalnego i stanowych systemów prawa konkurencji może skutkować konfliktami tak na gruncie jurysdykcyjnym, jak i w płaszczyźnie materialnoprawnych rozstrzygnięć podejmowanych na podstawie poszczególnych systemów prawa. By ich uniknąć, większość stanów doprowadziła do zharmonizowania stanowego systemu prawa antytrustowego z prawem federalnym. O czym już była mowa, większość stanowych ustawodawstw antytrustowych, przynajmniej w zakresie przepisów materialnoprawnych, stanowi mniej lub bardziej wierne odwzorowanie odpowiednich przepisów prawa federalnego. By osiągnąć zbliżone stosowanie tych systemów prawa stany podjęły dalsze działania służące ich harmonizacji. Sytuacja w poszczególnych stanach różni się jednak tak pod względem jej stopnia, jak i użytych w tym celu instrumentów.

I tak np. prawodawstwo stanu Iowa wprost nakazuje, by stanowe przepisy antytrustowe były zharmonizowane z ich odpowiednikiem na poziomie federalnym¹⁵². Analogiczne rozwiązanie prawne przyjęły stany Massachusetts i Mis-

150 Missouri Statute § 416-131.

151 Por. np.: wyrok w sprawie *Speegle v. Board of Fire Underwriters* 172 P.2d 867 (Cal. 1946), w którym Sąd Najwyższy Stanu Kalifornia *expressis verbis* wskazał, że kalifornijska ustawa antytrustowa (ustawa Cartwrighta) stosowana jest względem praktyk, które wpływają na handel międzystanowy; wyrok w sprawie *Two Queens, Inc. v. Scoza*, 745 N.Y.S.2d 517 (N.Y. App. Div. 2002), w którym nowojorski Sąd Apelacyjny uznał, że nowojorska ustawa antytrustowa (ustawa Donnelly’ego) stosowana jest względem ograniczeń handlu międzystanowego, które wywołują lokalnie istotne skutki.

W przypadku stanu Oregon możliwość zastosowania prawa stanowego względem praktyk objętych zakresem ustawy Shermana wynika wprost z jego przepisów, choć uwarunkowana jest powstaniem lub zagrożeniem powstania szkody na osobie lub mieniu znajdujących się na terenie stanu – zob. Oregon Revised Statute § 646.715.

152 § 553.2 Kodeksu Iowa, w myśl którego „rozdział ten powinien być interpretowany tak, by uzupełniać i harmonizować z obowiązującym prawem Stanów Zjednoczonych, które ma taki sam lub podobny do niego cel. Interpretacja ta nie powinna być dokonywana tak, by oznaczać delegowanie przez władze stanowe uprawnień na rzecz rządu federalnego, lecz by osiągnąć jednolite stosowanie stanowego i federalnego prawa zakazującego ograniczeń działalności gospodarczej i monopolistycznych praktyk. Por. także wyrok w sprawie *Max 100 L.C. v. Iowa Realty Co.*, 621 N.W.2d 178 (Iowa 2001), w którym Sąd Najwyższy Stanu Iowa wskazał, że § 553.2 Kodeksu Iowa wprost wymaga, by sądy stanowe uwzględniały orzecznictwo stanowe i dokonywały wykładni przepisów stanowych wprost zgodnie z ustawą Shermana.

souri¹⁵³. Ustawodawstwo niektórych innych stanów, m.in. Nebraski¹⁵⁴, nakazuje z kolei uwzględnianie, w określonym zakresie, orzecznictwa federalnego przy stosowaniu prawa stanowego.

Zasada ujednoczenia stosowania prawa stanowego z prawem federalnym oraz uwzględniania w procesie jego wykładni dorobku sądów federalnych sformułowana była także przez orzecznictwo sądów licznych stanów. Stopień związania organów stosujących prawo stanowe orzecznictwem federalnym jest jednak różny w poszczególnych stanach. W niektórych spośród nich, między innymi w Delaware i Indianie, orzecznictwo nakazuje wprost dokonywać wykładni prawa stanowego z uwzględnieniem prawa federalnego¹⁵⁵. W innych, między innymi w Illinois i Alasce¹⁵⁶, sądy uznają za celowe brać pod uwagę precedensy federalne jako użyteczną wskazówkę w procesie stosowania prawa stanowego¹⁵⁷. W jeszcze innych sądy dopuszczają możliwość uwzględniania dorobku orzecznictwa federalnego, niekiedy jednak w ograniczonym zakresie lub podkreślając, że nie ma ono charakteru wiążącego. Przykładowo, Sąd Apelacyjny Stanu Arizona wskazał, że z reguły sądy stanowe uwzględniają dorobek prawa federalnego, a ustawodawstwo stanowe na to dozwala, lecz tego nie wymaga¹⁵⁸. Z kolei Sąd Najwyższy Stanu Kansas uznał, że orzecznictwo federalne nie jest wiążące w procesie interpretacji prawa stanowego, albowiem są one podobne jedynie pod pewnymi względami¹⁵⁹.

Zakres i sposób stosowania stanowego ustawodawstwa antytrustowego podlega także ograniczeniom wynikającym z *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*, a w szczególności z jej klauzul – handlowej i supremacyjnej. Z klauzuli handlowej wywodzona jest nie tylko kompetencja rządu federalnego do regulacji obrotu z zagranicą i między stanami, lecz także negatywny obowiązek powstrzymywania się przez stany od ingerencji, która mogłaby zakłócić międzystanową wymianę handlową. Jak wskazał Sąd Najwyższy w sprawie *American Trucking Association v. Michigan Public Service Commission*, „klauzula ta zakazuje stanom narażania

153 Zob. rozdział 93 § 1 Massachusetts General Laws oraz § 416.141 Missouri Revised Statute.

154 Por. § 59-829 Nebraska Revised Statute, zgodnie z brzmieniem którego „jeśli treść któregośkolwiek z przepisów § 59-801-59-831 i § 84-211-84214 lub przepisów rozdziału 59 jest taka sama lub podobna do języka federalnego prawa antytrustowego, sądy tego Stanu przy wykładni tych paragrafów i rozdziału powinny stosować wykładnię nadaną im przez prawo federalne lub federalne sądy”.

155 Por. wyrok Sądu Kancelaryjnego Delaware w sprawie *Hammermill Paper Co. v. Palese*, CA No 7128, 1983 (Del. Ch. 1983), oraz Sądu Apelacyjnego Indiany w sprawie *Rumple v. Bloomington Hospital*, 422 N.E.2d 1309, 1315 (Ind. Ct. App. 1981).

156 Por. wyrok Sądu Najwyższego Alaski w sprawie *Alakayak v. B.C. Packers, Ltd*, 48 P.3d 432 (Alaska 2002).

157 Por. wyrok Sądu Najwyższego Illinois w sprawie *People v. Crawford Distributing Co.*, 291 N.E.2d 648 (Ill. 1972).

158 Por. wyrok Sądu Apelacyjnego Arizony w sprawie *Bunker's Glass Co. v. Pilkington PLC*, 47 P.3d 1119 (Ariz. Ct. App. 2002).

159 Por. wyrok Sądu Najwyższego Kansas w sprawie *Bergstrom v. Noah*, 974 P.2d 520 (Kan. 1999).

dobrobytu narodu jako całości poprzez nakładanie obciążeń na przepływ handlu pomiędzy ich granicami, które nie obciążają wymiany handlowej przebiegającej w całości w ich granicach¹⁶⁰.

W odniesieniu do prawa antytrustowego naruszeniem klauzuli handlowej ze strony stanów byłoby po pierwsze dyskryminacyjne traktowanie przedsiębiorstw z innych stanów na gruncie prawa stanowego lub w procesie stosowania prawa stanowego¹⁶¹. Ze względu na podobieństwo stanowych porządków prawnych do federalnego prawa antytrustowego, takie sytuacje nie zdarzają się jednak często. Po drugie, naruszeniem klauzuli handlowej byłoby także przyjęcie ustawodawstwa antytrustowego lub takie jego zastosowanie, które prowadziłyby do nałożenia nadmiernych obciążeń na międzystanową wymianę handlową. Jeśli zatem zastosowanie stanowego prawa antytrustowego uniemożliwiłoby lub utrudniło osiągnięcie ważnych celów polityki federalnej, zostanie ono uchylone jako niezgodne z klauzulą handlową¹⁶². Ponadto za naruszenie klauzuli handlowej sądownictwo federalne uznawało zastosowanie stanowego prawa antytrustowego względem praktyk, które nie miały dostatecznego powiązania z terytorium stanu, który podjął postępowanie¹⁶³.

Inne ograniczenia w stanowieniu i stosowaniu prawa stanowego płyną z klauzuli supremacyjnej¹⁶⁴. Zgodnie z jej treścią:

Niniejsza Konstytucja i ustawy Stanów Zjednoczonych, które na jej podstawie zostaną uchwalone, wszystkie traktaty zarówno istniejące, jak i zawierane w przyszłości przez Stany Zjednoczone, stanowiąc będą najwyższe prawo dla całego państwa i obowiązywać będą sędziów we wszystkich stanach, nawet jeżeli postanowienia konstytucji stanowych lub praw stanowych są odmienne¹⁶⁵.

Klauzula supremacyjna ustanawia określoną hierarchię źródeł prawa, na czele z *Konstytucją Stanów Zjednoczonych*, z którymi wszystkie pozostałe akty prawne muszą być zgodne, a następnie z kolejnymi źródłami prawa federalnego. Z klauzuli supremacyjnej wynika także obowiązek wydawania zgodnych z konstytucją aktów prawnych, tak na poziomie federalnym, jak i stanowym oraz obowiązek usuwania z systemu prawa aktów prawnych, które byłyby z *Konstytucją* sprzeczne¹⁶⁶. Wraz

160 545 U.S. 429 (2005) zob. także wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Oklahoma Tax Comm'n v. Jefferson Lines, Inc.*, 514 U.S. 175 (1995).

161 *ABA Section...*, s. 627; H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1006.

162 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1006.

163 Por. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Healy v. Beer Institute Inc.*, 491 U.S. 324 (1989); *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982), w której Sąd Najwyższy wskazał wprost, że „klauzula handlowa zakazuje stosowania stanowej ustawy względem handlu, który ma miejsce całkowicie poza granicami Stanu, bez względu na to, czy wywarł on skutki wewnątrz tego Stanu” oraz w sprawach: *Brown-Forman v. New York Liquid Authority*, 476 U.S. 573 (1986) i *Baldwin v. G.A.F. Seelig*, 294 U.S. 511 (1935).

164 Art. VI § 1.1. *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*.

165 Tłumaczenie według P. Laidler, *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przewodnik*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007, s. 104.

166 *Ibidem*, s. 105.

zasadą federalizmu, wyrażoną w art. IV § 1.1. *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*¹⁶⁷, zasada supremacji konstytucji przekłada się także na ustanowienie prymatu prawa federalnego nad prawem stanowym.

Jak już wyjaśniono, nie oznacza to jednak, że prawo federalne wyłącza możliwość zastosowania stanowego prawa antytrustowego względem praktyk, które wpływają na międzystanową wymianę handlową¹⁶⁸. Problem na styku prawa federalnego i stanowego pojawić się może natomiast w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy prawo stanowe dozwala na dokonywanie praktyk rynkowych, które zakazane są przez federalne prawo antytrustowe. Po drugie, gdy następuje sytuacja odwrotna, a zatem, gdy prawo stanowe zakazuje określonych działań dozwolonych na gruncie prawa federalnego¹⁶⁹.

W odniesieniu do pierwszego z tych przypadków Sąd Najwyższy, w sprawie *Rice v. Norman Williams Company*, wskazał, że uchylenie prawa stanowego możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy prawo to

nakazuje lub uznaje zachowanie, które nieuchronnie i w każdym przypadku stanowi naruszenie [federalnego – Ł. G.] prawa antytrustowego lub jeżeli wywiera ono na osobę prawa prywatnego niedający się odeprzeć nacisk, by naruszyła ona prawo antytrustowe w celu osiągnięcia stanu zgodności swojego zachowania z ustawą¹⁷⁰.

Klauzula supremacyjna zastosowana została w ten sposób przez Sąd Najwyższy już w 1904 r., w sprawie *Northern Securities Co. v. United States*¹⁷¹. Wówczas to uznał on za niezgodne z prawem federalnym ustawodawstwo stanu New Jersey, które dozwalało na koncentrację pomiędzy przedsiębiorstwami kolejowymi, zakazaną na gruncie ustawy Shermana.

Kluczowe znaczenie dla określenia zakresu możliwej interwencji sądownictwa federalnego w stanowe prawo antytrustowe, opartej na klauzuli supremacyjnej, miała sprawa *California v. America Corp.*¹⁷² Sprawa ta dotyczyła przestrzegania na gruncie prawa stanowego reguły ustalonej przez Sąd Najwyższy w sprawie *Illinois Brick Co. v. Illinois*, a wyrażającej się w uniemożliwieniu dalszym (pośrednim) nabywcom towarów występowania z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko stronom porozumienia cenowego¹⁷³. W sprawie *California v. America Corp.* Sąd Najwyższy uznał, że ustawodawstwo kalifornijskie, które odrzuciło doktrynę

167 „Každy stan będzie uznawał bez zastrzeżeń wszystkie dokumenty publiczne, rejestry i protokoły sądowe wszystkich innych stanów. Kongres może w drodze ogólnie obowiązującej ustawy określić sposób uwierzytelniania tych dokumentów, rejestrów i protokołów oraz wynikających z nich skutków prawnych”. Tłumaczenie według P. Laidler, *Konstytucja...*, s. 96.

168 Zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *California v. ARC America Corporation*, 490 U.S. 93 (1989).

169 *ABA Section...*, s. 632.

170 458 U.S. 654 (1982).

171 193 U.S. 197 (1904).

172 Wyrok Sądu Najwyższego sprawie *California v. ARC America Corporation*, 490 U.S. 93 (1989).

173 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

Illinois Brick, dozwalając na występowanie z roszczeniami odszkodowawczymi także osobom innym aniżeli bezpośredni nabywcy, nie podlega uchyleniu na podstawie klauzuli supremacji. Sąd wskazał wówczas, że uchYLENIE ustawodawstwa stanowego może nastąpić jedynie wtedy, gdy zaistnieje „absolutny konflikt” pomiędzy nim a ustawodawstwem federalnym, tzn. gdy „zachowanie zgodności tak z prawem federalnym, jak i stanowym jest niemożliwe” lub gdy prawo stanowe „ustanawia przeszkodę na drodze do osiągnięcia i realizacji pełnych celów i dążeń Kongresu”¹⁷⁴.

Barierę dla ekstraterytorialnego stosowania stanowych systemów prawa antytrustowego stanowią także normy kurtuazyjne wynikające z rozwiniętej na gruncie orzecznictwa federalnego, jak i licznych stanów, zasady „comity”. Jest ona wyrazem poszanowania jurysdykcji obcych państw oraz pozostałych stanów, w tym przypadku na gruncie prawa antytrustowego. O jej treści wypowiedział się Sąd Apelacyjny Stanu Nowy Jork w sprawie Hoyt v. Thompson, stwierdzając, że

istnieje ustalona reguła, zgodnie z którą prawo stanowe nie obowiązuje *ex proprio vigore* poza swoim zakresem terytorialnym. Jednakże często jeden Stan, na zasadzie grzeczności, dozwala na stosowanie prawa innego Stanu, celem wspierania sprawiedliwości, pod warunkiem, że ani on, ani jego obywatele nie doznają żadnych niedogodności wynikających z zastosowania prawa obcego. Ta kurtuazja lub grzeczność wynika nie tylko z potrzeby respektowania praw i instytucji obcych krajów, lecz także ze względu na obopólną użyteczność i wzajemne korzyści¹⁷⁵.

Na płaszczyźnie jurysdykcyjnej relacje pomiędzy federalnym i stanowymi systemami prawa antytrustowego kształtowane są w wyniku oddziaływania zasad *ne bis in idem* (*double jeopardy*) i *res iudicata* oraz zakazu podwójnego odszkodowania. Zakaz sądenia i skazywania za to samo przestępstwo wynika z piątej poprawki do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*¹⁷⁶. Znaczenie tejże zasady w kontekście prawa antytrustowego wynika z prawnokarnego charakteru zakazów praktyk ograniczających konkurencję, wyrażonych tak na gruncie federalnego, jak i większości stanowych systemów prawa. Co do zasady, nie stoi ona jednak na przeszkodzie podjęciu, w odniesieniu do tego samego czynu, postępowania karnego wpierw przed sądem federalnym, a następnie stanowym lub w odwrotnej kolejności. W takich sytuacjach nie dochodzi bowiem do spełnienia jednej z przesłanek zastosowania zasady *double jeopardy*, tj. łącznego zastosowania tego samego prawa przez dwu

174 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie California v. ARC America Corporation, 490 U.S. 93 (1989), zob. także H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 1007.

175 Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanu Nowy Jork w sprawie Hoyt v. Thompson, 5 N.Y. 320 (1851) i wyroki Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawach: Lund v. Lund 26 Cal.2d 472 (Cal. 1945) i Advanced Bionics Corp. v. Medtronic, Inc., 59 P.3d 231 (Cal. 2002).

176 Zgodnie z treścią zdania drugiego V poprawki do *Konstytucji USA*: „Nie wolno też nikomu za to samo przestępstwo wymierzać dwukrotnie kary na życiu lub zdrowiu”.

różnych suwerenów¹⁷⁷. Z tych samych przyczyn możliwości łącznego zastosowania przepisów federalnego i stanowego systemu prawa antytrustowego nie sprzeciwia się zasada *res iudicata*.

Podobnie nie jest naruszeniem V poprawki do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych* podjęcie postępowań karnych przez dwa lub więcej sądy stanowe, z których każdy stosuje własne przepisy prawa, pod tym wszakże warunkiem, że czyn podlega ich jurysdykcji¹⁷⁸.

Inny rezultat wynika z zastosowania zasady zakazu podwójnego odszkodowania w sytuacji prowadzenia w tej samej sprawie postępowań cywilnych przed sądami federalnym i stanowym, z których każdy stosuje własne prawo. Wówczas zasada ta stoi na przeszkodzie ubieganiu się o podwójne odszkodowanie kompensacyjne (*actual damages*). Oznacza to, że jeśli, przykładowo, sąd federalny określił wartość odszkodowania kompensacyjnego stanowiącą podstawę do naliczenia potrójnego odszkodowania (*treble damages*) będącego sankcją cywilną za naruszenie § 1 ustawy Shermana, a następnie uczynił to także sąd stanowy, wówczas powód nie będzie uprawniony do uzyskania odszkodowania łącznie z obu źródeł. Będzie mógł natomiast wybrać, które z tych świadczeń uzyska¹⁷⁹. Zarówno legislacja, jak i orzecznictwo nie dają natomiast czytelnych wskazówek, w jaki sposób zasada zakazu podwójnego odszkodowania powinna być stosowana w odniesieniu do odszkodowań retorsyjnych (*punitive, exemplary damages*)¹⁸⁰. Jednak, z dokonanej przez P. Areedę i H. Hovenkampa analizy orzecznictwa sądów federalnych wynika, że w sprawach, w których powód powoływał się przed sądem federalnym na naruszenie zarówno federalnego, jak i stanowego prawa antytrustowego, zasądzone było jedno odszkodowanie. To skłoniło autorów do wniosku, że zasada zakazu podwójnego odszkodowania obowiązuje także w odniesieniu do odszkodowań retorsyjnych.

Sąd Najwyższy rozstrzygnął natomiast, że zasada *res iudicata* nie stoi na przeszkodzie, by w przypadku zakończonego niepowodzeniem postępowania odszkodowawczego wszczętego przed sądem stanowym, powód wystąpił do sądu federalnego z roszczeniem opartym na zarzucie naruszenia przez ten sam czyn prawa federalnego¹⁸¹.

177 Por. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), zob. także P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust...*, t. XIV, s. 340 oraz *ABA Section...*, s. 636

178 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust...*, t. XIV, s. 340.

179 *Ibidem*, s. 342.

180 *Ibidem* oraz *ABA Section...*, s. 636.

181 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Marrese v. American Academy of Orthopedic Surgeons*, 470 U.S. 373 (1985).

5.5. Wnioski końcowe

Niejasny język ustawy Shermana stanowił, od momentu jej wejścia w życie, źródło problemów interpretacyjnych, z którymi musiało zmierzyć się sądownictwo federalne. W toku ponadstuletniej historii rozwoju judykatury, stworzyło one podstawowe koncepty wykładni § 1 tejsze ustawy. Są one stosowane po dzień dzisiejszy. Przyjęte koncepcje wykładni, takie jak choćby funkcjonalne rozumienie pojęcia „porozumienie”, ustanowiły wzorzec dla innych systemów prawa konkurencji na świecie.

W centrum orzeczniczego modelu stosowania § 1 ustawy Shermana znajduje się dystynkcja pomiędzy regułą rozsądku a regułą *per se* stanowiącymi podstawowe sposoby oceny dopuszczalności porozumień. Jak słusznie twierdzi doktryna prawa antytrustowego reguły te, choć tak odmienne konstrukcyjnie, łącznie z regułą „rzutu okiem” będącą ogniwem pośrednim pomiędzy nimi, tworzą *continuum*. W założeniu mają bowiem doprowadzić do tych samych rezultatów – pozwolić na rozróżnienie pomiędzy porozumieniami ograniczającymi konkurencję i pozostałymi. W praktyce jednak to, która reguła stosowana jest w odniesieniu do danego porozumienia wpływa radykalnie na pozycję procesową strony postępowania.

Wpływ na handel międzystanowy lub zagraniczny jest przesłanką o charakterze jurysdykcyjnym, w szczególności rozdzielającą zakresy stosowania federalnego prawa antytrustowego i stanowych systemów tego prawa. Relacja pomiędzy tymi systemami prawa jest złożona. Jurysdykcje prawa federalnego i stanowych systemów mogą nakładać się na siebie. Jednocześnie nie istnieje pojedynczy instrument gwarantujący spójność federalnego i stanowych systemów prawa stanowego. Osiągnięciu takiej spójności służy wprowadzie klauzula supremacyjna, jednak oddziaływanie jej jest istotnie ograniczone. Wymuszające konwergencję mechanizmy funkcjonują natomiast w części stanów. Mają one jednak różnorodny charakter, podstawy prawne i zakres oddziaływania.

Rozdział 6

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

6.1. Wprowadzenie

Obowiązujący stan prawny w zakresie dopuszczalności pionowych porozumień cenowych w prawie amerykańskim stanowi efekt dziesiątek lat rozwoju orzecznictwa sądów federalnych, w czym szczególne znaczenie przypisać należy judykaturze Sądu Najwyższego. Kluczowa rola orzecznictwa sądowego w tym obszarze jest następstwem specyfiki amerykańskiego systemu prawa konkurencji, wyrażającej się między innymi w dominacji jego prywatnoprawnego wdrażania oraz w braku precyzji przepisów ustawy Shermana. Rola zmian legislacyjnych w formowaniu się stanu prawnego w analizowanym obszarze jest tym samym relatywnie niewielka, a z pewnością mniejsza, aniżeli w odniesieniu do unijnych reguł konkurencji, gdzie etapy rozwoju podejścia względem RPM wyznaczały między innymi kolejne generacje rozporządzeń ustanawiających wyłączenia blokowe.

Taki model rozwoju prawa sprawia, że na obraz rozwoju amerykańskich reguł dotyczących dopuszczalności pionowych porozumień cenowych składa się proces kształtowania się nie jednej, a wiązki linii orzeczniczych, powiązanych ze sobą, rozwijających się równoległe i wzajemnie na siebie oddziałujących. Nie sposób zatem zaprezentować aktualnego stanu prawnego dotyczącego dopuszczalności porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów, bez umieszczenia go w szerszym kontekście historycznym i przedstawienia procesów rozwojowych, które do niego doprowadziły.

Poniżej przedstawiony został proces formowania się zrębów podejścia amerykańskiego prawa antytrustowego względem pionowych porozumień cenowych. Ze względu na specyfikę amerykańskiego prawa antytrustowego ściśle przestrzeganie chronologii wydarzeń przy jego prezentacji nie jest możliwe. Niektóre linie orzecznicze zapoczątkowane w pierwszych latach rozwoju tej dziedziny prawa nie są kontynuowane. Dotyczy to w szczególności orzecznictwa wyznaczającego zakres dopuszczalności ustalania minimalnych i maksymalnych cen odsprzedaży towarów, które uległo zmianie w następstwie reorientacji paradygmatów aksjologicznych

amerykańskiego prawa antytrustowego w związku z oddziaływaniem na nie do robku szkoły chicagowskiej. Poniżej przedstawione zostaną precedensowe wyroki dotyczące tego obszaru prawa antytrustowego, ustalające stan prawny aktualny w całości aż do drugiej połowy lat siedemdziesiątych XX w. Zmiany w obrębie postrzegania szkodliwości pionowych porozumień cenowych, poprzedzające odpowiadające im zmiany orzecznictwa oraz aktualny stan prawny w tej materii omówione zostaną w kolejnym rozdziale.

Rozdział zawiera także analizę rozwoju linii orzeczniczych dotyczących tzw. doktryny Colgate, specjalnych programów promocyjnych połączonych z rekomendacjami cenowymi, a także ustalania cen odsprzedaży towarów w umowach agencyjnych. Proces formowania się części z nich rozpoczął się już w pierwszych latach po wejściu w życie ustawy Shermana i trwa do dziś. Podejście ustalone w następstwie omówionych wyroków zachowuje zatem aktualność, podlegając co najwyżej zmianom o charakterze ewolucyjnym. Ze względów prezentacyjnych poniżej przedstawiony zostanie proces rozwoju tych linii orzeczniczych od momentu powstania ich zrębów po chwilę obecną. Całość uzupełniono prezentacją zmian legislacyjnych związanych z wejściem w życie, a następnie usunięciem z systemów prawa stanowego, tzw. ustawodawstwa uczciwego handlu, które przez niemal czterdzieści lat rozwoju amerykańskiego prawa antytrustowego bezpośrednio wpływało na sposób jego stosowania względem pionowych porozumień cenowych.

6.2. Wczesne orzecznictwo – ustalanie cen odsprzedaży towarów zakazane *per se*

6.2.1. Wyrok w sprawie Dr. Miles

Pierwszą sprawą dotyczącą ustalania cen odsprzedaży, która zawisła na wokandzie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych była sprawa z powództwa Dr. Miles Medical Company (dalej jako: Dr. Miles) przeciwko John D. Park & Sons Company¹. Powód, spółka zajmująca się działalnością w zakresie produkcji leków, prowadziła ich dystrybucję za pośrednictwem agentów i hurtowników, którzy następnie odsprzedawali je do aptek i innych punktów handlu detalicznego. Dr. Miles ustalała ceny odsprzedaży produkowanych leków na obu poziomach dystrybucji – zarówno w odniesieniu do dystrybutorów hurtowych i pośredników handlowych, jak i względem sprzedawców detalicznych. W reakcji na praktyki niektórych sprzedawców detalicznych, głównie supermarketów, polegające na obniżkach cen poniżej wyznaczonego wcześniej poziomu, Dr. Miles wprowadziła nowe wzory umów

1 Wyrok Sądu Najwyższego Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, 220 U.S. 373 (1911).

zawierające klauzule ustalające wprost sztywne ceny odsprzedaży poszczególnych oferowanych przez nią towarów i zakazujące dokonywania obniżek cen. Umowy zawierały także zobowiązanie hurtowników i agentów do niesprzedawania towarów podmiotom innym niż wyznaczeni przez Dr. Miles dystrybutorzy detaliczni.

W kontekście przyszłych zmian orzecznictwa warto zwrócić uwagę na przytoczone przez powoda argumenty, które miały przemawiać za wprowadzeniem klauzul umownych. Twierdził on, że praktyki dystrybutorów poważnie naruszały jego reputację i wpływały na obniżenie sprzedaży „wprowadzając wiele zamętu, problemów i szkód w jego interesach”². Jak wskazał powód, szkoda ta wynikła z faktu, że większość dystrybutorów detalicznych, co do zasady nie mogła, lub uważała, że nie jest w stanie, osiągać wystarczających zysków prowadząc sprzedaż po cenach oferowanych przez dystrybutorów stosujących obniżki. W związku z tym większość kontrahentów zrezygnowała z utrzymywania zapasów towarów Dr. Miles, a nawet jeśli je utrzymywała, polecała konsumentom leki innych producentów. Ponadto, jak twierdziła Dr. Miles, oferowanie dostarczonego przez nią towaru w cenach obniżonych sprawiać mogło na konsumentach wrażenie, że ma on niską jakość, powodując utratę reputacji producenta.

Pozwana John D. Park & Sons Company, działająca jako hurtowy dystrybutor leków, odmówiła zawarcia umów według nowego wzoru, stosując w dalszym ciągu obniżki cen oraz nakłaniając dystrybutorów detalicznych do sprzedaży po cenach niższych od wyznaczonych przez powoda. Powód zarzucił pozwanej spółce nieuczciwe nakłanianie pozostałych dystrybutorów do niestosowania warunków umowy, co zgodnie z obowiązującą doktryną orzeczniczą powodowało odpowiedzialność cywilną.

Sąd Najwyższy utrzymał w mocy wyrok drugiej instancji wydany przez sąd apelacyjny uznając, że klauzule umowne o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów stanowiły naruszenie przepisu § 1 ustawy Shermana. Jak wskazał sąd, działania powoda „mieściły się w zakresie reguły, która zabrania umów tego rodzaju”³. Ustami sędziego Hughesa sąd przyrównał skutki porozumienia zawartego przez Dr. Miles do następstw zawarcia porozumienia horyzontalnego pomiędzy dystrybutorami⁴. Następnie przytoczył fragment uzasadnienia wyroku sądu apelacyjnego, który wskazał, że w wyniku stosowania takich klauzul,

wszelka konkurencja pomiędzy detalistami zostanie wyeliminowana, zważywszy że każdy z nich może otrzymać towar jedynie po zawarciu jednej z ujednoczonych umów [...], w której zobowiąże się nie sprzedawać go żadnemu oferentowi, dopóki nie zostanie on zaaprobowany na piśmie przez powoda, oraz nie sprzedawać po cenie niższej aniżeli standardowa cena określona

2 *Ibidem*, s. 385.

3 *Ibidem*, s. 408.

4 Jak wskazał Sąd Najwyższy na s. 408 uzasadnienia wyroku w sprawie Dr. Miles: „powód mógł postąpić lepiej ze swoim planem identycznych umów, aniżeli uczyniliby to sami dystrybutorzy, tworząc kombinację i dążąc do ustanowienia tych samych ograniczeń, tak by osiągnąć w ten sposób ten sam rezultat, w drodze porozumień zawartych pomiędzy nimi”.

w umowie. W ten sposób jakakolwiek konkurencja pomiędzy detalistami, którzy zaopatrują odbiorców końcowych, jest wykluczona. Tak właśnie zawiązane zostało porozumienie pomiędzy producentami, hurtownikami i detalistami, celem utrzymania cen i zduszenia konkurencji⁵.

Sąd Najwyższy nie zgodził się z argumentami powoda, jakoby oferowane przez niego towary, ze względu na ochronę praw własności intelektualnej, powinny być traktowane wyjątkowo i nie podlegać ograniczeniom co do ustalania cen. Podobnie nie zgodził się ze stanowiskiem, że prawo do ustalania cen odsprzedaży mieści się w ramach uprawnień producenta wynikających z obejmującej go sfery wolności związanej z własnością wytworzonego towaru. Jak wskazał Sąd, wynikająca z prawa własności swoboda w dysponowaniu rzeczą, nie ma charakteru absolutnego i podlega ograniczeniom ze względu na interes publiczny. Z całą pewnością nie przysługuje producentowi towaru, którego własność przeszła na nabywcę⁶. Konkludując, Sąd Najwyższy uznał, że jeśli producent „sprzedał już swój towar po cenach, które go satysfakcjonują, społeczeństwo uprawnione jest do wszelkich korzyści, które może przynieść konkurencja na dalszych etapach obrotu towarem”⁷.

6.2.2. Wyrok w sprawie Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons

W sprawie Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons (dalej jako: Kiefer-Stewart) Sąd Najwyższy rozpoznał powództwo hurtowego dystrybutora napojów alkoholowych – Kiefer-Stewart Company z siedzibą w Indianie przeciwko dwóm jej dostawcom – Seagram i Calvert⁸. Przedsiębiorcy ci, zdaniem powoda, zawarli porozumienie, na mocy którego mieli odmawiać sprzedaży tym hurtownikom z Indiany, którzy nie zastosowali się do ustalonej przez Seagram i Calvert maksymalnej ceny odsprzedaży towarów. To, zdaniem powoda, pozbawiło go części należnych zysków. Sąd pierwszej instancji przysądził odszkodowanie powodowi. Sąd Apelacyjny 7. Obwodu zmienił ten wyrok uznając, że uzgodnienie cen maksymalnych odsprzedaży towarów nie szkodzi konkurencji, lecz ją promuje, oraz że materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, czy doszło do uzgodnienia między pozwanymi⁹.

5 Wyrok Sądu Apelacyjnego 6. Obwodu w sprawie John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F. 24 (6th Cir. 1907).

6 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, 220 U.S. 373 (1911), s. 410–412.

7 *Ibidem*, s. 409.

8 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, 340 U.S. 211 (1951).

9 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons Inc. *et al.*, 182 F.2d 228.

Zdaniem Sądu Najwyższego Sąd Apelacyjny popełnił błąd, uznając, że porozumienie pomiędzy konkurentami o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów nie narusza przepisów ustawy Shermana. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, „porozumienia takie, w niemniejszym stopniu niż te, które ustalają ceny minimalne, zmniejszają wolność handlowców, ograniczając tym samym możliwość prowadzenia sprzedaży zgodnie z własnym osądem”¹⁰. W dalszej części wyroku Sąd Najwyższy powołał i potwierdził ważność swojej tezy wyrażonej w sprawie *Stany Zjednoczone v. Socony-Vacuum Oil Co.*, w myśl której „zgodnie z ustawą Shermana uzgodnienie, którego celem lub skutkiem jest podwyższenie, ustalenie, określenie lub ustabilizowanie ceny towaru w handlu międzystanowym lub zagranicznym jest niezgodne z prawem *per se*”¹¹.

6.2.3. Wyrok w sprawie *Lester J. Albrecht v. The Herald Company*

W sprawie *Lester J. Albrecht v. The Herald Company* (dalej jako: Albrecht) Sąd Najwyższy rozpoznał odwołanie od wyroku Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu, z powództwa dostawcy prasy Lestera J. Albrechta przeciwko wydawcy jednego z lokalnych dzienników, które ten pierwszy dostarczał odbiorcom końcowym¹². Wydawca – *Globe-Democrat Publishing Co.*, sprzedawał gazety po cenie hurtowej niezależnym dystrybutorom prasy, którzy następnie sprzedawali je konsumentom w ramach wyznaczonych przez wydawcę wyłącznych terytoriów. Podmiot ten umieszczał na gazetce nadrukowaną sugerowaną cenę detaliczną, jednak wymagał od dystrybutorów, by ci nie sprzedawali gazety po cenach wyższych, pod rygorem zaprzestania współpracy. Lester J. Albrecht początkowo stosował się do ustaleń dotyczących maksymalnej ceny odsprzedaży. Następnie jednak zaczął pobierać od nabywców cenę wyższą. Wydawca, po kilku bezskutecznych napomnieniach skierowanych do dystrybutora, rozpoczął równoległe samodzielną dystrybucję gazety na terytorium wyznaczonym dla działalności Lestera J. Albrechta. W tym celu zaangażował do świadczenia usług telemarketingowych zewnętrznego przedsiębiorcę, dzięki którego aktywności przejął obsługę istotnej części klientów Lestera J. Albrechta. Następnie zaangażował do ich obsługi innego dystrybutora.

Ostatecznie Lester J. Albrecht, nie chcąc spełnić wymagań dotyczących maksymalnej ceny odsprzedaży i w reakcji na konkurencyjną działalność wydawcy oraz zaangażowanych przez niego innych dystrybutorów, wniósł powództwo do federalnego Sądu Dystryktowego. Powód zarzucił pozwanemu naruszenie § 1 ustawy Shermana poprzez zawarcie porozumienia lub zмовy w celu

10 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211 (1951), s. 263.

11 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

12 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: *Lester J. Albrecht v. The Herald Company, d/b/a Globe-Democrat Publishing Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

ograniczenia handlu. Zarówno Sąd Dystryktowy, jak i następnie Apelacyjny, uznały, że nie doszło do naruszenia ustawy Shermana. Zgodnie ze stanowiskiem tego ostatniego, zachowanie wydawcy było w całości jednostronne i w świetle materiału dowodowego nie spowodowało ograniczenia w handlu. Sąd Apelacyjny uznał także, że wcześniejsze wyroki Sądu Najwyższego, w których ustalanie cen odsprzedaży zaklasyfikowane zostało jako zakazane *per se*, nie nadają się do zastosowania w danym stanie faktycznym. Nie mogły być bowiem stosowane w odniesieniu do praktyki ustalania maksymalnych cen odsprzedaży, które miałyby być pobierane przez dystrybutora, któremu przydzielono wyłączne terytorium, gdzie dostawca, dysponujący prawem do odmowy sprzedaży, rozpoczął działalność konkurencyjną względem dystrybutora.

Sąd Najwyższy nie zgodził się z tezą sądu niższej instancji. Opierając się na stanowisku wyrażonym w sprawie *Stany Zjednoczone v. Parke Davis & Co.*¹³ przypomniał, że § 1 ustawy Shermana odnosi się nie tylko do umów (*contracts*) i zmów (*conspiracy*), lecz także do kombinacji (*combinations*) zawartych wprost lub w sposób dorozumiany. Rozumując *per analogiam* Sąd Najwyższy wskazał, że w analizowanej sprawie uzgodnienie powstało w układzie pomiędzy wydawcą a zaangażowanymi przez niego: spółką świadczącą usługi telemarketingowe oraz alternatywnym dystrybutorem i miało na celu przymuszenie Lestera J. Albrechta do stosowania ustaleń cenowych. Wymienieni kontrahenci *Globe-Democrat Publishing* byli bowiem w pełni świadomi celu działań, w których uczestniczyli.

Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że ustalenie Sądu 9. Obwodu, jakoby oceniana praktyka nie powodowała ograniczenia w handlu, pozostawało w sprzeczności z orzecnictwem Sądu Najwyższego w sprawach: *Stany Zjednoczone v. Trenton Potteries Co.*¹⁴, *Stany Zjednoczone v. Socony-Vacuum Oil Co.*¹⁵, *Kiefer-Stewart*¹⁶ oraz *Stany Zjednoczone v. McKesson & Robbins, Inc.*¹⁷ We wszystkich tych sprawach Sąd Najwyższy uznał porozumienia cenowe za zakazane *per se*¹⁸.

13 362 U.S. 29 (1960); por. uwagi dotyczące formowania się „doktryny Colgate” zawarte poniżej.

14 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Trenton Potteries Co.* 273 U.S. 392 (1927).

15 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

16 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211 (1951).

17 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. McKesson & Robbins, Inc.* 351 U.S. 305 (1956).

18 Zauważyć jednak należy, że spośród tych spraw, jedynie ostatnia dotyczyła pionowych porozumień cenowych, chociaż polegających na ustaleniu ceny minimalnej. Wyroki w sprawach *Trenton Potteries* i *Socony Vacuum* dotyczyły karteli cenowych, natomiast *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons* porozumienia horyzontalnego pomiędzy dystrybutorami hurtowymi, którego przedmiotem było ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży w relacjach ze współpracującymi z nimi dystrybutorami detalicznymi.

Argumentując za zakazem *per se* ustalania cen maksymalnych odsprzedaży towarów, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że ustalenie cen minimalnych i maksymalnych może mieć odmienne konsekwencje w zależności od okoliczności faktycznych.

Niemniej jednak plany, by wprowadzić ceny maksymalne, poprzez zastąpienie, może nawet i błędnych ocen sprzedawcy dotyczących sytuacji panującej na konkurencyjnym rynku, mogą poważnie odbić się na zdolności nabywców do konkurowania i przetrwania na rynku.

Jak wskazał Sąd,

ceny maksymalne mogą być ustalone na zbyt niskim poziomie, by dystrybutor mógł świadczyć usługi niezbędne w świetle wartości, jaką towar ma dla konsumenta lub, by świadczyć usługi i zapewnić udogodnienia, jakich konsument potrzebuje i za które gotów byłby zapłacić. Ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży może skupić dystrybucję w rękach kilku dużych lub specyficznie uprzywilejowanych dystrybutorów, którzy w przeciwnym wypadku podlegaliby poważnej konkurencji pozacenowej. Ponadto, biorąc pod uwagę, że cena pobierana zgodnie z ustaleniami, niemal zawsze odpowiada poziomowi ceny maksymalnej, co jest najbardziej prawdopodobne, zważywszy że cena maksymalna zbliżona jest do kosztów ponoszonych przez dystrybutora, ustalenie nabiera wszelkich cech ustalenia minimalnej ceny odsprzedaży¹⁹.

Rozstrzygnięcie w sprawie Albrecht nie było jednomyślne. Zdania odrębne zgłosili sędzia Harlan oraz wspólnie sędziowie Harlan i Stewart. W pierwszym z nich sędzia Harlan zarzucił większości, że wydany przez nią wyrok ignoruje rzeczywistość ekonomiczną. Opiera się bowiem na niczym nieuzasadnionym utożsamieniu skutków ustalania minimalnych i maksymalnych cen odsprzedaży towarów. Tymczasem, w odróżnieniu od ustalania cen minimalnych, określenie górnego pułapu ceny odsprzedaży sprzyja obniżeniu ceny detalicznej i zwiększeniu sprzedaży. Sędzia Harlan skrytykował także argument oparty na naruszeniu wolności dystrybutorów w wyniku ustalenia cen odsprzedaży. Jego zdaniem, nie powinien mieć on znaczenia przy ustalaniu, czy pionowe porozumienia cenowe zarówno dotyczące ceny minimalnej, jak i maksymalnej, powinny być zakazane *per se* czy też oceniane w ramach reguły rozsądku. Zdaniem sędziego Harlana, ustalanie górnych pułapów cenowych nie osłabia konkurencji w układzie horyzontalnym, sprzyjając kształtowaniu cen na poziomie konkurencyjnym. We wspólnym stanowisku sędziowie Stewart i Harlan dodali, że składający petycję był monopolistą w zakresie przydzielonego mu na wyłączność terytorium. Ustalenie ceny maksymalnej przez wydawcę było jedynym sposobem ochrony konsumentów przed wykorzystywaniem siły rynkowej przez dystrybutora, będąc tym samym, w opinii sędziów, całkowicie zgodne z prawem antytrustowym.

19 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Lester J. Albrecht v. The Herald Company, d/b/a Globe-Democrat Publishing Co., 390 U.S. 145 (1968), s. 152 i 153.

6.3. Rozwój doktryny Colgate

6.3.1. Wyrok w sprawie *United States v. Colgate & Co.*

Sprawa *United States v. Colgate & Co.* (dalej jako: Colgate) dotyczyła odwołania USA od wyroku Sądu Apelacyjnego oddalającego wniesione przeciwko Colgate zarzuty o naruszenie przepisu § 1 ustawy Shermana poprzez ustalanie minimalnych cen odsprzedaży oferowanych przez nią towarów²⁰. Praktyka ta miała polegać na przesyłaniu przez spółkę Colgate dystrybutorom cenników zawierających sugerowane ceny detaliczne wraz z informacją, że ich nieprzestrzeganie zagrożone będzie zakończeniem współpracy. Dodatkowo Colgate wymagała od dystrybutorów między innymi: informowania o wszelkich przejawach odstąpienia od stosowania sugerowanych cen, żądania od przedsiębiorców niestosujących wymogów co do cen, dodatkowych zabezpieczeń i oświadczeń o przestrzeganiu ustaleń w przyszłości, pod rygorem wstrzymania sprzedaży.

Sąd Najwyższy zgodził się w swojej ocenie z rozstrzygnięciem sądu obwodowego oddalającym zarzuty Stanów Zjednoczonych. Wskazał bowiem, że zarzuty nie dotyczyły prowadzenia sprzedaży na rzecz dystrybutorów w ramach porozumień, na mocy których zobowiązani byli oni do prowadzenia sprzedaży po cenach ustalonych przez dostawcę. Sąd odróżnił stan faktyczny analizowany w sprawie od tego, który był przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie *Dr. Miles*. Podkreślił, że porozumienie będące przedmiotem jego oceny zostało zawarte w formie umowy, która ograniczała dystrybutorom możliwość swobodnego wykonywania prawa sprzedaży. Tymczasem praktyka Colgate miała, zdaniem Sądu Najwyższego, charakter jednostronny. Jak wskazał sąd:

Celem ustawy Shermana jest zakaz monopoli, porozumień i uzgodnień, które mogłyby nadmiernie ograniczać swobodne wykonywanie praw, przez tych, którzy biorą udział w handlu i działalności gospodarczej, lub tych którzy zamierzają się w nie zaangażować – jednym słowem ochrona prawa do wolnego handlu. W sytuacji braku jakiegokolwiek zamiaru stworzenia lub utrzymania monopolu, ustawa nie ogranicza od dawna uznawanego prawa dostawcy lub producenta prowadzącego całkowicie prywatną działalność, do swobodnego podejmowania niezależnych decyzji, co do wyboru kontrahentów; bez wątplenia może on określić uprzednio okoliczności, które zdecydować mogą o odmowie sprzedaży. Dostawca lub producent [...] prowadzi całkowicie prywatną działalność i może sprzedawać temu, komu uzna za stosowne. [...] Dystrybutor detaliczny ma niekwestionowane prawo do zaprzestania współpracy z dostawcą hurtowym, z przyczyn znanych tylko jemu, a może tak uczynić, ponieważ uważa, że dostawca zachowuje się w sposób nieuczciwy próbując podkopać jego działalność²¹.

20 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

21 *Ibidem*, s. 307.

6.3.2. United States v. A. Schrader's Son, Inc.

W orzeczeniu w sprawie United States v. A. Schrader's Son, Inc. (dalej jako: Schrader's Son)²² Sąd Najwyższy rozpoznał skargę Stanów Zjednoczonych na wyrok Sądu Dystryktowego oddalający zarzuty ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów przez producenta akcesoriów do opon samochodowych – Schrader's Son. W wyroku tym sąd uznał, że klauzule ustanawiające ceny odsprzedaży zawarte w jednolitych umowach dystrybucyjnych zawieranych przez Schrader's Son z pośrednikami handlowymi oraz producentami opon stanowiły naruszenie §1 ustawy Shermana. Sąd pierwszej instancji oparł swoje rozstrzygnięcie na wnioskach płynących z analizy spraw Dr. Miles i Colgate. Uznał wprawdzie, że ich okoliczności różniły się od siebie wyłącznie tym, że pierwsza z nich dotyczyła porozumienia zawartego na piśmie, a druga – w sposób milczący, dorozumiany, jednak stanowiący w praktyce ekwiwalent zawartego wprost porozumienia. Z tych przyczyn, zdaniem sądu, nie powinno mieć znaczenia, czy dostawca określił uprzednio ceny odsprzedaży towarów i poinformował, że zaprzestanie współpracy z dystrybutorami, którzy nie będą ich stosować, czy też wprost zawarł z nimi porozumienie. Tym samym, w opinii sądu, po wydaniu wyroku w sprawie Colgate, zastosowanie podejścia wypracowanego przez Sąd Najwyższy w sprawie Dr. Miles, musiało być poparte istnieniem dodatkowych okoliczności, a nie uwarunkowane jedynie samym porozumieniem o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów. Takiego uzasadnienia Sąd Dystryktowy w sprawie Schrader's Son nie dostrzegł.

Sąd Najwyższy uznał, że sąd pierwszej instancji błędnie odczytał treść wyroku w sprawie Colgate. Podkreślił, że nie była jego intencją zmiana doktryny orzeczniczej utworzonej w wyroku Dr. Miles. Jak wskazał dalej,

wydarza się niepotrzebnym przypomnienie o oczywistej różnicy pomiędzy sytuacją, w której producent jedynie określa swoje oczekiwania dotyczące cen i odmawia kontraktowania ze wszystkimi, którzy ich nie realizują i taką, w której zawiera porozumienia – tak wprost, jak i w sposób, który można wywieść z jego zachowania lub innych okoliczności – ze wszystkimi kontrahentami z różnych stanów, które zobowiązują ich do stosowania ustalonych cen odsprzedaży. W pierwszym przypadku, producent działa w ramach przysługującej mu dyskrecjonalności w relacjach z kontrahentami, a żadna umowa lub uzgodnienie, które ogranicza swobodę nabywców nie powstają. W drugim przypadku, strony poprzez uzgodnienie zawierają porozumienie służące przejęciu kontroli nad własnymi sprawami dystrybutorów, a tym samym zniszczeniu konkurencji i ograniczeniu wolnego i naturalnego przepływu handlu pomiędzy stanami²³.

²² Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. A. Schrader's Sons, 252 U.S. 85 (1920).

²³ *Ibidem*, s. 99 i 100.

6.3.3. Wyrok w sprawie *Federal Trade Commission v. Beech-Nut Packing Co.*

Okoliczności sprawy *Federal Trade Commission v. Beech-Nut Packing Co.* (dalej jako: *Beech-Nut*)²⁴ dotyczyły polityki handlowej producenta i dostawcy produktów żywnościowych *Beech-Nut* obejmującej ustalanie cen odsprzedaży i odmowę sprzedaży każdemu dystrybutorowi, który odmówił wprowadzenia ustalonych cen lub który faktycznie ich nie stosował. Spółka wykorzystywała szereg metod, które miały skłaniać dystrybutorów do sprzedaży po ustalonych cenach. Między innymi doręczała im cyklicznie cenniki zawierające sugerowane ceny odsprzedaży, wymagała odpowiednich oświadczeń i deklaracji składanych na piśmie oraz różnego rodzaju innych zabezpieczeń. Dostawca nakłaniał także kontrahentów, pod rygorem odmowy sprzedaży, by nie odsprzedawali towaru dystrybutorom, tak hurtowym, jak i detalicznym, którzy nie stosowali się do ustalonej przez *Beech-Nut* polityki cenowej oraz by informowali ją o wszelkich przejawach takich odstępstw stosowanych na rynku.

Polityka cenowa *Beech-Nut* stała się przedmiotem postępowania administracyjnego prowadzonego przez Federalną Komisję Handlu, która uznała ją za nieuczciwą metodę konkurencji w rozumieniu § 5 ustawy o Federalnej Komisji Handlu. Sąd Apelacyjny, do którego zaskarżona została decyzja FTC, uznał że jedyna różnica pomiędzy stanem faktycznym w badanej sprawie i w sprawie *Dr. Miles* polegała na tym, że *Beech-Nut* nie zawierała z dystrybutorami pisemnych umów zawierających klauzulę o ustanowieniu cen odsprzedaży, a polegała na milczącym porozumieniu stron. Mimo to Sąd Apelacyjny stwierdził, że w sprawie powinna znaleźć zastosowanie doktryna *Colgate*, a tym samym, że FTC przekroczyła swoje uprawnienia wynikające z ustawy²⁵.

Sąd Najwyższy rozpoczął ocenę okoliczności sprawy od przypomnienia dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego stosowania doktryny *Colgate*. Wskazał, powołując się na sprawy *Schrader's* i *Frey & Son v. Cudahy Packing Co.*²⁶, że porozumienie, zmowa lub uzgodnienie mogą zostać wywiedzione „z przebiegu relacji handlowych lub innych okoliczności”. Następnie wskazał, że ustawa *Shermana* nie znajduje zastosowania względem praktyki dostawcy, który „jedynie odmawia sprzedaży innym i który zgodnie z prawem może powstrzymać się od sprzedaży towarów tym, którzy nie sprzedają ich po cenach, które ustalił”. Nie może on jednak, w zgodzie z prawem, wykroczyć poza wykonywanie tego prawa i poprzez umowy lub uzgodnienia, zawarte wprost lub w sposób dorozumiany, naruszyć

24 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *FTC v. Beech-Nut Packing Co.* 257 U.S. 441 (1922).

25 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *Beech-Nut Packing Co. v. Federal Trade Commission*, 264 Fed. 885 (2nd Cir. 1920).

26 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Frey & Son. Inc., v. Cudahy Packing Co.*, 256 U.S. 208 (1921).

bądź przeszkodzić wolnemu i naturalnemu przepływowi handlu w wymiarze międzystanowym²⁷.

Sąd Najwyższy stwierdził następnie, że polityka cenowa stosowana przez Beech-Nut znacznie wykraczała poza jedynie zwykłą odmowę sprzedaży towaru podmiotom, które nie sprzedają go po ustalonych cenach. W praktyce bowiem zmuszała ona handlowców do utrzymywania cen sugerowanych przez dostawcę. Sąd wziął pod uwagę, że każde odstępstwo od stosowania ustalonych cen skutkowało poinformowaniem dostawcy, czy to za pośrednictwem pozostałych dystrybutorów, czy działających w tym celu przedstawicieli Beech-Nut. To z kolei prowadziło do wpisania „niesubordinowanego” dystrybutora na „czarną listę”, z której wykreślenie możliwe było jedynie po satysfakcjonującym zapewnieniu, że dostosuje się on do wymogów dostawcy. Z takiego zachowania Beech-Nut, jak wskazał Sąd Najwyższy, można było wywieść wniosek, że konkurencja pomiędzy dystrybutorami detalicznymi została w praktyce ograniczona. Było tak tym bardziej, że dystrybutor detaliczny nieprzestrzegający ustaleń cenowych nie był w stanie nabyć wyrobów Beech-Nut od dystrybutorów hurtowych, którzy zobowiązani byli odmówić mu sprzedaży. Jak wskazał Sąd

szczegółowe okoliczności sprawy potwierdzają ograniczenie wolnej konkurencji metodami, za pomocą których spółka zabezpieczyła współpracę pomiędzy dystrybutorami i kontrahentami, która była niemal tak samo skuteczna jak porozumienie wprost, lub w sposób dorozumiany zmierzające do osiągnięcia tego samego celu²⁸.

6.3.4. Orzeczenie w sprawie United States v. Bausch & Lomb Optical Co. et al., Soft-Lite Lens Co. et al.

W sprawie United States v. Bausch & Lomb Optical Co., Soft-Lite Lens Co. et al. (dalej jako: Bausch & Lomb) Sąd Najwyższy dokonał kontroli prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku w sprawie z powództwa Stanów Zjednoczonych opartego na zarzucie porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku soczewek okularowych pomiędzy spółką Soft-Lite a dystrybutorami jej wyrobów²⁹.

Soft-Lite była wyłącznym dystrybutorem barwionych na różowo soczewek okularowych marki Softlite, produkowanych na jej zlecenie przez Bausch & Lomb. Jej działalność ograniczała się do sprzedaży soczewek do dystrybutorów hurtowych, którzy z kolei sprzedawali je detalistom, a ci konsumentom. W toku relacji handlowych między Bausch & Lomb a Soft-Lite, pierwsza z tych spółek stopniowo

27 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie FTC v. Beech-Nut Packing Co. 257 U.S. 441 (1922), s. 453.
28 *Ibidem*, s. 455.

29 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. Bausch & Lomb Optical Co. et al., Soft-Lite Lens Co. et al., 321 U.S. 707 (1944).

przejmowała kontrolę nad dystrybutorami hurtowymi szkieł Softlite. Znaczną część hurtowych dystrybutorów szkieł Softlite stanowiły spółki zależne Bausch & Lomb. Zysk Soft-Lite oraz dystrybutorów dostarczonych przez niego wyrobów zależał wprost od wielkości różnicy pomiędzy ceną soczewek zapłaconą przez konsumenta oraz ceną zapłaconą przez Soft-Lite za ich zakup od wytwórcy. Bausch & Lomb z kolei zainteresowana była w uzyskaniu jak najwyższej ceny sprzedaży soczewek do Soft-Lite, lecz także w osiągnięciu jak najwyższych cen ich odsprzedaży dystrybutorom detalicznym. W rezultacie starała się wpływać na politykę cenową Soft-Lite, konsultując jej decyzje cenowe, nakłaniając, by opusty cenowe, których udzielała na jej rzecz, były następnie kompensowane poprzez zwiększone ceny odsprzedaży oraz, poprzez zależne spółki dystrybucyjne, wpływała na detaliczne ceny odsprzedaży i na decyzje o zaprzestaniu współpracy z niepożądanymi dystrybutorami detalicznymi.

Soft-Lite z kolei prowadziła sprzedaż jedynie tym spośród hurtowników, którzy zgodzili się stosować do jej polityki odsprzedaży. Jednym z jej założeń był obowiązek odsprzedaży jedynie tzw. licencjonowanym dystrybutorom detalicznym. Informacje o uzyskaniu lub cofnięciu licencji hurtownicy uzyskiwali od Soft-Lite. W przypadku sprzedaży innemu detaliście niż licencjonowany, Soft-Lite usuwał hurtownika z listy autoryzowanych dystrybutorów. Każda ze sprzedawanych soczewek wyposażona była w numerowany certyfikat, który, jak poinformowano dystrybutorów hurtowych, pozwalał na ewentualne wykrycie, który spośród nich złamał wymóg odsprzedaży wyłącznie licencjonowanym detalistom. Jednocześnie Soft-Lite publikowała cenniki zawierające ceny odsprzedaży szkieł Softlite dystrybutorom detalicznym, dostępne zarówno dla nich, jak i dla hurtowników. Dla Soft-Lite i dla dystrybutorów hurtowych jasne było, że niezastosowanie cen odsprzedaży oznaczało zaprzestanie współpracy z hurtownikiem, który się tego dopuścił.

Licencjonowani dystrybutorzy detaliczni wprost nie podlegali ograniczeniom odnośnie do cen odsprzedaży. Niemniej oczekiwano od nich, że będą stosowali ceny nieodbiegające od przeciętnych na danym rynku lokalnym. Ceny te wskazywać miał przedstawiciel Soft-Lite po zaakceptowaniu ich przez dystrybutora hurtowego. Soft-Lite wymagała jednocześnie, by cena detaliczna dostarczanych przez nią szkieł odpowiednio przekraczała cenę szkieł niebarwionych. Dystrybutor detaliczny zobowiązywał się do promowania wyrobów Soft-Lite oraz do dbania o prestiż dostawcy, przez co rozumiano między innymi nieoferowanie konkurencyjnych towarów. Warunkiem uzyskania statusu licencjonowanego dostawcy było także zobowiązanie do sprzedaży wyłącznie użytkownikom końcowym. Niezastosowanie się do wymogów uzyskania licencji skutkowało zakończeniem współpracy.

Sąd Dystryktowy uznał, że Soft-Lite i niektórzy przedstawiciele jej kierownictwa naruszyli ustawę Shermana między innymi poprzez zawarcie z dystrybutorami hurtowymi i detalicznymi ograniczających konkurencję porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów.

Sąd Najwyższy zaczął ocenę stanu faktycznego od przypomnienia, że, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, porozumienia cenowe są zakazane *per se*³⁰. Zauważył jednak, że powinno się je postrzegać w kontekście całego systemu dystrybucyjnego Soft-Lite. Dodał także, że dostawca nie jest uprawniony do ustalenia cen odsprzedaży towarów, z wyjątkiem sytuacji, gdy czyni to w zgodzie z przepisami ustanowionymi na podstawie ustawy Millera-Tydingsa³¹. Jak wskazał Sąd, nie może być mowy o zastosowaniu względem praktyk stosowanych przez Soft-Lite doktryny Colgate. Doktryna ta bowiem odnosi się wyłącznie do praktyki określenia z góry cen rekomendowanych i odmowy sprzedaży towarów dystrybutorom, którzy ich nie będą stosować. Jej stosowanie nie obejmuje jednak sytuacji, w której pomiędzy dostawcą a nabywcą istnieje porozumienie o ustaleniu cen odsprzedaży towarów. Zdaniem sądu, podobnie jak w sprawie Beech-Nut, tak i w sprawie Bausch & Lomb praktyka dostawcy obejmowała coś więcej aniżeli tylko przyzwolenie hurtownikom na stosowanie cen ustalonych przez dostawcę. Poprzez współpracę we wdrażaniu polityki cenowej oraz ograniczenie sprzedaży do wyznaczonych licencjonowanych dystrybutorów, zaakceptowali oni bowiem sformułowaną przez niego propozycję całego systemu dystrybucji.

6.3.5. Wyrok w sprawie *United States v. Parke Davis and Company*

W wyroku w sprawie *United States v. Parke Davis and Company* (dalej jako: *Parke Davis*), Sąd Najwyższy rozstrzygnął zasadność wniosku Stanów Zjednoczonych o wydanie, na podstawie § 4 ustawy Shermana, nakazu zaprzestania stosowania praktyk stanowiących naruszenie przepisów § 1 i 3 tejże ustawy³². Praktyki te miały polegać na ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży pomiędzy producentem leków *Parke Davis* i hurtowymi oraz detalicznymi dystrybutorami produkowanych przez niego towarów. Producent wydał i przesłał do dystrybutorów katalog zawierający sugerowane minimalne ceny odsprzedaży leków w hurcie i detalu. W katalogu znalazło się także stwierdzenie, że zgodnie z długoletnią praktyką *Parke Davis* zamierza współpracować jedynie z tymi dystrybutorami hurtowymi, którzy stosują ceny zawarte w katalogu i którzy sprzedają leki do detalistów, posiadających uprawnienia do sprzedaży leków recepturowych. Sprzedając leki bezpośrednio do dystrybutorów detalicznych, dostawca stosował ceny z cennika dla dystrybutorów hurtowych, pomniejszone jednak o opusty ilościowe, których z kolei nie stosował w transakcjach z dystrybutorami hurtowymi.

30 *Notabene* Sąd Najwyższy ponownie powołał się na orzecznictwo dotyczące porozumień horyzontalnych, tj. na sprawy *United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 310 U.S. 150 (1940); *United States v. Trenton Potteries*, 273 U.S. 392 (1927); *Ethyl Gasoline Corp. v. United States*, 309 U.S. 436 (1940); *Fashion Originators' Guild v. Trade Comm'n*, 312 U.S. 457 (1941).

31 Ustawa z 17 sierpnia 1937 r., 50 Stat. 693, 15 U.S.C.A., § 1.

32 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Parke Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960).

W odpowiedzi na poczynione przez niektórych dystrybutorów hurtowych odstępstwa od stosowania cen ustalonych w cenniku, Parke Davis wprowadził nową politykę sprzedaży. Jego przedstawiciele odwiedzili hurtowników i oświadczyli im, że zaprzestaną współpracy nie tylko z każdym z nich, o ile nie będzie przestrzegał sugerowanych cen odsprzedaży, lecz także z tymi, którzy będą kontynuować sprzedaż na rzecz detalistów, którzy nie stosują sugerowanych detalicznych cen odsprzedaży. Przedstawiciele dostawcy zapowiedzieli także dystrybutorom detalicznym, że w razie odstępstw od stosowania sugerowanych cen detalicznych Parke Davis odmówi im sprzedaży oraz że jednocześnie zrobią to wszyscy dystrybutorzy hurtowi.

Gdy kilku detalistów kontynuowało sprzedaż po cenach niższych niż sugerowane i reklamowało możliwość zakupu leków po niższych cenach, Parke Davis zaczęła wywierać presję na dystrybutorów, by ci zaprzestali swoich praktyk. Polityka dostawcy odniosła krótkotrwałe sukcesy, po czym dystrybutorzy wrócili do stosowania obniżonych cen. Jednocześnie jeden z nich złożył skargę do Departamentu Sprawiedliwości, który rozpoczął względem Parke Davis postępowanie w sprawie domniemanego naruszenia prawa antytrustowego, a następnie wniósł przeciwko niej powództwo do sądu federalnego.

Sąd Dystryktowy uznał, że rząd Stanów Zjednoczonych nie był w stanie udowodnić naruszenia ustawy Shermana. Praktyka Parke Davis miała bowiem, zdaniem sądu, całkowicie jednostronny charakter, spełniając tym samym wymogi doktryny Colgate. Rząd USA odwołał się od tego rozstrzygnięcia twierdząc, że działania Parke Davis wykraczały poza wybór nabywców, albowiem skłaniały dystrybutorów detalicznych i hurtowych do stosowania ustalonych cen odsprzedaży. Takie zachowanie stanowiło, zdaniem rządu, kombinację lub zмовę służącą wprowadzeniu ustalonych uprzednio cen odsprzedaży towarów, będąc naruszeniem § 1 i 3 ustawy Shermana.

Sąd Najwyższy dokonał obszernej rekapitulacji dotychczasowego orzecznictwa w przedmiocie stosowania doktryny Colgate³³. Przypomniawszy, że okoliczności sprawy Colgate, w odróżnieniu od okoliczności sprawy Dr. Miles, nie obejmowały porozumienia, na mocy którego dystrybutor zobowiązany był do ustalenia cen odsprzedaży towarów. Mimo to wyrok w sprawie Colgate zasiał wątpliwości co do aktualności orzeczenia w sprawie Dr. Miles, rozstrzygnięte niedługo potem w sprawie *United States v. Schrader's Son, Inc.*³⁴

Kolejne wyroki, jak wskazał Sąd Najwyższy, ograniczyły zakres stosowania doktryny Colgate. Powołując się na wyrok w sprawie *Beech-Nut*, Sąd podkreślił, że z jego treści wynika czytelna intencja, zgodnie z którą dla naruszenia § 1 ustawy Shermana nie jest konieczne zawarcie pomiędzy dostawcą a dystrybutorem umowy zawierającej klauzulę o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów. Nielegalną kombinacją powodującą ograniczenie konkurencji pomiędzy dystrybutorami stanowią

33 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Frey & Son, Inc., v. Cudahy Packing Co.*, 256 U.S. 208 (1921); *FTC v. Beech-Nut Packing Co.*, 257 U.S. 441 (1922).

34 252 U.S. 85 (1920).

bowiem także działania dostawcy zmierzające do przymuszenia ich do zastosowania się do ustaleń cenowych. Jak wskazał sąd, orzeczenia w sprawach Bausch & Lomb i Beech-Nut rozwiały wątpliwości co do zakresu stosowania doktryny Colgate. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu,

[...] bezprawna kombinacja to nie tylko to, co wynika z porozumienia o ustanowieniu ceny odsprzedaży, zawartego wprost lub w sposób dorozumiany; kombinacja taka powstaje także, gdy producent zabezpiecza stosowanie cen rekomendowanych, środkami wykraczającymi poza zwykłą odmowę sprzedaży towarów nabywcy, który nie stosuje się do ogłoszonej wcześniej polityki sprzedaży³⁵.

Sąd Najwyższy wskazał także, że wprawdzie ekonomiczne skutki ustalania cen odsprzedaży i stosowania praktyk zgodnych z doktryną Colgate są takie same, jednak w tym drugim przypadku dystrybutor może niezależnie zdecydować czy stosować ustalone ceny odsprzedaży. Jak podkreślił Sąd, dopóki precedens ustanowiony w wyroku w sprawie Colgate nie zostanie unieważniony, „skutek taki jest tolerowany, lecz jedynie, gdy jest on rezultatem zwykłej odmowy sprzedaży w wykonaniu prawa producenta do swobodnego wykonywania dyskrecjonalnych uprawnień w zakresie wyboru kontrahentów”³⁶.

Ze względu na to, że działania Parke Davis wykraczały poza ogłoszenie jego polityki handlowej połączone z odmową sprzedaży, zdaniem Sądu podmiot ten dopuścił się naruszenia ustawy Shermana. O takiej ocenie Sądu zdecydował między innymi fakt wykorzystywania groźby odmowy sprzedaży w celu wymuszenia na hurtownikach zaprzestania zaopatrywania dystrybutorów detalicznych niestosujących ustalonych cen. W ten sposób, mimo że pierwotnie ogłoszona polityka sprzedaży Parke Davis mieściła się w ramach doktryny Colgate, została ona uznana za kombinację z detalistami i hurtownikami. Jak zauważył Sąd, skuteczność polityki cenowej Parke Davis uwarunkowana była współpracą konkurujących dystrybutorów hurtowych. Za wykraczające poza doktrynę Colgate Sąd Najwyższy uznał także działania dyscyplinujące dystrybutorów detalicznych, którzy reklamowali towar w obniżonych cenach.

Jak podsumował Sąd Najwyższy,

jeśli producent nie zamierza opierać się wyłącznie na indywidualnych interesach, celem doprowadzenia do zaakceptowania ustaleń co do cen, co mogłoby przynieść uboczny skutek w postaci wyeliminowania konkurencji cenowej, a w zamian podejmuje pozytywne działania, po to by osiągnąć jednolite przestrzeganie ustaleń, poprzez nakłanianie każdego nabywcy do ich przestrzegania i uniknięcia tejże konkurencji cenowej, zgoda nabywcy nie jest kwestią jego wolnego wyboru podyktowanego wyłącznie potrzebą zakupu towaru³⁷.

35 Wyrok Sądu Najwyższego *United States v. Parke Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960), s. 43.

36 *Ibidem*, s. 44.

37 *Ibidem*, s. 47 i 48; więcej na temat wyroku Sądu Najwyższego w sprawie Stany Zjednoczone v. Parke Davis & Co. w: R. G. Ulrich, *United States v. Parke Davis*, „Marquette Law Review”, Summer 1960, vol. 44, Issue 1, Article 11, s. 120–125.

6.4. Specjalne programy promocyjne a RPM

Innym, poza tworzeniem systemów dystrybucji zgodnych z doktryną Colgate, legalnym sposobem wywierania przez dystrybutorów wpływu na kształtowanie się cen detalicznych, było stosowanie tzw. specjalnych programów promocyjnych, opartych na mechanizmie minimalnej ogłoszonej ceny (*MAP – Minimum Advertised Price*). Programy te polegały z reguły na pokryciu przez producenta kosztów reklamy towaru poniesionych przez dystrybutora, połączonych z udzielaniem mu dodatkowego opustu cenowego. W zamian dystrybutor zobowiązany był do ogłaszania ceny sugerowanej przez producenta w określonych przez niego mediach – telewizji, Internecie, prasie bądź w ulotkach reklamowych. Konstrukcja prawna tego rodzaju programów nie była jednolita. Mogły one opierać się na zobowiązaniu umownym zawartym w umowie dystrybucyjnej bądź na jednostronnym określeniu warunków współpracy w zakresie reklamy przez producenta.

Orzecznictwo zapadłe w okresie obowiązywania reguły Dr. Miles wykształciło względem tego rodzaju praktyk zróżnicowane podejście. Generalnie za zgodne z prawem uważane były programy, których przedmiotem było wyłącznie ustalenie ceny ogłaszanej w reklamach, które jednak pozostawiały dystrybutorowi całkowitą swobodę co do ustalenia ceny transakcyjnej lub, co najwyżej, zakazujące stosowania cen wyższych aniżeli ogłoszona. Przy tym niedopuszczalne było uzależnianie przyznania dystrybutorowi korzyści od stosowania się przez niego do stosowania cen ogłoszonych (tzw. *hard MAP programs*). Zgodność tego rodzaju programów z ustawą Shermana oceniana była według reguły rozsądku i zwykle nie budziła zastrzeżeń sądów.

I tak w wydanym w 1978 r. wyroku w sprawie Nissan, Sąd Apelacyjny 5. Obwodu uznał, że program stosowany przez Nissan-USA powinien podlegać ocenie na podstawie reguły rozsądku³⁸. Prawa i obowiązki związane z uczestnictwem w programie, będącym przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu, określone były w umowach franchisingowych zawieranych pomiędzy Nissan-USA a dystrybutorem dostarczanych przez niego samochodów. Zgodnie z ustaleniami, przy każdym zakupie samochodu dokonany przez dystrybutora od Nissan-USA, niewielka część ceny wpłacana była na wspólny fundusz reklamowy. Wyłączną kontrolę nad nim sprawował Nissan-USA, który wypłacał z niego środki na rzecz dystrybutorów tytułem rekompensaty kosztów reklamowych poniesionych przez nich w zgodzie z warunkami cyklicznie określonymi dla danej kampanii reklamowej przez dostawcę. Przykładowo, aby uzyskać zwrot kosztów reklamowych z funduszu dystrybutor musiał: reklamować nowe samochody producenta, podać w reklamie cenę sugerowaną określoną przez producenta, lub nie podać jej w ogóle, jednak nie wskazywać, ani nie dawać do zrozumienia, że może zaproponować lepszą ofertę zakupu

38 Wyrok Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie Nissan Antitrust Litigation, 577 F.2d 910 (5th Cir. 1978).

samochodu niż pozostali dystrybutorzy. Ustalenie detalicznej ceny sprzedaży samochodu należało w całości do dystrybutora, który miał również prawo do reklamowania samochodu w innej cenie, choć w takiej sytuacji nie otrzymywał zwrotu kosztów z funduszu³⁹.

6.5. Umowy agencyjne a RPM

6.5.1. Wyrok w sprawie Stany Zjednoczone v. General Electric Co. *et al.*

W sprawie Stany Zjednoczone v. General Electric Co. (dalej jako: General Electric), Sąd Najwyższy rozpoznał apelację od wyroku Sądu Dystryktowego, w którym Sąd ten oddalił powództwo rządu Stanów Zjednoczonych o wydanie wyroku w systemie *equity*⁴⁰. Rząd USA zarzucił General Electric, że w celu ograniczenia handlu międzystanowego żarówkami i zmonopolizowania rynku ich sprzedaży, stworzyła ona sieć dystrybucyjną sprzedaży żarówek elektrycznych, złożoną z ponad 21 000 agentów działających na terenie Stanów Zjednoczonych. Po drugie, pozew zawierał zarzut, jakoby przedsiębiorca ten zmierzał do osiągnięcia tych samych celów także poprzez zawarcie umów licencyjnych zawierających klauzule o ustalaniu cen odsprzedaży towarów, z pozostałymi pozwanymi w sprawie, tj. Westinghouse Electric & Manufacturing Company i jej spółką zależną Westinghouse Lamp Company. Według powoda system dystrybucji stworzony przez General Electric służył wyłącznie ustalaniu cen odsprzedaży żarówek, a rzekomi agenci w istocie odgrywali rolę dystrybutorów hurtowych i detalicznych. Jak twierdził powód, sprzedaż żarówek poprzez sieć stworzoną przez General Electric odbywała się w taki sam sposób, jak w przypadku typowych sieci dystrybucyjnych. Tym samym jej praktyki powinny zostać uznane za bezprawne na równi z ustalaniem cen odsprzedaży w typowych umowach pomiędzy producentem i dystrybutorem.

General Electric oponowała, twierdząc, że współpracujący z nią dystrybutorzy byli agentami *sensu stricto* oraz że zgodnie z prawem mogła ona stworzyć system, w którym to producent sprzedawał towary odbiorcom końcowym, działając

39 Por. także inne wyroki, w których sądy federalne rozstrzygały analogicznie: Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie Lake Hill Motors, Inc. v. Jim Bennett Yacht Sales, Inc., 246 F.3d 752 (5th Cir. 2001); Sądu Dystryktowego dla Zachodniego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie Campbell v. Austin Air Sys., Ltd, 2005-2 Trade Cas. (CCH) 75,023 (W.D.N.Y. 2005); Sądu Dystryktowego dla Północnego Dystryktu Kalifornii w sprawie Blind Doctor Inc. v. Hunter Douglas, Inc., 59 Fed. R. Serv. 3d 635 (N.D. Cal. 2004).

40 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Stany Zjednoczone v. General Electric Co. *et al.* 272 U.S. 476 (1926).

za pośrednictwem agentów, po cenach i w sposób przez niego określony. System taki, zdaniem pozwanej spółki, nie obejmował ustalania cen odsprzedaży towarów nabywanych za pośrednictwem agentów od General Electric.

Według ustaleń Sądu Najwyższego wprowadzony przez General Electric system dystrybucji żarówek opierał się na trzech elementach. Po pierwsze, producent samodzielnie negocjował i zawierał umowy sprzedaży z największymi odbiorcami i zaopatrywał ich bezpośrednio. W ramach drugiego z elementów systemu General Electric zawierał z dużymi odbiorcami umowy sprzedaży wynegocjowane przez agentów (tzw. agenci B). Ta kategoria odbiorców zaopatrywana była z zapasów magazynowych znajdujących się w dyspozycji danego agenta. Trzecia kategoria – odbiorcy końcowi, zaopatrywana była na podobnych zasadach przez inną grupę agentów (tzw. agenci A).

Agenci B zatrudniani byli przez General Electric na podstawie rocznej umowy, która jednak mogła być wcześniej wypowiedziana. Zgodnie z treścią umowy, mocodawca zobowiązywał się do utrzymywania zapasów żarówek, którymi dysponował agent. Ich asortyment, liczbę oraz okres ich składowania przez agenta określała General Electric. Żarówki miały być przechowywane w określonych w umowach miejscach prowadzenia działalności, które mogły być kontrolowane przez mocodawcę. Agent zobowiązany był do przechowywania, i udostępniania na żądanie mocodawcy, ksiąg rachunkowych i dokumentacji sprzedaży. Towar pozostawał własnością General Electric aż do momentu jego sprzedaży na rzecz nabywcy. Agenci B mogli prowadzić sprzedaż w trojaki sposób: sprzedając je agentom A, prowadząc sprzedaż po cenach wyznaczonych przez General Electric na rzecz odbiorców, wymagających szybkiej dostawy towaru oraz dostarczając żarówki nabywcom, do których obsługi dany agent wyznaczony został przez General Electric. Sprzedaż ta odbywała się na warunkach i po cenie określonej w umowie zawieranej na piśmie pomiędzy danym nabywcą a General Electric. Agenci B nie byli uprawnieni do dysponowania żarówkami w żaden inny sposób. Nie mieli też wpływu na cenę, po której były one odsprzedawane dalej. Agent B zobowiązany był pokrywać całość wydatków związanych ze składowaniem, transportem do nabywcy, obsługą, sprzedażą i dystrybucją żarówek. Był także odpowiedzialny za nadzorowanie płatności nabywców. Koszt transportu żarówek do agenta B pokrywany był przez General Electric. Agent odpowiedzialny był także za zwrot niesprzedanych lamp po rozwiązaniu umowy. Przychody ze sprzedaży lamp przekazywane były przez agenta do General Electric co miesiąc, z potrąceniem przysługującej mu prowizji. Obejmowały one nie tylko płatności rzeczywiście wniesione przez nabywców, lecz także zaległe należności nabywców. Agent był także odpowiedzialny za straty i ubytki w towarach.

Wynagrodzenie agenta obejmowało prowizję i dodatkowe premie za właściwą i efektywną pracę. W przypadku niewypłacalności agenta lub niewykonania obowiązków wynikających z umowy, mogła być ona rozwiązana. W razie rozwiązania umowy, niesprzedane lampy musiały zostać zwrócone producentowi. Prawdopodobnie, choć nie zostało to określone w treści umowy, General Electric

odpowiedzialna była za część ryzyka związanego z realizacją umów. Dotyczyło to ryzyka pożaru, powodzi, starzenia się towaru oraz spadku cen. Ponościła także wydatki na ubezpieczenie lamp i płaciła należne daniny publicznoprawne. Agenci B rekomendowali General Electric działających lokalnie dystrybutorów na kandydatów na agentów A. Agenci A, podobnie jak agenci B, mogli prowadzić sprzedaż żarówek wyłącznie nabywcom zamawiającym błyskawiczną dostawę, oraz tym, którzy zawarli umowę z General Electric.

Jak zauważył Sąd Najwyższy, system został skonstruowany tak, by uniknąć sprzedaży żarówek pośrednikom handlowym i dystrybutorom, uniemożliwiając im prowadzenie sprzedaży w odmiennych, a tym samym konkurencyjnych cenach. W związku z tym kluczową kwestią stało się rozstrzygnięcie, czy podmioty działające na rzecz General Electric powinny zostać uznane za agentów, czy też za właścicieli przekazanego do ich dyspozycji towaru. Zdaniem Sądu, w tym drugim przypadku, ewentualne restrykcje dotyczące cen odsprzedaży powinny zostać uznane za naruszenie prawa antytrustowego.

Sąd Najwyższy uznał, że ani forma umów podlegających ocenie, ani praktyka ich stosowania nie wskazywała na to, by agenci A i B byli „kimkolwiek więcej aniżeli prawdziwymi agentami (*genuine agents*) spółki”. O takiej ocenie sądu zdecydowały następujące cechy łączących strony stosunków prawnych: brak obowiązku zapłaty za towar do momentu jego sprzedaży na rzecz nabywcy, obecność w umowie klauzuli *del credere*, brak możliwości swobodnego obrotu lampami przez agenta oraz przejście tytułu własności bezpośrednio z dostawcy na nabywcę, z pominięciem agenta. Obowiązek ponoszenia przez agenta kosztów składowania, dostawy, transportu towaru do nabywcy, obsługi, sprzedaży i dystrybucji żarówek nie został uznany przez Sąd Najwyższy za stojący na przeszkodzie uznaniu umowy za agencyjną. Koszty te bowiem znajdują odzwierciedlenie w wysokości prowizji należnej agentowi. Podobnie nie podważała takiego charakteru umowy okoliczność, że agenci od dawna prowadzili działalność na rynku dystrybucji żarówek i działali wcześniej jak typowi dystrybutorzy, nabywając żarówki od dostawcy, a następnie je odsprzedając.

Jak podsumował Sąd Najwyższy, prawdziwe umowy agencyjne (*genuine agency agreements*) zawierające klauzule o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, nawet jeśli zawierane są na dużą skalę i mają szeroki zakres oddziaływania, nie stanowią naruszenia ustawy Shermana, bez względu na to, czy dotyczą towarów objętych ochroną patentową czy nie.

6.5.2. Wyrok w sprawie *Simpson v. Union Oil of California Co.*

Przedmiotem oceny Sądu Najwyższego w wyroku w sprawie *Simpson v. Union Oil of California Co.* (dalej jako: sprawa *Simpson*) były klauzule w umowach komisji zawartych pomiędzy *Union Oil of California Co.* (dalej jako: *Union Oil*), dostawcą paliw płynnych i właścicielem sieci stacji benzynowych, a *Simpson*

– przedsiębiorcą prowadzącym stacje benzynowe należące do tej sieci⁴¹. Umowy komisju zawierane były na rok, jednak mogły być wypowiedziane przez każdą ze stron w dowolnym terminie. Zgodnie z zawartą w nich klauzulą, detaliczne ceny paliw określane miały być przez Union Oil, która pozostawała także właścicielem towaru do momentu jego sprzedaży konsumentom. Union Oil opłacała wszystkie należności podatkowe związane ze sprzedażą paliw, jednak to prowadzący stację ponosił koszty ubezpieczenia towaru oraz wszystkie koszty swojej działalności. Odpowiadał także za ubytki i straty w dostarczonych mu paliwach, poza tymi, które stanowiły następstwo siły wyższej. Prowadzący stację otrzymywał wynagrodzenie prowizyjne. Niezastosowanie się przez dystrybutora do warunków określonych w umowie skutkowało mogło jej wypowiedzeniem lub nieodnowieniem po upływie roku.

Mimo postanowień umownych, Simpson, by sprostać wymogom walki konkurencyjnej, sprzedawał paliwo taniej, aniżeli wynikałoby to ze wskazówek Union Oil. Spółka odmówiła w związku z tym zawarcia z Simpson umowy na kolejny okres. Po rozwiązaniu umowy, Simpson wniósł pozew do Sądu Dystryktowego zarzucając Union Oil, że jej praktyki naruszają § 1 i § 2 ustawy Shermana. Sąd Dystryktowy uznał, że Simpson nie wykazał ich naruszenia oraz bezprawności działań pozwanego lub szkody, która uzasadniałaby podjęcie postępowania sądowego. Sąd Apelacyjny, do którego odwołał się Simpson, podtrzymał wyrok pierwszej instancji, uznając jednak, że w sprawie mogło zaistnieć naruszenie ustawy Shermana, jednak takie, które nie wiązało się z powstaniem bezprawności lub szkody uzasadniającej wszczęcie postępowania.

Sąd Najwyższy nie zgodził się ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego. Wskazał, że jeśli umowa dostawy rzeczywiście zawierała porozumienie o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów, to wymagana bezprawność lub szkoda miałyby miejsce. Ustalenia te godziłyby bowiem w handel międzystanowy, pozbawiając niezależnych dystrybutorów możliwości wyboru, czy przystąpić do sieci i czy w niej pozostać, a także uniemożliwiając im sprzedaż towarów po konkurencyjnych cenach.

Następnie, powołując się na wyrok w sprawie Parke Davis⁴², Sąd Najwyższy zaznaczył, że dostawca nie może wywierać presji na dystrybutorów, by wymusić stosowanie ustalonych cen odsprzedaży. Zwrócił także uwagę, że w odróżnieniu od okoliczności spraw Colgate i Parke Davis, w analizowanej sprawie doszło do zawarcia porozumienia w postaci klauzuli umownej, która egzekwowana jest poprzez przymus, co może być równie efektywnym narzędziem ustalania cen, jak to zastosowane przez Parke Davis.

Sąd wyraził stanowisko, że uprawnienia komitenta wynikające z prawa cywilnego nie są absolutne i muszą ustąpić przed federalną polityką antytrustową. Zatem umowy komisju nie mogą być „przykrywką”, pod którą można się schować, by uniknąć odpowiedzialności. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie ma nic nielegalnego

41 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Simpson v. Union Oil of California Co., 377 U.S. 13 (1964).

42 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. Parke Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

w typowych umowach komisu, w ramach których cena sprzedaży towaru ustalona jest przez komitenta. Jednak, jeśli instytucja komisu wykorzystywana jest jako „przykrywka” dla ustalania cen odsprzedaży, „prawo antytrustowe nie daje możliwości określenia jej mianem umowy agencyjnej”. Inaczej cele ustawy nie zostałyby osiągnięte „ze względu na manipulacje językowe, a nie różnicę co do meritum sprawy”.

Odnosząc się do relacji pomiędzy stronami, Sąd podkreślił, że dystrybutorzy tacy jak Simpson byli niezależni i posiadali wszystkie atrybuty przedsiębiorców, z wyjątkiem możliwości ustalania cen. Spoczywało na nich ryzyko strat towaru, a ich przychody uzależnione były od wzrostów i spadków cen rynkowych. Ich prowizja zmniejszała się wraz ze spadkiem cen detalicznych. Zniesienie możliwości ustalania cen oznaczało pozbawienie ich jedynego uprawnienia, które uczyniłoby ich w pełni niezależnymi graczami na rynku. Jak wskazał Sąd Najwyższy, szkodliwy charakter ustalania cen odsprzedaży w umowach stosowanych przez Union Oil, wynikał z tego, że prowadziło ono nieuchronnie do zniszczenia konkurencji na rynku detalicznej sprzedaży paliw rękoma rzekomych komisantów, którzy w rzeczywistości byli jedynie niewielkimi konkurującymi ze sobą podmiotami rywalizującymi o konsumentów benzyny.

Sąd Najwyższy nie zgodził się z argumentem strony pozwanej, jakoby powinien on oprzeć rozstrzygnięcie na precedensie ze sprawy General Electric. Wskazał bowiem, że sprawa ta nie przystawała do okoliczności sprawy będącej przedmiotem jego oceny. Dotyczyła ona bowiem towarów, które objęte były ochroną patentową. Jak wskazał Sąd, prawo własności intelektualnej modyfikuje prawo antytrustowe *pro tanto*. Sąd Najwyższy uchylił zatem wyrok Sądu Apelacyjnego i zwrócił sprawę do ponownego rozpoznania uznając, że doszło do ustalenia cen odsprzedaży poprzez przymuszenie dystrybutorów do ich stosowania.

6.5.3. Zastosowanie ustawy Shermana względem umów agencyjnych po wyroku w sprawie Simpson

Wyrok w sprawie Simpson wprowadził zamęt, w przejrzystą, jak się wcześniej wydawało, sytuację prawną⁴³. Po wydaniu orzeczenia w sprawie General Electric, wydawało się, że istnieje jasno wytyczona granica pomiędzy porozumieniami o ustaleniu cen odsprzedaży a zasadniczo niepodlegającym prawu antytrustowemu, i wynikającemu z samej istoty prawa własności, uprawnieniu mocodawcy do określania ceny sprzedaży. Wyrok w sprawie Simpson zmienił to przekonanie, dając do zrozumienia, że brak przeniesienia własności towaru na dystrybutora nie wystarcza, by uznać, że reguła Dr. Miles nie może zostać zastosowana. Wąski zakres stosowania reguły General Electric, ograniczony do umów, których

⁴³ Tak również: R. E. Hancock, *Antitrust: Legal Status of Consignment Agreements*, „Tulsa Law Review” 1965, vol. 2, Issue 1, s. 57.

przedmiotem była sprzedaż towarów objętych ochroną patentową, nie wynikał bowiem z treści wyroku w tej sprawie. Przeciwnie, Sąd Najwyższy w samym wyroku w sprawie General Electric *expressis verbis* stwierdził, że zastosowanie tej reguły nie podlega takim ograniczeniom. Rozstrzygnięcie w sprawie Simpson jest o tyle zaskakujące, że model relacji pomiędzy stronami umów, a w szczególności przyjęty sposób rozkładu ryzyka, nie odbiegał istotnie od znanego z okoliczności sprawy General Electric⁴⁴.

Po wydaniu wyroku w sprawie Simpson kwestia umów agencyjnych nie zawisła już na wokandzie Sądu Najwyższego. Stosunkowo liczne są natomiast wyroki sądów federalnych niższych instancji, które potwierdziły aktualność reguły General Electric. Sądy dokonywały w nich prób rekoncylacji stanowisk Sądu Najwyższego w obu opisanych wyżej orzeczeniach. I tak w wyroku w sprawie Pink Supply Corp. v. Hiebert, Inc., Sąd Apelacyjny 8. Obwodu odniósł się do kryterium niezależności agenta jako decydującego o możliwości zastosowania reguły General Electric⁴⁵. Sąd ten odwołał się przy tym do podejścia wypracowanego przez Sąd Najwyższy w sprawie Copperweld, w której dokonał on rozróżnienia pomiędzy praktykami jednostronnymi, objętymi zakresem hipotezy normy prawnej wyrażonej w § 2 ustawy Shermana, i wielostronnymi, względem których zastosowanie znajduje § 1 te samej ustawy⁴⁶. W wyroku tym Sąd Najwyższy uznał, że porozumienia zawierane pomiędzy spółkami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, jak i przez przedsiębiorstwa oraz zatrudnionych w nich pracowników lub osób pełniących w nich funkcje kierownicze, nie mają charakteru wielostronnego i nie są objęte zakresem § 1 ustawy Shermana. Kryterium decydującym o takiej klasyfikacji był brak niezależności podmiotów uczestniczących w takowym porozumieniu⁴⁷. Sąd

44 Zdaniem E. Elhauge i D. Geradina, odmienne podejście względem praktyk stosowanych w obu wyrokach miało jednak racjonalne uzasadnienie. Według nich w sprawie General Electric, ze względu na ustalenie sztywnej prowizji dla dystrybutora, kontrola dostawcy nad cenami sprzedaży była niezbędna. W przeciwnym wypadku dystrybutorzy, dążąc do zbycia jak największej ilości towaru, oferowaliby go po jak najniższej cenie, a nawet darmo. W przypadku stanu faktycznego analizowanego w sprawie Simpson, dystrybutor był odpowiedzialny za straty, a wysokość należnej mu prowizji zależała w części od ceny sprzedaży do użytkownika końcowego. W przypadku braku ustalenia cen odsprzedaży, dystrybutor ustalając je brałby pod uwagę skutki obniżenia cen w postaci z jednej strony zwiększenia sprzedaży, jak i – z drugiej – obniżenia przychodu ze sprzedaży jednostkowej. Por. E. Elhauge, D. Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oxford–Portland, OR 2011, s. 815; *notabene* takie stanowisko dotyczące uzasadnienia dla rozróżnienia pomiędzy podejściami zastosowanym w sprawach General Electric i Simpson zostało zaakceptowane przez sam Sąd Najwyższy – por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie American Needle, Inc. v. National Football League, 560 U.S. 183 (2010), przyp. 5.

45 Wyrok Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu w sprawie Pink Supply Corp. v. Hiebert, Inc., 788 F.2d 1313 (8th Cir. 1986).

46 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

47 Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., o tym czy dwa podmioty traktowane są rozdzielnie na potrzeby stosowania § 1

Apelacyjny, wnioskując *per analogiam*, za kryterium decydującym o klasyfikacji umowy agencyjnej jako pozbawionej wielostronnego charakteru, uznał brak niezależności agenta względem dostawcy oraz zbieżność ich gospodarczych interesów, które, tak jak działo się to w stanie faktycznym ocenianym przez sąd, przekładały się na „jednolitą świadomość gospodarczą”⁴⁸.

W innym z wyroków – w sprawie Murray Biscuit Company – Sąd Apelacyjny 7. Obwodu w Chicago, ustami sędziego R. Posnera uznał, że rekoncyliacja pomiędzy regułami ustalonymi w orzeczeniach General Electric i Simpson jest możliwa. Jak wskazał Sąd, kluczowe znaczenie dla ustalenia, czy relacja pomiędzy dostawcą a agentem wchodzi w zakres § 1 ustawy Shermana ma stwierdzenie, czy „stosunek prawny agencji posiada także funkcje inne, aniżeli tylko ominięcie reguły zakazującej ustalania cen”⁴⁹.

Wydaje się, że orzecznictwo federalne przyjęło interpretację wypracowaną w wyroku w sprawie Murray Biscuit Company. I tak w wyroku w sprawie Day v. Taylor, Sąd Apelacyjny 11. Obwodu wyraźnie rozgraniczył pomiędzy prawdziwymi (*genuine*) i pozornymi umowami agencyjnymi (*sham agency agreements*)⁵⁰. Wyjaśnił przy tym, że powodem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w sprawie Simpson był brak zachowania i wykonywania przez dostawcę jakichkolwiek uprawnień związanych z własnością towaru. W istocie jedyną cechą właściwą umowom agencyjnym był brak przejścia tytułu własności towaru na dystrybutora. Jak wskazał Sąd Apelacyjny, wyrok w sprawie Simpson jednoznacznie wykazał przy tym, że decydujące znaczenie dla stwierdzenia, czy umowa zawarta została dla pozorów, ma jej treść, a nie nazwa. Do czynników, które zdecydowały o uznaniu przez Sąd Apelacyjny za agencyjne podlegających jego ocenie w sprawie Day v. Taylor, umów pomiędzy organizatorem sieci wypożyczalni samochodów dostawczych U-Haul a podmiotami prowadzącymi wypożyczalnie, Sąd Apelacyjny zaliczył: ponoszenie przez U-Haul ryzyka odpowiedzialności cywilnej związanej z działalnością dystrybutorów oraz

Shermana decyduje „gospodarcza treść relacji pomiędzy dwoma podmiotami”. Jak dalej wskazał Sąd „ponieważ koordynacja pomiędzy spółką i jej podmiotami zależnymi nie prowadzi do nagłego połączenia dwóch niezależnych źródeł siły gospodarczej wcześniej służących odrębnym interesom, nie stanowi ona działania, które podlega ocenie z punktu widzenia § 1. [...] skoordynowane działania spółki-matki i spółki i jej spółki jednoosobowej musi być oceniana jako działania pojedynczego przedsiębiorstwa dla celów § 1 ustawy Shermana. Spółkę-matkę i spółkę, w której posiada ona całość udziałów, charakteryzuje całkowita jedność interesów. Ich cele są wspólne, a nie odmienne; ich ogólne działania korporacyjne są określane nie przez dwie odrębne korporacyjne świadomości, lecz jedną. Nie różnią się one od wielokonnego zaprzęgu napędzającego wóz kontrolowany przez jednego woźnicę. Czy w wykonaniu formalnej umowy, czy też nie, spółka zależna działa na korzyść spółki dominującej, jej jedyne go udziałowca”.

48 Wyrok Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu w sprawie Pink Supply Corp. v. Hiebert, Inc., 788 F.2d 1313 (8th Cir. 1986).

49 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie Robert A. Morrison, d/b/a Morrison Enterprises v. Murray Biscuit Company, 797 F.2d 1430 (7th Cir. 1986).

50 Wyrok Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie Day v. Taylor, 400 F.3d 1272 (11th Cir. 2005).

ryzyka kradzieży, wandalizmu i innych zniszczeń sprzętu będącego jego własnością, a powierzonego dystrybutorom. Takiej klasyfikacji nie zmienił fakt, że odpowiedzialność U-Haul była istotnie ograniczona i nie obejmowała między innymi szkód wynikających z niedbalstwa dystrybutorów. Sąd zwrócił także uwagę, że U-Haul była właścicielem floty i ponosiła z tego tytułu wszelkie niezbędne zobowiązania podatkowe. Uznał także, że w odróżnieniu od relacji pomiędzy Union Oil a Simpson, U-Haul nie miała na tyle silnej pozycji rynkowej, która by umożliwiała jej przymuszanie dystrybutorów do określonych praktyk rynkowych. Działalność w postaci prowadzenia wypożyczalni samochodów miała bowiem dla dystrybutorów charakter uboczny.

6.6. Ustawodawstwo uczciwego handlu

Kolejnym elementem składającym się na całość obrazu rozwoju legislacji i orzecznictwa dotyczących dopuszczalności pionowych porozumień cenowych w Stanach Zjednoczonych było tzw. ustawodawstwo uczciwego handlu. Termin ten odnosi się do serii aktów prawnych uchwalanych począwszy od lat trzydziestych XX w. przez stanowe legislatury, które wprost zezwalały na ustalanie cen odsprzedaży towarów. Działania te stanowiły odpowiedź na dwie grupy zjawisk zachodzących wówczas w USA. Pierwszym z nich było nasilenie pionowej integracji przedsiębiorstw handlowych. Formujące się wielkie sieci sprzedaży detalicznej stanowiły realne zagrożenie dla niewielkich rodzinnych przedsiębiorstw prowadzących sklepy spożywcze, drogerie i inne placówki handlu detalicznego. Problemy te pogłębił wielki kryzys, który w pierwszej kolejności uderzył w małe przedsiębiorstwa, pogarszając ich pozycję konkurencyjną względem dużych sieci handlowych. Ustawodawstwo uczciwego handlu miało, poprzez ujednoczenie cen detalicznych, wyrównać reguły gry rynkowej. Ustawodawstwo to postrzegane jest jako swego rodzaju bunt stanów przeciwko rozwiązaniom przyjętym na gruncie prawa federalnego w wyniku wydania wyroku w sprawie *Dr. Miles*⁵¹.

Pierwszą ustawę uczciwego handlu uchwalił stan New Jersey w 1933 r.⁵² Kolejną była Kalifornia, której ustawa, znowelizowana w 1933 r. posłużyła następnie za wzorzec dla wielu innych stanów. Ustawy uchwalane wówczas dozwalały na ustalanie cen odsprzedaży towarów jedynie w handlu wewnątrzstanowym, co ze

51 Por.: L. Altman, M. Pollack, *The Fair Trade Era under the Miller-Tydings and McGuire Acts: History*, [w:] *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, (4th Ed.), Saint Paul 2011.

52 N.J. Laws 1913, c 210, ustawa zmieniona ustawami z 1915 i 1916 r. – N.J. Laws 1915, c 376, i N.J. Laws 1916, c 107; RS 1937, 56:4-1, 2.

względu na rozwój handlu międzystanowego, miało ograniczone znaczenie. Gdy w roku 1936 Sąd Najwyższy wyrokiem utrzymał w mocy ustawę kalifornijską⁵³ i podobną, przyjętą przez stan Illinois⁵⁴, w pozostałych stanach ruszyła lawina legislacji uczciwego handlu. W rezultacie, w latach trzydziestych ubiegłego wieku, podobne ustawy uchwały niemal wszystkie, bo aż 45 spośród 48 ówczesnych stanów USA⁵⁵.

Drogę do przyjęcia szerszego zakresu wyłączenia od zakazu pionowych porozumień cenowych otworzyła uchwalona w 1937 r. przez Kongres Stanów Zjednoczonych, pod naciskiem części opinii publicznej, ustawa Millera–Tydingsa⁵⁶. Zgodnie z jej treścią, żaden z przepisów ustawy Shermana ani ustawy o Federalnej Komisji Handlu nie czynił bezprawnymi „umów lub porozumień ustanawiających minimalne ceny odsprzedaży towarów [...] jeżeli takowe umowy lub porozumienia uznane zostały za dozwolone, w odniesieniu do transakcji wewnątrzstanowych”, przez prawo stanu, „w którym towar ten jest odsprzedawany, lub do którego jest on dostarczany w celu tej odsprzedaży”. Przy tym zakresem przedmiotowym ustawy objęte było wyłącznie ustawodawstwo regulujące obrót towarami posiadającymi opakowanie, znak towarowy, markę lub nazwę producenta bądź dystrybutora. Na marginesie warto wskazać, że uchwalenie ustawy Millera–Tydingsa wpisywało się w ciąg działań mających na celu ochronę małego biznesu przed skutkami kryzysu. Innym ich przykładem była ustawa Robinsona–Patmana uchwalona przez Kongres rok wcześniej i zakazująca dyskryminacji cenowej⁵⁷.

Ustawa Millera–Tydingsa nie była pierwszą próbą legalizacji ustalania pionowych porozumień cenowych na poziomie federalnym. Już w 1914 r., a zatem zaledwie po trzech latach od wyroku w sprawie *Dr. Miles*, podjęta została inicjatywa ustawodawcza w odniesieniu do dwóch projektów ustaw, które wprost dozwalały takich praktyk⁵⁸. Kolejna próba, zakończona odrzuceniem ustawy przez Senat, nastąpiła w 1931 r.⁵⁹ Wreszcie po nieudanej próbie w roku 1936, ponownie wprowadzono pod obrady obu izb Kongresu, tym razem z sukcesem, ustawę Tydingsa wraz z towarzyszącą jej ustawą Millera. Złożyły się one na „ustawę umożliwiającą

53 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Pep Boys, Manny, Moe & Jack, of California, v. Pyroil Sales Co*, 299 U.S. 198 (1936).

54 Wyrok Sądu Najwyższego z 7 grudnia 1936 r. w sprawie *Old Dearborn Distributing Co. v. Seagram-Distillers Corporation*, 299 U.S. 183 (1936), por. także L. Altman, M. Pollack, *The Fair Trade...*

55 Ustaw dotyczących uczciwego handlu nie przyjęły jedynie stany Texas, Missouri i Vermont. Jednak w niektórych stanach, m.in. w Alabamie, Montanie, Utah i Wisconsin, sądy stanowe kwestionowały konstytucyjność uchwalonych tam ustaw uczciwego handlu.

56 Ustawa z 17 sierpnia 1937 r., 50 Stat. 693, 15 U.S.C.A., § 1.

57 Ustawa z 15 czerwca 1936 r. o przeciwdziałaniu dyskryminacji cenowej, Pub. L. No 74-692, 49 Stat. 1526 (kodyfikowana w 15 U.S.C.A., § 13).

58 Por. projekty ustaw Stevensa (HR 13305, 63rd Cong, 2d Sess. 1914) i Metza (HR 13860, 63rd Cong, 2d Sess. 1914).

59 Por. projekt tzw. ustawy Kelly’ego (HR 11, 71st Cong, 3d Sess. 1931) oraz, następnie, Cappera–Kelly’ego.

uczciwy handel” (ang. *Fair Trade Enabling Act*) określaną także mianem ustawy Millera–Tydingsa. Nie oznacza to jednak, że jej wprowadzenie nie było przedmiotem kontrowersji. Przeciwnikiem jej uchwalenia był między innymi prezydent Franklin Delano Roosevelt, który obawiał się wzrostu cen konsumpcyjnych.

W większości ustawy uchwalane przez poszczególne stany odpowiadały jednemu spośród dwóch wzorcowych aktów prawnych: ustawie kalifornijskiej w brzmieniu z 1933 r. oraz wzorcowemu projektowi opracowanemu przez Narodowe Stowarzyszenie Aptek Detalicznych (*National Association of Retail Druggists*). Mimo różnic, wszystkie ustawy uczciwego handlu zawierały dwie grupy norm. Po pierwsze, deklarowały one, że umowy o ustaleniu minimalnych cen odsprzedaży towarów posiadających opakowanie, znak towarowy, markę lub nazwę producenta bądź dystrybutora, które podlegały wolnej i otwartej konkurencji w stosunku do towarów tego samego rodzaju, produkowanych lub dystrybuowanych przez podmioty trzecie, nie będą uznawane za bezprawne z powodu ograniczeń cenowych. Po drugie, uznawały, że umyślne i świadome reklamowanie, oferowanie lub sprzedawanie towarów w cenach niższych aniżeli ustalone w umowie zawartej na podstawie przepisów danej ustawy stanowej, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i podlegało odpowiedzialności odszkodowawczej, bez względu na to, czy czynił to podmiot będący stroną takiej umowy czy też nie (tzw. *nonsigner clause*)⁶⁰. Znaczenie ustaw uczciwego handlu wykraczało zatem istotnie, przynajmniej w początkowym okresie ich obowiązywania, poza jedynie dozwole nie na ustalanie minimalnych cen odsprzedaży towarów. W istocie wystarczyło bowiem, by dostawca zawarł umowę obejmującą klauzulę o ustaleniu cen odsprzedaży z jednym spośród dystrybutorów, by klauzula ta była wiążąca dla pozostałych, nawet jeśli nie byli oni stroną umowy jej zawierającej. Rezultatem opisanych wyżej działań legislacyjnych było dozwole nie ustalania cen odsprzedaży towarów w większości stanów.

Przepisy ustaw stanowych ustanawiające rozszerzający skutek stosowania klauzul o ustaleniu cen odsprzedaży towarów zostały jednak zakwestionowane przez Sąd Najwyższy już w 1951 r. Wówczas to w wyroku w sprawie *Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp.*⁶¹ Sąd Najwyższy uznał, że zakres wyłączenia ustanowionego na podstawie przepisów ustawy Millera–Tydingsa ogranicza się do praktyk z dobrowolnym udziałem dystrybutorów. Zdaniem Sądu przyjęcie koncepcji rozszerzonego skutku stosowania klauzul o ustaleniu cen odsprzedaży towarów doprowadziłoby do automatycznego wyeliminowania konkurencji na rynkach sprzedaży detalicznej, tożsamego w skutkach z porozumieniem horyzontalnym. To z kolei miałyby, jak wskazał Sąd, destrukcyjny wpływ na politykę ochrony konkurencji prowadzoną na podstawie przepisów ustawy Shermana.

60 H. Shulman, *The Fair Trade Acts and the Law of Restrictive Agreements Affecting Chattels*, „The Yale Law Journal”, February 1940, vol. 49, No 4, przyp. 1.

61 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp.*, 341 U.S. 384 (1951).

W reakcji na to rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, Kongres uchwalił w 1952 r. ustawę McGuire'a⁶², która znowelizowała ustawę o Federalnej Komisji Handlu oraz, w części, ustawę Millera–Tydingsa. Nowo uchwalona ustawa między innymi dozwoliła *expressis verbis* na wprowadzenie przez stany przepisów o rozszerzonym skutku klauzul o ustaleniu cen odsprzedaży, tym samym niwelując efekt wyroku w sprawie Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp. Inny z jej przepisów wyraźnie uznał za zgodne z prawem porozumienia o ustaleniu minimalnych cen odsprzedaży oraz te, które zobowiązywały nabywcę do stosowania RPM w dalszych umowach zawieranych z dystrybutorami.

Ustawy uczciwego handlu doprowadziły do rozpowszechnienia praktyki ustalania cen odsprzedaży towarów w niemal całych Stanach Zjednoczonych⁶³. Ustanowiły one także podstawy do dalszych działań legislatur stanowych, zmierzających do ustanowienia jednolitych cen detalicznych niektórych towarów. Dotyczyło to w szczególności napojów alkoholowych, których ceny często regulowane były na poziomie stanowym. Jednak, począwszy od lat czterdziestych ubiegłego wieku, ustawy uczciwego handlu zaczęły stopniowo tracić na znaczeniu. Coraz częściej pojawiały się krytyczne opinie na temat skutków powszechnego dozwolenia na stosowanie cen odsprzedaży⁶⁴. Z jednej strony uwypuklano konieczność zapewnienia niezależności w stosowaniu cen przez dystrybutorów⁶⁵, z drugiej podkreślano negatywny wpływ takich praktyk na ceny detaliczne, a tym samym na konsumentów⁶⁶. Ponadto sami przedsiębiorcy zaczęli stopniowo wycofywać się z ich stosowania, uznając je za nieefektywne strategie dystrybucyjne⁶⁷.

W związku z tymi tendencjami w drugiej połowie XX wieku poszczególne stany zaczęły stopniowo uchylać ustawy uczciwego handlu. Z kolei w roku 1975 Kongres uchwalił ustawę o określaniu cen towarów konsumpcyjnych (ang. *Consumer Goods Pricing Act*)⁶⁸, uchylającą ustawy Millera–Tydingsa i Mc Guire'a. W rezultacie przywrócono regule Dr. Miles jej dawne znaczenie. Od tej pory ustalanie minimalnych (i sztywnych) cen odsprzedaży towarów było ponownie zakazane *per se*, w zakresie, w którym dotyczyło ono handlu międzystanowego. Ostatecznie wszystkie stany wycofały się ze stosowania ustaw uczciwego handlu⁶⁹.

62 Ustawa z 14 lipca 1952 r., 66 Stat. 632.

63 W okresie największego rozprzestrzenienia ustaw uczciwego handlu, we wczesnych latach pięćdziesiątych XX w., jedynie stany Alaska, Missouri, Texas i Vermont nie dopuściły do ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów. Zob. L. Shepard, *The Economic Effects of Repealing Fair Trade Laws*, „The Journal of Consumer Affairs”, Winter 1978, vol. 12, No 2, s. 221.

64 Por. m.in. H. N. Lackshin, *Refusal to Sell: a Means of Achieving Resale Price Maintenance in Non-Fair-Trade States*, „Texas Law Review” 1958, vol. 36, s. 799.

65 *Ibidem*.

66 L. Altman, M. Pollack, *The Fair Trade...*

67 Zob. L. Shepard, *The Economic...*, s. 221.

68 Ustawa z 12 grudnia 1975 r., 89 Stat. 801 (1975).

69 W pierwszych latach po wejściu w życie ustawy o określaniu cen towarów konsumpcyjnych, nie było pewności, czy jej skutkiem było także zakwestionowanie możliwości regulacji przez stanowe ciała ustawodawcze cen detalicznych napojów alkoholowych. Wskazywano

6.7. Wnioski końcowe – RPM w okresie przed liberalizacją

Wyroki w sprawach *Dr. Miles* i *Albrecht* uformowały standardy orzecznicze oceny zgodności z prawem antytrustowym ustalania, odpowiednio minimalnych i maksymalnych, cen odsprzedaży towarów. Choć w orzeczeniu w sprawie *Dr. Miles* Sąd Najwyższy nie wskazał, jakoby praktyka ta była zakazana *per se*, kolejne orzeczenia wprost to potwierdziły. Stanowisko sądu było jednoznaczne: bez względu na sposób ustalenia cen porozumienia te zakazane były bezwzględnie. W dobie wczesnego orzecznictwa Sądu Najwyższego postrzegane były one bowiem, co do zasady, jednolicie. Co więcej, judykatura uwypuklała ich bliskie relacje z horyzontalnymi porozumieniami cenowymi, o czym świadczy między innymi zastosowane przez Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Albrecht* odwołanie do orzeczeń w sprawach karteli cenowych, takich jak *Trenton Potteries*⁷⁰ i *Socony Vacuum*⁷¹. Podobnie, w sprawie *Dr. Miles* Sąd Najwyższy utożsamiał cenowe porozumienia pionowe z kartelami cenowymi w układzie pomiędzy dystrybutorami, wskazując na tożsamość ich skutków.

Dla percepcji skutków ustalania cen odsprzedaży większe znaczenie miał wówczas przedmiot uzgodnienia rozumiany jako cena aniżeli okoliczność, czy porozumienie zostało zawarte w układzie pionowym, czy poziomym. W taki sposób rozumowania wpisuje się dokonane w sprawie *Dr. Miles* przyrównanie skutków ustalenia ceny odsprzedaży z kartelem cenowym zawartym pomiędzy dystrybutorami. Analogia ta stanęła u podstaw formalistycznej, bo indyferentnej dla realnych ekonomicznych skutków danej praktyki, koncepcji jednolitego podejścia względem wszystkich porozumień cenowych.

U zrębów takiego podejścia stoi, właściwe strukturalizmowi i szkole harwardzkiej, postrzeganie konkurencji, jako przedmiotu ochrony prawa antytrustowego, przez pryzmat instytucjonalny. Konkurencja w tym modelu stanowi wartość

bowiem na możliwość utrzymania dotychczasowej regulacji w tym zakresie powołując się na treść 21. poprawki do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*. Poprawka ta uchylała poprawkę 18. ustanawiającą prohibicję i w § 2 wskazywała, że „przewóz lub wwóz do poszczególnych stanów, terytoriów lub posiadłości Stanów Zjednoczonych napojów alkoholowych w celu ich dalszej dostawy lub spożycia na miejscu jest zabroniony, jeżeli sprzeciwia się miejscowemu ustawodawstwu”. W wydanym 3 marca 1980 r. orzeczeniu w sprawie *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum Inc.*, 445 U.S. 97 (1980), Sąd Najwyższy wykluczył taką możliwość uznając, że kalifornijska ustawa ustalająca minimalne ceny napojów alkoholowych jest sprzeczna z ustawą Shermana i nie podlega wyłączeniu na podstawie 21. poprawki do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*, której to poprawki nie można interpretować jako uchylenia stosowania ustawy Shermana.

70 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Trenton Potteries Co.* 273 U.S. 392 (1927).

71 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

ultymatywną i jako taka podlega ochronie. Z tych przyczyn, stanowiące następstwo ustalenia cen odsprzedaży, ograniczenie konkurencji w układzie pomiędzy dystrybutorami, powinno być zakazane *per se*, bez względu na jego realne ekonomiczne skutki.

Podejście to nie oznacza jednak, że wczesne orzecznictwo abstrahowało od kwestii ekonomicznych efektów takich porozumień. Poczynione przez Sąd Najwyższy uwagi w tym zakresie, pomijając na razie kwestię ich poprawności merytorycznej, były jednak lakoniczne i powierzchowne. Bez względu na zdawkowe spostrzeżenia Sądu już lektura pierwszych orzeczeń w sprawach pionowych porozumień cenowych unaoczniała, że argumenty dotyczące proefektywnościowego skutku tego rodzaju praktyk były wówczas znane, przynajmniej dostawcom. Już w sprawie Dr. Miles producent zwracał uwagę na poprawę jakości dystrybucji, która miałyby wynikać z ustalania cen odsprzedaży towarów. Więcej miejsca dla ocen gospodarczych skutków cenowych porozumień pionowych pojawiło się w cytowanych wyżej zdaniach odrębnych zgłoszonych w sprawie Albrecht. Argumenty przedstawione przez sędziów Harlana i Stewarta w znacznym stopniu odzwierciedlają dzisiejsze poglądy na temat wpływu ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów na konkurencję.

Na równi z argumentem o osłabieniu konkurencji pomiędzy dystrybutorami rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego opierały się na imperatywie ochrony wolności jednostki, w tym przypadku dystrybutora, przed narzucaniem cen odsprzedaży przez (w założeniu silniejszego rynkowo) dostawcę. Czytelne nawiązanie do niedozwolonego ograniczenia wolności dystrybutora znalazło się w każdym z zaprezentowanych wyżej wyroków. Argument ten nawiązuje do dominującej w pierwszych dziesięcioleciach rozwoju amerykańskiego prawa antytrustowego percepcji jego celów, sytuującej ochronę słabszych uczestników rynku na czołowym miejscu⁷².

Na uwagę, szczególnie w kontekście porównania z europejskim podejściem względem zakazu pionowych porozumień cenowych, zasługuje zastosowana przez Sąd Najwyższy koncepcja antykonkurencyjnego porozumienia. W wyroku w sprawie Dr. Miles Sąd zidentyfikował istnienie wiązki porozumień pionowych pomiędzy dostawcą a poszczególnymi dystrybutorami hurtowymi i detalicznymi. Kolejny wyrok Sądu Najwyższego – w sprawie Kiefer-Stewart – nie jest w tym kontekście reprezentatywny, o tyle, że dotyczył porozumienia o charakterze mieszanym – zawartym w układzie pionowym (pomiędzy dwoma dostawcami) i poziomym (pomiędzy dostawcami a współpracującymi z nimi dystrybutorami). Jednak już w orzeczeniu w sprawie Albrecht Sąd Najwyższy uznał za pionowe porozumienie cenowe uzgodnienie o charakterze trójstronnym, zawarte pomiędzy dostawcą a współpracującą z nim spółką telemarketingową oraz dystrybutorem ustanowionym przez niego tymczasowo. Okoliczność ustalenia cen odsprzedaży towarów pomiędzy dostawcą a tymczasowym dystrybutorem wywiedziona została z faktu

72 Por. rozważania zawarte w rozdziale 10.

uprzedzenia go o nieuchronnym zakończeniu współpracy w przypadku niezastosowania się do ustaleń cenowych. Zaskakujące było jednak uznanie za stronę porozumienia spółki telemarketingowej, która samodzielnie nie prowadziła sprzedaży towarów, a jedynie proponowała konsumentom możliwość dostarczania gazet bezpośrednio przez The Herald Company. Jak wynika z treści wyroku w sprawie Albrecht, Sąd Najwyższy utożsamiał skutki ocenianego porozumienia z bojkotem, służącym wyeliminowaniu z rynku dotychczasowego dystrybutora.

Koncepcja zakazu *per se* pionowych porozumień cenowych przetrwała w sposób zasadniczo niezmienny kilkadziesiąt lat i potwierdzana była kolejnymi wyrokami sądów federalnych. Niemniej praktyczne znaczenie wyroku w sprawie Dr. Miles⁷³ nigdy nie było tak duże, jak można by *prima facie* wnioskować. Wyrok ten zapadł 21 lat po wejściu w życie ustawy Shermana. Poza wyrokami sądów niższych instancji w tej samej sprawie, przed sądami federalnymi nie zawisła wcześniej ani jedna sprawa dotycząca ustalania cen odsprzedaży towarów. Pozwala to na wyciągnięcie wniosku, że w pierwszych ponad dwudziestu latach obowiązywania tej ustawy, praktyki ustalania cen odsprzedaży towarów stosowane były w obrocie jeśli nie powszechnie, to na pewno nierzadko. Wyrok w sprawie Dr. Miles rozwiązał wątpliwości co do dopuszczalności takich praktyk, jednak skłonił także Sąd Najwyższy do podjęcia działań mitygujących jego skutki. Już osiem lat później wyrok w sprawie Colgate⁷⁴ ustanowił regułę, która w praktyce pozwoliła dostawcom wprowadzać systemy dystrybucji, w ramach których byli oni w stanie skutecznie i w zgodzie z prawem kontrolować ceny odsprzedaży towarów. Zagrożenie rozwiązaniem umowy z dystrybutorem, który nie stosuje cen określonych przez dostawcę stanowi bowiem wystarczający bodziec do przestrzegania jego rekomendacji cenowych. Z reguły dostawca zamierzający kontrolować ceny odsprzedaży towarów nie musiał zatem uciekać się do niezgodnych z prawem praktyk.

Bez względu na dokonane późniejszymi wyrokami Sądu Najwyższego ograniczenie zakresu stosowania reguły Colgate⁷⁵, jej ustanowienie wpłynęło na zmniejszenie praktycznego znaczenia reguły Dr. Miles. Na marginesie tych rozważań warto zauważyć, że przebieg rozwoju linii orzeczniczej zapoczątkowanej w sprawie Colgate znakomicie obrazuje próby wyważenia przez Sąd Najwyższy ścierających się ze sobą sprzecznych interesów w obrębie dopuszczalności pionowych porozumień cenowych. Z jednej strony dążył on do zabezpieczenia chronionych prawem interesów dostawców, wynikających z przysługującej im wolności gospodarczej; z drugiej, poprzez zapobieżenie próbom obchodzenia reguły Dr. Miles, starał się zapewnić skuteczność stosowania normy wyrażonej w § 1 ustawy Shermana, co w założeniu służyć miało zarówno dystrybutorom, jak i konsumentom.

73 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company, 220 U.S. 373 (1911).

74 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

75 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. Parke Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960), s. 43.

W kontekście mitygującego wpływu doktryny Colgate nie należy przeceniać znaczenia kolejnych wyroków Sądu Najwyższego, stanowiących potwierdzenie lub rozwinięcie reguły Dr. Miles, takich jak choćby Kiefer-Stewart⁷⁶ i Albrecht⁷⁷. Ich znaczenie należy przede wszystkim postrzegać poprzez pryzmat rozwoju aksjologii prawa antytrustowego. Stanowiły one wyraz akceptacji Sądu Najwyższego dla bezwzględnego zakazu porozumień cenowych, co odpowiadało dominującym wówczas tendencjom aksjologicznym zgodnym z duchem szkoły harwardzkiej.

Kolejnym zdarzeniem, które wpłynęło, tym razem nie tylko na zmniejszenie znaczenia, ale w istocie na marginalizację reguły Dr. Miles, było rozpowszechnienie stanowego ustawodawstwa uczciwego handlu. Zalegalizowało ono praktykę ustalania minimalnych lub minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów na większości terytorium Stanów Zjednoczonych na niemal czterdzieści lat. Podkreślić wprawdzie trzeba ponownie, że ustawy uczciwego handlu nie zostały przyjęte we wszystkich stanach, a w tych, w których przyjęte zostały, nie zawsze obowiązywały aż do roku 1975, tj. do momentu uchylenia ustaw Millera–Tydingsa⁷⁸ i McGuire’a⁷⁹. Bez względu jednak na to, w okresie wyznaczonym datami wejścia w życie i uchylecia ww. ustaw, sądownictwo federalne miało niewiele powodów, by zajmować się sprawami ustalania cen odsprzedaży towarów. Dotyczy to w szczególności okresu, który nastąpił po nieudanej ostatecznie próbie ograniczenia znaczenia ustawodawstwa uczciwego handlu dokonanej przez Sąd Najwyższy w sprawie Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp.⁸⁰ i będącej jej pokłosiem ustawy McGuire’a.

Stan ten uległ zmianie dopiero po uchyleniu ustaw Millera–Tydingsa i McGuire’a w roku 1975 w wyniku wejścia w życie ustawy o określaniu cen towarów konsumpcyjnych⁸¹. W tym właśnie wydarzeniu należy upatrywać katalizatora zmian, które w obrębie dopuszczalności pionowych porozumień cenowych zachodziły w kolejnych trzech dekadach. Powrót do stosowania reguły Dr. Miles, choć w dalszym ciągu „osłabionej” możliwością stosowania doktryny Colgate, musiał spowodować zmiany na rynku. Przedsiębiorcy zmuszeni zostali do dostosowania swoich działań w obrębie dystrybucji towarów do nowej rzeczywistości prawnej. Jednocześnie, w sposób naturalny wprowadziło to RPM ponownie w główny nurt debaty o kształcie prawa antytrustowego. Na to nałożył się zachodzący równolegle proces stopniowego wzrostu znaczenia szkoły chicagowskiej, postulującej reorien-

76 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, 340 U.S. 211 (1951).

77 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Lester J. Albrecht v. The Herald Company, d/b/a Globe-Democrat Publishing Co., 390 U.S. 145 (1968).

78 Ustawa z 17 sierpnia 1937 r., 50 Stat. 693, 15 U.S.C.A., § 1.

79 Ustawa z 14 lipca 1952 r., 66 Stat. 632.

80 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp., 341 U.S. 384 (1951).

81 Ustawa z 12 grudnia 1975 r., 89 Stat. 801 (1975).

tację polityki antymonopolowej w kierunku ekonomiki dobrobytu konsumenta. Stanowił on dodatkowy impuls do zmiany podejścia.

Rok 1975 można zatem traktować jako zamykający w sposób symboliczny pierwszy okres formowania się zrębów prawnej regulacji dopuszczalności pionowych porozumień cenowych w amerykańskim prawie antytrustowym. W okresie tym jedynie w latach 1911–1918 funkcjonował samodzielnie bezwzględny zakaz ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów, w zakresie niezłagodzoną możliwością stosowania doktryny Colgate. W latach 1918–1937 równolegle obowiązywała reguła Dr. Miles i doktryna Colgate. Następnie, w latach 1937–1975, zakaz stosowania cen odsprzedaży zasadniczo nie był stosowany. W końcu, po roku 1975, powrócono do sytuacji prawnej przypominającej tę, która występowała pomiędzy rokiem 1918 a 1937.

Jak wynika z powyższego, pogląd jakoby wyrok w sprawie Dr. Miles ustanowił niekwestionowany i powszechnie stosowany w praktyce standard orzeczniczy oparty na zakazie *per se* pionowych porozumień cenowych, nie ma pokrycia w rzeczywistości. Wprawdzie wyrok ten utrzymał się jako precedens przez niemal sto lat, to jednak jego realny zakres oddziaływania był poważnie ograniczony. Ponadto historia rozwoju orzecznictwa w zakresie pionowych porozumień cenowych dowodzi, że od początku kwestia ich dopuszczalności była przedmiotem sporów, w których udział brały nie tylko strony poszczególnych postępowań sądowych, sędziowie zgłaszający w nich zdania odrębne oraz przedstawiciele piśmiennictwa. Spór ten od początku angażował także opinię publiczną i polityków, aktywnych zarówno na poziomie stanowym, jak i federalnym. Przebieg tego sporu przypominał ruchy wahadła, które wychylało się mocno w jedną stronę, po czym nie tyle wracało do pozycji wyjściowej, lecz wychylało się w stronę przeciwną.

Rozdział 7

Dopuszczalność pionowych porozumień cenowych w prawie USA

7.1. Wprowadzenie

Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie Leegin¹ stanowił kulminację procesu zmian, które zachodziły w obrębie federalnego prawa antytrustowego począwszy od drugiej połowy lat siedemdziesiątych XX w. Wpisywały się one w nowe tendencje w obrębie aksjologii prawa konkurencji, związane z rozwojem i stopniowym wzrostem znaczenia szkoły chicagowskiej, która zanegowała dotychczasowe paradygmaty tej dziedziny prawa. Poza nimi na rozwój wydarzeń prowadzących do stopniowej liberalizacji podejścia względem RPM wpływ miały także zmiany legislacyjne, związane głównie z uchynieniem stanowego ustawodawstwa uczciwego handlu. Otworzyło to drogę do stopniowych reform podejścia judykatury federalnej względem dopuszczalności tych praktyk. Poniżej przedstawiony został rys historyczny procesu zmian podejścia względem pionowych porozumień cenowych w okresie od drugiej połowy lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku po dzień dzisiejszy.

7.2. Zróznicowanie sposobu oceny cenowych i pozacenowych porozumień pionowych

7.2.1. Wyrok w sprawie Continental T.V., Inc. przeciwko GTE Sylvania Inc.

Działania zmierzające do liberalizacji podejścia względem RPM podjęte po roku 1975 układają się w ciąg zdarzeń zapoczątkowany wyrokiem Sądu Najwyższego z roku 1977 w sprawie Continental T.V., Inc. przeciwko GTE Sylvania Inc.²

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

2 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

Przedmiotem oceny Sądu w tej sprawie były klauzule zawarte w umowach zawartych pomiędzy producentem telewizorów (GTE Sylvania) i detalicznymi dystrybutorami franchisingowymi jego wyrobów. Klauzule te ograniczały możliwość prowadzenia przez dystrybutora sprzedaży poza obsługiwaną placówką handlową, natomiast nie ustanawiały wyłączności terytorialnej dla danego dystrybutora.

Sąd Najwyższy w sprawie GTE Sylvania po raz pierwszy wskazał wyraźnie, że dopuszczalność pionowych porozumień pozacenowych powinna być oceniana na podstawie reguły rozsądku, a nie jak do tej pory, przy użyciu reguły *per se*. Obalił w ten sposób niemal dziesięcioletni precedens ustanowiony w sprawie Stany Zjednoczone przeciwko Arnold Schwinn & Co. (dalej jako Schwinn)³.

Szczególne znaczenie w kontekście procesu liberalizacji podejścia względem porozumień pionowych w ogólności miało zidentyfikowanie przez Sąd ich prokonkurencyjnych efektów. Sędzia White, prezentując stanowisko większości składu sędziowskiego, wskazał na niejednoznaczne skutki rynkowe porozumień pionowych, wyrażające się w tym, że osłabiając konkurencję wewnątrzmarkową, stymulują one jednocześnie konkurencję międzymarkową. Czynią to przy tym poprzez umożliwienie producentowi osiągnięcia efektywności w dystrybucji jego towarów. W szczególności mogą one stymulować inwestycje czynione przez dystrybutorów pozyskanych do współpracy przez nowych graczy rynkowych. Producenci istniejący już na rynku, stosując porozumienia pionowe, mogą z kolei skłonić dystrybutorów do zaangażowania się w działania promocyjne lub związane z usługami posprzedażnymi. Osiągnięcie tych prokonkurencyjnych efektów nie byłoby możliwe, gdyby nie porozumienia pionowe i będące ich następstwem wyeliminowanie efektu *gapowicza* (*free rider effect*). Sąd, powołując się na R. Borka⁴ i R. Posnera⁵, zwrócił także uwagę, że w interesie producentów jest utrzymywanie takiego poziomu konkurencji międzymarkowej, który jest niezbędny do prowadzenia efektywnej dystrybucji ich towarów. W konkluzji Sąd uznał, że brak jest przesłanek, by uznać, że ograniczenia wertykalne spełniają kryteria właściwe praktykom ocenianym na podstawie reguły *per se*, tj. że „mają lub mogą mieć zgubny wpływ na konkurencję, nie mając jednocześnie żadnego pozytywnego uzasadnienia (ang. *redeeming virtue*)”⁶. Stwierdził przy tym, że „odejście od stosowania reguły rozsądku musi znaleźć oparcie raczej w dającym się wykazać efekcie ekonomicznym, aniżeli, tak jak to miało miejsce w sprawie Schwinn, w formalistycznym rozróżnieniu”⁷.

3 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

4 R. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and the Market Division (II)*, „Yale Law Journal” 1966, vol. 75, s. 403.

5 R. Posner, *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, „Columbia Law Review” 1975, vol. 75, s. 287–288.

6 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), s. 58.

7 *Ibidem*, s. 58–59.

Jak słusznie podkreśla doktryna prawa, wyrok w sprawie GTE Sylvania miał charakter przełomowy, stanowiąc symbol zmieniających się paradygmatów prawa konkurencji pod wpływem prądów myślowych szkoły chicagowskiej⁸. Z drugiej strony nie można jednak zapominać, że dyskusja na temat skutków porozumień pionowych i postulowanych zmian orzecznictwa, przynajmniej w odniesieniu do dopuszczalności ograniczeń innych niż cenowe, trwała na łamach piśmiennictwa co najmniej od czasu rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w sprawie Schwinn⁹. Wyrok w sprawie GTE Sylvania nie był także pierwszym, w którym Sąd Najwyższy uznał, że właściwym sposobem oceny legalności takich praktyk powinna być reguła rozsądku. Już w roku 1963, a więc na cztery lata przed wyrokiem w sprawie Schwinn, Sąd Najwyższy w sprawie White Motor Co. wskazał, że efekty rynkowe pozacenowych porozumień pionowych nie zawsze są negatywne, co uzasadnia ich ocenę na podstawie reguły rozsądku¹⁰. Już wtedy Sąd odniósł się, choć jedynie lakonicznie, do wpływu tychże porozumień na konkurencję wewnątrz- i między-markową. Wyrok w sprawie GTE Sylvania, choć przełomowy, był zatem zwieńczeniem długotrwałego procesu ewolucji poglądów dotyczących wpływu porozumień pionowych na konkurencję oraz pożądanego standardu orzeczniczego oceny ich dopuszczalności.

Precedens ustanowiony w sprawie GTE Sylvania pozwolił Sądowi Najwyższemu na mocniejsze zarysowanie różnic w ocenie skutków pionowych i poziomych porozumień w kolejnych orzeczeniach oraz na szersze wypowiedzenie się na temat ekonomicznych efektów obu tych typów praktyk. Na szczególną uwagę

8 Por. m.in.: E. Fox, *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, „Cornell Law Review”, August 1981, vol. 66, Issue 6, s. 1152; T. Piraino Jr., *Reconciling The Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis*, „Southern California Law Review”, March 1991, vol. 64, s. 694; W. Kovacic, *The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*, „Antitrust Law Journal” 2003, vol. 71, s. 398; R. Posner, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, „University of Chicago Law Review” 1977, vol. 45, Issue 1, s. 16 i n. oraz idem, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, „University of Chicago Law Review” 1981, vol. 48, s. 6 i n.; E. Hughes, *The Left Side of Antitrust: What Fairness Means and Why it Matters*, „Marquette Law Review” 2009, vol. 77, Issue 2, s. 271; A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Saint Paul 2002, s. 357–359.

9 J. Baker, *Vertical Restraints in Times of Change: From White to Schwinn to Where?*, „Antitrust Law Journal” 1975, vol. 44, s. 537; M. Handler, *The Twentieth Annual Antitrust Review 1967*, „Virginia Law Review” 1967, vol. 53, s. 1667; R. McLaren, *Territorial and Customer Restrictions, Consignments, Suggested Retail Prices and Refusals to Deal*, „Antitrust Law Journal” 1968, vol. 37, s. 137; E. Pollock, *Alternative Distribution Methods After Schwinn*, „Northwestern University Law Review” 1968, vol. 63, s. 595; R. Posner, *Antitrust Policy...*, s. 282; S. Robinson, *Recent Antitrust Developments: 1974*, „Columbia Law Review” 1975, vol. 75, s. 243; M. Louis, *Vertical Distributional Restraints Under Schwinn and Sylvania: An Argument for the Continuing Use of a Partial Per Se Approach*, „Michigan Law Review” 1976, vol. 75, s. 275; E. Zimmerman, *Distribution Restrictions After Sealy and Schwinn*, „Antitrust Bulletin” 1967, vol. 12, s. 1181.

10 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253 (1963).

w tym zakresie zasługują wyroki wydane w sprawach *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corporation*¹¹ z 1984 r. oraz *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*¹²

7.2.2. Wyrok w sprawie *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*

W sprawie *Monsanto* Sąd Najwyższy ocenił dopuszczalność nowego systemu dystrybucji wprowadzonego przez producenta środków ochrony roślin, spółkę *Monsanto*¹³. Dostawca ten zmienił zasady współpracy z dystrybutorami, oznajmiając, że będzie z nimi współdziałać na podstawie rocznych umów, które po upływie okresu, na jaki zostały zawarte, mogą być odnawiane tylko w odniesieniu do dystrybutorów, którzy spełnili następujące kryteria:

- ich główny obszar działalności obejmował sprzedaż na rzecz dystrybutorów detalicznych,
- zatrudniali oni wykwalifikowanych sprzedawców, potrafiących właściwie doradzić konsumentom w kwestii technicznych aspektów stosowania herbicydów *Monsanto*,
- można było oczekiwać, że byli oni w stanie w pełni wykorzystać możliwości rynku, na przydzielonym im obszarze.

Monsanto wprowadziła mechanizmy służące realizacji warunków współpracy, w tym premie pieniężne dla dystrybutorów, w zamian za delegowanie sprzedawców na szkolenia oraz bezpłatne dostawy dla klientów dystrybutorów zlokalizowanych na przydzielonych im obszarach.

Wkrótce po wprowadzeniu nowej polityki sprzedaży *Monsanto* odmówiła odnowienia umowy dystrybucyjnej ze *Spray-Rite Service Corporation* (dalej jako: *Spray-Rite*), jednym z jej autoryzowanych dystrybutorów. Od tego momentu spółka ta nadal prowadziła działalność na rynku dystrybucji herbicydów, obracając także produktami *Monsanto*, które udawało jej się nabyć, choć w niewystarczających ilościach, od innych dystrybutorów. *Spray-Rite* wniosła powództwo do Sądu Dystryktowego zarzucając *Monsanto* i niektórym dystrybutorom jego towarów naruszenie § 1 ustawy *Shermana* poprzez ustalanie cen ich odsprzedaży. Wskazała ponadto, że *Monsanto* nakłaniała pozostałych dystrybutorów do bojkotu *Spray-Rite*. *Monsanto* zaprzeczyła zarzutom i wskazała, że rozwiązanie współpracy ze *Spray-Rite* nastąpiło ze względu na brak dysponowania przez nią odpowiednio przeszkolonym personelem i na niedostateczne promowanie sprzedaży na rzecz dystrybutorów detalicznych.

11 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

12 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988).

13 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

Sąd Dystryktowy uznał, że praktyki Monsanto były bezprawne *per se* w zakresie, w którym służyły ustalaniu cen. W toku postępowania dowodowego ława przysięgłych ustaliła, że zakończenie współpracy ze Spray-Rite było rezultatem zмовy pomiędzy Monsanto i jednym lub więcej dystrybutorami, zawiązanej w celu ustalenia cen odsprzedaży. Ustaliła także, że zachęty dla dystrybutorów do stosowania warunków postawionych przez Monsanto, stanowiły element też zмовy oraz że Monsanto weszło w porozumienie z jednym lub więcej dystrybutorami w celu ograniczenia możliwości zakupu towarów Monsanto przez Spray-Rite. Sąd pierwszej instancji zasądził na rzecz powoda trzykrotne odszkodowanie.

Wyrok został podtrzymany przez Sąd Apelacyjny 7. Obwodu, który uznał, że dowody zgromadzone w sprawie były wystarczające, by stwierdzić, że doszło do ustalenia cen odsprzedaży towarów. Materiał dowodowy przedstawiony ławie przysięgłych, obejmujący głównie dowody z wysłuchania świadków, potwierdzał, że pozostali dystrybutorzy składali do Monsanto liczne skargi na działania Spray-Rite polegające na obniżaniu cen. Istniało także zeznanie, w którym członek kierownictwa Monsanto przyznał, że zerwanie współpracy ze Spray-Rite było następstwem tychże skarg.

Sąd Najwyższy zaczął ocenę stanu faktycznego od przypomnienia, że utrwalone orzecznictwo wypracowało dwie istotne dystynkcje. Po pierwsze, jak wskazał Sąd, istnieje fundamentalne rozróżnienie pomiędzy działaniem uzgodnionym a jednostronnym. Zastosowanie przepisu § 1 ustawy Shermana wymaga ustalenia istnienia umowy, kombinacji lub zмовy pomiędzy producentem a dystrybutor. Podobna praktyka, jednak o jednostronnym charakterze, nie jest przy tym zakazana. Jak wskazał Sąd powołując się na sprawy Colgate¹⁴ i Parke Davis¹⁵, „producent, co do zasady, posiada prawo do sprzedaży lub do jej odmowy w stosunku do kogokolwiek, tak długo, jak czyni to w sposób niezależny”. Jak wskazał Sąd, na podstawie doktryny Colgate producent może ogłosić uprzednio ceny odsprzedaży i odmówić sprzedaży każdemu, kto ich nie stosuje. Dystrybutor z kolei ma prawo spełnić oczekiwania producenta, po to by uniknąć zaprzestania sprzedaży. Po drugie, istnieje wyraźne rozróżnienie pomiędzy podejściem stosowanym względem pionowych praktyk cenowych i innych niż cenowe. Pierwsze, od czasu sprawy Dr. Miles, uznawane są za zakazane *per se*, podczas gdy drugie, od momentu wydania wyroku w sprawie GTE Sylvania, oceniane są na podstawie reguły rozsądku.

Niemniej, jak zauważył Sąd, skutki rynkowe tych praktyk mogą być podobne, a nawet identyczne, bez względu na to, czy mają one charakter jedno- czy wielostronny oraz czy ich przedmiotem jest ustalenie cen. Na tej samej zasadzie trudno jest *prima facie* zaklasyfikować zachowania ich uczestników do jednej z wymienionych kategorii, tym bardziej że pionowe porozumienia cenowe często towarzyszą pozacenowym. Te pierwsze służą bowiem producentowi do zabezpieczenia dystrybutorom przychodów niezbędnych celem umożliwienia zatrudnienia

14 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

15 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. Parke Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

właściwie wykwalifikowanego personelu lub zaprezentowania technicznych właściwości towaru oraz do zapewnienia, by „gapowicze” (*free-riders*) nie stanęli temu na przeszkodzie. Tym samym nawet poważne zainteresowanie producenta cenami odsprzedaży jego towarów niekoniecznie musi oznaczać, że wykroczył on poza zakres doktryny Colgate.

Zdaniem Sądu Najwyższego Sąd Apelacyjny popełnił błąd w ocenie dowodów istnienia porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży, opierając się wyłącznie na ocenie skarg dystrybutorów na obniżanie przez Spray-Rite cen poniżej uzgodnionego poziomu oraz na ustaleniu, że do rozwiązania z nią umowy dystrybucyjnej doszło w rezultacie ich otrzymania przez Monsanto. Sąd zgodził się z twierdzeniem powoda, jakoby tego rodzaju skargi stanowiły normalny i nieuchronny element działalności gospodarczej, w szczególności jeżeli dotyczą zachowań dystrybutorów konkurujących niskimi cenami. Bazowanie na tak słabych dowodach, zdaniem Sądu Najwyższego, mogło doprowadzić do objęcia zakazem całkowicie legalnych zachowań. Jak wskazał Sąd, jeżeli konkluzja o istnieniu porozumienia wywodzona jest z niejednoznacznego materiału dowodowego, pojawia się istotne niebezpieczeństwo poważnej erozji doktryn orzeczniczych wypracowanych w sprawach GTE Sylvania i Colgate. Według Sądu Najwyższego, sąd drugiej instancji zlekceważył to niebezpieczeństwo. Dlatego, jak wskazał skład orzekający

muszą bowiem istnieć dowody potwierdzające, że wykluczona jest możliwość, by producent i dystrybutorzy działali w sposób od siebie niezależny. Innymi słowy, musi istnieć bezpośredni lub pośredni dowód, który w sposób rozsądny potwierdza, że producent i pozostali uczestnicy praktyki powzięli świadome zobowiązanie co do przestrzegania wspólnego zamierzenia służącego osiągnięciu nielegalnego celu¹⁶.

Odnosząc się do okoliczności sprawy Sąd Najwyższy uznał, że dowody odpowiadające tak określonej standardowi dowodowemu istniały. Sąd miał na myśli przede wszystkim zeznanie jednego z regionalnych kierowników Monsanto, potwierdzające, że po rozwiązaniu umowy ze Spray-Rite kontaktował się on z dystrybutorami stosującymi obniżone ceny, informując ich, że dalsze stosowanie cen niższych od sugerowanych zakończy się dla nich odmową sprzedaży jednego z kluczowych produktów Monsanto. Ponadto istniały dowody na to, że Monsanto interweniował u spółki dominującej jednego z dystrybutorów, a ta następnie zdyscyplinowała go do stosowania cen sugerowanych przez Monsanto. Mniej jednoznacznym dowodem była, zdaniem Sądu, informacja zawarta w biuletynie skierowanym przez jednego z dystrybutorów do współpracującego z nim detalisty, dotycząca działań Monsanto zmierzających do „uporządkowania cen” i zawierająca stwierdzenie, że dostawca uczyni wszystko co możliwe, by utrzymać ceny na odpowiednim minimalnym poziomie. Zważywszy na to, że dowody istnienia

16 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), s. 753.

porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży pomiędzy Monsanto a dystrybutorami istniały, Sąd Najwyższy utrzymał w mocy wyrok Sądu Apelacyjnego.

Wyrok w sprawie Monsanto stanowi udaną próbę uporządkowania przez Sąd Najwyższy obowiązującego stanu prawnego po zmianie reguły orzeczniczej dokonanej w wyroku w sprawie GTE Sylvania. Na uwagę zasługuje po pierwsze wyraźne podkreślenie dystynkcji pomiędzy cenowymi i pozacenowymi ograniczeniami wertykalnymi, związanej z odmiennymi skutkami ekonomicznymi tychże praktyk. Ponadto, wyrok ten ustanowił relatywnie wysoki standard dowodzenia okoliczności zawarcia porozumienia pomiędzy dostawcą a dystrybutorem na potrzeby stosowania doktryny Colgate. Takie rozstrzygnięcie należy postrzegać jako będące pośrednim efektem wyroku w sprawie GTE Sylvania, na co wyraźnie wskazują słowa Sądu nawiązujące do potrzeby ochrony reguły orzeczniczej ustanowionej w tej sprawie. Sformułowanie użyte przez Sąd Najwyższy należy odczytywać jako podkreślenie, że jedynie ustanowienie wysokiego standardu dowodowego gwarantuje możliwość skutecznego rozróżnienia nie tylko pomiędzy praktykami jedno- i wielostronnymi, lecz także pomiędzy cenowymi i pozacenowymi ograniczeniami pionowymi. W okresie przed wydaniem wyroku w sprawie GTE Sylvania dystynkcja ta pozbawiona była większego znaczenia.

7.2.3. Wyrok w sprawie Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.

W wyroku w sprawie Business Electronics¹⁷, Sąd Najwyższy rozstrzygnął spór pomiędzy producentem kalkulatorów Sharp Electronics i jednym z dystrybutorów jego wyrobów – Business Electronics. Dostawca ogłaszał listę sugerowanych cen detalicznych, przy czym umowa dystrybucyjna nie zawierała klauzuli zobowiązującej do ich stosowania, pozostawiając dystrybutorowi całkowitą swobodę w kształtowaniu cen odsprzedaży. Business Electronics stosowała ceny niższe od sugerowanych, stanowiąc zagrożenie dla pozycji konkurencyjnej innego lokalnego dystrybutora wyrobów Sharp Electronics – Hartwell. Przedsiębiorca ten, pod rygorem wypowiedzenia umowy, zażądał od Sharp Electronics zaprzestania współpracy z Business Electronics, co dostawca ten niezwłocznie uczynił. W rezultacie Business Electronics wniósł powództwo do Sądu Dystryktowego zarzucając, że uzgodnienie pomiędzy Hartwell i Sharp Electronics stanowiło porozumienie zakazane *per se* przez § 1 ustawy Shermana. Sąd pierwszej instancji uznał roszczenia powoda. Jego wyrok został jednak zmieniony w apelacji.

Większość w Sądzie Najwyższym, ustami sędziego A. Scalii, podkreśliła wpiery wyraźnie, że zakres stosowania reguły *per se* względem porozumień pionowych jest wąski i ograniczony do porozumień cenowych. Jak wskazał Sąd, z treści wyroków w sprawach GTE Sylvania i Monsanto wynika domniemanie na rzecz reguły

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988).

rozsądku, a odejście od jej stosowania „musi być uzasadnione dającym się wykazać skutkiem ekonomicznym, takim jak ułatwienie kartelizacji”. Ponadto, jak stwierdził sąd, z wyroków tych wynika wniosek, że „konkurencja międzymarkowa jest najważniejszą troską prawa antytrustowego oraz że jego normy powinny być formułowane z uwzględnieniem potrzeby ochrony doktryny orzeczniczej stworzonej w sprawie GTE Sylvania”¹⁸.

Sąd Najwyższy stwierdził, że

w sumie, analizy ekonomiczne potwierdzają, a precedensy nie stoją temu na przeszkodzie, by uznać, że ograniczenia pionowe nie są bezprawne *per se*, chyba że zawierają porozumienia dotyczące cen lub pułapów cenowych¹⁹.

Odnosząc się do okoliczności sprawy wskazał, że nie ma przesłanek, by uznać, że porozumienie, które nie obejmuje ustaleń co do cen, a którego treścią jest rozwiązanie umowy z dystrybutorem stosującym niskie ceny, „niemal zawsze zmierza do ograniczenia konkurencji i obniżenia sprzedaży”²⁰. Tezy tej nie zmienia okoliczność, że porozumienie tego rodzaju może sprzyjać kartelizacji²¹.

Sąd Najwyższy skrytykował sposób rozumowania sądu pierwszej instancji. Jego zdaniem, przyjęcie tezy, jakoby każde porozumienie pomiędzy producentem i dystrybutorem dotyczące zaprzestania współpracy z innym nabywcą stosującym niskie ceny jest zakazane *per se*, godziłoby w regułę orzeczniczą wypracowaną w sprawie GTE Sylvania. W takiej sytuacji bowiem za niezgodne z ustawą Shermana uznawane byłyby także wszelkie porozumienia o zakończeniu współpracy z nabywcą, który stosuje niskie ceny nie w wyniku zawarcia z dostawcą porozumienia, a w następstwie jego własnej, autonomicznej decyzji. Ponadto niezwykle trudno byłoby producentowi w takiej sytuacji wykazać, że rozwiązanie współpracy nie było motywowane naruszeniem ustaleń cenowych, a np. względami poprawy jakości dystrybucji. Taka sytuacja mogłaby wystąpić, na przykład w przypadku zawarcia porozumienia o wyłącznej dystrybucji z jednym z dystrybutorów, czego skutkiem byłoby zakończenie przez producenta współpracy z pozostałymi na danym terenie. Jak zwrócił uwagę Sąd, producenci, chcąc uniknąć ryzyka prawnego wynikającego z naruszenia § 1 ustawy Shermana mogliby wówczas rezygnować z całkowicie legalnych i prokonkurencyjnych działań.

Sąd Najwyższy zwrócił przy tym uwagę, że wszystkie porozumienia wertykalne, które zostały uznane w sprawie GTE Sylvania za nieobjęte zakazem *per se*, mogą prowadzić do zwyczajki cen detalicznych i, jak to ujął, „można je scharakteryzować jako właśnie temu służące”²². Prowadzą one bowiem do osłabienia konkurencji

18 *Ibidem*, s. 726.

19 *Ibidem*, s. 735–736.

20 *Ibidem*, s. 726–727.

21 Sąd Najwyższy zwrócił przy tym uwagę na trudności związane z zawianiem i utrzymaniem kartelu, spowodowane niepewnością co do dotrzymania ustaleń przez jego uczestników.

22 *Ibidem*, s. 728.

wewnątrzmarkowej „w granicach, w których marża zysku dystrybutora pozwoli mu świadczyć pożądane usługi”²³. Zatem zastosowana przez Sąd Dystryktowy dystynkcja pomiędzy porozumieniami cenowymi a pozacenowymi była, zdaniem Sądu Najwyższego, przejawem formalizmu, wyraźnie niezgodnego z podejściem zastosowanym w sprawie GTE Sylvania. Jak wskazał bowiem Sąd Najwyższy, interpretacja zastosowana przez Sąd Dystryktowy zmierzała do uznania za bezprawne *per se* wszelkich porozumień, które „zawierały słowo »cena« lub, które miały wpływ na ceny stosowane przez dystrybutorów”²⁴.

Opisane rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego należy odczytywać jako kolejny krok na drodze rozwoju orzecznictwa po wydaniu wyroków w sprawach GTE Sylvania i Monsanto. Podobnie jak w tej ostatniej, w sprawie Business Electronics Sąd zmierzał do ochrony nowej linii orzeczniczej, zapewniając możliwość pełnego jej stosowania. W sprawie Monsanto Sąd Najwyższy skupił się na rozgraniczeniu pomiędzy pionowymi porozumieniami cenowymi a praktykami jednostronnymi objętymi zakresem doktryny Colgate. Tym razem sąd ten określił kryteria innego rodzaju dystynkcji. Znaczenie wyroku w sprawie Business Electronics wyraża się bowiem przede wszystkim w wyznaczeniu przez Sąd wyraźniejszej granicy pomiędzy porozumieniami pionowymi ocenianymi na podstawie reguły rozsądku (pozacenowymi) i tymi, które zakazane są *per se* (cenowymi). Te ostatnie zostały przy tym zakreślone wąsko. Ich katalog ograniczono wyłącznie do porozumień, które, zgodnie z ówczesną linią orzeczniczą, miały jednoznacznie antykonkurencyjny charakter, tj. prowadziły zawsze lub niemal zawsze do ograniczenia konkurencji.

Ustanowione przez Sąd Najwyższy kryterium tego rozgraniczenia nie miało przy tym charakteru formalnego, lecz czysto funkcjonalne. Sąd wyraźnie podkreślił bowiem, że warunkiem objęcia porozumienia pionowego regułą *per se* nie jest wpływ porozumienia na cenę, ani użycie w porozumieniu określenia „cena”, lecz rzeczywiste ustalenie cen odsprzedaży. Jednocześnie standard dowodowy dla celów wykazania istnienia pionowego porozumienia cenowego został wyznaczony wysoko, co posłużyło do ochrony pełnych skutków stosowania reguły GTE Sylvania. Zgodnie z regułą Business Electronics, powód obowiązany jest bowiem przeprowadzić bezpośredni lub pośredni dowód na istnienie pomiędzy dostawcą i dystrybutorem porozumienia polegającego na ustaleniu cen odsprzedaży.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*; na uwagę zasługują rozważania Sądu Najwyższego dokonane w dalszej części uzasadnienia wyroku, a odnoszące się do postulowanej przez Business Electronics konieczności zastosowania w sprawie wcześniejszych precedensów sądowych, w tym tych ustanowionych przed wejściem w życie ustawy Shermana i dotyczących treści pojęcia „ograniczenia handlu”. Sąd wyraźnie opowiedział się za wykładnią, zgodnie z którą pojęcie to, tak jak zostało ono ustanowione w § 1 ustawy Shermana ma charakter dynamiczny. Zatem nie powinno się interpretować go w rozumieniu ustalonym w momencie jej wejścia w życie, a z uwzględnieniem zmian dokonanych przez dalsze orzecznictwo. Jak wskazał sąd, pojęcie to „samo z siebie nawiązuje do *common law*, a nie jedynie do statycznej treści, którą *common law* przypisało mu w 1890 roku”, por. s. 732.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego należy przy tym odczytywać jako spójne z zasadą wyrażoną w wyroku w sprawie Standard Oil z roku 1911 i kontynuowaną w kolejnych wyrokach Sądu Najwyższego, zgodnie z którą § 1 ustawy Shermana zakazuje wyłączenie innych niż rozsądne ograniczeń w handlu²⁵.

Wyrok w sprawie Business Electronics, podobnie jak i orzeczenie w sprawie Monsanto, stanowi świadectwo nowej epoki w amerykańskim prawie konkurencji. Zmiana paradygmatu oceny dopuszczalności praktyk ograniczających konkurencję związana ze wzrostem znaczenia szkoły chicagowskiej, odzwierciedlona została w powiązaniu obu wskazanych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego z rezultatami ekonomicznej analizy skutków danych zachowań rynkowych przedsiębiorców. *Notabene*, badając wpływ na konkurencję relacji pomiędzy Sharp Electronics a dystrybutorami jego towarów, Sąd szeroko nawiązywał do dorobku jej głównych ideologów, m.in. R. Borka²⁶. Odnosił się przy tym do wpływu porozumienia na konkurencję między- i wewnątrzmarkową, podkreślając pierwszoplanowe znaczenie tej pierwszej. Konsekwencją takiego podejścia jest nadszarpnięcie paradygmatu prymatu wpływu porozumienia na cenę jako kryterium oceny jego skutków dla konkurencji. Sąd wyraźnie bowiem dał do zrozumienia, że negatywne skutki wzrostu cen mogą zostać zrekompensowane przez poprawę jakości dystrybucji. Takie ujęcie oznaczało przewartościowanie w obszarze oceny dopuszczalności pionowych praktyk ograniczających konkurencję w prawie amerykańskim. Jednocześnie, poprzez podwyższenie standardu dowodowego w obszarze ustalania cen odsprzedaży towarów, wyroki te, jak określił to M. Roszkowski „wypatroszyły” zakaz *per se* ustanowiony w sprawie Dr. Miles²⁷.

7.3. Liberalizacja podejścia względem ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów

7.3.1. Próby zakwestionowania reguły Albrecht

Równoległe do wydarzeń zaprezentowanych powyżej reorientacji, pod wpływem koncepcji szkoły chicagowskiej, podlegał sposób sądowej oceny porozumień o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów. Dotychczasowe podejście,

25 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, (1911) oraz National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

26 W sprawie Business Electronics Sąd Najwyższy wielokrotnie cytował tezy R. Borka zawarte w *The Antitrust Paradox*, New York 1978, s. 288; por. m.in. s. 732, 739 i 758 wyroku.

27 M. Roszkowski, *State Oil Company v. Khan and the Rule of Reason: The End of Intra-brand Competition?*, „Antitrust Law Journal” 1998, vol. 66, s. 616.

uformowane w wydanym w roku 1968 orzeczeniu w sprawie Albrecht²⁸, nie dawało się bowiem pogodzić z nowym paradygmatem oceny dopuszczalności praktyk ograniczających konkurencję nakierowanym na ocenę ich ekonomicznych skutków. Po wydaniu wyroku w sprawie GTE Sylvania²⁹, sprzeczność ta stała się rażąca i, jak należało się spodziewać, szybka zmiana linii orzeczniczej wydawała się nieunikniona.

Reguła Albrecht spotkała się z falą krytyki na łamach piśmiennictwa, gdzie wypuklano prokonkurencyjne skutki ustalania maksymalnych cen odsprzedaży³⁰. Wkrótce po wydaniu wyroku w sprawie GTE Sylvania pojawiły się opinie, że reguła Albrecht stanowi przeszkodę do pełnego urzeczywistnienia jego, tzn. wyroku, skutków. Zwracano uwagę, że praktyka ustalania maksymalnych cen odsprzedaży często towarzyszy porozumieniom o wyłącznej dystrybucji, jako czynnik moderujący ewentualne skutki zwiększenia siły rynkowej wyłącznego dystrybutora. Dopuszczenie możliwości zawierania porozumień o wyłączności terytorialnej, przy jednoczesnym zakazie ograniczenia wysokości cen odsprzedaży towarów, skutkować mogłoby zatem zwyżką cen detalicznych, a tym samym unicestwieniem skutków niedawnej zmiany linii orzeczniczej³¹. Podkreślano także, że reguła Albrecht uniemożliwia kontrolę cen detalicznych w sytuacji tzw. sukcesywnego monopolu, tj. gdy zarówno dostawca, jak i dystrybutor dysponuje

28 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: Lester J. Albrecht v. The Herald Company, d/b/a Globe-Democrat Publishing Co., 390 U.S. 145 (1968).

29 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

30 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, ed. 1, Boston-Toronto-London 1989, supplement, s. 378; R. Blair, J. Harrison, *Rethinking Antitrust Injury*, „Vanderbilt Law Review” 1989, vol. 42, s. 1553; R. Bork, *The Antitrust Paradox...*, w przyp. 9, zob. także uwagi krytyczne R. Borka względem wyroku w sprawie Kiefer-Stewart zawarte w: idem, *The Rule...*, s. 464-465; R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, „University of Pennsylvania Law Review” 1979, vol. 127, s. 925; W. Cann, Jr., *Vertical Restraints and the „Efficiency” Influence-Does Any Room Remain for More Traditional Antitrust Values and More Innovative Antitrust Policies?*, „American Business Law Journal” 1987, vol. 24, s. 486-493; R. Blair, G. Lang, *Albrecht After Arco: Maximum Resale Price Fixing Moves Toward The Rule Of Reason*, „Vanderbilt Law Review” 1991, vol. 44, s. 1011 i n.; R. Blair, J. Fesmire, *Maximum Price Fixing and the Goals of Antitrust*, „Syracuse Law Review” 1986, vol. 37, s. 43; D. Turner, *The Durability, Relevance, and Future of American Antitrust Policy*, „California Law Review” 1987, vol. 75, s. 803-804; R. Blair, C. Schafer, *Evolutionary Models of Legal Change and the Albrecht Rule*, „Antitrust Bulletin” 1987, vol. 32, s. 995-1000; F. Easterbrook, *Maximum Price Fixing*, „University of Chicago Law Review” 1981, vol. 48, s. 887-890; H. Hovenkamp, *Vertical Integration by the Newspaper Monopolist*, „Iowa Law Review” 1984, vol. 69, s. 452-456; D. Polden, *Antitrust Standing and the Rule Against Resale Price Maintenance*, „Cleveland State Law Review” 1989, vol. 37, s. 216-217.

31 R. Blair, G. Lang, *Albrecht...*, s. 1553, podobnie: D. Turner, *The Durability...*, s. 803-804, który podkreślił, że „poza integracją pionową [...] ograniczenie to [tj. ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży towarów] jest jedynym sposobem, za pomocą którego producent posiadający siłę rynkową może zapewnić, by efektywność lub inne korzyści wynikające z wyłącznej dystrybucji trafiły do konsumentów”.

znaczną siłą rynkową³². Nie oznacza to jednak, że nie pojawiały się głosy postulujące utrzymanie reguły Albrecht lub choćby dostrzegające pozytywne aspekty jej obowiązywania³³.

Sąd Najwyższy pozostawał długo nieczuły na krytyczne głosy doktryny i aż do początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku konsekwentnie odmawiał rozpatrywania spraw dotyczących ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów. Jeśli już odnosił się do reguły Albrecht, to raczej aprobująco³⁴. Krytyczny stosunek do reguły Albrecht wykazywały natomiast niekiedy sądy federalne niższych instancji. Przykładem jest wyrok w sprawie *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.* (dalej jako: *Jack Walters*)³⁵ wydany przez Sąd Apelacyjny 7. Obwodu w Chicago, *notabene* ustami sędziego R. Posnera. W wyroku tym, dotyczącym ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów towarzyszącego porozumieniom o wyłącznej dystrybucji na rynku materiałów budowlanych, Sąd zasugerował, że orzeczenie w sprawie *GTE Sylvania* zmieniło sposób stosowania reguły Albrecht. Na szczególną uwagę zasługuje argumentacja przedstawiona przez sędziego R. Posnera. Zwrócił on uwagę, że praktyka ustalania maksymalnych cen odsprzedaży, którą rozpoznał Sąd Najwyższy w sprawie *Albrecht*, miała, podobnie jak ta rozpatrywana w sprawie *Jack Walters*, charakter akcesoryjny wobec porozumienia o wyłącznej dystrybucji. Ponieważ ówczesnie obie te praktyki były zakazane *per se*, okoliczność ta nie miała jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia. Wyrok w sprawie *GTE Sylvania* otworzył jednak pole do tego, by uznać ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży towarzyszące porozumieniu o wyłącznej dystrybucji, które mieści się w ramach reguły rozsądku, za legalne ograniczenie akcesoryjne. Ze względu jednak na przedmiot zaskarżenia, który nie obejmował porozumienia o wyłącznej dystrybucji, Sąd Apelacyjny nie mógł zbadać, czy stanowiło ono rozsądne ograniczenie konkurencji, a tym samym nie był w stanie przesądzić o legalności towarzyszącego mu porozumienia cenowego. Sąd uznał natomiast, że ustalenie maksymalnych

32 R. Blair, D. Kaserman, *Antitrust Economics*, ed. 1, Oxford 1985, s. 342–347.

33 Por. w szczególności: M. Roszkowski, *Vertical Maximum Price Fixing: in Defense of Albrecht*, „Loyola University Chicago Law Journal” 1992, vol. 23, s. 209 i n. oraz L. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust*, Saint Paul 1977, s. 211.

34 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982), w której Sąd Najwyższy dokonując oceny horyzontalnych porozumień cenowych wskazał, że sprawy „Kiefer-Stewart i Albrecht usytuowały horyzontalne porozumienia ustalające ceny maksymalne na tym samym prawnym, jeśli nie ekonomicznym, poziomie, co porozumienia ustalające ceny sztywne lub minimalne”. Zwrócić jednak należy uwagę, że przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w tej sprawie nie było ustalanie cen odsprzedaży towarów, a kartel cenowy dotyczący ustalenia cen maksymalnych. Niemniej jednocześnie Sąd podkreślił różnice pomiędzy skutkami cenowych porozumień pionowych i poziomych przyznając w przypisie, że te ostatnie „generalnie rzecz ujmując, w mniejszym stopniu zasługują na obronę”.

35 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.* 737 F.2d 698.

cen odsprzedaży towarów nie wywołało szkody antymonopolowej. Jak wskazał Sąd Apelacyjny, nawet jeśli dostawca (spółka Morton) naruszyła ustawę Shermana ustalając ceny maksymalne odsprzedaży towarów, to jedyna szkoda jaką poniósł Walters, jako dystrybutor jej wyrobów, wynikała z faktu, że w przeciwieństwie do niego, jego konkurenci mogli obniżyć ceny. Zatem szkoda, którą poniósł lub mógł ponieść Walters, była rezultatem działania zgodnej z prawem i przynoszącej korzyści konsumentom konkurencji cenowej, takiej konkurencji, „do której prawo antytrustowe zachęca”³⁶. W ten sposób, poprzez zastosowanie zawężającej wykładni koncepcji szkody antymonopolowej, Sąd Apelacyjny pozbawił praktycznego znaczenia regułę Albrecht, mimo że *de iure* w niczym jej nie uchybił³⁷.

Analogiczne podejście zostało zastosowane przez ten sam sąd pięć lat później w wyroku w sprawie *Indiana Grocery, Inc., et al., v. Super Valu Stores, Inc. et al.*³⁸ Sąd wskazał w nim wyraźnie, że „prawo antytrustowe nie służy ochronie sprzedawców stosujących wyższe ceny przed pobierającą niższe ceny konkurencją”³⁹. Odnosząc się do argumentu powoda, jakoby odmowa uznania szkody poniesionej przez dystrybutorów za szkodę antymonopolową pozostawała w sprzeczności z regułą Albrecht, Sąd zwrócił uwagę, że powstała ona dziewięć lat przed wydaniem wyroku w sprawie *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*⁴⁰, w której koncepcja szkody antymonopolowej powstała. Tym samym, zdaniem Sądu, powinna być ona zastosowana także w przedmiotowej sprawie.

Pozytywne efekty ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów uznał *expressis verbis* Sąd Apelacyjny 9. Obwodu w wyroku w sprawie *Northwest Publications, Inc. v. Crumb*.⁴¹ Wskazał jednak, że nie jest w stanie zlekceważyć skutków precedensu ustanowionego w sprawie Albrecht, zważywszy że „żaden wyrok nie wskazuje, by miał on zostać uchylony, a ustanowiona w nim reguła została potwierdzona”⁴².

36 *Ibidem*, s. 709.

37 Ślady podobnego rozumowania pojawiały się już wcześniej w orzecznictwie sądów federalnych niższych instancji. Już w roku 1977 Sąd Dystryktowy dla Dystryktu Kolumbii odmówił przyznania potrójnej sumy odszkodowania dystrybutorom będących stronami porozumień o ustaleniu maksymalnej ceny odsprzedaży dziennika „Washington Post”, w zamian przyznając odszkodowanie w kwocie nominalnej, tj. równe wartości szkody. Sąd uznał bowiem, że nie byli oni w stanie wykazać, jaką cenę mogliby oni efektywnie pobierać, gdyby porozumienie cenowe nie istniało, i jakie działania podjąłby w odpowiedzi wydawca gazety. Por. wyrok w sprawie *Alfred T. Newberry, Jr., et al., v. The Washington Post Company*, 438 F.Supp. 470 (D.D.C. 1977).

38 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *Indiana Grocery, Inc., et al., v. Super Valu Stores, Inc. et al.*, 864 F.2d 1409 (7th Cir. 1989).

39 *Ibidem*, s. 1420.

40 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

41 Wyrok Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie *Northwest Publications, Inc., v. John D. Crumb, Daniel E. Poulson, Hazel Romans, Angelina R. Ortiz*, 752 F.2d 473 (9th Cir. 1985).

42 *Ibidem*.

7.3.2. Wyrok w sprawie *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum (ARCO)* – w kierunku liberalizacji podejścia

Pierwszym zwiastunem zmiany podejścia Sądu Najwyższego względem dopuszczalności ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów był wydany w 1990 r. wyrok w sprawie ARCO⁴³. Jej początki sięgają roku 1983, gdy USA Petroleum Company (dalej jako: USA Petroleum), niezależny detaliczny sprzedawca paliw płynnych, wniósł powództwo do federalnego Sądu Dystryktowego przeciwko Atlantic Richfield Company (dalej jako: ARCO) – zintegrowanemu pionowo przedsiębiorcy działającego w branży paliwowej. ARCO jednocześnie dostarczała paliwo w hurcie, między innymi do USA Petroleum, i prowadziła detaliczną sprzedaż paliw płynnych za pośrednictwem sieci stacji franchisingowych. Dążąc do zwiększenia obrotów z działalności polegającej na detalicznej sprzedaży paliw, ARCO nakłaniała dystrybutorów franchisingowych do ustalenia cen odsprzedaży na poziomie nie wyższym aniżeli ten stosowany przez niezależnych dystrybutorów. Wobec powstałej w wyniku tych działań utraty przychodów USA Petroleum zarzuciła ARCO między innymi naruszenie § 1 ustawy Shermana poprzez zawarcie porozumienia polegającego na ustalaniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów.

Sąd pierwszej instancji uznał, że powód nie był w stanie wykazać powstania szkody antymonopolowej (*antitrust injury*), co stanowiło warunek niezbędny do zasądzenia odszkodowania z tytułu naruszenia § 4 ustawy Claytona. USA Petroleum, zdaniem Sądu Dystryktowego, nie udowodniła bowiem, że ceny stosowane przez członków sieci dystrybucyjnej ARCO miały charakter drapieżny. Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Dystryktowego uznając, że

wszelkie formy ustalania cen pozostają w sprzeczności z zamiarem ustawodawcy, zgodnie z którym to siły rynkowe samodzielnie miały decydować, jakie towary i usługi mają być oferowane, jakie mają być ich ceny oraz czy poszczególni zbywcy odniosą sukces czy nie⁴⁴.

Przyznał tym samym rację USA Petroleum uznając, że ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży przez ARCO i współpracujących z nią dystrybutorów doprowadziło do ograniczenia konkurencji poprzez zmniejszenie liczby niezależnych operatorów na rynku.

W odpowiedzi na petycję ARCO, skupioną niemal wyłącznie na podważeniu prawidłowości cytowanej wyżej tezy Sądu Apelacyjnego, Sąd Najwyższy uznał, że szkoda poniesiona przez przedsiębiorcę, w wyniku utraty przychodów będącej następstwem stosowania maksymalnych cen odsprzedaży towarów ustalonych na

43 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Atlantic Richfield v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328 (1990).

44 Wyrok Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie *USA Petroleum v. Atlantic Richfield*, 859 F.2d 687 (9th Cir. 1988).

poziomie wyższym niż drapieżne, nie odpowiada pojęciu szkody antymonopolowej w rozumieniu § 4 ustawy Claytona.

Sąd Najwyższy rozpoczął ocenę od przypomnienia koncepcji szkody antymonopolowej wypracowanej w wyroku w sprawie *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*⁴⁵ Jak wówczas stwierdził Sąd Najwyższy, szkodę tę stanowi „szkoda tego rodzaju, której, w założeniu, prawo antytrustowe ma przeciwdziałać i która wynika z tego co czyni zachowanie pozwanego bezprawnym”⁴⁶. Następnie Sąd Najwyższy odniósł się do wyroku w sprawie *Albrecht*⁴⁷, wyjaśniając że o sformułowaniu tezy odnośnie do bezprawności *per se* ustalenia maksymalnych cen odsprzedaży towarów, zadecydowały dwie okoliczności. Po pierwsze, porozumienie będące przedmiotem oceny w badanym wówczas stanie faktycznym zagrażało powstaniu intensywnej konkurencji pomiędzy dystrybutorami będącymi jego stronami; po drugie, istniało niebezpieczeństwo, że praktyka ta przekształci się w ustalenie minimalnych cen odsprzedaży towarów. Sąd Najwyższy podkreślił także, że zasadniczo zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku w sprawie *Albrecht*, jakoby ustalanie maksymalnych cen odsprzedaży powinno być zakazane *per se*⁴⁸.

Sąd podkreślił jednak, że stan faktyczny w sprawie *ARCO* należy wyraźnie odróżnić od tego, który był przedmiotem oceny w sprawie *Albrecht*. Jak wskazał Sąd Najwyższy, zachowanie stron porozumienia ocenianego w sprawie *Albrecht* zostało uznane za bezprawne *per se* ze względu na jego potencjalne negatywne skutki dla dystrybutorów i konsumentów, a nie ze względu na ich wpływ na sytuację konkurentów. I tak, gdyby ceny maksymalne zostały ustalone na poziomie zbyt niskim, by można było świadczyć usługi pożądane przez konsumentów lub w ten sposób, by zakupy skoncentrowały się jedynie na kilku dużych dystrybutorach, szkodę mogliby odnieść raczej dystrybutorzy będący stroną porozumienia, a nie ich konkurenci. Ci ostatni mogliby co najwyżej skorzystać na takich działaniach. Analogiczna sytuacja wystąpiłaby, gdyby ceny ustalone przez *ARCO* miały charakter *de facto* minimalnych. Wówczas wyższe od przeciętnych ceny oferowane przez dystrybutorów sieci *ARCO* stawiłyby *USA Petroleum* w korzystnej sytuacji rynkowej. Zatem, jak ustalił Sąd Najwyższy, straty poniesione przez *USA Petroleum* nie były następstwem nielegalnego ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów.

Sąd Najwyższy dodał przy tym, że choć stosowanie maksymalnych cen odsprzedaży jest zakazane *per se*, szkoda antymonopolowa dla konkurenta może wystąpić jedynie wówczas, gdy ustalone ceny mają drapieżny charakter. Niskie ceny

45 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

46 *Ibidem*, s. 489.

47 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: *Lester J. Albrecht v. The Herald Company, d/b/a Globe-Democrat Publishing Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

48 W oryginale „We assume, arguendo, that *Albrecht* correctly held that vertical, maximum price fixing is subject to the *per se* rule”, por. przyp. 5. do uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego w sprawie *Atlantic Richfield v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328 (1990).

są natomiast korzystne dla konsumentów bez względu na to, w jaki sposób zostały ustalone i nie zagrażają konkurencji, dopóki nie osiągają poziomu cen drapieżnych. Sąd Najwyższy odrzucił także argument USA Petroleum, jakoby wykazanie szkody antymonopolowej nie było konieczne w przypadku praktyk ograniczających konkurencję, które zakazane są *per se*.

Na uwagę zasługują także wyrażone, wprawdzie jedynie w przypisie, poglądy Sądu na antykonkurencyjne skutki ustalania maksymalnych cen odsprzedaży. Jak wskazał Sąd,

gdy producent przydziela dystrybutorowi wyłączne terytorium, na którym ma on dystrybuować towar, decyzja producenta o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży może w rzeczywistości chronić konsumentów przed eksploatacją przez dystrybutora działającego jako lokalny monopolista. Rzecz jasna producent nie kieruje się altruizmem, lecz pragnieniem zwiększenia sprzedaży, podczas gdy zamiarem dystrybutora jest, tak jak każdego monopolisty, ograniczenie podaży i podwyższenie cen. Jeśli dystrybucja wyłączna stanowi najbardziej efektywny środek dystrybucji, nakłonienie producenta do zaprzestania takich działań i zwrócenia się do prowadzenia dystrybucji samodzielnie lub poprzez konkurujących ze sobą dystrybutorów, nie będzie służyć społeczeństwu. Ustalanie maksymalnych cen odsprzedaży może wywierać zatem prokonkurencyjne efekty międzymarkowe, nawet jeśli jest *per se* zakazane, ze względu na swoje potencjalne skutki dla dystrybutorów i konsumentów⁴⁹.

Wyrok w sprawie ARCO należy traktować jako długo oczekiwane dostrzeżenie przez Sąd Najwyższy prokonkurencyjnych aspektów ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów. Sąd potwierdził w nim prawidłowość wąskiej wykładni koncepcji szkody antymonopolowej zastosowanej po raz pierwszy przez Sąd 7. Obwodu w sprawie Jack Walters, a następnie powtórzonej w sprawie Indiana Grocers. Nie oznacza to jednak, że wyrok ten uchylił regułę Albrecht. Przeciwnie, jej obowiązywanie zostało wprost potwierdzone przez Sąd. Kluczem do właściwego zrozumienia orzeczenia jest skupienie się na rozróżnieniu pomiędzy stanem faktycznym rozpatrywanym w sprawach Albrecht i ARCO. Podobnie jak w sprawie Jack Walters, Sąd dał do zrozumienia, że szkodę antymonopolową po stronie dystrybutorów mogą powodować dwa rodzaje porozumień o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży. Po pierwsze, o charakterze akcesoryjnym względem innego, antykonkurencyjnego, porozumienia oraz, po drugie, polegające na ustaleniu cen maksymalnych na poziomie drapieżnym, bez względu na to czy mają one charakter akcesoryjny. Natomiast przyczyną powstania szkody nie może być występująca samodzielnie praktyka ustalenia ceny odsprzedaży na poziomie innym niż drapieżny. W ten sposób Sąd Najwyższy ograniczył w praktyce możliwość skutecznego wytaczania powództwa na podstawie § 4 ustawy Claytona przez dystrybutorów będących stronami porozumienia o ustalaniu cen odsprzedaży towarów występującego samodzielnie. Tym samym pozbawił on regułę Albrecht części jej

49 Por. przyp. 13 do uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego w sprawie Atlantic Richfield v. USA Petroleum, 495 U.S. 328 (1990).

praktycznego znaczenia⁵⁰. Nie oznaczało to jednak zakwestionowania możliwości wytyczania we wszystkich przypadkach ustalania maksymalnych cen odsprzedaży, powództw czy też prowadzenia postępowań administracyjnych przez właściwe organy federalne, tj. Departament Sprawiedliwości i Federalną Komisję Handlu. Pomimo że wyrok w sprawie ARCO nie uchylił reguły Albrecht, z pewnością stanowiął zmianę paradygmatu oceny dopuszczalności ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów oraz ważny krok na drodze do reorientacji podejścia, która nastąpiła siedem lat później w sprawie *State Oil v. Barkat U. Khan and Khan & Associates, Inc.* (dalej jako: Khan).

7.3.3. Wyrok w sprawie *State Oil v. Khan*

W sprawie Khan Sąd Najwyższy dokonał oceny zgodności z przepisem § 1 ustawy Shermana porozumienia zawartego pomiędzy State Oil Company (dalej jako: State Oil), właściciela i organizatora sieci stacji paliw płynnych, oraz dystrybutorami prowadzącymi stacje działające w ramach tej sieci⁵¹. Khan, jeden z dystrybutorów sieciowych prowadzący należącą do State Oil stację paliw oraz towarzyszący jej sklep, zawarł z organizatorem sieci umowę dystrybucyjną, na mocy której dostawy paliw miały być realizowane po cenie równej sugerowanej cenie detalicznej ustalonej przez State Oil, pomniejszonej o sztywną marżę wynoszącą 3,25 centów za galon. W myśl umowy, dystrybutor był swobodny w kształtowaniu ceny detalicznej. Jednakże pobranie ceny wyższej niż sugerowana skutkowało obowiązkiem zwrotu nadwyżki na rzecz State Oil. Z kolei efektem ustalenia ceny odsprzedaży na poziomie niższym aniżeli sugerowana, było odpowiednie pomniejszenie marży należnej dystrybutorowi.

Gdy Barkat U. Khan zaczął zalegać z czynszem najmu stacji benzynowej i sklepu, State Oil postanowiła zakończyć współpracę. Wystąpiła z powództwem do sądu stanowego, który zasądził eksmisję dotychczasowego operatora stacji oraz wyznaczył syndyka, który w okresie przejściowym miał zająć się jej prowadzeniem. Syndyk prowadził działalność na stacji przez kilka miesięcy, nie podlegając przy tym opisanym wyżej ograniczeniom cenowym. W rezultacie pobierał on marżę wyższą aniżeli 3,25 centa za galon, co rzekomo było możliwe w wyniku obniżenia ceny benzyny standardowej i podwyższenia ceny paliw klasy premium.

Barkat U. Khan oraz spółka, której był współnikiem, wniosły powództwo przed federalnym Sądem Dystryktowym zarzucając State Oil między innymi, że ustalała ona ceny odsprzedaży towarów w sposób sprzeczny z § 1 ustawy Shermana, poprzez uniemożliwienie dystrybutorom podwyższania i obniżania ceny detalicznej. Jak twierdzili powodowie, brak ograniczeń cenowych umożliwiłby mu osiągnięcie

50 Podobnie R. Blair, G. Lang, *Albrecht...*, s. 1031–1032.

51 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *State Oil Company v. Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc.*, 522 U.S. 3.

wyższych zysków, poprzez zastosowanie analogicznej polityki cenowej do tej, którą prowadził syndyk. State Oil w odpowiedzi stwierdziła, że faktycznie nie ograniczała swobody powodów w ustalaniu cen detalicznych oraz że okoliczność, że zdaniem powodów cena sugerowana nie była ustalona na optymalnym poziomie, nie jest równoznaczna z naruszeniem prawa antytrustowego.

Sąd Dystryktowy uznał, że zarzucane pozwanej spółce zachowanie nie naruszało ustawy Shermana *per se*, albowiem nie powodowało „wyraźnie antykonkurencyjnych następstw lub fatalnych skutków dla konkurencji”. Jednocześnie, zdaniem tego sądu, powodowie nie udowodnili powstania szkody antymonopolowej lub naruszenia konkurencji. Nie wykazali bowiem, że różnice w cenach poszczególnych rodzajów sprzedawanych paliw zwiększyłyby obroty stacji oraz, że State Oil posiadała siłę rynkową, ani że postanowienia umowne odnośnie do cen zakłócały konkurencję na rynku właściwym.

Sąd Apelacyjny 7. Obwodu, ustami sędziego Posnera, zmienił wyrok Sądu Dystryktowego⁵². Uznał bowiem, że kwestionowane postanowienia umów dystrybucyjnych odpowiadały w istocie znamionom ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów, albowiem czyniły nieopłacalnym podwyższanie cen ponad poziom cen sugerowanych. Uznał także, opierając się na sprawie Albrecht, że praktyka ta jest zakazana *per se*. Podkreślił jednak, że, jego zdaniem, rozstrzygnięcie w sprawie Albrecht było „wadliwe już w chwili orzekania” oraz niespójne z późniejszym orzecznictwem. Niemniej uznał się za związanego linią orzeczniczą wypracowaną w tym wyroku. Sąd Apelacyjny uznał także, że powodowie odnieśli szkodę antymonopolową w wyniku braku możliwości właściwego dostosowania cen detalicznych do warunków rynkowych.

Sąd Najwyższy rozpoczął ocenę od przypomnienia orzecznictwa dotyczącego wykładni pojęcia „ograniczenia handlu” w rozumieniu § 1 ustawy Shermana, które ustanowiło rozróżnienie na praktyki oceniane na podstawie reguły rozsądku oraz zachowań zakazanych *per se*⁵³. Jak przypomniał Sąd, te ostatnie obejmują nieliczne typy ograniczeń, które wywołują „tak przewidywalny i szkodliwy skutek dla konkurencji i tak niewielkie potencjalnie dla niej korzyści”, że powinny być niemal zawsze zakazane. Zakaz *per se* jest właściwy, „jeśli doświadczenie dotyczące danego rodzaju ograniczenia uprawnia Sąd do uznania, że ocena na podstawie reguły rozsądku doprowadziłaby do jego zakazania”⁵⁴. Z tych przyczyn, jak podkreślił Sąd Najwyższy, wykazywał on zawsze wstrzeźliwość w stosowaniu reguł *per se* w odniesieniu do praktyk, których ekonomiczne skutki nie są oczywiste.

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na pojawiające się w orzecznictwie

52 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc., v. State Oil Company, 93 F.3d 1358 (7th Cir. 1996).

53 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Arizona v. Maricopa County Medical Soc., 457 U.S. 332 (1982), s. 342-343.

54 *Ibidem* oraz wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979), s. 19.

zwiastuny zmiany poglądów w tym zakresie. Odniósł się wprawdzie obszernie do rozwoju orzecznictwa w sprawach porozumień pionowych polegających na przyznaniu dystrybutorom wyłączności terytorialnej. Pierwotnie Sąd Najwyższy uznawał, że skutki przydzielenia dystrybutorom przez dostawcę terytoriów na wyłączność są na tyle niejasne, że praktyka ta nie może być oceniana na podstawie reguły *per se*⁵⁵. W wyroku w sprawie *Stany Zjednoczone v. Arnold, Schwinn & Co.*, Sąd Najwyższy zmienił jednak swoje stanowisko, uznając że wyłączność terytorialna nałożona na dystrybutorów po przejściu na nich własności towaru była „w sposób tak oczywisty destrukcyjna dla konkurencji”, że powinna być objęta zakazem *per se*⁵⁶. W tym samym wyroku Sąd uznał, że niektóre ograniczenia wertykalne, takie jak przyznanie wyłączności terytorialnej na rzecz franchisobiorców, może być korzystne dla konkurencji, pozwalając mniejszym graczom skutecznie konkurować, oraz ze względu na fakt, że porozumienia takie mogą zapobiec integracji pionowej⁵⁷. W ten sposób Sąd rozgraniczył wyraźnie pomiędzy stanami faktycznymi, w których własność towaru przeszła już na dystrybutora i pozostałymi. Następnie Sąd Najwyższy przypomniał zmianę linii orzeczniczej dokonaną w sprawie *GTE Sylvania*⁵⁸. Jak podkreślił Sąd, jedną z przyczyn, które zadecydowały o rozstrzygnięciu w sprawie *GTE Sylvania* był brak spełnienia przez inne niż cenowe porozumienia pionowe wymogów ustalonych w orzecznictwie dla praktyk zakazanych *per se*⁵⁹. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w tej sprawie miały także liczne głosy doktryny prawa antytrustowego, krytykujące wyrok w sprawie *Stany Zjednoczone v. Arnold, Schwinn & Co.* Sąd Najwyższy przywołał w dalszej kolejności swoje stanowisko wyrażone w sprawie *GTE Sylvania*, zgodnie z którym „odejście od stosowania reguły rozsądku musi znaleźć uzasadnienie w dającym się wykazać skutku ekonomicznym, a nie, tak jak to miało miejsce w sprawie *Schwinn*, w formalistycznym rozgraniczeniu”⁶⁰.

Odnosząc się do sprawy *Albrecht*, Sąd Najwyższy przypomniał motywy rozstrzygnięcia oraz wskazał na argumenty sędziów, którzy złożyli zdania odrębne. Zwrócił także uwagę, że choć Sąd Najwyższy nie odniósł się w sprawie *GTE Sylvania* do wyroku w sprawie *Albrecht*, to jednak rozstrzygnięcie to istotnie podważyło jej analityczne fundamenty. Dowodem na to jest późniejsze orzecznictwo w sprawach pozacenowych porozumień pionowych. W sprawie *Arizona v. Maricopa County*, Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że ograniczenia pionowe są, co do zasady, bardziej

55 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *White Motor Co. v. United States* 372 U.S. 253 (1963).

56 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

57 *Ibidem*, s. 379–380.

58 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

59 Por. m.in. powołany przez Sąd Najwyższy wyrok w sprawie *Northern Pacific R. Co. v. Stany Zjednoczone*, 356 U. S. 1 (1958), s. 5.

60 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), s. 58–59.

uzasadnione niż poziome⁶¹. Natomiast w sprawie 324 Liquor Corp. v. Duffy, podkreślił, że orzeczenia takie jak Sylvania „uznały możliwość, że ograniczenia pionowe nałożone przez pojedynczego producenta mogą stymulować konkurencję międzymarkową, nawet jeśli osłabiają konkurencję wewnątrzmarkową”⁶². Sąd przypomniał także, że w sprawie ARCO wyraził przekonanie, jakoby ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży towarów „mogło mieć prokonkurencyjne skutki międzymarkowe”⁶³.

Sąd Najwyższy, powołując się na sprawę Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.⁶⁴, wyraził następnie stanowisko, że podstawowym celem prawa antytrustowego jest ochrona konkurencji międzymarkowej. Podkreślił także, za wyrokiem w sprawie Matsushita, że w jego interpretacji ustawy Shermana, „zakazanie praktyk służących obniżaniu cen jest szczególnie kosztowne, albowiem obniżka cen w celu rozwinięcia działalności stanowi esencję konkurencji”⁶⁵. W rezultacie Sąd uznał, że nie jest w stanie dłużej utrzymywać podejścia, zgodnie z którym ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży mogłoby zagrozić konsumentom lub konkurencji w stopniu, który uzasadniałby ich zakaz *per se*. Celem uzasadnienia tej tezy Sąd powołał fragment uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego, napisanego *notabene* przez R. Posnera:

w odniesieniu do ustalania maksymalnych cen odsprzedaży, dopóki dostawca nie jest monopsonistą, nie jest w stanie zawężyć marż dystrybutorów [w angielskim oryginale: *margin squeeze* – przyp. Ł. G.] poniżej poziomu konkurencyjnego; próba takich działań popchnęłaby dystrybutorów w ręce konkurującego dostawcy. Dostawca może jednak ustalać ceny maksymalne odsprzedaży po to, by uniemożliwiać dystrybutorom wykorzystywanie ich monopolistycznej pozycji. [...] Im większa bowiem cena odsprzedaży benzyny, tym mniejszy wolumen jej sprzedaży, a tym samym tym mniejsze zyski dostawcy im wyższy zysk na każdym galonie benzyny sprzedanym po wyższej cenie przechwydzi dystrybutor⁶⁶.

Sąd Najwyższy powołał się także na krytykę wyroku w sprawie Albrecht wyrażoną przez R. Borka w jego przełomowym opracowaniu *The Antitrust Paradox*⁶⁷.

61 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Arizona v. Maricopa County, 457 U.S. 332 (1982), s. 348.

62 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie 324 Liquor Corp. v. Duffy, 479 U.S. 335 (1987), s. 341–342.

63 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986), s. 594.

64 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988), s. 726.

65 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986), s. 594.

66 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc., v. State Oil Company, 93 F.3d 1358 (7th Cir. 1996), s. 1362.

67 R. Bork, *The Antitrust...*, s. 281–282, Sąd Najwyższy powołał się na następujące stanowisko Borka dotyczące wpływu na konkurencję praktyk ocenianych w sprawie Albrecht: „oczywiście nie może być jakiegokolwiek antykonsumenckiego efektu wynikającego [z takich praktyk], a można oczekiwać, że wydawca ma uzasadniony interes w utrzymywaniu cen dla prenumeratorów na niskim poziomie, by zwiększyć nakład i maksymalizować przychody z reklam”.

Następnie Sąd Najwyższy odniósł się do poszczególnych wyrażonych w sprawie Albrecht argumentów przemawiających za zakazem *per se* ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów. Wskazał, że teoretyczne założenie, jakoby ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży ograniczało swobodę dystrybutora, spotkało się z krytyką doktryny prawa konkurencji. Jej przedstawiciele podkreślali, że paradoksalnie zakaz stosowania takich praktyk mógł skłonić dostawców do integracji pionowej i w rezultacie do wyeliminowania z rynku wielu dystrybutorów⁶⁸. Podobnie krytyczny stosunek wyraził Sąd względem argumentu jakoby ustalenie cen maksymalnych na zbyt niskim poziomie mogło uniemożliwić dystrybutorom oferowanie konsumentom niezbędnych lub pożądaných usług. Takie praktyki byłyby niekorzystne nie tylko dla dystrybutorów i konsumentów, lecz także dla dostawców. W związku z tym ich stosowanie wydaje się nierealne⁶⁹. Podobnie jako mało prawdopodobny ocenił Sąd efekt stosowania ustalania maksymalnych cen odsprzedaży w postaci skoncentrowania sprzedaży w rękach dużych dystrybutorów lub tych, którzy znajdują się w szczególnie korzystnej sytuacji. Dla Sądu nie było bowiem jasne, w jaki sposób dostawca mógłby skorzystać na ograniczeniu liczby dystrybutorów⁷⁰. Z kolei jeśli praktyka tego rodzaju doprowadziłaby do wyeliminowania z rynku nieefektywnych dystrybutorów, to nie byłoby to niekorzystne ani dla konkurencji, ani dla konsumentów⁷¹. Jeżeli natomiast ustalanie maksymalnych cen odsprzedaży miałyby charakter pozorny i służyło zamaskowaniu ustalania cen minimalnych, odpowiednie zastosowanie reguły rozsądku powinno pozwolić na wykrycie i wyeliminowanie takich praktyk⁷².

Podsumowując, Sąd Najwyższy uznał, że wymienione w orzeczeniu w sprawie Albrecht zagrożenia związane z ustalaniem maksymalnych cen odsprzedaży towarów są nie tylko mniej istotne niż to sobie dotychczas wyobrażał Sąd, ale dalsze stosowanie zakazu *per se* tychże praktyk może doprowadzić do zaostrzenia problemów związanych z wykorzystywaniem siły rynkowej przez dystrybutorów będących monopolistami. Taka sytuacja mogła być tym bardziej niebezpieczna, że od momentu wydania wyroku w sprawie GTE Sylvania, pozacenowe porozumienia wertykalne zaczęły być oceniane na podstawie reguły rozsądku, co mogło wpłynąć na wzmocnienie pozycji niektórych dystrybutorów.

W konkluzji wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że zakaz *per se* ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów nie znajduje wystarczającego uzasadnienia

68 Por. cytowane przez Sąd Najwyższy opracowania: P. Areeda, D. Turner, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston-Toronto-London 1989, nb 1635, s. 395 oraz P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, New York 1996, supplement, nb 729.7, s. 599-614.

69 J. Lopatka, *Stephen Breyer and Modern Antitrust: A Snug Fit*, „Antitrust Bulletin” 1995, vol. 40, Issue 1, s. 60; R. Blair, G. Lang, *Albrecht...*, s. 1034.

70 F. Easterbrook, *Maximum...*, s. 905-908.

71 J. Lopatka, *Stephen Breyer...*, s. 60.

72 F. Easterbrook, *Maximum...*, s. 901-904; R. Pitofsky, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*, „Georgetown Law Journal” 1983, vol. 71, s. 1490.

ekonomicznego. Ponadto, że reguła orzecznicza wypracowana w sprawie Albrecht ma niewielkie znaczenie dla stosowania ustawy Shermana⁷³. Sąd podkreślił także, że zmiana dotychczasowej linii orzeczniczej nie oznacza w żadnym wypadku, że ustalanie maksymalnych cen odsprzedaży towarów jest *per se* dozwolone.

Wyrok w sprawie Khan ustanowił obowiązującą regułę orzeczniczną w zakresie dopuszczalności porozumień o ustaleniu maksymalnej ceny odsprzedaży. Pozostawił jednak wiele niejasności. W szczególności niewiele było wskazówek dotyczących sposobu stosowania względem nich reguły rozsądku, ani co do tego, w jakich okolicznościach faktycznych dane porozumienie tego typu będzie stanowić inne niż rozsądne ograniczenie handlu. Na łamach piśmiennictwa szeroko spekulowano na ten temat, łącząc ewentualne antykonkurencyjne skutki porozumień o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów przede wszystkim z siłą rynkową dostawcy⁷⁴. Taka interpretacja znajduje zresztą uzasadnienie w treści wyroku. Sąd Najwyższy zacytował w nim bowiem fragment wyroku Sądu Apelacyjnego, w którym podkreślono, że dla dostawcy niebędącego monopsonistą próba wyciskania marży (*margin squeeze*) zakończyłaby się przejściem dystrybutorów do innych dostawców danych towarów⁷⁵. Doktryna przedstawiała propozycje ustrukturyzowanej reguły rozsądku opartej na kryterium siły rynkowej dostawcy, wynikającej ze znacznych kosztów utopionych, poniesionych przez dystrybutora⁷⁶. Inne postulaty obejmowały rozróżnienie pomiędzy podejściem do ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów na terytoriach, na których dystrybutorowi powierzono wyłączną dystrybucję oraz na pozostałych⁷⁷.

Domysły przedstawicieli doktryny pozostały nierozstrzygnięte. Wskutek wyłączenia omawianej kategorii praktyk rynkowych spod zakazu *per se* i objęcia ich oceny regułą rozsądku, sprawy ich dotyczące niemalże przestały pojawiać się na wokandach sądów federalnych. Do nielicznych wyjątków należą sprawy odnoszące się do porozumień typu *hub & spoke*, przy czym należy pamiętać, że w ich przypadku ustalenie ceny maksymalnej jedynie towarzyszy znacznie poważniejszemu ograniczeniu konkurencji, tj. horyzontalnemu porozumieniu

73 Sąd Najwyższy miał na myśli skutki wydania przez ten sam Sąd w 1984 r. wyroku w sprawie *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 467 U.S. 752 (1984), w którym uznał za neutralne z punktu widzenia prawa konkurencji porozumienia pomiędzy członkami tej samej grupy kapitałowej; od tej pory ustalenie cen odsprzedaży towarów w układzie pomiędzy dostawcą a dystrybutorami będącymi jego przedsiębiorcami zależnymi zostały wyłączone spod zakresu stosowania prawa antytrustowego.

74 Tak m.in.: R. Steuer, *Khan and the Issue of Dealer Power-Overview*, „Antitrust Law Journal” 1998, vol. 66, s. 533; R. Davis, *Capping the Resale Price: What Can We Do With Khan?*, „Antitrust”, Spring 1998, vol. 12, s. 37–38. Autor zasugerował także, że o innym niż rozsądne ograniczeniu handlu można by mówić w przypadku, gdyby ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży służyło przechwyceniu przez producenta marży dystrybutora. W. Grimes, *Making Sense of State Oil Co. v. Khan: Vertical Maximum Price Fixing Under a Rule of Reason*, „Antitrust Law Journal” 1998, vol. 66, s. 568.

75 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *State Oil Company v. Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc.*, 522 U.S. 3.

76 W. Grimes, *Making...*, s. 568 i n.

77 M. Roszkowski, *Vertical...*, s. 232–233.

cenowemu między dystrybutorami⁷⁸. Porozumienia o ustalaniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów nie są także przedmiotem postępowań prowadzonych przez amerykańskie organy konkurencji⁷⁹. Sytuacja ta nie jest niczym niezwykłym dla amerykańskiego prawa antytrustowego. Niewiele przesady jest w stwierdzeniu, że skutkiem objęcia danego typu antykonkurencyjnej praktyki zakresem stosowania reguły rozsądku jest marginalizacja jego praktycznego znaczenia⁸⁰. Bilans możliwych korzyści oraz ryzyka związanego z wniesieniem powództwa w sprawie takich praktyk skutecznie zniechęca powodów do inicjowania postępowań⁸¹. Zatem, mimo wyraźnej deklaracji Sądu Najwyższego, że wyrok w sprawie Khan nie ustanawia dozwolenia takich praktyk *per se*, w praktyce niewiele pomyli się ten, kto stwierdzi, że nie są one *de facto* objęte zakazem. Wprawdzie w okresie przed wydaniem wyroku w sprawie Leegin można było spekulować, że inne niż rozsądne ograniczenie handlu w wyniku ustalenia maksymalnych cen odsprzedaży towarów mogłoby nastąpić, gdyby ceny te zostały ustalone na poziomie drapieżnym, nabierając w ten sposób cech cen minimalnych. Obecnie można co najwyżej domyślać się, że zakaz ten ogranicza się do porozumień, które, tak jak w przypadku porozumień typu *hub & spoke*, towarzyszą praktykom zakazanym *per se*.

7.4. Liberalizacja podejścia względem ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów – wyrok w sprawie Leegin

7.4.1. U progu zmian

Wyrok w sprawie Khan skłonił niektórych przedstawicieli piśmiennictwa do postawienia pytania o potrzebę sądowej weryfikacji podejścia względem oceny dopuszczalności ustalania minimalnych cen odsprzedaży⁸². Sąd Najwyższy niemal

78 Por. wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States et al. v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015).

79 *Notabene* wyszukiwarka spraw prowadzonych przez FTC nie wyróżnia kategorii porozumień wertykalnych.

80 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, ed. 2, New York 2004, s. 329 – jak wskazali ci autorzy „zwykle reguła rozsądku stanowi formę domniemania legalności w tym znaczeniu, że pozwany zwycięża, dopóki powód nie przedstawi dowodu szkodliwych skutków lub tendencji”.

81 Podobnie M. Roszkowski, *State Oil Company v. Khan and the Rule of Reason: The End of Intra-brand Competition?*, „Antitrust Law Journal” 1998, vol. 66, s. 637 i 638.

82 B. Jones, *Maximum Vertical Price Fixing: Making the Rule „Right”?*, „Midwest Law Review” 2000, vol. 17, s. 84.

przez kolejne dziesięć lat nie przyjął jednak do rozpatrzenia sprawy dotyczącej takiej praktyki. Na łamach literatury, w szczególności pośród zwolenników szkoły chicagowskiej, pojawiały się głosy krytykujące regułę Dr. Miles i wzywające do jej zmiany⁸³. Wspólnym ich motywem było przekonanie o jej anachronicznym charakterze, nieprzystającym do stanu wiedzy ekonomicznej i odbiegającym od bardziej liberalnego podejścia względem innych praktyk ograniczających konkurencję. Analiza postulatów szkoły chicagowskiej oraz dotychczasowych postępów w ich wdrażaniu pozwalała na postawienie tezy, że dopuszczalność pionowych porozumień cenowych stanowiła ostatni niepoddany procesowi „ekonomicznej rewolucji” obszar amerykańskiego antytrustru. Ewentualna reforma podejścia względem RPM postrzegana była zatem jako dopełnienie procesu symbolicznie zapoczątkowanego wyrokiem w sprawie GTE Sylvania⁸⁴.

Przyjęcie przez Sąd Najwyższy w grudniu 2006 r. petycji w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. (dalej jako: Leegin)⁸⁵ wzbudziło żywe zainteresowanie praktyków i doktryny antytrustru. Oznaczało to bowiem, że Sąd brał pod uwagę możliwość zmiany linii orzeczniczej⁸⁶. Na łamach piśmiennictwa rozpoczęła się debata skupiona na prezentacji argumentów przemawiających zarówno za⁸⁷, jak i przeciw⁸⁸ zmianie reguły Dr. Miles oraz na dociekaniu rozstrzygnięcia Sądu. O zainteresowaniu sprawą świadczy także fakt, że w sprawie zgłoszono 11 opinii *amicorum curiae*.

-
- 83 Por. m.in.: R. Posner, *Antitrust Law*, ed. 2, Chicago 2001, s. 172–173; A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, *Antitrust...*, s. 343 (autorzy ci zwrócili uwagę na „nierozstrzygnięte napięcie” pomiędzy sprawami Dr. Miles i GTE Sylvania); P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis...*, ed. 2, s. 47; H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge 2005, s. 184–191. Pojawiały się także głosy przeciwnie – por.: P. Carstensen, *The Competitive Dynamics of Distribution Restraints: the Efficiency Hypothesis Versus the Rent-Seeking, Strategic Alternatives*, „Antitrust Law Journal” 2001, vol. 69, s. 595; M. Roszkowski, *State Oil...*, s. 613.
- 84 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).
- 85 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007).
- 86 D. Barnes i D. Fischer spekulując odnośnie do motywów przyjęcia przez Sąd Najwyższy petycji w sprawie Leegin wymienili efekty rynkowe RPM i współczesne trendy w doktrynie prawa antytrustrowego; zob. D. Barnes i D. Fischer, *Dr. Miles: Will the Supreme Court Find a Cure?*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, s. 7.
- 87 Por.: *Interview with Dennis W. Carlton, Deputy Assistant Attorney General for Economic Analysis, Antitrust Division, U.S. Department Of Justice*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, s. 1 i n.; B. Bruckmann, *Revisiting Dr. Miles: Reinstating a Modern Rule of Reason for Vertical Minimum Resale Price Agreements*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, s. 1 i n.; T. Leary, J. McDavid, *Should Leegin Finally Bury Old Man Miles?*, „Antitrust”, Spring 2007, vol. 21, s. 66 i n.
- 88 R. Pitofsky, *Are Retailers Who Offer Discounts Really „Knaves”? The Coming Challenge to the Dr. Miles Rule*, „Antitrust”, Spring 2007, vol. 21, s. 61 i n.; M. Moloshok, *Dr. Miles – A Rock of Ages*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, s. 6 i n.; argumenty zwolenników i przeciwników zmiany reguły Dr. Miles zostały omówione szczegółowo w rozdziale 6.

7.4.2. Stan faktyczny w sprawie Leegin

Leegin, producent galanterii skórzanej, sprzedawał swoje wyroby na terenie całych Stanów Zjednoczonych, głównie za pośrednictwem niezależnych przedsiębiorców prowadzących niewielkie sklepy detaliczne. Strategia dystrybucyjna Leegin zakładała bowiem budowanie bliskich relacji z konsumentem, które, jak twierdzili jego przedstawiciele, nie mogły zostać nawiązane w ramach prowadzenia sprzedaży za pośrednictwem dużych sieci handlowych. W roku 1997 Leegin wprowadził nową politykę handlową, obejmującą ustalenie minimalnych ceny odsprzedaży towarów i odmowę sprzedaży dystrybutorom, którzy nie zastosują się do ustaleń cenowych. Wprowadzenie nowej polityki handlowej uzasadnione zostało potrzebą zapewnienia wysokiej jakości dystrybucji, dzięki zagwarantowaniu dystrybutorom odpowiedniej marży oraz utrzymania renomy marki Brighton, która mogłaby ucierpieć w przypadku prowadzenia sprzedaży po niskich cenach.

Powód, spółka pod firmą PSKS Inc., prowadził w Teksasie butik Kay's Kloset, w którym sprzedawał wyroby wielu producentów, w tym Leegin. Po powzięciu wiadomości, że PSKS Inc. zbywa produkty marki Brighton po cenach niższych o 20% aniżeli ustalona przez Leegin, dostawca wezwał dystrybutora do stosowania się do ustaleń pod rygorem zaprzestania sprzedaży. W następstwie odmowy, Leegin zerwał z nim współpracę. Dystrybutor wniósł wówczas powództwo do Sądu Dystryktowego, w którym zarzucił Leegin zawieranie z dystrybutorami umów obejmujących klauzule typu RPM. Sąd Dystryktowy, podobnie jak Sąd Apelacyjny 5. Obwodu, do którego Leegin wniósł apelację, uznały że doszło do naruszenia przepisu § 1 ustawy Shermana. Sąd pierwszej instancji pominął dowód z opinii biegłego odnośnie do prokonkurencyjnych skutków polityki handlowej Leegin. Z analogiczną oceną spotkała się argument Leegin przedstawiony przed Sądem Apelacyjnym, aby porozumienie ocenione zostało w ramach reguły rozsądku. Sąd Apelacyjny orzekł, że zgodnie z regułą Dr. Miles ustalanie minimalnych cen odsprzedaży towarów jest zakazane *per se*.

W piśmie procesowym skierowanym do Sądu Najwyższego Leegin postulował konieczność zmiany reguły Dr. Miles, zwracając przede wszystkim uwagę na możliwe prokonkurencyjne skutki RPM oraz na jej niespójność ze współczesnym orzecznictwem sądowym⁸⁹. Do sądu wpłynęły także opinie *amicorum curiae*, w których głosy zwolenników i przeciwników zmiany podejścia rozłożyły się równomiernie – pięć, wśród nich złożona przez 27 stanów, wspierało stanowisko PSKS Inc.⁹⁰ Kolejne pięć, włączając w to opinię sporządzoną wspólnie przez FTC

89 Por.: Brief for Petitioner. On Writ of Certiorari To the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit., 2007 WL 160780 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

90 Brief for the States: New York, Alaska, Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Utah, Vermont, Washington, West Virginia, and Wyoming on Writ of Certiorari to the United

i DOJ w imieniu USA, opowiadało się za zmianą reguły Dr. Miles, wspierając tym samym Leegin⁹¹. Opinia złożona przez profesorów nauk ekonomicznych W. Comanora i F. Scherera nie opowiadała się za żadną ze stron. Postulowała natomiast zastąpienie reguły Dr. Miles standardem oceny opartym na regule rozsądku typu *quick look*⁹².

7.4.3. Rozstrzygnięcie w sprawie Leegin

Do opinii większości, przedstawionej przez sędziego Kennedy'ego przyłączyło się pięcioro sędziów. Pozostałych czterech członków składu orzekającego głosowało przeciwko jej przyjęciu, przyłączając się do zdania odrębnego sformułowanego przez sędziego Breyera. Opinię większości rozpoczynają obszernie rozważania na temat natury reguły rozsądku i standardu *per se*, stanowiące rekapitulację klasycznego orzecznictwa sądowego w tym zakresie. Sąd przypominał, że stosowanie normy wyrażonej w § 1 ustawy Shermana ograniczone jest do innych niż rozsądne ograniczeń handlu. Zatem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, standardem oceny, czy praktyka rynkowa ogranicza handel w stopniu sprzecznym z hipotezą tej normy jest reguła rozsądku. Ustalenie na jej podstawie, czy dana praktyka powinna zostać zakazana ze względu na to, że stanowi inne niż rozsądne ograniczenie konkurencji, wymaga zważenia wszystkich okoliczności sprawy⁹³. Dotyczy to między innymi: szczegółowych informacji odnoszących się

States Court of Appeals for the Fifth Circuit 2007 WL 621851 z 26 lutego 2007 r.; Brief for Anderson Economic Group, LLC as Amicus Curiae Supporting Respondent, 2007 WL 621852 (Appellate Brief) z 26 lutego 2007 r.; Brief of Amicus Curiae Consumer Federation of America in Support of Respondent, 2007 WL 621853 (U.S.) (Appellate Brief) z 26 lutego 2007 r.; Brief of Burlington Coat Factory Warehouse Corporation as Amicus Curiae in Support of Respondent, 2007 WL 621854 (U.S.) (Appellate Brief) z 26 lutego 2007 r.; Brief of the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Respondent, 2007 WL 621856 (U.S.) (Appellate Brief), z 26 lutego 2007 r.

91 Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioner, 2007 WL 173650 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.; Brief of the American Petroleum Institute as Amicus Curiae Supporting Petitioner, 2007 WL 160781 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.; Brief of CTIA – The Wireless Association as Amicus Curiae in Support of Petitioner, 2007 WL 160782 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.; Brief of PING, Inc. as Amicus Curiae in Support of Petitioner, 2007 WL 173680 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.; Brief of Amici Curiae Economists in Support of Petitioner, 2007 WL 173681 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

92 Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as Amici Curiae Supporting Neither Party, 2007 WL 173679 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.; argumenty zaprezentowane w opiniach *amicorum curiae* zostały szczegółowo omówione w rozdziale 11 poświęconym ekonomicznym skutkom RPM.

93 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), s. 49.

do danego przedsiębiorstwa oraz historii, natury i skutku badanej praktyki⁹⁴. Następnie należy zbadać, czy zaangażowane przedsiębiorstwa mają siłę rynkową⁹⁵. Jak wskazał Sąd,

poprzez swoją konstrukcję i funkcję, reguła [rozsądku – Ł. G.] pozwala rozróżnić pomiędzy ograniczeniami o skutku antykonkurencyjnym, które przynoszą konsumentowi szkodę, i ograniczeniami stymulującymi konkurencję w najlepszym interesie konsumenta⁹⁶.

Reguła *per se*, jak podkreślił Sąd, stosowana jest jako odstępstwo od zasady. Jej użycie eliminuje konieczność badania, czy dane ograniczenie ma rozsądny charakter „w świetle rzeczywistych sił działających na rynku”⁹⁷. Jej stosowanie ograniczone jest do praktyk, które zawsze lub niemal zawsze zmierzają do ograniczenia konkurencji⁹⁸, takich jak kartele cenowe i podziałowe. Zakaz *per se* może być stosowany jedynie względem praktyk o skutkach „jawnie antykonkurencyjnych”⁹⁹, które nie przynoszą „żadnej korzyści stanowiącej przeciwagę”¹⁰⁰. Tym samym, jak wskazano w opinii Sądu, reguła *per se* stosowana może być wyłącznie wtedy, gdy

sądy posiadają znaczące doświadczenie dotyczące danego typu ograniczenia i tylko wtedy, gdy mogą z pewnością przewidzieć, że jego ocena w ramach reguły rozsądku prowadziłaby zawsze lub prawie zawsze do jego zakazu¹⁰¹.

Sąd przytoczył następnie swoje słowa z wyroku w sprawie Khan: „wyrażaliśmy wstrzeźliwość w stosowaniu reguł *per se* względem ograniczeń nakładanych w kontekście relacji biznesowych, w których ekonomiczne skutki niektórych praktyk nie są oczywiste”¹⁰². Z kolei odejście od stosowania reguły rozsądku musi

94 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie State Oil Company v. Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc., 522 U.S. 3, s. 10.

95 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984), s. 768 oraz Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., 547 U.S. 28 (2006), s. 45–46.

96 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007), s. 886.

97 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988), s. 723.

98 *Ibidem*.

99 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977), s. 50 w oryginale: „manifestly anticompetitive effects”.

100 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985), s. 289 – w oryginale „lack of any redeeming virtue”.

101 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007), s. 887.

102 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie State Oil Company v. Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc., 522 U.S. 3, s. 10.

znaleźć uzasadnienie bardziej w „dającym się wykazać skutku ekonomicznym, aniżeli opierać się na formalistycznym rozróżnieniu”¹⁰³.

W dalszej kolejności Sąd przeszedł do zbadania, czy – w świetle wiedzy ekonomicznej – reguła Dr. Miles odpowiada powyższym kryteriom. Sędzia Kennedy przypomniał, że rozstrzygnięcie w tej sprawie oparte było na dwóch podstawach: obecnej na gruncie *common law* koncepcji ograniczenia prawa własności (ang. *alienation*) oraz na funkcjonalnym podobieństwie ocenianej praktyki do horyzontalnego porozumienia cenowego pomiędzy dystrybutorami. Sąd rozprawił się w pierw z pierwszą z nich. Wskazał, że rozumowanie oparte na koncepcji ograniczenia prawa własności nie da się pogodzić z nowszym orzecznictwem. Oznaczałoby to bowiem oparcie się na formalistycznej doktrynie prawnej, abstrahującej od „dającego się wykazać skutku ekonomicznego”¹⁰⁴. Następnie przypomniał swoje słowa z orzeczenia w sprawie *Business Electronics*, że wprawdzie użyty w ustawie Shermana termin „ograniczenie handlu” „sam w sobie nawiązuje do *common law*, lecz nie do jego statycznego znaczenia, które *common law* przypisywało mu w 1890 r.”¹⁰⁵ Jednocześnie wskazał, że koncepcja ograniczenia prawa własności, w momencie wydania wyroku w sprawie Dr. Miles, była nieadekwatna. Dotyczyła bowiem zasadniczo zakazu ograniczania obrotu nieruchomością w dłuższym okresie, a nie dystrybucji towarów¹⁰⁶.

Odnosząc się do rozumowania opartego na analogii pomiędzy RPM a kartelem z udziałem dystrybutorów, opinia większości wskazała, że późniejsze orzecznictwo wyraźnie rozróżniło pomiędzy porozumieniami pionowymi i poziomymi¹⁰⁷. Skoro argumenty, na których oparte zostało orzeczenie Dr. Miles nie uzasadniały objęcia RPM zakresem stosowania reguły *per se*, Sąd przeszedł do ustalenia, czy takim uzasadnieniem mogłyby być ekonomiczne skutki stosowania tego rodzaju praktyk. W tym celu dokonał obszernego przeglądu piśmiennictwa oraz też

103 *Notabene* Sąd powołał się tu na wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), s. 58–59.

104 Jak podkreślono w opinii, w sprawie Dr. Miles sąd oparł się na traktacie prawnym z 1628 r., a nie zdobył się na to, by szczegółowo przeanalizować motywy ekonomiczne, które mogły kierować dostawcą w 1911 r., gdy zdecydował się on na wprowadzenie zakazu *per se* ustalania cen odsprzedaży.

105 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988), s. 723.

106 Sąd zacytował przy tym ponownie jedną z tez wyroku w sprawie *GTE Sylvania*, zgodnie z którą „stan *common law* sprzed 400 lub nawet 100 lat nie ma znaczenia dla przedmiotu rozstrzygnięcia: skutku zastosowania prawa antytrustowego do pionowych ograniczeń dystrybucyjnych we współczesnej gospodarce amerykańskiej”; zob. wyrok z 23 czerwca 1977 r. w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), s. 53.

107 Sąd powołał przy tym rozumowanie przedstawione w wyroku w sprawie *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.* (485 U.S. 717 [1988], s. 734), które wyraźnie zanegowało koncepcję równości pomiędzy zakresem bezprawności *per se* porozumień pionowych i porozumień poziomych” oraz na wyrok Sądu Najwyższego z 18 czerwca 1982 r. w sprawie *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, (1982), w którym wskazano, że „ograniczenia horyzontalne zasadniczo mniej nadają się do obrony aniżeli poziome”.

zawartych w opiniach *amicorum curiae*¹⁰⁸. Z analizy tej wyniknął wniosek, że RPM, poprzez wyeliminowanie efektu gapowicza (*free riders effect*), może wpływać pozytywnie na konkurencję międzymarkową. Z kolei, zgodnie z przytoczoną przez Sąd Najwyższy tezą wyrażoną w sprawie Khan, „głównym celem prawa antytrustowego jest ochrona konkurencji tego rodzaju”¹⁰⁹. Jak wskazano w opinii większości sędziów, możliwe prokonkurencyjne skutki stosowania RPM przypominają skutki porozumień pionowych innych niż cenowe. Sąd wskazał zatem, że praktyka ta:

- 1) jest w stanie zwiększyć konkurencję międzymarkową poprzez ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej, skutkujące wyeliminowaniem efektu gapowicza, a tym samym zachęceniem dystrybutorów do podjęcia inwestycji poprawiających jakość sprzedaży oraz do podejmowania akcji promocyjnych celem wzmocnienia pozycji producenta (i jego towarów) względem jego konkurentów;
- 2) może zwiększyć paletę możliwości konsumentów, którzy będą mogli wybierać pomiędzy towarami sprzedawanymi tanio, w warunkach niskiego poziomu obsługi, a towarami drogimi, oferowanymi w warunkach obsługi wysokiej jakości;
- 3) może przyczynić się do nowych wejść na rynek, poprzez zapewnienie odpowiednich inwestycji, możliwych przy zagwarantowaniu dystrybutorom odpowiednio wysokiej marży zysku;
- 4) poprzez wyeliminowanie efektu gapowicza RPM może przyczynić się do powstania nowych usług okołosprzedażowych, których świadczenia dostawca nie byłby w stanie wyegzekwować od dystrybutorów bez zagwarantowania im odpowiedniej marży; RPM w tym kontekście pomaga wyegzekwować efektywność działań dystrybutora i pozwolić na wykorzystanie jego doświadczenia i inicjatywy w zakresie świadczenia wartościowych usług¹¹⁰.

108 Na poparcie swego stanowiska Sąd powołał się także na poglądy przedstawione na łamach piśmiennictwa, w tym: ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, ed. 1, Chicago 2006, s. 76; H. Hovenkamp, *The Antitrust...*, s. 184–191; R. Bork, *The Antitrust Paradox...*, s. 288–291; F. Scherer, D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, ed. 3, Boston 1990, s. 558; T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, November 1983, s. 170; P. Ippolito, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence From Litigation*, „Journal of Law & Economics” 1991, vol. 34, s. 292–293 oraz na opinię *amicorum curiae* W. Comanora i F. Scherera w sprawie Leegin (Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as Amici Curiae Supporting Neither Party, 2007 WL 173679 [U.S.] [Appellate Brief] z 22 stycznia 2007 r.).

109 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1997 r. w sprawie State Oil Company v. Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc., 522 U.S. 3, s. 15.

110 Por. przytoczone przez Sąd poglądy zawarte w: F. Mathewson, R. Winter, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, „Review of Industrial Organization” 1998, vol. 13, s. 74–75; B. Klein, K. Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, „Journal of Law & Economics” 1988, vol. 31, s. 295; R. Deneckere, H. Marvel, J. Peck, *Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance*, „Quarterly Journal of Economics” 1996, vol. 111, s. 911.

Z drugiej strony ustalanie minimalnych cen odsprzedaży może nieść za sobą skutki antykonkurencyjne, albowiem, jak wskazał w opinii sędzieja Kennedy, „bezprawne ustalanie cen, dokonane wyłącznie w celu osiągnięcia renty monopolistycznej, stanowi nieustającą pokusę”¹¹¹. Do potencjalnych negatywnych skutków RPM Sąd zaliczył:

1. Zwiększenie prawdopodobieństwa wystąpienia skutków skoordynowanych poprzez zwiększenie przejrzystości rynku, a tym samym ułatwienie tworzenia karteli między producentami; RPM może w tym przypadku ułatwiać nadzór nad stosowaniem się członków kartelu do podjętych ustaleń cenowych;
2. Zniechęcanie dostawcy do dokonywania obniżek cen, po których sprzedają oni towary dystrybutorom, a w konsekwencji podwyżka cen detalicznych;
3. Możliwość wykorzystania przez dystrybutorów RPM jako narzędzia wspomagającego koordynację ich polityk cenowych; wówczas praktyka ta ma wyłącznie antykonkurencyjny charakter, służąc osiągnięciu wyższych zysków przez nieefektywnych dystrybutorów;
4. Możliwość wystąpienia skutków wykluczających w przypadku narzucenia cen odsprzedaży towarów przez stronę dysponującą siłą rynkową; dostawca dysponujący taką siłą może, poprzez narzucenie dystrybutorowi cen odsprzedaży, zniechęcić go do dystrybucji towarów konkurencji; z kolei dominujący dystrybutor może w ten sposób zapobiegać innowacjom w dystrybucji, które mogłyby wpłynąć na redukcję kosztów.

Sąd przypomniał przy tym, że porozumienia horyzontalne zarówno w układzie pomiędzy konkurującymi dystrybutorami, jak i pomiędzy konkurującymi dostawcami, są zakazane *per se*. Jeśli zatem ustalenie minimalnych cen odsprzedaży służy ich osiągnięciu, powinno zostać uznane za zakazane również na podstawie reguły rozsądku. Istnienie porozumienia pionowego może także, jak zaznaczył Sąd, stanowić dowód wspomagający tezę o istnieniu kartelu. Podsumowując, jak podkreślono w opinii większości sędziów, potencjalne antykonkurencyjne skutki cenowych porozumień pionowych nie powinny być ignorowane ani lekceważone.

Bez względu na to, z analizy potencjalnych pro- i antykonkurencyjnych skutków RPM, Sąd Najwyższy wywiódł wniosek, że praktyka ta nie odpowiada wymogom, które orzecznictwo stawia ograniczeniom konkurencji zakazanym *per se*. Skutki stosowania tego rodzaju praktyk uzależnione są bowiem od okoliczności rynkowych. Nie można przy tym twierdzić, że pozytywne skutki ich stosowania są „nieczęste lub hipotetyczne”¹¹².

Sąd nie zgodził się z argumentem pełnomocników PSKS, jakoby RPM powinno zostać objęte zakresem stosowania reguły *per se* ze względów administracyjnych,

111 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), s. 892.

112 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), s. 894.

rozumianych w tym przypadku jako zwiększenie pewności prawnej oraz zmniejszenie obciążeń spoczywających na stronach postępowania i na systemie sądownictwa. Po pierwsze, zdaniem Sądu, takie rozumowanie sugerowałoby, że to nie stosowanie reguły rozsądku, a *per se* jest zasadniczym standardem oceny naruszeń § 1 ustawy Shermana. Po drugie, choć stosowanie reguły *per se* może wpływać na obniżenie kosztów administracyjnych, to poprzez eliminowanie z systemu praktyk o charakterze prokonkurencyjnym może zwiększać ogólne koszty jego funkcjonowania. Może także wpłynąć na podwyższenie obciążeń spoczywających na systemie sądownictwa, poprzez zachęcanie do wytaczania lekkomyślnych powództw przeciwko uzasadnionym praktykom¹¹³.

Sąd uznał także za nietrafiony argument, jakoby RPM powinno być zakazane ze względu na to, że prowadzi do wzrostu cen towarów dostawcy. Taka konkluzja była, według Sądu, niewystarczająca przede wszystkim dlatego, że nie uwzględniała całokształtu okoliczności dotyczących rzeczywistego wpływu RPM na konkurencję na rynku. Efekt w postaci wyższych cen towarów danego producenta nie musi bowiem przekładać się na ogólny wzrost poziomu cen, a możliwy towarzyszący mu wzrost konkurencji międzymarkowej może w efekcie doprowadzić do ich spadku. Sąd wskazał także, że argumenty Leegin nie uwzględniają wspólnoty interesów producentów i konsumentów co do wysokości marży należnej dystrybutorowi. Producenci nie są bowiem zainteresowani jej zwiększeniem, albowiem w takim wypadku konsumenci przerzuciliby się na zakupy towarów substytucyjnych. Ponadto wzrost cen nie powinien być rozumiany jako jedyne kryterium, decydujące o antykonkurencyjnym charakterze określonej praktyki rynkowej. Wysiłki podejmowane w celu wypromowania towaru lub poprawy jego jakości zwykle skutkują wzrostem cen, lecz mimo to mogą prowadzić do zwiększenia popytu na towar. Takie same efekty, zdaniem Sądu, może mieć RPM.

Następnie Sąd odniósł się szeroko do problemu zgodności ewentualnej zmiany linii orzeczniczej opartej na regule Dr. Miles z zasadą *stare decisis*. Rozważania te nie mają jednak istotnego znaczenia dla osiągnięcia celu opracowania i zostaną w związku z tym pominięte. Poprzestać należy jedynie na konkluzji Sądu, że zasada ta nie stoi na przeszkodzie uchyleniu stosowania reguły Dr. Miles.

Podsumowując, większością pięciu głosów do czterech, Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego i uznał, że praktyka ustalania minimalnych cen odprzedaży powinna być oceniana z użyciem reguły rozsądku. Opinia większości sędziów zawierała wskazówki dla sądów niższych instancji dotyczące okoliczności, jakie powinny być brane pod uwagę przy ocenie dopuszczalności RPM dokonywanej na podstawie nowego standardu. Są to:

113 Sąd Najwyższy nawiązał także do tezy z wyroku w sprawie GTE Sylvania, w którym wskazał, że korzyści o charakterze administracyjnym „same z siebie nie uzasadniają stosowania reguły *per se*” – por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977), s. 50.

- 1) liczba producentów, którzy stosują RPM na danym rynku – jeśli jest ich niewiele i nie dysponują oni siłą rynkową, istnieje niewielkie prawdopodobieństwo, by praktyka ta sprzyjała zawiązaniu kartelu. Podobnie, gdy na konkurencyjnym rynku jest tylko jeden podmiot stosujący RPM. *A contrario*, większa liczba producentów stosujących praktykę i dysponujących siłą rynkową zwiększa prawdopodobieństwo powstania skutków antykonkurencyjnych;
- 2) alokacja inicjatywy zawarcia porozumienia – większe prawdopodobieństwo powstania antykonkurencyjnych skutków zachodzi wtedy, gdy inicjatorami porozumienia są dystrybutorzy. Wówczas bowiem istnieje możliwość, że praktyka ta sprzyjać będzie zawiązaniu przez dystrybutorów kartelu lub że służyć ona będzie nieefektywnemu dominującemu dystrybutorowi. Z kolei, jeśli RPM nastąpiło z inicjatywy producenta niepoddanego presji ze strony dystrybutorów, szanse na wystąpienie antykonkurencyjnych skutków są mniejsze;
- 3) posiadanie siły rynkowej przez producenta lub dystrybutora – brak siły rynkowej po stronie dystrybutora zwiększa prawdopodobieństwo prowadzenia przez producenta sprzedaży za pośrednictwem innych konkurujących dystrybutorów. Z kolei brak siły rynkowej po stronie producenta sprawia, że nie jest on w stanie stosować RPM w celu pozbawienia innych producentów dostępu do sieci dystrybucji.

Zdaniem Sądu strona, która wniosłaby powództwo przeciwko podmiotowi stosującemu RPM, dysponowałaby, co do zasady, informacjami i zasobami niezbędnymi, by wykazać istnienie porozumienia i jego zakres. Gdy sądy nabędą doświadczenia w stosowaniu reguły rozsądku względem RPM, będą w stanie, jak wskazano w opinii,

wypracować strukturę postępowania w ten sposób, by zapewnić jej funkcjonowanie oraz by wyeliminować z rynku praktyki o charakterze antykonkurencyjnym oraz zapewnić więcej pewności prawnej dla przedsiębiorstw. Mogą one wypracować reguły dowodowe, a nawet, tam gdzie to uzasadnione, domniemania w celu uczynienia z reguły rozsądku uczciwego i efektywnego narzędzia egzekucji zakazu praktyk antykonkurencyjnych, przy jednoczesnym dopuszczeniu stosowania praktyk prokonkurencyjnych¹¹⁴.

7.4.4. Zdanie odrębne w sprawie Leegin

Zdanie odrębne przygotował sędzia Breyer, a przyłączyli się do niego sędziowie Stevens, Souter i Ginsburg. Znaczna jego część odnosi się do kwestii możliwości odstąpienia od reguły *Dr. Miles* w świetle zapadłego wcześniej orzecznictwa oraz zasady *stare decisis*. Niemniej, jak wskazał autor opinii mniejszości, nawet gdyby rozstrzygnięcie miało zapaść z pominięciem dotychczasowego orzecznictwa, miałby

114 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), s. 898 i 899.

trudności z decyzją, czy RPM powinno być oceniane w ramach *per se*, czy reguły rozsądku. Na potwierdzenie tych słów przedstawił wnioski dotyczące: anty- i prokonkurencyjnych efektów RPM oraz do administracyjnych problemów związanych ze stosowaniem reguły rozsądku względem tego rodzaju praktyki.

Sędzia Breyer, odnosząc się do wniosków płynących z literatury ekonomicznej podkreślił, że RPM może wywoływać poważne negatywne efekty dla konkurencji. W odniesieniu do dystrybutorów mogą one skutkować osłabieniem lub eliminacją konkurencji cenowej pomiędzy nimi oraz uniemożliwić im właściwe reagowanie na zmiany popytu. RPM może także zachęcać dystrybutorów do zastępowania konkurencji cenowej konkurencją w obszarze usług, powodując nadmierną alokację zasobów w tym obszarze. Może także ograniczać rozwój najbardziej efektywnych dystrybutorów konkurujących niską ceną i hamować ekspansję nowych, bardziej efektywnych sposobów dystrybucji. W odniesieniu do producentów, RPM może skutkować ułatwieniem koordynacji zachowań rynkowych w sektorach gospodarki o silnie skoncentrowanej strukturze. Umożliwia bowiem łatwiejszą identyfikację konkurentów niestosujących się do ustaleń. Jednocześnie producent, który zmniejsza cenę hurtową i pozostaje przy dotychczasowych ustaleniach co do cen odsprzedaży, nie zwiększa swoich zysków. Obniżka ta nie zostaje bowiem przeniesiona na konsumenta i nie skutkuje zwiększeniem popytu. Na poparcie tezy o negatywnym skutku RPM dla konkurencji sędzia Breyer przytoczył dane empiryczne dotyczące skutków stosowania ustawodawstwa uczciwego handlu. Zgodnie z nimi w stanach, w których RPM było wówczas dozwolone, ceny detaliczne były wyższe o 19–27% od cen w 14 stanach, w których praktyki te pozostały zakazane.

Do prokonkurencyjnych efektów RPM autor zdania odrębnego zaliczył ułatwienie nowemu producentowi wejścia na rynek oraz niwelowanie efektu gapowicza. W sytuacji, gdy RPM jest inicjowane przez producenta, pojawienie się skutków pozytywnych dla konkurencji jest bardziej prawdopodobne. Celem producenta jest bowiem stymulowanie konkurencji cenowej pomiędzy dystrybutorami jego wyrobów, co służy wzrostowi sprzedaży, a tym samym zysków producenta. Jeśli mimo to producent decyduje się na RPM, musi to oznaczać, że służy ono osiągnięciu innych celów, takich jak umożliwienie wejścia na rynek lub zapobiegnięcie efektowi gapowicza.

W rezultacie, jak podkreślono w opinii mniejszości, RPM rzeczywiście może mieć zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki dla konkurencji. Kluczowym pytaniem jest jednak – jak często one występują? O ile, zdaniem sędziego Breyera, liczne analizy ekonomistów sugerują, jakoby negatywne skutki RPM „występowały z pewną regularnością”, w szczególności gdy praktyka ta inspirowana była przez dystrybutorów, to częstotliwość występowania skutków pozytywnych jest ciągle przedmiotem sporów ekonomistów. Zdaniem S. Breyera, efekt gapowicza występuje w praktyce jedynie „czasami”. Z kolei sądy nie są w stanie skutecznie zidentyfikować sytuacji, w których korzyści mogłyby przeważać nad potencjalnymi szkodami dla konkurencji. Po pierwsze, niełatwo jest ustalić, kto był inspiratorem RPM, ani określić okoliczności, w których efekt gapowicza jest na tyle poważny, by wymagał odpowiedzi

prawnej. Z kolei zastosowanie proponowanych przez niektórych autorów testów oceny zgodności RPM z prawem konkurencji w ramach ustrukturyzowanej reguły rozsądku byłoby, zdaniem S. Breyera, trudne w praktyce. Wymagałoby to długich sporów z udziałem biegłych, przedstawiających złożone, abstrakcyjne i technicyzowane analizy rynkowe, z reguły niezrozumiałe dla sędziów i ławników. Brak czytelnej reguły odnośnie do dopuszczalności danej praktyki zniechęca także organy konkurencji do podejmowania postępowań karnych, co zachęca przedsiębiorców do stosowania niekorzystnych praktyk rynkowych.

W związku z tym, według S. Breyera, można by co najwyżej rozważyć nieznaczną zmianę w zakresie obowiązującej reguły *per se*, tak by wyłączyć spod zakazu nieliczne łatwiejsze do identyfikacji i przejściowe przejawy stosowania RPM w celu ułatwienia wejścia na rynek. Takie stanowisko byłoby jednak zasadne wyłącznie, gdyby nie brać pod uwagę wcześniejszego orzecznictwa. Zdaniem sędziego Breyera, w okresie kilku poprzednich dekad nie doszło do zmiany okoliczności istotnej na tyle, by uzasadnić modyfikację utrwalonej reguły orzeczniczej. Dodatkowo, jak wynikało z faktu uchylecia ustaw McGuire'a i Millera–Tydingsa, intencją Kongresu było ustanowienie zakazu *per se* ustalania minimalnych cen odsprzedaży. Jednocześnie brak jest okoliczności, które mogłyby zadecydować o wyłomie od zasady *stare decisis*. Konkludując, S. Breyer wskazał, że jedyną predykcją, którą można bezpiecznie postawić jest stwierdzenie, że wydanie wyroku w sprawie Leegin doprowadzi do wzrostu cen detalicznych i spowoduje poważne prawne turbulencje, związane z wypracowywaniem przez sądy niższych instancji reguł nadających się do zastosowania.

7.5. Reakcja na wyrok w sprawie Leegin

7.5.1. Poglądy doktryny i reakcja opinii publicznej

Wyrok w sprawie Leegin ustalił nowy standard oceny dopuszczalności RPM na gruncie federalnego prawa antytrustowego. Od tej pory wszystkie pionowe porozumienia cenowe oceniane są według reguły rozsądku. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego spotkało się z niejednorodną reakcją. Na płaszczyźnie piśmiennictwa, przynajmniej w pierwszych miesiącach po wydaniu wyroku, liczne były głosy aprobujące, choć nie brakło też krytycznych. Zwolennicy rozstrzygnięcia z zadowoleniem przyjęli odejście od stosowania standardu oceny, ich zdaniem, anachronicznego i nieznajdującego uzasadnienia tak z punktu widzenia poglądów nauk ekonomicznych, jak i aktualnych ram prawnych¹¹⁵. Oponenti zwracali uwagę, że

115 B. Klein, *Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding*, „Antitrust Law Journal” 2009, vol. 76, s. 431 i n.; H. Marvel, *Resale Price Maintenance and the Rule of Reason*,

odejście od stosowania reguł *per se* względem RPM może skutkować obniżeniem poziomu konkurencji na rynku i wzrostem cen¹¹⁶. Pojawiły się także ostrzeżenia, jakoby stosowanie pełnej reguły rozsądku skutkowało miało w praktyce domniemaniami legalności RPM¹¹⁷. Krytykowano też Sąd Najwyższy za zbyt lakoniczne wskazówki odnośnie do stosowania reguły rozsądku względem RPM¹¹⁸ oraz za błędną interpretację zasady *stare decisis*¹¹⁹.

-
- „Antitrust Source”, June 2008, vol. 7, s. 1; A. Meese, *Assorted Anti-Leegin Canards: Why Resistance is Misguided and Futile*, „Florida State University Law Review”, Summer 2013, vol. 40, s. 907; B. Clark, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 127 S. Ct. 2705 (2007)*, „Ohio Northern University Law Review” 2008, vol. 34, s. 667–668; P. Ellis, *Leegin Creative Leather Products v. PSKS and Vertical Restraints*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation”, Winter 2009, vol. 34, s. 599–600; A. Doty, *Leegin v. PSKS: New Standard, New Challenges*, „Berkeley Technology Law Journal” 2008, vol. 23, s. 671–672; J. Olszewski, *Overruling Nearly a Century-Old Precedent: Why Leegin Got it Right*, „Iowa Law Review” 2008, vol. 94, s. 388; T. Arthur, *The Core of Antitrust and the Slow Death of Dr. Miles*, „South Methodist University Law Review”, Spring 2009, vol. 62, s. 491; S. Mason, *The Price is Right*, „Los Angeles Lawyer”, April 2009, vol. 32, s. 34.
- 116 R. Hubbard, *Protecting Consumers Post-Leegin*, „Antitrust”, Fall 2007, s. 41; J. Taralson, *What Would Sherman Do? Overturning the Per Se Illegality of Minimum Vertical Price Restraints Under the Sherman Act in Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Was not as Reasonable as it Seemed*, „Hamline Law Review”, Spring 2008, vol. 31, s. 549; M. Brunell, *Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in Action*, „Antitrust Bulletin” 2007, vol. 52, s. 475 i n.; C. Kelly, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: The Final Blow to the Use of Per Se Rules in Judging Vertical Restraints – Why the Court Got It Wrong*, „Northern Illinois University Law Review”, Summer 2008, vol. 28, s. 593; C. Clark, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: Loosening The Belt On Price Fixing*, „Mercer Law Review”, Winter 2008, vol. 59, s. 782; G. Feldman, *The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis*, „American University Law Review” 2009, vol. 58, s. 564; M. Bauer, *Whither Dr. Miles?*, „Loyola Consumer Law Review” 2007, vol. 20, s. 16 i n.; A. Martin, *The American Consumer Is not Well: Where Is Dr. Miles? [Leegin Creative Leather Prods., Inc. V. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007)]*, „Washburn Law Journal”, Winter 2008, vol. 47, s. 595–601; J. Casey, *The Rule of Reason After Leegin: Reconsidering the Use of Economic Analysis in the Antitrust Arena*, „Suffolk University Law Review” 2009, vol. 42, s. 937–938; E. Cavanagh, *Vertical Price Restraints After Leegin*, „Loyola Consumer Law Review” 2009, vol. 21, s. 18; L. McMillian, *The Proper Role of the Courts: The Mistakes of the Supreme Court in Leegin*, „Wisconsin Law Review” 2008, s. 405 i n.
- 117 M. Fiala, S. Westrich, *Leegin Creative Leather Products: What Does the New Rule of Reason Standard Mean for Resale Price Maintenance Claims?*, „Antitrust Source”, August 2007, vol. 6, s. 3; M. Lao, *Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and Free Rider Issues*, „Antitrust Bulletin” 2010, vol. 55, s. 507; C. Kelly, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. ...*, s. 635–640; N. McGuire, *An Antitrust Narcotic: How the Rule of Reason is Lulling Vertical Enforcement to Sleep*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 2012, vol. 45, s. 1225 i n.; E. Cavanagh, *Vertical...*, s. 18.
- 118 M. Fiala, S. Westrich, *Leegin...*, s. 3–4; W. Grimes, *The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2008, vol. 75, s. 468; A. Opalenik, *Guiding the Lower Courts in the Aftermath of Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, „Capital University Law Review”, Summer 2009, vol. 37, s. 1225; E. Cavanagh, *Vertical...*, s. 19.
- 119 A. Opalenik, *Guiding...*, s. 1225.

Na zmianę orzecznictwa zareagował także rynek, choć trudno oszacować skalę tej reakcji. Na łamach prasy pojawiły się artykuły dotyczące zapowiedzi zmiany polityki dystrybucyjnej producentów niektórych towarów, w tym urządzeń elektronicznych i oświetleniowych, gospodarstwa domowego czy nawet pokarmu dla zwierząt. W roku 2012 Sony i Samsung zapowiedziały wprowadzenie nowych, opartych na RPM, systemów dystrybucji odbiorników telewizyjnych¹²⁰. Takie podejście wywołało na ogół negatywne reakcje społeczne, co z kolei spotkało się z odpowiedzią ze strony polityków tak na szczeblu stanowym, jak i federalnym.

Wyrok Leegin wywołał silną opozycję ze strony przedstawicieli Partii Demokratycznej w Kongresie, którzy uważali, że konsekwencją jego wydania będzie wzrost cen ze szkodą dla dobrobytu konsumenta. Z inicjatywy senatora H. Kohla – szefa Senackiego Podkomitetu Sądowniczego ds. Antytrustu, Polityki Konkurencji i Praw Konsumenta, oraz senatorów J. Bidena i H. Clinton, podjęto w styczniu 2009 r. inicjatywę legislacyjną zmierzającą do uchwalenia *Discount Pricing Consumer Protection Act*¹²¹. Ustawa ta miała uchylić wyrok Leegin i spowodować ponowne objęcie praktyki minimalnego ustalania cen odsprzedaży zakresem reguły *per se*. Inicjatywa ustawodawcza spotkała się ze wsparciem najważniejszych organizacji konsumenckich Stanów Zjednoczonych – Consumer Federation of America, Consumers Union i National Consumers League, które wspólnie z American Antitrust Institute i U.S. Public Interest Research Group wystosowały wspierającą ją list do Izby Reprezentantów Kongresu Stanów Zjednoczonych. Ustawy nie udało się jednak poddać pod głosowanie w 111. Kongresie, w związku z czym ponownie wprowadzono ją pod obrady dwa lata później, już w kolejnej kadencji Kongresu. I tym razem, pomimo akceptacji Senackiego Komitetu Sądownictwa wydanej w listopadzie 2011 r., ustawa ta nie doczekała się uchwalenia¹²². Dalsze próby uchylenia wyroku Leegin w drodze legislacji nie zostały podjęte.

7.5.2. Reakcja stanów na zmianę podejścia względem RPM

7.5.2.1. Kwestia związania stanów federalnym prawem antytrustowym

Dla celów rekonstrukcji obowiązującego stanu prawnego kluczowe znaczenie ma jednak reakcja ze strony stanów, a konkretnie to czy, a jeśli tak to w jakim zakresie, dostosowały one stanowe systemy prawa antytrustowego do nowej rzeczywistości prawnej. I tak przypomnieć trzeba, że od początku większość stanów opowiadała

120 Por.: A. Zimmermann, *Sony, Samsung Rein In Retailers' Discounts on TVs*, „The Wall Street Journal”, 23 maja 2012 r., artykuł dostępny pod adresem: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304791704577420383631021786> (dostęp: 12.03.2016).

121 <https://www.govtrack.us/congress/bills/111/hr3190/text/ih> (dostęp: 12.03.2016).

122 <https://www.govtrack.us/congress/bills/112/hr3406/text/ih> (dostęp: 12.03.2016).

się za utrzymaniem reguły Dr. Miles, o czym świadczy opinia *amicorum curiae* złożona wspólnie przez 27 spośród nich¹²³. Po wydaniu wyroku, stany stanęły przed wyborem, czy na gruncie stanowych porządków prawnych stosować w dalszym ciągu zakaz *per se* pionowych porozumień cenowych, co doprowadziłoby do powstania niespójności ich regulacji z federalnym prawem antymonopolowym, czy też zmienić dotychczasowe podejście? Przy tym dopuszczalność odmiennego niż w prawie federalnym uregulowania zakazu RPM bądź jedynie przyjęcie odmiennego sposobu jego stosowania na gruncie prawa stanowego jest przedmiotem debaty¹²⁴.

Relacja pomiędzy stanowymi porządkami prawnymi a federalnym prawem antytrustowym w obszarze dopuszczalności RPM jest złożona. Większość systemów stanowego prawa antytrustowego przyjmuje, czy to na gruncie legislacji stanowej, czy też orzecznictwa stanowych sądów, zasadę harmonizacji federalnego i stanowego prawa antytrustowego (odpowiednio tzw. *Federal harmonization clauses* i *Federal harmonization cases*). Redakcja owych klauzul oraz koncepcji orzeczniczych jest niejednorodna¹²⁵. W odniesieniu do niektórych stanów, np. Alaski, przyjęto, że orzecznictwo federalne stanowić może drogowskaz dla sądów stanowych w sprawach z zakresu antytrustu¹²⁶. Z kolei w przypadku Delaware Sąd Najwyższy tego stanu wskazał wyraźnie, że jest „oczywiste, iż stanowe prawo antytrustowe powinno być stanowione w sposób zharmonizowany z prawem federalnym”¹²⁷. W odniesieniu do znakomitej większości stanowych systemów prawa antytrustowego prawdziwe pozostaje stwierdzenie, że choć zasadą jest ich harmonizacja z prawem federalnym, nie stają one na przeszkodzie wprowadzeniu odstępstw od niej w odpowiednio uzasadnionych przypadkach¹²⁸.

123 Pod opinią podpisali się przedstawiciele następujących stanów: Nowy York, Alaska, Arkansas, Connecticut, Delaware, Floryda, Hawaje, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nowy Meksyk, Północna Karolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Południowa Karolina, Południowa Dakota, Utah, Vermont, Washington, Zachodnia Virginia i Wyoming.

124 Por. m.in. K. Brockmeyer, *State Regulation of Resale Price Maintenance on the Internet: the Constitutional Problems with the 2009 Amendment to the Maryland Antitrust Act*, „Washington and Lee Law Review”, Summer 2010, s. 1111.

125 Por. M. Lindsay, *From the Prairie to the Ocean: More Developments in State RPM Law*, Antitrust Source, August 2012, s. 1–6 i i–xv (załącznik – tabela); więcej na ten temat w rozdziale 5.

126 Wyrok Sądu Najwyższego Alaski w sprawie *Alakayak v. B.C. Packers, Ltd*, 48 P.3d 432 (Alaska 2002), s. 448; zob. także wyrok tego samego sądu w sprawie *West v. Whitney-Fidalgo Seafoods, Inc.*, 628 P.2d 10 (Alaska 1981).

127 Wyrok Sądu Najwyższego Delaware w sprawie *Hammermill Paper Co. v. Palese*, 1983 WL 19786.

128 Takie sytuacje już zresztą występowały, między innymi w odniesieniu do działań niektórych stanowych sądów i legislatur służących odstąpieniu od stosowania doktryny Illinois Brick. Doktryna ta, ustanowiona przez Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Illinois Brick v. Illinois* (431 U.S. 720 [1977]) uniemożliwiła skuteczne wystąpienie pośrednim nabywcom towarów z roszczeniem odszkodowawczym z tytułu szkody antymonopolowej. Do dzisiaj orzecznictwo lub ustawodawstwo trzydziestu kilku stanów, w tym Nowego Jorku i Kalifornii, w sposób

7.5.2.2. Pierwsze reakcje stanów na wyrok w sprawie Leegin

W momencie wydania wyroku w sprawie Leegin, orzecznictwo stanowe niemal wszystkich stanów uznawało RPM za zakazane *per se*. Wyjątkiem było orzecznictwo Stanu Illinois, które od lat osiemdziesiątych XX w. oceniało dopuszczalność tych praktyk na podstawie reguły rozsądku¹²⁹. Niektóre spośród stanowych ustaw antytrustowych obejmowały przepisy bądź to wprost zakazujące minimalnego RPM¹³⁰, bądź zawierania porozumień cenowych w ogólności, bez rozróżnienia pomiędzy porozumieniami horyzontalnymi i wertykalnymi¹³¹. W Stanie Arizona natomiast tego rodzaju ogólny zakaz porozumień cenowych wyrażony został dodatkowo w stanowej konstytucji¹³².

O poglądach większości stanów na sytuację prawną po wydaniu wyroku w sprawie Leegin świadczy poparcie udzielone w październiku 2009 r. przez 38 stanowych prokuratorów generalnych dla projektu *Discount Pricing Consumer Protection Act*. W listach adresowanych do Kongresu Stanów Zjednoczonych, wskazywali oni na dotychczasowe, ich zdaniem negatywne, doświadczenia związane z upowszechnieniem RPM w okresie obowiązywania orzecznictwa uczciwego handlu¹³³. Część stanów nie poprzestała jednak na wspieraniu federalnych inicjatyw legislacyjnych. I tak w kwietniu 2009 r. stan Maryland przyjął nowelizację stanowej ustawy antytrustowej (*Maryland Antitrust Act – MATA*)¹³⁴. Nowelizacją tą (tzw. *Leegin Repealer Act*), dodano do § 11-204(a)(1) MATA przepis o następującej treści:

Dla celów stosowania ustępu (a)(1) niniejszego paragrafu umowa, kombinacja lub zмова, która ustala cenę minimalną, poniżej której detalista, hurtownik lub dystrybutor nie może sprzedawać dobra lub usługi, stanowi inne niż rozsądne ograniczenie handlu¹³⁵.

wyraźny ustanowiło zasadę dopuszczalności pośrednich odszkodowań w stanowym prawie antytrustowym. Podjęte przez stany działania zostały ostatecznie uznane przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych za zgodne z prawem federalnym wyrokiem w sprawie *California et al. v. ARC America Corp. et al.*, 490 U.S. 93 (1989).

129 Wyrok Sądu Apelacyjnego Illinois w sprawie *People v. Keystone Automotive Plating Corp.*, 423 N.E. 2d 1246 (Ill. App. Ct. 1981).

130 Tak np. Montana – § 30-14-205 Montana Code Annotated.

131 Dotyczy to między innymi systemów antymonopolowych następujących stanów: Kalifornii, Connecticut, Hawajów, Illinois, Wirginii Zachodniej i New Hampshire.

132 Art. XIV § 15 Konstytucji Arizony z 2006 r.

133 List skierowany do senatorów Herba Kohla i Orrina G. Hacha dostępny pod adresem: http://naag.org/assets/files/pdf/signons/20091027.S_148.pdf; tożsamej treści list skierowany został do deputowanych Johna Conyersa i Lamara Smitha – dostępny pod adresem http://naag.org/assets/files/pdf/signons/20091027.HR_3190.pdf (dostęp: 15.04.2016).

134 *Maryland Commercial Law Code* 11-204(b).

135 Por. szczegółowe dane zgromadzone przez M. Lindsay'a w: M. Lindsay, *Contact Lenses and Contact Sports: An Update of State RPM Laws*, „Antitrust Source”, April 2017 (załącznik tabela – *Overview of State RPM*); idem, *From the Prairie...* załącznik – tabela oraz A. Barr, *Antitrust Federalism in Action – State Challenges to Vertical Price Fixing in the Post-Leegin World*, „Antitrust Source”, December 2009, vol. 9, No 2, s. 4.

Tym samym stan Maryland ustanowił zakaz *per se* ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów¹³⁶. Jak wyjaśnił A. Barr, Zastępca Prokuratora Generalnego Stanu Maryland, poza niechęcią obywateli Maryland do szerszego dopuszczenia praktyk ustalania cen odsprzedaży towarów, ważnym powodem nowelizacji było zapobieżenie prawdopodobnemu stosowaniu przez sądy stanowe reguły Leegin¹³⁷.

Uchwalenie nowelizacji spotkało się z niejednorodną reakcją. Niektórzy komentatorzy uznali, że powstała w wyniku jej uchwalenia głęboka rozbieżność pomiędzy prawem stanowym a federalnym może być niezgodna z *Konstytucją Stanów Zjednoczonych*. K. Brockmeyer argumentowała, że legislacja Stanu Maryland jest niezgodna z klauzulą handlową (*Dormant Commerce Clause*) wyrażoną w art. 1 § 8 akapit 3 *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*¹³⁸. Zgodnie z tezą autorki, przynajmniej na gruncie handlu internetowego, wprowadzenie zakazu *per se* RPM na gruncie prawa stanowego, oznacza niedozwoloną interwencję prawa stanowego w sferze regulacji prawa federalnego. Stanowisko to jest następstwem przyjętego założenia, zgodnie z którym przedsiębiorca prowadzący handel internetowy towarem objętym RPM nie był w stanie zapewnić, by konsument ze stanu objętego zakazem *per se* stosowania tej praktyki (w tym przypadku Maryland), mógł nabyć towar po cenie innej aniżeli ustalona. Jednocześnie, zdaniem autorki, ustawodawstwo stanowe tego rodzaju nie jest sprzeczne z klauzulą supremacyjną wyrażoną w art. 6 akapit drugi *Konstytucji USA*¹³⁹.

Wcześniej, bo już w roku 2007, o ewentualnej niekonstytucyjności stanowej legislacji zmierzającej do utrzymania obowiązywania zakazu *per se* minimalnego RPM na gruncie stanowych porządków prawnych, wypowiedział się M. Lindsay. Stwierdził on, że, w odróżnieniu od legislacji będącej przedmiotem oceny Sądu Najwyższego w sprawie *ARC America*, która dotyczyła instrumentów o charakterze proceduralnym, tego rodzaju ustawodawstwo mogłoby unicestwić stosowanie

136 Stan Maryland aktywnie zwalcza przejawy stosowania RPM, czego przykładem jest wniesienie w 2016 r. powództwa przez Prokuratora Generalnego tego stanu do stanowego sądu dystryktowego w sprawie RPM stosowanego przez Johnson & Johnson na rynku soczewek kontaktowych. Sprawa zakończyła się ugodą, na mocy której producent wycofał się ze stosowania tych praktyka na terenie Maryland – por. M. Lindsay, *Contact...*, s. 5. Więcej na temat ustalania cen odsprzedaży soczewek kontaktowych w USA w: G. Gundlach, R. Krotz, *Resale Price Maintenance After Leegin: The Curious Case Of Contact Lenses*, American Antitrust Institute Working Paper No 15-04, dostępny pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712418 (dostęp: 15.04.2017).

137 A. Barr, *Antitrust Federalism...*, s. 5.

138 K. Brockmeyer, *State Regulation of Resale Price...*, s. 1111. Zgodnie z treścią klauzuli handlowej Kongres ma prawo regulować obrót z zagranicą, między poszczególnymi stanami i plemionami Indian.

139 Zgodnie z treścią klauzuli supremacyjnej: „niniejsza konstytucja i zgodnie z nią wydane ustawy Stanów Zjednoczonych oraz wszystkie traktaty, które zostały lub zostaną zawarte z ramienia Stanów Zjednoczonych, stanowią najwyższe prawo krajowe. Jest ono wiążące dla sędziów każdego stanu, nawet gdyby było sprzeczne ze stanową konstytucją lub ustawą”.

„ważnej federalnej polityki”¹⁴⁰. Jednak, jak wskazał autor, można spodziewać się, że zarówno powodowie, jak i występujący przed sądami przedstawiciele stanów, podniosić będą, że Sąd Najwyższy w sprawie Leegin nie ustanowił zasady legalności RPM *per se*, a tym samym, że stanowe porządki prawne, które zakazują prokonkurencyjnego ustalania cen odsprzedaży, nie podlegają uchyleniu przez prawo federalne. Argument taki zasadzałby się na założeniu zbieżności celów prawa stanowego ustanawiającego zakaz *per se* ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów z prawem federalnym.

Odmienną ocenę przedstawił A. Barr, który – opierając się między innymi na analizie wyroku w sprawie *California v. ARC America*¹⁴¹ – wskazał, że Kongres ani bezpośrednio nie dokonał aktu preempcji, ani nawet nie wyraził „jasnego i oczywistego” zamiaru jego dokonania względem stanowego prawa antytrustowego. Jego zamiarem było bowiem to, by prawo federalne stanowiło jego uzupełnienie, a nie je zastąpiło¹⁴². Jednocześnie autor wskazał, że nowa regulacja RPM w stanie Maryland nie znajduje się w relacji niedającego się przewyżczyć konfliktu z prawem federalnym. Wyrok w sprawie Leegin nie uczynił bowiem RPM dozwolonym *per se*. Zatem zarówno regulacja stanowa ustanawiająca zakaz *per se* ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów, jak i doktryna Leegin, służą osiągnięciu tego samego celu, tj. „zapobieganiu antykonkurencyjnym zachowaniom i zapewnieniu odszkodowania ich ofiarom”¹⁴³.

Przeciwną drogą aniżeli Maryland poszedł stan Kansas, którego legislatura uchwaliła w roku 2013 nowelizację stanowej ustawy antytrustowej, która wprost wskazała, że dopuszczalność RPM ma być oceniana na podstawie reguły rozsądku¹⁴⁴. Działania te stanowiły pokłosie sprawy *O'Brien v. Leegin Creative Leather Products*, która zawisła przed Sądem Najwyższym Stanu Kansas¹⁴⁵. W sprawie tej sąd oparł się na wykładni przepisów stanowej ustawy antytrustowej¹⁴⁶ oraz na wcześniejszym orzecznictwie, uznając stanowy reżim prawny za całkowicie odręb-

140 M. Lindsay, *Resale Price Maintenance and the World After Leegin*, „Antitrust”, Fall 2007, vol. 22, s. 33.

141 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *California et al. v. ARC America Corp. et al.*, 490 U.S. 93 (1989).

142 A. Barr, *Antitrust...*, s. 8.

143 *Ibidem*, s. 9 oraz cytowana przez autora teza wyroku w sprawie *California v. ARC America*, 490 U.S. 93 (1989).

144 § 50-163(b)-(c) Kansas Statute Annotated. Nowelizacja ta dodała do ustawy przepis o brzmieniu: „zobowiązanie, umowa, porozumienie, trust lub kombinacja nie są uznane za trust na gruncie przepisów ustawy o ograniczeniu handlu Stanu Kansas, ani nie są uznane za bezprawne, nieważne, zabronione lub niewłaściwe na podstawie jakiegokolwiek przepisu tejże ustawy, jeżeli zobowiązanie to, umowa, porozumienie, trust lub kombinacja stanowią rozsądne ograniczenie handlu lub działalności gospodarczej”.

145 Wyrok Sądu Najwyższego Kansas w sprawie *O'Brien v. Leegin Creative Leather Products*, 294 Kan. 318 (Kan. 2012); przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie była ta sama polityka cenowa Leegin, która uznana została za dozwoloną przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie Leegin.

146 Kansas Restraint of Trade Act (KRTA), Kansas Statute Annotated § 50-101 i n.

ny względem prawa federalnego. W odróżnieniu od sądu niższej instancji, który oparł się na wyroku w sprawie Leegin i zastosował względem podlegającego ocenie ustalania cen odsprzedaży regułę rozsądku, Sąd Najwyższy Stanu Kansas uznał, że praktyka ta jest zakazana *per se*. Doprowadził w ten sposób do dywergencji pomiędzy prawem stanowym i federalnym, która została usunięta dopiero w wyniku wspomnianej nowelizacji prawa stanowego.

Odmienne ukształtowała się sytuacja prawna w stanie Connecticut, którego statut wprost zakazuje porozumień o ustalaniu i kontrolowaniu cen, nie różnicując przy tym pomiędzy praktykami w układzie pionowym i poziomym. Mimo to Sąd Najwyższy Connecticut orzekł, że nie znalazł żadnego powodu, by nie brać pod uwagę wyroku w sprawie Leegin jako precedensu federalnego¹⁴⁷. Podobnie Sąd Apelacyjny Luizjany orzekł, że ustalanie cen odsprzedaży podlega ocenie na podstawie reguły rozsądku¹⁴⁸.

7.5.2.3. Polityka stanów Nowy Jork i Kalifornia względem RPM

Na osobne omówienie zasługuje sytuacja w dwóch najludniejszych stanach USA, tj. Nowym Jorku i Kalifornii. Prawodawstwo antytrustowe stanu Nowy Jork w znacznym zakresie stanowi odwzorowanie ustawy Shermana. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego Stanu Nowy Jork, sądy niższej instancji obowiązane są wyklądać stanowe przepisy antytrustowe z uwzględnieniem prawa federalnego, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to uzasadnione względami polityki stanowej, treścią przepisu lub historią legislacji¹⁴⁹. Przepisy te nie odnoszą się jednak wprost do RPM. Czyni to natomiast przepis § 369-a ogólnego prawa gospodarczego Nowego Jorku (tzw. ustawa Donelly'ego), w myśl którego

jakakolwiek klauzula umowna, której skutkiem jest ograniczenie prawa zbywcy towaru do jego odsprzedaży po cenie niższej aniżeli cena ustalona przez zbywcę i producenta jest bezskuteczna i nie podlega dochodzeniu przed sądem¹⁵⁰.

Przepis ten nie nakłada jednak sankcji odszkodowawczej za tego rodzaju praktyki.

147 Wyrok Sądu Najwyższego Connecticut w sprawie *Navien America, Inc. v. Allen*, 2011 WL 3925729 (Conn. Super. Ct. Aug. 1, 2011).

148 Wyrok Sądu Apelacyjnego Luizjany w sprawie *Van Hoose v. Gravois*, 70 So. 3d 1017 (La. Ct. App. 2011).

149 Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanu Nowy Jork w sprawie *Sperry v. Crompton Corp.*, 863 N.E.2d 1012, 1018 (N.Y. 2007) oraz wyrok tego samego sądu w sprawie *Anheuser-Busch, Inc. v. Abrams*, 520 N.E.2d 535 (N.Y. 1988).

150 Ustawa Donelly'ego, *New York General Business Law § 340*. *Notabene* analogiczna regulacja zawarta jest także w prawie stanu New Jersey – zob. *New Jersey Statute Annotated § 56:4-1.1*.

W roku 2008, a zatem niedługo po wydaniu wyroku w sprawie Leegin, Prokurator Generalny Stanu Nowy Jork, do którego przyłączyli się Prokuratorzy Generalni Stanów Illinois i Michigan, wytoczył powództwo przed sądem federalnym dla południowego dystryktu stanu Nowy Jork, przeciwko producentowi mebli Herman Miller Inc. Zarzucono mu ustalanie minimalnych cen odsprzedaży towarów, stanowiące naruszenie stanowych systemów prawa antytrustowego¹⁵¹. Po zaledwie czterech dniach od wniesienia powództwa sprawa zakończyła się ugodą, na mocy której pozwany zobowiązał się do zapłaty powodowi odszkodowania w wysokości 750 000 dolarów¹⁵².

W roku 2010 Prokurator Generalny Stanu Nowy Jork wniósł do stanowego Sądu Najwyższego powództwo przeciwko producentowi poduszek i materacy Tempur Pedic, zarzucając mu ustalanie minimalnych cen odsprzedaży niektórych jego wyrobów, co stanowiło naruszenie przepisu § 369-a ogólnego prawa gospodarczego Nowego Jorku¹⁵³. Prokurator Generalny domagał się wydania przez Sąd nakazu zaprzestania praktyki oraz zwrotu nienależnego zysku. Sąd orzekł, że z analizy językowej ww. przepisu wynika, że nie czyni on RPM bezprawnym, a jedynie bezskutecznym. Wobec tego powództwo zostało oddalone. Orzeczenie to zostało utrzymane w apelacji¹⁵⁴. Wyrok ten jasno potwierdził, że ustawa Donelly'ego nie jest skutecznym narzędziem służącym eliminowaniu RPM z obrotu gospodarczego w stanie Nowy Jork. Warto jednak zauważyć, że po wydaniu wyroku w sprawie Leegin, jak do tej pory nie została podjęta próba wytoczenia powództwa w sprawie RPM na podstawie właściwych przepisów prawa antytrustowego stanu Nowy Jork. Pewne jest natomiast, że władze stanu pozostają niechętne szerszemu dopuszczeniu możliwości stosowania RPM na swoim terytorium.

W 2016 r. Prokurator Generalny Stanu Nowy Jork, do którego przyłączyli się Prokuratorzy Generalni Massachusetts, Pensylwanii, Ohio i Dystryktu Kolumbii, podjął podobne działania względem praktyk stosowanych przez ligę futbolu amerykańskiego NFL. Wprowadzony przez nią regulamin odsprzedaży biletów na mecze futbolowe ustanawiał obowiązek stosowania minimalnych cen równych nominalnej cenie zakupu. Sprawa zakończyła się ugodą, na mocy której NFL

151 Sprawa New York v. Herman Miller Inc., No 08 CV-02977, 2008-2 Trade Cases (CCH) 76,454 (S.D.N.Y., 2008).

152 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork zatwierdzający ugodę (*Stipulated Final Judgment and Consent Decree*) w sprawie New York v. Herman Miller Inc., No 08 CV-02977 (S.D.N.Y. Mar. 25, 2008).

153 Wyrok Sądu Najwyższego Stanu Nowy Jork w sprawie New York v. Tempur-Pedic Intl., Inc., 30 Misc. 3d 986 (N.Y. Sup. Ct. 2011). Sąd ten uznał ponadto, że powód nie przedstawił wystarczających dowodów, pozwalających ustalić, że doszło do zawarcia porozumienia o ustaleniu minimalnych cen odsprzedaży, a nie jedynie do jednostronnej praktyki objętej zakresem doktryny Colgate.

154 Wyrok Pierwszego Departamentu Wydziału Apelacyjnego Sądu Najwyższego Stanu Nowy Jork w sprawie New York v. Tempur-Pedic Intl., Inc., 95 A.D.3d 539 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 2012).

zrezygnowała z ww. postanowienia regulaminu w odniesieniu do biletów na mecze objęte jurysdykcją prokuratorów prowadzących postępowanie¹⁵⁵.

Podobne nastawienie wykazują władze Kalifornii. Stan Kalifornia ma własne ustawodawstwo antytrustowe – uchwaloną w roku 1907 ustawę Cartwrighta (*Cartwright Act*), stanowiącą jeden z najstarszych stanowych systemów prawa konkurencji¹⁵⁶. Ustawa ta miała w założeniu stanowić uzupełnienie dla obowiązującej dopiero od kilkunastu lat ustawy Shermana. W rezultacie rozwoju orzecznictwa, wykładnia ustawy Cartwrighta doprowadziła do przyjęcia w odniesieniu do niektórych typów praktyk, w tym RPM, restrykcyjnego podejścia¹⁵⁷. Wprawdzie ustawa Cartwrighta nie odnosi się odrębnie do pionowych porozumień cenowych, jednak w sposób wyraźny zakazuje wszelkich porozumień cenowych¹⁵⁸. Z kolei orzecznictwo stanowe odnoszące się do relacji przepisów ustawy Cartwrighta i ustawy Shermana jest niejednolite. Niektóre spośród starszych wyroków kalifornijskiego Sądu Najwyższego podkreślały silny związek pomiędzy stanowym a federalnym systemem prawa¹⁵⁹. W innych, nowszych wyrokach, Sąd ten wskazywał raczej na jedynie luźne relacje pomiędzy nimi¹⁶⁰.

Bez względu na to, po wydaniu wyroku w sprawie Leegin, Prokurator Generalny Stanu Kalifornia przyjął jednoznaczne stanowisko o nielegalności *per se* ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów na gruncie prawa stanowego. W roku 2010 wniósł do sądu stanowego powództwo zarzucając stosowanie tejeż praktyki

155 Attorney General of the State of New York Antitrust Bureau, Settlement Agreement, In the Matter of: NFL Ticketing Investigation, Assurance No 16-181, dostępna pod adresem: https://ag.ny.gov/sites/default/files/11.15.2016_-_nfl_tix_investigation_final.pdf (dostęp: 21.04.2016).

156 California Business & Professions Code § 16700 i n.

157 Por. wyrok Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie *Mailand v. Burckle*, (572 P.2d 1142 [Cal. 1978]), w którym Sąd uznał, że RPM w układzie pomiędzy franchisodawcą i franchisobiorcą zakazane są *per se* na gruncie ustawy Cartwrighta; niemniej w niektórych starszych wyrokach Sąd Najwyższy Kalifornii stosował względem oceny dopuszczalności RPM regułę rozsądku – zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie *D. Ghirardelli Co. v. Hunsicker*, 128 P. 1041 (Cal. 1912).

158 California Business and Professions Code § 16720 lit. (b), (d) i (e).

159 Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie *Mailand v. Burckle* (572 P.2d 1142 [Cal. 1978]) oraz wyrok tego samego Sądu w sprawie *Marin Cnty. Bd. of Realtors, Inc. v. Palsion*, 549 P.2d 833 (Cal. 1976), w którym Sąd uznał, że ustawa Shermana powinna być brana pod uwagę przy wykładni przepisów ustawy Cartwrighta ze względu na to, że oba te akty prawne wywodzą się z *common law*.

160 Wyrok Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie *Stan Kalifornia ex relatione Van de Kamp v. Texaco, Inc.*, 46 Cal.3d 1147 (1988) – jak wskazał Sąd w wyroku „Sądowa wykładnia ustawy Shermana jest zwykle pomocna, jednak nie ma bezpośredniej mocy dowodowej w odniesieniu do dowodzenia zamiarów stojących u podstaw wydania ustawy Cartwrighta”; Wyrok Wydziału 5, 1. Dystryktu Sądu Apelacyjnego Kalifornii w sprawie *Asahi Kasei Pharma Corp. v. CoTherix, Inc.*, 138 Cal. Rptr. 3d 620 (Cal. Ct. App. 2012) – Jak wskazał wówczas Sąd „Ustawa Cartwrighta nie wywodzi się z ustawy Shermana, lecz raczej z prawa innych stanów – Michigan i Teksas, a zakres i treść ustaw Cartwrighta i Shermana różnią się”.

producentowi kosmetyków – DermaQuest¹⁶¹. Sprawa nie została jednak merytorycznie rozpatrzona, albowiem zawarto ugodę, na mocy której DermaQuest wycofała się ze stosowania praktyki, zobowiązała do niestosowania jej w przyszłości oraz do poinformowania dystrybutorów o możliwości stosowania cen poniżej ceny minimalnej. Poniosła także koszty sądowe i odszkodowania w łącznej kwocie 120 000 dolarów.

Rok później Prokurator Generalny wniósł analogiczne powództwo przeciwko innemu producentowi kosmetyków Bioelements¹⁶². Również i w tym przypadku sprawa zakończyła się ugodą sądową, na mocy której producent zobowiązał się do wycofania się ze stosowania praktyki, poinformowania dystrybutorów o możliwości obniżania cen poniżej ustalonej wcześniej ceny minimalnej oraz do pokrycia kosztów sądowych i odszkodowania w łącznej kwocie 51 000 dolarów.

Na uwagę zasługują ponadto dwie sprawy rozstrzygnięte w roku 2013, w których sądy, odpowiednio – federalny Sąd Dystryktowy dla Centralnego Dystryktu Kalifornii i stanowy Sąd Apelacyjny, wypowiedziały się na temat sposobu oceny dopuszczalności RPM na gruncie ustawy Cartwrighta. W pierwszej z nich – *Darush v. Revision*, Sąd Dystryktowy postanowieniem zwrócił pozew uznając, że powód nie był w stanie uprawdopodobnić zarzutu stosowania RPM przez pozwanym. Odnosząc się jednak do kwestii wpływu wyroku Leegin na sposób stosowania prawa stanowego wskazał, że

[...] wyrok w sprawie Leegin dotyczył interpretacji ustawy federalnej, a nie ustawy Cartwrighta. Zgodnie z obowiązującym precedensem Sądu Najwyższego Kalifornii, pionowe ograniczenia cenowe są bezprawne *per se* na gruncie ustawy Cartwrighta¹⁶³.

Jednocześnie Sąd ten wskazał, że jednostronna praktyka sugerowania cen odsprzedaży, odpowiadająca znamionom doktryny Colgate, nie narusza tejże ustawy.

W sprawie *Alsheikh v. Superior Court*, Sąd Apelacyjny Stanu Kalifornia nie odniósł się merytorycznie do zarzutu ustalania cen minimalnych odsprzedaży, albowiem uznał, że powód nie był w stanie prawidłowo sformułować zarzutu. Wskazał jednak, że „rozstrzygnięcie w [sprawie] *Mailand v. Burckle*, zgodnie z którym pionowe porozumienia cenowe stanowią naruszenie *per se* ustawy Cartwrighta, stanowi obowiązujące prawo Kalifornii”¹⁶⁴.

161 Sprawa nr RG10497526 *California v. DermaQuest Inc.* (Cal. Super. Ct., Alameda Cty., February 23, 2010).

162 Sprawa nr 10011659 *California v. Bioelements, Inc.* (Cal. Super. Ct., Riverside Cty., January 11, 2011).

163 Postanowienie Sądu Dystryktowego dla Centralnego Dystryktu Kalifornii z 10 kwietnia 2013 r. w sprawie *Darush MD APC v. Revision LP*, No 12-cv-10296, 2013 WL 1749539 (C.D. Cal.).

164 Wyrok Sądu Apelacyjnego Kalifornii w sprawie *Alsheikh v. Superior Court* CA2/5, B249822 (Cal. Ct. App. 2013).

Powyższe sprawy potwierdziły, że na gruncie prawa stanu Kalifornia, mimo wydania wyroku w sprawie Leegin, nadal stosowane jest restrykcyjne podejście względem RPM. W odniesieniu do pozostałych stanów, jedynie w przypadku systemów prawa Tennessee i Illinois można mówić o pewnym wyklarowaniu się sytuacji prawnej. W przypadku pierwszego z nich doszło do tego w sprawie zawisłej wprawdzie przed sądem federalnym, jednak mającej za przedmiot wstępne rozpoznanie zarzutów naruszenia zarówno ustawy Shermana, jak i stanowego ustawodawstwa antytrustowego stanu Tennessee¹⁶⁵. W sprawie tej wniesiony został pozew zbiorowy przeciwko Leegin w związku ze stosowaniem tej samej polityki cenowej, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w wyroku z roku 2007. Sąd Federalny dla Wschodniego Dystryktu Tennessee powołał się na tenże wyrok, wskazując że na gruncie prawa federalnego właściwym standardem oceny dopuszczalności RPM jest reguła rozsądku. Odnosząc się do prawa stanowego wskazał, że powodowie „nie uargumentowali w sposób przekonujący, dlaczego sądy stanu Tennessee miałyby nie trzymać się rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w sprawie Leegin i oceniać porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży w oparciu o regułę rozsądku”¹⁶⁶. Ze względu na to, że powodowie nie byli w stanie wyznaczyć w sposób odpowiedni rynku właściwego, Sąd uznał zarzuty za nieuprawdopodobnione i oddalił powództwo.

Analogiczna sytuacja wystąpiła na gruncie prawa stanu Illinois. W roku 2014 federalny Sąd Dystryktowy dla Północnego Dystryktu tego stanu rozpoznał zarzuty House of Brides, Inc. – przedsiębiorcy prowadzącego sieć konwencjonalnych sklepów z akcesoriami ślubnymi oraz sklep internetowy, przeciwko jednemu z jego dostawców – Alfred Angelo, Inc., dotyczące między innymi ustalania cen odsprzedaży towarów¹⁶⁷. Zarzuty te dotyczyły nie tylko naruszenia § 1 ustawy Shermana, lecz także ustawy antytrustowej Stanu Illinois. Sąd odnosząc się do prawa federalnego wskazał, że dopuszczalność tej praktyki podlega ocenie na podstawie reguły rozsądku. Podobnie orzekł w odniesieniu do prawa stanowego, wskazując na brzmienie § 11 ustawy stanowej, który nakazuje dokonywać wykładni jej przepisu, co do zasady, w zgodzie z wykładnią prawa federalnego dokonaną przez sądy federalne, jeżeli język ustawy antytrustowej Illinois jest taki sam lub podobny do języka federalnego prawa antytrustowego¹⁶⁸. Jak potwierdziła powołana przez Sąd judykatura federalna i stanowa, treść przepisów stanowych regulujących dopuszczalność porozumień ograniczających konkurencję stanowi odzwierciedlenie prawa federalnego¹⁶⁹. W związku z tym ich wykładnia

165 Tennessee Trade Practices Act, Tennessee Code Annotated § 47-25-102.

166 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Tennessee w sprawie Spahr v. Leegin, 2:07-cv-187 (E.D. Tenn. 2007).

167 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie House of Brides, Inc. v. Alfred Angelo, Inc., No 11 C 07834, 2014 WL 64657 (N.D. Ill. 2014).

168 Illinois Antitrust Act § 47-25-101.

169 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie Hackman v. Dickerson Realtors, Inc., 520 F.Supp.2d 954 (N.D. Ill. 2007) i cytowany w nim wyrok Sądu Najwyższego

wymaga uwzględnienia precedensów orzecznictwa federalnego. W ten sposób Sąd wyraźnie dał do zrozumienia, że, również na gruncie prawa stanu Illinois, właściwym standardem oceny dopuszczalności RPM jest reguła rozsądku. Ze względu na to, że powód nie był w stanie w sposób wystarczająco wiarygodny wyznaczyć rynku właściwego, co jest elementem niezbędnym w przypadku stosowania reguły rozsądku, Sąd oddalił roszczenia oparte na zarzutach ustalania cen odsprzedaży¹⁷⁰.

7.5.2.4. Podsumowanie

Stan orzecznictwa stanowego i federalnego nie pozwala na sformułowanie jednoznacznego stanowiska o możliwości stosowania względem RPM reguły *per se* na gruncie stanowych porządków prawnych. Jednak, jak dowodzi praktyka, jest to możliwe, przynajmniej do momentu, w którym wyrok sądu federalnego w sposób wyraźny nie orzeknie przeciwnie. Klaryfikacja, co do właściwego standardu oceny dopuszczalności RPM na gruncie poszczególnych stanowych porządków prawnych, następuje w bardzo wolnym tempie. Pewne jest, że władze stanów Maryland, Kalifornia i Nowy Jork stoją na jednoznacznym stanowisku o stosowaniu zakazu *per se* względem RPM. Wolę stosowania tego standardu oceny wyrażają władze New Jersey, Michigan i Illinois, choć w przypadku tego ostatniego, stanowe orzecznictwo i legislacja wydają się stać temu na przeszkodzie. Podobne poglądy pojawiają się także w odniesieniu do prawa stanów Północna Karolina i Pensylwania¹⁷¹. W Pensylwanii z kolei podjęto dwukrotnie nieudaną, próbę uchwalenia ustawy antytrustowej uznającej RPM za zakazane *per se*.

Z drugiej strony, jak można przypuszczać, na gruncie większości stanowych systemów prawa konkurencji RPM oceniane będzie z uwzględnieniem wyroku w sprawie Leegin. W większości stany dążą bowiem do osiągnięcia stanu spójności prawa stanowego z federalnym. Taka sytuacja zachodzi już na gruncie prawa stanu Kansas, Connecticut, Luizjana i, jak się wydaje, także Tennessee.

Illinois w sprawie Laughlin v. Evanston Hospital, 133 Ill. 2d 374 (1990) oraz wyrok Sądu Dystryktowego dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie International Equipment Trading, Ltd v. AB SCIEX LLC, 13 C 1129, 2013 WL 4599903 (N.D. Ill. 2013)

170 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie House of Brides, Inc. v. Alfred Angelo, Inc., No 11 C 07834, 2014 WL 64657 (N.D. Ill. 2014); powództwo wniesione zostało ponownie w grudniu 2014 r., jednak Sąd raz jeszcze uznał, że roszczenia powoda nie zostały uprawdopodobnione z powodu braku odpowiedniego wyznaczenia rynku właściwego; wyrok Sądu Dystryktowego dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie House of Brides, Inc. v. Alfred Angelo, Inc., No 11 C 07834, 2014 WL 6845862 (N.D. Ill. 2014).

171 Podczas konferencji Sekcji Antytrustowej American Bar Association w 2012 r., zastępca Prokuratora Generalnego Karoliny Północnej zadeklarował, że w opinii reprezentowanego przez niego organu RPM jest nadal zakazane *per se* na gruncie prawa stanowego.

7.5.3. Reakcja federalnych organów konkurencji USA na wyrok w sprawie Leegin

Sposób, w jaki organy konkurencji USA zareagowały na wyrok w sprawie Leegin stanowił, co nie powinno dziwić, pochodną poglądów na relacje państwo–gospodarka reprezentowanych przez administrację urzędującego prezydenta. Przypomnieć trzeba, że w sprawie Leegin, w której wyrok zapadł jeszcze za kadencji G. W. Busha, amerykańskie organy konkurencji wystosowały wspólną opinię *amicorum curiae*, wyrażającą jednoznaczne stanowisko, że RPM powinno być oceniane na podstawie reguły rozsądku. Po objęciu stanowiska prezydenta Stanów Zjednoczonych przez B. Obamę, co zaowocowało rzeczą jasną także zmianą obsady stanowisk Komisarzy FTC oraz zastępcy Prokuratora Generalnego ds. Wydziału Antytrustowego Departamentu Sprawiedliwości, sytuacja przestała być jednoznaczna. O kierunku tych zmian świadczyć może nominowanie w roku 2009 na szefa FTC J. Leibowitza, który deklarował się jako przeciwnik zmiany doktryny Dr. Miles¹⁷². Jako jeden spośród pięciu Komisarzy FTC, wspólnie z Komisarz P. Harbour, głosował on przeciwko przyjęciu stanowiska wyrażonego w opinii *amicorum curiae* złożonej przez Stany Zjednoczone w sprawie Leegin.

Inaczej podeszła do analizowanej zmiany linii orzeczniczej C. Varney, od roku 2009 kierująca Wydziałem Antytrustowym Departamentu Sprawiedliwości. W jej opinii stosowanie reguły rozsądku względem oceny dopuszczalność RPM może być skutecznym sposobem zapobiegania jego antykonkurencyjnym skutkom. Reguła ta, jej zdaniem, powinna zostać jednak odpowiednio ustrukturyzowana¹⁷³. Przedstawiła ona także szczegółową propozycję strukturyzacji reguły rozsądku na potrzeby zastosowania jej względem RPM¹⁷⁴.

172 Odnosząc się do oceny sprawy Leegin, J. Leibowitz wskazał: „powiedziałbym, że rozsądni ludzie mogą nie zgadzać się z podejściem do ustalania cen odsprzedaży i z wyrokiem Leegin. I oczywiście w naszej Komisji rozsądni ludzie rzeczywiście się z tym nie zgadzają. [...] Zdarzało mi się myśleć, że podejście *per se* było prawidłowe. W tę stronę powinno było zmierzać prawodawstwo. [...] Chciałbym przy tym tylko jeszcze zaznaczyć [...], że nawet po wydaniu wyroku w sprawie Leegin, jest nadal jasne, że można wnosić powództwa w sprawie RPM. Można to robić w ramach reguły rozsądku. [...] Jeśli legislacja [uchylająca skutki wyroku w sprawie Leegin – przyp. Ł. G.] wejdzie w życie, będziemy używać jej jako narzędzie dostępne w naszym arsenale. Jeśli nie – mamy zamiar nadal być zaangażowani i aktywnie działać na tym polu”. Por. *Roundtable Conference with Enforcement Officials*, „Antitrust Source”, April 2009, vol. 8, s. 15.

173 C. Varney, *Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation, Remarks Delivered at Columbia Law School*, October 7, 2009, dostępne pod adresem internetowym <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/250635.pdf> (dostęp: 2.05.2016). Z drugiej jednak strony C. Varney podkreśliła, że „możliwe, iż sędziowie, którzy złożyli w sprawie Leegin zdania odrębne mieli rację, że próba stworzenia nowego standardu oceny nie powiedzie się lub że praktyka dowiedzie, iż RPM jest zawsze szkodliwe”. Por. eadem, *A Post-Leegin Approach to Resale Price Maintenance Using a Structured Rule of Reason*, „Antitrust”, Fall 2009, vol. 24, s. 25; zob. rozważania zawarte w rozdziale 12.

174 C. Varney, *A Post-Leegin...*, s. 22.

Niemniej już w pierwszych miesiącach po wydaniu wyroku w sprawie Leegin stało się jasne, że dla amerykańskich organów ochrony konkurencji stosowanie reguły rozsądku względem RPM nie jest równoznaczne z jego *per se* dopuszczalnością. W październiku 2007 r. producent obuwia Nine West Footwear Corp. (dalej jako: Nine West) wystąpił z wnioskiem do FTC o zmianę decyzji zakazującej mu stosowania RPM, albowiem dotyczyła ona praktyki legalnej w świetle wyroku w sprawie Leegin i oddziałującej korzystnie na konkurencję międzymarkową. Dodatkowo Nine West zwrócił uwagę na jego gorszą pozycję konkurencyjną, wynikającą z objęcia go zakazem praktyk dozwolonych innym uczestnikom rynku. FTC przychyliła się jednak do części żądań wyrażonych we wniosku Nine West, wydając decyzję o uchyleniu części decyzji zakazującej RPM¹⁷⁵. W treści decyzji FTC znalazły się interesujące dywagacje na temat właściwego z punktu widzenia organu konkurencji sposobu stosowania doktryny Leegin. W pierwszej kolejności FTC zauważyła, że Sąd Najwyższy w sprawie Leegin nie rozstrzygnął, jaki typ reguły rozsądku powinien być stosowany przy ocenie dopuszczalności RPM. Jednak, zdaniem FTC, wyrok ten można odczytywać jako sugerujący zastosowanie skróconej reguły rozsądku (*truncated rule of reason*), podobnej do tej, której użyto w wyroku w sprawie Polygram Holdings¹⁷⁶. FTC wyraziła bowiem stanowisko, że niektóre przejawy RPM mogą nosić cechy praktyk „w istocie swej podejrzanych” (ang. *inherently suspect*)¹⁷⁷. Ze względu na to, że praktyka Nine West nie spełniała żadnego spośród kryteriów określonych w sprawie Leegin, jako decydujące o antykonkurencyjnym charakterze RPM, FTC uznała, że nie była ona „podejrzana w swej istocie”.

W dalszych latach amerykańskie organy konkurencji podejmowały sporadycznie inicjatywy służące wyeliminowaniu z obrotu niektórych, bardziej szkodliwych praktyk obejmujących RPM, czego przykładem może być wytoczenie przez Departament Sprawiedliwości w roku 2013 powództwa przeciwko Apple Inc. Sprawa ta została omówiona w dalszej części rozdziału¹⁷⁸.

Z analizy działań FTC w sprawie Nine West wynikała jasna konkluzja, że organ ten skłania się do stosowania reguły typu *quick look* względem oceny dopuszczalności RPM. Niemniej w łonie samej Komisji trudno mówić o jednolitości poglądów na ten temat. W roku 2014 jeden z Komisarzy FTC, J. Wright, szeroko wypowiedział się na temat swoich poglądów dotyczących stosowania reguły Leegin

175 Decyzja z 6 maja 2008 r. w sprawie Nine West Group Inc., Docket No C-3937 dostępna pod adresem <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/05/080506order.pdf> (dostęp: 5.05.2016).

176 Wyrok Sądu Apelacyjnego dla Dystryktu Kolumbii w sprawie Polygram Holdings Inc. v. Federal Trade Commission, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005).

177 W związku z możliwymi zagrożeniami dla konkurencji FTC nałożyła na Nine West dodatkowe obowiązki sprawozdawcze, które miały jej umożliwić monitorowanie cen stosowanych przez tego producenta.

178 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie United States v. Apple, Inc., No 13-3741 (2d Cir. 2015).

w wystąpieniu na forum Brytyjskiego Instytutu Prawa Międzynarodowego i Porównawczego¹⁷⁹. Zmianę linii orzeczniczej dokonaną w wyroku w sprawie Leegin ocenił on pozytywnie. Na podstawie analizy poglądów doktryny na skutki RPM oraz rezultatów dostępnych badań empirycznych wysnuł następnie wnioski, że w Stanach Zjednoczonych ustalanie minimalnych cen odsprzedaży towarów częściej prowadzi do osiągnięcia skutków pro- aniżeli antykonkurencyjnych. W każdym razie stan badań jest, jego zdaniem, niewystarczający, by uznać, że praktyki te mają zawsze lub niemal zawsze antykonkurencyjny charakter¹⁸⁰. W związku z tym J. Wright opowiedział się za podejściem opartym na pełnej regule rozsądku, uznając że stosowanie względem oceny dopuszczalności RPM reguły *per se*, jak i reguły typu *quick look* nie znajduje uzasadnienia na gruncie aktualnego stanu wiedzy ekonomicznej¹⁸¹.

7.6. Reguła Leegin na gruncie prawa federalnego

7.6.1. Wyroki w sprawach Spahr v. Leegin i McDonough v. Toys „R” Us.

Orzecznictwo federalne w przedmiocie dopuszczalności minimalnego RPM, w okresie po wydaniu wyroku w sprawie Leegin, jest skąpe. W pierwszej kolejności warto odnieść się do dalszego biegu sporu pomiędzy Leegin a PSKS, w okresie po skierowaniu sprawy przez Sąd Najwyższy do ponownego rozpoznania. W nowej rzeczywistości prawnej Sąd Dystryktowy oddalił powództwo, w fazie wstępnej przychyłając się do wniosku Leegin¹⁸². W apelacji Sąd 5. Obwodu utrzymał wyrok w mocy, uznając że powództwo PSKS nie spełnia wymogów ustanowionych w sprawie Twombly dla rozpoczęcia fazy procesowej¹⁸³. Sąd wskazał wpiertw, że, zgodnie z regułą Twombly, powód obowiązany był wykazać rzeczywisty negatywny wpływ zachowania pozwanego na konkurencję, przy czym sam wzrost cen

179 J. Wright, *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy*, statement before the British Institute of International and Comparative Law of April 9, 2014, WEST/el.

180 *Ibidem*, s. 9.

181 *Ibidem*, s. 10.

182 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Teksasu w sprawie PSKS, Inc., d/b/a/ Kay's Kloset, Kay's Shoes v. Leegin Creative Leather Prods., Inc., No 2:03-CV-107, 2009 WL 938561 (E.D.Tex. 2009).

183 Wyrok Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie PSKS, Inc., d/b/a/ Kay's Kloset, Kay's Shoes v. Leegin Creative Leather Products, Inc., No 09-40506 (5th Cir. 2010); por. także wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007) – więcej na temat tego wyroku w rozdziale 8, poświęconym wdrażaniu amerykańskiego prawa antytrustowego.

detalicznych nie jest, zgodnie z regułą Leegin, wystarczający. Powód musi bowiem w sposób wiarygodny wyznaczyć rynek właściwy i wykazać wysokie prawdopodobieństwo posiadania przez pozwanego znacznej siły na nim. Ze względu na to, że PSKS nie wyznaczył w sposób przekonujący rynku właściwego i nie wykazał posiadania przez Leegin siły rynkowej, apelacja została oddalona.

Jednymi z pierwszych spraw, które stworzyły okazję dla sądów federalnych niższych instancji do zastosowania w praktyce doktryny Leegin, były wspomniana już sprawa *Spahr v. Leegin*¹⁸⁴ oraz *McDonough v. Toys „R” Us, Inc.*, która zawisła w roku 2009 przed Sądem Dystryktowym dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii¹⁸⁵. W sprawie tej wniesiono pozew zbiorowy przeciwko Toys „R” Us, dużemu dostawcy artykułów dla niemowląt, zarzucając mu wykorzystywanie znacznej siły rynkowej celem wymuszania na producentach oferowanych przezeń wyrobów ustalania minimalnych cen odsprzedaży w umowach z ich dystrybutorami, konkurującymi z pozwanym, głównie w handlu internetowym. Na etapie wstępnego badania spełnienia przesłanek dopuszczalności rozpoznania sprawy jako postępowania grupowego Sąd odniósł się do kwestii zastosowania reguły rozsądku względem RPM. W tym celu przytoczył wpierw wymienione przez Sąd Najwyższy w sprawie Leegin czynniki, które przesądzają o pro- i antykonkurencyjnym charakterze RPM. Następnie przytoczył tezę, z tego samego orzeczenia, zgodnie z którą sądy oceniając praktyki ustalania cen odsprzedaży powinny być uważane w eliminowaniu z rynku zachowań antykonkurencyjnych.

Wreszcie Sąd Dystryktowy wskazał, że na gruncie judykatury Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu, będącego dlań sądem drugiej instancji, stosowanie reguły rozsądku opiera się na przenoszeniu ciężaru dowodu z powoda na pozwanego i odwrotnie¹⁸⁶. Przeniesienie to następuje po wykazaniu przez powoda, że dane porozumienie spowodowało niekorzystne skutki antykonkurencyjne na właściwym rynku produktowym i geograficznym. W tym celu powód powinien udowodnić istnienie na rynku skutków antykonkurencyjnych, takich jak: ograniczenie podaży, wzrost cen, obniżenie jakości towarów lub usług. Alternatywnie może on wykazać, że pozwany posiada możliwość podniesienia cen powyżej poziomu tych, które stosowane są na rynku konkurencyjnym¹⁸⁷. Po przeprowadzeniu dowodu potwierdzającego co najmniej jedną z powyższych okoliczności, na pozwanym spoczywa ciężar przeciwdowodu – wykazania, że praktyka służy osiągnięciu „wystarczająco prokonkurencyjnego celu”¹⁸⁸. Z kolei obalenie owego przeciwdowodu zależy od

184 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Tennessee w sprawie *Spahr v. Leegin*, 2:07-cv-187 (E.D. Tenn. 2007).

185 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie *McDonough v. Toys „R” US, Inc.*, 638 F. Supp. 2d 461 (E.D. Pa. 2009).

186 Por. cytowany przez Sąd wyrok Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *United States v. Brown University*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

187 *Ibidem*, s. 668.

188 *Ibidem*, s. 669.

wykazania przez powoda, że ograniczenia nie były w sposób rozsądny konieczne do osiągnięcia owego prokonkurencyjnego celu¹⁸⁹.

Sąd Dystryktowy uznał, że wstępny dowód został przez powodów skutecznie przeprowadzony. Jednakże ze względu na to, że w sprawie zawarta została ugoda, nie doszło niestety do dalszej merytorycznej oceny zgodności praktyk stosowanych przez Toys „R” Us, Inc. z przepisami ustawy Shermana. Orzeczenie w sprawie *McDonaugh v. Toys „R” Us, Inc.* stanowi jednak ciekawy przykład próby zastosowania doktryny Leegin względem RPM, przy użyciu ustrukturyzowanej reguły rozsądku połączonej z przeniesieniem ciężaru dowodu na pozwanego.

7.6.2. Sprawa *Tempur-Pedic* – zastosowanie reguły Leegin w odniesieniu do podwójnej dystrybucji

W sprawie *Jacobs v. Tempur-Pedic International, Inc.* (dalej jako: *Tempur-Pedic*) Sąd Apelacyjny 11. Obwodu odniósł się do ocenianej już wcześniej na gruncie stanowego orzecznictwa praktyki ustalania przez *Tempur Pedic* cen odsprzedaży materacy wykonanych z pianki wiskoelastycznej¹⁹⁰. Powodowie zarzucili *Tempur-Pedic* nie tylko zawieranie porozumień pionowych z dystrybutorami. Ze względu na to, że *Tempur-Pedic* sam prowadził dystrybucję swoich wyrobów za pośrednictwem Internetu (tzw. podwójna dystrybucja), twierdzili oni, że działania pozwanego odpowiadały znamionom porozumienia horyzontalnego z udziałem dystrybutorów. Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy postanowienie Sądu Dystryktowego, który uznał, że powodowie nie byli w stanie przedstawić argumentów wystarczających do uznania za prawidłową przedstawioną przez nich definicję rynku właściwego i tym samym zakończył postępowanie na jego pierwszej fazie¹⁹¹.

W apelacji sąd drugiej instancji przypomniał wprawdzie, że od momentu wydania wyroku w sprawie *Leegin*, RPM oceniane jest na podstawie reguły rozsądku. Następnie wskazał, że pozwani nie przedstawili wystarczających dowodów przemawiających za przedstawioną przez nich definicją rynku właściwego. Ponadto uznał, że powodowie nie byli w stanie wykazać „aktualnej lub potencjalnej szkody dla konkurencji”¹⁹². Sąd Apelacyjny podkreślił, że w myśl utrwalonego orzecznictwa na powodzie ciąży obowiązek wykazania „faktycznego związku pomiędzy rzekomo szkodliwym zachowaniem i jego wpływem na konkurencję na rynku”¹⁹³. Przy tym przez aktualną szkodę dla konkurencji rozumie się między innymi: ograniczenie

189 *Ibidem*.

190 Wyrok Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie *Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc.*, 626 F.3d 1327 (11th Cir. 2010).

191 Postanowienie z 11 grudnia 2007 r. w sprawie *Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc.* (N.D. Ga 2007), niepublikowane.

192 Wyrok Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie *Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc.*, 626 F.3d 1327 (11th Cir. 2010), s. 1339.

193 *Ibidem*, s. 1340.

sprzedaży, wzrost cen lub pogorszenie jakości¹⁹⁴. Sąd wyraźnie dał do zrozumienia, że oceniany w oderwaniu od innych czynników wzrost cen, nie powinien zostać uznany za decydujący przy ocenie rzeczywistego wpływu praktyki na konkurencję. Wskazał bowiem, że „raczej dobrobyt konsumenta w rozumieniu efektywności alokacyjnej, stanowi żywy punkt zainteresowania ustawy Shermana”¹⁹⁵. Zatem antykonkurencyjne są takie praktyki, które łącznie godzą w efektywność alokacyjną i mogą spowodować wzrost cen dóbr powyżej poziomu konkurencyjnego lub obniżyć ich jakość. Wykazanie przez powodów, że konsumenci ponieśli straty w wyniku wzrostu cen nie było, zdaniem Sądu, wystarczające, by uznać, że doszło do powstania rzeczywistej (aktualnej) szkody dla konkurencji. Sąd przypomniał następnie, że w celu wykazania potencjalnej szkody dla konkurencji powód powinien udowodnić, że pozwany dysponuje siłą na określonym rynku właściwym. Ze względu na nieprzedstawienie wiarygodnej definicji rynku właściwego Sąd Apelacyjny uznał, że powodowie nie udowodnili także, by praktyka pozwanego groziła potencjalnym naruszeniem konkurencji.

Sąd odniósł się także do zarzutu istnienia kartelu cenowego w związku z prowadzeniem przez Tempur-Pedic podwójnej dystrybucji. Wskazał, że fakt zaangażowania pozwanego w samodzielne prowadzenie dystrybucji nie przekreślał klasyfikacji zawieranych przez niego z dystrybutorami porozumień jako RPM. Tym samym, zdaniem Sądu, powinny być one oceniane według reguły rozsądku, a nie, tak jak twierdzili powodowie, standardu *per se*¹⁹⁶.

7.6.3. Wyrok w sprawie Valuepest.com – zastosowanie reguły Leegin do umów agencyjnych

W sprawie Valuepest.com of Charlotte Inc. v. Bayer Corp. Sąd 4. Obwodu rozpoznał apelację od wyroku Sądu Dystryktowego, w którym Sąd ten uznał, że zarzucane producentom środków owadobójczych – spółkom z grupy Bayer oraz BASF praktyki ustalania cen odsprzedaży towarów były zgodne z prawem¹⁹⁷. Ich relacje z dystrybutorami nosiły bowiem cechy agencji, odpowiadającej kryteriom ustanowionym w sprawie General Electric¹⁹⁸. Powodowie w apelacji wyrazili stanowisko,

194 Por. cytowany przez Sąd wyrok Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie United States v. Brown University, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

195 Por. cytowane przez Sąd wyroki Sądy Najwyższego: w sprawie Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993) oraz w sprawie Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979).

196 Wyrok Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc., 626 F.3d 1327 (11th Cir. 2010), s. 1341–1343.

197 Wyrok Sądu Apelacyjnego 4. Obwodu w sprawie Valuepest.com of Charlotte, Inc. v. Bayer Corp., 561 F. 3d 282 (4th Cir. 2009).

198 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie United States v. General Electric Co. *et al.* 272 U.S. 476 (1926).

że skutkiem wydania wyroku w sprawie Leegin było uchylenie obowiązywania reguły General Electric. Alternatywnie twierdzili, że umowy agencyjne zawarte przez pozwanych miały charakter pozorny.

Sąd uznał, że wyroki w sprawach General Electric i Leegin dotyczyły dwóch odrębnych elementów odpowiedzialności z tytułu naruszenia prawa antytrustowego. Jak wynikało wprost z treści pierwszego z nich doktryna w nim ustanowiona służy ustaleniu, czy relacje pomiędzy producentem i dystrybutorem stanowią w ogóle porozumienie w rozumieniu ustawy Shermana. Z kolei Leegin odnosi się do kwestii, czy porozumienie, którego istnienie zostało już wykazane, powinno być oceniane na podstawie reguły *per se* czy reguły rozsądku. Sąd zwrócił także uwagę, że w sprawie Leegin Sąd nie wspomniał o sprawie General Electric, co niechybnie by uczynił, gdyby zamierzał uchylić ustanowioną w niej doktrynę. Ponieważ Sąd uznał, że relacje umowne pomiędzy producentami środków owadobójczych a dystrybutorami ich wyrobów noszą cechy właściwe umowom agencji, wyrok sądu pierwszej instancji został utrzymany w mocy.

7.6.4. Sprawa Apple – zastosowanie reguły Leegin do porozumień typu *hub & spoke*

W sprawie Apple Inc. v. US *et al.*, Sąd Apelacyjny 2. Obwodu rozpoznał apelację od wyroku uznającego za naruszenie § 1 ustawy Shermana praktyki stosowane przez Apple na rynku dystrybucji książek elektronicznych (e-książki)¹⁹⁹. Praktyki te obejmowały zarówno serię porozumień typu *hub & spoke* z udziałem Apple oraz największych wydawców książek w Stanach Zjednoczonych, jak i klauzule najwyższego uprzywilejowania zawierane pomiędzy każdym z nich a Apple jako dystrybutorem książek elektronicznych. Podobnie jak w przypadku wyroku w sprawie OTC Sąd stanął w niej przed koniecznością rozgraniczenia pomiędzy cenowymi porozumieniami pionowymi a poziomymi. Zwrócić należy przy tym uwagę, że w okresie obowiązywania doktryny Dr. Miles kwestia ta miała charakter drugorzędny ze względu na fakt, że obie te kategorie praktyk objęte były zakazem *per se*.

W roku 2009 Apple rozpoczęło negocjacje z sześcioma czołowymi amerykańskimi wydawcami, dotyczące warunków sprzedaży wydawanych przez nich e-książek za pośrednictwem nowego kanału dystrybucji – platformy internetowej iBookstore. Sprzedawane tam książki miały być dostępne dla posiadaczy produkowanych przez Apple tabletów marki iPad. W wyniku rozmów pięcioro z nich – Hachette, HarperCollins, Macmillan, Penguin i Simon & Schuster zgodziło się zawrzeć umowy agencyjne z Apple. Na ich mocy mieli oni prawo do ustalania cen sprzedaży książek w iBookstore, przy czym ich ceny maksymalne zostały

¹⁹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie United States v. Apple, Inc., No 13-3741 (2d Cir. 2015).

uprzednio określone. Zysk wydawnictw na sprzedaży egzemplarzowej poprzez iBookstore był niższy niż zysk ze sprzedaży za pośrednictwem konkurencyjnej platformy – Amazon. By odpowiedzieć na pytanie, dlaczego wydawcy tak chętnie zgodzili się na współpracę z Apple mimo niezbyt atrakcyjnych warunków cenowych, należy nakreślić szersze tło funkcjonowania rynku książki i zmian, które poczyniły od końca pierwszej dekady XXI w. na nim zachodziły. Tradycyjnie sprzedaż premierowych tytułów książek odbywała się za pośrednictwem księgarń, do których najpierw trafiały wydania w twardej okładce. Po kilku miesiącach od wejścia na rynek nowego tytułu, wydawcy dostarczali do księgarń tańsze wydanie książki w miękkiej okładce. Wydawca sugerował przy tym detaliczne ceny pierwszego wydania danego tytułu. W roku 2007, po wejściu na rynek pierwszego dystrybutora e-książek – tj. Amazon, sytuacja zmieniła się radykalnie. Amazon, który szybko opanował 90% rynku sprzedaży książek elektronicznych w USA zaczął oferować nowe tytuły w niskiej cenie – równej, a niekiedy nawet niższej niż cena zakupu kopii od wydawcy. Strategia Amazon obliczona była bowiem na pozyskanie jak największej liczby klientów, którzy zachęcani niską ceną nowości książkowych mieli chętniej kupować oferowane przez Amazon czytniki marki Kindle. Niska cena nowości książkowych i bestsellerów oferowanych za pośrednictwem Amazon uderzała w interesy wydawnictw zmniejszając ich obroty z tradycyjnej sprzedaży. Mimo podjęcia kilku prób walki z praktykami Amazon, wydawnictwa nie zdołały zmienić praktyki dystrybutora. Wejście na rynek iBookstore zostało powitane z radością przez wydawców, którzy, jak się okazało słusznie, liczyli na osłabienie pozycji Amazon.

Obszerna dokumentacja negocjacji prowadzonych przez wydawnictwa i Apple w sposób jasny potwierdzała, że wspólnym ich celem było podwyższenie cen detalicznych, przede wszystkim poprzez skłonienie Amazon do zwwyżki cen nowości książkowych do akceptowalnego przez wydawnictwa poziomu, co jednocześnie miało pozwolić Apple osiągnąć oczekiwane zyski. W rozmowach niejednokrotnie uczestniczyły wszystkie strony porozumienia, kontaktując się swobodnie ze sobą i ustalając wspólne stanowiska. Dowody wskazywały również na to, że elementem porozumienia było zobowiązanie wydawnictw do zaprzestania sprzedaży nowości książkowych do Amazon, o ile podmiot ten nie zgodzi się przejść na analogiczny model współpracy oparty na umowach agencyjnych i zakładający wyższe ceny książek. Umowy agencyjne zawierały także klauzule najwyższego uprzywilejowania, na mocy których, w przypadku gdyby cena danego nowego tytułu oferowanego w iBookstore była wyższa niż cena stosowana przez innego dystrybutora, właściwe wydawnictwo zobowiązane było do jej odpowiedniego obniżenia. Mechanizm ten nakazywał zatem wydawnictwom utrzymywać ceny w iBookstore na poziomie nie wyższym niż poziom stosowany przez innych dystrybutorów, takich jak Amazon. Wskutek realizacji porozumień, w ciągu kilku miesięcy od otwarcia iBookstore, wydawcy przejęli kontrolę nad cenami książek sprzedawanych poprzez Amazon, czego skutkiem był wzrost cen w tym serwisie i ogólny wzrost cen e-książek.

Departament Sprawiedliwości, do którego przyłączyły się 33 stany i terytoria Stanów Zjednoczonych, złożył w związku z tymi praktykami powództwo do właściwego Sądu Dystryktowego, zarzucając Apple, że wspólnie z wydawcami zawarł on porozumienie skutkujące wzrostem cen na rynku książki elektronicznej i stanowiące naruszenie § 1 ustawy Shermana i stanowych porządków prawnych. Wydawcy zdecydowali się zawrzeć z powodami ugodę. Natomiast w odniesieniu do Apple Sąd Dystryktowy uznał, że był on inicjatorem zmowy cenowej z wydawcami, zakazanej *per se* lub, alternatywnie, zaklasyfikowanej jako inne niż rozsądne ograniczenie handlu²⁰⁰. Sąd nałożył na przedsiębiorcę zakaz zawierania umów z wydawcami, na mocy których ograniczona byłaby swoboda ustalania cen e-książek i nakazał mu stosować w nich te same warunki, które obowiązywały w umowach z dostawcami innych towarów i usług sprzedawanych za pośrednictwem pozostałych aplikacji Apple.

W apelacji Apple podniósł, że ustalenia Sądu Dystryktowego były błędne, a wydane przez niego nakazy nie służyły realizacji interesu publicznego. Sąd Apelacyjny rozpatrując naturę ocenianych porozumień uznał, wbrew twierdzeniom Apple, że nie miały one charakteru wiązki niezależnych od siebie cenowych porozumień pionowych, a były efektem wspólnych uzgodnień wszystkich ich uczestników. Jak wskazał sąd drugiej instancji, były one atrakcyjne dla wydawnictw jedynie wówczas, gdy partycypowały one w nich wszystkie lub prawie wszystkie. Jednocześnie zmiana charakteru relacji umownych pomiędzy wydawnictwami a Amazon, która nastąpiła po otwarciu iBookstore, była wprost efektem porozumienia zawartego pomiędzy łącznie wydawnictwami i Apple, które świadomie grało w nim główną rolę. W istocie, biorąc pod uwagę niski zysk, który wydawnictwa osiągały ze sprzedaży egzemplarzowej poprzez iBookstore, jedynym gospodarczym uzasadnieniem nawiązania relacji handlowych z Apple, była wspólna proba osiągnięcia innego celu – zmiany charakteru współpracy z Amazon i podniesienia cen na rynku. To z kolei stało się możliwe dzięki klauzuli najwyższego uprzywilejowania i nie doszłoby do skutku, gdyby nie współpraca najważniejszych wydawnictw, nawiązana w wyniku inspiracji Apple. Jak wskazywał materiał dowodowy, Apple zdawał sobie z tego faktu sprawę. Jednocześnie materiał ten potwierdzał ciągłe kontakty pomiędzy zaangażowanymi przedsiębiorcami, w tym wspólne omawianie szczegółów uzgodnień.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny, w świetle tego, że relacje pomiędzy Apple a wydawcami nie wynikały z wiązki niezależnych od siebie porozumień pionowych, a były następstwem wspólnie podjętych uzgodnień, ich ocena powinna zostać dokonana z użyciem standardu *per se*, a nie reguły rozsądku. Zdaniem Sądu Apple zainicjował bowiem horyzontalną znowę cenową na rynku e-książek. Taka klasyfikacja, zdaniem Sądu, znalazła wsparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w zakresie dopuszczalności porozumień typu *hub & spoke*,

200 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy York w sprawie *United States v. Apple Inc.*, 952 F.Supp.2d 638 (S.D.N.Y. 2013).

w których praktyki te były uznawane za zakazane *per se*²⁰¹. Ponadto Sąd zauważył, że reguła rozsądku, zgodnie z wyrokami w sprawach GTE Sylvania i Leegin, służy do oceny porozumień wertykalnych. Jednak w stanie faktycznym podlegającym ocenie, „właściwymi porozumieniami ograniczającymi handel nie są umowy zawarte przez Apple z wydawcami [...]; jest nim porozumienie horyzontalne zorganizowane przez Apple i zawarte pomiędzy wydawcami celem podniesienia cen e-książek”²⁰². Jak wskazał Sąd Apelacyjny, treść wyroku w sprawie Leegin potwierdza, że porozumienia pionowe mogą służyć organizacji zakazanych *per se* karteli oraz stanowić „użyteczny dowód” jego istnienia²⁰³.

Mimo to Sąd dokonał oceny praktyk Apple także na podstawie reguły rozsądku, wskazując jednak, że czyni to wyłącznie w celu polemiki z argumentami pozwanego. Podkreślił wprawdzie, że w przypadku praktyki o tak niekorzystnych skutkach dla konkurencji, co najwyżej można by rozważyć zastosowanie reguły rozsądku typu *quick look*. Jednak i w tym przypadku uznał za nieprzekonujące argumenty Apple dotyczące prokonkurencyjnych skutków porozumienia, którego był on uczestnikiem²⁰⁴.

201 Por. cytowane przez Sąd wyroki Sądu Najwyższego: w sprawie *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959), w sprawie *Unites States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966) oraz sądów apelacyjnych: 7. Obwodu w sprawie *Toys „R” Us, Inc. v. F.T.C.*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000) i w sprawie *Denny's Marina, Inc. v. Renfro Prods., Inc.*, 8 F.3d 1217 (7th Cir. 1993) oraz 5. Obwodu w sprawie *United States v. MMR Corp. (LA)*, 907 F.2d 489 (5th Cir. 1990).

202 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States v. Apple, Inc.*, No 13-3741 (2d Cir. 2015), s. 323.

203 W dalszej części uzasadnienia Sąd nie zgodził się z argumentami Apple, jakoby jego zachowanie powinno zostać uznane za dozwolone ze względu na to, że służy „promowaniu przedsiębiorczości i produktywności”, co w tym przypadku rozumiane było przede wszystkim jako możliwość wejścia na rynek konkurentowi, który mógłby zagrozić dominującej pozycji Amazon na rynku. Sąd wskazał jednak, że na gruncie dotychczasowego orzecznictwa, taka możliwość „zarezerwowana była dla ograniczeń konkurencji, które były niezbędne dla zapewnienia obecności towaru na rynku w ogóle” – por. cytowany przez sąd wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 U.S. 183 (2010). Sąd podkreślił także antykonkurencyjny charakter praktyk Apple i wydawców wskazując, że służyły one bezpośrednio wyższości cen i wyeliminowaniu z rynku korzystnej dla konsumentów oferty Amazon. Przywołał przy tym orzecznictwo w przedmiocie zmów cenowych.

204 Przede wszystkim sąd uznał, że możliwość wejścia na rynek nie może stanowić uzasadnienia dla kartelu cenowego; wyraził także stanowisko, że Apple i wydawcy, chcąc przeciwdziałać drapieżnym praktykom rynkowym Amazon, polegającym na sprzedaży nowości książkowych poniżej kosztów zakupu, powinni byli raczej wytoczyć powództwo oparte na zarzucie naruszenia § 2 ustawy Shermana. W przeciwnym wypadku ceny, które stosował Amazon, powinny zostać uznane za „element konkurencyjnego krajobrazu, który konkurencyjni dystrybutorzy e-książek powinni byli zaakceptować”. W przeciwnym wypadku może dojść do niedopuszczalnej próby zwalczania zakazanej praktyki za pomocą innej praktyki antykonkurencyjnej. Sąd zwrócił dodatkowo uwagę, że wejście konkurentów Amazon na rynek nie było aż tak trudne, jakby na to wskazywały argumenty pozwanego. Dowodem na to były

W rezultacie, większością 2 do 1 Sąd utrzymał w mocy wyrok Sądu Dystrykto-
wego. W sprawie tej zdanie odrębne złożył sędzia D. Jacobs, który wyraził swoje
poglądy odnośnie do błędnego, jego zdaniem, rozstrzygnięcia Sądu Dystrykto-
wego. Stanowisko to opierało się na trzech głównych argumentach. Po pierwsze
zwrócił on uwagę, że porozumienie, w którym uczestniczył Apple, choć służyło
zawiązaniu porozumienia horyzontalnego, miało w istocie charakter wertykalny.
W związku z tym, zgodnie z treścią wyroku w sprawie Leegin powinno być ocenia-
ne z użyciem reguły rozsądku. Po drugie, jak wskazał D. Jacobs, przy takiej ocenie
praktyki Apple Sąd powinien uwzględnić, że Apple pełnił w porozumieniu od-
mienną rolę, aniżeli wydawcy. Przedsiębiorca ten powinien być traktowany raczej
jako konkurent Amazon i innych graczy na rynku dystrybucji e-książek. Wresz-
cie, zdaniem sędziego Jacobsa, sąd pierwszej instancji nie wziął pod uwagę bez-
sprzecznie i przytłaczająco prokonkurencyjnego skutku porozumienia, w którym
uczestniczył Apple. Miał on polegać przede wszystkim na umożliwieniu wejścia
nowego gracza na rynek właściwy, zdominowany przez przedsiębiorcę dysponują-
cego 90% udziałem w rynku.

Ocena dokonana przez sędziego Jacobsa zbieżna była z oczekiwaniami Ama-
zon, który w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym zaprezentował analogiczne
argumenty. Amazon niebezpiecznie liczył na to, że zostanie przez Sąd uzna-
ny za uczestnika porozumienia wertykalnego, a tym samym, że prokonkurencyjny
charakter jego działań zostanie przezeń wzięty pod uwagę. Taki sposób myślenia
wydawał się wówczas uzasadniony. W wyroku z roku 2008 Sąd Apelacyjny 3. Ob-
wodu w sprawie Toledo Mack, dotyczącym porozumienia *hub & spoke* zawartego
pomiędzy producentem samochodów ciężarowych (Mack) a współpracującymi
z nim dystrybutorami, uznał bowiem, że Mack, pełniący w tym porozumieniu
funkcję „piasty”, był stroną porozumienia wertykalnego, podczas gdy dystrybu-
torzy zawarli porozumienie horyzontalne²⁰⁵. Zaznaczyć trzeba, że praktyki te po-
legały na uzgodnieniu cen w układzie horyzontalnym pomiędzy dystrybu-
torami, a następnie na zawarciu porozumień wertykalnych z dystrybutorami, na
mocy których dostawca zobowiązywał się do odmowy sprzedaży na rzecz dystry-
butorów prowadzących sprzedaż poza wyznaczonym terytorium. Apple, planując
strategię negocjacji z wydawnictwami i kształtując swoją politykę dystrybucji, brał
pod uwagę rozstrzygnięcie w sprawie Toledo Mack, uznając tym samym, że ryzyko
związane z zawarciem porozumienia jest relatywnie niewielkie. W sprawie Apple
została złożona petycja o wydanie *certiorari* do Sądu Najwyższego. Nie została jed-
nak przyjęta²⁰⁶.

zarówno już dokonane, jak i planowane wejścia na rynek e-książek ze strony Barnes & Nobel
i Google.

205 Wyrok Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie Toledo Mack Sales & Serv., Inc. v. Mack
Trucks, Inc., 530 F.3d 204 (3d. Cir. 2008).

206 Postanowienie Sądu Najwyższego z 7 marca 2016 r. w sprawie Apple, Inc. v. United States,
No 15-565, 2016 WL 854227.

7.6.5. Sprawa *State of Ohio v. American Express*

Sprawa *State of Ohio v. American Express* była pierwszą po wydaniu wyroku w sprawie *Leegin*, w której Sąd Najwyższy miał okazję ocenić dopuszczalność porozumienia wertykalnego²⁰⁷. Wprawdzie nie miało ono za przedmiot ustalenia ceny, sprawa ta ma jednak istotne znaczenie dla ustalenia sposobu wykładni standardu oceny ustalonego w wyroku w sprawie *Leegin*, który jest obecnie wspólny dla wszystkich porozumień wertykalnych.

Porozumienia, będące przedmiotem oceny Sądu Najwyższego w tej sprawie, przyjęły formę klauzul w umowach dystrybucji kart płatniczych zawieranych pomiędzy *American Express* (*Amex*) a handlowcami oferującymi karty konsumentom. Na mocy tych klauzul, handlowcy zobowiązywali się do nieinformowania konsumentów o możliwości posiadania kart innych organizacji i do nakłaniania konsumentów do nabycia karty *Amex*. Organizacja ta uzasadniała zawarcie klauzul potrzebą przeciwdziałania dyskryminacji ich kart w obrocie, biorąc pod uwagę, że od płatności kartami *Amex* pobierane były od kupców opłaty wyższe aniżeli od płatności kartami konkurentów.

Sąd Najwyższy wskazał wprawdzie, że porozumienia wertykalne podlegają ocenie na podstawie trójelementowej pełnej reguły rozsądku. Jej pierwszy element obejmuje wykazanie przez powoda, że porozumienie „wywiera istotne antykonkurencyjne skutki, które uderzają w konsumentów na rynku właściwym”²⁰⁸. Następnie ciężar dowodu przechodzi na pozwanego, który zobowiązany jest wykazać prokonkurencyjne uzasadnienie swojego zachowania. Wreszcie ponownie jest nim obciążony powód, który udowodnić ma, że prokonkurencyjne skutki są możliwe do osiągnięcia za pomocą mniej ograniczających konkurencję środków²⁰⁹.

Sąd Najwyższy nie zgodził się ze stanowiskiem powodów, jakoby zdefiniowanie rynku właściwego nie było niezbędnym elementem wykazania antykonkurencyjnych skutków porozumienia wskazując, że jest to konieczne w odniesieniu do każdego porozumienia pionowego²¹⁰. Uznał następnie, że powodowie nie byli w stanie wykazać antykonkurencyjnych skutków praktyki na rynku wyznaczonym przez Sąd Najwyższy jako jeden, aczkolwiek dwustronny, rynek kart płatniczych. W przypadku dowodów bezpośrednich, na których opierali się powodowie, Sąd, zgodnie z formułą *FTC v. Indiana Federation of Dentists*²¹¹, wymagał wykazania rzeczywistych szkodliwych skutków dla konkurencji, takich jak zmniejszenie sprzedaży, wzrost cen lub pogorszenie jakości na rynku właściwym²¹². Zdaniem Sądu nie było dowodów ani na suprakonkurencyjny poziom cen transakcji kartami

207 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *State of Ohio v. American Express*, 585 U.S. ____ (2018).

208 *Ibidem*, s. 9.

209 *Ibidem*.

210 *Ibidem*, s. 11.

211 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447.

212 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *State of Ohio v. American Express*, 585 U.S. ____ (2018), s. 10.

płatniczymi, na wzrost tych cen w ostatnich latach, ani na ograniczenie konkurencji w układzie pomiędzy organizacjami wystawiającymi karty płatnicze²¹³.

Omawiany wyrok umocnił linię orzeczniczą ustanowioną w sprawie Leegin. Sąd Najwyższy potwierdził bowiem, że właściwym standardem oceny porozumień wertykalnych (cenowych i innych niż cenowe) jest pełna reguła rozsądku, w której ciężar dowodu przechodzi kolejno z powoda na pozwanego, jednak to na powodzie spoczywa obowiązek wykazania, na podstawie bezpośrednich lub pośrednich dowodów negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji. W tym celu niezbędne jest wpiery zdefiniowanie rynku właściwego, albowiem jedynie wówczas możliwa jest analiza skutków porozumienia.

7.7. Zastosowanie ustawy Shermana do klauzul najwyższego uprzywilejowania

Poza omówioną powyżej sprawą Apple, sprawy dotyczące klauzul najwyższego uprzywilejowania rzadko pojawiały się na wokandach sądów federalnych. Przy tym na podstawie rozstrzygnięcia w tej sprawie trudno formułować wiążące wnioski, biorąc pod uwagę, że klauzula MFN stosowana przez Apple i wydawnictwa towarzyszyła innym porozumieniom, których antykonkurencyjny charakter nie budził wątpliwości.

W kilku sprawach sądy federalne odnosiły się do potencjalnych pro- i antykonkurencyjnych skutków takich porozumień. I tak w sprawie *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, rozstrzygniętej w 1995 r., Sąd Apelacyjny 7. Obwodu, ustami sędziego R. Posnera wskazał, że

klauzule MFN stanowią typowe narzędzia, poprzez które nabywcy próbują uzyskać niskie ceny, w wyniku doprowadzenia dostawcy do traktowania ich w sposób tak samo korzystny jak pozostałych klientów²¹⁴.

Jak wskazał Sąd, praktyki takie nie stanowią zмовy cenowej. Ze względu na brak siły rynkowej stron, Sąd oddalił powództwo.

W kolejnej sprawie dotyczącej klauzul najwyższego uprzywilejowania, zawieranych na rynku usług medycznych, Sąd Dystryktowy dla Wschodniego Dystryktu

²¹³ *Ibidem*, s. 15.

²¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406 (7th Cir. 1995), s. 1415; por. także wyrok Sądu Apelacyjnego 1. Obwodu w sprawie *Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I.*, 883 F.2d 1101 (1st Cir. 1989).

Michigan, oddalił wniosek o oddalenie pozwu uznając, że mogą mieć one charakter antykonkurencyjny, ze względu na tworzenie barier wejścia i możliwy wzrost cen usług²¹⁵. Pozew w tej sprawie został jednak wycofany, albowiem, ze względu na uchwalenie przez stan Michigan ustawy zakazującej stosowania klauzul MFN przez dostawców usług medycznych, postępowanie w niej stało się bezprzedmiotowe.

Okoliczności faktyczne innej sprawy – Online Travel Co. (OTC)/Hotel Booking Antitrust Litigation (dalej jako: OTC), dotyczyły z kolei praktyk rynkowych stanowiących przedmiot zainteresowania wielu organów konkurencji w Europie, w tym w Polsce, a polegających przede wszystkim na stosowaniu klauzul najwyższego uprzywilejowania w relacjach pomiędzy podmiotami zarządzającymi hotelami a właścicielami internetowych platform rejestracji zakwaterowania²¹⁶. Powództwo zbiorowe w tej sprawie wniosła przeciwko wymienionym wyżej grupom przedsiębiorców do Sądu Dystryktowego dla Północnego Dystryktu Teksasu grupa konsumentów. Powodowie zarzucili pozwanym kilka praktyk rynkowych stanowiących, ich zdaniem, naruszenie § 1 ustawy Shermana. Miały one polegać na zawarciu porozumienia horyzontalnego pomiędzy podmiotami prowadzącymi sieci hoteli, na mocy których zobowiązali się oni do niekonkurowania ze sobą. Po drugie, każdy z tych podmiotów miał zawrzeć porozumienie pionowe z poszczególnymi przedsiębiorstwami prowadzącymi internetowe platformy rejestracji zakwaterowania. Na ich mocy zarządzający siecią hoteli zobowiązywał się do określania i publikowania najlepszej możliwej ceny za nocleg w danym hotelu. Właściciel platformy internetowej mógł następnie stosować tę cenę w relacjach z konsumentami. W dalszej kolejności porozumienie obejmowało klauzulę najwyższego uprzywilejowania, na mocy której najlepsza możliwa cena określona uprzednio przez zarządzającego hotelem, miała być co najmniej tak samo korzystna, jak cena oferowana jakimkolwiek innemu właścicielowi platformy internetowej oraz wskazana przez sieć hoteli na jej stronie internetowej. Wszystkie te działania, jak twierdzili powodowie, zmierzały do ustalenia „parytetu cenowego”. Rezultatem stosowania opisanych wyżej praktyk miało być bowiem ujednoczenie cen do poziomu najlepszej możliwej ceny, poniżej której nie mogły oferować usług ani sieci hotelowe, ani zarządzający platformami rezerwacyjnymi. Powodowie twierdzili także, że pozwani podjęli szereg działań służących wdrożeniu parytetu cenowego. Między innymi mieli odmawiać sprzedaży zarządzającym platformom rezerwacyjnym, którzy nie zgodzili się na stosowanie opisanych wyżej ustaleń, stosować groźby postępowania sądowych wobec uczestników porozumienia, którzy nie przestrzegali ustaleń oraz

215 Postanowienie o oddaleniu wniosku o oddalenie powództwa w sprawie *United States v. Blue Cross Blue Shield of Mich.*, 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011).

216 Por.: Memorandum Opinion and Order Granting (doc. 71) Motion to Compel Arbitration and for an Order Excluding Certain Claims of Putative Class Members filed by Sabre Holdings Corporation, Travelocity.com LP (Ordered by Judge Jane J Boyle on 6/14/2013); Memorandum Opinion and Order finding as moot (doc. 107) Motion to Dismiss for Failure to State a Claim; granting 108 Motion to Dismiss without prejudice (Ordered by Judge Jane J Boyle on 2/18/2014) Modified on 2/18/2014 oraz Order denying (doc. 137) Motion to Amend/Correct (Ordered by Judge Jane J Boyle on 10/27/2014) (Judge Jane J Boyle).

monitorować rynek pod kątem ich przestrzegania. Efektem porozumienia miało być zbliżenie lub ujednoczenie cen usług hotelarskich.

Sąd zbadał, czy zarzuty sformułowane przez powodów są wystarczające, by móc rozpoznać sprawę w fazie procesowej. Jak przypomniał Sąd, by skutecznie postawić zarzut powód obowiązany jest udowodnić, że pozwani zawarli porozumienie, które ograniczyło handel na określonym rynku właściwym. Odnosząc się do dowodów na istnienie porozumienia o charakterze horyzontalnym, sąd zauważył, że mają one charakter pośredni²¹⁷. Pozwani twierdzili natomiast, że ich działania noszą znamiona zachowań równoległych, a ich podobieństwo jest rezultatem naturalnej gry rynkowej. Sąd rozprawił się z każdym z argumentów przytoczonych przez powodów, uznając, że nie byli oni w stanie wykazać, że zachowanie pozwanych nosiło znamiona praktyk wielostronnych. Przedstawione dowody nie były bowiem wystarczające, by sprostać wymogom doktryny Twombly. Sąd uznał, że z treści samego pozwu wynikał wniosek, iż zawieranie porozumień pionowych pomiędzy prowadzącymi sieci hoteli a podmiotami zarządzającymi platformami internetowymi miało głęboki gospodarczy sens, stanowiąc tym samym przejaw naturalnych działań służących kontroli cen, po jakich sprzedawane są oferowane przez nich usługi. Jak zauważył Sąd, zawieranie porozumień pionowych obejmujących klauzule najwyższego uprzywilejowania było także racjonalne i naturalne dla właścicieli platform internetowych, którzy w ten sposób zapewniali sobie najniższe możliwe ceny²¹⁸.

7.8. Wnioski końcowe

Wyrok w sprawie Leegin domknął w sposób symboliczny proces przemian amerykańskiego prawa antytrustowego związanych z upowszechnieniem się dorobku szkoły chicagowskiej. Znamienne, że zostały one zapoczątkowane przez inne

217 Powodowie wskazywali na następujące okoliczności świadczące, ich zdaniem, o istnieniu porozumienia horyzontalnego: 1. Istnienie konkurencji cenowej w dystrybucji internetowej w okresie przed domniemanym zawarciem porozumienia, 2. Posiadanie siły rynkowej przez podmioty zarządzające internetowymi platformami rezerwacyjnymi, 3. Wspólne motywy działań powodów, 4. Utrzymywanie kontaktów pomiędzy przedsiębiorcami, włączając w to dyskusje o cenach usług przedsiębrane na konferencjach branżowych, 5. Skoordynowanie polityk cenowych, 6. Okoliczność, że brak skoordynowanych działań leżałaby w sprzeczności z interesami pozwanych, 7. Działania pozwanych służące wymuszeniu realizacji ustaleń zawartych w porozumieniach pionowych, 8. Zamiar oferowania niższych cen przez innych uczestników rynku i niemożność takich działań ze względu na istnienie porozumień ograniczających konkurencję, 9. Prowadzenie postępowań przeciwko pozwany przez organy konkurencji w Europie; por. Memorandum Opinion and Order finding as moot (doc. 107) Motion to Dismiss for Failure to State a Claim; granting 108 Motion to Dismiss without prejudice (Ordered by Judge Jane J Boyle on 2/18/2014) Modified on 2/18/2014, s. 15.

218 *Ibidem*, s. 16–17.

orzeczenie dotyczące dopuszczalności porozumień pionowych, tj. GTE Sylvania. Wbrew oczekiwaniom niektórych przedstawicieli piśmiennictwa, którzy spodziewali się, że po jego wydaniu nastąpi szybka zmiana reguły Dr. Miles, trzeba było na nią czekać aż 30 lat. W tym okresie dochodziło do znaczących, choć powolnych, zmian w obszarze dopuszczalności pionowych porozumień cenowych. Dość powiedzieć, że potrzeba było 20 lat od wydania wyroku w sprawie GTE Sylvania na uchylenie reguły Albrecht zakazującej *per se* ustalania maksymalnych cen odsprzedaży, a zatem praktyki, która powszechnie postrzegana jest jako, co do zasady, niezagrażająca konkurencji, a zdolna wywierać skutki prokonkurencyjne. Ów długotrwały, mozolny proces ewolucji stanowi znakomitą ilustrację stabilności i ciągłości prawa amerykańskiego, w tym prawa antytrustowego.

Choć formalnie nie przynależy ono do zakresu *common law*, stanowiąc element systemu prawa stanowionego, zmiany legislacyjne decydują jedynie w niewielkim zakresie o kierunkach jego rozwoju. Ze względu tak na tradycje prawne Stanów Zjednoczonych, jak i na zakotwiczenie amerykańskiego systemu prawa antytrustowego w angielskim *common law*, między innymi poprzez użycie w § 1 ustawy Shermana pojęcia „ograniczenia handlu”, rozwój tej gałęzi prawa kształtowany jest przez orzecznictwo sądów federalnych²¹⁹. Ich związanie zasadą *stare decisis* istotnie ogranicza możliwości dokonywania zmian linii orzeczniczych.

Zaprezentowany w rozdziale okres rozwoju prawa antytrustowego w zakresie dopuszczalności pionowych porozumień cenowych odznacza się odmienną charakterystyką aniżeli okres wcześniejszy. Do połowy lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku odbywał się on, co do zasady, ruchem wahadłowym, w którym po zaostrzeniu podejścia następowała reakcja, w ramach której przedsięwzięte były działania służące zmniejszeniu zakresu jego skutków. Od momentu wydania wyroku w sprawie GTE Sylvania rozwój ten następuje zasadniczo jednokierunkowo – na rzecz liberalizacji stosowania zakazu tych praktyk rynkowych. To jednak nie oznacza, że taki kierunek rozwoju nie spotyka się z opozycją, choć dotyczy to raczej ostatniego aktu tego procesu, tj. wydania wyroku w sprawie Leegin. Reakcje na rozstrzygnięcie w tej sprawie przybierają formę sprzeciwu wyrażanego przez niektórych przedstawicieli piśmiennictwa, kongresmanów oraz przedstawicieli administracji stanowej. W praktyce stosowania prawa największe znaczenie należy jednak przypisać reakcjom tych władz stanowych, które zdecydowały się pozostać przy stosowaniu zakazu *per se* ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów. Różnorodność standardów oceny stosowanych na gruncie stanowych ustawodawstw antytrustowych uniemożliwia, a przynajmniej utrudnia, wprowadzenie przez dostawców i dystrybutorów ogólnokrajowych systemów dystrybucji, opartych na RPM. Można zaryzykować stwierdzenie, że racjonalnie działający dostawca, dążąc do ograniczenia ryzyka naruszenia stanowych ustawodawstw

219 Więcej na temat relacji pomiędzy ustawą Shermana a *common law* w: D. Dewey, *The Common-Law Background of Antitrust Policy*, „Virginia Law Review”, October 1955, vol. 41, No 6, s. 759–786.

antytrustowych i chcąc jednocześnie zachować jednolitość systemu dystrybucji, zdecydowałyby się raczej na wprowadzenie systemu zgodnego z doktryną Colgate aniżeli opartego na ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży towarów. Osiągnąłby wówczas zbliżony skutek polegający na kontroli cen detalicznych, nie naruszając przepisów tych systemów prawa stanowego, które pozostały przy stosowaniu zakazu *per se* tych praktyk. W tym kontekście, ze względu na opozycję niektórych stanów, w tym najbardziej licznych – Kalifornii i Nowego Jorku – praktyczne znaczenie wyroku w sprawie Leegin jest znacznie mniejsze aniżeli mogłoby się to *prima facie* wydawać.

Trudno przy tym przewidzieć jak potoczy się dalszy rozwój podejścia względem dopuszczalności RPM na gruncie stanowych systemów prawa. Z jednej strony należałoby oczekiwać, że względy spójności powinny w dłuższej perspektywie zadecydować o ujednoczeniu reguł dopuszczalności RPM na gruncie prawa federalnego i ustawodawstw stanowych. Z drugiej jednak strony istnieje silna niechęć wśród opinii publicznej tzw. postępowych stanów do dopuszczenia możliwości powszechnego stosowania tej praktyki.

Jak dowodzi analiza zaprezentowanej powyżej judykatury sądów federalnych, po wydaniu wyroku w sprawie Leegin dopuszczalność ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów oceniana jest na podstawie pełnej reguły rozsądku. Podobnie jak w przypadku innych praktyk ocenianych z jej użyciem, przekłada się to na iluzoryczne możliwości wygranej powoda w postępowaniach sądowych. Powód zobowiązany jest bowiem do wykazania negatywnych skutków praktyki dla konkurencji. W sprawach Spahr v. Leegin, Toys „R” Us, Tempur-Pedic oraz OTC, sądy uznawały, że powód nie był w stanie ich wykazać, a w szczególności, że nie był w stanie udowodnić istnienia siły rynkowej po stronie pozwanego. W rezultacie żadna z tych spraw nie weszła nawet w fazę procesową.

Jednocześnie, zgodnie z dokonywaną przez sądy federalne interpretacją wyroku w sprawie Leegin, wpływ porozumienia na wzrost ceny towaru nie jest samoistnym dowodem negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji. Skutek ten powinno się oceniać w odniesieniu do całokształtu czynników mających wpływ na poziom efektywności alokacyjnej, w szczególności jakości dystrybucji.

Omówione orzeczenia dowiodły, że, o ile w danej sprawie nie wystąpią szczególne okoliczności faktyczne, skuteczne przeprowadzenie dowodu przez powoda jest mało prawdopodobne. Przy tym przez okoliczności te należy raczej rozumieć nie elementy wskazane przez Sąd Najwyższy w sprawie Leegin jako czynniki decydujące o antykonkurencyjnym charakterze praktyki, takie jak siła rynkowa stron, alokacja inicjatywy zawarcia porozumienia oraz liczba dostawców stosujących RPM na rynku. Jak do tej pory jedynym tego rodzaju czynnikiem wziętym pod uwagę przez sąd federalny było współlistnienie z porozumieniem typu RPM kartelu na poziomie dystrybutorów. W przypadkach innych aniżeli porozumienia typu *hub & spoke* powód ma niewielkie szanse na odniesienie sukcesu.

Analiza orzeczeń zapadłych pod nowym reżimem prawnym prowadzi jednocześnie do wniosku, że stosowanie reguły Leegin jest ograniczone do porozumień

wertykalnych. Zmiana reguły Dr. Miles nie wpłynęła na sposób oceny dopuszczalności porozumień typu *hub & spoke*, lecz także, co wykazała sprawa Valuepest.com, na podejście stosowane względem umów agencyjnych. Dystynkcja pomiędzy współlistniejącymi porozumieniami pionowymi a poziomymi o ustaleniu cen została przy tym określona w wyrokach w sprawach Apple i Tempur-Pedic. Z rozstrzygnięcia w pierwszej z nich wynika wniosek, że podmiot pełniący w porozumieniu typu *hub & spoke* funkcję piasty uznany jest za uczestnika porozumienia horyzontalnego. Z kolei, jak dowiódł wyrok w sprawie Tempur-Pedic, dostawca zawierający porozumienia wertykalne o ustalaniu cen odsprzedaży nie jest traktowany jako uczestnik porozumienia horyzontalnego z tego tylko powodu, że sam także prowadzi dystrybucję swoich wyrobów.

Rozdział 8

Egzekwowanie zakazu porozumień antykonkurencyjnych w prawie amerykańskim

8.1. Wprowadzenie

Specyfika egzekwowania¹ prawa antytrustowego w Stanach Zjednoczonych wyraża się przede wszystkim w jego trzech cechach. Po pierwsze, w udziale w obrębie jego publicznoprawnego egzekwowania dwu organów ochrony konkurencji, których zakresy kompetencji w części uzupełniają się, a w części na siebie zachodzą. Dodać do tego należy szczególną rolę stanowych prokuratorów generalnych, którzy uprawnieni są do inicjowania postępowań przed sądami federalnymi między innymi w sprawach z zakresu naruszenia przepisów ustawy Shermana. Po drugie, specyfika ta wyraża się w dominacji prywatnoprawnego egzekwowania, która nie oznacza jednak marginalizacji znaczenia egzekwowania publicznoprawnego. Wreszcie, szczególny charakter amerykańskiego *enforcement* przejawia się w możliwości alternatywnego stosowania względem praktyk ograniczających konkurencję środków prawa karnego i cywilnego. Stanowi to konsekwencję możliwej kwalifikacji naruszeń przepisów § 1 i § 2 ustawy Shermana jako przestępstw federalnych lub jako deliktów cywilnych.

Poniżej przedstawiony został zarys systemu egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia celów opracowania. Zaprezentowanie ustrojowych i proceduralnych ram prawnych tego systemu pozwolić ma na realizację podstawowego założenia metodologicznego badania – postulowanego przez E. Rabla wyjścia poza sferę języka norm, celem zbadania do jakich rzeczywistych rezultatów prowadzi ich zastosowanie.

1 Za A. Jurkowską-Gomułką przyjęto tłumaczenie angielskiego terminu *enforcement* jako „egzekwowanie”. Por. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 23–27; ze względów językowych zamiennie stosowane będzie także inne pojęcie używane w doktrynie polskiego prawa na określenie *enforcement* – tj. „wdrażanie”.

8.2. Publicznoprawne stosowanie prawa antytrustowego

8.2.1. Stosowanie prawa antytrustowego przez Departament Sprawiedliwości USA

8.2.1.1. Organizacja i zadania Wydziału Antytrustowego Departamentu Sprawiedliwości USA

Historycznie pierwszym podmiotem uprawnionym do egzekwowania prawa antytrustowego był Prokurator Generalny Stanów Zjednoczonych, działający za pośrednictwem Wydziału Antytrustowego Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych (dalej jako: DOJ). Posiada on wyłączne kompetencje do publicznoprawnego egzekwowania, w imieniu rządu Stanów Zjednoczonych, ustawy Shermana. Wyjaśnić bowiem trzeba, że drugi spośród amerykańskich organów konkurencji – Federalna Komisja Handlu (dalej jako: FTC), posiada jurysdykcję względem praktyk objętych zakresem stosowania § 1 i 2 ustawy Shermana. Niemniej FTC nie jest uprawniona bezpośrednio do stosowania przepisów ustawy Shermana. Źródłem przysługującej jej jurysdykcji w obszarze prawa antytrustowego jest § 5 ustawy o FTC².

Źródłem uprawnień przysługujących DOJ są natomiast bezpośrednio przepisy ustawy Shermana, która w § 4 wskazuje, że:

Wszystkie Sądy Dystryktowe Stanów Zjednoczonych wyposażone zostały w jurysdykcję celem zapobiegania i powstrzymywania naruszeń § 1–7 tego tytułu; obowiązkiem wszystkich prokuratorów Stanów Zjednoczonych, działających w ramach właściwych dystryktów pod kierunkiem Prokuratora Generalnego, jest wszczynanie postępowań w ramach reguł *equity*, celem zapobiegania i powstrzymywania tych naruszeń. Postępowania te mogą być wszczynane drogą pozwu zawierającego opis sprawy i żądanie, by naruszenie to zostało zakazane lub w inny sposób powstrzymane. Jeżeli strona pozwana została prawidłowo zawiadomiona o pozwie, sąd niezwłocznie przeprowadza rozprawę i rozpoznaje sprawę; w toku postępowania, zanim wydany zostanie wyrok, sąd może w każdym czasie wydać postanowienie o tymczasowym zakazie praktyki, w zakresie, który uzna za właściwy w okolicznościach sprawy³.

2 Tytuł 15 § 45 ust. 1 U.S.C.A.

3 Tytuł 15 § 4 U.S.C.A., nazwany: „jurysdykcja sądów, obowiązki prokuratorów Stanów Zjednoczonych, procedura. W brzmieniu oryginalnym: „The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such

Obok przepisów ustawy Shermana, DOJ, podobnie zresztą jak i FTC, uprawniony jest do egzekwowania ustawy Clayтона. Jest ona ponadto, choć w ograniczonym zakresie, wdrażana przez inne organy, głównie regulacyjne, w tym: Federalną Komisję Komunikacji (FCC) i Sekretarza Handlu⁴. Katalog pozostałych zadań realizowanych przez Wydział Antytrustowy DOJ jest szeroki i obejmuje między innymi: popularyzację ochrony konkurencji, konsultacje świadczone na rzecz innych organów administracji federalnej w sprawach z zakresu prawa antytrustowego oraz reprezentację Stanów Zjednoczonych w postępowaniach przed innymi federalnymi organami administracji⁵. Departament Sprawiedliwości bierze także udział jako *amicus curiae* w postępowaniach prowadzonych w ramach prywatnoprawnego egzekwowania prawa antytrustowego. Ponadto wydaje na wniosek zainteresowanych podmiotów tzw. *Business Review Letters*, w których określa swoje stanowisko odnośnie do zgodności z prawem antytrustowym działań planowanych przez przedsiębiorców⁶.

Wydział Antytrustowy DOJ kierowany jest przez Zastępcę Prokuratora Generalnego ds. Wydziału Antytrustowego, powoływanego przez Prezydenta Stanów Zjednoczonych za radą i zgodą Senatu⁷. Zastępcy Prokuratora Generalnego ds. Wydziału Antytrustowego podlega pięcioro zastępców i dyrektor operacyjny. Siedzibą Wydziału Antytrustowego DOJ jest Waszyngton, gdzie działa zarówno biuro operacyjne, jak i dwie sekcje ogólne prowadzące postępowania. W biurze w Waszyngtonie działają także sekcje specjalistyczne: Transportu, Energetyki i Rolnictwa, Własności Intelektualnej i Działalności Zawodowej, Komunikacji i Finansów, Handlu Zagranicznego i Apelacyjna. Schemat organizacyjny Wydziału Antytrustowego DOJ uzupełniają tworzące Grupę Analiz Ekonomicznych sekcje: Regulacji Gospodarczej, Polityki Konkurencji i Postępowania Gospodarczych. Wydział Antytrustowy DOJ ma także siedem biur regionalnych w: Atlancie, Chicago, Cleveland, Dallas, Nowym Yorku, Filadelfii i San Francisco⁸. Biura regionalne skupiają się przede wszystkim na prowadzeniu postępowań karnych w sprawach dotyczących antytrustu, choć te w Chicago i w San Francisco prowadzą także postępowania cywilne w tym zakresie⁹.

petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises”.

4 Tytuł 15 § 21a U.S.C.A.

5 Pełna lista zadań Wydziału Antytrustowego DOJ uregulowana jest w tytule 28 § 0.40 i 0.41 *Kodeksu Regulacji Federalnych (Code of Federal Regulations)*.

6 Tytuł 28 § 50.6 *Kodeksu Regulacji Federalnych*, nazwany *Antitrust Division Business Review Procedure*.

7 28 U.S.C.A., § 506.

8 Wewnętrzny schemat organizacyjny Wydziału Antytrustowego DOJ wraz z zadaniami przypadającymi każdej z jej jednostek organizacyjnych ustanowiony został w U.S. Attorney’s Manual Title 7-3.000 – dostępny pod adresem: <https://www.justice.gov/usam/usam-7-3000-organization-division#7-3.100> (dostęp: 13.06.2016).

9 *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments*, J. Jakobson et al. (eds.), ed. 6, Chicago 2007, s. 693.

Podstawowym zadaniem Wydziału Antytrustowego DOJ jest prowadzenie dochodzeń w sprawach objętych zakresem jego właściwości, a następnie wszczęcie w tych sprawach przed sądami postępowań karnych lub cywilnych. Podkreślić należy, że Departament Sprawiedliwości jako jedyny organ administracji Stanów Zjednoczonych uprawniony jest do inicjowania i prowadzenia postępowań karnych w sprawach z zakresu ochrony konkurencji.

8.2.1.2. Prawnokarne stosowanie prawa antytrustowego

Choć zarówno przepisy § 1, jak i § 2 ustawy Shermana uznają wszelkie naruszenia zawartych w nich zakazów za przestępstwa federalne, DOJ podejmuje postępowania karne jedynie w odniesieniu do popełnionych umyślnie i oczywistych naruszeń prawa antytrustowego stanowiących najcięższe ograniczenia konkurencji. Dotyczy to przede wszystkim karteli cenowych, zmów przetargowych i karteli podziałowych¹⁰. Ponieważ postępowania takie nie są prowadzone względem porozumień wertykalnych, dalsze uwagi dotyczące prawnokarnego egzekwowania prawa antytrustowego ograniczone zostaną do niezbędnego minimum.

Zwykle warunkiem przypisania przez sąd oskarżonemu odpowiedzialności karnej jest udowodnienie przez DOJ w postępowaniu sądowym umyślności zachowania oskarżonego¹¹. Oznacza to konieczność wykazania przed sądem, że praktyka wywarła antykonkurencyjne skutki, z których możliwości powstania oskarżony zdawał sobie sprawę albo że jego zamiarem było naruszenie konkurencji, bez względu na to, czy skutki takie rzeczywiście powstały¹². W przypadku porozumień zakazanych *per se* wystarczające dla udowodnienia negatywnych skutków jest wykazanie zamiaru zawarcia takiego porozumienia. W takim przypadku bowiem wymóg wykazania negatywnych skutków dla konkurencji byłby równoznaczny z koniecznością oceny rozsądnego charakteru ograniczenia¹³.

Naruszenie § 1 lub § 2 ustawy Shermana skutkować może nałożeniem przez sąd w postępowaniu karnym na oskarżonego, będącego osobą fizyczną, kary

10 *Ibidem*; H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, ed. 5, Saint Paul 2016, s. 792 oraz J. Kessler, S. Waller, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, (ed. 2), 2015, WEST/el., § 4.3.

11 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 792 oraz J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 4.3.

12 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 792; J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 4.3, zob. także wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. United States Gypsum*, 438 U.S. 422 (1978).

13 Wyroki: Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States v. Koppers Co., Inc.*, 652 F.2d 290 (2d Cir. 1981), s. 295–296; Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *United States v. Gillen*, 599 F.2d 541 (3d Cir. 1979), s. 545; Sądu Apelacyjnego 4. Obwodu w sprawie *United States v. W. F. Brinkley & Son Const. Co., Inc.*, 783 F.2d 1157 (4th Cir. 1986), s. 1162; Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie *United States v. Cargo Service Stations, Inc.*, 657 F.2d 676 (5th Cir. 1981), s. 681–683; Sądu Apelacyjnego 6. Obwodu w sprawie *United States v. Cooperative Theatres of Ohio, Inc.*, 845 F.2d 1367 (6th Cir. 1988), s. 1373; Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *United States v. Brighton Bldg. & Maintenance Co.*, 598 F.2d 1101 (7th Cir. 1979), s. 1106; Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie *United States v. Brown*, 936 F.2d 1042 (9th Cir. 1991); Sądu Apelacyjnego 10. Obwodu w sprawie *United States v. Metropolitan Enterprises, Inc.*, 728 F.2d 444 (10th Cir. 1984), s. 449–453.

pozbawienia wolności do lat 10 i grzywny w wysokości do 1 mln dolarów. Podmioty niebędące osobami fizycznymi mogą zostać ukarane karą grzywny do wysokości 100 mln dolarów lub, alternatywnie, w wysokości podwójnej wartości korzyści albo szkody wynikłej z popełnionego przestępstwa.

Departament Sprawiedliwości zarządza także dwoma programami łagodzenia kar (*leniency programs*), z których jeden adresowany jest do przedsiębiorstw¹⁴, a drugi do osób pełniących w nich funkcje kierownicze¹⁵. Podkreślić należy wyraźnie, że skutki skorzystania z danego programu przez uprawniony podmiot objawiają się w sferze odpowiedzialności karnej przedsiębiorstwa lub osób pełniących w nim funkcje kierownicze, a nie, co do zasady, w sferze odpowiedzialności cywilnej. Skuteczne przystąpienie do programu *leniency* gwarantuje bowiem, że uczestnikowi kartelu nie zostaną postawione zarzuty w postępowaniu karnym¹⁶. Natomiast podmiot, który przystąpił jako drugi do programu, może ubiegać się o bardziej korzystne traktowanie w takim postępowaniu, uwzględniające między innymi redukcję kar lub zapewnienie, że mniejszej liczbie jego pracowników przedstawione zostaną zarzuty karne. Udział w programie *leniency* nie gwarantuje wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej. Niemniej odpowiedzialność cywilna tego uczestnika programu *leniency*, który skorzystał z niego jako pierwszy, może zostać zredukowana do wartości rzeczywistej szkody, a zatem unika on obowiązku zapłaty odszkodowania retorsyjnego, stanowiącego normalnie równowartość trzykrotności szkody oraz ewentualnej konieczności zapłaty odszkodowań nakładanych za to samo naruszenie w innych postępowaniach cywilnych¹⁷.

Warunkiem tejże redukcji odszkodowania jest jednak nawiązanie przez pozwanego satysfakcjonującej współpracy z powodem. Oznacza to obowiązek przekazania powodowi wszystkich istotnych informacji, dokumentów i innych przedmiotów istotnych w sprawie. Dodatkowo, w przypadku osób fizycznych, niezbędna jest ich pełna współpraca w postępowaniu, w tym składanie wyjaśnień w pełnym zakresie. W przypadku pozwanych niebędących osobami fizycznymi – dochowanie najwyższej staranności w zapewnieniu pełnej współpracy osób fizycznych, objętych umową w sprawie *leniency*¹⁸.

Choć w opisany wyżej sposób uzyskać można redukcję odpowiedzialności cywilnej uczestnika porozumienia, nie należy zapominać, że warunkiem jej uzyskania jest uprzednie przystąpienie do programu *leniency*. Tym samym redukcja odpowiedzialności cywilnej nie jest możliwa w odniesieniu do porozumień, względem których DOJ nie podejmuje postępowań karnych, takich jak między innymi ograniczenia wertykalne.

14 <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download> (dostęp: 12.06.2016).

15 <https://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy> (dostęp: 12.06.2016).

16 Por. Korporacyjny Program Leniency Departamentu Sprawiedliwości USA.

17 Por. Public Law No 108-237, § 213(a).

18 Szczegółowe warunki określa § 213(b) Public Law No 108-237.

8.2.1.3. Stosowanie prawa antytrustowego w postępowaniu cywilnym

Wydział Antytrustowy DOJ wszczyna także postępowania cywilne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, występując z powództwami przed sądami federalnymi. Pozostaje ona zasadniczo swobodna co do decyzji w jakim trybie – postępowania karnego czy cywilnego – prawo antytrustowe egzekwowane będzie względem określonej praktyki antykonkurencyjnej. Najczęściej jednak postępowania cywilne wszczynane są w sprawach, w których państwo doznało szkody jako nabywca towarów lub z zakresu antykonkurencyjnych koncentracji przedsiębiorców. Ponadto postępowania te podejmowane są w sprawach z zakresu stosowania § 2 ustawy Shermana oraz w odniesieniu do praktyk, które nie były dotąd przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego, a przez to nie mogły być rozpoznane w postępowaniu karnym¹⁹. Dodatkowo, jak zostało już wskazane powyżej, tryb postępowania karnego w praktyce zarezerwowany jest dla najcięższych horyzontalnych ograniczeń konkurencji.

Dochodzenie prowadzone przez DOJ wszczynane jest po pozyskaniu przez Wydział informacji na temat naruszeń prawa antytrustowego. Mogą one pochodzić zarówno ze skarg składanych przez osoby fizyczne, przedsiębiorców, jak i organów administracji publicznej oraz źródeł prasowych. Mogą także zostać pozyskane w rezultacie własnych analiz rynkowych, badań sektorowych lub obserwacji innych postępować w sprawach z zakresu prawa antytrustowego²⁰.

Po powzięciu informacji, które uzasadniają wszczęcie postępowania, DOJ zwraca się w trybie tzw. procedury wyjaśniającej (*Clearance Procedure*) do FTC z wnioskiem o niewnoszenie zastrzeżeń (*clearance*). Procedura ta służy rozstrzygnięciu, który spośród amerykańskich organów konkurencji będzie prowadził postępowanie w sprawie objętej zakresem właściwości obu z nich. Jej stosowanie jest następstwem specyfiki systemu publicznoprawnego egzekwowania prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych, opartego na uczestnictwie dwóch organów konkurencji o częściowo nakładających się na siebie jurysdykcjach. Jej stosowanie służy przede wszystkim oszczędności zasobów niezbędnych do prowadzenia postępowań.

Procedura wyjaśniająca wypracowywana była przede wszystkim w toku wieloletniej praktyki współdziałania tychże organów i ujmowana w kolejnych umowach dotyczących podziału kompetencji pomiędzy nimi²¹. Kryterium tego podziału jest przede wszystkim rodzaj działalności gospodarczej, której dotyczy praktyka, a w odniesieniu do tych jej rodzajów, które nie zostały objęte wykazem załączono-

19 J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 4.6.

20 Por. *Antitrust Division Manual*, s. III-6, dostępna pod adresem <https://www.justice.gov/atr/file/761141/download> (dostęp: 13.06.2016).

21 *Memorandum of Agreement Between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice Concerning Clearance Procedures for Investigations* z 5 marca 2002 r. dostępne pod adresem: https://www.justice.gov/atr/memorandum-agreement-between-federal-trade-commission-and-antitrust-division-united-states#N_1_ (dostęp: 13.06.2016).

nym do umowy o podziale kompetencji, kryterium doświadczenia w prowadzeniu postępowań w podobnych sprawach²². Jeśli jednak istnieje prawdopodobieństwo, że praktyka stanowi przestępstwo, postępowanie prowadzone jest przez DOJ bez względu na sektor gospodarki, którego praktyka dotyczy lub stopień doświadczenia danego organu w egzekwowaniu względem niego prawa antytrustowego²³.

Za każdym razem, gdy jeden z amerykańskich organów konkurencji zamierza podjąć dochodzenie, obowiązany jest zwrócić się do drugiego z wnioskiem o niewnoszenie zastrzeżeń (*clearance*). W nielicznych przypadkach, w których organ wnosi zastrzeżenia, spór kompetencyjny rozstrzygany jest na szczeblu osób kierujących organami, a jeśli to nie da rezultatów, decydują oni o przekazaniu sporu do tzw. neutralnej oceny (*Neutral Evaluation*). Jest ona dokonywana przez neutralne ciało, składające się z ekspertów zaakceptowanych przez obie strony²⁴.

Po wyjaśnieniu kwestii właściwości, następuje wszczęcie dochodzenia, do którego dochodzi w rezultacie wydania memorandum zaakceptowanego przez Dyrektora Operacyjnego lub jego zastępcę oraz Zastępcę Prokuratora Generalnego ds. Wydziału Antytrustowego. Ma ono na celu zgromadzenie dowodów wystarczających do złożenia powództwa w sądzie lub sporządzenia aktu oskarżenia, jeśli sprawa ma być prowadzona w trybie postępowania karnego.

DOJ, prowadząc postępowanie cywilne, gromadzi dowody korzystając z instrumentów niewładczych, a także wydając tzw. cywilne żądania śledcze (*Civil Investigative Demands* – CID). Stanowią one postanowienia zawierające wezwanie do ujawnienia określonych dokumentów, złożenia wyjaśnień, udzielenia określonych informacji lub pozyskania materiału dowodowego uzyskanego w wyniku procedury *discovery* zastosowanej w innym postępowaniu²⁵. CID może zostać wydane

22 Zakresem właściwości DOJ objęte są naruszenia konkurencji w następujących sektorach gospodarki: rolnictwo i związana z nim biotechnologia, awionika, aeronautyka i elektronika obronna, browarnictwo, oprogramowanie komputerowe, kosmetyki, usługi finansowe, ubezpieczeniowe, rynki opcji, obligacji i rynki towarowe, szyby, ubezpieczenia medyczne, produkty i usługi lecznicze, co do których FTC uzna, że nie wchodzą w zakres jej właściwości, przemysł maszynowy, media i rozrywka, przemysł metalowy i górnictwo, pociski, czołgi i pojazdy opancerzone, morskie wyroby obronne, fotografia i film, papier, wyroby papiernicze, tarcica, drewno, usługi i sprzęt telekomunikacyjny, transport i podróże, gospodarka odpadami.

Zakresem właściwości FTC objęte są z kolei: kadłuby statków powietrznych, samochody, w tym samochody ciężarowe i części samochodowe, materiały budowlane, chemikalia, w tym plastiki i farby, sprzęt komputerowy, energia i paliwa, usługi medyczne, gazy przemysłowe, amunicja, dystrybucja spożywcza, w tym sprzedaż alkoholu i wyrobów tytoniowych, sprzedaż detaliczna, farmaceutyki i biotechnologia (z wyjątkiem tej związanej z rolnictwem), działalność zawodowa, produkcja i umieszczanie w przestrzeni kosmicznej satelitów i produkcja przenoszących je raket oraz tekstylia.

23 Por. pkt 20 *Memorandum of Agreement Between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice Concerning Clearance Procedures for Investigations* z 5 marca 2002 r.

24 *Ibidem*, pkt 26.

25 Tytuł 15 § 1311 – § 1314 U.S.C.A.

względem każdej osoby, która może posiadać materiał dowodowy istotny w sprawie²⁶. CID podlega zaskarżeniu do właściwego federalnego Sądu Dystryktowego. W przypadku niezastosowania się przez adresata CID do żądania w nim wyrażonego, DOJ może wystąpić do federalnego Sądu Dystryktowego o wydanie nakazu jego wykonania.

Po zgromadzeniu niezbędnego materiału dowodowego, DOJ może wystąpić z powództwem do Sądu Dystryktowego. Może domagać się w nim wydania przez sąd wyroku nakazującego lub zakazującego określonego zachowania (*injunction*). Może to dotyczyć nałożenia zakazu stosowania praktyki, którą przedsiębiorca planował wprowadzić w życie lub nakazu zaprzestania praktyki już stosowanej. Przy tym, to ostatnie dotyczy praktyk, które nie są ścigane w trybie postępowania karnego. W odniesieniu do antykonkurencyjnych koncentracji DOJ może żądać wydania przez sąd zakazu ich dokonania, a w przypadku ich dokonania – nakazu przywrócenia do stanu poprzedniego, w tym podziału przedsiębiorstwa. DOJ może także domagać się wydania nakazu podziału przedsiębiorstwa w przypadku stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolizacji, choć obecnie możliwość ta nie jest w praktyce wykorzystywana²⁷.

Jeśli natomiast państwo, jako nabywca towarów lub usług, poniosło szkodę w wyniku stosowania praktyk ograniczających konkurencję, DOJ może wnieść powództwo odszkodowawcze, obejmujące także roszczenie o odszkodowanie retorsyjne w wysokości trzykrotności rzeczywistej szkody.

Zdecydowana większość postępowań cywilnych prowadzonych przez DOJ kończy się jednak wydaniem decyzji ugodowych (tzw. *consent decrees*)²⁸. Stanowią one rodzaj ugody pozasądowej zawieranej przez DOJ z pozwanym w fazie przedprocesowej lub w toku jej trwania, przed wydaniem wyroku. *Consent decree* jest następnie zatwierdzany przez federalny Sąd Dystryktowy. Wydanie *consent decree* jest przejawem realizacji zasady ekonomiki postępowania, pozwalając organowi konkurencji uniknąć zaangażowania istotnych zasobów w długotrwały proces sądowy. Z drugiej strony pozwala przedsiębiorcy, który dopuścił się naruszenia prawa antytrustowego, uniknąć ponoszenia kosztów postępowania. Obie strony unikają przy tym ryzyka związanego z trudnym do przewidzenia rezultatem postępowania sądowego. Największą, z punktu widzenia przedsiębiorcy, zaletą wydania względem niego *consent decree* jest uniknięcie skutków zastosowania § 5 (a) ustawy Claytona, który wprowadza prejudykat w odniesieniu do kolejnych postępowań²⁹. Zgodnie z jego treścią wyrok sądowy wydany w postępowaniu cywilnym lub karnym wszczętym z inicjatywy rządu Stanów Zjednoczonych, uznający że pówód naruszył prawo antytrustowe, stanowi

26 Tytuł 15 § 1311 lit. f U.S.C.A.; konstytucyjność przepisów o CID została potwierdzona przez sądy federalne.

27 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 795.

28 *Ibidem*, s. 794 oraz J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 4.8.

29 Tytuł 15 § 16 lit. a U.S.C.A.

prima facie dowód przeciwko temu pozwanemu w jakimkolwiek postępowaniu wszczętym przeciwko niemu z powództwa innej osoby opartego na zarzucie naruszenia tego prawa, w zakresie, w którym wyrok ten stanowić może *estoppel* w relacjach pomiędzy stronami.

Efekt ten nie powstaje w przypadku wydania *consent decree*³⁰.

Treść *consent decrees* podlega negocjacom pomiędzy DOJ a przedsiębiorstwem. Zwykle zaczynają się one jeszcze w fazie przed złożeniem pozwu do sądu i trwają nadal po jej złożeniu³¹. Przedmiotem negocjacji są przede wszystkim zobowiązania przedsiębiorcy odnoszące się do zapewnienia zgodności jego przyszłych działań z prawem konkurencji. Dotyczą one zaprzestania stosowania określonej praktyki antykonkurencyjnej, a także podjęcia innych działań służących zapewnieniu stanu zgodności jego działań z prawem, takich jak wdrożenie programu *compliance*, przyjęcia obowiązków sprawozdawczych i informacyjnych³².

Postępowanie w sprawie wydania *consent decree* uregulowane zostało w *Anti-trust Procedure and Penalties Act* (tzw. ustawa Tunneya)³³. Zgodnie z jej treścią propozycja ugody powinna zostać złożona do sądu i opublikowana w Rejestrze Federalnym w terminie do 60 dni przed planowanym wydaniem wyroku zatwierdzającego ugodę. Na tej samej zasadzie przedkładane sądowi i publikowane powinny być wszystkie pisemne komentarze do propozycji ugodowej i pisma składane przez DOJ w odpowiedzi na nie³⁴. Dokumenty te są publicznie dostępne. Wraz ze złożeniem propozycji *consent decree* DOJ obowiązany jest złożyć do sądu i opublikować w Rejestrze Federalnym tzw. oświadczenie o wpływie na konkurencję (*competitive impact statement* – CIS). Zawiera ono:

- 1) określenie charakteru i celu postępowania,
- 2) opis praktyki lub stanu faktycznego uzasadniających stanowisko o naruszeniu prawa antytrustowego,
- 3) objaśnienie propozycji wyroku zatwierdzającego ugodę, w tym określenie jakichkolwiek nietypowych okoliczności, które stanęły u podstaw tej propozycji lub jakiegokolwiek postanowienia w nim zawartego, efektu który ma zostać w ten sposób osiągnięty i jego oczekiwanego wpływu na konkurencję,
- 4) środki prawne dostępne dla potencjalnych osób prawa prywatnego, które doznały szkody w wyniku stosowania praktyki w przypadku wejścia w życie propozycji ugodowej,
- 5) opis postępowania w sprawie zmiany propozycji ugodowej,
- 6) opis i ocenę działań alternatywnych, które rzeczywiście brane są pod uwagę przez DOJ³⁵.

30 *Ibidem*.

31 *ABA Section...*, s. 704.

32 *Ibidem*.

33 Public Law 93-528; skodyfikowane jako tytuł 15 § 16 lit. b–h U.S.C.A.

34 Tytuł 15 § 16 lit. b U.S.C.A.

35 *Ibidem*.

Streszczenie CIS i propozycji *consent decree* musi zostać następnie opublikowane w określonym czasie w gazecie o szerokim zasięgu sprzedaży³⁶. Pozostałe istotne dokumenty związane z postępowaniem mają być udostępniane wszystkim zainteresowanym podmiotom na ich żądanie. Po upływie czasu do złożenia uwag do propozycji ugodowej, federalny sąd dystryktowy dokonuje rozstrzygnięcia, czy zatwierdzenie *consent decree* służy realizacji interesu publicznego³⁷. Ocenia przy tym wpływ takiego wyroku na konkurencję, biorąc pod uwagę wszystkie czynniki, które uzna za konieczne w podjęciu rozstrzygnięcia³⁸. Sąd uprawniony jest między innymi do przesłuchania, z urzędu lub na wniosek stron i innych uczestników postępowania, funkcjonariuszy publicznych i biegłych (*expert witnesses*) oraz wyznaczyć tzw. *special masters*³⁹, biegłych i konsultantów zewnętrznych. Sąd może także wystąpić o opinię, ocenę lub poradę do jakiegokolwiek osoby fizycznej, jednostki organizacyjnej bądź organu administracji. Może także przeprowadzić pełne postępowanie sądowe z udziałem stron, *amicorum curiae*, interwenantów, łącznie z przesłuchaniem świadków i innymi czynnościami postępowania dowodowego⁴⁰.

W przypadku zatwierdzenia *consent decree* przedsiębiorca będący jego stroną jest zobowiązany zastosować się do zawartych w nim warunków pod rygorem odpowiedzialności karnej lub cywilnej. Warunkiem skutecznej egzekucji *consent decree* w postępowaniu karnym jest wykazanie, że przedsiębiorca nie tylko naruszył jasne i precyzyjne postanowienia w nim zawarte, lecz także, że uczynił to umyślnie⁴¹.

8.2.2. Stosowanie prawa antytrustowego przez Federalną Komisję Handlu

8.2.2.1. Ustrój FTC

Federalna Komisja Handlu powstała w 1914 r. jako agencja federalna powołana do ochrony konkurencji i konsumentów. FTC jest organem kolegialnym, w skład którego wchodzi pięciu Komisarzy, mianowanych przez Prezydenta Stanów Zjednoczonych za radą i zgodą Senatu na siedmioletnią kadencję. Nie więcej niż trzech spośród nich może być członkami tej samej partii politycznej. Spośród Komisarzy Prezydent wybiera przewodniczącą. Może on także odwołać każdego spośród Komisarzy, jednak może to nastąpić jedynie z powodu braku efektywności,

36 Tytuł 15 § 16 lit. c U.S.C.A.

37 Tytuł 15 § 16 lit. e U.S.C.A.

38 *Ibidem*.

39 Terminem *special master* określa się urzędnika wyznaczonego przez sąd celem wykonania i nadzorowania wykonania niektórych czynności procesowych. Dotyczy to między innymi nadzoru nad wykonaniem postanowień sądu i zawartych przez stron ugód. Por. Regułę 53 *Federalnych Reguł Postępowania*.

40 Pełen katalog uprawnień proceduralnych sądu zawiera tytuł 15 § 16 lit. f U.S.C.A.

41 *ABA Section...*, s. 709.

zaniedbania bądź nadużycia władzy. Wakat na stanowisku komisarza nie wstrzymuje prac Komisji ani nie uchybia uprawnieniom pozostałych komisarzy⁴².

Struktura FTC obejmuje wydziały (*bureaus*): Konkurencji, Ochrony Konsumenta i Ekonomiczne. Dwa pierwsze prowadzą postępowania w sprawach wynikających z ich właściwości. Wydział ekonomiczny wspiera pozostałe biura analizami ekonomicznymi niezbędnymi w prowadzonych postępowaniach. Poza wydziałami, jednostkami organizacyjnymi FTC są biura (*offices*), które nie prowadzą postępowań, a wykonują zadania organizacyjne i administracyjne stanowiąc wsparcie dla podstawowej działalności FTC⁴³. Siedzibą FTC jest Washington. Komisja ma także osiem biur regionalnych obsługujących siedem regionów Stanów Zjednoczonych⁴⁴.

8.2.2.2. Właściwość Federalnej Komisji Handlu

Federalna Komisja Handlu wywodzi swoje kompetencje z § 5 ustawy o FTC, który zakazuje „nieuczciwych metod konkurencji w handlu lub wywierających nań wpływ oraz nieuczciwych lub oszukańczych działań lub praktyk w handlu lub wywierających nań wpływ”⁴⁵. Zakaz ten interpretowany jest szeroko, obejmując swoim zakresem wszelkie naruszenia ustaw Shermana i Claytona oraz działania przedsiębiorców, które zmierzają do pogwałcenia przepisów tych ustaw, lecz znajdują się jeszcze we wstępnej fazie i jako takie nie są kwalifikowane jako naruszenia tychże ustaw. Dodatkowo zakresem właściwości FTC objęte są działania uznawane za niezgodne z duchem prawa antytrustowego.

Kompetencje FTC w zakresie stosowania § 5 ustawy o FTC, *prima facie* niemal nieograniczone, są jednak w rzeczywistości istotnie zawężone. Po pierwsze, ust. 2 tego przepisu ogranicza je do postępowań prowadzonych względem osób, spółek i korporacji. Przy tym, § 4 ustawy o FTC, zawierający definicję terminu korporacja, uznaje za jedną z jego elementów definicyjnych „prowadzenie działalności dla zysku jej lub jej wspólników”⁴⁶. Choć nawiązanie do kryterium zysku bywało także

42 Tytuł 15 § 41 U.S.C.A.

43 W skład FTC wchodzi zlokalizowane w Waszyngtonie: Biuro Współpracy z Kongresem, Biuro Równych Szans w Zatrudnieniu, Biuro Spraw Międzynarodowych, Biuro Dyrektora Zarządzającego, Biuro Głównego Radcy, Biuro Planowania Polityki, Biuro Sędziów Administracyjnych, Biuro Spraw Publicznych, Biuro Sekretarza.

44 Tytuł 15 § 41 U.S.C.A. Biura regionalne znajdują się w Nowym Jorku, Cleveland, Atlancie, Chicago, Dallas, Seattle, San Francisco i Los Angeles; dwa ostatnie spośród nich obsługują wspólnie region zachodni.

45 Tytuł 15 § 45 ust. 1 U.S.C.A.

46 Zgodnie z § 4 ustawy o FTC (tytuł 15 U.S.C.A., § 44) Korporacja oznacza „spółkę handlową, trust, tzw. trust Massachusetts lub związek rejestrowy lub nierejestrowy, który utworzony został celem prowadzenia działalności gospodarczej dla zysku własnego lub jego członków, i którego kapitał podzielony jest na udziały, akcje lub świadectwa udziałowe oraz każdą spółkę handlową, trust, tzw. trust Massachusetts lub związek rejestrowy lub nierejestrowy, którego kapitał nie jest podzielony na udziały, akcje lub świadectwa udziałowe, z wyjątkiem spółek osobowych, i który utworzony został celem prowadzenia działalności gospodarczej dla zysku własnego lub jego członków”.

interpretowane jako zawężenie zakresu podmiotowego stosowania § 5 ustawy, tak by wyłączone z niego zostały podmioty działające *non-profit*, orzecznictwo ostatecznie przyjęło przeciwne stanowisko. W wyroku w sprawie *California Dental Association v. FTC*, Sąd Najwyższy szeroko zinterpretował kryterium zysku uznając, że zakresem § 5 ustawy o FTC objęte są także podmioty *non-profit*, o ile świadczą „korzyści majątkowe” dla ich członków⁴⁷.

Po drugie, przepis § 5 ust. 2 ustawy o FTC wyłącza spod zakresu jej kompetencji działania podejmowane względem niektórych podmiotów gospodarczych, w tym: banków, instytucji oszczędnościowo-kredytowych, przewoźników, których działalność podlega regulacji sektorowej, i linii lotniczych (także zagranicznych).

Po trzecie, jak wynika wprost z brzmienia § 5 ustawy o FTC, zakres jej kognicji ogranicza się do praktyk, które wpływają na wymianę handlową. Przy tym, zgodnie z § 4 tej ustawy, termin ten oznacza

wymianę handlową pomiędzy kilkoma stanami lub pomiędzy narodami obcymi lub na jakimkolwiek terytorium Stanów Zjednoczonych lub na terytorium Dystryktu Kolumbii lub pomiędzy takim terytorium i innym lub pomiędzy takim terytorium i jakimkolwiek stanem lub obcym narodem, lub pomiędzy Dystryktem Kolumbii i jakimkolwiek stanem lub terytorium lub obcym narodem.

W ten sposób zakres stosowania tego przepisu skonstruowany został w nawiązaniu do klauzuli handlowej zawartej w *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*.

Ponadto, przepis § 5 lit. b ustawy o FTC uzależnia możliwość jej stosowania od naruszenia przez praktykę interesu publicznego⁴⁸. Oznacza to, że poza zakresem jurysdykcji FTC znajdują się praktyki, które oddziałują wyłącznie na interesy prywatne. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w sprawie *FTC v. Klesner*, „jej [tj. FTC – Ł. G.] wstępne ustalenie, że wszczęcie postępowania realizuje interes publiczny, nawet jeśli nie mieści się ściśle w zakresie stosowania przepisu, jest zwykle akceptowane przez sądy”. Jednakże działania FTC zmierzające do wykonania decyzji „podlegają kontroli sądowej”⁴⁹. Jeżeli zatem FTC wyda decyzję z naruszeniem przesłanki interesu publicznego, jej sądowa egzekucja będzie niemożliwa. Przy tym naruszenie interesu publicznego musi aktualizować się w trakcie trwania całego postępowania⁵⁰.

47 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999).

48 Zgodnie z treścią § 5 lit. B, zdanie 1 ustawy o FTC: „w każdym przypadku, gdy Komisja będzie miała podstawę by przypuszczać, że jakakolwiek taka osoba, spółka lub korporacja stanowi lub dopuszcza się nieuczciwej metody konkurencji albo nieuczciwego lub oszukańczego działania lub praktyki w handlu lub naruszającej handel, i gdy uzna ona, że postępowanie podjęte przez nią względem nich czyni zadość interesowi publicznemu, powinna wydać i doręczyć, w odniesieniu do takiej osoby, spółki lub korporacji, skargę określającą jej zarzuty w tym zakresie i zawierającą wezwanie na przesłuchanie we wskazanym dniu i miejscu, w terminie co najmniej 30 dni od dnia doręczenia skargi”.

49 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *FTC v. Klesner*, 280 U.S. 19 (1929).

50 *ABA Section...*, s. 645.

Orzecznictwo sądowe określiło także kolejne warunki, których spełnienie uprawnia FTC do podjęcia interwencji na podstawie przepisu § 5 ustawy o FTC. Aby tak się stało praktyka musi:

- 1) wyrządzać konsumentom szkodę,
- 2) naruszać istniejącą politykę publiczną,
- 3) być nieetyczna lub niegodziwa⁵¹.

Treść tych przesłanek została doprecyzowana przez FTC w wydanym w 1980 r. *Stanowisku w sprawie polityki dotyczącej nieuczciwości*⁵². FTC wskazała w nim, że szkoda wyrządzona przez praktykę musi być istotna i realna oraz mieć wymiar raczej materialny bądź dotyczyć zagrożenia zdrowia lub bezpieczeństwa. Jednocześnie szkody tej nie mogą przeważać korzyści na rzecz konkurencji lub konsumentów, a jej powstania, oceniając racjonalnie, konsument nie był w stanie uniknąć.

Warunek naruszenia polityki publicznej odnosi się wyłącznie do powszechnie rozpoznawalnej polityki ustanowionej w sposób jasny i trwały, przede wszystkim w aktach normatywnych lub w orzecznictwie. Ostatni z wymienionych wyżej warunków odnosi się natomiast do zachowań, które naruszają ogólnie rozpoznawalne normy etyczne stosowane w stosunkach gospodarczych, co można odnieść do krajowego pojęcia zasad uczciwości kupieckiej.

Poprzez wydanie stanowiska, FTC w praktyce samoograniczyła swoje kompetencje w zakresie stosowania § 5 ustawy o FTC. Podobną rolę odegrała jej nowelizacja dokonana w 1994 r., która dodała normę kompetencyjną, ograniczającą w praktyce możliwość stosowania zakazu wyrażonego jej § 5. Nowy przepis, ujęty w *Kodeksie Stanów Zjednoczonych* jako § 45 lit. n tytułu 15, stanowi:

Komisja nie jest uprawniona na podstawie niniejszego paragrafu lub § 57 lit. a tego tytułu do uznawania działania lub praktyki za niezgodne z prawem, na tej podstawie, że jest ona nieuczciwa, za wyjątkiem gdy działanie to lub praktyka wywołuje lub może wywoływać poważną szkodę konsumentom, której, oceniając racjonalnie, nie byłoby oni w stanie sami uniknąć i która nie jest równoważona przez korzyści płynące dla konkurencji lub konsumentów. Oceniając, czy działanie lub praktyka jest nieuczciwa, Komisja może wziąć pod uwagę ustalone polityki publiczne, jako dowód oceniany łącznie z innymi dowodami. Takie względy polityki publicznej nie mogą służyć jako główna podstawa takiej oceny.

Kolejne poglądy dotyczące zakresu uprawnień FTC zawarte zostały w wydanym przez nią w roku 2015 *Stanowisku dotyczącym reguł stosowania prawa odnoszących się do pojęcia „nieuczciwych metod konkurencji”* w rozumieniu § 5 ustawy o FTC⁵³. FTC przypominała w nich wpierw, że

51 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie FTC v. Sperry and Hutchinson Company 405 U.S. 233 (1972), s. 239.

52 *FTC Policy Statement on Unfairness* z 17 grudnia 1980 r. dostępne pod adresem: <https://www.ftc.gov/public-statements/1980/12/ftc-policy-statement-unfairness> (dostęp: 15.06.2016).

53 *Stanowiskoz13sierpnia2015r.*, dostępne pod adresem internetowym: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf (dostęp: 13.06.2016).

nieuczciwe metody konkurencji obejmują nie tylko te działania i praktyki, które naruszają ustawę Shermana i Clayтона, lecz także te, które sprzeczne są z duchem prawa antytrustowego, jak i takie, które jeśli pozwoli im się wejść w życie, mogą naruszyć te ustawy.

Zgodnie z ww. stanowiskiem, FTC zobowiązała się przestrzegać następujących reguł dotyczących klasyfikacji praktyk, które znajdują się poza zakresem stosowania ustaw Shermana i Clayтона, jako naruszających § 5 ustawy o FTC:

1. Komisja będzie kierować się polityką publiczną stojącą u podstaw prawa antytrustowego, tj. promowaniem dobrobytu konsumenta,
2. Działanie lub praktyka będą oceniane przez Komisję w oparciu o koncepcję podobną do reguły rozsądku, co oznacza, że działanie lub praktyka będące przedmiotem oceny musi spowodować lub być w stanie spowodować szkodę dla konkurencji lub procesu konkurencyjnego, biorąc pod uwagę wszelkie związane z nią dające się określić efektywności i uzasadnienia biznesowe [...]
3. Jest mniej prawdopodobne, by Komisja podjęła postępowanie względem działania lub praktyki stanowiącej nieuczciwą metodę konkurencji, w oparciu o odrębną podstawę prawną, jeżeli zastosowanie ustawy Shermana lub Clayтона jest wystarczające dla zwalczania szkody, która z takiego działania lub praktyki wynikłaby dla konkurencji⁵⁴.

Mimo tego ograniczenia FTC zachowuje nadal szerokie kompetencje, obejmujące zarówno przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję, jak i nieuczciwej konkurencji oraz praktykom naruszającym interesy konsumentów. W zakresie praktyk ograniczających konkurencję, jej kompetencje nie są ograniczone treścią zakazów wyrażonych w § 1 i 2 ustawy Shermana. Jak dowodzi praktyka, FTC stosuje, wprawdzie wstrzeźliwie, przepis § 5 ustawy w celu przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję jeszcze zanim zaczną być one stosowane. Dotyczyło to m.in. interwencji podejmowanej względem prób zawiązania porozumienia horyzontalnego. W kilku przypadkach FTC wydawała wówczas decyzje ugodowe (*consent decrees*) zobowiązujące do odstąpienia od zawierania takich porozumień⁵⁵.

Znaczną część działalności FTC zajmuje kontrola koncentracji prowadzona wraz z DOJ na podstawie przepisów ustawy Hart–Scott–Rodino⁵⁶. Ten obszar kompetencji FTC pozostaje jednak poza zakresem opracowania.

Podkreślić trzeba, że FTC jest jedynym podmiotem uprawnionym do stosowania § 5 ustawy o FTC. W szczególności przepis ten nie stanowi podstawy prawnej dla roszczeń osób prawa prywatnego zgłaszanych w postępowaniach cywilnych⁵⁷.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Decyzje FTC w sprawach: Quality Trailer Products, 7 Trade Reg. Rep. (CCH) P 22,932 (FTC 1992) oraz Valassis Communications, Inc., FTC File No 051 0008, Dkt. No C-4160 (Mar. 14, 2006), MacDermid, Inc., 65 Fed. Reg. 777 (Jan. 7, 2000), Stone Container Corp., Dkt. No C-3806.

⁵⁶ 15 U.S.C.A., § 18 a(g)(1) U.S.C.A., 16 C.F.R. § 803.

⁵⁷ Por. m.in. wyroki: Sądu Najwyższego w sprawie Moore v. New York Cotton Exchange, 270 U.S. 593 (1926) oraz Sądu Apelacyjnego dla Dystryktu Kolumbii w sprawie Holloway v. Bristol-Myers Corporation, 485 F.2d 986 (D.C. Cir. 1973).

8.2.2.3. Postępowania administracyjne przed FTC

FTC prowadzi, w ramach swojej właściwości, postępowania administracyjne, przede wszystkim w sprawach wszelkich naruszeń ustaw Shermana, Clayтона i Robinsona–Patmana. Mogą one zakończyć się wydaniem przez FTC decyzji nakazujących zaprzestanie i zaniechanie praktyki (*ceased and desist orders*). FTC może także występować z roszczeniami do federalnego sądu dystryktowego o nałożenie na podmiot, który dopuścił się naruszenia § 5 ustawy o FTC, kary pieniężnej w postępowaniu cywilnym. W odróżnieniu od DOJ, FTC nie ma uprawnień do prowadzenia postępowań karnych.

Instrumentami najczęściej stosowanymi przez FTC są decyzje nakazujące zaprzestanie i zaniechanie praktyki. Podstawę prawną postępowań zmierzających do ich wydania stanowi przepis § 5 ust. 2 ustawy o FTC. Zgodnie z jego treścią postępowanie to wszczynane jest ilekroć FTC ma przesłanki, by przypuszczać, że podmiot stanowi lub dopuszcza się nieuczciwej metody konkurencji albo nieuczciwego lub oszukańczego działania bądź praktyki w handlu lub naruszającej handel i gdy uzna ona, że postępowanie to czyni zadość interesowi publicznemu. Postępowanie to wszczynane jest w wyniku wydania i doręczenia skargi podmiotowi, który dopuścił się praktyki. W skardze FTC obowiązana jest wskazać zarzuty przeciwko niemu oraz wezwać go na przesłuchanie we wskazanym dniu i miejscu, w terminie co najmniej 30 dni od dnia doręczenia skargi.

Zanim wydana zostanie skarga FTC prowadzi dochodzenie, w ramach którego może stosować celem uzyskania dowodów zarówno władcze, jak i niewładcze środki działania. Do pierwszej z tych kategorii należą:

- Roczne lub sporządzane *ad hoc* (specjalne) raporty dotyczące osób, spółek i korporacji, zawierające odpowiedzi na pytania sformułowane przez FTC, a służące przede wszystkim zbadaniu sytuacji konkurencyjnej na określonych rynkach właściwych⁵⁸,
- Nakazy udostępnienia (*access orders*) dokumentów należących do podmiotu, wobec którego prowadzone jest dochodzenie lub postępowanie, wraz z prawem do ich kopiowania⁵⁹,
- Wezwania (*subpoenas*) do stawiennictwa świadków i złożenia przez nich zeznań oraz wezwania do sporządzenia jakichkolwiek dowodów w postaci dokumentów w zakresie prowadzonego dochodzenia⁶⁰,
- Cywilne żądania śledcze (*Civil Investigative Demands – CID*), zawierające nakaz wydania określonych dokumentów, ruchomości, złożenia pisemnych wyjaśnień, udzielenia odpowiedzi na piśmie, sporządzenia jakichkolwiek dowodów w postaci dokumentów oraz złożenia zeznań ich dotyczących. CID może zostać wydane względem każdej osoby, która może posiadać materiał dowodowy istotny w sprawie⁶¹.

58 § 6 lit. b ustawy o FTC.

59 § 9 ustawy o FTC.

60 *Ibidem*.

61 Tytuł 15 § 57 lit. b U.S.C.A.

Po uzyskaniu dowodów uprawdopodobniających naruszenie § 5 ustawy o FTC, jej personel przygotowuje projekt skargi, który następnie jest przedmiotem głosowania Komisarzy. W przypadku jego zatwierdzenia większością głosów, FTC wydaje skargę i doręcza ją podmiotowi. Innym sposobem zakończenia dochodzenia jest wydanie przez FTC *consent decree*, zatwierdzającego ugodę pomiędzy nią a podmiotem, który dopuścił się zakazanych praktyk. W takiej sytuacji personel przedstawia Komisarzom do zatwierdzenia projekty *consent decree* i *consent order* wraz z projektem skargi. W przypadku ich zatwierdzenia zwykłą większością głosów, *consent decree* i projekt *consent order* są publikowane w Rejestrze Federalnym celem złożenia, w terminie 60 dni od daty publikacji, uwag przez zainteresowane podmioty. Po upływie terminu na złożenie uwag, FTC wydaje *consent order* lub odmawia zawarcia ugody⁶². *Consent order* stanowi decyzję zatwierdzającą ugodę. Zawiera ono określenie podstaw jurysdykcji FTC, oświadczenie o rezygnacji z drogi sądowej, opis zarzutów i podstawy prawnej postępowania, a także rodzaj zobowiązań nałożonych na podmiot, który dopuścił się naruszenia⁶³.

W przypadku wydania i doręczenia skargi przez FTC, wszczynane jest postępowanie administracyjne przed sędzią prawa administracyjnego (*administrative law judge* – ALJ). Sędziowie ci pozostają w strukturze FTC, jednakże przepisy ustawy o postępowaniu administracyjnym (*Administrative Procedure Act*) oraz *Reguł Praktyki FTC (FTC Rules of Practice)* zawierają liczne gwarancje ich niezależności, pozwalając na skuteczny rozdział funkcji orzeczniczej i oskarżycielskiej w ramach działalności FTC⁶⁴. Postępowanie przed ALJ (*adjudicative proceeding*) ma charakter *quasi*-sądowy i kontradyktoryjny. FTC reprezentowana jest wówczas przez radcę ds. skarg (*complaint counsel*). Podczas rozprawy, której przewodniczy ALJ, odbywa się wysłuchanie podmiotu, któremu zarzucane jest naruszenie prawa. Może on wówczas przedstawić wszystkie argumenty podważające stanowisko wyrażone w skardze. ALJ może na tym etapie postępowania dopuścić do udziału w postępowaniu w charakterze interwenienta każdy podmiot na jego dobrze uzasadniony wniosek.

Ciężar udowodnienia okoliczności, na które FTC powołała się w skardze, spoczywa na niej. Przy tym nie jest ona związana formalnymi regułami dowodowymi. Dopuszczalne są wszelkie dowody, które spełniają standardy istotności, wiarygodności i relewantności⁶⁵. FTC uprawniona jest także do stosowania procedury

62 J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 4.14.

63 *Ibidem*.

64 Instrumenty zapewniające niezależność ALJ odnoszą się do: braku nadzoru i podległości służbowej ALJ względem pracowników FTC oraz zakazu partycypowania pracowników FTC w procesie wydawania decyzji przez ALJ (tytuł 5 § 554 U.S.C.A.), wyboru ALJ i rotacyjnego rozdziału spraw pomiędzy nimi (tytuł 5 § 3105 U.S.C.A.), ograniczeń co do możliwości zakończenia wykonywania funkcji ALJ (tytuł 5 § 7521 U.S.C.A.), gwarancji odpowiedniego wynagrodzenia (tytuł 5 § 5335 i 5336 U.S.C.A.), zakazu kontaktowania się stron z ALJ (tytuł 5 § 557 U.S.C.A. i tytuł 16 C.F.R. § 4.7 – Reguły FTC).

65 *ABA Section...*, s. 673.

discovery, uregulowanej w *Regułach Praktyki FTC*⁶⁶. Procedura ta przypomina tę uregulowaną w *Federalnych Regułach Procedury Cywilnej*. W jej ramach ALJ może upoważnić FTC do: przeprowadzenia ustnych lub pisemnych przesłuchań stron, uzyskania odpowiedzi na pisemne pytania, żądania udostępnienia dokumentów i przedmiotów celem ich zbadania bądź w innych celach oraz do żądania przyznania lub zaprzeczenia określonych faktów pod przysięgą (*request for admission*)⁶⁷. W odróżnieniu od instytucji *discovery* uregulowanej w *Federalnych Regułach Procedury Cywilnej*, FTC nie jest obowiązana wykazać, że zebranie materiału dowodowego w inny sposób, tj. bez użycia instrumentów władczych, nie jest możliwe w sprawie⁶⁸.

Do momentu wydania przez ALJ decyzji nakazującej zaprzestanie i zaniechanie praktyki, może w dalszym ciągu dojść do zawarcia ugody pomiędzy FTC a podmiotem, któremu zarzucane jest naruszenie prawa, na podobnych zasadach, na jakich zawierane są ugody w okresie przed wniesieniem skargi. W przypadku, gdy strona postępowania zdecyduje się nie skorzystać z propozycji ugodowej, ALJ po przeprowadzeniu postępowania wydaje tzw. decyzję wstępną (*initial decision*), w której wskazuje na dokonane w sprawie ustalenia co do faktów, określa swoje stanowisko w sprawie i zaleca albo wydanie decyzji nakazującej zaprzestania i zaniechania działania, praktyki lub nieuczciwej metody konkurencji (*ceased and desist order*), albo wycofanie skargi. Decyzja wstępna może zostać zaskarżona tak przez reprezentanta FTC, jak i przez drugą stronę postępowania do pełnego składu FTC. Dokonuje on ponownego pełnego rozpoznania sprawy, przeprowadzając ustną rozprawę i rozpatrując złożone przez strony pisma procesowe. FTC nie jest przy tym związana dokonanymi przez ALJ ustaleniami co do faktów⁶⁹. W następstwie postępowania Komisja wydaje jedną z decyzji końcowych – o wycofaniu skargi lub nakazującą zaprzestania i zaniechania działania, praktyki lub nieuczciwej metody konkurencji (*ceased and desist order*). Ta ostatnia może być następnie zaskarżona do federalnego sądu apelacyjnego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania apelanta, miejsce prowadzenia przez niego działalności gospodarczej lub miejsce, w którym praktyka została dokonana⁷⁰. Sąd apelacyjny dokonuje pełnej *de novo* sądowej kontroli decyzji FTC i nie jest w tym zakresie związany jej treścią⁷¹.

Jeśli decyzja nie zostanie zaskarżona, czy to do pełnego składu FTC, czy następnie do sądu apelacyjnego, staje się ostateczna z upływem 60 dni od jej doręczenia⁷². W przypadku jej niewykonania, FTC może wystąpić do federalnego sądu

66 16 C.F.R. § 3.31.

67 16 C.F.R. § 3.31 lit. a.

68 16 C.F.R. § 3.31 (c)(1).

69 16 C.F.R. § 3.54.

70 Tytuł 15 § 45 lit. c U.S.C.A.

71 Wyrok Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie *Pool Water Products v. Olin Corp.*, 258 F.3d 1024 (9th Cir. 2001); por. także J. Kessler, S. Waller, *International...*, § 4.14.

72 Tytuł 15 § 45 (g) U.S.C.A.

dystryktowego z powództwem o wykonanie decyzji. Sąd nakłada na podmiot, który nie wykonał obowiązków wynikających z decyzji, karę finansową w wysokości nie przekraczającej 16 000 dolarów za każde jej naruszenie. Dodatkowo może on nałożyć nań sankcję cywilną w postaci zakazu stosowania praktyki (*mandatory injunction*) oraz inne sankcje, które uzna za niezbędne dla wykonania decyzji FTC⁷³.

FTC ma także uprawnienia *quasi*-prawodawcze, w ramach których wydaje regulacje określające szczegółowo działania lub praktyki, które odpowiadają pojęciu nieuczciwych lub oszukańczych działań bądź praktyk w handlu lub naruszających handel w rozumieniu § 5 lit. a (1) ustawy o FTC (*trade regulation rules*). Regulacje te mają charakter ogólny i abstrakcyjny a odnoszą się do praktyk stosowanych szeroko w gospodarce.

FTC uprawniona jest także do występowania z powództwem cywilnym do federalnego sądu dystryktowego o nałożenie kary pieniężnej do wysokości 11 000 dolarów za każde naruszenie prawa. Powództwo to może być złożone przeciwko:

1. Każdemu, kto naruszył normę wynikającą z ustawy o FTC, dotyczącą zakazu nieuczciwych lub oszukańczych działań bądź praktyk (*trade regulation rule*), o ile miał on rzeczywiście wiedzę o ich bezprawności lub gdy wiedzę tę można mu łatwo przypisać na podstawie obiektywnych okoliczności⁷⁴;
2. Każdemu, kto umyślnie dopuścił się działania lub praktyki nieuczciwej bądź oszukańczej, uznanej wcześniej za taką przez FTC w decyzji nakazującej zaprzestanie i zaniechanie działania, praktyki lub nieuczciwej metody konkurencji⁷⁵.

FTC uprawniona jest ponadto do występowania przeciwko każdemu, kto naruszył regułę dotyczącą nieuczciwych lub oszukańczych działań lub praktyk, z powództwem do federalnego Sądu Dystryktowego lub właściwego sądu stanowego o naprawienie szkody wyrządzonej konsumentom⁷⁶. W tym celu sąd może orzec o rozwiązaniu lub zmianie umowy, zwrocie określonej sumy pieniężnej lub mienia, odszkodowaniu (w zakresie szkody aktualnej) lub o nakazie zamieszczenia ogłoszenia określonej treści⁷⁷.

FTC może także występować do federalnego sądu dystryktowego z powództwem o wydanie tymczasowego, zanim Komisja nie wyda ostatecznej decyzji, zakazu działań stanowiących naruszenie (już dokonane lub to, które dopiero ma wystąpić) jakiegokolwiek przepisu prawa, którego zastosowanie mieści się w zakresie kompetencji FTC, jeśli jest to w interesie publicznym⁷⁸.

Komisja uprawniona jest także do wydawania, na wniosek zainteresowanych podmiotów, tzw. opinii doradczych (*advisory opinions*)⁷⁹. Wyrażają one stanowisko

73 Tytuł 15 § 45 (l) U.S.C.A.

74 Tytuł 15 § 45 lit. m (1) (A) U.S.C.A.

75 Tytuł 15 § 45 lit. m (1) (B) (2) U.S.C.A.

76 Tytuł 15 § 57 lit. b U.S.C.A.

77 Tytuł 15 U.S.C.A., § 57-b lit. (b).

78 Tytuł 15 U.S.C.A., § 53.

79 Tytuł 16 C.F.R. – § 1.1–1.4.

FTC względem dopuszczalności planowanych przez przedsiębiorców działań rynkowych i mogą być do niej kierowane w dwóch przypadkach:

1. Istotnego lub nowego pytania dotyczącego prawa lub okoliczności faktycznych, co do których nie istniał dotychczas jasny precedens lub
2. Zagadnienia o istotnym znaczeniu dla interesu publicznego⁸⁰.

Nie mogą one jednak dotyczyć toczącego się postępowania, zagadnienia o czysto hipotetycznym charakterze oraz wymagać szerokiego badania⁸¹. Wydanie opinii, a także jej treść, pozostają w sferze dyskrecjonalnych uprawnień FTC. Co do zasady nie podlegają one zaskarżeniu⁸². FTC może w każdym czasie odwołać lub zmienić opinię, z tym że obowiązana jest wówczas powiadomić o tym wnioskodawcę. Opinie doradcze są wiążące dla FTC w tym sensie, że nie może ona prowadzić postępowania przeciwko podmiotowi, który w dobrej wierze stosuje się do stanowiska w niej wyrażonego⁸³.

8.2.3. Uprawnienia Stanowych Prokuratorów Generalnych

Innymi organami władzy publicznej uprawnionymi do stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego są Stanowi Prokuratorzy Generalni. W tym przypadku trudno jednak mówić o publicznoprawnym stosowaniu prawa konkurencji w pełnym tego słowa znaczeniu. Stany są bowiem traktowane na gruncie amerykańskiego prawa antytrustowego tak jak podmioty prywatne. H. Hovenkamp używa zatem w odniesieniu do działalności Stanowych Prokuratorów Generalnych określenia *quasi-publiczne* stosowanie prawa antytrustowego⁸⁴.

Główna aktywność Stanowych Prokuratorów Generalnych na gruncie prawa antytrustowego przejawia się w występowaniu z powództwami odszkodowawczymi do federalnych Sądów Dystryktowych. Podkreślić trzeba, że na gruncie ustawy Claytona stanom, podobnie jak miastom i innym jednostkom terytorialnym, przypisuje się podmiotowość prawną traktując je na równi z osobami prawa prywatnego, o ile działają one w sferze *dominium*⁸⁵. Tym samym występują one, a w ich imieniu prokuratorzy stanowi, w roli prywatnych powodów w postępowaniach cywilnych, na równi z innymi prywatnymi podmiotami, dysponując analogicznymi uprawnieniami procesowymi. Ten aspekt działalności prokuratorów stanowych nie mieści się zatem w ramach pojęcia publicznego egzekwowania prawa antytrustowego. W ramach tej grupy uprawnień, prokuratorzy stanowi występują

80 Tytuł 16 C.F.R. – § 1.1 lit. (a).

81 Tytuł 16 C.F.R. – § 1.3.

82 *ABA Section...*, s. 687.

83 Tytuł 16 C.F.R. – § 1.3 (b).

84 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 799.

85 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *California v. American Stores*, 495 U.S. 271 (1990); *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972) i w sprawie *Georgia v. Pennsylvania R.R.* 324 U.S. 439 (1945).

z powodztwami odszkodowawczymi na podstawie § 4 ustawy Claytona, w sytuacjach, w których szkodę w wyniku naruszenia prawa antytrustowego poniósł stan lub jego jednostki organizacyjne, działający jako bezpośredni nabywcy towarów bądź usług. Zgłaszane przez nich roszczenia mogą bez przeszkód obejmować także odszkodowanie retorsyjne, a zatem obejmujące trzykrotną wartość szkody rzeczywistej. Prokuratorzy stanowi mogą także w takich sytuacjach wnosić pozwy zbiorowe w imieniu własnym oraz, przykładowo, innych jednostek terytorialnych Stanu⁸⁶. Szczegółowe uprawnienia prokuratorów stanowych w tym zakresie wynikają z właściwych regulacji prawa stanowego i mogą różnić się w odniesieniu do poszczególnych stanów.

Inny charakter mają uprawnienia stanowych prokuratorów generalnych wynikające z treści § 4 lit. c ustawy Claytona, dodanej ustawą Hart–Scott–Rodino z 1976 r.⁸⁷ Na jego podstawie stanowi prokuratorzy generalni, działając w roli *parens patriae*, uprawnieni są do występowania w imieniu osób fizycznych, będących rezydentami stanu, z roszczeniem o odszkodowanie, za szkodę wyrządzoną im w wyniku naruszenia przepisów ustawy Shermana. Roszczenie to kierowane jest w postępowaniu cywilnym do federalnego sądu dystryktowego właściwego ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania pozwanego. Odszkodowanie takie przysługuje w pełnej wysokości, obejmując trzykrotną wartość przysługującej osobie fizycznej. Jednak, w odróżnieniu od uprawnień przysługujących stanowym prokuratorom generalnym na podstawie przepisów wielu stanowych systemów prawa antytrustowego, ich uprawnienia wynikające z prawa federalnego nie obejmują możliwości ubiegania się o odszkodowania należne pośrednim nabywcom towarów⁸⁸. Ponadto odszkodowania te nie mogą obejmować wartości odszkodowań przyznanych uprzednio za to samo naruszenie⁸⁹.

Warunkiem podjęcia przez sąd postępowania wszczętego w ramach wykonywania przez stanowego prokuratora generalnego funkcji *parens patriae* jest właściwe i odpowiednio wczesne opublikowanie informacji o złożeniu powództwa, w sposób zalecony przez sąd, a jeżeli to niezbędne, również zawiadomienie zainteresowanych mieszkańców stanu w inny, wskazany przez sąd sposób⁹⁰. Zainteresowana osoba może następnie złożyć do sądu zawiadomienie o wyłączeniu przysługującego

86 *ABA Section...*, s. 725; podkreślić trzeba, że część sądów uznaje legitymację stanowych prokuratorów generalnych do występowania w imieniu stanowych jednostek terytorialnych nie w ramach powództw zbiorowych, a indywidualnych – por. wyroki: Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie Florida *ex relatione* Shevin v. Exxon Corporation, 526 F.2d 266 (5th Cir. 1976); Sądu Dystryktowego dla Zachodniego Dystryktu Michigan *ex relatione* Kelley v. C.R. Equipment Sales, 898 F. Supp. 509 (W.D. Michigan 1995).

87 Tytuł 15 § 15 lit. c U.S.C.A.; dodany ustawą z 30 września, 1976, Pub.L. 94-435, Title III, § 301, 90 Stat. 1394; w brzmieniu zmienionym ustawą z 12 września 1980, Pub.L. 96-349, § 4(a)(3), 94 Stat. 1157.

88 *ABA Section...*, s. 728.

89 Tytuł 15 § 15 lit. c (a)(1) U.S.C.A.

90 Tytuł 15 § 15 lit. c (b)(1) U.S.C.A.

jej roszczenia z postępowania (mechanizm typu *opt-out*)⁹¹. W przypadku występowania w charakterze *parens patriae*, stanowi prokuratorzy generalni mogą domagać się zasądzenia zagregowanego odszkodowania, co oznacza, że nie muszą oni wykazywać wielkości szkód ponoszonych przez poszczególne osoby, w imieniu i na rzecz których występują⁹². Wartość odszkodowania przysługującego konkretnym osobom wylicza się między innymi przy użyciu metod statystycznych⁹³.

Kolejnym uprawnieniem stanowych prokuratorów generalnych jest możliwość występowania z roszczeniem o wydanie przez sąd nakazu zaprzestania określonych praktyk antykonkurencyjnych lub koncentracji, które grożą powstaniem szkody dla gospodarki stanu w ogólności⁹⁴. Roszczenie to może obejmować wydanie przez sąd zarówno nakazu tymczasowego, jak i permanentnego zaprzestania praktyki, a w odniesieniu do koncentracji także podziału przedsiębiorstwa⁹⁵.

Stanowi prokuratorzy generalni zrzeszeni są w Narodowym Stowarzyszeniu Prokuratorów Generalnych (*National Association of Attorneys General – NAAG*), w ramach którego powołana została Wielostanowa Grupa Zadaniowa ds. Anty-trustu⁹⁶. Jej zadaniem jest koordynowanie cywilnych postępowań wszczynanych przez stanowych prokuratorów generalnych w obszarze prawa antytrustowego. Prace tejże grupy pozwoliły na podjęcie wspólnych postępowań, nie tylko w głośnej sprawie Microsoft, lecz także w obszarze RPM⁹⁷.

8.3. Prywatnoprawne stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego

8.3.1. Wprowadzenie

Począwszy od wejścia w życie ustawy Shermana prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji stanowi dominujący komponent w strukturze instrumentów egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego. Jak podaje H. Hovenkamp,

91 Tytuł 15 § 15 lit. c (b)(2) U.S.C.A.

92 *ABA Section...*, s. 728.

93 *Ibidem*.

94 Tytuł 15 § 26 U.S.C.A.; zob. także wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972) oraz *Georgia v. Pennsylvania R.R.* 324 U.S. 439 (1945).

95 *ABA Section...*, s. 727.

96 http://www.naag.org/naag/committees/naag_standing_committees/antitrust-committee/multistate_task_force.php (dostęp: 17.06.2016).

97 Por. wyroki Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku w sprawach: *Florida v. Nine West Group Inc.*, No 00-CV-1707 (S.D.N.Y. 2000) oraz *Panasonic Consumer Electronic Products Antitrust Litigation*, 1989 WL 63240 (S.D.N.Y. 1989).

powołując się na badania statystyczne, nawet około 95% spraw antytrustowych wnoszonych jest do sądów federalnych przez podmioty prywatne⁹⁸.

Taki stan rzeczy odpowiada pierwotnym założeniom amerykańskiego ustawodawcy. U schyłku XIX w., kiedy uchwalona została ustawa Shermana, administracja federalna poza Waszyngtonem była na tyle słabo rozbudowana, a korpus urzędniczy tak nieliczny, że efektywne egzekwowanie przez nią prawa antytrustowego nie było możliwe. W celu zapewnienia skuteczności stosowania prawa antytrustowego amerykański prawodawca zdecydował się wykorzystać aktywność prywatnych uczestników rynku. Zachętą dla podmiotów prywatnych do wnoszenia powództw w sprawach z zakresu naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję miała być możliwość uzyskania przez nich odszkodowania retorsyjnego w wysokości trzykrotności wartości szkody rzeczywistej. Oczywiście nie jest to jedyna funkcja, którą realizować miało odszkodowanie retorsyjne. Wprowadzenie do ustawy Shermana, a następnie Clayтона, możliwości jego uzyskania służyć miało prewencji ogólnej i szczególnej oraz pełnić funkcję represyjną⁹⁹.

Zachęta okazała się na tyle skuteczna, że mimo późniejszych działań legislacyjnych, które poszerzyły możliwości publicznoprawnego egzekwowania prawa konkurencji, poczynionych przede wszystkim w wyniku powołania FTC, prymat jego prywatnoprawnego stosowania nigdy nie był zagrożony. Niemniej począwszy od lat osiemdziesiątych XX w. liczba powództw wnoszonych przez prywatne podmioty maleje, co doprowadziło do postawienia przez niektórych przedstawicieli doktryny tezy o kryzysie prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych¹⁰⁰. Taki stan rzeczy stanowi w pierwszej kolejności konsekwencję odchodzenia od stosowania reguł *per se* na rzecz stosowania reguły rozsądku w odniesieniu do kolejnych typów praktyk ograniczających konkurencję. Standard oceny w ramach reguły rozsądku stawia przed powodem znacznie wyższe wymogi dowodowe. Rezultatem jest obniżenie prawdopodobieństwa odniesienia przez niego sukcesu w postępowaniu sądowym. Tendencja ta została wzmocniona w wyniku rozwoju orzecznictwa sądowego w przedmiocie wykładni niektórych norm prawa proceduralnego, co zaowocowało między innymi podwyższeniem standardu dowodowego w sprawach antytrustowych.

Poniżej przedstawiony zostanie zarys prawnych instytucji prywatnoprawnego egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego, w zakresie niezbędnym do osiągnięcia celów opracowania. Następnie zaprezentowane będą praktyczne aspekty prywatnoprawnego stosowania prawa antytrustowego.

98 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 805.

99 L. Sullivan, W. Grimes, C. Sagers, *The Law of Antitrust. An Integrated Handbook*, ed. 3, Saint Paul 2016, s. 786.

100 H. First, S. Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 13, Issue 5, s. 2572, podobnie: L. Sullivan, W. Grimes, C. Sagers, *The Law...*, s. 787 oraz S. Waller, O. Popal, *The Fall and Rise of the Antitrust Class Actions*, „World Competition” 2016, vol. 39, Issue 1, s. 29, którzy zwrócili uwagę na zmniejszenie roli powództw zbiorowych w egzekwowaniu amerykańskiego prawa antytrustowego, stanowiące element szerszego zjawiska, jakim jest kryzys jego prywatnoprawnego egzekwowania.

8.3.2. § 4 ustawy Claytona jako podstawa prawna postępowań odszkodowawczych

Podstawę prawną dla wniesienia roszczeń o odszkodowanie z tytułu naruszenia prawa antytrustowego stanowi przepis § 4 ustawy Claytona. Zgodnie z jego lit. a:

Z zastrzeżeniem lit. b tego paragrafu, każda osoba która odniesie szkodę w swojej działalności gospodarczej lub własności z powodu jakiegokolwiek naruszenia prawa antytrustowego może wnieść powództwo do jakiegokolwiek sądu dystryktowego Stanów Zjednoczonych dla dystryktu, w którym pozwany zamieszkuje, lub w którym się znajduje, albo w którym ma przedstawiciela, bez względu na wartość przedmiotu sporu i uzyskać trzykrotność wartości poniesionej przez niego szkody oraz zwrot kosztów postępowania, wliczając w to rozsądne wynagrodzenie pełnomocnika sądowego. Sąd może w oparciu o niniejszy paragraf, na prawidłowy wniosek takiej osoby, nałożyć obowiązek zapłaty zwykłych odsetek naliczanych od szkody rzeczywistej za okres od dnia złożenia powództwa do dnia wydania wyroku, lub za jakikolwiek krótszy okres, jeżeli będzie to słuszne w danych okolicznościach [...]¹⁰¹.

W dalszej kolejności przepis określa kryteria, które sąd powinien brać pod uwagę orzekając o wysokości odsetek należnych powodowi¹⁰² oraz wyznacza zakres roszczeń odszkodowawczych należnych państwom obcym i przysługujące im uprawnienia procesowe¹⁰³.

Z analizy treści cytowanego przepisu wynika, że jego zakres podmiotowy ograniczony jest treścią pojęcia „osoby” w rozumieniu § 1 ustawy Claytona. Termin ten definiowany jest jako obejmujący „korporacje i związki utworzone w oparciu o lub uznawane przez prawo Stanów Zjednoczonych, prawo jakiegokolwiek Terytorium, jakiegokolwiek Stanu lub państwa obcego”¹⁰⁴.

Orzecznictwo sądowe doprowadziło do rozszerzenia zakresu podmiotowego § 4 ustawy Claytona, tak że obecnie poza spółkami prawa handlowego i związkami obejmuje on także osoby fizyczne¹⁰⁵ i spółki osobowe¹⁰⁶. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym związki (stowarzyszenia, organizacje) mogą występować z powództwami odszkodowawczymi wyłącznie w zakresie wykonywania przez nie uprawnień związanych z własnością (*proprietary capacity*). W zakresie pozostałej działalności mogą one występować wyłącznie z powództwem o wydanie przez sąd

101 Tytuł 15 § 15 lit. a U.S.C.A.

102 Tytuł 15 § 15 lit. a (1) (2) (3) U.S.C.A.

103 Tytuł 15 § 15 lit. b U.S.C.A. Przepis ten stanowi, że państwom obcym, co do zasady, przysługuje odszkodowanie ograniczone do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody oraz zwrot kosztów postępowania, wliczając w to rozsądne wynagrodzenie pełnomocnika sądowego.

104 Tytuł 15 § 12 U.S.C.A.

105 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Reiter v. Sonotone Corporation, 442 U.S. 330 (1979), wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie Serfecz v. Jewel Food Stores, 67 F.3d, 591 (7th Cir. 1995), wyrok Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie Hoffman Motors Corporation v. Alfa Romero S.p.A. 244 F. Supp. 70 (S.D.N.Y. 1965).

106 Wyrok Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie Coast v. Hunt Oil Co., 195 F.2d 870 (5th Cir. 1952).

zakazu stosowania praktyki (*injunction*)¹⁰⁷. Jak zostało już wyjaśnione powyżej, legitymację do występowania z powództwem odszkodowawczym na podstawie przepisu § 4 ustawy Claytona mają także Stany Zjednoczone i poszczególne stany, o ile występują w imieniu własnym. Te ostatnie mają także uprawnienia wynikające z wykonywania przez nie funkcji *parens patriae*.

Zakres uprawnień procesowych nadanych § 4 ustawy Claytona ogranicza się do możliwości występowania z roszczeniami dotyczącymi naruszeń prawa antytrustowego w rozumieniu § 1 tejże ustawy. Terminem tym określane są ustawy Shermana i Claytona oraz niektóre przepisy ustawy taryfowej Wilsona–Gormana z 1894 r.¹⁰⁸ Poza jego zakresem pozostają inne ustawy, które regulują materię prawnej ochrony konkurencji, w tym w szczególności ustawa o FTC. Okres przedawnienia roszczeń przysługujących na podstawie § 4 ustawy Claytona wynosi cztery lata od dnia, w którym powstała przyczyna wytoczenia powództwa¹⁰⁹.

Analiza językowa przepisu § 4 ustawy Claytona prowadzi do wniosku o szerokim zakresie jego stosowania. Potencjalnie bowiem szkodę w wyniku naruszenia prawa antytrustowego może ponieść szeroka i liczna grupa podmiotów, w tym konkurenci przedsiębiorcy oraz nabywcy oferowanych przezeń towarów lub usług – kontrahenci i konsumenci. Skutki naruszeń prawa antytrustowego rzadko jednak ograniczają się do tych grup podmiotów, obejmując także dalszych (pośrednich) nabywców tychże towarów i usług oraz, w stosownym przypadku, wyrobów wytworzonych przy ich udziale. Orzecznictwo sądowe doprowadziło do ograniczenia zakresu stosowania przepisu § 4 ustawy Claytona wskazując wyraźnie, że jedynie powstanie kwalifikowanej postaci szkody – tzw. szkody antytrustowej (*antitrust injury*), stanowi przesłankę roszczeń opartych na podstawie prawnej w nim wyrażonej.

Koncepcja szkody antytrustowej powstała w okresie wzmożonego napływu prywatnych powództw antytrustowych do sądów federalnych, pod koniec lat siedemdziesiątych XX w. Wówczas to Sąd Najwyższy w sprawie *Brunswick Co. v. Pueblo Bowl-O-Mat* dał wyraźnie do zrozumienia, że nie każda szkoda, której doznał powód daje podstawę do roszczenia odszkodowawczego¹¹⁰. W sprawie tej powód – spółka *Pueblo Bowl-O-Mat*, wniósł powództwo opierając się na podstawie prawnej z § 4 ustawy Claytona. Zarzucił on pozwanej *Brunswick Company*, że przejęcia przez nią kontroli nad kolejnymi kręgielniami na rynku geograficznym, na którym działał powód, doprowadziły go do spadku sprzedaży, a tym samym do obniżenia zysków. Zdaniem powoda działania te naruszały

107 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie *American Booksellers Association v. Random House*, 1996-2 Trade Cas. (CCH) 71,577 (S.D.N.Y. 1996) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu w sprawie *Associated General Contractors of North Dakota v. Otter Tail Power Co.*, 611 F.2d 684 (8th Cir. 1979).

108 Tytuł 15 § 12 U.S.C.A.

109 § 4 lit. B ustawy Claytona.

110 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

§ 7 ustawy Claytona, zakazujący antykonkurencyjnych koncentracji przedsiębiorców. Powód wystąpił zatem z roszczeniem o odszkodowanie w wysokości trzykrotności szkody. Wartość szkody wyliczył jako kwotę utraconego zysku, która przypadłaby mu, gdyby nie dokonane przez pozwanego koncentracje. Uratowały one bowiem przed wyjściem z rynku kręgielnie konkurencyjne względem Pueblo Bowl-O-Mat.

Sąd Najwyższy nie podważył kwalifikacji prawnej działań Brunswick jako naruszających § 7 ustawy Claytona. Uznał, że powód odniósł szkodę w wyniku działań pozwanego. Według Sądu nie była to jednak szkoda, która uzasadniała odpowiedzialność odszkodowawczą tego ostatniego z tytułu naruszenia prawa antytrustowego. Jak podkreślił Sąd Najwyższy prawo to zostało uchwalone w celu „ochrony konkurencji, a nie konkurentów”¹¹¹, a przyznanie odszkodowania za naruszenia, których dopuściła się Brunswick Company byłoby sprzeczne z tak określonym celem¹¹². Jak wskazał Sąd, jeśli powód w jakikolwiek sposób odniósł szkodę, nie stało się to w wyniku jakichkolwiek działań zakazanych przez prawo antytrustowe. Nawet jeśli „szkoda ta powstała w wyniku niezgodnych z prawem przejęć kontroli, nie powstała ona z powodów, które czynią owe przejęcia niezgodnymi z prawem”¹¹³. By uzyskać odszkodowanie na podstawie przepisu § 4 ustawy Claytona,

powód powinien nie tylko wykazać szkodę związaną przyczynowo z bezprawną obecnością na rynku. Powinien udowodnić poniesienie szkody antytrustowej, która oznacza szkodę tego typu, której powstaniu prawo antytrustowe ma w założeniu przeciwdziałać i która wynika z tego co czyni działania pozwanego bezprawnymi. Szkoda ta powinna odzwierciedlać antykonkurencyjne skutki lub antykonkurencyjne działania, powstałe w wyniku naruszeń¹¹⁴.

Reguła Brunswick została ponownie zastosowana w prezentowanym już wcześniej wyroku Sądu Najwyższego w sprawie ARCO¹¹⁵. Przypomnieć należy, że Sąd Najwyższy i w tym przypadku uznał, że warunek poniesienia szkody antytrustowej nie został spełniony. Będące rezultatem stosowania tejże praktyki obniżenie cen było bowiem korzystne dla konsumentów, o ile ceny te nie miały charakteru drapieżnego. Sąd w tej sprawie odrzucił także argumentację powoda, jakoby wykazanie szkody antymonopolowej nie było konieczne w przypadku praktyk zakazanych *per se*.

Z kolei wcześniejszy wyrok Sądu Najwyższego – w sprawie Cargill Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., doprowadził do rozszerzenia zakresu stosowania koncepcji

111 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962), s. 320.

112 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977).

113 *Ibidem*.

114 *Ibidem*.

115 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Atlantic Richfield v. USA Petroleum, 495 U.S. 328 (1990).

szkody antytrustowej na roszczenia o wydanie zakazu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję na podstawie przepisu § 16 ustawy Claytona¹¹⁶.

Jak wynika z powyższego, koncepcja szkody antytrustowej odwołuje się nie do kryterium wpływu praktyki na sytuację powoda, a do kwestii wpływu na tę sytuację antykonkurencyjnych skutków naruszenia. Zgodnie z regułą Brunswick, powód ubiegający się o odszkodowanie opierając się na podstawie prawnej z § 4 ustawy Claytona musi zatem wpieryw zidentyfikować antykonkurencyjne skutki danej praktyki, a następnie zbadać ich logiczne następstwa¹¹⁷. Jeżeli wśród nich znajdzie się szkoda w jego działalności gospodarczej lub w mieniu, istnieje podstawa do orzeczenia odszkodowania na podstawie przepisu § 4 ustawy Claytona.

Przy tym terminy „działalność gospodarcza” (*business*) i „mienie” (*property*) interpretowane są w orzecznictwie sądów federalnych szeroko. Przez działalność gospodarczą rozumie się „interesy handlowe lub przedsiębiorstwa” oraz wykonywanie zawodu¹¹⁸. Z kolei termin „mienie” oznacza wszelkie interesy majątkowe, chronione przez prawo¹¹⁹. W świetle utrwalonego orzecznictwa sądów federalnych, nie ma żadnych wątpliwości, że legitymację do wnoszenia powództw odszkodowawczych na podstawie przepisu § 4 ustawy Claytona mają nie tylko przedsiębiorcy, lecz także konsumenci¹²⁰.

Na ograniczenie zakresu możliwości dochodzenia odszkodowań na podstawie § 4 wpływa także reguła Illinois Brick (tzw. reguła pośredniego nabywcy), która uniemożliwia występowanie z roszczeniami odszkodowawczymi dalszym (pośrednim) nabywcom towarów¹²¹. Reguła ta, wypracowana została przez Sąd Najwyższy w wydanym w roku 1977 wyroku w sprawie Illinois Brick Co. v. Illinois, jednak wywodzi się z wcześniejszego orzecznictwa odnoszącego się do kwestii przenoszenia skutków naruszenia prawa antytrustowego na dalszych nabywców. Przedmiotem rozstrzygnięć sądu w tych sprawach była kwestia istnienia i zakresu roszczenia odszkodowawczego przysługującego dalszemu nabywcy. Dotyczy to sytuacji, w której bezpośredni nabywca towarów, których cena została zawyżona w wyniku naruszenia przez pozwanego przepisów prawa antytrustowego, podwyższył ceny oferowanych przez niego towarów, w ten sposób przenosząc negatywne skutki naruszenia na dalszych nabywców.

116 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Cargill Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104 (1986).

117 R. Blair, G. Lang, *Albrecht After Arco: Maximum Resale Price Fixing Moves Toward the Rule of Reason*, „Vanderbilt Law Review” 1991, vol. 44, s. 1021.

118 ABA Section..., s. 812.

119 *Ibidem* oraz wyroki: Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Utah w sprawie Utah Gas Pipelines Corp. v. El Paso Natural Gas Co., 233 F. Supp. 955 (D. Utah 1964) i wyrok Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie Waldron v. British Petroleum, 231 F. Supp. 72 (S.D.N.Y. 1964).

120 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: Reiter v. Sonotone Corporation, 442 U.S. 330 (1979) oraz w sprawie Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

121 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

Począwszy od pierwszych lat stosowania ustawy Shermana judykatura Sądu Najwyższego przychyliła się do stanowiska o nieskuteczności zgłaszanych przez pozwanych zarzutów jakoby powodom nie przysługiwały w takiej sytuacji roszczenia odszkodowawcze (*pass-on defence*)¹²². Analogiczne rozstrzygnięcie podjął Sąd Najwyższy w sprawie *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, w której zwrócił uwagę na praktyczne problemy związane z ewentualnym dochodzeniem szkody przez dalszych nabywców, a przede wszystkim z kwestią udowodnienia, w jakim stopniu skutki naruszenia zostały na nich przeniesione¹²³. Stanowisko, zgodnie z którym zarzut przeniesienia skutków naruszenia na dalszych nabywców nie może być skutecznie podnoszony, pozwoliło z jednej strony zmniejszyć obciążenia dowodowe spoczywające na powodzie, a z drugiej uchronić sądy przed koniecznością oceny niezwykle złożonych problemów natury ekonomicznej¹²⁴.

Sprawa *Illinois Brick* stanowi kontynuację opisanej wyżej linii orzeczniczej. Tym razem jednak poza motywacjami wynikającymi ze względów ekonomicznych procesowej Sąd Najwyższy wziął pod uwagę to, że możliwość uzyskania odszkodowania z tytułu naruszenia prawa antytrustowego przez dalszych nabywców mogłaby doprowadzić do zwielokrotnienia odszkodowań wypłacanych przez tego samego przedsiębiorcę za to samo naruszenie.

Sprawa *Illinois Brick* dotyczyła zмовы cenowej na rynku hurtowej sprzedaży bloczków betonowych. Ekonomiczne skutki tej praktyki przenoszone były następnie w postaci zawyżonych cen usług budowlanych na ich odbiorców, za pośrednictwem przedsiębiorców budowlanych i ich podwykonawców, którzy nabywali bloczki betonowe od uczestników kartelu. Z powodztwem odszkodowawczym wystąpił wówczas stan Illinois i podległe mu jednostki, jako zamawiający usługi budowlane. Sąd Najwyższy rozumując poprzez analogię ze sprawą *Hanover Shoe*, uznał jednak, że roszczenie takie jest bezskuteczne. Nie zgodził się przy tym z propozycją wykładni zaproponowaną przez powodów, jakoby roszczenie takie mogło być skuteczne w zakresie, w którym powód byłby w stanie wykazać fakt przeniesienia na niego skutków naruszenia. Sąd uznał bowiem, że umożliwienie dochodzenia roszczeń pośrednim nabywcom mogłoby łatwo doprowadzić do multiplikacji odszkodowań należnych za to samo naruszenie, w sytuacji, w której z roszczeniem tym występowałiby kolejni pośredni nabywcy towarów. Ponadto, podobnie jak w sprawie *Hanover Shoe*, Sąd uznał, że taka możliwość prowadziłaby do nałożenia na sądy trudnych do poniesienia obciążeń. Wskazał jednak na dwa możliwe wyjątki od reguły pośredniego nabywcy. Dotyczy to po pierwsze sytuacji, w której bezpośredni nabywca dokonuje zbycia

122 Por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta*, 203 U.S. 390 (1906) oraz *Southern Pacific Company v. Darnell-Taenzer Lumber Company*, 245 U.S. 531 (1918).

123 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

124 L. Sullivan, W. Grimes, C. Sagers, *The Law...*, s. 804.

określonej z góry ilości towaru na podstawie umowy, w której cena zakupu wyrażona jest jako suma kosztów nabycia powiększona o wartość marży handlowej. W takich okolicznościach nabywca ten nie jest bowiem odpowiednio zmotywowany do dochodzenia roszczeń od sprawcy naruszenia, albowiem poziom jego sprzedaży jest stały bez względu na cenę.

Druga sytuacja zachodzi, gdy bezpośredni nabywca jest kontrolowany przez zbywcę, który dokonał naruszenia. Ma to zapobiegać sytuacji, w której zbywca wprowadza kontrolowaną przez siebie spółkę jako ogniwo pośrednie w łańcuchu sprzedaży i unika w ten sposób obowiązku zapłaty odszkodowania.

Doktryna Illinois Brick spotkała się z krytyką części przedstawicieli doktryny¹²⁵ oraz silną opozycją ze strony tak niektórych stanów, jak i członków Kongresu. Doprowadziło to do wszczęcia w Kongresie prac legislacyjnych nad ustawowym zniesieniem reguły Illinois Brick¹²⁶. Próba ta nie powiodła się. Niemniej aż 25 stanów przyjęło, na gruncie stanowych porządków prawnych, rozwiązania wprost dopuszczające możliwość wnoszenia roszczeń odszkodowawczych przez pośrednich nabywców¹²⁷.

Inne potencjalne ograniczenie odnośnie do możliwości skutecznego dochodzenia pełnego odszkodowania wynika nie z treści § 4 ustawy Claytona, lecz z zastosowania doktryny orzeczniczej *in pari delicto*. Zgodnie z jej treścią, wnoszący powództwo odszkodowawcze przedsiębiorca, który sam brał udział w praktyce stanowiącej powołane przez niego naruszenie prawa antytrustowego, co do zasady, nie może skutecznie ubiegać się o odszkodowanie. Początkowo orzecznictwo sądowe jednoznacznie odrzucało możliwość skutecznego stosowania zarzutu *in pari delicto* w sprawach antytrustowych¹²⁸. Obecnie jednak doktryna ta stosowana jest w tych sprawach, choć w ograniczonym zakresie¹²⁹. Sądy biorąc pod uwagę zarzut *in pari delicto*, oceniają stopień partycypacji powoda w porozumieniu, w szczególności weryfikując, czy decyzja o przystąpieniu do niego była autonomiczna, czy wymuszona przez pozwanego¹³⁰. Skuteczne zastosowanie zarzutu *in pari delicto* w postępowaniu odszkodowawczym w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję należy do rzadkości.

125 Por.: D. Baker, *Federalism and Futility: Hitting the Potholes on the Illinois Brick Road*, „Antitrust”, Fall 2002, vol. 17, s. 14 i n.

126 L. Sullivan, W. Grimes, C. Sagers, *The Law...*, s. 805.

127 Por. uwagi zawarte w rozdziale 7.

128 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Perma Life Mufflers v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968); por. także N. Sabbey, *Private Antitrust Suits: The In Pari Delicto Defense*, „Boston College Law Review” 1968, vol. 10, s. 172.

129 Por. wyroki: Sądu Apelacyjnego 1. Obwodu w sprawie *Sullivan v. National Football League*, 34 F.3d 1091 (1st Cir. 1994) oraz Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *General Leaseways v. National Truck Leasing Association*, 830 F.2d 716 (7th Cir. 1987); zob. także H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 831.

130 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 831.

8.3.3. Wszczęcie i faza przedprocesowa postępowania sądowego

Postępowanie w sprawach podjętych na podstawie przepisu § 4 ustawy Clayтона toczy się przed właściwym miejscowo sądem dystryktowym. Postępowanie przed sądami federalnymi uregulowane jest w *Federalnych regulach postępowania cywilnego* (*Federal Rules of Civil Procedure*)¹³¹. Jego wszczęcie następuje w wyniku złożenia powództwa¹³².

Zanim sprawa trafi do fazy procesowej postępowania pozwany, w odpowiedzi na pozew, może złożyć wniosek o oddalenie zarzutów (*motion to dismiss*). Może przy tym powołać się na dowolną okoliczność uzasadniającą brak rozpoznania powództwa, w szczególności na jedną z siedmiu okoliczności wskazanych w otwartym katalogu określonym w regule 12 (b) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*. Obejmuje on zarówno takie przesłanki, jak: brak jurysdykcji materialnej i personalnej, brak właściwości miejscowej sądu, jak i niemożność ustanowienia roszczenia w taki sposób, by na jego podstawie orzeczona mogła zostać sankcja¹³³. Jak dowodzi praktyka stosowania prawa, to właśnie ta ostatnia przesłanka stanowi zwykle uzasadnienie wniosków o oddalenie zarzutów składanych rutynowo przez pozwanych w sprawach antytrustowych¹³⁴. W odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję podlegających ocenie na podstawie reguły rozsądku, skuteczna obrona przed wnioskiem o oddalenie zarzutów jest wyjątkowo trudna. Taka sytuacja stanowi konsekwencję reguły Twombly wypracowanej przez Sąd Najwyższy, który wąsko zinterpretował przepis reguły 12 (b)(6) *Federalnych reguł postępowania cywilnego* w kontekście jego stosowania na gruncie prawa antytrustowego.

Do momentu wydania w 2007 r. wyroku w sprawie Twombly¹³⁵, sądy kierowały się w interpretacji cytowanego przepisu precedensem ustanowionym w roku 1957 w sprawie Conley v. Gibson¹³⁶. Jak wskazał wówczas sąd:

przy dokonywaniu oceny, czy roszczenia są wystarczające, polegamy, oczywiście, na utrwalonej regule, zgodnie z którą pozew nie powinien być odrzucony z powodu niemożności sformułowania zarzutów, dopóki nie okaże się w sposób niepozostawiający wątpliwości, że powód nie jest w stanie udowodnić żadnych okoliczności faktycznych wspierających jego roszczenia uprawniające go do uzyskania odszkodowania¹³⁷.

131 Tytuł 28 – Appendix U.S.C.A.

132 Reguła 3 *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

133 Reguła 12 (b) (6) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

134 L. Sullivan, W. Grimes, C. Sagers, *The Law...*, s. 805 oraz H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 847.

135 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

136 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Conley v. Gibson, 355 U.S. 41 (1957).

137 Zob. także powołane przez Sąd Najwyższy orzeczenia: Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu w sprawie Leimer v. State Mutual Life Assur. Co., 108 F.2d 302 (8th Cir. 1940), Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie Dioguardi v. Durning, 139 F.2d 774 (2d Cir. 1944), Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie Continental Collieries v. Shober, 130 F.2d 631 (3rd Cir. 1942).

W sprawie Twombly Sąd Najwyższy ocenił dopuszczalność pozwu zbiorowego złożonego przez konsumentów przeciwko największym, zasiedziałym operatorom telefonicznym. Zarzucali oni tym ostatnim naruszenie § 1 ustawy Shermana poprzez:

1. Równoległe zachowania służące eliminacji nowych graczy rynkowych podejmowane na poszczególnych i niezachodzących na siebie rynkach geograficznych, na których prowadzili oni działalność;
2. Zawarcie porozumienia o powstrzymaniu się od wzajemnego konkutowania, o czym świadczyć miały: niewykorzystywanie przez nich szczególnie korzystnych okazji do wejścia na sąsiednie rynki geograficzne oraz oświadczenie członka zarządu jednego z pozwanych, jakoby konkutowanie z pozostałymi na rynkach, na których oni działają, było niewłaściwe.

Powodowie nie przedstawili innych dowodów na zawarcie porozumienia, polegając wyłącznie na wskazanych wyżej okolicznościach. Stanowisko o zawarciu porozumienia wywodzili oni wyłącznie ze skutku rynkowego w postaci braku aktywności pozwanych w rywalizacji o konsumentów na sąsiednich rynkach geograficznych i zachowywania przez nich *status quo* mimo wielu okazji do konkutowania.

Sąd uznał, że okoliczności, na które powoływali się powodowie, nie były wystarczające dla skutecznego ustanowienia roszczenia. Jak wskazał Sąd, nie jest w tym celu wymagane przytoczenie szczegółowych okoliczności faktycznych, lecz jedynie takich „które wystarczają do ustanowienia roszczenia o odszkodowanie, i które są wiarygodne na pierwszy rzut oka”¹³⁸. Jednak powodowie, jak to określił Sąd, nie „przeciagnęli swoich roszczeń za linię oddzielającą to, co wyobrażalne od tego, co wiarygodne”. Jak wyjaśnił Sąd, by obronić się przed wnioskiem o odrzucenie pozwu, powodowie muszą przedstawić nie „wyłącznie krótkie sformułowanie roszczenia”, a „twierdzenia o faktach wystarczające, by wynieść prawo do odszkodowania ponad poziom spekulacji”¹³⁹.

Wyrok w sprawie Twombly oznaczał uchylenie obowiązującej wcześniej reguły Conley i przejście do znacznie bardziej wymagającego standardu oceny wiarygodności zarzutów formułowanych w pozwach przez powodów. Wymóg wykraczający poza uprawdopodobnienie naruszenia a obejmujący konieczność przedstawienia wiarygodnych dowodów istnienia praktyki już w fazie przedprocesowej jest o tyle trudny do spełnienia, że powód nie dysponuje wówczas instrumentami dowodowymi, które dostępne są dopiero podczas procesu. Dotyczy to w szczególności możliwości skorzystania z kluczowej dla pozyskania dowodów nielegalnego zachowania pozwanego procedury *discovery*. Ograniczenie możliwości korzystania z kosztownej procedury *discovery* było zresztą jednym z motywów rozstrzygnięcia w sprawie Twombly. Sąd Najwyższy chciał w ten sposób zapobiec sytuacjom, w których pozwy w sprawach antytrustowych wnoszone byłyby lekkomyślnie i bez merytorycznego uzasadnienia, z założeniem, że procedura *discovery* pozwoli

138 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

139 *Ibidem*.

uzyskać dostęp do materiału dowodowego potwierdzającego nieskonkretyzowane wcześniej naruszenie prawa antytrustowego¹⁴⁰. O wyroku w sprawie Twombly za-
decydowały zatem przede wszystkim względy ekonomiki procesowej oraz dążenie
do przeciwdziałania działaniom określanym jako *fishing expeditions*¹⁴¹.

Choć względy, którymi kierował się Sąd, są zrozumiałe, skutkiem wydania wy-
roku było stworzenie niespotykanej do tej pory bariery w prywatnoprawnym sto-
sowaniu prawa antytrustowego. Reguła Twombly w praktyce nakłada bowiem na
powoda obowiązek dowodowy, który musi on spełnić nie mając zazwyczaj realnej
możliwości uzyskania dostępu do dowodów. Jest to szczególnie trudne w odnie-
sieniu do zarzutów naruszenia prawa antytrustowego poprzez zawieranie porozu-
mień, które objęte są zakresem stosowania reguły rozsądku. Jak zostało zapre-
zentowane w rozdziale 5, ów standard oceny nakłada na powoda szereg bardziej
szczegółowych obowiązków dowodowych, których spełnienie służyć ma wyka-
zaniu, że porozumienie wywarło lub że z dużym prawdopodobieństwem mogło
wyrzucić znaczny negatywny wpływ na konkurencję¹⁴². Powód obowiązany jest
zatem, co do zasady, wyznaczyć rynek właściwy dla działalności pozwanego oraz
wykazać, że posiada on na nim siłę rynkową¹⁴³. To z kolei otwiera drogę do przed-
stawienia przez powoda dowodów na aktualny lub potencjalny negatywny wpływ
porozumienia na konkurencję.

Nadużyciem byłoby stwierdzenie, że reguła Twombly wymaga od powoda przed-
stawienia już we wstępnej fazie postępowania dowodów na wykazanie wymienio-
nych wyżej okoliczności. Konieczne jest jednak ich uwiarygodnienie, co często
przekracza możliwości powodów. Nie może zatem dziwić sytuacja, w której liczba
powództw odrzucanych przez sądy federalne wzrosła, pogłębiając i tak niepokojący
trend związany ze stosowaniem reguły rozsądku w orzecznictwie federalnym, a po-
legający na uprzywilejowaniu pozycji pozwanego w postępowaniu¹⁴⁴. Jak wykazała
praktyka, taki efekt wydania wyroku w sprawie Twombly widoczny jest znakomicie

140 Por. m.in. H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 849.

141 Jak twierdzi z kolei S. Waller, na rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego w sprawie Twombly w du-
żej mierze wpływ miał brak doświadczenia większości składu sędziowskiego w zakresie wy-
stępowania przed sądami cywilnymi jako pełnomocnicy procesowi (spośród niego jedynie
sędzia Stevens miał takie doświadczenie i złożył zdanie odrębne). To z kolei przetożyło się
na, zdaniem autora, nienależyte uwzględnienie w decyzji stopnia trudności dowodowych,
które przed powodami ustanowił standard Twombly. Por.: S. Waller, *Justice Stevens and the
Rule of Reason*, „Southern Methodist University Law Review” 2009, vol. 62, s. 697–698.

142 Por. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S.
365 (1967) oraz *Standard Oil Company v. United States*, 283 U.S. 163 (1931); zob. także *ABA
Section...*, s. 58; bardziej szczegółowo pierwszy etap oceny ujął H. Hovenkamp, wskazując
na potrzebę „zważenia, czy porozumienie mogłoby zagrażać albo ograniczeniem sprzedaży,
albo wzrostem cen w niebanalnym zakresie”. Por. H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 340.

143 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Applica-
tion*, ed. 3, New York 2006, t. VII, s. 397.

144 Por. przytoczone w rozdziale 5 rezultaty badań M. Carrier, zawarte w: M. Carrier, *The Rule of
Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, „George Mason Law Review” 2009, vol. 16,
s. 829–830.

na gruncie judykatury dotyczącej stosowania § 1 ustawy Shermana względem RPM. Jak wynika z dokonanego w rozdziale 7 zestawienia wyroków zapadłych po wydaniu orzeczenia w sprawie Leegin, niemal wszystkie z nich zakończyły się na wstępnym etapie postępowania. Z reguły bowiem powód nie był nawet w stanie wyznaczyć w sposób wiarygodny rynku właściwego, na którym działał pozwany¹⁴⁵.

8.3.4. Wyrok skrócony (*summary judgment*)

Zanim sprawa trafi do fazy procesowej postępowania, strona może także wnieść wniosek o wydanie wyroku skróconego (*summary judgment*). Wyrok skrócony wydawany jest w procedurze uproszczonej, bez przeprowadzania procesu.

Sąd uwzględnia wnioski o wydanie wyroku skróconego, jeżeli:

- 1) wnioskodawca wykaże, że sprawa nie obejmuje istotnego sporu co do jakiegokolwiek „faktu materialnego” oraz
- 2) gdy z zastosowania prawa do tychże faktów materialnych wynika, że wnioskodawca jest uprawniony do uzyskania wyroku¹⁴⁶.

Przy tym jako „fakty materialne” rozumiane są wszelkie okoliczności faktyczne, które mogą przemawiać za wydaniem wyroku na rzecz jednej ze stron.

Wniosek o wydanie wyroku skróconego składany jest w sprawach antytrustowych z reguły przez pozwanego, jako drugi w kolejności spośród środków defensywnych w postępowaniu, podejmowany po nieskutecznym wniosku o oddalenie zarzutów (*motion to dismiss*). Pozwany może uniknąć w ten sposób długotrwałego i kosztownego postępowania. Przede wszystkim jednak wniesienie wniosku oznacza obciążenie powodów obowiązkiem wykazania, że wskazane wyżej okoliczności, od których uzależnione jest jego pozytywne rozpoznanie, nie zostały spełnione. Z kolei uwzględnienie przez sąd wniosku pozwanego o wydanie wyroku skróconego jest z reguły równoznaczne z podważaniem wiarygodności roszczeń powoda i wydaniem wyroku na korzyść pozwanego. Złożenie wniosku o wydanie wyroku skróconego nie wstrzymuje biegu procedury *discovery*. Termin do złożenia wniosku upływa zwykle na 30 dni przed upływem terminu jej zakończenia.

Orzecznictwo wypracowało szczególny sposób stosowania reguły 56 *Federalnych reguł postępowania* na gruncie postępowań w sprawach z zakresu naruszenia przepisów prawa antytrustowego. Przy tym podejście sądów co do dopuszczalności wniosków o wydanie wyroku skróconego zmieniło się istotnie na przestrzeni kilkudziesięciu lat.

145 Por. m.in. wyroki: Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Tennessee w sprawie *Spahr v. Leegin*, 2:07-cv-187 (E.D. Tenn. 2007); Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie *McDonough v. Toys „R” US, Inc.*, 638 F. Supp. 2d 461 (E.D. Pa. 2009); Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie *Jacobs v. Tempur-Pedic Int’l, Inc.*, 626 F.3d 1327 (11th Cir. 2010).

146 Reguła 56 *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

Pierwszym wyrokiem w tym zakresie było orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Poller v. Columbia Broadcasting Systems Inc.*¹⁴⁷ Sąd wskazał wówczas, że w skomplikowanych postępowaniach antytrustowych, „w których motyw i zamiar odgrywają decydującą rolę” zastosowanie postępowania skróconego powinno być wyjątkiem. Sąd uznał bowiem, że kluczowa dla rozstrzygnięcia takich spraw jest możliwość przesłuchania świadków, co może być dokonane jedynie w trakcie procesu.

Począwszy od lat osiemdziesiątych XX w. sądownictwo zaczęło cechować dążenie do unikania sytuacji, w której sprawy antytrustowe rozpatrywane byłyby przez sąd przysięgłych¹⁴⁸. Było ono motywowane, jak się wydaje, dwoma czynnikami. Po pierwsze, panowało przekonanie, że sprawy te są zbyt złożone, by mógł je rozstrzygać kto inny aniżeli zawodowi sędziowie¹⁴⁹. Po drugie, zwracano uwagę na wysokie koszty postępowania przed sądem przysięgłych. Stopniowo, mimo treści orzeczenia w sprawie *Poller v. Columbia Broadcasting Systems Inc.*, udział spraw antytrustowych rozpatrywanych przez sądy federalne w postępowaniu skróconym osiągnął poziom typowy dla pozostałych spraw cywilnych¹⁵⁰.

Reguła *Poller* została następnie skorygowana w roku 1986 w sprawie *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd v. Zenith Radio Corp.*¹⁵¹ otwierając pole do szerokiego stosowania w sprawach antymonopolowych postępowań skróconych. Sprawa dotyczyła rzekomej zмовы cenowej pomiędzy japońskimi producentami telewizorów, którzy mieli utrzymywać wysokie ceny w Japonii, i dzięki temu subsydiować skrośnię ich sprzedaż na rynku amerykańskim oraz oferować je w cenach drapieżnych. Procedura *discovery* nie potwierdziła jednak istnienia okoliczności, które przemawiałyby za stosowaniem cen drapieżnych przez pozwanych, takich jak posiadanie znaczącej siły rynkowej. Sąd dokonał rekapitulacji dotychczasowego orzecznictwa, wskazując że

aby skutecznie przeciwstawić się [...] wnioskowi o wydanie wyroku skróconego, strona przeciwna musi udowodnić, że istnieje realna wątpliwość co do materialnego faktu, czy wnioskodawcy dopuścili się bezprawnej zмовы, która spowodowała u strony przeciwnej dającą się zidentyfikować szkodę¹⁵².

147 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Poller v. Columbia Broadcasting Systems Inc.* 368 U.S. 464 (1962).

148 L. Sullivan, W. Grimes, C. Sagers, *The Law...*, s. 814 oraz H. First, S. Waller, *Antitrust...*, s. 2554 i T. Jorde, M. Lemley, *Summary Judgment in Antitrust Cases: Understanding Monsanto and Matsushita*, „Antitrust Bulletin” 1991, vol. 36, s. 271; zob. także S. Calkins, *Summary Judgment, Motions To Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System*, „Georgetown Law Journal” 1986, vol. 74, s. 1065.

149 R. Haw, *Adversarial Economics in Antitrust Litigation: Losing Academic Consensus in the Battle of the Experts*, „Northwestern University Law Review” 2012, vol. 106, s. 1293.

150 L. Sullivan, W. Grimes, C. Sagers, *The Law...*, s. 814.

151 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

152 *Ibidem* oraz cytowany przez Sąd wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *First National Bank of Arizona v. Cities Service Co.*, 391 U.S. 253 (1968), s. 288–289.

W tym celu muszą oni

przedstawić, coś więcej aniżeli tylko to, że doszło do zмовy, stanowiącej naruszenie prawa anty-trustowego; muszą wykazać szkodę im wyrządzoną wynikającą z bezprawnego zachowania [...]. [Po drugie] muszą oni wykazać, że istnieje coś więcej aniżeli tylko metafizyczna wątpliwość co do faktów materialnych¹⁵³.

W związku z tym, jak wskazał Sąd Najwyższy,

jeżeli z kontekstu faktycznego wynika, że roszczenie powodów jest niewiarygodne, jeśli jest ono tego rodzaju, że po prostu nie ma ekonomicznego sensu – muszą oni przedstawić więcej przekonujących dowodów na potwierdzenie [wiarygodności – L. G.] ich roszczenia, aniżeli byłoby to w innej sytuacji wymagane.

Tym samym, aby wniosek o wydanie wyroku skróconego w sprawie dotyczącej naruszenia § 1 ustawy Shermana został oddalony, powód musi przedstawić dowód, który

zmierza do wykluczenia możliwości, że rzekomi uczestnicy zмовy działali niezależnie. W związku z tym muszą oni wykazać, że wniosek o istnieniu zмовy jest rozsądny względem konkurencyjnych wniosków dotyczących niezależnych zachowań lub zachowań uzgodnionych, które nie czynią im szkody¹⁵⁴.

Jak wynika z treści wyroku w sprawie Matsushita, Sąd Najwyższy nałożył na powoda istotne obowiązki dowodowe w fazie przedprocesowej, od których spełnienia uzależnione jest przejście do kolejnej fazy postępowania, a których brak spełnienia z kolei prowadzi do wydania wyroku na korzyść pozwanego. W ten sposób Sąd Najwyższy dopuścił szeroką możliwość stosowania postępowań skróconych w sprawach antytrustowych, czego skutkiem był lawinowy wzrost liczby spraw rozpoznawanych w takich postępowaniach¹⁵⁵.

Jak podsumował H. Hovenkamp, praktyczne skutki zastosowania reguły 56 *Federalnych reguł postępowania*, po wydaniu wyroku w sprawie Matsushita przedstawiają się następująco:

- 1) jeżeli w sprawie nie istnieją sporne okoliczności faktyczne, wyrok (skrócony) może zostać wydany wyłącznie na podstawie analizy okoliczności prawnych,

153 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986) oraz cytowane w nim orzeczenia: Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie: DeLuca v. Atlantic Refining Co., 176 F.2d 421 (2d Cir. 1949) oraz Sądu Najwyższego w sprawie Sartor v. Arkansas Natural Gas Corp., 321 U.S. 620 (1944).

154 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

155 S. Calkins, *Summary...*, s. 1065.

- 2) jeśli strona sprzeciwiająca się wnioskowi o rozpoznanie sprawy w procedurze skróconej twierdzi, że istnieje co najmniej jedna sporna okoliczność faktyczna, wówczas rozstrzygnięcie tej kwestii na jej korzyść skutkuje powstaniem odpowiedzialności z tytułu naruszenia prawa antytrustowego w odniesieniu do każdego roszczenia, wobec którego wniosek o wydanie wyroku skróconego będzie nieskuteczny. Pozostałe roszczenia będą rozpoznane w wyroku skróconym,
- 3) jakakolwiek sporna kwestia dotycząca okoliczności faktycznych musi mieć charakter realny, a nie „metafizyczny”, co oznacza, że każdy racjonalnie myślący umysł jest w stanie ją zidentyfikować¹⁵⁶.

8.3.5. Postępowanie przed sądem przysięgłych

Zgodnie z siódmą poprawką do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*, w sprawach prowadzonych na podstawie § 4 ustawy Claytona, podobnie jak i w innych sprawach o odszkodowanie, stronom, co do zasady, przysługuje prawo do rozpoznania sprawy przez sąd przysięgłych¹⁵⁷. Judykatura sądów federalnych nie przyniosła ostatecznego rozstrzygnięcia kwestii, czy w odniesieniu do spraw antytrustowych można stosować wyłączenie od stosowania siódmej poprawki ze względu na złożoność sprawy (*complexity exception*)¹⁵⁸.

156 H. Hovenkamp, *Federal...*, s. 852.

157 Zgodnie z treścią siódmej poprawki do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych* „w prowadzonych według prawa powszechnego sprawach cywilnych, w których wartość przedmiotu sporu przekracza dwadzieścia dolarów, utrzymuje się właściwość sądu przysięgłych, a fakty, ustalone przez taki sąd, nie mogą być ponownie ustalane przez jakiegokolwiek sąd Stanów Zjednoczonych według innych zasad, niż wynikające z prawa powszechnego”.

158 W wyroku w sprawie *U.S. Financial Securities Litigation* (609 F.2d 411 [9th Cir. 1979]) Sąd Apelacyjny 9. Obwodu jednoznacznie wskazał, że tego rodzaju wyłączenie nie istnieje. Ta linia orzecznicza była następnie kontynuowana w wyrokach tego sądu i sądów niższych instancji, także tych należących do innych apelacji. Odmienne podejście zastosował Sąd Apelacyjny 3. Obwodu w wyroku w sprawie *Japanese Electronic Products Antitrust Litigation* (631 F.2d 1069 [3d Cir. 1980]), który uznał, że w przypadku szczególnie skomplikowanych spraw, prawo do sprawiedliwego procesu (*due process*) uzasadnia odstąpienie od stosowania siódmej poprawki do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*. Podejście to stosowane było także przez niektóre sądy federalne niższych instancji. Z kolei Sądy Apelacyjne Obwodów: 2., 5. i 10., w kilku wyrokach odmówiły racji argumentom stron jakoby sprawy przed nimi zawisłe nie mogły zostać rozpoznane przez ławę przysięgłych ze względu na stopień ich skomplikowania. Powstrzymały się jednak od sformułowania generalnych wniosków odnośnie do możliwości stosowania tego tzw. *complexity exemption* – por. wyroki: Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *City of New York v. Pullman, Inc.*, 662 F.2d 910 (2d Cir. 1981); Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *Cotten v. Witco Chemical Corp.*, 651 F.2d 274 (5th Cir. 1981); Sądu Apelacyjnego 10. Obwodu *Green Constr. Co. v. Kansas Power & Light Co.*, 1 F.3d 1005 (10th Cir. 1993). Więcej na temat konstytucyjności *complexity exception* w: J. Miron Jr., *The Constitutionality of a Complexity Exception to the Seventh Amendment*, „Chicago-Kent Law Review” 1998, vol. 73, Issue 3, s. 865.

Zgodnie z regułą 38 *Federalnych reguł postępowania cywilnego*, strona, która zamierza skorzystać z uprawnienia do powołania ławy przysięgłych obowiązana jest doręczyć pozostałym stronom żądanie rozpoznania sprawy przez sąd przysięgłych lub złożyć takie żądanie sędziemu albo właściwemu urzędnikowi sądowemu. Możliwe jest rozpoznanie przez ławę przysięgłych tylko niektórych kwestii. Jeżeli tak, żądanie musi je wskazywać.

Jeżeli takie żądanie zostało doręczone lub złożone, sprawa, co do zasady, rozpatrywana jest przed sądem przysięgłych. Wyjątkowo nie podlega ono przezeń rozpoznaniu, jeżeli strony złożą zastrzeżenie, domagając się rozpoznania sprawy przez sąd inny niż sąd przysięgłych lub gdy sąd, na wniosek lub z urzędu, uzna, że sprawa nie podlega rozpoznaniu przez ten sąd¹⁵⁹. Jeżeli nie doręczono lub nie złożono żądania rozpoznania sprawy przez sąd przysięgłych lub gdy było ono wadliwe, sprawa podlega rozpoznaniu przez sąd zawodowy. Nawet wówczas jednak sąd może, na złożony przez stronę wniosek, zarządzić rozpoznanie sprawy przez sąd przysięgłych¹⁶⁰.

Rolą ławy przysięgłych w postępowaniu jest wyłącznie ocena faktów na podstawie przedstawionego przez strony materiału dowodowego. Ocena prawna stanowi natomiast wyłączną kompetencję sędziego. Ława przysięgłych składa się z przynajmniej 6 a maksymalnie 12 członków, z których każdy, co do zasady, musi uczestniczyć w wydaniu wyroku¹⁶¹. Ławnicy mogą być wybierani przez sąd. Na wniosek stron sąd może jednak zezwolić na dokonanie wyboru ławników przez strony. Każda ze stron uprawniona jest do trzykrotnego wykluczenia ławnika z postępowania (*peremptory challenges*)¹⁶². Wyrok ławy przysięgłych musi zapaść jednomyślnie, chyba że strony uzgodniły inaczej.

8.3.6. Zarys środków dowodowych w postępowaniu przed sądami federalnymi

Postępowanie dowodowe przed sądami federalnymi regulują *Federalne reguły dowodowe*¹⁶³ oraz, w części, *Federalne reguły postępowania cywilnego*. W fazie czynności przedprocesowych, instrumenty postępowania dowodowego przed sądami

159 Reguła 39 (a) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

160 W sprawach, w których stronom nie przysługuje uprawnienie do żądania rozstrzygnięcia przez ławę przysięgłych, sąd może, także na wniosek strony lub z urzędu, powołać tzw. doradczą ławę przysięgłych (*advisory jury*) lub za zgodą stron przekazać sprawę do rozstrzygnięcia przez sąd przysięgłych, którego wyrok będzie miał taką samą moc prawną jak wyrok sądu przysięgłych, do którego prawo stronom przysługuje (por. Reguła 39 (d) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*). Doradcza ława przysięgłych stanowi ciało powoływane przez sędziego w postępowaniu, w którym stronom nie przysługuje prawo do sądu przysięgłych. Jej zadaniem jest wspomoczenie sędziego w podejmowaniu rozstrzygnięcia. Jej opinie nie są wiążące i stanowią jedynie głos doradczy dla sędziego, który zachowuje pełnię uprawnień proceduralnych.

161 Reguła 48 *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

162 Reguła 47 (b) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

163 Ang. *Federal Rules of Evidence*.

federalnymi realizowane są na wniosek strony w ramach tzw. procedury *discovery*. Zgodnie z regułą 26 (b)(1) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*, *discovery* może, o ile nie zostanie to w inny sposób ograniczone przez sąd, dotyczyć

każdej niezastrzeżonej kwestii istotnej dla jakiegokolwiek roszczenia lub zarzutu strony w zakresie proporcjonalnym do potrzeb danej sprawy, biorąc pod uwagę znaczenie toczącej się sprawy, wartość przedmiotu sporu, wzajemny dostęp stron do istotnych informacji, zasoby stron, znaczenie *discovery* dla rozstrzygnięcia sprawy oraz to, czy ciężary lub nakłady proponowanej *discovery* przewyższają możliwe korzyści z niej wynikające.

W ramach procedury *discovery*, stronom przysługują następujące środki dowodowe:

- a) Pisemne odpowiedzi na pytania strony (*written interrogatories*); pytania te mogą dotyczyć każdej kwestii objętej zakresem *discovery*, w tym zawierać żądanie wyrażenia opinii lub stanowiska dotyczącego okoliczności faktycznych lub zastosowania względem nich prawa¹⁶⁴. Odpowiedzi na pytania składane są zwykle w terminie 30 dni, obowiązkowo pod przysięgą, przez stronę, do której zostały skierowane, a jeżeli strona ta nie jest osobą fizyczną – przez jej pracownika bądź przedstawiciela, który następnie obowiązany jest do dostarczenia informacji dostępnych stronie¹⁶⁵.
- b) Zeznania (*depositions*) – składane są pod przysięgą przed specjalnie do tego wyznaczonym urzędnikiem sądowym (*officer*). Mogą być one pozyskane od każdej osoby, w tym strony, w drodze ustnego przesłuchania dokonanego w taki sam sposób jak w toku postępowania sądowego¹⁶⁶ lub odpowiedzi na pisemne pytania¹⁶⁷. W obu przypadkach zeznania składane są, co do zasady, w sądzie (*without leave*), przy czym może on wydać nakaz przymusowego doprowadzenia osoby (*subpoena*). W określonych przypadkach, za zgodą sądu, istnieje możliwość przesłuchania osoby poza nim (*with leave*). Sąd może także, na wniosek strony, wydać *subpoena duces tecum*, na mocy którego osoba przesłuchiwana zobowiązana jest do sporządzenia dokumentów lub rzeczy na potrzeby przesłuchania.
- c) Żądania:
 - a. sporządzenia przez stronę lub uzyskania przez stronę przeciwną lub jej pełnomocnika: wglądu, sporządzenia kopii, próbki lub zbadania stanowiących własność tej pierwszej lub znajdujących się w jej posiadaniu lub

¹⁶⁴ Niemniej sąd może zarządzić, że odpowiedzi na pytania dotyczące opinii lub stanowiska strony nie muszą zostać udzielone do momentu zakończenia procedury *discovery* lub do momentu odbycia tzw. *pretrial conference* (obejmuje ona spotkanie sędziego ze stronami i ich pełnomocnikami w fazie przedprocesowej, podjęte z reguły w celu omówienia kwestii organizacyjnych dalszego postępowania lub omówienia możliwości zawarcia ugody) lub do innego momentu wskazanego przez sąd.

¹⁶⁵ Reguła 33 *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

¹⁶⁶ Reguła 30 *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

¹⁶⁷ Reguła 31 *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

władaniu jakichkolwiek dokumentów i informacji w formie elektronicznej oraz rzeczy ruchomych¹⁶⁸.

- b. umożliwienia stronie wstępu na grunt oraz do innych nieruchomości stanowiących własność lub będących we władaniu strony przeciwnej oraz przeprowadzenia jej badania, inspekcji, pomiarów, fotografii lub próbek tejsze nieruchomości oraz wszelkich znajdujących się w jej obrębie przedmiotów lub działalności na niej prowadzonej¹⁶⁹.

– Na podmiot niebędący stroną zobowiązania tego rodzaju mogą zostać nałożone przez Sąd w drodze nakazu (*subpoena*) wydanego na podstawie przepisu reguły 45 (a)(1)(A)(iii) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

- d) Żądanie potwierdzenia prawdziwości – obejmuje pisemne wezwanie do potwierdzenia prawdziwości jakichkolwiek okoliczności objętych zakresem *discovery*, odnoszących się do: faktów, zastosowania względem nich prawa lub opinii ich dotyczących oraz prawdziwości jakichkolwiek dokumentów. Bezskuteczny upływ terminu na potwierdzenie prawdziwości wskazanych wyżej okoliczności lub dokumentów, zwykle 30-dniowego, skutkuje przyjęciem fikcji ich prawdziwości. Z kolei zaprzeczenie prawdziwości musi zawierać uzasadnienie.

Poszczególne środki mogą być stosowane w postępowaniu równocześnie, w różnorodnych konfiguracjach, a nawet wielokrotnie¹⁷⁰. Jedyne, choć istotne, ograniczenia dla możliwości ich stosowania wynikają z zastosowania zasady proporcjonalności i pozostałych względów wyrażonych w treści cytowanej wyżej reguły 26 (b)(1) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*, i opisanych szczegółowo w kolejnych ich przepisach. Ograniczenia w możliwości stosowania środków dostępnych w ramach procedury *discovery* wynikają w szczególności z uprawnień do ochrony poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a klientem (*attorney-client privilege*)¹⁷¹, z zastosowania uprawnień wynikających z piątej poprawki do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*¹⁷² oraz

168 Reguła 34 (a)(1) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

169 Reguła 34 (a)(2) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

170 Zob. także W. Holmes, M. Mangiaracina, *Antitrust Handbook*, § 9:18, West/el., 2015.

171 Por. m.in. wyrok Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Massachusetts w sprawie Stany Zjednoczone v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357 (D. Mass. 1950).

172 Dotyczy to wyrażonej w piątej poprawce do *Konstytucji Stanów Zjednoczonych* zasady braku obowiązku do dostarczania dowodów przeciwko samemu sobie. Zgodnie z jej treścią: „Nikt nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za zbrodnie główną lub inne hańbiące przestępstwo bez aktu oskarżenia uchwalonego przez wielką ławę przysięgłych z jej własnej inicjatywy lub na wniosek prokuratora, chyba że chodzi o sprawę dotyczącą lądowych lub morskich sił zbrojnych albo milicji w czynnej służbie podczas wojny lub niebezpieczeństwa publicznego. Nie wolno też nikomu za to samo przestępstwo wymierzać dwukrotnie kary na życie lub zdrowiu. Nikt nie może być zmuszony do zeznawania w sprawie karnej na swoją niekorzyść, ani też zostać bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości pozbawiony życia,

z ochrony przed ujawnieniem rezultatów działań pełnomocnika strony (*work-product doctrine*)¹⁷³.

Nad stosowaniem wyłączeń od możliwości zastosowania procedury *discovery* czuwa sędzia procesowy (*trial judge*). Przepisy *Federalnych reguł postępowania cywilnego* przewidują liczne możliwości odwoławcze dla strony i innych podmiotów objętych tą procedurą, wobec uciążliwych, nieproporcjonalnych czy w inny sposób niezgodnych z prawem działań strony wnioskującej¹⁷⁴.

W postępowaniach w sprawach antytrustowych czasowy zakres procedury *discovery* ustalony jest przez sąd tak, by odpowiadał okolicznościom danej sprawy. Zwykle strona uprawniona jest przez sąd do pozyskiwania dowodów „w rozsądnym okresie poprzedzającym najwcześniejszą możliwą datę naruszenia mogącego być przedmiotem roszczeń”¹⁷⁵.

Dowody pozyskane w następstwie procedury *discovery* prezentowane są przed sądem w fazie procesowej postępowania. Wówczas także istnieje możliwość powołania innych dowodów zarówno rzeczowych, z dokumentów, jak i osobowych – z zeznań świadków oraz biegłych, określanych jako „świadkowie-eksperti” (*expert witnesses*). Ze względu na złożoność stanu faktycznego i prawnego w sprawach antytrustowych, opinie tych ostatnich mają znaczenie szczególne dla przebiegu postępowania. W szczególności dotyczą one kwestii definicji rynku właściwego, ustalenia posiadania siły rynkowej, antykonkurencyjnych skutków

wolności lub mienia. Własność prywatną można przejąć na użytek publiczny tylko za sprawiedliwym odszkodowaniem”.

173 Ograniczenie to wynika z treści reguły 26 (b)(3) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*, która stanowi, że „zwykle strona nie może poddać procedurze *discovery* dokumentów i innych rzeczy ruchomych, które utworzone zostały z uwzględnieniem możliwości dochodzenia roszczeń lub postępowania sądowego, przez lub dla drugiej strony, lub dla podmiotu ją reprezentującego (włączając w to jej adwokata, doradcę, poręczyciela, ubezpieczyciela lub agenta). Jednakże, zgodnie z regułą 26 (b)(4), materiały te mogą być objęte procedurą *discovery*, jeżeli:

- i. Można je w inny sposób pozyskać na podstawie procedury *discovery*, na podstawie reguły 26 (b)(1) i
- ii. Jeżeli strona wykaże, że materiały są w sposób istotny niezbędne dla celów przygotowania sprawy i nie można, bez nadmiernych trudności, uzyskać ich ekwiwalentu w inny sposób”.

174 Dotyczy to w szczególności wniosku o wydanie tzw. nakazu ochrony (*protective order*), który wydawany jest przez sąd na podstawie przepisów reguły 26 (c) *Federalnych reguł postępowania...*, i który może zawierać zakaz przeprowadzania *discovery* lub nakładać na stronę, która wniosowała o *discovery*, różnego rodzaju ograniczenia dotyczące sposobu i zakresu stosowania tejże procedury. Sąd może także, na podstawie reguły 26 (b)(2)(A), w drodze postanowienia, ograniczyć liczbę zeznań lub pisemnych pytań, które mogą zostać zadane stronie, lub długość zeznań, a także liczbę żądań potwierdzenia prawdziwości. Szczególne ograniczenia mogą dotyczyć także udostępniania informacji przechowywanych w formie elektronicznej (reguła 26 (b)(2)(A) *Federalnych reguł postępowania...*).

175 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie *Quonset Real Estate Corp. v. Paramount Film Distr. Corp.*, 50 F.R.D. 240 (S.D.N.Y.1970).

praktyki, ustalenia powstania szkody antytrustowej i wysokości należnego powodowi odszkodowania¹⁷⁶.

Podkreślić trzeba, że opinie biegłych mogą być składane także w fazie rozpatrywania wniosku o wydanie wyroku uproszczonego. W takiej sytuacji opinie te zwykle wydawane są celem wsparcia stanowiska strony wnioskującej o wydanie takiego wyroku lub strony przeciwnej, która podważa zasadność takiego wniosku.

Już w fazie przedprocesowej, zwykle co najmniej na 90 dni przed wyznaczonym terminem rozprawy, strona, która powołuje świadków-ekspertów, obowiązana jest do ujawnienia pozostałym stronom tożsamości wszystkich takich świadków, którzy mogą być przez nią powołani i przesłuchani podczas procesu¹⁷⁷. Co do zasady, ujawnieniu temu musi towarzyszyć pisemny raport świadka-eksperta. Zawiera on w szczególności całokształt opinii, które ekspert zamierza przedstawić, wraz z podaniem ich uzasadnienia oraz okoliczności faktycznych i danych, na których zostały one oparte. Raport powinien także zawierać opis kwalifikacji eksperta wraz z listą publikacji jego autorstwa¹⁷⁸.

Przepisy *Federalnych reguł dowodowych* względnie precyzyjnie określają kryteria, którym powinna odpowiadać opinia biegłego. Zgodnie z regułą 702 *Federalnych reguł dowodowych*, świadkowie, którzy odznaczają się eksperckim poziomem wiedzy, umiejętności, doświadczenia, wytrenowania lub wykształcenia mogą złożyć zeznania w formie opinii lub w innej, jeżeli:

- a) Naukowa, techniczna lub inna wyspecjalizowana wiedza eksperta pomoże powołującemu się na określony fakt zrozumieć materiał dowodowy lub ustalić dany fakt,
- b) Zeznanie oparte jest na wystarczających faktach i danych,
- c) Zeznanie stanowi rezultat zastosowania wiarygodnych zasad i metod,
- d) Ekspert w sposób wiarygodny zastosował owe zasady i metody do okoliczności faktycznych sprawy.

Wykładni reguły 702, w jej wcześniejszym brzmieniu, dokonał Sąd Najwyższy w sprawie *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*¹⁷⁹. Określił on wówczas dwa kryteria, którym odpowiadać ma opinia świadka-eksperta, tj. wiarygodności i istotności¹⁸⁰. Sądownictwo federalne, dokonując interpretacji tych kryteriów na potrzeby postępowań antytrustowych, wymagało by argumentacja eksperta i użyta przez niego metodyka była „poprawna ekonomicznie” i nadawała się do zastosowania celem zbadania okoliczności faktycznych sprawy¹⁸¹. Opinie wydawane

176 *ABA Section...*, s. 984.

177 Reguła 26 (a)(2)(D) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

178 Reguła 26 (a)(2)(C) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

179 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

180 Zob. także wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 US 137 (1999), w którym Sąd Najwyższy rozszerzył zastosowanie reguły *Daubert* na zeznania wszystkich biegłych.

181 Por. *ABA Section...*, s. 985.

przez ekspertów niewyspecjalizowanych w ekonomii konkurencji, bywały uznawane przez sądy za niespełniające tych kryteriów¹⁸².

Opinie biegłych muszą przy tym opierać się na faktach lub danych, co do których ekspert posiada wiedzę bądź które osobiście zaobserwował. Jeżeli opinia opiera się w rozsądnym zakresie na takich danych lub faktach, nie muszą one spełniać kryteriów dopuszczalności ustanowionych dla dowodów. Oznacza to między innymi, że świadek-ekspert może opierać swoją opinię także na danych lub faktach pochodzących ze słyszenia (*hearsay*), mimo że dowód ze świadka ze słyszenia jest niedopuszczalny w amerykańskim postępowaniu cywilnym. Natomiast jeżeli opinia oparta jest na innych dowodach lub faktach, możliwość ich ujawnienia ławnikom przez stronę, która wniosowała o opinię, ograniczona jest do sytuacji, w której ich wartość dowodowa dla celów przyczynienia się do oceny opinii, istotnie przewyższa jej szkodliwy efekt¹⁸³.

Brak spełnienia kryteriów określonych w regule 702 *Federalnych reguł dowodowych* i doprecyzowanych w sprawie *Daubert* stanowi najczęściej formułowany przez stronę przeciwną motyw wniosku o wyłączenie biegłego (*motion to exclude*). Ich weryfikacja stanowi zadanie sądu, który bada zarówno kompetencje świadka-eksperta, jak i przede wszystkim wiarygodność sporządzonej przez niego opinii. Jak wskazał Sąd Najwyższy w sprawie *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, szczególna rola strażnika przypada w tym zakresie federalnym sądom dystryktowym¹⁸⁴. Podkreślić bowiem należy, że przed sądami wyższych instancji nie przeprowadza się postępowania dowodowego. Dokonując oceny wiarygodności opinii biegłego sąd koncentruje się nie na kwestii prawdziwości danych użytych do jej sporządzenia ani na ocenie poprawności zawartych w niej wniosków. To należy bowiem do ławy przysięgłych. Ocena sądu powinna skupić się natomiast na kwestii spełnienia kryteriów wiarygodności i rzetelności biegłego¹⁸⁵. Dokonanie przez sąd oceny jakości danych, na których bazuje opinia biegłego oraz sformułowanych przez niego wniosków, stanowi bezprawne naruszenie granic kompetencji przysługujących ławie przysięgłych¹⁸⁶. Jak wyjaśnił Sąd 2. Obwodu w sprawie *MLB Properties v. Salvino, Inc.*, Sąd Dystryktowy zobowiązany jest dopuścić opinię biegłego zawsze, gdy jest ona oparta na wiarygodnej metodyce¹⁸⁷. Opinie świadków-ekspertów, podobnie jak pozostałe dowody, oceniane są następnie w fazie procesowej przez ławę przysięgłych. Mogą one „stanowić użyteczną wskazówkę, w jaki sposób interpretować fakty rynkowe, ale nie są ich substytutem”¹⁸⁸.

182 *Ibidem*.

183 Reguła 703 *Federalnych reguł dowodowych*.

184 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 US 137 (1999), s. 526.

185 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *Stollings v. Ryobi Technologies, Inc.*, 725 F.3d 753 (7th Cir. 2013), s. 765.

186 *Ibidem*.

187 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *Major League Baseball Properties, Inc. v. Salvino, Inc.*, 542 F.3d 290 (2d Cir. 2008), s. 311.

188 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), s. 242.

8.3.7. Uprawnienia przysługujące na podstawie przepisu § 16 ustawy Claytona

Przepis § 16 ustawy Claytona ustanawia uprawnienie, dla każdej osoby, do wystąpienia z roszczeniem o wydanie zakazu określonych zachowań (*injunctive relief*), które groziłyby powstaniem szkody w wyniku naruszenia prawa antytrustowego. Do warunków skorzystania z tego uprawnienia należą ustanowienie przez powoda zabezpieczenia wypłaty odszkodowania w razie niezasadnego wydania zakazu oraz wykazanie przez niego bezpośredniego niebezpieczeństwa powstania nieodwracalnej szkody¹⁸⁹.

Uprawnienia przysługujące na podstawie przepisu § 16 ustawy Claytona mają szeroki zakres i obejmują możliwość żądania wszelkich dopuszczalnych prawem środków niezbędnych do tego, by zakończyć określone naruszenie, zabezpieczyć przed jego skutkami lub je wyeliminować, a także nie dopuścić do ich pojawienia się w przyszłości¹⁹⁰. Sąd może także orzec środki wykraczające poza zakres żądania powoda¹⁹¹. W ramach realizacji uprawnień z § 16 orzeczoney może zostać zakaz tymczasowy (*preliminary injunction*), który sprowadza się do zabezpieczenia roszczeń w prowadzonym postępowaniu, służąc utrzymaniu *status quo* do momentu zakończenia postępowania w sprawie roszczeń odszkodowawczych. Ponadto orzeczoney może zostać zakaz permanentny (*permanent injunction*), a także podział przedsiębiorstwa. Ostatni z tych środków, zgodnie z judykaturą Sądu Najwyższego, orzekany jest jednak wyłącznie w odniesieniu do antykonkurencyjnych koncentracji, do których odnosi się przepis § 7 ustawy Claytona¹⁹².

8.3.8. Powództwa grupowe

Istotne znaczenie w procesie stosowania ustawy Shermana odgrywa dochodzenie roszczeń w postępowaniach zbiorowych. Pozwala ono masowo grupować roszczenia o niewielkiej wartości, których trudno byłoby skutecznie dochodzić indywidualnie w postępowaniu sądowym. Wysokie koszty postępowania przed sądami amerykańskimi skutecznie zniechęcają bowiem do wnoszenia powództw indywidualnych dotyczących roszczeń odszkodowawczych o relatywnie niewielkiej wartości. Ich zgrupowanie pozwala na uzyskanie wyższego odszkodowania, z którego następnie pokrywane są koszty postępowania i koszty adwokackie.

189 Tytuł 15 U.S.C.A., § 26.

190 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990).

191 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research*, 395 U.S. 100 (1969).

192 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990) oraz tytuł 15 U.S.C.A., § 18.

Począwszy od 1966 r., kiedy to dokonano odpowiedniej nowelizacji *Federalnych reguł postępowania*, amerykańska regulacja w zakresie zbiorowego dochodzenia roszczeń opiera się na zasadzie *opt-out*, co wpłynęło znacząco na skuteczność jej stosowania. W obecnym brzmieniu reguła 23 (a) *Federalnych reguł postępowania cywilnego* ustanawia cztery warunki, od których spełnienia uzależniona jest możliwość wniesienia powództwa grupowego:

- 1) grupa (klasa) musi być na tyle liczna, że połączenie do wspólnego rozpoznania spraw wszystkich jej członków byłoby niepraktyczne (wielość),
- 2) istnieją kwestie prawne lub faktyczne wspólne dla klasy (wspólność),
- 3) roszczenia lub zarzuty zgłoszone przez reprezentującą klasę strony są typowe dla roszczeń lub zarzutów klasy (typowość),
- 4) reprezentującą klasę strony będą uczciwie i adekwatnie chroniły interesy klasy (adekwatność).

Ponadto niezbędne jest spełnienie co najmniej jednego z warunków określonych w regule 23 (b) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*, tj.:

1. Wniesienie odrębnych powództw lub prowadzenie postępowań przeciwko poszczególnym członkom grupy doprowadziłyby do powstania ryzyka:
 - A. niespójnych lub różniących się od siebie wyroków w odniesieniu do poszczególnych członków klasy, co doprowadzić mogłoby do ustanowienia rozbieżnych standardów działań strony przeciwstawiającej się klasie,
 - B. wydania wyroków dotyczących poszczególnych członków klasy, które w praktyce rozstrzygałyby w przedmiocie interesów innych członków niebędących adresatami indywidualnych wyroków, lub które poważnie osłabiałyby lub utrudniałyby możliwość ochrony ich interesów;
2. Strona sprzeciwiająca się powództwu zbiorowemu dokonała czynności lub odmówiła ich dokonania z powodów mających zastosowanie do całej klasy, tak że kończący postępowanie wyrok ustalający nakaz określonego zachowania (*final injunctive relief*) lub odpowiadający mu wyrok ustalający (*declaratory relief*) byłby odpowiedni w odniesieniu do klasy jako całości; lub
3. Sąd ustalił, że kwestia prawna lub faktyczna wspólna dla członków klasy przeważa nad jakimikolwiek innymi kwestiami, które dotyczą wyłącznie indywidualnych członków oraz że powództwo grupowe przewyższa inne dostępne metody uczciwego i efektywnego rozstrzygnięcia sporu. Sprawy odnoszące się do tych ustaleń obejmują:
 - a) interesy członków klasy w zakresie indywidualnego kontrolowania oskarżenia lub obrony w odniesieniu do odrębnych powództw,
 - b) zakres i charakter jakiegokolwiek postępowania sądowego dotyczącego danego sporu, które wszczęte zostało przeciwko członkom klasy lub przez nich,
 - c) potrzebę lub brak potrzeby koncentracji dochodzenia roszczeń przed danym sądem,
 - d) możliwe trudności w kierowaniu powództwem grupowym.

Po złożeniu powództwa grupowego, sąd obowiązany jest dokonać jego certyfikacji, tj. zatwierdzić lub odmówić jego zatwierdzenia w drodze postanowienia¹⁹³. Bada wówczas szczegółowo spełnienie przesłanek określonych w regulach 23 (a) i 23 (b)¹⁹⁴. W sprawach antytrustowych podmioty wnoszące powództwa grupowe, poza obligatoryjnymi przesłankami zawartymi w pierwszym z tych dwu przepisów, w ogromnej większości powołują się także na warunki predominacji i wyższości określone w regule 23 (b)(3)¹⁹⁵. Zakres oceny sądu jest szeroki i może obejmować także ustalenia co do faktów, w tym także rozstrzygnięcia sporów co do faktów¹⁹⁶. Z przepisów prawa nie wynika jednak zakres czynności, który musi zostać wykonany przez sąd w toku oceny, czy przesłanki zatwierdzenia powództwa zbiorowego zostały spełnione. W zależności od okoliczności faktycznych sąd może zarządzić w tej sprawie rozprawę lub oprzeć się wyłącznie na przedłożonych dokumentach¹⁹⁷. Sąd może także zarządzić przeprowadzenie procedury *discovery* celem uzyskania przez stronę dowodów niezbędnych do wykazania lub zaprzeczenia spełnienia przesłanek powództwa zbiorowego, a nawet wyznaczyć w tym celu specjalnego pełnomocnika¹⁹⁸.

Jak podkreślają J. Davis i E. Cramer obecnie, na gruncie postępowań antytrustowych, istnieje tendencja, by traktować rozprawy dotyczące certyfikacji jako swego rodzaju „mini-procesy” służące rozstrzygnięciu merytorycznych kwestii postępowania pod pozorem badania przesłanek predominacji i wyższości¹⁹⁹. Tendencja ta wzmocniona została w wyniku wydania przez Sąd Najwyższy wyroku w sprawie *Comcast v. Behrend*, który bywa interpretowany jako nakładający na Sądy Dystryktowe obowiązek zweryfikowania, w fazie certyfikacji, spełnienia przesłanek powództwa zbiorowego zarówno w odniesieniu do ustalenia odpowiedzialności pozwanego, jak i do ustalenia wysokości odszkodowania²⁰⁰. Ustanowienie wyższych wymagań dowodowych odnoszących się do spełnienia przesłanek wniesienia powództwa zbiorowego sprawia, że sądy rutynowo ogłaszają w tym celu rozprawy. Przy tym dokonują bardziej wnikliwego badania ich spełnienia, co najczęściej oznacza także konieczność szerokiego rozpoznania sprawy co do meritum już na bardzo wczesnym etapie postępowania. Wprawdzie orzecznictwo Sądu Najwyższego w sposób wyraźny wykluczyło możliwość badania przez Sądy

193 Reguła 23 (c)(1)(A) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

194 *ABA Section...*, s. 909.

195 S. Waller, O. Popal, *The Fall...*, s. 35; *ABA Section...*, s. 899.

196 Por. wyroki Sądów Apelacyjnych: 6. Obwodu w sprawie *Rodney v. Northwest Airlines, Inc.*, 146 Fed. Appx. 783 (6th Cir. 2005); 5. Obwodu w sprawie *Bell v. Ascendant Solutions, Inc.*, 422 F.3d 307 (5th Cir. 2005); 4. Obwodu w sprawie *Gariety v. Grant Thornton, LLP*, 368 F.3d 356 (4th Cir. 2004); 7. Obwodu w sprawie *Szabo v. Bridgeport Mach.*, 249 F.3d 672 (7th Cir. 2001).

197 *ABA Section...*, s. 909.

198 *Ibidem*.

199 J. Davis, E. Cramer, *A Questionable New Standard for Class Certification in Antitrust Cases*, „Antitrust”, Fall 2011, s. 31.

200 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Comcast Corp. v. Behrend*, 568 U.S. 809 (2013).

Dystryktowe sprawy co do meritum na etapie certyfikacji²⁰¹, nie oznacza to jednak, że nie mogą się one do tej materii odnosić, przy okazji badania spełnienia przesłanek objętych regułą 23. Jak wskazał Sąd Apelacyjny 2. Obwodu,

okoliczność, że wymóg objęty regułą 23 może pokrywać się z kwestią meritum [sprawy – Ł. G.] nie wpływa na obowiązek rozstrzygnięcia przez sąd, czy wymóg ten został spełniony, choć okoliczność ta może odpowiednio ograniczyć zakres oceny sądu dokonanej na etapie certyfikacji²⁰².

Postanowienie w sprawie zatwierdzenia powództwa zbiorowego może być zaskarżone na podstawie reguły 23 (f) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*. Może być także zawieszono lub zmienione przez sąd w każdym momencie do czasu wydania wyroku²⁰³. Od momentu wydania postanowienia o zatwierdzeniu powództwa zbiorowego, każdy członek grupy związany jest rozstrzygnięciami dokonanymi w sprawie, chyba że prawidłowo wyłączy się z postępowania.

Wkrótce po dokonaniu zatwierdzenia powództwa zbiorowego Sąd powiadamia potencjalnych członków grupy o prowadzonym postępowaniu. Jeśli, tak jak to zwykle bywa w sprawach antytrustowych, podstawę prawną zatwierdzenia stanowi reguła 23 (b)(3) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*, sąd kieruje do nich

najlepsze zawiadomienia, jakie są w praktyce możliwe w danych okolicznościach, włączając w to indywidualne zawiadomienia do wszystkich członków, których można, przy zastosowaniu rozsądnych środków, zidentyfikować²⁰⁴.

Treść zawiadomienia określają przepisy *Federalnych reguł postępowania cywilnego*²⁰⁵. Po otrzymaniu zawiadomienia, członek grupy może, w wyznaczonym terminie, wyłączyć się (*opt-out*) od postępowania. Wówczas nie jest on związany jego przebiegiem i może indywidualnie dochodzić swoich roszczeń. Na każdym kluczowym etapie postępowania może zgłosić sprzeciw w odniesieniu do określonych jego czynności, w szczególności względem zatwierdzenia ugody i ustalenia wysokości kosztów adwokackich²⁰⁶. Zawarcie ugody w postępowaniu, wycofanie powództwa lub polubowne rozstrzygnięcie sporu wymaga zgody sądu²⁰⁷.

Amerykański model powództwa grupowego dowiódł swojej skuteczności także w sprawach antytrustowych. Obecnie coraz częściej pojawiają się jednak na łamach amerykańskiego piśmiennictwa opinie o spadku zainteresowania powodów

201 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974).

202 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie Initial Public Offering Securities Litigation, 471 F.3d 24 (2d Cir. 2006).

203 Reguła 23 (c)(1)(C) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

204 Reguła 23 (c)(2)(B) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

205 *Ibidem*.

206 Reguła 23 (e)(5) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

207 Reguła 23 (e) *Federalnych reguł postępowania cywilnego*.

wszczynaniem postępowań zbiorowych²⁰⁸. Przyczyn takiego stanu rzeczy upatruje się w wysokich wymaganiach dowodowych w zakresie wykazania spełnienia przesłanek powództwa zbiorowego, ustanowionych w wyroku w sprawie Comcast²⁰⁹. S. W. Waller i O. Popal wskazują także na dodatkowe czynniki mające wpływ na taki stan rzeczy. Są to między innymi: stopniowe odchodzenie od stosowania względem porozumień ograniczających konkurencję reguły *per se* na rzecz oceny opartej na regule rozsądku, zawężenie zakresu koncepcji szkody antytrustowej oraz jurysdykcji sądów federalnych²¹⁰. Zdaniem tych autorów, zmiany owe doprowadziły do wzrostu ryzyka i kosztów związanych z prowadzeniem postępowań zbiorowych zarówno dla powodów, jak i dla ich pełnomocników²¹¹. Jednocześnie do spadku liczby postępowań zbiorowych w sprawach antytrustowych przyczynia się coraz częstsze stosowanie w umowach klauzul arbitrażowych, które, aż do połowy lat osiemdziesiątych XX w., nie mogły obejmować roszczeń z tytułu naruszenia prawa antytrustowego²¹². Zmiana orzecznictwa, spowodowana wydaniem w 1985 r. przez Sąd Najwyższy wyroku w sprawie Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.²¹³, umożliwiła objęcie tego rodzaju roszczeń zakresem klauzul arbitrażowych w umowach zawieranych w handlu międzynarodowym. Z kolei wydany rok później wyrok Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie Genna v. Lady Foot International otworzył drogę do stosowania tych klauzul także w umowach dotyczących handlu wewnętrznego²¹⁴. Doprowadziło to do stopniowego upowszechnienia się takich klauzul zarówno w umowach pomiędzy przedsiębiorcami, jak i w umowach konsumenckich. Czynniki te sprawiają, że liczba postępowań zbiorowych w sprawach antytrustowych zmalała, ze szkodą dla skuteczności stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego²¹⁵.

8.3.9. Postępowanie apelacyjne

Od wyroku Sądu Dystryktowego przysługuje każdej ze stron apelacja do jednego spośród dwunastu federalnych Sądów Apelacyjnych – tego, w którego obwodzie toczyło się postępowanie w pierwszej instancji. Postępowanie przed Sądem Apelacyjnym zawsze toczy się przed składem zawodowym – poza nielicznymi wyjątkami

208 Por.: S. Waller, O. Popal, *The Fall...*, s. 35 i n.; J. Davis, E. Cramer, *A Questionable...*, s. 31.

209 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Comcast Corp. v. Behrend, 568 U.S. 809 (2013).

210 S. Waller, O. Popal, *The Fall...*, s. 36.

211 *Ibidem*.

212 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co., Inc., 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968), s. 827–828.

213 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).

214 Wyrok Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie Genna v. Lady Foot International, 1986-2 Trade Cases (CCH) 67,317 (E.D. Pa. 1986).

215 S. Waller, O. Popal, *The Fall...*, s. 61.

– obejmującym trzech sędziów. W szczególnych przypadkach możliwe jest także rozpoznanie sprawy w pełnym składzie sędziów danego sądu (*en banque*).

Zakres kontroli sądowej zależy od rodzaju zarzutów podniesionych przez apelanta. Jeżeli dotyczą one błędnej oceny faktów przez sąd pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny dokonuje ponownej ich analizy weryfikując czy nie doszło do oczywistego błędu w ich ocenie. Nie przeprowadza natomiast postępowania dowodowego, gdyż jest związany ustaleniami dokonanymi przez sąd pierwszej instancji. Jeżeli natomiast zarzuty apelacyjne odnoszą się do prawa, sąd dokonuje oceny *de novo*.

Wyroki sądów apelacyjnych są ostateczne. Każda ze stron uprawniona jest do wniesienia wniosku o rozpoznanie sprawy przez Sąd Najwyższy (*petition for writ of certiorari*). Jego przyjęcie mieści się w zakresie dyskrejonalnych uprawnień tego sądu.

8.4. Wnioski końcowe

Z przedstawionego powyżej zarysu reguł proceduralnych i ustrojowych, które znajdują zastosowanie w obrębie amerykańskiego prawa antytrustowego, wynika wniosek o złożonym charakterze systemu jego egzekwowania. W jego skład wchodzi konglomerat norm prawnych ustanawiających liczne instrumenty egzekwowania prawa, z których część może być stosowana alternatywnie, a pozostałe łącznie. Ten amalgamatowy charakter systemu stanowi konsekwencję sposobu jego rozwoju. Nie powstał on bowiem jako spójny system, którego założenia opracowane zostały jednorazowo i w sposób syntetyczny. Aktualny kształt systemu egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego stanowi rezultat wielu lat jego rozwoju, dokonywanego często, przynajmniej w obszarze zmian legislacyjnych, w sposób mało uporządkowany, niekiedy w odpowiedzi na doraźne potrzeby bądź zjawiska gospodarcze. W procesie jego ewolucji nowe rozwiązania prawne nakładały się na istniejące, w tym także o szerszym niż prawo antytrustowe przedmiotowym zakresie stosowania.

W pozostałej części system egzekwowania prawa antytrustowego ukształtowany został w następstwie rozwoju orzecznictwa sądów federalnych, które dokonywały wykładni przepisów ustaw antytrustowych Shermana, Clayтона, ustawy o FTC, a także *Federalnych reguł postępowania cywilnego*. W odniesieniu do tych ostatnich oraz pozostałych norm prawa procesowego o szerokim zakresie aplikacji, sądy dokonywały, niekiedy daleko idących, adaptacji sposobu ich stosowania na potrzeby prawa antytrustowego.

Charakterystyczną cechą systemu egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego jest wyraźna dominacja egzekwowania prywatnoprawnego, z jedynie uzupełniającą rolą jego publicznoprawnego stosowania. Nie oznacza to jednak, że

znaczenie tego ostatniego jest marginalne. Jest ono z pewnością większe, aniżeli wynikałoby to z prostego porównania liczby spraw antytrustowych prowadzonych przez amerykańskie organy konkurencji i postępowań zainicjowanych przez prywatne podmioty. Polityka amerykańskich organów konkurencji, poprzez działania służące realizacji określonych uprzednio jej priorytetów oraz podejmowanie postępowań w sprawach o szczególnym znaczeniu z punktu widzenia interesu publicznego, jest w stanie wpływać na kierunki działań prywatnych podmiotów w obszarze stosowania prawa antytrustowego. Pełnieniu takiej funkcji sprzyja także szeroko zakreślony katalog zadań i uprawnień organów konkurencji USA, czego przykładem są możliwość występowania zarówno DOJ, jak i FTC w roli *amicorum curiae* w sprawach prowadzonych przed sądami federalnymi oraz uprawnienie do wydawania przez DOJ *Business Review Letters*. Ponadto aktywność DOJ i FTC może mieć charakter komplementarny względem prywatnoprawnego egzekwowania prawa antytrustowego w sytuacjach, w których podmioty prywatne nie są zainteresowane wniesieniem powództwa.

Niemniej skala aktywności organów konkurencji, a tym samym znaczenie publicznoprawnego egzekwowania prawa antytrustowego, stanowi w istotnej części pochodną założeń polityki gospodarczej przyjętych przez administrację danego prezydenta Stanów Zjednoczonych. To on bowiem uprawniony jest do powoływania ich szefów. Aktywność ta jest z reguły większa w przypadku, gdy prezydentem jest przedstawiciel partii demokratycznej, która, w odróżnieniu od partii republikańskiej, skłania się zwykle do większej interwencji państwa w gospodarce. W odniesieniu do FTC wpływy administracji prezydenta na politykę antytrustową są oczywiście mniejsze, biorąc pod uwagę gwarancje jej apolityczności i kadencyjność jej komisarzy.

Kolejną charakterystyczną cechą systemu egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego jest wielość uczestniczących w nim aktorów. Biorą w nim udział jako inicjatorzy postępowań nie tylko prywatni powodowie oraz dwa organy konkurencji, lecz także prokuratorzy stanowi. W przypadku tych ostatnich, jak słusznie wskazał H. Hovenkamp, można mówić raczej o *quasi*-publicznym egzekwowaniu tych reguł. Bez względu bowiem na to, czy działają oni w charakterze *parens patriae*, czy też reprezentując interesy stanu, ich uprawnienia procesowe nie odbiegają od tych, które przysługują prywatnym powodom. W ograniczonym zakresie podobny charakter ma część uprawnień DOJ, a mianowicie ta, która dotyczy wszczynania przezeń postępowań cywilnych przed sądami federalnymi. Nie wolno jednak zapominać, że DOJ w zakresie prowadzonych dochodzeń dysponuje szczególnymi uprawnieniami w postaci *Civil Investigative Demands*, a także o szczególnym charakterze postępowania prowadzącego do wydania *consent decree*. Spośród podmiotów uprawnionych do publicznoprawnego egzekwowania prawa antytrustowego jedynie FTC czyni to w ramach postępowań administracyjnych. Jak wynika z powyższego, w obrębie publicznoprawnego egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego dominuje model sądowy, z pewnym udziałem modelu administracyjnego. Postępowania

administracyjne prowadzone przez FTC mają przy tym charakter kontrydyczny, a funkcje dochodzeniowe i orzekania są w ramach działalności tego podmiotu wyraźnie od siebie oddzielone.

Analiza systemu egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego dokonana w ujęciu dynamicznym prowadzi do wniosku o istnieniu swego rodzaju napięcia pomiędzy jego pierwotnymi założeniami a obranym kierunkami rozwoju. Przypomnieć trzeba, że ustanowienie sankcji cywilnej za naruszenie zakazów wyrażonych w § 1 i 2 ustawy Shermana w postaci potrójnego odszkodowania (*treble damages*) służyło stworzeniu zachęty do wnoszenia przez prywatnych powodów powództw do sądów federalnych. Miało to stanowić odpowiedź na brak możliwości skutecznego egzekwowania prawa antytrustowego w trybie publicznoprawnym, wynikający ze słabości administracji federalnej. Rozwój kolejnych instytucji prawa procesowego i sposobu ich stosowania w obrębie prawa antytrustowego stopniowo prowadzi do osłabienia tego efektu.

Federalne reguły postępowania cywilnego ustanawiają instrumenty procesowe, których zastosowanie przez pozwanego może doprowadzić do korzystnego dlań zakończenia postępowania już w fazie wstępnej i które wykorzystywane są przez pozwanych rutynowo w postępowaniach w sprawach antytrustowych. Pierwszy z nich dotyczy możliwości złożenia wniosku o oddalenie powództwa (*motion to dismiss*), drugi natomiast wniosku o wydanie wyroku skróconego (*summary judgment*).

Specyfika regulacji amerykańskiego postępowania cywilnego wyraża się zatem między innymi w rozbudowanej fazie przedprocesowej postępowania, w ramach której sąd nie tylko weryfikuje spełnienie przesłanek formalnych, lecz także, w ramach rozpoznania wniosku o oddalenie zarzutów (*motion to dismiss*), wstępnie ocenia sprawę merytorycznie. Ustanowienie przez Sąd Najwyższy reguły Twombly, wprowadzającej obowiązek uprawdopodobnienia prawdziwości zarzutów na wstępnym etapie postępowania, miało na celu ograniczenie możliwości wnoszenia powództw opartych na nierzetelnych, nieprawdziwych zarzutach, a zatem w sposób lekkomyślny i nieuzasadniony. Ustanowienie tak wysokiego standardu dowodowego doprowadziło do znacznego pogorszenia sytuacji procesowej powoda, który we wstępnej fazie postępowania nie dysponuje jeszcze odpowiednimi dowodami bezprawnego działania pozwanego.

Czym dla określenia standardu dowodowego dla rozpoznania wniosku o oddalenie zarzutów był wyrok w sprawie Twombly, dla kwestii określenia przesłanek dla wydawania wyroków skróconych (*summary judgments*) było orzeczenie w sprawie Matsushita. Wypracowana w niej reguła orzecznicza wprowadziła dodatkowe wymogi dowodowe dla stron postępowania, dążących do przeciwstawienia się wnioskowi o wydanie wyroku skróconego. W praktyce postępowań z zakresu prawa antytrustowego oznacza to nałożenie dodatkowych wymogów dowodowych na powoda dążącego do pełnego merytorycznego rozpoznania sprawy przez sąd. Stosowanie tej reguły prowadzi do wzmocnienia pozycji procesowej pozwanych, którzy w sprawach antytrustowych rutynowo wnoszą o rozpoznanie sprawy poprzez

wydanie wyroku skróconego. Towarzyszy temu awersja sądów federalnych do ustanawiania w sprawach antytrustowych łań przysięgłych.

Podobna tendencja przejawia się w obrębie sądowej wykładni przepisów regulujących dopuszczalność wnoszenia powództw zbiorowych. Sądy na etapie certyfikacji powództw zbiorowych dokonują zwykle częściowo merytorycznej oceny sprawy, co wiąże się z nałożeniem na powoda dodatkowych obowiązków dowodowych przed możliwością skorzystania przez niego z dobrodziejstwa procedury *discovery*.

Analogiczne skutki wynikają z przyjętych kierunków rozwoju orzecznictwa dotyczącego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej sprawcy naruszenia. Odnosi się to w szczególności do opisanego judykatury dotyczącej koncepcji szkody antytrustowej (*antitrust injury*) oraz zakazu występowania z roszczeniami odszkodowawczymi przez dalszych (pośrednich) nabywców towarów. Przyjęcie koncepcji kwalifikowanej szkody, wynikającej z naruszenia prawa antytrustowego nałożyło na powodów kolejne obowiązki dowodowe. Muszą oni bowiem, poza wykazaniem antykonkurencyjnych skutków praktyki, udowodnić, że ich logicznym następstwem była szkoda w ich działalności gospodarczej lub w mieniu.

Wprowadzenie reguły Illinois Brick, zakazującej dochodzenia odszkodowań przez pośrednich nabywców towarów, trudno uznać za przełom. Przypomnieć trzeba, że stanowisko takie przeważało w orzecznictwie sądów federalnych niemal od samego początku istnienia prawa antytrustowego. Wyrok ten wpisuje się jednak w tendencję do ograniczania zakresu możliwości dochodzenia roszczeń o odszkodowania z tytułu naruszenia prawa antytrustowego. Jednocześnie tzw. zakaz pośrednich odszkodowań oznacza zmniejszenie liczby potencjalnych powodów w sprawach antytrustowych.

Efektom opisanych wyżej zmian orzecznictwa jest powstanie barier w skutecznym dochodzeniu roszczeń z tytułu naruszenia ustawy Shermana, przede wszystkim przez prywatnych powodów. Większe obciążenia dowodowe po stronie powodów, połączone z wzmocnieniem pozycji pozwanego, prowadzą do spadku prawdopodobieństwa uzyskania odszkodowania lub chociażby orzeczenia zakazu stosowania praktyki.

Zwiększenie ryzyka przegranej w sprawie osłabia zatem efekt ustanowienia sankcji w postaci odszkodowania retorsyjnego, a biorąc pod uwagę wysokie koszty postępowania i małe prawdopodobieństwo wygranej – zniechęca powodów do wnoszenia pozwów w sprawach antytrustowych. Biorąc pod uwagę genezę ustanowienia instytucji potrójnego odszkodowania, należałoby się spodziewać, że ograniczaniu możliwości skutecznego prywatnoprawnego egzekwowania prawa antytrustowego towarzyszy wzmocnienie jego wdrażania publicznoprawnego. Dziesiątki lat temu ustały już bowiem przyczyny, które uniemożliwiały wprowadzenie administracyjnoprawnego trybu egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego, polegające na braku struktur administracji federalnej w terenie. Wzrost znaczenia publicznoprawnego egzekwowania prawa antytrustowego

jednak nie nastąpił. W rezultacie uzasadnione wydaje się stanowisko o kryzysie egzekwowania amerykańskiego prawa antytrustowego.

Tendencja ta wzmocniana jest przez kierunki rozwoju orzecznictwa dotyczącego materialnych aspektów stosowania prawa antytrustowego, a w szczególności przez opisany wcześniej trend polegający na wzroście znaczenia reguły rozsądku jako standardu oceny dopuszczalności porozumień ograniczających konkurencję, a tym samym zmniejszeniu katalogu porozumień zakazanych *per se*. Biorąc pod uwagę obowiązujące reguły proceduralne, powodowie w sprawach o naruszenie zakazu porozumień ocenianych w ramach reguły rozsądku stoją na bardzo trudnej pozycji. Nie są oni bowiem z reguły w stanie sprostać daleko idącym wymogom dowodowym. Potwierdzenie takiego stanu rzeczy znaleźć można w orzecznictwie sądów federalnych nie tylko w zakresie stosowania reguły rozsądku względem pionowych porozumień cenowych, lecz także pozostałych ograniczeń wertykalnych. Sytuację tę trafnie opisał T. Voorhees, który zwrócił uwagę, że po wydaniu przez Sąd Najwyższy wyroku w sprawie Khan, sprawy dotyczące dopuszczalności ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów przestały pojawiać się na wokandach sądów federalnych. Podobnie, po wydaniu orzeczenia w sprawie GTE Sylvania,

Pozwani odnieśli niemal nieprzerwany ciąg zwycięstw w sprawach dotyczących ograniczeń terytorialnych, w istocie wszystkie na etapie rozpatrywania wniosku o oddalenie zarzutów lub o wydanie wyroku skróconego. W rezultacie cała, dotychczas bogata, kategoria spraw antytrustowych *de facto* zniknęła²¹⁶.

Podobnie *Antitrust Law Development* – kompendium wiedzy o prawie antytrustowym wydawane przez Sekcję Prawa Antytrustowego *American Bar Association*, w wydaniu z 2012 r. wskazuje że

większość wyroków wydanych po orzeczeniu w sprawie Sylvania, podtrzymywało ograniczenia terytorialne i dotyczące nabywców oceniane w oparciu o regułę rozsądku, nawet jeżeli były one nakładane przez producenta o dominującej pozycji rynkowej. W niewielu sprawach sądy uznawały terytorialne i podmiotowe ograniczenia za nierozsądne, choć żaden sąd nie uczynił tak w ciągu ostatnich 25 lat²¹⁷.

216 T. Voorhees, Jr., *Reasoning Through the Rule of Reason for RPM*, „Antitrust”, Fall 2012, vol. 28, s. 58–63, przyp. 21.

217 *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments*, ed. 7, Chicago 2012, s. 159.

Rozdział 9

Właściwe porównanie

9.1. Wprowadzenie

Celem właściwego porównania, stanowiącego jeden z etapów procesu komparatystycznego stworzonego przez Zweigerta i Kötz¹, jest identyfikacja podobieństw i różnic występujących w obszarze badanych rozwiązań prawnych na gruncie porównywanych systemów prawa. Zgodnie z założeniami metody funkcjonalno-kontekstowej, przedmiotem właściwego porównania jest zastosowanie określonego porządku prawnego do pewnej „naturalnej” lub „życiowej” sytuacji, którą reguluje prawo bądź, innymi słowy – problemu (zagadnienia) prawnego, względem którego dany system prawny przewiduje określone rozwiązanie.

Właściwe porównanie poprowadzone zostało na podstawie schematu przedstawionego we wprowadzeniu do książki, a zaproponowanego przez R. Michaelsa²: a $\alpha_1 \beta_1$, a $\alpha_2 \beta_2$, w którym:

- „a” oznacza określony problem prawny (zagadnienie prawne),
- „ α_1 ” – europejskie reguły konkurencji,
- „ α_2 ” – amerykańskie prawo antytrustowe,
- „ β_1 ” – odpowiedź europejskiego systemu prawnego na dany problem prawny,
- „ β_2 ” – odpowiedź amerykańskiego systemu prawnego na dany problem prawny.

Porównanie przeprowadzone zostało odrębnie dla kilku typów praktyk objętych badaniem, odpowiadających czynnikowi „a” w określonym powyżej schemacie. Praktyki te stanowią warianty porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów albo praktyki o podobnym charakterze lub skutku rynkowym. Założenia metodologiczne, zgodnie z którymi porównaniem objęte mają być odpowiedzi badanych systemów prawa na określone „sytuacje życiowe”, implikują konieczność odniesienia się do badanych praktyk w ujęciu abstrakcyjnym. W związku z tym przedmiotem właściwego porównania są rozwiązania prawne odnoszące się do

1 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, ed. 3, Oxford 1998, s. 34.

2 R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, [w:] M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, s. 356.

praktyk wyodrębnionych z wykorzystaniem uniwersalnych i ogólnych kryteriów definicyjnych wspólnych, co do zasady, dla różnych systemów prawa konkurencji. Nie oznacza to jednak, że nie zaznaczono różnic w obrębie zakresów przedmiotowych dla danych typów badanych praktyk na gruncie reguł konkurencji UE i amerykańskiego prawa antytrustowego. Różnice te określają bowiem sposób stosowania rozwiązań prawnych tych systemów prawa względem poszczególnych rodzajów praktyk objętych badaniem.

Ze względów prezentacyjnych porozumienia polegające na ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów omówione zostały łącznie. Oba badane systemy prawa konkurencji, podobnie zresztą jak i inne, nieobjęte badaniem, stosują wobec tych dwu rodzajów porozumień te same rozwiązania prawne. Analogia ta nie budzi zastrzeżeń, albowiem ustalenie ceny sztywnej jest tożsame w skutkach z ustaleniem ceny minimalnej, a zatem przyjęcia poziomu ceny, poniżej którego nabywca nie może towaru odsprzedawać. W dalszej kolejności przedmiotem właściwego porównania będą następujące typy pionowych porozumień cenowych lub praktyk o zbliżonym do nich charakterze:

1. Porozumienie o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży;
2. Porozumienie o udzielaniu rekomendacji cenowych;
3. Ustalenie cen odsprzedaży (minimalnych, sztywnych lub maksymalnych) w ramach umów agencyjnych;
4. Ustalenie cen odsprzedaży towarów w ramach porozumienia typu *hub & spoke*;
5. Porozumienie o nadaniu klauzuli najwyższego uprzywilejowania (klauzule MFN).

Dla każdej z tak ustalonych kategorii „sytuacji życiowych” określone zostały ogólnie jej kryteria definicyjne. Następnie przedstawione i porównane zostały rozwiązania prawne stosowane w odniesieniu do danego typu porozumienia na gruncie obu badanych systemów prawnych poprzedzone określeniem zakresu danej praktyki dla każdego z tych systemów. *Tertium comparationis* stanowi funkcja danego rozwiązania prawnego obecnego na gruncie danego badanego systemu prawnego. Tym samym uwaga zogniskowana jest na rzeczywistych (a nie postulowanych) rezultatach stosowania porównywanych rozwiązań prawnych, bez względu na ich kontekst doktrynalny, koncepcyjny czy historyczny. Etap właściwego porównania nie obejmuje także ocen analizowanych rozwiązań prawnych i ich wartościowania.

Pełna realizacja założeń metody funkcjonalno-kontekstowej wymaga usytuowania porównywanych zagadnień w kontekście proceduralnym i ustrojowym (instytucjonalnym). Jedynie wówczas możliwe jest postulowane przez E. Rabla wyjście poza fasadę języka i zbadanie prawdziwych, a nie zakładanych przez ustawodawcę lub przyjętych w retoryce, podmiotów stosujących prawo, rezultatów stosowania norm prawnych. W związku z tym właściwe porównanie wykraczać będzie poza kontekst materialnoprawny, obejmując także proceduralne i ustrojowe uwarunkowania stosowania badanych systemów prawa względem analizowanych praktyk rynkowych.

9.2. Problemy (zagadnienia) prawne objęte badaniem

9.2.1. Ujęcie abstrakcyjne – ustalenie „sytuacji życiowych”

Pierwszym typem porozumienia objętym badaniem jest **porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów**. Pojęcie to odnosi się do uzgodnienia, w jakiejkolwiek formie, dokonanego w układzie pomiędzy niezależnymi od siebie podmiotami gospodarczymi, działającymi na różnych szczeblach obrotu tym samym towarem (w tym także usługą), którego przedmiotem jest ustalenie, w sposób bezpośredni lub pośredni, ceny jego odsprzedaży na poziomie sztywnym lub minimalnym. Tak rozumiana praktyka ma charakter wielostronny, co oznacza, że poza jej zakresem znajdują się przejawy jednostronnego ustalania takich cen.

Pojęcie „**porozumienie o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów**” zdefiniowane zostało w taki sam sposób, z tym zastrzeżeniem, że jego przedmiotem jest ustalenie, w sposób bezpośredni lub pośredni, maksymalnego poziomu ceny odsprzedaży. Nabywca zachowuje przy tym swobodę w jej obniżaniu.

W ujęciu syntetycznym **rekomendowanie cen odsprzedaży towarów** odnosi się do praktyki rynkowej dostawcy, w ramach której określa on niewiążące propozycje cen, po których nabywca miałby odsprzedawać dostarczony towar. Rekomendowanie cen odsprzedaży nie jest połączone z zachętami do ich stosowania, ani z groźbami represji lub represjami nakładanymi w razie ich niestosowania. W przeciwnym wypadku praktyka taka nosi znamiona porozumienia o ustaleniu sztywnych cen odsprzedaży towarów.

Rekomendowanie cen odsprzedaży towarów może nosić cechy praktyki jednostronnej, w ramach której dostawca jednostronnie określa propozycje takich cen. Może także wynikać z porozumienia wertykalnego pomiędzy dostawcą a nabywcą, będącymi niezależnymi od siebie podmiotami, na mocy którego strony uzgadniają, że dostawca będzie sugerował nabywcy ceny odsprzedaży towarów.

Ustalanie cen odsprzedaży towarów w ramach umów agencyjnych odnosi się do wszelkiego rodzaju uzgodnień dotyczących cen odsprzedaży towarów (tak maksymalnych, jak i minimalnych lub sztywnych) zawartych w układzie pomiędzy dostawcą a dystrybutorem, pełniącym funkcję agenta, rozumianego jako podmiot pomocniczy wobec działalności pryncypała, podlegający jego instrukcjom i z punktu widzenia funkcjonalnego stanowiący integralną część jego przedsiębiorstwa.

Porozumienia typu *hub & spoke* nie posiadają definicji legalnej tak w prawie amerykańskim, jak i na gruncie europejskich reguł konkurencji. W ujęciu doktrynalnym dotyczą one wiązki porozumień horyzontalnych i wertykalnych zawartych w układzie pomiędzy pojedynczym dostawcą i konkurującymi ze sobą dystrybutorami lub w układzie odwrotnym – pomiędzy pojedynczym dystrybutorem

i konkurującymi ze sobą dostawcami. Układ ten przypomina koło ze szprychami, w którego środku znajduje się pojedynczy dystrybutor lub dostawca odgrywający rolę „piasty” koła. Podmiot ten zawiera porozumienia wertykalne, odpowiednio z dystrybutorami lub dostawcami towarów odgrywającymi rolę „szprych” koła. Porozumienia te powstają z reguły z inicjatywy „szprych”, które pozostają w zmo- wie, symbolizowanej przez „obręcz” koła. Zwykle to podmiot pełniący funkcję piasty służy jako jednostka przekazująca ważne informacje rynkowe pomiędzy szprychami (np. o zamiarze podwyższenia cen odsprzedaży) i w ten sposób umożliw- liwia zawarcie pomiędzy nimi porozumienia horyzontalnego.

Pojęcie „**klauzule najwyższego uprzywilejowania**” (klauzule MFN) obejmuje wszelkiego rodzaju uzgodnienia pomiędzy dostawcą i dystrybutorem, w wyniku których ten ostatni uzyskuje gwarancję, że cena, po której nabywa on towar, jest co najmniej tak samo niska, jak ta oferowana innym dystrybutorom³. Porozumie- nia tego rodzaju mogą przybrać postać klauzuli wąskiej, na mocy której dostawca zobowiązuje się nie oferować na własnej stronie internetowej towarów lub usług po cenie niższej aniżeli zaferowana dystrybutorowi. Z kolei na mocy szerokiej klauzuli, dostawca zobowiązuje się sprzedawać dystrybutorowi towary lub usługi po cenie nie wyższej aniżeli ta, która oferowana jest przez niego w innych kanałach dystrybucji, tj. za pośrednictwem własnych witryn i innych platform interneto- wych. Klauzule typu MFN stanowią pionowe porozumienia cenowe, zawierane są bowiem w układzie pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach obrotu tym samym towarem, a ich przedmiotem jest ustalenie cen. Nie mieszczą się one jednak w zakresie pojęcia ustalania cen odsprzedaży towarów, albowiem nie dotyczą cen zakupionego towaru (usługi), a ceny, po której dostawca oferować ma towar innym dystrybutorom.

9.2.2. Porozumienia objęte porównaniem w rozumieniu reguł konkurencji UE

Porozumienia: o ustaleniu minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży towarów, maksymalnej ceny odsprzedaży towarów, w sprawie rekomendacji cenowych, ustalenia cen odsprzedaży zawierane w ramach porozumień typu *hub & spoke* oraz klauzule typu MFN cechują wspólne kryteria definicyjne wynikające z treści art. 101 ust. 1 TFUE. Różnią się one, rzecz jasna, przedmiotem uzgodnień pomię- dzy przedsiębiorstwami. Do wymienionych powyżej kategorii zachowań zaliczyć należy wszelkie praktyki rynkowe, które:

- 1) stanowią przejaw zgodności woli (*concurrence of wills*) stron, a zatem odpow- iadają pojęciu: porozumienia, praktyki uzgodnionej lub decyzji związków przedsiębiorstw,
- 2) wpływają na handel między państwami członkowskimi UE,

³ Por. noty prasowe Komisji: z 4 marca 2011 r., nr IP/11/257 i z 10 czerwca 2005 r., nr IP/05/710.

- 3) zawarte są w układzie pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach obrotu tym samym towarem, i które
- 4) mają za swój przedmiot:
 - a) ustalenie ceny odsprzedaży towarów na poziomie sztywnym lub minimalnym (porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów),
 - b) ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży towarów (porozumienia o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów),
 - c) udzielanie niewiążących rekomendacji cenowych (porozumienia o rekomendacjach cenowych),
 - d) ustalenie cen odsprzedaży towarów (minimalnej, sztywnej lub maksymalnej) w ramach porozumienia typu *hub & spoke* (porozumienia o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów w ramach porozumienia typu *hub & spoke*),
 - e) zobowiązanie dostawcy do zaoferowania najlepszej możliwej ceny dystrybutorowi (klauzule typu MFN).

Jak wykazano w rozdziale 1, utrwalone orzecznictwo sądowe nie pozostawia wątpliwości, że europejska koncepcja porozumienia ma szeroki zakres, obejmując wszelkie rodzaje koordynacji zachowań co najmniej dwóch przedsiębiorstw. Jak wynika z wyroków TSUE, między innymi w sprawach Komisja v. Anic⁴ oraz Bayer v. Komisja⁵, forma tej koordynacji ma znaczenie wtórne. Kryterium decydującym o istnieniu pomiędzy stronami porozumienia *sensu largo* jest zgodność ich woli odnośnie do podjęcia skoordynowanych zachowań rynkowych. Jak dowodzi orzecznictwo sądowe i praktyka Komisji porozumienie może zostać zawarte wprost lub w sposób dorozumiany, np. poprzez milczące zaakceptowanie propozycji uzgodnienia złożonej przez drugą stronę (*tacit collusion*) lub w następstwie wymiany strategicznych informacji rynkowych pomiędzy przedsiębiorstwami⁶. Zachowania te klasyfikowane są wówczas zwykle jako praktyki uzgodnione. Do ustalenia minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży towarów może także dojść w następstwie wydania przez związek przedsiębiorstw decyzji lub innego aktu⁷.

W dalszej części rozdziału, ze względów prezentacyjnych, termin „porozumienie” odnosić się będzie zbiorczo także do innych typów praktyk rynkowych

4 Wyrok w sprawie C-49/92 P, Komisja v. Anic Partecipazioni, EU:C:1999:356, pkt 131.

5 Wyrok w sprawie T-41/96, Bayer AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:242, pkt 68; zob. także wyroki w sprawach T-208/01, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:326, pkt 31, T-18/05, IMI i in. v. Komisja, EU:T:2010:202, pkt 88 oraz T-216/13, Telefónica, SA v. Komisja, ECLI:EU:T:2016:369, pkt 98.

6 Por. m.in.: wyrok w sprawie T-41/96, Bayer v. Komisja (Adalat), ECLI:EU:T:2000:242 oraz Komunikat Komisji – *Wytoczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*, Dz. Urz. C, nr 11, z 2011 r., s. 1, pkt 61.

7 Por. m.in.: decyzja Komisji z 3 czerwca 1975 r. w sprawie IV/712 – „piece i grzejniki”, Dz. Urz. L, nr 159, z 1975 r., s. 22.

objętych zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, tj. do praktyk uzgodnionych i decyzji związków przedsiębiorstw, chyba że co innego wynika z kontekstu wypowiedzi.

Z punktu widzenia określenia granic pojęcia porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarów znaczenie kluczowe ma rozróżnienie pomiędzy jednostronnym ich narzuceniem a ustaleniem cen odsprzedaży wynikającym z praktyki wielostronnej. Kryteria rozgraniczenia pomiędzy tymi rodzajami praktyk nie zostały określone w sposób wyraźny ani wyczerpujący. Jak wynika z reguły Adalat⁸, porozumienie o ustaleniu ceny odsprzedaży może zostać zawarte poprzez wyraźne lub dorozumiane zaakceptowanie przez dystrybutora polityki rynkowej producenta opartej na RPM. Zatem jednostronne określenie przez producenta cen odsprzedaży, a następnie świadome przystąpienie dystrybutora do takiej sieci dystrybucyjnej zwykle będzie równoznaczne z istnieniem pomiędzy nimi porozumienia, w szczególności jeżeli dystrybutor nie zgłaszał zastrzeżeń odnośnie do faktu ustalenia cen odsprzedaży, ich stosowanie nie jest wbrew interesom dystrybutora, a producent wdrożył określone środki monitorowania stosowania się dystrybutora do ustaleń. Podobnie należy ocenić sytuację, w której polityka ustalania cen odsprzedaży towarów wdrożona została w odniesieniu do dotychczasowego dystrybutora, a wskazane wyżej okoliczności wskazują na zaakceptowanie jej przez dystrybutora⁹. Z kolei narzucenie przez producenta cen odsprzedaży towarów wbrew woli dystrybutora, wbrew jego interesom lub wbrew wyraźnemu jego sprzeciwowi, będzie zwykle klasyfikowane jako praktyka jednostronna. Taka praktyka rynkowa mogłaby co najwyżej zostać zaklasyfikowana jako zakazane przez art. 102 TFUE nadużycie pozycji dominującej poprzez narzucanie nieuczciwych cen, choć, jak do tej pory, historia stosowania europejskich reguł konkurencji nie zna takiego przypadku. Porozumieniem o ustaleniu cen odsprzedaży towarów nie będzie także przyjęcie jednostronnie przez producenta polityki opartej na cenach odsprzedaży towarów i niepoinformowanie o niej dystrybutora w sposób wyraźny.

Zakresem art. 101 ust. 1 TFUE objęte są wyłącznie takie porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, które wpływają na handel między państwami członkowskimi UE. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym, porozumienia o ustalaniu cen odsprzedaży wpływają na handel między państwami członkowskimi zarówno gdy towarzyszą zakazowi eksportu, jak i, co do zasady, gdy mają charakter autonomiczny oraz gdy stanowią element systemów dystrybucji o ogólnokrajowym zasięgu stosowania¹⁰. Przy tym kryterium wpływu porozumie-

8 Wyrok w sprawie T-41/96, Bayer v. Komisja (Adalat), ECLI:EU:T:2000:242 oraz wyrok w połączonych sprawach C-2/01 P i C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV i Komisja v Bayer AG, ECLI:EU:C:2004:2.

9 Por. także wyroki w sprawach: T-67/01, JCB Service v. Komisja, ECLI:EU:T:2004:3, T-368/00, General Motors Nederland BV i Opel Nederland BV v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:275 oraz w sprawie T-208/01, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:326.

10 Wyrok w sprawie 123/83, Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Guy Clair, ECLI:EU:C:1985:33, wyrok w sprawie 27/87, Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183.

nia na handel między państwami członkowskimi UE spełnione jest wyłącznie, gdy wpływ ten jest istotny, co zwykle nie zachodzi w przypadku porozumień zawieranych przez przedsiębiorstwa, których łączny udział w rynku, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5%, a łączny roczny obrót dostawcy na terytorium Unii, ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem, nie przekracza 40 mln euro. Wpływ porozumienia na handel między państwami członkowskimi podlega ocenie *ad casum*, co przekłada się na brak możliwości sformułowania uniwersalnie stosowanych kryteriów delimitacji pomiędzy ustalaniem cen odsprzedaży towarów wpływającym na handel między państwami członkowskimi i nie spełniającym tego kryterium.

Pamiętać należy, że porozumienie musi być zawarte pomiędzy przedsiębiorstwami w rozumieniu europejskich reguł konkurencji, a zatem podmiotami, które wykonują działalność gospodarczą, tj. działalność polegającą na oferowaniu towarów i usług na rynku¹¹. Z utrwalonej w orzecznictwie TSUE doktryny pojedynczej jednostki gospodarczej (*single economic unit*) wynika, że ustalenie cen w układzie pomiędzy spółką dominującą a jej spółką zależną nie stanowi porozumienia w znaczeniu ustalonym na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE¹².

Podobnie nie stanowi porozumienia zobowiązanie dotyczące cen odsprzedaży w układzie pomiędzy dostawcą a agentem¹³. Utrwalone orzecznictwo TSUE, które Komisja Europejska zrekapitułowała w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. nakazuje, by za kryterium decydujące o klasyfikacji umowy jako agencyjnej uznać brak obarczenia dystrybutora ryzykiem gospodarczym i finansowym, związanego z prowadzeniem danej działalności¹⁴. Zatem, zgodnie z treścią *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., ustalenie cen odsprzedaży towarów w ramach umowy agencyjnej odnosi się do wszelkich uzgodnień mających taki przedmiot, o ile stanowią one element umowy pomiędzy agentem i dającym zlecenie, na mocy których ten ostatni udziela pierwszemu pełnomocnictwa do zawierania umów na rzecz dającego zlecenie, we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie. Jednocześnie całość ryzyka związana z wykonaniem tej umowy (ewentualnie z wyłączeniem nieznaczącej jego części) spoczywa na pryncypa-

11 Wyroki w sprawach: 118/85 Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1987:283, pkt 7, C-35/96, Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1998:303, pkt 36, w połączonych sprawach: C-180-184/98, Pavel Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428 oraz C-218/00 *Cisal di Battistelo Venziano*, ECLI:EU:C:2002:36, pkt 22 i 23, C-475/99, *Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz i in.*, ECLI:EU:C:2001:577, pkt 19.

12 Wyrok w sprawie T-11/89 *Shell v. Komisja*, ECLI:EU:T:1992:33, pkt 312.

13 Por. m.in. wyroki w sprawach: połączonych 56 i 58/64 *Consten i Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) v. Compañía Española de Petróleos SA*, ECLI:EU:C:2006:784, pkt 38, 41 i 44–46, C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL*, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 40 i 41 oraz *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., Dz. Urz. C, nr 130, z 2010 r., s. 1, pkt 12–18.

14 Wyroki w sprawach: C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) v. Compañía Española de Petróleos SA*, ECLI:EU:C:2006:784, pkt 38, 41 i 44–46, C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL*, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 40.

le. Zgodnie z terminologią stosowaną przez Komisję w cytowanych *Wytycznych*, przyjęcie innego rozkładu ryzyka pomiędzy stronami umowy dyskwalifikuje umowę jako agencyjną.

Pierwsza z objętych właściwym porównaniem kategorii porozumień zawiera uzgodnienia, których przedmiotem jest ustalenie sztywnej (dokładnej) ceny, po której dystrybutor prowadzić ma sprzedaż towarów nabytych od dostawcy lub minimalnego pułapu takiej ceny przy zachowaniu swobody dystrybutora w zakresie jej podwyższania powyżej tego pułapu. Przy tym przez towary należy rozumieć także usługi. Ustalenie cen odsprzedaży może być dokonane bezpośrednio lub w sposób pośredni. W tym drugim przypadku może do niego dojść m.in. w następnym: ustalenia minimalnego lub sztywnego poziomu marży pobieranej przez dystrybutora od nabywców¹⁵, ustalenia maksymalnego poziomu rabatów¹⁶, wprowadzenia zakazu formułowania ofert promocyjnych, rabatów, wyprzedaży¹⁷, uzależniania dostaw od stosowania ustalonych cen odsprzedaży¹⁸, a także

uzależnianie przyznania rabatu lub zwrotu kosztów promocji przez dostawcę od przestrzegania danego poziomu cen, wiązanie wymaganej ceny odsprzedaży z cenami odsprzedaży konkurentów, pogrożki, zastraszanie, ostrzeżenia, kary, opóźnianie lub zawieszenie dostaw, lub rozwiązanie umów w związku z przestrzeganiem danego poziomu cen¹⁹.

Przedmiotem porozumienia o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów jest z kolei bezpośrednio lub pośrednio wyznaczenie pułapu cenowego, powyżej którego dystrybutor nie może prowadzić sprzedaży. Ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży może przybrać postać porozumienia o sztywnej lub minimalnej cenie odsprzedaży, jeżeli towarzyszą mu inne środki skłaniające dystrybutora pośrednio do stosowania ceny określonej w sposób wyraźny lub do nieobniżania ceny poniżej określonego pułapu²⁰.

Porozumienie o rekomendowaniu cen odsprzedaży towarów dotyczy z kolei uzgodnienia, na mocy którego dostawca udziela nabywcy zaleceń odnośnie do stosowania cen odsprzedaży towarów. Ustalenia takie mogą jednak przybrać postać porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów jeżeli ich wprowadzenie powiązane jest z naciskami którejkolwiek

15 Decyzja Komisji z 2 grudnia 1977 r. w sprawie IV/147 Rijwielhandel, Dz. Urz. L 20, z 1978 r., s. 18.

16 Decyzja Komisji z 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO – Yamaha, niepublikowana.

17 Decyzja Komisji z 5 lipca 2000 r. w sprawie COMP.F.1/36.516 – Nathan/Bricolux, Dz. Urz. L, nr 54, z 2001 r., s. 1.

18 Decyzja Komisji z 11 grudnia 1980 r. w sprawie IV/26.912 – Hennessy-Henkel, Dz. Urz. L, nr 383, z 1980 r., s. 11, pkt 20; podobnie decyzja Komisji z 2 grudnia 1981 r. w sprawie IV/25.757 – Hasselblad, Dz. Urz. L, nr 161, z 1982, s. 18, pkt 66.

19 *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., pkt 48; por. także decyzję Komisji z 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 – Mercedes Benz, Dz. Urz. L, nr 257, z 2002 r., s. 1.

20 *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., pkt 48.

ze stron na ich stosowanie lub zachętami do ich wprowadzenia²¹. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa TSUE, kryterium rozgraniczenia pomiędzy rekomendacjami cenowymi a ustaleniem cen odsprzedaży towarów stanowi swoboda decyzyjna, którą dysponuje dystrybutor przy ustaleniu ceny, po której sprzedaje towary²².

Na gruncie reguł konkurencji UE, praktyka rekomendowania cen odsprzedaży, co do zasady, uznawana jest za praktykę wielostronną, również gdy nie jest połączona z dodatkowymi środkami stanowiącymi zachętę do ich stosowania lub represję w razie ich niestosowania. Choć można wyobrazić sobie sytuację, w której zalecenie cenowe zaklasyfikowane zostałyby na gruncie europejskich reguł konkurencji jako praktyka jednostronna, ani orzecznictwo sądowe, ani praktyka Komisji nie zawiera takich przykładów.

Porozumienia typu *hub & spoke* nie mają definicji legalnej na gruncie europejskich reguł konkurencji. Ustalenie cen odsprzedaży dokonane w jego ramach odnosi się zatem do porozumienia wertykalnego stanowiącego element kompleksowego porozumienia typu *hub & spoke* w znaczeniu opisanym w podrozdziale 2.1 powyżej i jednocześnie spełniającego kryteria definicyjne dla porozumienia ograniczającego konkurencję, w rozumieniu europejskich reguł konkurencji.

Podobnie nie posiada definicji legalnej pojęcie „klauzule najwyższego uprzywilejowania”. W związku z tym na potrzeby prawa unijnego należy definiować je z uwzględnieniem ogólnych kryteriów definicyjnych dla takich porozumień, przedstawionych w podrozdziale 2.1 powyżej oraz omówionych powyżej elementów wyznaczających zakres przedmiotowy stosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

9.2.3. Porozumienia objęte porównaniem w rozumieniu amerykańskiego prawa antytrustowego

Porozumienia: o ustaleniu minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży towarów, maksymalnej ceny odsprzedaży towarów, w sprawie rekomendacji cenowych, ustalenia cen odsprzedaży zawierane w ramach porozumień typu *hub & spoke* oraz klauzule typu MFN charakteryzowane są przez wspólne kryteria definicyjne wynikające z treści § 1 ustawy Shermana. Różnice pomiędzy tak wyodrębnionymi typami praktyk wynikają z odmiennego przedmiotu ustaleń lub dodatkowych okoliczności, które im towarzyszą. Do wymienionych powyżej kategorii zachowań zaliczyć należy wszelkie praktyki rynkowe, które:

21 Por. wyroki w sprawach: C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 41, C-217/05; Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) v. Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784, C-280/07; Pedro IV Servicios SL v. Total España SA, ECLI:EU:C:2009:215 oraz *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., pkt 226.

22 Wyrok w sprawie C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 70.

- 1) stanowią umowę, związek w postaci trustu lub innej albo znowę;
- 2) zawarte zostały w układzie pomiędzy podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu tym samym towarem i polegają na:
 - a) ustaleniu ceny odsprzedaży towarów na poziomie sztywnym lub minimalnym (porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów),
 - b) ustaleniu maksymalnej ceny odsprzedaży towarów (porozumienia o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów),
 - c) udzielaniu niewiążących rekomendacji cenowych (porozumienia o rekomendacjach cenowych),
 - d) ustaleniu cen odsprzedaży towarów (minimalnej, sztywnej lub maksymalnej) w ramach porozumienia typu *hub & spoke* (porozumienia o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów w ramach porozumienia typu *hub & spoke*),
 - e) zobowiązaniu dostawcy do zaoferowania najlepszej możliwej ceny dystrybutorowi (klauzule typu MFN);
- 3) stanowią ograniczenie handlu lub wymiany towarowej pomiędzy poszczególnymi stanami lub z państwami obcymi.

Podobnie jak na gruncie europejskich reguł konkurencji forma praktyki rynkowej nie ma znaczenia dla objęcia jej zakazem antykonkurencyjnych praktyk wielostronnych. Przepis § 1 ustawy Shermana odnosi się wprawdzie do trzech rodzajów takich praktyk, jednak orzecznictwo nie różnicuje pomiędzy nimi²³. Stosowane w orzecznictwie zagregowane pojęcie „porozumienia” obejmuje w istocie wszelkie formy uzgodnień pomiędzy co najmniej dwoma niezależnymi podmiotami. Podobnie jak na gruncie wykładni art. 101 ust. 1 TFUE, zakres § 1 ustawy Shermana obejmuje nie tylko umowy²⁴, ale także między innymi: nieformalne uzgodnienia²⁵, milczącą (choć świadomą) koordynację zachowań rynkowych²⁶. Poza zakresem § 1 znajdują się praktyki jednostronne. Kryteria rozróżnienia pomiędzy praktykami jedno- a wielostronnymi w odniesieniu do ustalania cen odsprzedaży towarów są jednak, jak wynika z analizy orzecznictwa amerykańskich sądów federalnych, rozumiane odmiennie, aniżeli na gruncie reguł konkurencji UE.

23 Por. m.in.: wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States et al. v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015) oraz wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Bell Atlantic Corporation et al. v. William Twombly et al.*, 550 U.S. 544 (2007).

24 Por. np. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons* 220 U.S. 373 (1911) oraz *United States v. Trenton Potteries Co.* 273 U.S. 392 (1927).

25 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie: *United States v. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

26 Por. np. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), w którym na s. 764 sąd wskazał, że obowiązkiem powoda jest przeprowadzenie „bezpośredniego lub pośredniego dowodu, który w sposób racjonalny zmierza do wykazania, że powód [...] świadomie zobowiązał się do stosowania wspólnego planu opracowanego w celu osiągnięcia bezprawnego celu”.

Zgodnie bowiem z doktryną Colgate ogłoszenie przez dostawcę cen odsprzedaży, z zastrzeżeniem, że w przypadku braku ich przestrzegania zaprzestanie on współpracy z dystrybutorem, a następnie przystąpienie przez niego do – lub pozostawanie w ramach sieci dystrybucyjnej, stanowi praktykę jednostronną, która nie jest naruszeniem § 1 ustawy Shermana²⁷. Doktryna Colgate ustanawia zatem kryteria rozróżnienia pomiędzy praktykami jednostronnymi a wielostronnymi w obrębie ustalania cen odsprzedaży, jak i pomiędzy porozumieniami typu RPM a udzielaniem rekomendacji cenowych. Podobnie, jak w przypadku europejskich reguł konkurencji, amerykańskie orzecznictwo sądowe za kryterium delimitacji pomiędzy jednostronnym rekomendowaniem cen odsprzedaży towarów a ich ustaleniem pomiędzy stronami porozumienia uznało zastosowanie przez dystrybutora środków nakłaniających dystrybutora do ich stosowania²⁸. Inaczej jednak, niż na gruncie prawa europejskiego, odmowa sprzedaży towarów nabywcy, który nie stosuje się do ogłoszonej wcześniej polityki sprzedaży, lub zapowiedź takiej odmowy, nie jest klasyfikowana jako środek nacisku na dystrybutora. Praktyka tego rodzaju klasyfikowana byłaby jako naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE, jednak już nie jako naruszenie § 1 ustawy Shermana.

Analogicznie, jak dzieje się w odniesieniu do europejskich reguł konkurencji, poza zakresem zakazu porozumień znajduje się ustalanie cen odsprzedaży towarów w układzie pomiędzy podmiotami, których relacje cechuje wysoki stopień wzajemnej zależności. Dotyczy to zarówno uzgodnień dokonywanych w obrębie grupy kapitałowej²⁹, choć z wyłączeniem sytuacji, w której koncentracji dokonano niezgodnie z prawem³⁰, jak i pomiędzy przedsiębiorstwem a podmiotem działającym jako jego „prawdziwy” (*genuine*) agent³¹.

27 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

28 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Parke Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960), s. 43.

29 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984); por. także wyroki: Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *Tunis Bros. Co., Inc. v. Ford Motor Co.*, 763 F.2d 1482 (3d Cir. 1985); Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Oregon w sprawie *Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 677 F. Supp. 1477 (D. Or. 1987), na s. 1486; Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Kolumbii w sprawie *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.*, 629 F. Supp. 1089 (D.D.C. 1986); Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie *General Business Systems v. North American Philips Corp.*, 699 F.2d 965 (9th Cir. 1983); Sądu Dystryktowego dla Zachodniego Dystryktu Virginii w sprawie *Ray Dobbins Lincoln-Mercury, Inc.*, 604 F. Supp. 203 (W.D. Va. 1984).

30 Por. wyrok Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Utah w sprawie *Rio Vista Oil Co. v. Southland Corp.*, 667 F. Supp. 757 (D. Utah 1987).

31 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach *United States v. General Electric Co. et al.* 272 U.S. 476 (1926) oraz w sprawie *Simpson v. Union Oil of California Co.*, 377 U.S. 13 (1964), a także wyrok Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu w sprawie *Pink Supply Corp. v. Hiebert, Inc.*, 788 F.2d 1313 (8th Cir. 1986).

Zakresem zakazu porozumień wyrażonego w § 1 ustawy Shermana objęte są wyłącznie takie porozumienia, które pozostają w związku z prowadzoną przez jego strony działalnością gospodarczą – tj. działalnością polegającą na handlu lub wymianie towarowej. Ponadto handel lub wymiana handlowa, na które oddziałuje porozumienie, musi mieć wymiar międzystanowy lub międzynarodowy. Treść tego warunku i sposób jego stosowania są analogiczne do tych, które odnoszą się do wymogu wpływu porozumienia na handel między państwami członkowskimi jako przesłanki stosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Dotyczy on bowiem oddziaływania na wymianę handlową pomiędzy co najmniej dwoma stanami, w sposób tak pośredni, jak i bezpośredni, a do tego w stopniu istotnym³². W odróżnieniu od swojego europejskiego odpowiednika warunek ten wykładany jest niejednolicie. Część sądów uznaje bowiem, że odnosi się on do wpływu porozumienia na tak rozumiany handel. Większość natomiast odnosi ten wpływ do działalności prowadzonej przez stronę porozumienia³³.

Wpływ porozumienia na handel międzynarodowy odnosi się z kolei do ograniczenia handlu lub wymiany towarowej z państwami obcymi. Dotyczy to porozumień stosowanych w związku z działalnością importową do USA, o ile wywiera skutek w postaci naruszenia amerykańskiej wymiany handlowej z zagranicą lub podjęte zostało w takim zamiarze³⁴. W przypadku porozumienia związanego z innym rodzajem działalności, § 1 może być stosowany, jeżeli wywiera ono skutki na amerykański rynek wewnętrzny lub na rynek importu towarów do Stanów Zjednoczonych lub na rynek eksportu towarów ze Stanów Zjednoczonych, pod warunkiem, że wyrządza to szkodę przedsiębiorstwu eksportującemu z siedzibą na terytorium USA³⁵. Oznacza to, z jednej strony, że zakres stosowania § 1 ustawy Shermana jest, przynajmniej *prima facie*, szerszy aniżeli art. 101 ust. 1 TFUE. Obejmuje on bowiem potencjalnie praktyki, które oddziałują na zagraniczną wymianę handlową, a nie wpływają na handel międzystanowy. Natomiast porozumienia, które dotyczą handlu w obrębie jednego tylko państwa członkowskiego z przedsiębiorstwem z państwa innego niż członkowskie, które nie wpływa na handel między państwami członkowskimi UE, nie są objęte zakresem art. 101 ust. 1 TFUE. Jednak w dobie zglobalizowanej gospodarki takie sytuacje, jeżeli w ogóle występują, zdarzają się niezwykle rzadko. Po pierwsze, niewielu jest eksporterów państw trzecich, sprzedających towary wyłącznie do jednego państwa członkowskiego. Po drugie, zwykle porozumienie tego rodzaju wpływać będzie pośrednio na sytuację konkurencyjną dostawców tych towarów, pochodzących z innych państw członkowskich, na rynku państwa – importera.

32 Wyrok Sądu Apelacyjnego 3. Obwodu w sprawie *United States v. Brown University in Providence in the State of Rhode Island, et al.*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

33 Por. rozważania zawarte w rozdziale 5.

34 Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States v. Aluminum Company of America (ALCOA)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

35 Por. 15 U.S.C.A., § 7a ustawy Shermana i 15 U.S.C.A., § 45(a)(3) ustawy o FTC.

Właściwe porównanie odnosi się w pierwszej kolejności do rozwiązań prawnych stosowanych względem porozumień, których przedmiotem jest ustalenie sztywnych (dokładnych) cen odsprzedaży towarów (w tym usług) lub poziomu cen, poniżej którego nabywca nie może ich odsprzedać. Analogicznie, jak na gruncie prawa UE, do ustalenia cen odsprzedaży może dojść w sposób bezpośredni lub pośredni.

Od porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów należy odróżnić rekomendacje cenowe udzielane przez dystrybutora. Jak zaznaczono powyżej, nie stanowią one porozumień o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów, jeżeli nie są połączone ze środkami przymusu, przy czym obowiązek stosowania rekomendacji cenowych pod rygorem odmowy sprzedaży nie jest uznawany za porozumienie typu RPM. Podobnie poza zakresem pojęcia „porozumienie” znajdują się zobowiązania wynikające z tzw. specjalnych programów promocyjnych. Polegają one na zobowiązaniu dystrybutora do ogłaszania lub publikowania w reklamach lub informacjach o towarze sugerowanej przez dostawcę ceny detalicznej, w zamian za dodatkowe wynagrodzenie lub opust cenowy. Nie są one uznawane za porozumienia typu RPM, o ile korzyści te nie są uzależnione od sprzedaży towarów po cenie sugerowanej.

Praktyka rekomendowania cen odsprzedaży towarów, o ile nie jest połączona z zastosowaniem środków przymusu lub zachęt do ich stosowania, uznawana jest, co do zasady, za praktykę jednostronną. Dotyczy to także zalecania cen odsprzedaży, których stosowanie obwarowane jest sankcją odmowy dostaw³⁶. W przypadku zastosowania tych dodatkowych środków, rekomendowanie cen odsprzedaży klasyfikowane jest jako porozumienie o ustaleniu sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży towarów. Z kolei uzgodnienia podejmowane w ramach tzw. specjalnych programów promocyjnych, które nie wiążą się z ograniczeniem swobody nabywcy do ustalania cen odsprzedaży towarów, klasyfikowane są jako praktyki wielostronne.

Przedmiotem porozumienia o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów jest z kolei określenie pułapu cen, powyżej którego nabywca nie może odsprzedać towarów. Rozróżnienie pomiędzy porozumieniami o ustaleniu cen maksymalnych z jednej strony i minimalnych lub sztywnych z drugiej nie było przedmiotem rozstrzygnięć sądownictwa federalnego. Analiza orzeczniczej wykładni § 1 ustawy Shermana oparta na funkcjonalnym podejściu do kwestii charakteru praktyk wielostronnych, skłania do postawienia wniosku, że porozumienie o ustaleniu maksymalnej ceny odsprzedaży towarów połączone ze środkami skłaniającymi do stosowania ceny minimalnej lub sztywnej, zostałoby zaklasyfikowane jako porozumienie o ustaleniu takich właśnie cen. Rozróżnienie pomiędzy porozumieniami o ustaleniu maksymalnej, minimalnej i sztywnej ceny odsprzedaży nie ma jednak istotnego znaczenia, albowiem, jak zostanie to wyjaśnione

36 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

w dalszej części rozdziału, sposób stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego względem tych trzech kategorii uzgodnień jest taki sam.

Porozumienia typu *hub & spoke* oraz klauzule typu MFN nie mają definicji legalnych w prawie amerykańskim. Pojęcia te, na gruncie amerykańskiego systemu prawa, należy zatem wyklądać z uwzględnieniem kryteriów definicyjnych ustalonych dla tych praktyk powyżej, w podrozdziale 2.1, oraz omówionych powyżej przesłanek stosowania § 1 ustawy Shermana.

Analogicznie jak na gruncie europejskich reguł konkurencji, w przypadku amerykańskiego prawa antytrustowego o klasyfikacji umów jako agencyjnych decyduje, co do zasady, kryterium rozkładu ryzyka³⁷. Orzecznictwo federalne odwołuje się jednak także do inaczej ujętych kryteriów, choć pozostających w związku z rozkładem ryzyka – tj. braku niezależności agenta oraz zbieżności interesów gospodarczych agenta i pryncypała³⁸. Innym kryterium delimitacji pomiędzy umowami agencyjnymi a pozornymi umowami agencyjnymi, stosowanym w nowszej praktyce sądów federalnych, było kryterium realizacji przez stosunek prawny agencji funkcji innej niż ominięcie zakazu ustalania cen odsprzedaży, koncentrujące się na kwestii stopnia kontroli pryncypała nad towarem powierzonym dystrybutorowi i jego odpowiedzialności za ten towar³⁹.

Zakres pojęcia umowy agencyjnej ustalony na gruncie amerykańskiego prawa antytrustowego i europejskich reguł konkurencji jest zatem podobny. Kryteria definicyjne umów agencyjnych zostały jednak na gruncie tych ostatnich sformułowane w sposób bardziej precyzyjny niż w prawie Stanów Zjednoczonych. Można zaryzykować stwierdzenie, że sądy federalne mogą dokonywać wykładni tych kryteriów w sposób bardziej elastyczny, a tym samym nieco szerszy aniżeli może czynić to Komisja Europejska w odniesieniu do kryteriów ustalonych w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. W praktyce różnice te nie mają jednak znaczenia, biorąc w szczególności pod uwagę, że zakaz porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów stracił na znaczeniu na gruncie prawa amerykańskiego. Tym samym rozróżnienie pomiędzy ustalaniem cen odsprzedaży w ramach umów agencyjnych i poza nimi nie jest praktycznie istotne.

37 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. General Electric Co. et al.*, 272 U.S. 476 (1926) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie *Day v. Taylor*, 400 F.3d 1272 (11th Cir. 2005).

38 Wyrok Sądu Apelacyjnego 8. Obwodu w sprawie *Pink Supply Corp. v. Hiebert, Inc.*, 788 F.2d 1313 (8th Cir. 1986).

39 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie *Robert A. Morrison, d/b/a Morrison Enterprises v. Murray Biscuit Company*, 797 F.2d 1430 (7th Cir. 1986).

9.3. Rezultat zastosowania badanych systemów prawnych względem porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów

9.3.1. Reguły konkurencji UE

Porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów zakazane jest na mocy art. 101 ust. 1 TFUE jako jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji. Co do zasady, praktyka ta uznawana jest za porozumienie o antykonkurencyjnym celu, co oznacza, że jego antykonkurencyjne skutki, których znaczenie przewyższa ewentualne skutki pozytywne, objęte są domniemaniem. Aktualne orzecznictwo, jak się wydaje, stwarza możliwość, aby w szczególnych okolicznościach rynkowych, biorąc pod uwagę ekonomiczny i prawny kontekst stosowania danego porozumienia tego rodzaju, a także wiedzę ekonomiczną, uznać je za porozumienie, które takiego celu nie ma⁴⁰. Niemniej, jak wynika z treści *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., Komisja uznaje tego typu porozumienia za zakazane ze względu na cel i objęte domniemaniem naruszenia zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE⁴¹. Oznacza to, że przedsiębiorstwa nie mają realnej możliwości wykazania, że porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, których są stroną, nie mają antykonkurencyjnych skutków. Okoliczności takie, jak: brak siły rynkowej uczestników porozumienia, liczba równoległych porozumień typu RPM stosowanych na danym rynku czy rozkład inicjatywy zawarcia porozumienia, nie są brane pod uwagę w ramach oceny spełnienia przesłanek art. 101 ust. 1 TFUE.

Porozumienie takie, podobnie jak każde inne porozumienie, może natomiast, w szczególnych okolicznościach, podlegać wyłączeniu indywidualnemu, uregulowanemu w art. 101 ust. 3 TFUE, pod warunkiem spełnienia wszystkich jego przesłanek. W założeniu dotyczy to porozumień, których pozytywne skutki rynkowe górują nad negatywnymi skutkami dla konkurencji. W świetle treści wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r., brak spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego w odniesieniu do tej kategorii porozumień jest objęty domniemaniem⁴². Wprawdzie Komisja w omawianych wytycznych wymieniła rynkowe efektywności, które mogą wynikać z niektórych tego rodzaju porozumień, i które są w stanie zniwelować negatywne skutki porozumienia, jednakże, biorąc pod uwagę, że wyłączenie z art. 101 ust. 3 TFUE nie zostało zastosowane do jakiegokolwiek kategorii porozumień objętych zakresem zakazu wyrażonego

40 Por. wyroki w sprawach: C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160, C-226/11, Expedia, ECLI:EU:C:2012:795, C-67/13P Groupement des Cartes Bancaires v. Komisja, ECLI:EU:C:2014:2204.

41 *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., pkt 47.

42 *Ibidem*.

w art. 101 ust. 1 TFUE, w okresie po wejściu w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003, jego skuteczne podnoszenie względem porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, w postępowaniu przed Komisją, jest mało prawdopodobne.

Rezultatem zastosowania unijnych reguł konkurencji względem porozumienia o ustaleniu minimalnych cen odsprzedaży towarów jest zatem, co do zasady, jego zakaz. Zakaz ten ma charakter względny *de iure*, choć *de facto* jego charakter zbliżony jest do bezwzględnego. Skutkiem stosowania takiego porozumienia jest bezwzględna nieważność, ze skutkiem *ex tunc*, czynności prawnej stanowiącej jego przejaw. Jednocześnie za stosowanie takiego porozumienia Komisja może nałożyć na przedsiębiorstwo karę pieniężną do wysokości 10% przychodu przedsiębiorstwa za zakończony rok obrotowy. Przy tym kary te nakładane były w praktyce Komisji, jak do tej pory, wyłącznie na dostawcę jako organizatora systemu dystrybucji⁴³.

Ustalenie cen odsprzedaży towarów może być także przedmiotem roszczenia odszkodowawczego wniesionego w postępowaniu cywilnym przed sądem krajowym państwa członkowskiego w ramach prywatnoprawnego stosowania reguł konkurencji. Odszkodowanie obejmować może co najwyżej łączną wartość poniesionej przez powoda szkody⁴⁴. Może być także dochodzone przez dalszych (pośrednich) nabywców towarów objętych porozumieniem.

Z reguły konwergencji wyrażonej w art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady nr 1/2003 wynika przy tym, że państwa członkowskie nie mogą utrzymywać bardziej surowych reguł odnoszących się do dopuszczalności porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, które są w stanie wpłynąć na handel między państwami członkowskimi. Europejskie reguły konkurencji wyznaczają zatem dopuszczalny zakres interwencji publicznej w swobodę przedsiębiorstw co do ustalania cen odsprzedaży towarów. Prawo krajowe nie wpływa zatem na ograniczenie możliwości stosowania takich porozumień w zakresie, w którym wpływają one na handel między państwami członkowskimi.

9.3.2. Amerykańskie prawo antytrustowe

Porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów objęte jest zakazem wyrażonym w § 1 ustawy Shermana wyłącznie, gdy stanowi inne niż rozsądne ograniczenie handlu⁴⁵. Zgodnie ze standardem orzecznictwem

43 Por. m.in. decyzje Komisji: z 29 czerwca 2001 r. w sprawie COMP/F-2/36.693 – Volkswagen, Dz. Urz. L, nr 262, z 2001 r., s. 14; z 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 – Mercedes Benz, Dz. Urz. L, nr 257, z 2002 r., s. 1; z 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO – Yamaha, niepublikowana; 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, niepublikowana; z 17 grudnia 2018 r. w sprawie AT.40428 Guess, niepublikowana.

44 Art. 3 dyrektywy nr 2014/104/UE.

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

ustanowionym w sprawie Leegin oznacza to, że porozumienie takie jest zakazane, jeżeli jego możliwe negatywne skutki dla konkurencji przewyższają skutki prokonkurencyjne. Wyważenie (bilansowanie) tych skutków stanowi zadanie sądu, który w ramach oceny na podstawie tzw. pełnej reguły rozsądku uwzględnia kryteria, które świadczą o anty- lub prokonkurencyjnych skutkach takich porozumień (tzw. kryteria Leegin). Należą do nich: liczba producentów, którzy stosują RPM na danym rynku i ich siła rynkowa, alokacja inicjatywy zawarcia porozumienia, okoliczność posiadania siły rynkowej przez producenta lub dystrybutora. Skutek porozumienia oceniany jest przy tym w odniesieniu do całokształtu czynników mających wpływ na poziom efektywności alokacyjnej, w szczególności jakości dystrybucji, a nie tylko przez pryzmat wpływu porozumienia na cenę towaru.

Zakaz porozumień ma przy tym charakter bezwzględny, co oznacza, że w przypadku, gdyby porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów zostało jednak uznane za inne niż rozsądne ograniczenie konkurencji nie mogłoby podlegać wyłączeniu spod zakazu na takich zasadach jak porozumienia objęte *prima facie* zakresem art. 101 ust. 1 TFUE i spełniające przesłanki wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE.

Jak wynika z powyższego ocena dopuszczalności porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, prowadzona na podstawie pełnej reguły rozsądku, przypomina w warstwie koncepcyjnej ocenę opartą na wyłączeniu indywidualnym na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE. Świadczy o tym między innymi odwołanie się przez Komisję Europejską w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. do potencjalnych skutków takich porozumień, analogicznych do tych, które wymienił Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w wyroku w sprawie Leegin. Zaznaczyć jednak należy, że ocena w ramach reguły rozsądku obejmuje wyważenie negatywnych i pozytywnych efektów porozumienia, podczas gdy ocena przesłanek wyłączenia indywidualnego odnosi się wyłącznie do skutków pozytywnych i ich zbilansowania względem negatywnych. Skutki negatywne porozumień o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów objęte są domniemaniem. Jeżeli dane porozumienie uznane zostanie za zakazane ze względu na cel, co w odniesieniu do porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży zachodzi niemal automatycznie, domniemanie to nie podlega wzruszeniu. Co najwyżej skutki te mogą być skompensowane efektywnościami gospodarczymi.

Inna różnica pomiędzy tymi dwoma testami oceny wynika z odmiennego rozkładu ciężaru dowodu i uwarunkowań proceduralnych ich stosowania. W przypadku zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE względem porozumień o ustaleniu minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży, a następnie oceny dokonywanej w ramach art. 101 ust. 3, niezgodność porozumienia z prawem jest *de facto* domniemana. Jak już zostało wyjaśnione powyżej, wzruszenie tego domniemania jest możliwe, choć w praktyce bardzo mało prawdopodobne.

W odniesieniu do pełnej reguły rozsądku na pozwanym ciąży ciężar wykazania, że porozumienie wywarło lub że z dużym prawdopodobieństwem mogło

wywrzeć negatywne skutki dla konkurencji⁴⁶. Udowodnienie tej okoliczności nie jest możliwe bez wykazania, że pozwany posiada siłę rynkową na odpowiednio zdefiniowanym rynku właściwym. Jeżeli negatywne skutki dla konkurencji zostaną udowodnione, na pozwanego przechodzi zwykle ciężar wykazania, że porozumienie generuje skutki pozytywne, które rekompensują skutki negatywne. W razie skutecznego przeprowadzenia dowodu, powód obarczany jest ciężarem udowodnienia, że ograniczenie nie było niezbędne do osiągnięcia powołanych efektywności gospodarczych porozumienia. Wyważenia (bilansowania) negatywnych i pozytywnych skutków porozumienia dokonuje sąd⁴⁷. Ocena w ramach pełnej reguły rozsądku opiera się zatem *de facto* na domniemaniu legalności praktyki, które może zostać wzruszone przez powoda.

W przypadku uznania porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów za inne niż rozsądne ograniczenie konkurencji, sąd, zgodnie z żądaniem powoda, może nałożyć na sprawcę naruszenia obowiązek zaprzestania (*injunctive relief*) lub zapłaty odszkodowania, o ile powód poniósł szkodę odpowiadającą pojęciu szkody antymonopolowej (*antitrust injury*). Odszkodowanie obejmuje zwykle jej potrojoną wartość. O odszkodowanie takie, co do zasady, nie mogą skutecznie występować pośredni nabywcy⁴⁸. Zgodnie z § 1 ustawy Shermana możliwe jest także nałożenie na stronę porozumienia sankcji karnych. W odniesieniu do porozumień wertykalnych nie są one jednak stosowane w praktyce. Postępowania prowadzone przez amerykańskie organy konkurencji mogą z kolei zakończyć się przyjęciem przez sprawcę naruszenia zobowiązań w trybie *consent decrees*, które w ramach swojej właściwości wydawać mogą zarówno Departament Sprawiedliwości, jak i Federalna Komisja Handlu. Postępowanie przed drugim z tych organów zakończyć może się wydaniem decyzji nakazującej zaprzestania praktyki (*ceased and desist order*).

Ocena realnego sposobu stosowania reguły rozsądku, dokonana z uwzględnieniem zgłoszonego przez E. Rabla postulatu wyjścia poza fasadę języka norm prawnych, a nawet poza ich sądową wykładnię, prowadzi do wniosku, że założenia koncepcyjne stojące u podstaw tej reguły nie przystają do rzeczywistości. Proceduralne uwarunkowania stosowania reguły rozsądku, opisane szczegółowo w rozdziale 8, sprawiają, że wykazanie przez powoda jakoby ustalanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów prowadziło do negatywnych skutków dla konkurencji graniczy z niemożliwością. Rezultat zastosowania amerykańskiego prawa antytrustowego względem tych praktyk jest zatem zbliżony do ich *per se* dozwolenia.

46 Wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) oraz *Standard Oil Company v. United States*, 283 U.S. 163 (1931).

47 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, (1977) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290, (2d Cir. 2015).

48 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

Jednocześnie, obowiązywanie zakazu *per se* ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów na gruncie części stanowych porządków prawnych, ogranicza swobodę przedsiębiorstw do stosowania w ich obrębie takich praktyk, nawet jeżeli prawo federalne *de facto* pozwala na ich stosowanie.

9.4. Rezultat zastosowania badanych systemów prawnych względem porozumień o ustalaniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów

9.4.1. Reguły konkurencji UE

Zgodnie z treścią rozporządzenia Komisji nr 330/2010⁴⁹, porozumienie o ustaleniu maksymalnej ceny odsprzedaży towarów objęte jest zakresem wyłączenia blokowego od zakazu porozumień ustalonego w art. 101 ust. 1 TFUE. Oznacza to, że w przypadku, gdy udział dostawcy i udział nabywcy w odnośnych rynkach właściwych towarów objętych porozumieniem nie przekracza 30% (uwzględniając możliwość podwyższenia tego progu, po zawarciu porozumienia), zawarte przez nich porozumienie o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży jest dozwolone. Nie dotyczy to ustalenia cen maksymalnych, które w połączeniu z innymi zobowiązaniami stron przybierają charakter cen minimalnych lub sztywnych⁵⁰.

Porozumienia o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów, nieobjęte zakresem rozporządzenia o wyłączeniu blokowym, podlegają ocenie na zasadach ogólnych. Ze względu na brak praktyki orzeczniczej dotyczącej zastosowania art. 101 ust. 3 TFUE w ogólności, a także zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE w odniesieniu do porozumień o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży, nie sposób z całkowitą pewnością określić, w jaki sposób europejskie reguły konkurencji mogłyby zostać zastosowane w odniesieniu do takich praktyk. *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. wydają się sugerować, że Komisja nie uznaje takich porozumień za zakazane ze względu na cel. W rezultacie oceniałaby kazuistycznie ich skutki w zakresie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE. W przypadku, gdyby analiza ta doprowadziła

49 Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. L, nr 102, z 2010 r., s. 1.

50 Wyrok w sprawie C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485, pkt 70.

do uznania, że dane porozumienie może wyrzucić antykonkurencyjne skutki, możliwe byłoby zastosowanie względem niego wyłączenia indywidualnego. Jako efektywności wynikające z porozumienia mogłyby zostać powołane w szczególności: likwidacja podwójnej marży stanowiącej efekt zewnętrzny zbyt wysokich cen stosowanych przez dystrybutora lub zapewnienie silniejszej konkurencji ze strony danej marki z innymi markami, w tym markami własnymi dystrybutora⁵¹.

Podsumowując, porozumienia o ustalaniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów są zasadniczo dozwolone na gruncie europejskich reguł konkurencji. Wyjątek dotyczy potencjalnie bardzo niewielkiej grupy porozumień – zawieranych pomiędzy przedsiębiorstwami o udziałach w rynku właściwym przewyższających 30%, zdolnych wywoływać istotne skutki antykonkurencyjne i nie prowadzących do efektywności niwelujących te skutki. W odniesieniu do tych nielicznych wyjątków zastosowanie znajdują potencjalnie wszelkie sankcje z tytułu naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wymienione powyżej w podrozdziale 3.1.

9.4.2. Amerykańskie prawo antytrustowe

Porozumienia o ustalaniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów podlegają ocenie na podstawie pełnej reguły rozsądku⁵². W rezultacie jego zgodność z prawem oceniana jest według wielostopniowego testu oceny opisanego szczegółowo w rozdziale 5, a przypomnianego powyżej. Choć Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych podkreślił, że porozumienia tego rodzaju nie są dozwolone *per se*⁵³, w praktyce sytuacja nie odbiega od takiego stanu rzeczy. Uznanie porozumienia o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów za inne niż rozsądne ograniczenie konkurencji jest praktycznie niemożliwe. Amerykańskie regulacje proceduralne utrudniają skuteczne wniesienie powództwa w sprawach, w których stosowana jest reguła rozsądku. Brak określenia przez sądy federalne kryteriów oceny antykonkurencyjnych skutków takich porozumień dodatkowo utrudnia możliwość skutecznego wykazania przez powoda antykonkurencyjnych skutków takich porozumień. W praktyce są one zatem *de facto* dozwolone.

51 *Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., pkt. 227–229.

52 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *State Oil Company v. Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc.*, 522 U.S. 3.

53 *Ibidem*.

9.5. Rezultat zastosowania badanych systemów prawnych względem rekomendowania cen odsprzedaży towarów

9.5.1. Reguły konkurencji UE

Względem rekomendowania cen odsprzedaży towarów zastosowanie znajdują reguły analogiczne do tych, które odnoszą się do dopuszczalności porozumień o ustalaniu maksymalnych cen odsprzedaży towarów. Zalecanie cen odsprzedaży towarów objęte jest zakresem wyłączenia grupowego porozumień wertykalnych. Pozostałe tego rodzaju porozumienia podlegają kazuistycznej ocenie nakierowanej na ustalenie, czy mogą wyrzucić istotne antykonkurencyjne skutki. W przypadku ustalenia antykonkurencyjnych skutków takiego porozumienia, może ono podlegać wyłączeniu na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE. W praktyce porozumienia takie są zasadniczo dozwolone na gruncie unijnych reguł konkurencji. Objęcie takiego porozumienia zakazem możliwe jest wyłącznie na zasadzie bardzo wąsko zakreślonego wyjątku, i jedynie w odniesieniu do porozumień o szczególnie niekorzystnych skutkach dla konkurencji. Oczywiście, w odniesieniu do tych nielicznych wyjątków zastosowanie znalazłyby potencjalnie wszelkie sankcje z tytułu naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję wymienione powyżej w podrozdziale 3.1.

9.5.2. Amerykańskie prawo antytrustowe

Rekomendowanie cen odsprzedaży towarów (niepołączone z dodatkowymi środkami represyjnymi lub zachętami), uznawane jest, co do zasady, za praktykę jednostronną i niewchodzącą w zakres § 1 ustawy Shermana, a tym samym za dozwoloną. Dotyczy to także zaleceń odnoszących się do cen odsprzedaży, których stosowanie obwarowane jest sankcją odmowy dostaw, pod warunkiem braku wykorzystywania przez dostawcę dodatkowych środków służących korygowaniu polityki cenowej nabywcy.

Uzgodnienia podejmowane w ramach specjalnych programów promocyjnych polegających na zobowiązaniu dystrybutora do podawania ceny sugerowanej w reklamach, bez obowiązku stosowania jej w praktyce, klasyfikowane są jako porozumienia w rozumieniu § 1 ustawy Shermana i oceniane w ramach reguły rozsądku. Jednakże ich zgodność z amerykańskim prawem antytrustowym nie budzi wątpliwości.

W praktyce stosowania prawa antytrustowego rekomendowanie cen odsprzedaży towarów uznawane jest za zachowanie zgodne z prawem.

9.6. Rezultat zastosowania badanych systemów prawa do ustalania cen odsprzedaży towarów w ramach umów agencyjnych

9.6.1. Reguły konkurencji UE

Umowy agencyjne pozostają poza zakresem stosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Ustalanie cen odsprzedaży towarów dokonane w ich ramach uznawane jest „za stanowiące nieodłączną część umowy agencyjnej”⁵⁴. W rezultacie ustalenie cen odsprzedaży towarów w układzie pomiędzy stronami umowy agencyjnej jest dozwolone.

9.6.2. Amerykańskie prawo antytrustowe

Prawdziwe umowy agencyjne (*genuine agency agreements*), zawierające klauzule o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, pozostają poza zakresem zakazu wyrażonego w § 1 ustawy Shermana, a tym samym nie stanowią naruszenia amerykańskiego prawa antytrustowego.

9.7. Rezultat zastosowania badanych systemów prawa do ustalania cen odsprzedaży towarów w ramach porozumień typu *hub & spoke*

9.7.1. Reguły konkurencji UE

Porozumienia typu *hub & spoke* nie były, jak do tej pory, przedmiotem rozstrzygnięć sądów europejskich, ani wyczerpującego rozstrzygnięcia Komisji⁵⁵. Jednakże, bez względu na sposób postrzegania relacji pomiędzy dwoma typami uzgodnień

54 Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r., pkt 18.

55 Komisja wydała decyzje zobowiązujące w sprawach takich porozumień – por. decyzja z 12 grudnia 2012 r. w sprawie COMP/39847 – E-książki, dotycząca zobowiązań przyjętych przez Hachette Livre SA; – HarperCollins Publishers Limited, HarperCollins Publishers, L.L.C.; – Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG, Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH; – Simon & Schuster Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd, Simon & Schuster Digital Sales, Inc.; – Apple, Inc., niepublikowana, oraz decyzja z 25 lipca 2013 r. w sprawie COMP/39847 – E-książki, dotycząca zobowiązań przyjętych przez Penguin Random House Limited (dawniej The Penguin Publishing Company Limited) i Penguin Group (USA), LLC (dawniej Penguin Group [USA], Inc.), niepublikowana.

wchodzących w skład porozumienia typu *hub & spoke*, ustalenie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, będące jego elementem, kwalifikowane byłoby jako jedno z najcięższych ograniczeń konkurencji. Ze względu na powiązanie z kartelem cenowym, możliwość skutecznego wyłączenia takiego ustalania cen odsprzedaży na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE jest jeszcze mniej prawdopodobna aniżeli w przypadku takiego porozumienia funkcjonującego samoistnie.

Z treści decyzji zobowiązaniowej w sprawie e-książek wynika natomiast wniosek, że Komisja ocenia porozumienia typu *hub & spoke* w sposób kompleksowy – jako wprowadzie złożone i wieloelementowe, ale pojedyncze ograniczenie konkurencji. Tym samym uzasadniona wydaje się konkluzja, zgodnie z którą jakiegokolwiek ustalenie cen odsprzedaży towarów wchodzące w skład porozumienia typu *hub & spoke*, oceniane byłoby tak jak odpowiadające mu cenowe porozumienie horyzontalne (stanowiące „obręcz” koła). W rezultacie, jak można przypuszczać, porozumienie takie, nawet jeżeli dotyczyłoby ustalenia maksymalnych cen odsprzedaży towarów, uznane zostałoby za porozumienie zakazane ze względu na cel, a jego wyłączenie na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE wydaje się mało prawdopodobne.

Rezultatem zastosowania europejskich reguł konkurencji do porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów w ramach porozumienia typu *hub & spoke*, jest ich zakaz. *De iure* ma on charakter względny, jednak *de facto* jego charakter zbliżony jest do zakazu bezwzględnego. W odniesieniu do porozumień tego rodzaju zastosowanie znalazłyby wszelkie sankcje z tytułu naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wymienione powyżej w podrozdziale 3.1.

9.7.2. Amerykańskie prawo antytrustowe

Sposób stosowania § 1 ustawy Shermana względem ustalenia cen odsprzedaży towarów, stanowiącego element porozumienia typu *hub & spoke* wyznacza precedens ustanowiony w wyroku Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *Stany Zjednoczone v. Apple*⁵⁶. W wyroku tym sąd uznał porozumienia wertykalne o ustaleniu cen odsprzedaży towarów za *per se* zakazane na równi z porozumieniem horyzontalnym zawartym pomiędzy przedsiębiorstwami pełniącymi funkcję „szprych” koła. Zatem, w ujęciu ogólnym, porozumienia wertykalne wchodzące w skład porozumienia typu *hub & spoke*, podlegają ocenie opartej na regułach stosowanych do porozumienia horyzontalnego stanowiącego „obręcz” koła. Oznacza to, że ustalenie cen odsprzedaży towarów, wchodzące w skład porozumienia typu *hub & spoke* jest bezwzględnie (*per se*) zakazane i obwarowane wszystkimi sankcjami, jakie grożą za zawarcie kartelu cenowego.

⁵⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego 2. Obwodu w sprawie *United States v. Apple, Inc.*, No 13-3741 (2d Cir. 2015).

9.8. Rezultat zastosowania badanych systemów prawa do klauzul najwyższego uprzywilejowania

9.8.1. Reguły konkurencji UE

Klauzula najwyższego uprzywilejowania była przedmiotem oceny Komisji w decyzjach w sprawie e-książek⁵⁷. Trudno jednak na ich podstawie wyciągać wnioski dotyczące sposobu stosowania przez Komisję art. 101 ust. 1 TFUE do tego rodzaju praktyk. Pewnych wskazówek dostarczają rozstrzygnięcia organów konkurencji Szwecji, Francji i Włoch w sprawach klauzul MFN stosowanych przez operatora Booking.com.⁵⁸ Na ich podstawie, a także opierając się na rezultatach analizy przepisów rozporządzenia nr 330/2010, wyciągnąć można następujące wnioski:

1. Klauzule typu MFN, jako porozumienia wertykalne nieobjęte zakresem katalogu czarnych i szarych klauzul, podlegają wyłączeniu grupowemu od zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o ile oczywiście mieszczą się w zakresie stosowania rozporządzenia nr 330/2010.
2. W przypadku, gdy klauzule te zawierane są przez co najmniej jeden podmiot, którego udział rynkowy przekracza progi dopuszczone przepisami tego rozporządzenia, Komisja oceni klauzulę kazuistycznie, biorąc pod uwagę czynniki takie, jak: treść klauzuli, siłę rynkową stron, konstrukcję systemu dystrybucji oraz sytuację konkurencyjną na rynkach właściwych. Szerokie klauzule MFN będą przy tym, jak się wydaje, uznawane za, co do zasady, porozumienia objęte zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, a ich wyłączenie spod zakazu na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE wydaje się mało prawdopodobne. Jednocześnie mogą być klasyfikowane jako nadużycie pozycji dominującej. Z kolei wąskie klauzule oceniane będą, co do zasady, jako zgodne z prawem konkurencji.

Stosowanie niezgodnych z art. 101 ust. 1 TFUE klauzul MFN obwarowane jest sankcjami wymienionymi powyżej w podrozdziale 3.1.

9.8.2. Amerykańskie prawo antytrustowe

Klauzule typu MFN są powszechnie stosowane w obrocie gospodarczym w Stanach Zjednoczonych, a ich zgodność z prawem antytrustowym zwykle nie jest kwestionowana. W nielicznych sprawach, w których sądy federalne odnosiły się

⁵⁷ Komisja wydała decyzje zobowiązujące w sprawach takich porozumień – por. przyp. 55 ze strony 415 opracowania.

⁵⁸ https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/french-italian-and-swedish-competition-authorities-accept-commitments-offered-bookingcom#_ftn1 (dostęp: 23.08.2018).

do takich praktyk, wskazywały zwykle ogólnie na ich możliwe pro⁻⁵⁹ i antykonkurencyjne skutki⁶⁰. Poza sprawą Stany Zjednoczone v. Apple, która nie jest reprezentatywna, sądy nie wydały jednak rozstrzygnięcia w sprawach dopuszczalności tego rodzaju klauzul. Analiza sposobu stosowania § 1 ustawy Shermana oraz skąpego orzecznictwa sądowego w sprawach klauzul MFN skłania do wniosku, że podlegają one ocenie na podstawie pełnej reguły rozsądku. Ten standard oceny implikuje konieczność wykazania przez powoda antykonkurencyjnych skutków takiej praktyki, co wiąże się między innymi z koniecznością udowodnienia przez pozwanego, że powód posiada siłę rynkową na odpowiednio wyznaczonym rynku właściwym. Ze względu na wysokie wymagania dowodowe wynikające z federalnych reguł postępowania cywilnego, skuteczne dochodzenie roszczeń z tytułu stosowania klauzul MFN wydaje się mało prawdopodobne. Wprawdzie postanowienie o oddaleniu wniosku o oddalenie powództwa wydane w sprawie Stany Zjednoczone v. Blue Cross Blue Shield of Michigan, wydaje się sugerować, że w wyjątkowych okolicznościach rynkowych porozumienie takiego rodzaju, o szczególnie szerokim oddziaływaniu na konkurencję, może jednak zostać uznane za inne niż rozsądne ograniczenie konkurencji. Niemniej pamiętać należy, że sprawa ta nie zakończyła się nawet wyrokiem sądu pierwszej instancji, a ponadto, że dotyczyła rynków usług i ubezpieczeń medycznych – o szczególnym znaczeniu społecznym.

Rezultatem zastosowania amerykańskich reguł konkurencji względem klauzul MFN jest zatem ich zasadnicza dopuszczalność. Objęcie tego rodzaju klauzuli zakazem ustanowionym w § 1 ustawy Shermana wydaje się mało prawdopodobne.

9.9. Wnioski końcowe

Zaprezentowane powyżej rezultaty właściwego porównania podsumowane zostały w ujęciu tabelarycznym, które w najpełniejszy sposób pozwala na identyfikację podobieństw i różnic pomiędzy rezultatami zastosowania badanych systemów prawa konkurencji do wyodrębnionych wcześniej zagadnień (problemów) prawnych. W tabeli uwzględnione zostały zarówno rezultaty zakładane przez prawodawcę oraz orzecznictwo, które wynikają z przyjętych wzorców normatywnych, jak i faktyczne rezultaty zastosowania badanych systemów prawa względem analizowanych zagadnień prawnych.

59 Wyrok Sądu Apelacyjnego 7. Obwodu w sprawie Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406 (7th Cir. 1995); por. także wyrok Sądu Apelacyjnego 1. Obwodu w sprawie Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I., 883 F.2d 1101 (1st Cir. 1989).

60 Postanowienie o oddaleniu wniosku o oddalenie powództwa w sprawie United States v. Blue Cross Blue Shield of Mich., 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011).

Tabela 1. Rezultaty właściwego porównania badanych rozwiązań prawnych.

Zagadnienie prawne – „a”	Zagadnienie prawne ujęte szczegółowo	Wzorzec normatywny odpowiedzi prawa UE	Rzeczywista odpowiedź prawa UE – „ α_1, β_1 ”	Wzorzec normatywny odpowiedzi prawa amerykańskiego	Rzeczywista odpowiedź prawa amerykańskiego – „ α_2, β_2 ”
Porozumienie o ustaleniu minimalnych cen odsprzedaczy towarów	Ustalenie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaczy towarów <i>sensu stricto</i>	Zakaz względny, możliwość wyłączenia spod zakazu porozumień, których skutki prokonkurencyjne przewyższają skutki antykonkurencyjne	Zakaz zbliżony do bezwzględ nego	Dopuszczalność, z wyjątkiem porozumień, których skutki antykonkurencyjne przewyższają prokonkurencyjne	Dopuszczalność <i>de facto</i>
	Rekomendowanie cen odsprzedaczy towarów połączone z zachętami lub środkami przymusu (z wyłączeniem zaprzestania dostaw)			Dopuszczalność <i>per se</i>	
Porozumienie o ustaleniu minimalnych cen odsprzedaczy towarów	Rekomendowanie cen odsprzedaczy towarów pod rygorem odmowy dostaw w przypadku braku ich stosowania	Zakaz zbliżony do bezwzględ nego	Zakaz zbliżony do bezwzględ nego	Dopuszczalność, z wyjątkiem porozumień, których skutki antykonkurencyjne przewyższają prokonkurencyjne	Dopuszczalność <i>de facto</i>
	Ustalenie maksymalnych cen odsprzedaczy połączone z zastosowaniem środków dodatkowych			Dopuszczalność, z wyjątkiem porozumień, których skutki antykonkurencyjne przewyższają prokonkurencyjne	Dopuszczalność <i>de facto</i>

Porozumienie o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaczy towarów	Porozumienie o ustaleniu maksymalnych cen odsprzedaczy towarów niepołączone z zastosowaniem dodatkowych środków	Dopuszczalność, jeżeli udział rynkowy żadnej ze stron nie przekracza 30%. Pozostałe porozumienia zakazane jeżeli ich negatywne skutki przewyższają skutki pozytywne	Dopuszczalność z wyjątkiem porozumień o szczególnie negatywnych skutkach dla konkurencji	Dopuszczalność, z wyjątkiem porozumień, których skutki antykonkurencyjne przewyższają prokonkurencyjne	Dopuszczalność <i>de facto</i>
Rekomendowanie cen odsprzedaczy	Rekomendowanie cen odsprzedaczy wynikające z porozumienia	Dopuszczalność, jeżeli udział rynkowy żadnej ze stron nie przekracza 30%. Pozostałe porozumienia zakazane tylko, jeżeli negatywne skutki porozumienia przewyższają skutki pozytywne	Dopuszczalność z wyjątkiem porozumień o szczególnie negatywnych skutkach dla konkurencji	Dopuszczalność, z wyjątkiem porozumień, których skutki antykonkurencyjne przewyższają prokonkurencyjne	Dopuszczalność <i>de facto</i>
	Jednostronne rekomendowanie cen odsprzedaczy (bez zastosowania środków dodatkowych)	Dopuszczalność	Dopuszczalność	Dopuszczalność	Dopuszczalność
Ustalanie cen odsprzedaczy w ramach umów agencyjnych	Ustalanie cen odsprzedaczy w ramach umów agencyjnych pod warunkiem obciążenia pryncypała całością ryzyka gospodarczego/zachowania niezależności agenta	Dopuszczalność	Dopuszczalność	Dopuszczalność	Dopuszczalność

Tabela 1. (cd.)

Ustalanie cen od- sprzedaży w ramach porozumień typu <i>hub</i> & <i>spoke</i>	Ustalenie cen odsprze- dazy towarzyszące cenowemu porozumie- niu horyzontalnemu między dostawcami lub nabywcami	Zakaz względny, możli- wość wyłączenia spod zakazu porozumień, których skutki prokon- kurencyjne przewyższa- ją skutki antykonkuren- cyjne	Zakaz zbliżony do bezwzględny	Zakaz <i>per se</i>	Zakaz <i>per se</i>
Klauzule najwyższego uprzywilejowania	Szerokie klauzule MFN	Dopuszczalność, jeżeli udział rynkowy żadnej ze stron nie przekracza 30% Pozostałe porozumienia zakazane tylko, jeżeli negatywne skutki poro- zumienia przewyższają skutki pozytywne	Dopuszczalność, jeżeli udział rynkowy żadnej ze stron nie przekracza 30%. W pozostałym za- kresie, co do zasady, zakazane	Dopuszczalność, z wyjątkiem porozu- mień, których skutki antykonkurencyjne przewyższają prokon- kurencyjne	Dopuszczalność <i>de facto</i>
	Wąskie klauzule MFN		Dopuszczalność, jeżeli udział rynkowy żadnej ze stron nie przekracza 30%. W pozostałym za- kresie, co do zasady, dopuszczalne		

Źródło: opracowanie własne.

Zestawienie tabelaryczne uwidacznia różnice i podobieństwa pomiędzy rezultatami stosowania badanych systemów prawa względem analizowanych problemów prawnych. Najbardziej dostrzegalne różnice pojawiają się w obrębie rzeczywistych rezultatów stosowania europejskich reguł konkurencji i amerykańskiego prawa antytrustowego względem porozumień o ustalaniu minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów. Odpowiedzi badanych systemów prawa na to zagadnienie prawne znajdują się na przeciwległych biegunach. Istotne różnice dotyczą także rezultatów stosowania badanych systemów względem klauzul typu MFN, w zakresie ograniczonym do tzw. szerokich klauzul najwyższego uprzywilejowania.

Rzeczywiste rezultaty zastosowania badanych systemów prawa do pozostałych analizowanych problemów prawnych są podobne. W odniesieniu do ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów, udzielania rekomendacji cenowych zakładane przez K. Zweigerta *praesumptio similitudinis* pozostaje aktualne⁶¹. Ewentualne różnice pomiędzy rezultatami stosowania prawa do tych rozwiązań prawnych są zwykle nieistotne i wynikają zazwyczaj z odmiennej konstrukcji zakazu porozumień ograniczających konkurencję w prawie europejskim i amerykańskim.

61 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction...*, s. 40.

Rozdział 10

Aksjologiczne podstawy badanych systemów prawa konkurencji

10.1. Wprowadzenie

Określenie systemu wartości stojącego u podstaw danego systemu prawa ma kluczowe znaczenie w procesie jego stanowienia, a następnie stosowania. Wartości te składają się bowiem na dyrektywy skierowane tak do prawodawcy, jak i do podmiotów stosujących prawo. Ustalenie aksjologicznych podstaw wydaje się szczególnie istotne w odniesieniu do prawa konkurencji. Jego regulacja opiera się zwykle na klauzulach generalnych. Ma ona tym samym charakter mało precyzyjny i ogólny, odnoszący się wielokrotnie do pojęć niedookreślonych i ocennych, takich jako chociażby użyte w ustawie Shermana pojęcie „ograniczenia handlu” lub stosowane w prawie UE pojęcie – „nadużycie pozycji dominującej”. Zastosowanie norm prawa konkurencji wymaga zatem ich wykładni dokonywanej z uwzględnieniem drogowskazów interpretacyjnych wynikających z założonego *a priori* systemu wartości, które prawo to ma realizować. Wpływa on zatem bezpośrednio na sposób stosowania norm prawnych, a tym samym na zakres zakazów praktyk ograniczających konkurencję oraz antykonkurencyjnych koncentracji przedsiębiorstw.

Aksjologia prawa konkurencji stanowi przedmiot nieustającej, trwającej od jego narodzin, debaty skoncentrowanej przede wszystkim na określeniu celów, które prawo to ma realizować. Wprawdzie w piśmiennictwie pojawiają się poglądy o niewielkim praktycznym znaczeniu tej debaty, wydają się one jednak nieuzasadnione¹. Choć materialne normy prawa konkurencji (tak europejskiego, jak i w jeszcze większym stopniu – amerykańskiego) nie podlegały od momentu ich wejścia w życie istotnym modyfikacjom, sposób ich stosowania zmienił się

1 Por.: I. Lianos, *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, CLES Working Paper Series 3/2013, dostępne pod adresem: <https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-3-2013new.pdf> (dostęp: 12.05.2019) s. 2–3 i 57–58 oraz A. Ayal, *Fairness in Antitrust*, Oxford–Portland 2016, s. 25.

znacznie, głównie za sprawą nowych prądów myślowych warunkujących percepcję funkcji i celów prawa konkurencji.

Problem uprzedniego określenia aksjologicznych fundamentów ma zatem charakter immanentny, odnosząc się tym samym zarówno do europejskiego, jak i do amerykańskiego systemu prawa konkurencji, a w istocie także do pozostałych systemów prawa konkurencji na świecie. W prawie amerykańskim znaczenie tego problemu było szczególnie istotne w świetle wyjątkowo niejasnych przepisów ustawy Shermana oraz ich pionierskiego charakteru. Poszukiwanie spójnego wewnętrznie, możliwego do stosowania w praktyce i dającego względną pewność prawną sposobu stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego zajmowało uwagę tak sądów federalnych, jak i badaczy tej dziedziny prawa od początków jej istnienia.

Debaty skupione wokół tego zagadnienia toczą się jednak po obu stronach Atlantyku. Mają one wiele punktów stycznych. Spośród nich na pierwszy plan wysuwa się kwestia znaczenia, jakie w obrębie aksjologicznych podstaw prawa konkurencji przypisywane jest wartościom ekonomicznym i pozaekonomicznym. Dotyczy to w szczególności konfliktu dwu wartości – z jednej strony równości lub uczciwości (*fairness*) i kojarzonym z nią imperatywem zapewnienia określonej struktury rynku, a z drugiej – dobrobytu konsumenta (*consumer welfare*). W przypadku europejskich reguł konkurencji obok tego problemu pojawia się inny – dotyczący znaczenia, jako dyrektyw ich stosowania, celów polityki publicznej wynikających z innych, aniżeli konkurencja polityk europejskich.

Określenie aksjologicznych podstaw stosowania europejskiego i amerykańskiego prawa konkurencji służyć ma wyjaśnieniu przyczyn rozbieżności pomiędzy podejściem tych dwóch systemów prawa do praktyk ustalania cen odsprzedaży towarów oraz umożliwić ich krytyczną analizę.

10.2. Aksjologiczne podstawy amerykańskiego prawa antytrustowego

10.2.1. Wprowadzenie

W ciągu niemal 130 lat istnienia amerykańskiego prawa antytrustowego zmiany dotyczyły każdej z jego płaszczyzn – materialnoprawnej, ustrojowej i proceduralnej. Zmiany te były w dużej mierze warunkowane ewolucją aksjologicznych paradygmatów stojących u podstaw amerykańskiego systemu prawa ochrony konkurencji. Orientowały one cele, którym służyć miało stosowanie norm tworzących ten system. Głównym źródłem ogromnego znaczenia założeń aksjologicznych jako determinantów sposobu jego stosowania jest, jak się wydaje, specyfika języka ustawy Shermana i innych aktów normatywnych będących źródłami tego systemu

prawa. Przepisy tej ustawy sformułowane zostały szeroko, w sposób niejasny i nieprecyzyjny, dając podmiotom stosującym prawo niewiele wskazówek, jakie praktyki rynkowe przedsiębiorców są bezprawne na gruncie ustawy Shermana, a jakie dozwolone oraz w jaki sposób wyrażone w niej zakazy praktyk ograniczających konkurencję powinny być stosowane². Problem ten potęgowało świadomie użyte w przepisach ustawy Shermana odniesienie do dwóch instytucji utrwalonych wcześniej w angielskim i amerykańskim *common law* – zakazu „ograniczeń w handlu” oraz zakazu „monopolizacji”³. Pozwoliło to zakotwiczyć nową ustawę w obowiązującym systemie prawa i dokonać internalizacji zasad *common law* przez amerykańskie prawo ochrony konkurencji; jednocześnie będąc umiejętnym zabiegiem politycznym, albowiem poprzez nawiązanie do istniejących instytucji prawnych, sprawiając wrażenie kontynuacji, osłabiało argumenty przeciwników nowego prawodawstwa⁴. Nie ułatwiło jednak wykładni jego przepisów, biorąc pod uwagę, że koncepcja „ograniczenia handlu” miała niewiele wspólnego tak z zakazem porozumień ograniczających konkurencję w dzisiejszym jego rozumieniu, jak i nawet z założeniami, którymi kierował się Kongres Stanów Zjednoczonych uchwalając ustawę Shermana. Koncepcja ta dotyczyła bowiem pierwotnie zakazu ograniczania przez sprzedającego nieruchomości uprawnień nabywcy do dysponowania nabytym przez niego prawem własności.

Od chwili narodzin amerykańskie prawo antytrustowe cechuje niemal desperackie poszukiwanie drogowskazów interpretacyjnych dotyczących sposobu jego stosowania, czy też, szerzej, określonej struktury logicznej pozwalającej osiągnąć spójność stosowania jego norm. Kluczowe dla osiągnięcia tego efektu było określenie założeń aksjologicznych stojących u podstaw amerykańskiego systemu prawa konkurencji.

-
- 2 W pierwszych latach obowiązywania ustawa Shermana zwana była przez oponentów złośliwie „*Swiss Cheese Act*”, co miało odzwierciedlać jej niejasny i ogólnikowy język i, jak twierdzono, wielką liczbę luk prawnych w niej zawartych. Por.: M. Ledbetter, *America's Forgotten History. Part III: A Progressive Empire*, [b.m.w.] 2014, s. 279 oraz J. Powell, S. Menendian, *Beyond Public/Private: Understanding Excessive Corporate Prerogative*, „*Kentucky Law Journal*” 2011, vol. 100, s. 43–124, w przyp. 151.
 - 3 R. Peritz, *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*, Oxford 1996, s. 13–14 oraz 20–22.
 - 4 D. Gerber, *Fairness in Competition Law: European and U.S. Experience*, Referat na Konferencji *Fairness and Asian Competition Laws*, w Kyoto, 5 marca 2004, s. 3; dostępne pod adresem: http://archive.kyotogakuen.ac.jp/o_ied/information/fairness_in_competition_law.pdf (dostęp: 12.03.2017). *Notabene* użycie przez ustawodawcę języka odwołującego się do instytucji *common law* nastąpiło w rezultacie przedłożenia nowego projektu ustawy, w miejsce projektu pierwotnego, który stanowił, że „wszelkie uzgodnienia, umowy, porozumienia, trusty i kombinacje [...] dokonane z zamiarem, lub które zmierzają do, zapobieżenia pełnej i wolnej konkurencji [...] lub które zmierzają do zwiększenia kosztów obciążających konsumenta [...] są niniejszym uznane za niezgodne z polityką publiczną, bezprawne i nieważne”. Zmiana ta spowodowana była silną opozycją części kongresmanów, którzy w takim brzmieniu przepisu upatrywali podstawy do nadmiernej, ich zdaniem, ingerencji w swobodę kontraktową i we własność prywatną w ogólności; por. także R. Peritz, *Competition...*, s. 13 oraz 20–22.

10.2.2. Korzenie amerykańskiego prawa antytrustowego

Rekonstrukcja aksjologicznych założeń amerykańskiego prawa antytrustowego i ich ewolucji wymaga wpierv odniesienia do motywów jego przyjęcia. Powstanie ustawy Shermana należy postrzegać w kontekście przemian społeczno-ekonomicznych, zachodzących w Stanach Zjednoczonych w drugiej połowie XIX w. U ich podstaw stoi przede wszystkim dokonywana od początku tego stulecia ekspansja osadnicza w kierunku zachodnim, którą umożliwiły kolejne zdobycze terytorialne Stanów Zjednoczonych. Zakup Luizjany od Francji w 1803 r. i następujące w kolejnych kilkudziesięciu latach stopniowe akcje przesiedleńcze Indian amerykańskich otworzyły dla osadników nowe możliwości osiedlenia się i podjęcia, głównie rolniczej, działalności na jednych z najbardziej żyznych gleb na świecie. Wraz z osadnikami na terytoriach na zachód od Missisipi pojawiły się inne rodzaje aktywności gospodarczej. Przedsiębiorcy, głównie ze wschodniego wybrzeża USA, prowadzili z osadnikami handel, przede wszystkim artykułami przemysłowymi i spożywczymi niezbędnymi w życiu codziennym i w działalności rolniczej. Oferowali usługi finansowe. Wkrótce rozpoczęto także budowę transkontynentalnej linii kolejowej i telegraficznej.

Dynamika oraz skala przemian gospodarczych i społecznych, którym podlegały ówczesne Stany Zjednoczone, pozwoliły na powstanie ogromnych fortun i wielkich organizmów gospodarczych, zlokalizowanych głównie na wschodnim wybrzeżu, prowadzących jednak działalność na terenie całego kraju. Jednocześnie sprzyjało to stopniowej koncentracji rynku, której charakterystyczną cechą było tworzenie ogromnych trustów skupiających przedsiębiorstwa o różnych rodzajach działalności i dysponujących z reguły siłą rynkową w znacznym rozmiarze. Wykorzystując ją, trusty eksploatowały konsumentów i kontrahentów, którzy często skazani na jedno źródło zaopatrzenia, odprowadzali na rzecz tych pierwszych rentę monopolistyczną. Wielkie organizmy gospodarcze powszechnie używały siły rynkowej, by eliminować konkurentów z rynku lub wchodziły z nimi w porozumienia, dzieląc rynki zbytu lub kontrolując ceny i poziomy sprzedaż⁵.

Taka sytuacja stała się wkrótce źródłem poważnych napięć społecznych, w których naprzeciwko siebie stanęli mieszkańcy nowych terytoriów oraz przedsiębiorcy, pochodzący głównie ze wschodniego wybrzeża USA, określane przez tych pierwszych mianem „złodziejskich baronów”⁶. Konflikt ten miał wprawdzie podłoże

5 W piśmiennictwie pojawiają się także inne wyjaśnienia motywów stojących u podstaw uchwalenia ustawy Shermana. Niektórzy autorzy podważają bowiem tezę o posiadaniu przez ówczesne trusty siły rynkowej w znacznym zakresie wskazując, że powstała ona w wyniku presji, jaką na kongresmenów wywierali konkurenci największych przedsiębiorców działających ówczesnie na rynku, zainteresowani osłabieniem ich pozycji konkurencyjnej – zob. T. DiLorenzo, *The Origins of Antitrust: an Interest-group Perspective*, „International Law and Economics” 1985, vol. 5, Issue 2, s. 73–90 oraz D. Boudreaux, T. DiLorenzo i S. Parker, *Antitrust Before the Sherman Act: The Public Choice Perspective*, Chicago 1985, s. 255–270.

6 Metafora „złodziejskiego barona” wywodzi się z artykułu zatytułowanego *Your Money or Your Line* i opublikowanego w 9 lutego 1859 r. w „The New York Times”. Jego autor, Henry

gospodarcze, postrzegany był jednak przede wszystkim poprzez pryzmat polityki, tym bardziej że wielki biznes na niespotykaną do tej pory skalę korumpował zarówno stanowych, jak i federalnych polityków oraz manipulował wynikami wyborów do krajowych i stanowych legislatyw⁷. W rozumieniu ich oponentów działania „złodziejskich baronów”, poprzez narzucenie nieuczciwych i uciążliwych warunków zakupu towarów i usług, prowadziły do uzależnienia od nich nabywców, co pojmowano jako przejaw ograniczenia przysługujących im praw. Stany Zjednoczone postrzegane były przez imigrantów, którzy napływali do nich głównie z Europy, jako ojczyzna demokracji – państwo, które w odróżnieniu od monarchii starego kontynentu zapewniało obywatelom wolność i wpływ na sposób sprawowania rządów.

Rezultatem tych napięć była silna presja polityczna wywierana przez obywateli, głównie osadników z zachodnich stanów, na kongresmenów, aby podjąć działania zmierzające do ograniczenia potęgi trustów. Wpłynęła ona na rozpoczęcie w 1888 r. w Kongresie burzliwej, jak się następnie okazało, debaty na temat kształtu przyszłego ustawodawstwa antymonopolowego. Zadaniem przygotowania jego projektu obarczono senacką Komisję Finansów, kierowaną przez republikańskiego senatora Johna Shermana z Ohio. Ostatecznie, po długich debatach, w 1890 r. przyjęto ustawę nazwaną jego nazwiskiem⁸. Polityczny cel jej wprowadzenia znakomicie obrazują słowa wystąpienia senatora Shermana w Kongresie, zawierającego uzasadnienie projektu ustawy, w których wielokrotnie używał on pojęć nawiązujących do atrybutów władzy:

Jeżeli skoncentrowana siła wynikająca z takiej kombinacji [tj. trustu – L. G.] znalazła się w rękach jednego człowieka, to otrzymał on królewskie prerogatywy, niezgodne z naszą formą rządu, i powinno być to przedmiotem silnego oporu państwa i jego władz. Jeśli cokolwiek jest złego

J. Raymond, piętnował praktyki jednego z wielkich przemysłowców amerykańskich Corneliusa Vanderbilta, właściciela przedsiębiorstwa żeglugowego Accessory Transit, które oferowało najszybszy transport, drogą morską, ze wschodniego wybrzeża USA do ogarniętej gorączką złota Kalifornii. H. Raymond miał na myśli porozumienie, które C. Vanderbilt zawarł z jednym z przedsiębiorstw żeglugowych – Pacific Mail Steamship Company, na mocy którego zaprzestał on konkurowania z nim w zamian za stałą miesięczną płatność. Co ciekawe, H. Raymond odnosząc się do Vanderbilta nie użył wprost określenia „złodziejski baron”, lecz użył bardziej ogólnego porównania: „podobnie jak ci dawni niemieccy baronowie, z ich gniazd rozmieszczonych wzdłuż Renu, którzy rzucali się, by chwycić w swoje szpony handel na tej szlachetnej rzece, by obłożyć daniną każdego płynącego nią pasażera, Pan Cornelius Vanderbilt, wraz z wszystkimi będącymi na jego smyczy parowcami Accessory Transit, nalegał, by Pacific Company płaciła mu myto, zebrane od całej Ameryki, która robi interesy w Kalifornii i na Morzu Południowym”.

Wkrótce do grona złodziejskich baronów zaczęto zaliczać innych amerykańskich przedsiębiorców, w tym: J. Rockefellera, J. P. Morgana, A. Carnegie’ego i A. Mellona.

7 Por. J. Powell, S. Menendian, *Beyond Public/Private: Understanding Excessive Corporate Prerogative*, „Kentucky Law Journal” 2011, vol. 100, s. 67.

8 Wbrew powszechnej opinii, ustawa Shermana nie była pierwszym aktem normatywnym regulującym materię ochrony konkurencji. Rok wcześniej uchwalona została bowiem zakazująca praktyk antykonkurencyjnych ustawa kanadyjska: *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in the Restraint of Trade*.

– to jest to właśnie to. Jeśli nie ustanawiamy króla jako źródła władzy politycznej, nie powinniśmy ustanawiać króla nad produkcją, transportem i sprzedażą dóbr niezbędnych do życia. Jeśli nie powołaliśmy imperatora, nie powołujemy autokraty handlu, posiadającego moc zapobiegania konkurencji i ustalania cen jakichkolwiek dóbr.

Polityczne motywy stojące u podstaw uchwalenia ustawy Shermana nie od początku zaczęły przekładać się na percepcję celów amerykańskiego prawa antytrustowego. W pierwszych latach od jej uchwalenia stosowanie przepisów ustawy było sporadyczne, i paradoksalnie częściej służyło rozprawom z działalnością związków zawodowych aniżeli dużych przedsiębiorstw⁹. Sytuację zmieniła prezydentura Theodora Roosevelta, który walkę z monopolami uznał za jeden z jej priorytetów¹⁰. Przydało to dynamiki procesowi kształtowania się zarówno podstawowych instytucji amerykańskiego prawa antytrustowego, jak i jego aksjologicznych podstaw. W następnych latach, choć już po zakończeniu jego urzędowania, zapadły kluczowe dla określenia sposobu wykładni przepisów ustawy Shermana wyroki Sądu Najwyższego¹¹. Nieprecyzyjny język ustawy oraz jej zakorzenienie w systemie *common law* wpłynęły na sposób jej postrzegania w pierwszym okresie po jej uchwaleniu – jako nadającej sędziom i badaczom prawa „mandatu do stworzenia federalnego *common law* konkurencji”¹².

W kolejnych dekadach z pomocą sądom federalnym, które stanęły przed trudnym zadaniem opracowania spójnego logicznie sposobu stosowania prawa antytrustowego, przyszedł świat akademicki. Początkowo główną rolę w tym procesie odgrywali przede wszystkim ekonomiści z Uniwersytetu Harvarda, którzy dostarczyli teoretycznej podbudowy amerykańskiego systemu ochrony konkurencji¹³. Opierała się ona na koncepcjach strukturalnych nawiązujących do teorii

9 R. Peritz, *Competition...*, s. 29–38; M. Law, S. Kim, *The Rise of the American Regulatory State: a View from the Progressive Era*, [w:] D. Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham 2011, s. 121; M. Ledbetter, *America's...*, s. 280; J. Powell, S. Menendian, *Beyond...*, s. 67. Nie oznacza to jednak, że w pierwszej dekadzie obowiązywania ustawy Shermana nie zapadły wyroki, w których za sprzeczne z ustawą Shermana uznano typowe praktyki antykonkurencyjne, jak np. kartele cenowe – por. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Trans Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897); *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898); *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899); lata 1890–1911 przez R. Peritza określone zostały jednak jako okres, w którym „Sąd Najwyższy zmagał się z językiem ustawy, zanim w wyroku w sprawie *Standard Oil* wystarczająca liczba sędziów pojęła, że należy przyjąć regułę rozsądku” – por. R. Peritz, *Competition...*, s. 26; zob. także wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

10 R. Peritz, *Competition...*, s. 39; M. Ledbetter, *America's...*, s. 280.

11 Por. w szczególności wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911); *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) i późniejszy *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

12 R. Peritz, *Competition...*, s. 39.

13 Teoretyczne podstawy szkoły harwardzkiej określone zostały między innymi w następujących opracowaniach: E. Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge 1933;

A. Cournota¹⁴ i zakładających, że działanie rynku stanowi funkcję jego struktury¹⁵. Opracowany przez J. Baina w roku 1959 paradygmat S-C-P (*Structure-Conduct-Performance*) zakładał, że określona struktura rynku (*Structure*) nieodwołalnie prowadzi do określonych zachowań rynkowych (*Conduct*), które z kolei rzutują na jego wydajność (*Performance*)¹⁶. W takim ujęciu czynnik określający zachowanie przedsiębiorcy na rynku może zostać wykreślony z równania. Nie ma on bowiem znaczenia dla funkcjonowania rynku i nie powinien być zasadniczo uwzględniany przy ocenie dopuszczalności praktyk rynkowych i ustalaniu priorytetów polityki antymonopolowej. Prawo antytrustowe powinno natomiast dążyć do kształtowania odpowiednich struktur rynkowych, zapobiegając przede wszystkim nadmiernej koncentracji siły rynkowej.

Teoria strukturalna na równi z wartościami stojącymi u podstaw uchwalenia ustawy Shermana na długie lata, bo aż do połowy lat siedemdziesiątych dwudziestego wieku, ukształtowały sposób postrzegania celów, które miała ona osiągać. nich na pierwszy plan wysunęła się uczciwość (*fairness*) i równość w relacjach. Pośród nich uczestnikami rynku¹⁷. Zadaniem prawa antytrustowego miało być rozpraszanie siły rynkowej¹⁸ i ochrona mniejszych przedsiębiorców i konsumentów przed siłą rynkową dużych organizmów gospodarczych¹⁹. W odniesieniu do tych pierwszych miało to ułatwić dostęp do rynku i zapewnić odpowiednią jego strukturę²⁰. Jednocześnie miało służyć jako instrument redystrybucyjny,

E. S. Mason, *Economic Concentration and the Oligopoly Problem*, Cambridge 1957; J. S. Bain, *Industrial Organization*, ed. 2, New York 1959; idem, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Cambridge 1956; C. Kaysen, D. F. Turner, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Study Analysis*, Cambridge 1959.

- 14 Więcej na temat zastosowania teorii Cournota – J. E. Lopatka, *Solving the Monopoly Problem: Turner's Try*, „Antitrust Bulletin” 1996, vol. 41, s. 862 i n.
- 15 H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Cambridge 2005, s. 35–36.
- 16 *Ibidem* oraz H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, Saint Paul 1999, s. 42–43.
- 17 D. Gerber, *Fairness...*, s. 3.
- 18 Por. m.in. tezę Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Aluminum Co. of America [Alcoa]* (377 U.S. 271 [1964]): „wielkie konsolidacje przemysłowe są w oczywisty sposób niepożądane”.
- 19 E. Fox, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, „Cornell Law Review”, August 1981, vol. 66, Issue 6, s. 1142; R. Lande, *Wealth Transfer as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, [w:] T. Sullivan (ed.), *The Political Economy of the Sherman Act*, Oxford–New York 1991, s. 82. Zob. także tezę Sądu Najwyższego w wyroku w sprawie *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897): „nie służy to dobrobytowi żadnego państwa, by pojawiały się takie zmiany, które powodują, że niezależny biznesman, kierujący swoim przedsiębiorstwem, być może jedynie niewielkim, zmienia się jedynie w służącego lub agenta korporacji odnośnie do sprzedaży dóbr, które kiedyś produkował lub sprzedawał, bez prawa głosu co do kształtu polityki spółki i związanego rozkazami wydawanymi przez innych”.
- 20 E. Fox, *The Modernization...*, s. 1142 oraz cytowana przez nią teza z wyroku w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966): „podobnie jak w przypadku ustawy Shermana w 1890 i Claytona w 1914, podstawowym celem ustawy Celler-Kefauvera z 1950 r.

zapewniający uczciwy podział dochodu pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami²¹. Trzymanie w korbach monopoli miało także służyć ochronie stabilności systemu politycznego przed wpływami wielkich struktur gospodarczych²². Cele te postrzegane były przy tym zwykle jako równorzędne, choć w niektórych przypadkach na pierwszy plan wysuwało się dążenie do utrzymania odpowiedniej struktury rynku nawet kosztem wyższych cen, które musieli płacić konsumenci²³.

Tak rozumiane cele prawa antytrustowego uwzględniane były, choć z różną intensywnością na przestrzeni czasu, w procesie stosowania prawa przez sądownictwo federalne. Szczyt aktywności wdrażania prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych przypada na lata sześćdziesiąte i siedemdziesiąte dwudziestego wieku za czasów pełnienia funkcji Prezesa Sądu Najwyższego USA przez E. Warrena²⁴. Orzecznictwo zapadłe w tym okresie realizowało koncepcje strukturalne²⁵ podchodząc szczególnie surowo do praktyk dominantów rynkowych²⁶.

jest zapobieganie koncentracji gospodarczej w obrębie gospodarki amerykańskiej poprzez utrzymywanie dużej liczby małych konkurentów na rynku” oraz „na przestrzeni historii obowiązywania tych ustaw stale przyjmowano, że jednym z ich celów było wzmacnianie i ochrona, dla jej własnego dobra i bez względu na koszty, organizacji gospodarki w postaci niewielkich jednostek zdolnych do efektywnego konkurowania ze sobą”.

21 R. Lande, *Wealth...*, s. 78–79.

22 R. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, „University of Pennsylvania Law Review” 1979, vol. 127, s. 1053–1055 oraz R. Lande, *Wealth...*, s. 80.

23 E. Fox, *The Modernization...*, s. 1142; zob. także tezę Sądu Najwyższego w sprawie *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962): „nie możemy nie uznać, że Kongres miał zamiar wspierać konkurencję poprzez ochronę sprawnie działających małych, lokalnych przedsiębiorców. Kongres brał pod uwagę, że utrzymywanie rozdrobionych sektorów i rynków może niekiedy prowadzić do podniesienia kosztów i cen. Rozwiązał ten konflikt wartości na korzyść decentralizacji”.

24 *Notabene* dla opisu przebiegu stosowania prawa antytrustowego w USA w latach 1960–2000 używana jest często metafora wahadła, które w pierwszych dwu dekadach tego okresu wychylone jest zbyt daleko w kierunku agresywnej polityki antymonopolowej, następnie w latach osiemdziesiątych, za prezydentury R. Reagana, wraz z rosnącymi wpływami szkoły chicagowskiej, wychylone zostało w stronę przeciwną i, które wreszcie powróciło w latach dziewięćdziesiątych do bardziej centralnego położenia oznaczającego racjonalną politykę antymonopolową; por. m.in.: W. Kovacic, *The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*, „Antitrust Law Journal” 2003, vol. 71, No 2, s. 377.

25 W zakresie oceny koncentracji, Sąd Warrena domniemywał zakazu koncentracji dokonywanych pomiędzy konkurentami na rynku wysoce skoncentrowanym, o ile ich łączny udział w rynku przenosił 30%. Zdarzały się też sytuacje, w których zakazywał koncentracji, nawet jeśli poziom ten wynosił mniej niż 10% – zob.: R. Skitol, *The Shifting Sands of Antitrust Policy: Where it Has Been, Where it is Now, Where it Will Be in its Third Century*, „Cornell Journal of Law and Public Policy”, Fall 1999, vol. 9, s. 244–245 oraz wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); *United States v. Pabst Brewing Co.*, 384 U.S. 546 (1966), gdzie łączny udział w rynku uczestników koncentracji był mniejszy niż 6%. Zob. także H. Hovenkamp, *The Antitrust...*, s. 37 oraz A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Saint Paul 2002, s. 62.

26 R. Skitol, *The Shifting...*, s. 245.

Ówczesne znaczenie prawa antytrustowego w systemie politycznym i gospodarczym Stanów Zjednoczonych podkreślano było wielokrotnie przez orzecznictwo Sądu Najwyższego, które nadało ustawie Shermana rangę równą niemalże konstytucji gospodarczej USA. Na uwagę zasługują tezy zawarte w dwu wyrokach, które jednocześnie uwypuklają szczególną rolę systemu prawa konkurencji w modelu ustroju gospodarczego Stanów Zjednoczonych i dają wyobrażenie o celach przezeń realizowanych:

Ustawa Shermana została stworzona jako ogólna karta wolności gospodarczej, nakierowana na ochronę wolnej i nieskrępowanej konkurencji jako zasady handlowej. Opiera się ona na założeniu, że niezakłócona interakcja sił konkurencyjnych zapewni najlepszą alokację zasobów gospodarczych, najniższe ceny, najwyższą jakość i największy postęp materialny, zapewniając jednocześnie środowisko sprzyjające ochronie naszych demokratycznych, politycznych i społecznych instytucji²⁷.

Prawo antytrustowe w ogólności, a ustawa Shermana w szczególności, stanowią *Magna Carta* wolnej przedsiębiorczości. Są tak samo ważne dla ochrony wolności gospodarczej i naszego systemu wolnej przedsiębiorczości jak *Karta Praw* dla ochrony podstawowych wolności osobistych. A wolność gwarantowana każdemu przedsiębiorcy, nieważne jak małemu, stanowi wolność konkurowania – osiągnięcia z wigorem, wyobraźnią, oddaniem i pomysłowością, co tylko gospodarczy miłośnik jest w stanie osiągnąć²⁸.

10.2.3. Zmiana paradygmatów amerykańskiego prawa antytrustowego

Koniec lat siedemdziesiątych XX w. wiąże się ze zmianą aksjologicznych paradygmatów amerykańskiego prawa antytrustowego i reorientacją jego celów. Możliwości ku temu stworzyła prezydentura R. Reagana, który w znacznym stopniu oparł swoją politykę gospodarczą na koncepcjach neoklasycznych, korzystając przy tym szeroko z dorobku szkoły chicagowskiej. Przychylność prezydenta Reagana dla jej ideologów zaowocowała ich nominacjami na stanowiska sędziów sądów federalnych²⁹. Zmiany personalne, a także organizacyjne, nie ominęły też amerykańskich

27 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Northern Pac. Ry. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

28 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972); teza potwierdzona następnie w wyrokach Sądu Najwyższego sprawach: *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U.S. 389 (1978); *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968) i *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966).

29 Nominację na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego uzyskał w roku 1987 R. Bork, jednak Senat nie zaakceptował jego kandydatury. W tym samym roku został on mianowany sędzią Sądu Apelacyjnego Obwodowego dla Dystryktu Kolumbii. Sędziami Sądu Apelacyjnego dla 7. Obwodu zostali natomiast R. Posner i F. Easterbrook. Za kadencji R. Reagana stanowiska sędziów Sądu Najwyższego uzyskali inni konserwatywni sędziowie, w tym A. Scalia i S. Day

organów konkurencji. FTC, krytykowana wcześniej za nazbyt agresywne działania, w szczególności względem dużych przedsiębiorców, oraz za nadmierną niezależność, znalazła się pod bezpośrednim nadzorem administracji prezydenta³⁰. Zaowocowało to znacznym poluzowaniem polityki antymonopolowej, która określona została przez R. Pitofsky'ego jako „najbardziej pobłażliwy program wdrażania prawa od 50 lat”³¹. Dzięki wsparciu administracji R. Reagana szkoła chicagowska z zyskującej wprawdzie na znaczeniu, lecz nadal pozostającej w cieniu szkoły harwardzkiej, stała się nurtem ideologicznym wyznaczającym trendy rozwojowe amerykańskiego prawa antytrustowego.

Jej początki sięgają drugiej połowy lat pięćdziesiątych dwudziestego wieku i wiążą się z działalnością środowiska naukowego zgromadzonego wokół A. Directora, ekonomisty z Uniwersytetu w Chicago³². Tworzący je ekonomiści, a następnie także prawnicy, początkowo nie opracowali spójnej prawno-ekonomicznej teorii konkurencji. Podejmowali natomiast cząstkowe badania nad wpływem poszczególnych praktyk rynkowych na konkurencję i zasadnością dotychczasowych odpowiedzi prawa antytrustowego na ich stosowanie³³. Wykorzystywali w nich stworzony przez A. Marshalla model konkurencji doskonałej osadzony w neoklasycznej teorii cen.

„Chłopców z Chicago” łączyła wspólnota przekonań dotyczących kształtu relacji państwo–gospodarka, zakresu pożądanej interwencji państwa w procesy gospodarcze oraz znaczenia, jakie ma dla nich działanie mechanizmu rynkowego. Poglądy te nawiązywały szeroko do koncepcji klasycznego liberalizmu A. Smitha

O'Connor oraz bardziej umiarkowany A. Kennedy. Z kolei konserwatywny W. Rehnquist powołany został na stanowisko Prezesa Sądu Najwyższego.

30 R. Reagan powołał na stanowisko Zastępcy Prokuratora Generalnego do spraw Antytrustu Williama Baxtera, który jako profesor prawa Uniwersytetu Stanforda nie był związany bezpośrednio ze szkołą chicagowską, jednak reprezentował podobne poglądy; natomiast szefem FTC został J. Miller – konserwatywny ekonomista i zwolennik szkoły chicagowskiej z University of Virginia. Więcej na temat zmian w obszarze działalności amerykańskich organów konkurencji za prezydentury R. Reagana w: R. Schechter, *A Retrospective on the Reagan FTC: Musings on the Role of an Administrative Agency*, „Administrative Law Review”, Fall 1990, vol. 42, No 4, s. 489 oraz W. Kovacic, *The Modern...*, s. 383–389; R. Peritz, *Competition...*, s. 265–299 oraz M. Coate, *Merger Enforcement at the Reagan/Bush FTC*, [w:] M. Coate, A. Kleit (eds.), *The Economics of the Antitrust Process*, Boston 1996, s. 135.

31 R. Pitofsky, *Does Antitrust Have a Future?*, „Georgetown Law Journal” 1987, vol. 76, s. 321.

32 A. Director, uważany za mentora szkoły chicagowskiej i głównego inspiratora badań prowadzonych przez jej przedstawicieli, publikował niewiele, a, jak podaje R. Posner, formułował swoje poglądy głównie ustnie (zob. R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, „University of Pennsylvania Law Review”, April 1979, vol. 127, s. 925). Do wyjątków należy: A. Director, E. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, „Northwest University Law Review” 1956, vol. 51, s. 281. Niektóre spośród badań prowadzonych przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej inspirowane były bezpośrednio przez A. Directora – por. np. uwagi L. Telsera zawarte w przypisie 1 do L. Telsa, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, „The Journal of Law & Economics”, October 1960, vol. 3, s. 86.

33 R. Posner, *The Chicago...*, s. 925.

i A. Marshalla, uwypuklając znaczenie wolności gospodarczej i samoregulacyjnych zdolności rynku³⁴.

Rezultaty badań prowadzonych przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej szybko ustawiły ich w opozycji względem dominujących ówczesnie koncepcji strukturalnych. Zarzucali oni szkole harwardzkiej schematyzm rozumowania, brak rzetelnych analiz ekonomicznych realnego wpływu praktyk rynkowych na konkurencję i kierowanie się uprzedzeniami w stosunku do dużych przedsiębiorców³⁵. Krytykowali także nadmierne poleganie na regułach *per se*. W zamian zaproponowali podejście zróżnicowane i skupione na realnych skutkach, jakie określone praktyki wywierają na konkurencję i w rezultacie na wydajność procesów gospodarczych³⁶. Stopniowo podważali oni zasadność dotychczasowego restrykcyjnego podejścia orzecznictwa względem kolejnych praktyk ograniczających konkurencję, uznając wcześniejszą politykę antymonopolową za przeciwnie skuteczną³⁷. I tak badania nad naturą praktyk jednostronnych przedsiębiorstw doprowadziła R. Posnera do zanegowania znaczenia barier rynkowych jako najważniejszej przesłanki siły rynkowej przedsiębiorcy³⁸. W tym ujęciu zawsze prawdopodobna możliwość wejścia na rynek nowego gracza skutecznie chroni przed podnoszeniem cen przez zasiedziałego na rynku dominanta³⁹. Z kolei studia nad naturą porozumień poziomych przywiodły do wniosku, że są one niestabilne i mogą być sprawnie eliminowane z obrotu w wyniku działania mechanizmu rynkowego⁴⁰. Podobnie pogłębiona refleksja nad naturą porozumień pionowych dokonana przez W. Bowmana, L. Telsera, R. Borka, R. Posnera i F. Easterbrooka pozwoliły im na postawienie wniosku o zasadniczo prokonkurencyjnych efektach tych praktyk. W opinii reprezentantów szkoły chicagowskiej przedmiotem zainteresowania prawa antytrustowego powinny być przede wszystkim kartele cenowe i największe koncentracje horyzontalne. Stosowanie pozostałych praktyk rynkowych powinno jedynie wyjątkowo podlegać ograniczeniom ze strony tej dziedziny prawa⁴¹.

Badania prowadzone przez jej przedstawicieli stopniowo doprowadziły do wyłonienia się fundamentów teorii szkoły chicagowskiej. Syntezy szkoły dokonali

34 Zob.: H. Hovenkamp, *The Antitrust...*, s. 32.

35 M. Jacobs, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, „North Carolina Law Review”, November 1995, s. 228.

36 W. Page, *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*, „Virginia Law Review”, October 1989, vol. 75, s. 1221; M. Jacobs, *An Essay on...*, s. 289.

37 Badania te skupiły się w pierwszej kolejności na kwestii podejścia orzeczniczego względem integracji pionowej i sprzedaży związanej, porozumień pionowych, drapieżnictwa cenowego i innych praktyk jednostronnych – zob. H. Hovenkamp, *The Antitrust...*, s. 33 oraz R. Posner, *The Chicago...*, s. 926.

38 R. Posner, *The Chicago...*, s. 928.

39 H. Hovenkamp, *The Antitrust...*, s. 32.

40 M. Jacobs, *An Essay...*, s. 229.

41 R. Posner, *The Chicago...*, s. 928 i 933.

dwaj najważniejsi jej ideolodzy – R. Posner w wydanym w roku 1976 opracowaniu zatytułowanym *Antitrust Law* oraz R. Bork w *The Antitrust Paradox*, które ukazało się dwa lata później⁴². R. Bork na nowo odczytał założenia, które – w jego ocenie – przyświecały Kongresowi, gdy ten uchwalał ustawę Shermana:

Język ustaw antytrustowych, ich historia legislacyjna, najważniejsze elementy struktury prawa antytrustowego oraz względy zakresu, natury, spójności i łatwości wdrażania prawa, wszystkie przemawiają za tym, że jego stosowaniem powinno kierować kryterium dobrobytu konsumenta⁴³.

W ujęciu R. Borka prawo antytrustowe służyć ma wyłącznie zapewnieniu efektywności procesów gospodarczych rozumianej zarówno jako efektywność alokacyjna, jak i produkcyjna⁴⁴. Mechanizm konkurencyjny, sprzyjając maksymalizacji tychże efektywności, wpływa bowiem na zwiększenie dobrobytu konsumenta. Konkurencja, prowadząc do możliwie najlepszej alokacji zasobów, tj. zapewniając, że trafiają one do uczestników rynku, dla których są najwięcej warte, zapewnia maksymalny, w danych okolicznościach rynkowych, poziom produkcji towarów⁴⁵. To z kolei wpływa na obniżenie cen i tym samym powoduje przepływ możliwie najwyższych korzyści do konsumentów⁴⁶. Cel, w postaci maksymalizacji dobrobytu

42 R. Bork, *The Antitrust Paradox*, Free Press, New York 1978.

43 *Ibidem*, s. 57.

44 Znaczenie tych terminów Bork zapożyczył od F. Knighta, ekonomisty działającego w latach trzydziestych na Uniwersytecie w Chicago, uważanego za ojca szkoły chicagowskiej. Pierwszy z nich odnosił się do „alokacji dostępnych sił produkcyjnych i surowców pomiędzy różne gałęzie przemysłu”. Drugi natomiast specyficznie – jako „efektywna koordynacja różnych czynników produkcji w poszczególnych dziedzinach działalności gospodarczej, zapewniająca najlepsze rezultaty” – zob. R. Bork, *The Antitrust...*, s. 91.

45 Zob. np.: L. Sullivan, W. Grimes, *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*, ed. 3, Saint Paul 2016, s. 12. W literaturze podkreśla się silne zakorzenienie koncepcji Borka w teorii społecznego darwinizmu Herberta Spencera, przeciwstawianego koncepcji równości szans, do której silnie nawiązywały wcześniejsze koncepcje aksjologiczne prawa antytrustowego upatrujące jego celów przede wszystkim w uczciwości i równości – zob.: R. Peritz, *Competition...*, s. 260–261 oraz E. Hughes, *The Left Side of Antitrust: What Fairness Means and Why it Matters*, „Marquette Law Review” 2009, vol. 77, Issue 2, s. 290. Inne podstawy otrzymała teoria R. Posnera, który wywodził ją z kantowskiej koncepcji autonomii jednostki. W tym ujęciu maksymalizacja dobrobytu konsumenta jawi się jako rezultat transakcji dokonywanych pomiędzy jednostkami dysponującymi wolnością, w tym swobodą kontraktową. Zawierając umowę jednostka dąży do powiększenia swojego dochodu, lecz jednocześnie bierze pod uwagę możliwość poniesienia strat. Por. R. Peritz, *Competition...*, s. 260.

46 R. Blair i D. Sokol zwrócili uwagę na błędy terminologiczne, które popełnił R. Bork. Otóż w ujęciu ekonomicznym kategoria określona przez niego mianem dobrobytu konsumenta odnosi się do całkowitego dobrobytu (*total welfare*), a zatem do przyrostu korzyści po stronie zarówno konsumentów, jak i producentów. W tym kontekście maksymalizacja całkowitego dobrobytu utożsamiana jest z maksymalizacją efektywności alokacyjnej. R. Bork w istocie postulował, by celem prawa antytrustowego była maksymalizacja całkowitego dobrobytu, a nie tylko dobrobytu konsumenta – zob.: R. Blair, D. Sokol, *The Rule of Reason*

konsumenta, postrzegany był przy tym jako czysto ekonomiczny, zakorzeniony w naukach przyrodniczych i przeciwstawiany celom równościowym określanym jako „populistyczne” i uznawanym za socjalno-polityczne w swojej naturze⁴⁷.

Zgodnie z postulatami szkoły chicagowskiej, wyrażonymi między innymi piórem R. Borka, jedynym kryterium oceny dopuszczalności danej praktyki na konkurencję powinien być jej wpływ na dobrobyt konsumenta. Zakazem powinny zostać objęte jedynie te praktyki przedsiębiorstw, które są w stanie realnie wpłynąć na jego pogorszenie⁴⁸. Stosowanie prawa z uwzględnieniem kryterium dobrobytu konsumenta wymaga tym samym podejścia zdywersyfikowanego i wyważonego, skierowanego na zbadanie ekonomicznych skutków danej praktyki rynkowej. Powinno być ono zasadniczo oparte na regule rozsądku, a zakres stosowania reguły *per se* powinien zostać znacznie ograniczony. Przedstawiciele szkoły chicagowskiej wyrażali przy tym sceptycyzm dla możliwości realnego przeprowadzania przez sądy złożonych analiz ekonomicznych⁴⁹. W odniesieniu do praktyk, w których nie jest to możliwe, postulowali oni powstrzymanie się od interwencji.

Koncepcje szkoły chicagowskiej stały się u podstaw rewolucji ekonomicznej, która dokonała się w amerykańskim prawie antytrustowym w ciągu kolejnych 30 lat, a której symboliczny punkt startowy wyznacza wyrok w sprawie GTE Sylvania z roku 1977⁵⁰. Efektem była liberalizacja podejścia sądownictwa i organów konkurencji względem praktyk rynkowych i koncentracji przedsiębiorców⁵¹. Jej przejawem, w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję, było stopniowe odchodzenie od stosowania reguł *per se* na rzecz reguły rozsądku⁵².

Szkoła chicagowska nie tylko zmodyfikowała sposób stosowania prawa antytrustowego, ale na stałe zmieniła percepcję jego aksjologicznych fundamentów. Poprzez uplasowanie w centrum kryterium wpływu na dobrobyt konsumenta, jej koncepcje zdominowały sposób, w jaki postrzegane są skutki praktyk rynkowych przedsiębiorców. Jej wpływ tak na teoretyków, jak i praktyków prawa, był ogromny. Wystarczy wskazać, że jej koncepcje wpłynęły istotnie na przekształcenie języka badań nad prawem konkurencji. Od tej pory na stałe do jego słownika weszły takie pojęcia, jak: efektywność gospodarcza, społeczna strata monopolu czy używane

and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, „Antitrust Law Journal” 2012, vol. 78, No 2, s. 473.

47 R. Posner, *Antitrust...*, s. 19

48 R. Bork, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, „Journal of Law & Economics” 1966, vol. 9, s. 7.

49 Por. R. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, „University of Chicago Law Review” 1981, vol. 48, s. 9; H. Hovenkamp, *The Antitrust...*, s. 32.

50 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

51 *Notabene* od roku 1992, kiedy to Sąd Najwyższy wydał wyrok w sprawie *Kodak (Eastman Kodak Co v. Image Technical Services Inc.)*, 504 US 451 [1992]), powód nie wygrał przed Sądem Najwyższym sprawy opartej na zarzutach naruszenia prawa antytrustowego.

52 Por. uwagi dotyczące reguł *per se* i reguły rozsądku zawarte w rozdziale 5.

na potrzeby opisu nieprawidłowych rezultatów decyzji w sprawach, zapożyczone z nauk statystycznych pojęcia błędów typu I i typu II.

Źródeł tak wielkiego sukcesu szkoły chicagowskiej upatrywać można przede wszystkim w tym, że dostarczyła ona remedium na podstawowy deficyt amerykańskiego prawa antytrustowego – wynikającego z niezwykle ogólnego języka braku spójnych dyrektyw jego stosowania. Nowa doktryna przyczyniła się do stworzenia spójnego aksjologicznie i logicznie systemu opartego na mierzalnych parametrach ekonomicznych i pozwalającego uzyskać zarówno względną pewność prawa, jak i ujednoczyć jego stosowanie.

Szkoła chicagowska jako koncepcja opozycyjna względem poprzednich nurtów aksjologicznych prawa antytrustowego, całkowicie odcięła się od jego wcześniejszego dorobku. Przyczyniła się do tego, że bywa on, także obecnie, całkowicie dezawuowany, uważany za przestarzały, a nawet traktowany pogardliwie i określany mianem populizmu⁵³.

10.2.4. Cele współczesnego amerykańskiego prawa antytrustowego

Założenia teoretyczne szkoły chicagowskiej spotkały się z silną krytyką już w momencie ich formułowania i krytykowane są nadal⁵⁴. I tak, słusznie, podważano tezę R. Borka, jakoby Kongres uchwalając ustawę Shermana kierował się wyłącznie dążeniem do maksymalizacji dobrobytu konsumenta⁵⁵. Historyczny kontekst jej

53 Przykładowo: R. Skitol określił organy stosujące prawo konkurencji w USA w latach sześćdziesiątych XX w. mianem „nadmiernie natarczywych populistów” – R. Skitol, *The Shifting...*, s. 253. Z kolei S. Vaheesan wskazał, że „od swojego początku orzecznictwo antytrustowe stanowiło mieszaninę populistycznych celów i ekonomicznie zorientowanych reguł prawnych” – S. Vaheesan, *The Evolving Populism of Antitrust*, „Nebraska Law Review” 2014, vol. 93, Issue 2, s. 372. Podobnie wypowiedział się D. Ginsburg: „Czterdzieści lat temu Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych najwzyczajniej w świecie nie miał pojęcia co robił w sprawach antytrustowych. Odczytywał z treści ustawy Shermana cały asortyment mglistych i ironicznie antykonkurencyjnych społecznych i politycznych celów, takich jak ochrona małych przedsiębiorców przed ich większymi, bezosobowymi (i bardziej efektywnymi) rywalami”. D. Ginsburg, *Originalism and Economic Analysis: Two Case Studies of Consistency and Coherence in Supreme Court Decision Making*, „Harvard Journal of Law & Public Policy”, Winter 2010, vol. 33, No 1, s. 217–218.

54 Por. m.in.: E. Fox, *Modernization...*, s. 1140; R. Pitofsky, *The Political...*, s. 1051; R. Lande, *Wealth Transfer...*, s. 71; idem, *Wealth Transfers As the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, „Hastings Law Journal” 1999, vol. 50, Issue 4, s. 871; M. Stucke, *Reconsidering Antitrust's Goals*, „Boston College Law Review” 2012, vol. 53, s. 551.

55 E. Fox, *Modernization...*, s. 1140; R. Pitofsky, *The Political...*, s. 1051; R. Lande, *Wealth Transfers As the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, „Hastings Law Journal” 1999, vol. 50, s. 871; H. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, „Michigan Law Review” 1985, vol. 84, s. 213 i 249; D. Barnes, *Nonefficiency Goals in the Antitrust Law of Mergers*, „William and Mary Law Review” 1989, vol. 30, s. 787; W. Cann, *Section 7 of the Clayton Act and the Pursuit of Economic „Objectivity” Is There Any Role for Social and*

wprowadzenia świadczy o tym, że także inne, w szczególności polityczne i społeczne cele złożyły się na jej genezę⁵⁶. Nie oznacza to oczywiście, że wykluczone jest wąskie postrzeganie celów, do których dążyć ma ustawa Shermana. Jej zakorzenienie w systemie *common law* umożliwia bowiem elastyczną sądową wykładnię jej przepisów tak, by dostosować ją do zmieniających się z upływem czasu okoliczności faktycznych i prawnych.

Szkole chicagowskiej zarzuca się także spekulatywność i brak wsparcia w badaniach empirycznych. W tym ujęciu jawi się ona jako koncepcja teoretyczna, często nie znajdująca uzasadnienia w rzeczywistości gospodarczej⁵⁷. Podkreśla się także nadmierne przywiązanie jej ideologów do samoregulacji mechanizmu rynkowego oraz do dogmatu racjonalności aktorów rynkowych⁵⁸. Wskazuje się na nieuzasadnione lekceważenie przez szkołę chicagowską znaczenia barier rynkowych⁵⁹. Wreszcie na łamach literatury zwraca się uwagę na niedostatki zaproponowanej przez „chłopców z Chicago” metodyki badania oddziaływania praktyk na dobrobyt konsumenta, mającej charakter statyczny i nieuwzględniającej wpływu praktyki na efektywność dynamiczną⁶⁰. Podkreśla się także jej destrukcyjny wpływ na jakość polityki ochrony konkurencji, zarzucając doprowadzenie do nadmiernego jej złagodzenia⁶¹. Zdaniem części krytyków, owa polityka braku interwencji – inspirowana przez szkołę chicagowską – stanowi zagrożenie nie tylko dla konkurencji, lecz nawet dla wartości stojących u podstaw amerykańskiej demokracji⁶².

Political Values in Merger Policy?, „Notre Dame Law Review” 1985, vol. 60, s. 273; idem, *Vertical Restraints and the „Efficiency” Influence-Does Any Room Remain for More Traditional Antitrust Values and More Innovative Antitrust Policies?*, „American Business Law Journal” 1987, vol. 24, s. 483; E. Fox, *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness*, „Notre Dame Law Review” 1986, vol. 61, s. 981.

56 T. Kauper odnosząc się do lekceważenia przez szkołę chicagowską wcześniejszego dorobku antytrustu, porównał ją do tytułowego bohatera książki R. Seussa *Grinch: świąt nie będzie*, który „wystarczyło, że raz zjechał z góry, by odrzucić tradycję i ukraść dekady rozwoju antytrustu”; zob.: T. Kauper, *Influence of Conservative Economic Analysis on the Development of the Law of Antitrust*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford 2009, s. 42.

57 *Ibidem*, s. 47 oraz E. Fox, *The Efficiency Paradox*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago...*, s. 82, S. Calkins, *Wrong Turns in Exclusive Dealing Law*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago...*, s. 167.

58 H. Hovenkamp, *Antitrust...*, s. 34.

59 *Ibidem*.

60 Por. m.in.: J. High, *Bork's Paradox: Static vs. Dynamic Efficiency in Antitrust Analysis*, „Contemporary Economic Policy”, July 2007, vol. 3, Issue 2, s. 21; M. Blaug, *Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency*, „Review of Industrial Organization” 2001, vol. 19, s. 47.

61 J. Baker, *Taking the Error Out of „Error Cost” Analysis: What's Wrong With Antitrust's Right*, „Antitrust Law Journal” 2015, vol. 80, No 1, s. 1; H. First, S. Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, s. 2543.

62 H. First, S. Waller, *Antitrust's...*, s. 2543.

Część założeń szkoły chicagowskiej zweryfikowały ponadto nowe zdobycze nauk ekonomicznych, przede wszystkim z zakresu teorii organizacji, teorii gier i ekonomii behawioralnej⁶³.

Niemniej, mimo upływu lat i burzliwego rozwoju nauk ekonomicznych, dorobek teoretyczny szkoły chicagowskiej w dalszym ciągu przemożnie wpływa na postrzeganie aksjologicznych założeń prawa antytrustowego. Na gruncie doktryny prawa powstał szeroki konsens co do tego, że maksymalizacja efektywności gospodarczej jest jedynym celem, które powinno realizować amerykańskie prawo konkurencji⁶⁴. Cele inne niż ekonomiczne, takie jak: równość i uczciwość w relacjach handlowych oraz ochrona mniejszych przedsiębiorców, zwykle pozostają całkowicie poza jego rachunkiem. Wypowiedzi dotyczące ich uwzględniania przy stosowaniu prawa antytrustowego bywają nacechowane tak silnym negatywnym ładunkiem emocjonalnym, że można zaryzykować twierdzenie o istnieniu wśród wielu przedstawicieli amerykańskiego piśmiennictwa swoistej fobii względem *fairness*⁶⁵.

Wśród ekonomistów i prawników trwa jednocześnie debata dotycząca pojmowania ekonomicznych celów prawa antytrustowego, nakierowana na poszukiwanie odpowiedniego standardu dobrobytu (*welfare standard*), jako celu prawa konkurencji. Jej oś stanowi spór o to, czy celem prawa antytrustowego powinna być maksymalizacja całkowitego, zagregowanego dobrobytu (*total welfare*), czy też wyłącznie dobrobytu konsumenta, zakładająca transfer korzyści od producentów do konsumentów⁶⁶.

Nie oznacza to przy tym, że nie pojawiają się głosy przemawiające za potrzebą szerszego rozumienia celów antytrustu, odwołujące się tak do historycznego kontekstu uchwalenia i stosowania ustawy Shermana, jak i do względów ekonomicznych.

63 J. Baker, *Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views*, „Antitrust Law Journal” 1989, vol. 5, s. 646.

64 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, ed. 3, Austin 2008, s. 651; J. Wright, D. Ginsburg, *The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, s. 2406; T. Nachbar, *The Antitrust Constitution*, „Iowa Law Review” 2014, vol. 99, s. 57; B. Orbach, *Antitrust’s Pursuit of Purpose*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, s. 2151.

65 T. Horton wskazał np., że „uczciwość wydaje się brzydkim słowem w amerykańskich kręgach antytrustowych”; T. Horton, *Fairness and Antitrust Reconsidered: An Evolutionary Perspective*, „McGeorge Law Review” 2013, vol. 44, No 4, s. 823, podobnie wypowiedzieli się E. Fox i A. Sullivan twierdząc, że niektórzy prawnicy i badacze starają się wyrzucić uczciwość ze słownika antytrustu – zob. E. Fox, L. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, Saint Paul 1989, s. 145–146.

66 K. Heyer, *Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best?*, „Competition Policy International”, Autumn 2006, vol. 2, s. 146 i n.; S. Salop, *Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard*, „Loyola Consumer Law Review” 2010, vol. 22, s. 336; R. Blair, D. Sokol, *The Rule...*, s. 471; iidem, *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, Issue 5, s. 2497; A. Meese, *Reframing the (False?) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, Issue 5, s. 2197.

Co więcej, można odnieść wrażenie, że w ostatnich latach, wraz z postępującym osłabianiem intensywności wdrażania prawa antytrustowego, przybiera ona na sile⁶⁷.

Bez względu na to, orzecznictwo sądów federalnych, poczynszyszy od wyroku w sprawie GTE Sylvania, w sposób niepodlegający dyskusji uznaje maksymalizację dobrobytu bądź inaczej rzecz ujmując – efektywność gospodarczą – za jedyny cel amerykańskiego antytrustu⁶⁸. Przy tym, z analizy dokonanej przez R. Blaira i D. Sokola wynika, że sądy federalne, odnosząc się do celów prawa antytrustowego i dokonując analizy wpływu praktyk przedsiębiorców na konkurencję, odwołują się do pojęcia „dobrobytu konsumenta”. Nie jest jednak do końca jasne, w jaki sposób je rozumieją. Treść niektórych wyroków Sądu Najwyższego wydaje się sugerować, że przyjmuje on całkowity dobrobyt jako standard oceny⁶⁹. Treść innych wskazuje natomiast, że sąd ten stosuje kryterium wpływu praktyki na dobrobyt

67 J. Kirkwood, R. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, „Notre Dame Law Review” 2008, vol. 84, s. 191; T. Horton, *Fairness...*, s. 823; E. Hughes, *The Left...*, s. 265.

68 Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993), w którym Sąd Najwyższy wskazał: „Po pierwsze, w kwestii prawnej, Sąd przypomina, że ustawa Robinsona–Patmana odnosi się do dobrobytu konsumenta i konkurencji, w odróżnieniu od ochrony indywidualnych konkurentów”; por. także tezę wyroku Sądu Najwyższego w sprawie FTC v. Actavis (570 U.S. ____ [2013]): „Celem prawa antytrustowego jest wspieranie konkurencyjnych rynków, by promować dobrobyt konsumenta”; oraz tezę z wyroku tego samego sądu w sprawie Arizona v. MaricopaCounty Medical Soc., 457 U.S. 332 (1982): „Jak już wskazywaliśmy, prawo antytrustowe jest receptą na dobrobyt konsumenta” – teza powtórzona w wyroku Sądu Najwyższego w sprawie National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma and University of Georgia Athletic Association, 468 U.S. 85 (1984); *notabene* po raz pierwszy teza ta, pochodząca z *The Antitrust Paradox* R. Borka, została przez Sąd Najwyższy przytoczona już w 1979 r. w sprawie Reiter v. Sonotone Corp. (442 U.S. 330 [1979]), nie tyle jednak jako stanowisko Sądu, a jako jeden z poglądów w debacie dotyczącej celów prawa antytrustowego; nieco inaczej wypowiedział się na temat celów prawa antytrustowego Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie Spectrum Sports v. McQuillan (506 U.S. 447 [1993]), wskazując, że „Celem ustawy [Shermana – Ł. G.] nie jest ochrona przedsiębiorców przed działaniem rynku; jest nim ochrona społeczeństwa przed niedoskonałościami rynku. Prawo kieruje się nie przeciwko zachowaniom, które są konkurencyjne, niekiedy nawet w sposób dotkliwy, lecz przeciwko zachowaniom, które w sposób nieuczciwy zmierzają do ograniczenia konkurencji jako takiej”; co ciekawe podobne ujęcie celów prawa antytrustowego pojawiało się sporadycznie w wyrokach Sądu Najwyższego jeszcze w okresie poprzedzającym „rewolucją ekonomiczną” w tej dziedzinie prawa – por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Brown Shoe Co. v. United States (370 U.S. 294 [1962]), w którym podkreślił on, że „ujmując całościowo, historia legislacyjna ujawnia troskę Kongresu o ochronę konkurencji, a nie konkurentów [...]”.

69 Przykładem są wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: GTE Sylvania v. Continental TV, 433 U.S. 36 (1977) i FTC v. Ind. Fed’n of Dentists, 476 U.S. 447 (1986), w których Sąd Najwyższy *expressis verbis* nawiązał do koncepcji celów prawa antytrustowego sformułowanej przez R. Borka, która mimo użycia określenia „dobrobyt konsumenta” odnosi się w istocie do całkowitego dobrobytu.

konsumenta *sensu stricto*⁷⁰. Autorzy ci zakończyli swoją analizę mało optymistyczną konkluzją, że obecnie dokładna identyfikacja celów antytrystu jest „nieuchwytna jak nigdy dotąd”⁷¹. Jednak, ich zdaniem, większość wyroków Sądu Najwyższego wydaje się prawdopodobnie preferować dobrobyt konsumenta jako standard oceny stosowany w ramach reguły rozsądku⁷².

Odnosząc się do kwestii celów prawa konkurencji w zakresie porozumień pionowych Sąd Najwyższy, na gruncie nowszego orzecznictwa, kilkakrotnie wskazywał na prymat konkurencji międzymarkowej jako przedmiotu ochrony prawa antytrystowego⁷³. Zgodnie z treścią wyroku w sprawie Leegin, „głównym celem prawa antytrystowego jest ochrona [tego rodzaju] konkurencji”⁷⁴.

10.3. Aksjologiczne podstawy europejskiego prawa konkurencji

10.3.1. Ordoliberalne korzenie reguł konkurencji UE

10.3.1.1. Rola konkurencji w doktrynie ordoliberalnej

Współczesne aksjologiczne założenia europejskiego prawa konkurencji stanowią rezultat ścierania się licznych, niekiedy sprzecznych ze sobą poglądów odnośnie do modelu ustroju gospodarczego i roli, którą odgrywa w nim konkurencja. Punkt wyjścia tego procesu stanowiły idee neoliberalne, w szczególności reprezentowane przez zwolenników szkoły fryburskiej (ordoliberalnej). Miały one wpływ tak na

70 Przykładem są wyroki w sprawach: *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977) oraz *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984) oraz *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), w których Sąd Najwyższy, skupiał się na skutkach, jakie dana praktyka rynkowa wywiera na konsumentów.

71 R. Blair, D. Sokol, *The Rule...*, s. 480.

72 *Ibidem*.

73 Por. wyroki Sądu Najwyższego w sprawach: *State Oil Company v. Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc.*, 522 U.S. 3; *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717; *GTE Sylvania v. Continental TV*, 433 U.S. 36 (1977); *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

74 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007); takie ujęcie bywa jednak krytykowane. Jak zauważył W. Grimes, znaczenie ochrony konkurencji wewnątrzmarkowej jako przedmiotu ochrony prawa konkurencji zależeć powinno od okoliczności rynkowych danej praktyki. Jak zauważył ten autor, w przypadku niektórych rodzajów unikalnych towarów, konkurencja wewnątrzmarkowa może stanowić jedyny aspekt rywalizacji między przedsiębiorcami i czynnik wpływający na obniżenie cen – zob.: W. Grimes, *The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2008, vol. 75, s. 473.

proces formowania się aksjologicznych fundamentów europejskich reguł konkurencji, jak i na model integracji europejskiej.

Zręby doktryny ordoliberalnej uformowały się w Niemczech na przełomie lat dwudziestych i trzydziestych ubiegłego wieku, w następstwie krytyki zachodzących wówczas procesów gospodarczych i społecznych. Działająca na Uniwersytecie Alberta-Ludwika we Fryburgu grupa prawników i ekonomistów, z F. Böhmem, W. Euckenem i A. Rüstowem na czele, przyczyniła się do kryzysu gospodarczego międzywojennych Niemiec upatrywając w nieprawidłowym modelu relacji państwo–gospodarka⁷⁵. Zdaniem W. Euckena prawidłowy model takich relacji opiera się na tzw. gospodarce transakcyjnej, w której ramach transakcje odbywają się na rynku, z udziałem prywatnych podmiotów cieszących się wolnością gospodarczą⁷⁶. Wolność gospodarcza, będąca istotą systemu gospodarki transakcyjnej, powinna być przy tym chroniona przed dwoma rodzajami zagrożeń. Po pierwsze, wynikającymi z interwencji państwa w ramach prowadzonej przez nie polityki przemysłowej, a po drugie – wykorzystywaniem siły rynkowej przez prywatnych uczestników rynku⁷⁷.

Służyć temu miały instrumenty prawne, stanowiące element systemu prawa gospodarczego, który, według ordoliberalistów, zakotwiczony powinien być w konstytucji gospodarczej. Miała ona ustanowić ramy prawne o randze konstytucyjnej dla procesów gospodarczych. Zgodnie z postulatami szkoły fryburskiej społeczeństwo dokonywać miało wyboru ustroju gospodarczego na takich samych zasadach jak wyboru systemu politycznego. Zadaniem państwa z kolei było wdrożenie przyjętej koncepcji ustroju gospodarczego i stworzenie systemu prawnego, który zapewniłby jego realizację⁷⁸. W tym ujęciu konstytucja gospodarcza stanowić miała normatywny fundament ustroju gospodarczego. System prawny powinien być skonstruowany w ten sposób, by zapewnić zgodność z normami i duchem konstytucji gospodarczej wszelkich przejawów stosowania prawa.

Model gospodarki transakcyjnej zakładał całkowite rozdzielenie decyzji gospodarczych i politycznych państwa⁷⁹. Państwo miało powstrzymać się od ingerencji

75 Zob.: W. Eucken, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus*, „Weltwirtschaftliches Archiv” 1932, Bd. 36, s. 297–321; A. Rüstow, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, „Der deutsche Volkswirt” [Berlin] 1932, Bd. 7, Nr. 6, s. 169–172; F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin 1933.

76 W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, „ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft” 1949, vol. 2, s. 1–99 oraz idem, *Grundsätze Der Wirtschaftspolitik*, Tübingen 1952. Zob. także: D. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the „New” Europe*, „American Journal of Comparative Law” 1994, vol. 42, No 25, s. 38.

77 D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford 1998, zob. także: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, Oxford 2018, s. 22.

78 D. Gerber, *Competition Law and International Trade: The European Union and the Neo-Liberal Factor*, „Pacific Rim Law & Policy Journal” 1995, vol. 37, s. 41.

79 Podobnie: W. Sauter, *The Economic Constitution of the European Union*, „Columbia Journal of European Law”, Winter–Spring 1998, s. 47–48.

w procesy gospodarcze, a także od prowadzenia polityki przemysłowej⁸⁰. Interwencja państwa w ramach procesów gospodarczych nie powinna być dokonywana na zasadach dyskrecjonalnych, a wyłącznie na podstawie obiektywnych i neutralnych kryteriów wynikających z norm prawa powszechnie obowiązującego⁸¹. System prawa powinien zapewnić ochronę podstawowych wartości gospodarki transakcyjnej – wolności gospodarczej i konkurencji, która ją warunkowała. Pełniąc funkcję ochronną stanowił on kluczowy komponent koncepcji tzw. silnego państwa sformułowanej przez A. Rüstowa⁸². Stosownie do jej założeń, rola państwa w gospodarce miała być aktywna, jednak nie w zakresie kierowania procesami gospodarczymi czy prowadzenia polityki koniunkturalnej, a ochrony podstaw systemu gospodarczego⁸³.

Szkoła fryburska uznawała konkurencję za nieodzowny element systemu gospodarki transakcyjnej. System gospodarczy dążyć powinien do zapewnienia stanu tzw. konkurencji całkowitej (*vollständiger Wettbewerb*), gwarantującej najwyższą efektywność gospodarki⁸⁴. Pojęcie to odnosiło się do odpowiedniej struktury rynku, takiej, w której żaden jego uczestnik nie ma wystarczającej siły rynkowej, by mógł wykluczyć z rynku inny podmiot⁸⁵. W. Eucken postrzegał konkurencję całkowitą

80 R. Skarżyński, *Państwo i społeczna gospodarka rynkowa. Główne idee polityczne ordoliberalizmu*, Warszawa 1994, s. 94 i 95.

81 *Ibidem* oraz D. Gerber, *Competition Law...*, s. 42

82 Według A. Rüstowa, funkcja ochronna miała być realizowana w ramach tzw. policji rynkowej, stanowiącej formę instytucjonalnej ochrony procesów rynkowych, finansowanej i zorganizowanej przez państwo. Zob. A. Rüstow, *Zwischen Kapitalismus und Kommunismus*, „ORDO” 1949, s. 102.

83 B. J. Rodger, *Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective*, „Columbia Journal of International Law” 2000, vol. 6, Issue 3, s. 293 oraz C. Ahlborn, C. Grave, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, „Competition Policy International” 2006, vol. 2, No 2, s. 198. Ordoliberalowie postrzegali proponowany przez siebie model ustroju gospodarczego jako plasujący się pomiędzy socjalistyczną gospodarką centralnie planowaną a modelem czysto liberalnym – leseferystycznym. Od tego ostatniego ustrój proponowany przez szkołę fryburską różnił się przede wszystkim rolą państwa. Stosownie do poglądów A. Rüstowa państwo miało być silne, co oznaczało zdolność do ochrony podstawowych wartości gospodarki transakcyjnej, tj. wolności gospodarczej i warunkującej ją konkurencji, a także do opierania się wpływom prywatnych grup interesów (por. m.in. A. Rüstow, *Interessenpolitik...*, s. 169). Tak rozumiane funkcje państwa w gospodarce miały być pełnione z wykorzystaniem instrumentów prawnych. Państwo dokonywać miało tzw. pośredniej regulacji określanej przez W. Röpke jako „liberalny interwencjonizm”. Polegał on na stanowieniu warunków strukturalnych, które stymulowały pożądane procesy gospodarcze, a nie na kierowaniu nimi przez państwo – zob. W. Röpke, *German Commercial Policy*, London 1934, s. 40 i n.

84 D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 43.

85 Pojęcie „konkurencji kompletnej” stosowane przez Euckena (*vollständiger Wettbewerb*) należy odróżnić od pojęcia „konkurencji doskonałej” stosowanego na gruncie neoklasycznej teorii cen; zob. D. Gerber, *Constitutionalizing...*, przyp. 86 oraz s. 43, a także C. Ahlborn, C. Grave, *Walter...*, s. 200 – zdaniem C. Ahlborna i C. Grave’a mimo niechęci ordoliberalistów do neoklasycznej ekonomii, konkurencję całkowitą można określić jako „adaptację modelu

jako stan, w którym istnieje konkurencja zarówno po stronie popytu, jak i podaży, a planowanie gospodarcze każdej z tych stron opiera się na konkurencji⁸⁶. W innym znaczeniu pojęcie konkurencji całkowitej odnosiło się do sytuacji, w której żaden podmiot na rynku nie ma tak wielkiej siły, by mógł wyłączyć z rynku inny podmiot⁸⁷.

Konkurencja całkowita stanowiła dla społeczeństwa źródło korzyści o charakterze ekonomicznym, a także pozaekonomicznym⁸⁸. Te ostatnie rozumiane były przede wszystkim jako stworzenie sytuacji, w której wolność poszczególnych jednostek gospodarczych moderowana jest przez wolność przynależną innym. W tym kontekście konkurencja postrzegana była jako narzędzie służące pozbawianiu władzy nad rynkiem i pozwalające równoważyć się siłom na nim działającym⁸⁹. Mechanizm rynkowy nie był jednak, zdaniem ordoliberalistów, w stanie zapewnić całkowitej konkurencji⁹⁰. Uważano bowiem, że jego działanie nieuchronnie prowadzi do koncentracji siły rynkowej, stanowiącej bezpośrednie zagrożenie funkcjonowania gospodarki transakcyjnej⁹¹. W związku z tym W. Eucken i F. Böhm postulowali wprowadzenie nowego typu prawa – prawa ochrony konkurencji⁹². Powierzono mu szczególną rolę – stworzenia warunków konkurencji, a następnie ich ochrony⁹³.

Podstawowa funkcja prawa konkurencji stanowiła korelat roli, jaką wartość ta odgrywała w systemie gospodarki transakcyjnej. Prawo konkurencji służyć miało przede wszystkim przeciwdziałaniu kumulacji siły rynkowej w rękach prywatnych⁹⁴. Jego wdrażaniem, w ramach postępowań o charakterze administracyjnym, powinien zająć się specjalny organ – „urząd monopolowy”⁹⁵. Jego szczególna pozycja

konkurencji doskonałej do warunków świata rzeczywistego” lub, innymi słowy – „koncepcję, która inspirowana jest modelem konkurencji doskonałej, lecz która niekoniecznie polega na jego nierealistycznych założeniach”.

86 W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung...*, s. 26.

87 D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 43.

88 *Ibidem* oraz R. Skarzyński, *Państwo i...*, s. 145.

89 W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung...*, s. 27.

90 R. Skarzyński, *Państwo i...*, s. 95–96.

91 B. J. Rodger, *Competition Policy...*, s. 294.

92 *Ibidem*, s. 293 oraz D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 49; idem, *Competition Law...*, s. 43.

93 D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 49; podobnie: R. Skarzyński, *Państwo i...*, s. 146.

94 F. Böhm, *Das Problem der privaten Macht. Ein Beitrag zur Monopolfrage*, „Die Justiz” 1928, vol. 3, s. 324, reprint w: *Reden und Schriften: über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, Karlsruhe 1960, s. 25.

95 Więcej na temat ordoliberalizmu i roli jaką przypisywał on prawu konkurencji w: H. Rieter, M. Schmolz, *The Ideas of German Ordoliberalism 1938–45: Pointing the Way to a New Economic Order*, „European Journal of the History of Economic Thought” 1993, vol. 1, Issue 1, s. 87; W. Eucken, *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Berlin–New York 1992; A. Weitbrecht, *From Freiburg to Chicago and Beyond – the First 50 Years of European Competition Law*, „European Competition Law Review” 2008, vol. 29, Issue 22, s. 81; W. Eucken, *What Kind of Economic and Social System?*, [w:] A. Peacock, H. Willgerodt (eds.), *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution*, London 1989; W. Möschel, *Competition Policy from an Ordo Point of View*, [w:] A. Peacock, H. Willgerodt (eds.), *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution*, London 1989.

wynikać miała z niezależności i wyposażenia w silne instrumenty egzekucyjne, pozwalające mu w sposób skuteczny, ale i obiektywny, wdrażać prawo konkurencji⁹⁶. „Urząd monopolowy” kierować miał się przy tym wyłącznie normami prawa pozytywnego oraz zasadami wynikającymi z konstytucji gospodarczej. Koncepcja ordoliberalna zakładała potrzebę ochrony konkurencji metodami administracyjnoprawnymi.

Ocenie dopuszczalności praktyk ograniczających konkurencję służyć miała metoda „jeżeli-to”, zakładająca weryfikację, czy dane zachowanie dominanta rynkowego byłoby możliwe w warunkach konkurencji całkowitej⁹⁷. Podejście to zakłada szeroki zakres interwencji państwa nakierowanej na osiągnięcie celów znacznie wykraczających poza ekonomiczne. Konkurencja postrzegana jest bowiem jako wartość sama w sobie, pozwalająca zapewnić równość uczestników rynku i w ten sposób chronić wolność jednostki⁹⁸.

Szkoła fryburska bezpośrednio wpłynęła na ukształtowanie modelu społeczno-gospodarczego Republiki Federalnej Niemiec⁹⁹. Istotnym jego komponentem był, wdrożony ustawą z 1957 r., system prawa konkurencji realizujący założenia doktryny ordoliberalnej¹⁰⁰.

96 *Ibidem* oraz D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 50 i 55.

97 D. Gerber, D., *Competition Law...*, s. 44 oraz idem, *Constitutionalizing...*, s. 52–53.

98 W. Sauter, *The Economic...*, s. 48; podobnie: M. Streit, *Economic Order, Private Law and Public Policy: The Freiburg School of Law and Economics in Perspective*, „Journal of International and Theoretical Economics” 1992, vol. 148, s. 675; W. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Berlin–Heidelberg 2016, s. 3–4; J. Faull, L. Kjølbye, H. Leupold, A. Nikpay, *Article 101*, [w:] J. Faull, A. Nikpay (eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford 2014, s. 229.

99 Wpływ szkoły fryburskiej na niemieckie prawo konkurencji opisany został m.in. w: D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 62–69; oraz w ujęciu dynamicznym w: S. Eibl, i J.-M. Schultze, *From Freiburg to Brussels and Back Again? The Seventh Revision of Germany's Competition Law*, „European Competition Law Review” 2005, vol. 26, Issue 9, s. 526–531.

100 W 1956 r. przyjęto pierwszą niemiecką ustawę o ochronie konkurencji – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). Wcześniej jednak, bo już od 1945 r., Niemcy podlegały procesowi dekartelizacji, którego wprowadzenie ustalone zostało przez okupacyjne mocarstwa w umowie poczdamskiej z 2 sierpnia 1945 r. Stosownie do jej treści dekartelizacja wspomagać miała inne procesy służące transformacji Niemiec z państwa totalitarnego w demokratyczne, takie jak: demokratyzacja, demilitaryzacja, denazyfikacja, decentralizacja i rozbrojenie. Ustawodawstwo antykartelowe wprowadzone zostało równoległe przez władze amerykańskie (*Prohibition of Excessive Economic Concentration of Economic Power*, Law No 56) i brytyjskie w 1947 r. Oba reżimy przewidywały bliźniacze rozwiązania skupione na walce z koncentracją siły rynkowej. Zakazane były zatem „nadmierne koncentracje niemieckiej siły ekonomicznej na terenie Niemiec i poza nimi, bez względu na formę i charakter”. Przez nadmierną koncentrację siły gospodarczej rozumiano „kartele, zrzeszenia, syndykaty, trusty, związki oraz jakiegokolwiek inne formy uzgodnień lub uzgodnionych działań pomiędzy osobami, które mają na celu lub skutkują utrzymaniem lub wzmocnieniem monopolistycznej kontroli nad handlem krajowym lub międzynarodowym albo inną działalnością gospodarczą”. Choć dekartelizacja doprowadziła do podziału IG Farben i Vereinigte Stahlwerke, uważana była za porażkę władz okupacyjnych (por. J. C. Stedman, *The German Decartelization Program the Law in Repose*, „University of Chicago Law Review” 1950, vol. 17, Issue 3,

10.3.1.2. Wpływ szkoły fryburskiej na kształt traktatowych reguł konkurencji

Przedstawiciele szkoły fryburskiej z entuzjazmem przyjęli plany integracji europejskiej. Proponowany przez nich model gospodarki znakomicie współgrał z pierwotnym europejskim negatywnym modelem integracji gospodarczej opartym na rynku wewnętrznym, konkurencji i zakazie dyskryminacji podmiotów gospodarczych¹⁰¹. Kształtowanie się zrębów Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej zbiegło się w czasie ze zniechęceniem ordoliberalów ówczesną polityką niemiecką, zmierzającą w stronę krytykowanego przez nich modelu społecznej gospodarki rynkowej i państwa dobrobytu¹⁰². Tym chętniej reprezentanci szkoły fryburskiej wzięli czynny udział w projekcie utworzenia EWG, wywierając wpływ na treść traktatu rzymskiego, kształt instytucji Wspólnoty oraz realizowany przez nią model integracji¹⁰³.

Wprawdzie rozwiązania przyjęte w traktacie rzymskim wypracowane zostały w następstwie kompromisu przyszłych państw członkowskich, efekt końcowy był jednak dla ordoliberalów zadowalający. Traktat rzymski odpowiadał bowiem wymaganiom stawianym konstytucji gospodarczej przez szkołę fryburską¹⁰⁴. Ustanawiał on ramy prawne dla integracji gospodarczej opartej na swobodach handlowych i zasadach niedyskryminacji i konkurencji, które poszerzały zakres wolności

s. 441 oraz W. C. Wells, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, New York 2003, s. 187).

Wpływ doświadczeń związanych z dekartelizacją na późniejsze niemieckie prawo konkurencji postrzegany jest niejednolicie. W. Sauter wskazuje na bezpośrednią inspirację niemieckiego ustawodawcy doświadczeniami dekartelizacji, co z kolei oznacza pośredni wpływ amerykańskiego prawa antytrustowego na treść materialnoprawnych przepisów GWB (zob. W. Sauter, *The Economic...*, s. 48). Z kolei zdaniem D. Gerbera na treść GWB wpłynęły przede wszystkim koncepcje ordoliberalne wypracowane w okresie międzywojennym, a wpływ prawodawstwa dekartelizacyjnego na rozwiązania przyjęte w GWB jest wyolbrzymiany (zob. D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 60).

Więcej na temat dekartelizacji w Niemczech w: J. C. Stedman, *The German...*, s. 441 oraz J. Venit, *Cooperation, Initiative and Regulation – A Cross Cultural Inquiry*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, London 2008, s. 170–171.

101 C. Joerges, *What Is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, „European Law Review” 2005, vol. 30(4), s. 470–471 oraz D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 72.

102 C. Joerges, *What Is Left...*, s. 468.

103 *Ibidem*; pośród niemieckich polityków mających wpływ na kształt postanowień dotyczących reguł konkurencji oraz innych postanowień traktatu rzymskiego wymienia się przede wszystkim Hansa von der Groebena, który współtworzył raport Spaaka. Z kolei w pierwszych latach po wejściu w życie traktatu, istotny wpływ na rozwój EWG wywarli zwolennik koncepcji W. Euckena, Walter Holstein, który został pierwszym przewodniczącym Komisji Europejskiej oraz Alfred Müller-Armack, główny ideolog społecznej gospodarki rynkowej, który wpływał na politykę EWG jako członek niemieckiego rządu. Zob.: D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 71–72.

104 W. Sauter, *The Economic...*, s. 50.

gospodarczej¹⁰⁵. Przyjęty model integracji poprzez rynek nie tylko wynikał z norm traktatowych, ale był także przez nie chroniony.

Zwrot ordoliberalistów ku Europie miał także wpływ na ukształtowanie się europejskich reguł konkurencji, które wprowadzone zostały do traktatu rzymskiego w dużej mierze z inicjatywy Niemiec¹⁰⁶. Poza Niemcami żadne przyszłe państwo członkowskie EWG nie wdrożyło bowiem krajowego systemu prawa ochrony konkurencji. Niemcy, dysponując doświadczeniem związanym tak ze stosowaniem uchwalonej w 1957 r. ustawy o ochronie konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), jak i wdrożonego z inicjatywy okupujących zachodnie Niemcy władz amerykańskich i brytyjskich prawodawstwa dekartelizacyjnego, jako jedyne dysponowały niezbędną wiedzą i kompetencjami. Nie oznacza to jednak, że na kształt traktatowych reguł konkurencji nie mieli wpływu inni sygnatariusze traktatu. Wyłonił się on jako efekt kompromisu pomiędzy z jednej strony ideami niemieckimi, zakorzenionymi w ordoliberalnym rozumieniu prawa konkurencji, a z drugiej koncepcją reprezentowaną przede wszystkim przez przedstawicieli rządu francuskiego, postrzegającymi politykę konkurencji jako element polityki przemysłowej¹⁰⁷. W jej ramach „narodowe interesy państw członkowskich miały być chronione i maksymalizowane”¹⁰⁸.

Koncepcje te ostatecznie ustąpiły jednak jurydycznej i obiektywnej koncepcji prawa konkurencji opartego na konstytucji gospodarczej. Duży wpływ na to mieli niemieccy urzędnicy Komisji Europejskiej, którzy w pierwszych dekadach po wejściu w życie traktatu zdominowali proces stosowania wspólnotowych reguł konkurencji. Szczególną rolę w tym procesie przypisuje się pierwszemu Komisarzowi do spraw Konkurencji Hansowi von der Groebenowi¹⁰⁹.

Choć kształt europejskich reguł konkurencji stanowi efekt kompromisu pomiędzy autorami traktatu, w znacznej mierze uformował się on pod wpływem koncepcji ordoliberalnych. Wpływ szkoły fryburskiej uwidocznił się w wysokim miejscu, jakie w hierarchii celów i obszarów działania Wspólnoty zajęły ówczesne reguły konkurencji. Ustanowienie systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję we wspólnym rynku zostało bowiem przez autorów traktatu umieszczone pośród innych kluczowych celów i obszarów działania EWG uregulowanych już w treści art. 3 traktatu rzymskiego. W ten sposób, zgodnie z założeniami fryburgczyków, zasada konkurencji znalazła się w centrum europejskiego modelu ustroju gospodarczego – jako jeden z filarów konstytucji gospodarczej EWG *in statu nascendi*.

105 Podobnie: C. Joerges, *What Is Left...*, s. 471.

106 D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 73 oraz A. Ayal, *Fairness...*, s. 22, J. Faull, L. Kjølbye, H. Leupold, A. Nikpay, *Article 101...*, s. 229.

107 D. Gerber, *Constitutionalizing...*, s. 73.

108 D. Gerber, *Competition Law...*, s. 49–50.

109 Do 2002 r. funkcje dyrektorów wchodzącej w skład Komisji Europejskiej Dyrekcji Generalnej IV, przemianowanej następnie na Dyrekcję Generalną ds. Konkurencji, poza jednym wyjątkiem, pełnili wyłącznie Niemcy.

Od początku prac nad kształtem traktatowej regulacji polityki konkurencji oczywisty był także silny związek reguł konkurencji z regułami rynku wewnętrznego. Stosowanie reguł konkurencji przyczyniać miało się bowiem do likwidacji ograniczeń handlowych stanowiących następstwo posiadania lub wykorzystywania prywatnej siły rynkowej¹¹⁰. W ten sposób, poprzez poszerzenie zakresu swobody podmiotów rynkowych, wspólnotowa polityka konkurencji wpisywała się doskonale w założenia programu ordoliberalnego.

Wpływ doktryny ordoliberalnej dostrzec można także już w samej dwuelementowej konstrukcji unijnego prawa konkurencji, stanowiącej rozwiązanie niespotykane na gruncie innych systemów prawa konkurencji. Reguły odnoszące się do przedsiębiorstw (zakaz udzielania pomocy państwa), stanowiąc gwarancję zminimalizowania zakresu interwencjonizmu państwowego zakłócającego działanie mechanizmu rynkowego i stanowiącego zagrożenie dla indywidualnej wolności i równości uczestników rynku. Z drugiej strony, reguły odnoszące się do przedsiębiorstw, w szczególności dzisiejszy przepis art. 102 TFUE, zmierzały do ochrony słabszych podmiotów przed siłą rynkową w rękach prywatnych. Zostały one uzupełnione przepisem art. 106 ust. 2 TFUE, ustanawiającym zasadę poddania regułom konkurencji przedsiębiorstw, którym przyznano prawa specjalne i wyłączne. Taka konstrukcja prawa konkurencji stanowiła odpowiedź na dwa podstawowe zagrożenia prawidłowego funkcjonowania ordoliberalnego modelu gospodarki transakcyjnej.

Ordoliberalny rodowód europejskich reguł konkurencji widoczny jest także w obrębie rozwiązań prawa materialnego, czego przykładem jest przyjęcie autonomicznej europejskiej koncepcji nadużycia pozycji dominującej, wyraźnie odmiennej chociażby od rozwiązań przyjętych na gruncie § 2 ustawy Shermana. Koncepcja ta od samego początku uwypuklała znaczenie czynników strukturalnych w ocenie dopuszczalności ograniczających konkurencję jednostronnych praktyk dominantów rynkowych. W ten sposób reguły konkurencji miały sprzyjać realizacji głównego postulatu zgłaszanego przez ordoliberalistów – ochrony wolności jednostki przed wykorzystywaniem siły rynkowej, tym samym przyczyniając się do ochrony prawidłowego funkcjonowania gospodarki transakcyjnej.

Ordoliberalna koncepcja konstytucjonalizmu gospodarczego w jeszcze większym stopniu przejawia się w warstwie instytucjonalnej i proceduralnej europejskiego prawa konkurencji. Stosowanie przez instytucje unijne prawa konkurencji poddane jest zasadom obiektywizmu i neutralności¹¹¹. Decyzje podejmowane są w *quasi*-sądowej procedurze administracyjnej przez niezależny organ i podlegają kontroli sądowej. Ani względy polityki przemysłowej Wspólnoty, ani interesy danego państwa członkowskiego, nie były, przynajmniej w pierwszych 25 latach istnienia Wspólnoty, brane przez Komisję pod uwagę podczas analizy dopuszczalności ograniczających konkurencję praktyk przedsiębiorstw.

110 Jak zwrócił uwagę B. Hawk, „integracja jednolitego rynku i eliminacja ograniczających praktyk, które ją zakłócają, stanowi naczelną zasadę prawa antytrustowego EWG”, por. B. Hawk, *Antitrust in the EEC – The First Decade*, „Fordham Law Review” 1972, vol. 41, s. 231.

111 D. Gerber, *Competition Law...*, s. 50.

10.3.1.3. Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji w pierwszych jego dekadach

Wyraźny wpływ doktryny ordoliberalnej przejawiał się nie tylko w płaszczyźnie normatywnej, lecz także w obrębie stosowania prawa. W pierwszych latach po wejściu w życie traktatu rzymskiego uwaga Komisji skupiona została na praktykach, które utrudniały handel transgraniczny, stając tym samym na przeszkodzie realizacji jednolitego rynku. Dotyczyło to w szczególności porozumień wertykalnych zawierających klauzule o zakazie eksportu lub równoważne. Drogę do stosowania zakazu wyrażonego w ówczesnym art. 85 ust. 1 TEWG do porozumień tego rodzaju otworzył wyrok w sprawie Consten & Grundig, który potwierdził, że zakres tego przepisu nie jest ograniczony do karteli, lecz obejmuje także porozumienia pionowe¹¹². W licznych decyzjach wydawanych w okresie formowania się europejskiego prawa konkurencji, Komisja uznawała za naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję klauzule zawarte w systemach dystrybucji opierających się na podziale rynków wzdłuż granic państw członkowskich¹¹³. Polityka ta znalazła wsparcie w orzecznictwie Trybunału, który restrykcyjne podejście względem tego rodzaju porozumień wertykalnych zaprezentował nie tylko w sprawie Consten & Grundig, lecz także w innych, w tym w sprawie Deutsche Grammophon¹¹⁴.

Znaczenie tworzenia wspólnego rynku jako dyrektywy stosowania europejskich reguł konkurencji w pierwszych latach po wejściu w życie traktatu, znakomicie ilustruje fakt, że ograniczenia konkurencji zawarte w czysto krajowych systemach dystrybucji nie były uznawane za naruszenie zakazu antykonkurencyjnych porozumień¹¹⁵.

Jednocześnie zakaz nadużywania pozycji dominującej nie był stosowany często, co doktryna wiąże między innymi z brakiem jasności co do sposobu jego interpretacji oraz ze słabością polityczną Komisji¹¹⁶. W relatywnie nielicznych sprawach, w których ówczesny art. 86 TEWG stosowany był przez Trybunał, dostrzec można, obok dominującego w obrębie celów reguł konkurencji imperatywu ochrony wspólnego rynku, charakterystyczne dla koncepcji ordoliberalnych podejście strukturalne. Najpełniej uwidoczniło się ono w sprawie Continental Can, w której

112 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 Consten i Grundig, ECLI:EU:C:1966:41.

113 Por. m.in. decyzje Komisji omówione szczegółowo w rozdziale 3, w tym z 5 października 1973 r. w sprawie IV/27.010 – Deutsche Philips GmbH, Dz. Urz. L, nr 293, z 1973 r., s. 40; z 28 października 1970 r. w sprawach IV/10.498, 11.546, 12.992, 17.394, 17.395, 17.971, 18.772, 18.888 – Omega, Dz. Urz. L, nr 242, z 1970, s. 22; z 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 – SABA, Dz. Urz. L, nr 28, z 1976 r., s. 19; z 21 grudnia 1976 r. w sprawie IV/5715 – Junghans, Dz. Urz. L, nr 30, z 1977 r., s. 10.

114 Wyrok w sprawie 78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft MBH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, ECLI:EU:C:1971:59; zob. także rozdział 3.

115 Por. rozważania zawarte w rozdziale 3.

116 D. Gerber, *Competition Law...*, s. 356.

Trybunał utrzymał w mocy decyzję Komisji uznającą za nadużycie pozycji dominującej pośrednie nabycie przez Continental Can Comp. Inc. większości akcji holenderskiego przedsiębiorstwa TDV¹¹⁷. Trybunał wskazał wówczas, że

art. [102] traktatu nie dotyczy wyłącznie praktyk, które mogą wyrządzić szkodę bezpośrednio konsumentom, ale także takich, które są dla nich szkodliwe poprzez wpływ na strukturę konkurencji, jak wynika to z art. 3 lit. f traktatu. Nadużycie może zatem wystąpić także, gdy przedsiębiorca o pozycji dominującej wzmacnia ją w taki sposób, iż stopień uzyskanej dominacji ogranicza istotnie konkurencję¹¹⁸.

W ten sposób Trybunał uznał, że nadużycie pozycji dominującej wynikać może z samego wzmocnienia posiadanej przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej. Tym samym konkurencja może być zakłócona w wyniku samej tylko zmiany struktury rynku, bez względu na realny wpływ określonej praktyki na parametry konkurencji, takie jak ceny lub jakość¹¹⁹. Jednocześnie Trybunał dał do zrozumienia, że zapewnienie „efektywnej konkurencji” stanowi podstawowy cel, do którego dążyć ma europejskie prawo konkurencji¹²⁰.

Podejście strukturalne stosowane było także przez TSUE w innych wyrokach w sprawach dotyczących nadużycia pozycji dominującej zapadłych w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX w. Przykładem jest orzeczenie w sprawie ICI v. Komisja, w którym za nadużycie pozycji dominującej uznana została odmowa sprzedaży¹²¹. TSUE podkreślił w nim, że zakaz nadużycia pozycji dominującej odnosi się zarówno do nadużyć, które mogą bezpośrednio wyrządzić szkodę konsumentom, jak i takich, które mogą zaszkodzić im pośrednio poprzez naruszenie „efektywnej struktury konkurencyjnej”¹²². Teza ta powtarzana była w kontekście praktyk: drapieżnictwa cenowego¹²³, stosowania przez dominanta rabatów lojalnościowych¹²⁴ oraz nadużywania pozycji dominującej wynikającej z posiadania praw specjalnych poprzez stosowanie cen nieuczciwych¹²⁵.

117 Wyrok w sprawie 6/72, *Europemballage i Continental Can v. Komisja*, ECLI:EU:C:1973:22.

118 *Ibidem*, pkt 26.

119 Paradoksalnie wyrok w sprawie *Continental Can* można odczytywać jako odejście od postulowanego przez ordoliberalistów podejścia normatywnego, na rzecz wykładni celowościowej, nie znajdującej wprost oparcia w treści art. 102 Traktatu.

120 Pojęcie efektywnej konkurencji stosowane było już wcześniej w kilku wyrokach TSUE w kontekście pojęcia pozycji dominującej. Możliwość zapobiegania efektywnej konkurencji uznawana była przez Trybunał za wyznacznik posiadania przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej – por. wyroki w sprawach: 40/70, *Sirena v. Eva*, ECLI:EU:C:1971:18, pkt 5, wyrok w sprawie 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft MBH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1971:59, pkt 17.

121 Wyrok w sprawach połączonych 6 i 7/73, *ICI i CSC v. Komisja*, ECLI:EU:C:1974:18.

122 *Ibidem*, pkt 32.

123 Wyrok w sprawie T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA v. Komisja*, ECLI:EU:T:1990:41, pkt 22.

124 Wyrok w sprawie 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Komisja*, ECLI:EU:C:1979:36, pkt 125.

125 Wyrok w sprawie 30/87, *Corinne Bodson v. SA Pompes funèbres des régions libérées*, ECLI:EU:C:1988:225, pkt 24.

W pierwszych dekadach rozwoju wspólnotowego prawa konkurencji jego aksjologiczne podstawy zdominowane zostały zatem przez dwie współzależne wartości – rynek wewnętrzny i efektywną konkurencję. Znaczenie pierwszej z nich znakomicie ujął Trybunał w sprawie *Consten & Grundig*, wskazując, że

[...] porozumienie pomiędzy producentem a dystrybutorem, które może zmierzać do odtworzenia narodowych granic w handlu pomiędzy państwami członkowskimi, może udaremnić osiągnięcie najbardziej podstawowych celów Wspólnoty. Traktat, którego preambuła i postanowienia zmierzają do usunięcia barier pomiędzy państwami, i którego niektóre przepisy świadczą o surowym podejściu względem ich ponownego pojawienia się, nie może dozwalać przedsiębiorstwom na ich odtworzenie. Art. 85 ust. 1 został skonstruowany tak, by służyć temu celowi, także w odniesieniu do porozumień zawartych pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach procesu gospodarczego¹²⁶.

Ochrona efektywnej konkurencji rozumiana była w dwojaki sposób – jako nakaz ochrony konsumentów przed praktykami bezpośrednio godzącymi w ich interesy, przykładowo skutkującymi wzrostem cen, lecz także przed praktykami, które skutkowały zaburzeniem konkurencyjnej struktury rynku. To z kolei uznawane było za pośrednie naruszenie interesów konsumentów.

Tego rodzaju ujęcie stanowi nawiązanie do funkcji, jakie prawu konkurencji przypisywała doktryna ordoliberalna. Zapewnienie odpowiedniej struktury rynku zabezpieczać miało przed powstaniem i wykorzystywaniem siły rynkowej przez liderów rynku. Przedmiotem ochrony prawa konkurencji był zatem nie tylko dobrobyt konsumenta rozumiany jako całościowy kształt korzyści, które konsument bezpośrednio wywodzi z działania rynku opartego na mechanizmie konkurencji. Był nim także sam, pojmowany abstrakcyjnie, mechanizm konkurencji, którego działanie możliwe było przy zachowaniu odpowiedniej struktury rynku. W odróżnieniu od koncepcji ordoliberalnych, podejście strukturalne w większym stopniu akcentowało znaczenie odpowiedniej struktury rynku dla konsumentów, którzy w ten sposób – pośrednio – osiągać mogli korzyści, aniżeli dla konkurentów, których zakres wolności miałby być w ten sposób poszerzany.

Nie oznacza to jednak, że ochrona słabszych uczestników rynku przed wykorzystywaniem siły rynkowej przez ich konkurentów nie stanowiła wówczas istotnej wartości realizowanej przez wspólnotowe reguły konkurencji. Przeciwnie, potrzeba ochrony dostępu do rynku mniejszych graczy, a także możliwość prowadzenia przez nich działalności bez ograniczeń wynikających z siły rynkowej, stanowiła pierwszoplanową dyrektywę stosowania prawa konkurencji¹²⁷.

126 Wyrok w sprawach połączonych 56 i 58/64 *Consten i Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41.

127 Tak było m.in. w przywołanym już wcześniej wyroku w połączonych sprawach 6 i 7/73, *ICI i CSC v. Komisja* [ECLI:EU:C:1974:18]. TSUE orzekł wówczas, że odmowa sprzedaży, która może skutkować eliminacją konkurenta, czego rezultatem byłoby zaburzenie konkurencyjnej struktury wspólnego rynku, stanowi nadużycie pozycji dominującej bez względu na to czy zachowanie dominanta miało związek z prowadzoną przezeń działalnością eksportową lub handlem wewnątrz wspólnego rynku. W tym ujęciu eliminacja konkurenta w wyniku

Podejście strukturalne znalazło odzwierciedlenie w doktrynie szczególnej odpowiedzialności dominanta rynkowego, sformułowanej przez TSUE w wyroku w sprawie Michelin I dotyczącej nadużycia pozycji dominującej poprzez stosowanie przez holenderską spółkę koncernu Michelin rabatów lojalnościowych i tzw. targetowych¹²⁸. Trybunał orzekł wówczas, że

ustalenie jakoby przedsiębiorstwo miało pozycję dominującą samo w sobie nie stanowi podstawy zarzutu, ale oznacza po prostu, że niezależnie od przyczyn, które sprawiają, że zajmuje ono taką dominującą pozycję, ponosi ono szczególną odpowiedzialność za to, by nie dopuścić, aby jego zachowanie naruszało skuteczną i niezakłóconą konkurencję na wspólnym rynku¹²⁹.

Z tak ujętej doktryny szczególnej odpowiedzialności dominanta wynika, że z zakazu nadużywania pozycji dominującej wynika określony *ex ante* katalog zachowań, które są dla dominanta rynkowego niedostępne, albowiem stanowią nadużycie pozycji dominującej bez względu na ich rzeczywisty skutek rynkowy¹³⁰.

Imperatyw zapewnienia możliwości nieskrępowanych działań gospodarczych słabszemu uczestnikowi rynku pojawiał się natomiast w argumentacji prezentowanej przez Komisję Europejską w decyzjach dotyczących porozumień wertykalnych wydawanych w pierwszych dekadach obowiązywania europejskich reguł

działań dominanta rynkowego stanowi *eo ipso* nadużycie pozycji dominującej, jeżeli tylko wpływa negatywnie na strukturę konkurencyjną wspólnego rynku. Korelatem tej zasady jest cel w postaci ochrony słabszego konkurenta. Potrzeba osiągnięcia tego celu stanęła u podstaw rozstrzygnięcia w kolejnych wyrokach Trybunału dotyczących między innymi nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę sprzedaży i drapieżnictwa cenowego – por. w szczególności wyrok w połączonych sprawach: T-69 i 76/89, RadioTelefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP.) v. Komisja, ECLI:EU:T:1991:41 oraz wyroki w sprawach C-62/86 Akzo Chemie BV v. Komisja, ECLI:EU:C:1991:286 oraz T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v. Komisja, ECLI:EU:T:1990:41.

128 Wyrok w sprawie 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:313.

129 *Ibidem*, pkt 57.

130 Doktryna szczególnej odpowiedzialności dominanta rynkowego powoływana była przez TSUE w wielu wyrokach dotyczących stosowania art. 102 TFUE zapadłych w kolejnych dekadach – por. w szczególności wyroki w sprawach: T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v. Komisja, ECLI:EU:T:1990:41, pkt 37; T-83/91, Tetra Pak International SA v. Komisja, ECLI:EU:T:1994:246, pkt 114; T-228/97, Irish Sugar plc v. Komisja, ECLI:EU:T:1999:246, pkt 112; połączonych T-191/98, T-212/98 – T-214/98, Atlantic Container Line AB i in. v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:245, pkt 1120 i 1124; T-210/01, General Electric Company v. Komisja, ECLI:EU:T:2005:456, pkt 549; T-201/04, Microsoft Corp. v. Komisja, ECLI:EU:T:2007:289, pkt 229; T-271/03, Deutsche Telekom AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2008:101, pkt 122; T-301/04, Clearstream Banking AG i Clearstream International SA v. Komisja, ECLI:EU:T:2009:317, pkt 132; T-321/05, AstraZeneca AB i AstraZeneca plc v. Komisja, ECLI:EU:T:2010:266, pkt 671; C-280/08P, Deutsche Telekom AG v. Komisja, ECLI:EU:C:2010:603, pkt 176; T-336/07, Telefónica, SA i Telefónica de España, SA v. Komisja, ECLI:EU:T:2012:172, pkt 270; T-286/09, Intel Corp. v. Komisja, ECLI:EU:T:2014:547, pkt 205; T-851/14, Slovak Telekom, a.s. v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:929, pkt 230 i 254; C-52/09, Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:83, pkt 53 i 84.

konkurencji. Dotyczyło to w szczególności postępowań w sprawach ustalania cen odsprzedaży towarów, w których Komisja wielokrotnie podkreślała, że dystrybutor powinien dysponować pełną swobodą w zakresie ustalania cen¹³¹.

W pierwszym okresie rozwoju europejskich reguł konkurencji dostrzegano jednak także znaczenie konkurencji rozumianej jako rywalizacja pomiędzy przedsiębiorstwami dla rozwoju gospodarki, choć jak się wydaje raczej na poziomie identyfikacji ogólnych korzyści z niej wynikających aniżeli w kontekście dyrektywy stosowania prawa. W wydanym przez Komisję w 1971 r. *I raporcie w sprawie polityki konkurencji* konkurencja została przez nią określona jako „najlepszy stymulant działalności gospodarczej”, ale, co znamienne, „dlatego, że gwarantuje wszystkim najszerszą możliwą wolność działania”¹³².

Analiza przejawów stosowania prawa konkurencji w pierwszych dekadach jego obowiązywania zasadniczo potwierdza słuszność tezy D. Gerbera, zgodnie z którą prawo konkurencji pełniło wówczas w systemie prawa wspólnotowego funkcję „kotwicy” dla ideologii ordoliberalnej¹³³. Relacje pomiędzy nią a prawem konkurencji miały przy tym dwojaki charakter. Jego bliski związek z niemieckim prawem ochrony konkurencji w warstwie materialnoprawnej, a także ukształtowanie się jego instytucjonalnego oraz proceduralnego wymiaru w duchu konstytucji gospodarczej, podnosiły znaczenie myśli ordoliberalnej jako głównej aksjologicznej podstawy integracji europejskiej. Z drugiej strony, prądy myślowe szkoły fryburskiej wpłynęły na kształt prawa konkurencji UE zarówno w jego warstwie normatywnej, jak i w płaszczyźnie jego stosowania.

10.3.2. Modernizacja wspólnotowych reguł konkurencji

10.3.2.1. Geneza reform

Koniec lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku wiąże się z rozpoczęciem procesu modernizacji reguł konkurencji UE ukierunkowanych na wdrożenie „nowego, bardziej ekonomicznego podejścia”, zorientowane na ekonomiczne skutki zachowań rynkowych przedsiębiorstw¹³⁴. Zmiany te należy postrzegać w szerszym

131 Por. decyzje Komisji z 22 grudnia 1976 r. w sprawie IV/24.510 GERO-Fabrick, Dz. Urz. L, nr 16, z 1977 r., s. 11, pkt 3; z 11 grudnia 1980 r. w sprawie IV/26.912 – Hennessy-Henkel, Dz. Urz. L, nr 383, z 1980 r., s. 11, pkt 20 oraz z 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 – SABA (Dz. Urz. L, nr 28, z 1976 r., s. 19), w której wskazała ona, że konkurencja pomiędzy dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej jest zapewniona, albowiem mogą oni „swobodnie ustalać ceny w ramach swojego uznania” (pkt 43); szczegółowe omówienie tych decyzji w rozdziale 3.

132 Por. *I raport w sprawie polityki konkurencji* z 1971 r., s. 11.

133 D. Gerber, *Competition Law...*, s. 49.

134 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford 2012, s. 19; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford 2014, s. 37; zob.

kontekście obejmującym czynniki zewnętrzne, które wpływały zarówno na tempo, jak i na kształt procesu modernizacji. Wśród nich na pierwszy plan wysuwają się przemiany modelu integracji europejskiej rozpoczęte ponad dekadę wcześniej, które stopniowo doprowadziły do zmiany roli polityki konkurencji i miejsca, jakie zajmowała ona we Wspólnocie Europejskiej.

Rozpoczęty w drugiej połowie lat osiemdziesiątych proces przemian modelu integracji europejskiej związany był z nadaniem jej nowego impetu po okresie stagnacji gospodarczej wywołanej kryzysem naftowym z 1973 r. Przyjęta w roku 1985 przez Komisję Europejską *Biała księga dotycząca ukończenia rynku wewnętrznego*¹³⁵ zawierała postulat dalszej integracji opartej na metodach pozytywnych, w miejsce dotychczasowej ordoliberalnej koncepcji negatywnej integracji poprzez rynek¹³⁶. Jego realizacja miała pozwolić na zakończenie impasu, w którym znalazła się tak europejska gospodarka, jak i integracja. *Biała księga dotycząca ukończenia rynku wewnętrznego* zawierała zwięzłą analizę barier w jego rozwoju, a przede wszystkim proponowała środki ich likwidacji wraz z harmonogramem ich wdrażania¹³⁷. Ukończenie rynku wewnętrznego zaplanowano na koniec 1992 r.¹³⁸

W ramach procesu ukończenia rynku wewnętrznego wydano niemal 280 aktów wspólnotowego prawa pochodnego¹³⁹, a przede wszystkim dokonano nowelizacji traktatu rzymskiego, co nastąpiło przyjętym w 1986 r. *Jednolitym aktem europejskim*¹⁴⁰. Poza zmianami, mającymi na celu zacieśnienie współpracy politycznej państw członkowskich oraz wzmocnienia instytucjonalnych ram Wspólnot Europejskich, proces ten doprowadził do rozszerzenia obszaru działań EWG o nowe polityki, pogłębiając stopień europejskiej integracji¹⁴¹.

Nowy model integracji cechowało podejście raczej pragmatyczne i funkcjonalne aniżeli instytucjonalne¹⁴². Jego realizacja oznaczała wyraźne odejście od koncepcji integracji poprzez rynek na rzecz integracji pozytywnej – poprzez regulację

także: *Biała księga Komisji z 1999 roku w sprawie modernizacji reguł stosowania przepisów art. 85 i 86 Traktatu WE*, Dz. Urz. C, nr 132, z 1999, s. 1, pkt 78.

135 Komunikat z 14 czerwca 1985, COM(85) 310 final. Zob. także: J. Steiner, L. Woods, Ch. Twigg-Flesner, *EU Law*, Oxford 2006, s. 6 oraz C. Joerges, *What Is Left...*, s. 471–472.

136 D. Gerber, *Law and Competition...*, s. 359 oraz P. Manin, *The Treaty of Amsterdam*, „Columbia Journal of European Law”, Winter–Spring 1998, s. 1.

137 Opisane w księdze bariery w rozwoju rynku wewnętrznego podzielone zostały na fizyczne (część I), techniczne (część II) i fiskalne (część III).

138 *Jednolity akt europejski*, deklaracja do art. 8a TEWG oraz motyw 16 *Biała księga dotycząca ukończenia rynku wewnętrznego*.

139 Directorate-General for the Internal Market and Services, European Commission, *20 years of the European single market. Together for new growth. Main achievements*, European Union, 2012, s. 7.

140 Dz. Urz. L, nr 169, z 29 czerwca 1987 r., s. 1.

141 *Jednolitym aktem europejskim* do *Traktatu ustanawiającego EWG* dodano nowe tytuły: V – „spójność gospodarcza i społeczna” (Obecnie tytuł XVIII TFUE w zmienionym brzmieniu: „Spójność gospodarcza, społeczna i terytorialna”) oraz VI – „badania i rozwój technologiczny”, a także przepisy dotyczące unii gospodarczej i walutowej.

142 A. C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford–Portland 2016, s. 7.

i politykę przemysłową¹⁴³. Choć likwidacja barier handlowych, stanowiąca esencję programu ukończenia budowy rynku wewnętrznego, pozostawała spójna z założeniami ordoliberalnymi, to metody, które miały temu służyć były ich zaprzeczeniem. Zmiany te postrzegane były jako odejście od klasycznie ordoliberalnego modelu integracji opartego na gospodarce transakcyjnej i konstytucji gospodarczej, w którym prawo konkurencji odgrywa pierwszoplanową rolę¹⁴⁴.

Tendencje zmian modelu integracji europejskiej wprowadzonych w ramach programu ukończenia rynku wewnętrznego zostały wzmocnione w wyniku przyjęcia traktatu z Maastricht¹⁴⁵. Skutkowało to dalszym rozszerzeniem obszaru działania Wspólnoty Europejskiej oraz pogłębieniem współpracy i integracji państw członkowskich. Potwierdzono wprawdzie konstytucyjny wymiar zasady konkurencji, a działania WE oparto na zasadzie otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją¹⁴⁶. Jednakże stopniowe wzmocnienie znaczenia innych polityk, a także powiązanie ich z polityką konkurencji doprowadziło do utraty jej autonomii¹⁴⁷.

Rezultatem opisanych wyżej przemian modelu integracji europejskiej było osłabienie, jeżeli nie zerwanie, jej związków z ordoliberalnymi korzeniami. Naturalną tego konsekwencją było pozbawienie polityki konkurencji jej dotychczasowej roli – głównego, obok reguł rynku wewnętrznego, narzędzia stymulującego integrację europejską. Przejście do pozytywnych metod integracji opartych na polityce przemysłowej i regulacji prawnej, a także rozszerzenie obszaru działań Wspólnoty, doprowadziło do sytuacji, w której polityka konkurencji, choć nadal istotna, stała się jedną z wielu równorzędnych polityk. Obok konkurencji uplasowały się inne wartości wcześniej nie identyfikowane lub słabo identyfikowane jako wspólne, takie jak: spójność ekonomiczna i społeczna, a także konkurencyjność gospodarki. Jednocześnie utrata autonomii polityki konkurencji doprowadziła do internalizacji w jej ramach innych wartości rozpoznawanych na gruncie prawa wspólnotowego, obok dotychczasowych – zapewnienia efektywnej konkurencji i tworzenia rynku wewnętrznego¹⁴⁸. Dotyczyło to między innymi wartości realizowanych na

143 Podobnie: M. Streit, W. Mussler, *The Economic Constitution of the European Community: From „Rome” to „Maastricht”*, „European Law Journal” 1995, vol. 5, s. 20 oraz C. Joerges, *What Is Left...*, s. 472.

144 W. Sauter, *The Economic...*, s. 53; nie oznacza to jednak, że zmiany te były jednoznacznie potępiane przez zwolenników szkoły fryburskiej. Piśmiennictwo podkreśla bowiem, że aksjologiczne podstawy doktryny ordoliberalnej uległy daleko idącej ewolucji po drugiej wojnie światowej, głównie pod wpływem koncepcji F. Hayeka. W rezultacie nowe pokolenie ordoliberalistów nie było już bezwarunkowo krytyczne wobec procesów instytucjonalizacji racjonalności ekonomicznej i wolności gospodarczej – zob. C. Joerges, *What Is Left...*, s. 473.

145 Dz. Urz. C, nr 191, z 29 lipca 1992 r., s. 1.

146 Por. art. 3a ust. 1 i 2 TWE – obecnie art. 119 TFUE.

147 Podobnie: B. J. Rodger, *Competition Policy...*, s. 307–308; na związki pomiędzy polityką konkurencji a politykami: rozwoju rynku wewnętrznego, wzrostu i konkurencyjności, spójności, badań i rozwoju, ochrony środowiska, ochrony konsumentów oraz zatrudnienia zwraca uwagę *XXVI Raport o polityce konkurencji* z 1996 r. – por. przyp. 75.

148 B. J. Rodger, *Competition Policy...*, s. 307–308.

gruncie takich polityk, jak: rynek wewnętrzny, wzrost i konkurencyjność, spójność społeczna i ekonomiczna, badania i rozwój, ochrona środowiska, ochrona konsumentów i zatrudnienie¹⁴⁹.

Bezpośrednią konsekwencją wdrożenia programu ukończenia rynku wewnętrznego, widoczną w obrębie polityki konkurencji, była reorientacja jej priorytetów, określana mianem „zwrotu publicznego”¹⁵⁰. U jego podstaw stało przekonanie, że na ówczesnym etapie rozwoju rynku wewnętrznego najważniejsze bariery handlowe wynikają nie tyle z naruszeń konkurencji dokonywanych przez przedsiębiorstwa, lecz z instrumentów regulacyjnych państw członkowskich¹⁵¹. Priorytetem stała się zatem walka z ograniczeniami konkurencji wynikającymi z działań protekcjonistycznych państw członkowskich, których skala wzrosła w okresie kryzysu, a następnie stagnacji gospodarczej w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych ubiegłego wieku¹⁵². Punkt ciężkości przeniesiony został zatem ze stosowania reguł adresowanych do przedsiębiorstw na reguły pomocy państwa i stosowanie art. 106 TFUE jako narzędzia zwalczania publicznoprawnych ograniczeń konkurencji¹⁵³.

Jednocześnie, w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, nasila się krytyka sposobu stosowania europejskich reguł konkurencji. Doktryna prawa konkurencji coraz częściej zarzucała mu formalizm, oderwanie od aktualnego dorobku nauk ekonomicznych i oparcie na przestarzałych założeniach teoretycznych¹⁵⁴. Zarzuty te wymierzone były między innymi w restrykcyjne i zdaniem krytyków pozbawione

149 Por. *XXVI Raport o polityce konkurencji* z 1996 r. oraz zawarta w nim odpowiedź na opinię Europejskiego Komitetu Społecznego o *XXV Raportie w sprawie polityki konkurencji* (COM (96) 126 final) – w odpowiedzi na uwagę 2.5 o treści następującej „będąc dalekim od uznania, że stanowi to główną oś stosowania reguł [konkurencji – Ł. G.], Komitet podkreśla, że polityka konkurencji musi być powiązana z innymi politykami Wspólnoty, w szczególności tymi, które dotyczą handlu, przemysłu, zatrudnienia, spójności społecznej, konkurencyjności, inflacji i ochrony konsumentów”; Komisja wskazała, że „nie może zrobić nic innego, aniżeli potwierdzić, że przykłada szczególną wagę do związków pomiędzy polityką konkurencji a innymi politykami Wspólnoty”.

150 Zob.: D. Gerber, *The Transformation of European Community Competition Law?*, „Harvard International Law Journal” 1994, vol. 35, s. 137–141 oraz idem, *Law and Competition...*, s. 382–384.

151 D. Gerber, *Law and Competition...*, s. 382 oraz *XX Raport o polityce konkurencji* z 1990 r., s. 50.

152 C. Joerges, *What Is Left...*, s. 472.

153 Działania te zapowiedziane zostały już w *Białej Księdze w sprawie ukończenia rynku wewnętrznego* – por. Komunikat Komisji z 14 czerwca 1985 r., COM(85) 310 final, motyw 157, zob. także: C. Bright, *Article 90, Economic Policy and the Duties of Member States*, „European Community Law Review” 1993, vol. 14, s. 263.

154 Por. m.in.: V. Korah, *The Judgment in Delimitis: A Milestone towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement – or a Damp Squib?*, „European Intellectual Property Review” 1992, vol. 5, s. 167; eadem, *The Paucity of Economic Analysis in the EEC Decisions on Competition Tetra Pak II*, „Current Legal Problems” 1993, vol. 46, Issue: Part 2, s. 148; R. van der Bergh, *Modern Industrial Organisation versus Old-Fashioned European Competition Law*, „European Competition Law Review” 1996, vol. 17, s. 75; D. Ridyard, *Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation*, „European Competition Law Review” 1994, vol. 15, s. 255.

merytorycznych podstaw, podejście stosowane przez Komisję względem porozumień pionowych¹⁵⁵.

Na krytyczną ocenę europejskiej polityki konkurencji wpływ miały zmiany, jakie pojawiły się w obrębie innych systemów prawa konkurencji na świecie, na czele z amerykańskim, związane ze wzrostem znaczenia, a następnie dominacją szkoły chicagowskiej. Na tle zmodernizowanego sposobu stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego, europejskie prawo konkurencji jawiło się jako relikw¹⁵⁶. Taka sytuacja stała się zresztą źródłem poważnych tarć pomiędzy Komisją Europejską a amerykańskimi organami ochrony konkurencji¹⁵⁷. Ów konflikt szczególnie jaskrawo uwidocznił się na tle kilku spraw, które prowadzone były równoległe po obu stronach Atlantyku, a które zakończyły się odmiennymi rozstrzygnięciami europejskich i amerykańskich organów¹⁵⁸.

10.3.2.2. Reformy prawa konkurencji – w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia

Pod koniec lat dziewięćdziesiątych potrzeba zmian w obrębie europejskiego prawa konkurencji stała się oczywista, tym bardziej że modernizacji wymagały także jego ramy proceduralne i instytucjonalne, co związane było z planowanym rozszerzeniem Unii Europejskiej. Katalizatorem zmian było objęcie w 1999 r. funkcji Komisarza ds. konkurencji przez Mario Montiego – pierwszego ekonomisty na tym stanowisku, w dodatku posiadającego dorobek naukowy w zakresie badań nad ekonomią konkurencji¹⁵⁹. Komisarz Monti jednoznacznie stanął po stronie zwolenników podejścia opartego na skutkach. To za jego kadencji i pod jego patronatem zainicjowane zostały reformy prawa konkurencji i przyjęte kluczowe elementy pakietu modernizacyjnego w zakresie reguł dotyczących porozumień ograniczających konkurencję i kontroli koncentracji. Monti zyskał w ten sposób przydomek „wielkiego reformatora”¹⁶⁰.

155 Por.: B. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC competition law*, „Common Market Law Review” 1995, vol. 32, Issue 4, s. 973.

156 A. C. Witt, *The More...*, s. 10.

157 *Ibidem*, s. 11.

158 Por. w szczególności sprawy dotyczące koncentracji pomiędzy Boeing a McDonell Douglas z 1997 r. (decyzja Komisji w sprawie IV/M.877, Dz. Urz. UE L, nr 336, z 1997 r., s. 16) oraz pomiędzy GE a Honeywell z 2001 r. (decyzja Komisji z 3 lipca 2004 r. w sprawie COMP/M.2220, Dz. Urz. UE L, nr 48, z 2004 r. s. 1); w późniejszych latach poważne różnice koncepcyjne pomiędzy europejskim i amerykańskim prawem konkurencji ujawniły się w szczególności w sprawie Microsoft z 2004 r. (decyzja Komisji z 24 maja 2007 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Dz. Urz. L, nr 32, z 2007 r., s. 23); szczegółowa analiza różnic w podejściu europejskiego i amerykańskiego prawa konkurencji do rozstrzygnięć w tych sprawach w: A. C. Witt, *The More...*, s. 11–27.

159 A. C. Witt, *The More...*, s. 34.

160 M. Bloom, *The Great Reformer: Mario Monti's Legacy in Article 81 and cartel policy*, „Competition Policy International”, Spring 2005, vol. 1, No 1, s. 55.

W wydanej w 1999 r. *Białej Księdze w sprawie modernizacji reguł stosowania art. 85 i 86 traktatu WE*, Komisja określiła priorytety planowanych zmian, zapowiadając decentralizację stosowania zakazów wyrażonych w art. 101 i 102 TFUE oraz zakończenie obowiązywania systemu notyfikacji porozumień¹⁶¹. Do materialno-prawnych aspektów stosowania reguł konkurencji odniosła się wówczas jedynie lakonicznie¹⁶². Zwróciła jednak uwagę na potrzebę uwzględnienia analizy szkodliwych i korzystnych efektów porozumień w obrębie stosowania art. 101 ust. 1 Traktatu¹⁶³.

Pierwszym aktem modernizacji wspólnotowych reguł konkurencji było przyjęcie przez Komisję w 1999 r. nowego rozporządzenia w sprawie wyłączenia porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹⁶⁴, a w kolejnym roku towarzyszących mu wytycznych¹⁶⁵. Wówczas także i w następnych latach wydane zostały kolejne akty prawne składające się na trzecią generację unijnych rozporządzeń o wyłączeniach blokowych od zakazu porozumień, a także towarzyszące im akty miękkiego prawa¹⁶⁶. Wspólną ich wszystkich płaszczyzną było odejście od sformalizowanych reguł oceny dopuszczalności porozumień na rzecz reguł opartych w większym stopniu na ocenie ich skutków rynkowych¹⁶⁷.

161 *Biała księga w sprawie modernizacji reguł stosowania art. 85 i 86 traktatu WE*, Program Komisji nr 99/027, z 28 kwietnia 1999 r.

162 Według D. Gerbera, procesy reform materialnego prawa konkurencji UE i systemu jego egzekwowania są ze sobą nierozzerwalnie splecione. W szczególności zmiany proceduralne wzmocniły i umożliwiły modernizację europejskiego prawa konkurencji w kierunku bardziej efektywnego podejścia. Zob. D. Gerber, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, „Fordham International Law Journal” 2007, vol. 31, Issue 5, s. 1262.

163 *Biała księga w sprawie modernizacji reguł stosowania art. 85 i 86 traktatu WE*, Program Komisji nr 99/027, z 28 kwietnia 1999 r., pkt 56.

164 *Rozporządzenie Komisji z 22 grudnia 1999 r., nr 2790/1999 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, Dz. Urz. L, nr 336, z 29 grudnia 1999, s. 21 – okoliczności jego przyjęcia, a także założenia stojące u podstaw jego stosowania omówione zostały w rozdziale 3.

165 Obwieszczenie Komisji: wytyczne w sprawie ograniczeń pionowych, Dz. Urz. C, nr 291, z 13 października 2000 r., s. 1.

166 *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2658/2000 z 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych*, Dz. Urz. L, nr 304, z 5 grudnia 2000 r. s. 3; *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2659/2000 z 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju*, Dz. Urz. L, nr 304, z 5 grudnia 2000 r. s. 7; *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1400/2002 z 31 lipca 2002 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych w sektorze motoryzacyjnym*, Dz. Urz. L, nr 203, z 1 sierpnia 2002 r. s. 30; *Rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004 z 7 kwietnia 2004 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii*, Dz. Urz. L, nr 123, z 27 kwietnia 2004 r. s. 11; Obwieszczenie Komisji Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, Dz. Urz. C, nr 3, z 6 stycznia 2001 r., s. 2; Obwieszczenie Komisji Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do kategorii porozumień o transferze technologii, Dz. Urz. C, nr 101, z 27 kwietnia 2004 r., s. 2.

167 Przykładowo w motywie 7. wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r. Komisja stwierdziła wprost, że: „stosując zasady WE dotyczące konkurencji Komisja przyjmie

Treść wydanych w 2004 r. wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu odzwierciedla kierunek reformy sposobu stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Komisja *expressis verbis* wypowiedziała się o celach art. 101 Traktatu wskazując, że jego postanowienia

mają na celu ochronę konkurencji na rynku dla wzmocnienia dobrobytu konsumenta i zapewnienia efektywnej alokacji zasobów. Celowi temu służą konkurencja i integracja rynku, gdyż tworzenie i utrzymywanie otwartego, jednolitego rynku sprzyja efektywnej alokacji zasobów na całym obszarze Wspólnoty dla dobra konsumentów¹⁶⁸.

W tych samych wytycznych Komisja wypowiedziała się w sposób analogiczny o celach całej europejskiej polityki konkurencji, wskazując, że mają one za zadanie „ochronę konkurencji na rynku jako środka wzmocnienia dobrobytu konsumentów i zapewnienia efektywnej alokacji zasobów”¹⁶⁹. Takie ujęcie oznacza nową percepcję funkcji zakazu porozumień ograniczających konkurencję¹⁷⁰, spójną, przynajmniej w warstwie retorycznej, z postulatami szkoły chicagowskiej.

Analogiczne zmiany zaszły w obrębie reformy sposobu stosowania art. 102 TFUE. Przypadły one na koniec pierwszej dekady XXI w.¹⁷¹ W wystąpieniu wygłoszonym na Uniwersytecie Fordham we wrześniu 2005 r., ówczesna Komisarz ds. Konkurencji N. Kroes zainicjowała europejską debatę dotyczącą modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej. Wskazała w nim zwięźle priorytety oraz kierunki zmian sposobu stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej, ale przede wszystkim odniosła się do aksjologicznych podstaw jego stosowania:

Zdaję sobie sprawę z częstych sugestii, że – w odróżnieniu od § 2 ustawy Shermana – art. 82 jest nierozzerwalnie kojarzony z „uczciwością” i w związku z tym nie jest on nakierowany głównie na dobrobyt konsumenta. Moim zdaniem, polityka konkurencji ewoluuje, podobnie jak ewoluuje nasze rozumienie ekonomii. W przeszłości, „uczciwość” odgrywała wyjątkową rolę w odniesieniu do stosowania § 2 [ustawy Shermana – Ł. G.] w sposób, z którym nie mamy dziś do czynienia. Nie widzę podstaw, aby podobny kierunek rozwoju nie miał miejsca w Europie. Moja własna filozofia na ten temat jest prosta. Po pierwsze to konkurencja, a nie konkurenci, ma być chroniona. Po drugie, ostatecznym celem jest unikanie szkody dla konsumentów.

podejście ekonomiczne, które opiera się na skutkach dla rynku”. Więcej na temat reformy wyłączeń blokowych rozpoczętej w drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych w rozdziale 3.

168 Komunikat Komisji *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu...*, Dz. Urz. C, nr 101, z 27 kwietnia 2004 r., s. 97, pkt 13.

169 *Ibidem*, pkt 33.

170 Podobnie: P. Lugard, L. Hancher, *Honey, I Shrank the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81(3) of the EC Treaty*, „European Community Law Review” 2004, vol. 25, Issue 7, s. 410; L. Kjølbye, *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81*, „European Community Law Review” 2004, vol. 25, Issue 9, s. 567 oraz H. M. Gilliams, *Modernisation: from Policy to Practice*, „European Law Review” 2003, vol. 4, s. 459.

171 Więcej na temat genezy reformy art. 102 TFUE w ujęciu dynamicznym w: P. Akman, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2009, vol. 29, No 2, s. 267.

W związku z tym „wykorzystywanie siły rynkowej powinno być oceniane głównie na podstawie skutków rynkowych [...]”, celem art. 102 Traktatu jest bowiem, „ochrona konkurencji na rynku jako środka służącego poprawie dobrobytu konsumenta i zapewniającego efektywną alokację zasobów”¹⁷².

Wypowiedź ta stanowi nie tylko znakomitą ilustrację zmodernizowanej percepcji aksjologicznych podstaw reguł konkurencji UE po stronie Komisji, a przynajmniej tego jej członka, który za ich stosowanie odpowiadał. Jest ona także wyrazem dążenia do transatlantyckiej konwergencji, przynajmniej w obrębie rozumienia aksjologicznych fundamentów amerykańskiego i europejskiego systemu prawa konkurencji.

W związku z ogłoszonymi przez N. Kroes priorytetami reformy stosowania art. 102 Traktatu uwaga skierowana została na zmiany podejścia względem praktyk wykluczających. W grudniu 2005 r. Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji wydała dokument konsultacyjny dotyczący stosowania art. 82 Traktatu do praktyk wykluczających, rozpoczynając w ten sposób publiczne konsultacje dotyczące zmian prawa¹⁷³. Ukoronowaniem reformy było wydanie przez Komisję w lutym 2009 r. wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące¹⁷⁴. Komisja określiła w nim ogólne materialne reguły oceny zgodności praktyk wykluczających z art. 102 Traktatu, wyraźnie nadając prymat ekonomicznej analizie ich skutków rynkowych. Przykładem takich działań jest przyznanie szczególnej roli testowi „równie efektywnego konkurenta” jako podstawowego narzędzia stosowanego do oceny cenowych praktyk wykluczających¹⁷⁵. Jednak w zakresie definicji

172 N. Kroes, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*. Wystąpienie w Fordham Corporate Law Institute, Nowy Jork, 23 września 2005 r., SPEECH/05/537, dostępny pod adresem: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en (dostęp: 30.12.2018). Wystąpienie N. Kroes było inspirowane między innymi konkluzjami raportu *An economic approach to Article 82*, przygotowanego przez European Advisory Group on Competition Policy z lipca 2005 r., który postulował przyjęcie ekonomicznego podejścia do stosowania art. 102 Traktatu – raport dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (dostęp: 30.12.2018).

173 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, grudzień 2005 r., dostępny pod adresem: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (dostęp: 30.12.2018).

174 Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. Urz. C, nr 45, z 24 lutego 2009 r., s. 2.

175 Test równie efektywnego konkurenta wywodzi się z wyroku w sprawie 62/86 AKZO Chemie v. Komisja [ECLI:EU:C:1991:286, pkt 72], wytyczne nadały mu jednak nowe znaczenie czyniąc z niego niezbędny element testu zgodności tych praktyk z prawem konkurencji, a także określiły szczegółowo sposób jego stosowania. Test równie efektywnego przedsiębiorstwa sprowadza się do uwarunkowania możliwości zastosowania art. 102 TFUE do praktyk, które są w stanie ograniczać konkurencję ze strony co najmniej równie efektywnych konkurentów. Jak wskazała Komisja w motywie 27 wytycznych: „Jeżeli z danych wyraźnie wynika, że

celów osiągniętych w ramach art. 102 Traktatu, Komisja była w wytycznych znacznie bardziej wstrzemięźliwa aniżeli N. Kroes w cytowanym wyżej wystąpieniu z 2005 r. Komisja nadała bowiem priorytet ochronie procesu konkurencyjnego na rynku wewnętrznym poprzez dbanie, aby konkurenci nie byli eliminowani z rynku, chyba że w wyniku oddziaływania konkurencji merytorycznej. To jednak nie miało oznaczać ochrony konkurentów¹⁷⁶. Z drugiej strony Komisja podkreśliła także znaczenie dobrobytu konsumenta jako wartości realizowanej w warunkach konkurencji¹⁷⁷.

Modernizacja europejskiego prawa konkurencji dokonywana pod hasłem wdrożenia „bardziej ekonomicznego podejścia” nie ominęła także kontroli koncentracji.

równie efektywny konkurent może skutecznie konkurować z praktyką ustalania cen przedsiębiorstwa dominującego, Komisja zasadniczo wyciągnie wniosek, że praktyka ustalania cen stosowana przez przedsiębiorstwo dominujące prawdopodobnie nie będzie miała szkodliwego wpływu na skuteczną konkurencję, a wobec tego także na konsumentów, i z tego względu przypuszczalnie nie podejmie interwencji. Jeżeli natomiast z danych wynika, że ceny naliczane przez przedsiębiorstwo dominujące mogą spowodować zamknięcie dostępu do rynku również efektywnym konkurentom, wówczas Komisja uwzględni ten aspekt w ogólnej ocenie antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku [...], biorąc pod uwagę inne odpowiednie dowody ilościowe lub jakościowe”; więcej na temat testu „równie efektywnego konkurenta” w: M. Mandorff, J. Sahl, *The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance*, Konkurrensverket Working Paper nr 1, 2003 dostępne na stronie <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-role-of-the-equally-efficient-competitor-in-the-assessment-of-abuse-of-dominance.pdf> (dostęp: 14.08.2018) oraz K. Kohutek, *Modernizacja instytucji zakazu nadużycia pozycji dominującej w prawie konkurencji: nowe koncepcje oraz metody stosowania prawa*, „Przeгляд Права Publicznego” 2010, vol. 6, s. 84 oraz idem, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012, s. 171 i n.

176 W motywie 6 wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Komisja wskazała, że „najważniejszym aspektem działań Komisji, związanych z egzekwowaniem prawa w odniesieniu do działań o charakterze praktyki wyłączającej, jest ochrona procesu konkurencyjnego na rynku wewnętrznym i dbanie o to, by przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą nie wykluczały z rynku swoich konkurentów w inny sposób niż w drodze konkurencji, opierającej się na atutach dostarczanych produktów lub usług. Przyjmując taką zasadę postępowania, Komisja ma świadomość, że najważniejsze znaczenie ma ochrona skutecznego procesu konkurencji, a nie jedynie podmiotów konkurujących. Może się więc okazać, że konkurenci, których oferta dla konsumentów jest gorsza pod względem ceny, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności, przestaną funkcjonować na rynku”.

177 Stosownie do motywu 5 wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące: „[...] Źródłem korzyści z konkurencji dla konsumentów są niższe ceny, wyższa jakość i szerszy asortyment nowych lub udoskonalonych towarów i usług. Dlatego też Komisja będzie ukierunkowywała swoje działania w zakresie egzekwowania prawa na zapewnienie właściwego funkcjonowania rynków i umożliwienie konsumentom czerpania korzyści płynących z efektywności i produktywności, które są wynikiem skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami”.

Znalazło ono swoje odzwierciedlenie w modyfikacji testu oceny koncentracji, co nastąpiło wraz z wejściem w życie *Rozporządzenia Komisji nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*¹⁷⁸. Wprowadzony jego przepisami test SIEC zastąpił wcześniejszy, krytykowany przez doktrynę jako nazbyt sformalizowany, test dominacji¹⁷⁹. Nowy test odnosił się do „znaczącego ograniczenia skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej”, co pozwalało na bardziej elastyczną i dynamiczną ocenę dopuszczalności koncentracji, opartą na jej skutkach ekonomicznych¹⁸⁰. Bardziej ekonomiczne podejście znalazło także odzwierciedlenie w treści aktów miękkiego prawa UE dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹⁸¹.

178 *Rozporządzenie Komisji (WE) z 20 stycznia 2004 roku, nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Dz. Urz. L, nr 24, z 29 stycznia 2004, s. 1.

179 D. Ridyard, *Economic...*, s. 255.

180 Por. art. 2 ust. 3 *Rozporządzenia Komisji (WE) z 20 stycznia 2004 roku, nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Więcej na temat reformy reguł dotyczących kontroli koncentracji w: C. Banasiński, D. Wierzbowska, *Reforma prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, „Problemy Zarządzania” 2004, vol. 3, s. 38; T. Soames, S. Maudhuit, *Changes in EU Merger Control: Part 2*, „European Community Law Review” 2005, vol. 26, s. 75; S. Ryan, K. Fountoukakos, *A New Substantive Test for EU Merger Control*, „European Community Law Review” 2005, vol. 26, s. 283; J. Vickers, *Merger Policy in Europe. Retrospect and Prospect*, „European Community Law Review” 2004, vol. 25, s. 460.

181 W wydanych w 2004 r. przez Komisję wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. C, nr 31, z 5 lutego 2004 r., s. 3) Komisja wyraźnie podkreśliła znaczenie dobrobytu konsumenta jako wartości wynikającej z konkurencji. Ponadto, za podstawowe kryterium oceny dopuszczalności koncentracji uznała jej wpływ na ceny lub inne parametry konkurencji. Stosownie do motywu 8 wytycznych „skuteczna konkurencja daje konsumentom korzyści, np. niskie ceny, wysokiej jakości produkty, duży wybór produktów i usług oraz innowacje. Poprzez kontrolę połączeń Komisja zapobiega takim połączeniom, które mogłyby pozbawić klientów tych korzyści poprzez znaczne wzmocnienie siły rynkowej przedsiębiorstw. Poprzez »wzmocnioną siłę rynkową« rozumie się zdolność jednego lub więcej przedsiębiorstw do opłacalnego podnoszenia cen, zmniejszania produkcji, wyboru lub jakości produktów i usług, zmniejszenie innowacyjności lub wpływanie w inny sposób na parametry konkurencji. W niniejszym obwieszczeniu termin »podwyższone ceny« jest często używany jako skrót w odniesieniu do tych różnych sposobów utrudniania konkurencji spowodowanych przez połączenie. Zarówno dostawcy, jak i nabywcy mogą posiadać siłę rynkową. Jednakże dla zapewnienia jasności siła rynkowa będzie zwykle odnosić się w niniejszym tekście do siły rynkowej dostawcy. Jeśli kwestia dotyczy siły rynkowej kupującego, używa się terminu »siła nabywcy«; podobne stwierdzenie znalazło się w motywie dziesięciu wydanych w 2008 r. wytycznych Komisji w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. C, nr 265, z 18 października 2008 r., s. 7).

10.3.3. Aktualne cele reguł konkurencji UE

Aksjologiczne podstawy prawa konkurencji UE uformowały się pod wpływem dwóch dominujących prądów myślowych. Pierwszy z nich, związany ze szkołą fryburską, postrzegał prawo konkurencji jako kluczowy element pierwotnego europejskiego modelu negatywnej integracji poprzez rynek. System prawa konkurencji miał wówczas stymulować proces integracji europejskiej poprzez usuwanie barier w handlu między państwami członkowskimi oraz poszerzać granice wolności gospodarczej, chroniąc słabszych uczestników rynku (konsumentów i konkurentów) przed wykorzystywaniem władzy rynkowej przez posiadające ją przedsiębiorstwa.

Z drugiej strony na kształt i sposób stosowania europejskich reguł konkurencji wpłynęła ideologia szkoły chicagowskiej recypowana w Europie w następstwie procesu ich modernizacji. Wdrożone wówczas „bardziej ekonomiczne podejście” włączyło w ramy aksjologii reguł konkurencji UE postulat racjonalności ekonomicznej, plasując w ich centrum dobrobyt konsumenta jako podstawową wartość, którą mają realizować.

Skutki jakiej modernizacja europejskiego prawa konkurencji wywołała w płaszczyźnie aksjologicznej stanowią element debaty toczącej się na łamach piśmiennictwa nieprzerwanie od lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, a skoncentrowanej wokół problemu aktualnych celów, do osiągnięcia których dąży ta gałąź prawa¹⁸². Wśród przedstawicieli doktryny dominują dwa stanowiska. Pierwsze z nich zakłada wąskie postrzeganie celów prawa konkurencji. Ich katalog ograniczony ma być do wartości o charakterze ekonomicznym, obejmujących w szczególności dobrobyt konsumenta, ewentualnie uzupełnionych o tradycyjny cel w postaci promowania integracji europejskiej.

182 Znaczenie tego sporu bywa kwestionowane. I. Lianos deprecjonuje znaczenie dyskusji o celach europejskich reguł konkurencji uznając, że ich wyznaczenie „niekoniecznie dostarcza jakichkolwiek informacji na temat treści i ewolucji prawa konkurencji”, stanowiąc tym samym „pozbawione znaczenia ćwiczenie”. Stanowisko to Lianos wywodzi z rezultatów zastosowania metody porównawczej analizy instytucjonalnej, która koncentruje się na problemie relacji pomiędzy wyborem instytucji a celami przez nie realizowanymi. Zdaniem tego autora błędem jest sądzić, że podmioty stosujące prawo przyjmują *a priori* określone założenie aksjologiczne wynikające z celu, do którego doprowadzić ma zastosowanie określonej normy. Proces stosowania prawa jest znacznie bardziej złożony, a podmioty stosujące prawo (w tym sądy) kierują się przy podejmowaniu decyzji znacznie szerszym spektrum względów, wliczając w to choćby względy ekonomiki postępowania i pewności prawa. Zatem, według I. Lianos, kwestia wyboru celów prawa konkurencji jest wtórna wobec wyboru instytucjonalnego, który powinien być dokonany w następstwie analizy porównawczej modeli instytucjonalnych stosowania europejskich reguł konkurencji – por. I. Lianos, *Some Reflections...*, s. 2–3 i 57–58; podobnie A. Ayal, którego zdaniem „cele prawa konkurencji są często definiowane, a jeszcze częściej domniemywane, lecz rzadko stosowane jako decydujące czynniki wpływające na implementację [prawa – Ł. G.] w rzeczywistym świecie” – por. A. Ayal, *Fairness in...*, s. 25.

Takie stanowisko reprezentuje między innymi A. Witt, która w następstwie analizy procesu modernizacji reguł konkurencji UE doszła do wniosku, że katalog ich celów zawężony został do zapewnienia dobrobytu konsumenta i ochrony rynku wewnętrznego. Cele te są przy tym, jej zdaniem, równoważne. Według tej autorki, proces modernizacji doprowadził do zakwestionowania znaczenia pozaekonomicznych wartości jako aksjologicznych podstaw europejskich reguł konkurencji. W związku z tym, jak wskazała A. Witt, aksjologiczne fundamenty europejskiego i amerykańskiego prawa konkurencji są niemal takie same, z tym jednak zastrzeżeniem, że to pierwsze stawia sobie za cel ochronę dobrobytu konsumenta *sensu stricto*, a nie dobrobytu całkowitego (*total welfare*)¹⁸³.

Podobnie rozumieją cele europejskich reguł konkurencji S. Bishop i M. Walker. Ich zdaniem ochrona rynku wewnętrznego stanowi cel, który brany jest pod uwagę w pierwszej kolejności, w przypadku, gdy koliduje on z celem w postaci poprawy efektywności gospodarczej. Z praktyki stosowania europejskich reguł konkurencji wynika bowiem wniosek, że praktyki ograniczające handel transgraniczny zakazywane są bez względu na to, czy ich rezultatem są efektywności gospodarcze¹⁸⁴.

Zwolennikiem stanowiska o ograniczonej liczbie celów prawa konkurencji jest także O. Andriychuk. Autor ten neguje jednak pierwszoplanowe znaczenie dobrobytu konsumenta jako wartości realizowanej przez prawo konkurencji UE. Zdaniem O. Andriychuka wartość tę stanowi konkurencja sama w sobie. Postrzegana jest ona jako autonomiczny i ostateczny cel, który wdrażać ma prawo konkurencji. Autor ten uważa, że konkurencja zasługuje, by rozumieć ją jako „ważną deontologiczną wartość o charakterze ekonomicznym”¹⁸⁵. W związku z tym inne aniżeli ekonomiczne względy, w tym integracja gospodarcza czy ochrona środowiska, powinny być realizowane na gruncie innych polityk. Deontologiczny wymiar konkurencji plasuje ją jako wartość podlegającą ochronie, bez względu na to, czy prowadzi ona do efektywności gospodarczej. Nie oznacza to jednak, że argumenty utylitarne czy konsekwencjalistyczne, w tym wpływ zachowania przedsiębiorstwa na dobrobyt, nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie praktyk ograniczających konkurencję. Mają one jednak znaczenie wtórne wobec deontologicznie postrzeganej konkurencji¹⁸⁶.

Stanowisko o pluralizmie celów reguł konkurencji UE, jak się wydaje, dominiuje w piśmiennictwie¹⁸⁷. Przedstawiciele doktryny prawa konkurencji różnią

183 A. C. Witt, *The More...*, s. 108; podobnie O. Odudu, *The Wider Concerns of Competition Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2010, vol. 30, No 3, s. 599.

184 S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London 2010, s. 6–7.

185 O. Andriychuk, *Rediscovering the Spirit of Competition: on the Normative Value of the Competitive Process*, „European Competition Journal” 2010, vol. 6, No 3, s. 575.

186 *Ibidem*, s. 608–609.

187 Por.: A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 34–42; D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 19–26; R. Whish, D. Bailey, *Competition...*, s. 18–24; M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2003, s. 17–30; A. Ayal, *Fairness in...*, s. 23–24.

się jednak w ocenie, które spośród wartości wchodzi w jego skład i jakie jest ich znaczenie.

D. Geradin, A. Layne-Farrar i N. Petit wśród wartości, które wpływają na proces stosowania unijnych reguł konkurencji, wymieniają: uczciwość, wolność gospodarczą, pluralizm i wybór konsumenta, a także efektywność ekonomiczną i dobrobyt konsumenta¹⁸⁸. Ich zdaniem, choć historycznie przypisywano im różne znaczenie, to obecnie dwie ostatnie spośród nich wyraźnie dominują. Autorzy ci pośród celów prawa konkurencji wymieniają także integrację europejską, zwracając jednak uwagę na spadek jej znaczenia¹⁸⁹.

R. Whish i D. Bailey również postrzegają katalog celów prawa konkurencji UE szeroko, włączając do niego:

- maksymalizację dobrobytu konsumenta, jako cel dominujący,
- ochronę konsumentów, rozumianą szerzej aniżeli tylko ochrona ich dobrobytu,
- redystrybucję, rozumianą jako sprzyjanie ekonomicznej równości w następstwie korekty rezultatów rynkowej alokacji dochodów,
- ochronę konkurentów poprzez zapewnienie słabszym graczom dostępu do rynku i równych szans na nim,
- ochronę jednolitego rynku¹⁹⁰.

Stosownie do koncepcji C. Townleya prawo konkurencji UE służyć ma promowaniu ogólnego dobrobytu jej obywateli¹⁹¹. Autor ten postrzega przedsiębiorstwa jako uczestników życia społecznego, które stają się podmiotem „moralnych obowiązków” wynikających z prawa konkurencji. Wizja celów europejskiego prawa konkurencji reprezentowana przez C. Townleya jest przy tym wyraźnie

Podobnie: P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, ed. 6, Oxford 2015, s. 1001–1002; T. Skoczny, *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe, prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, s. II-327-328; M. Motta, *Competition Law...*, s. 15; T. Skoczny, *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej*, [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawnno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005, s. 106.

188 D. Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition...*, s. 19–26.

189 *Ibidem*, s. 24–26.

190 R. Whish, D. Bailey, *Competition...*, s. 18–24; stworzony przez tych autorów katalog jest szerszy i obejmuje nie tylko cele europejskich reguł konkurencji, ale cele, które rozpoznawane są przez różne systemy prawa konkurencji. Wartości wymienione powyżej obejmują te, które autorzy ci wprost uznali za cele europejskich reguł konkurencji lub te, na których realizację w obrębie europejskich reguł konkurencji powołali przykłady z orzecznictwa TSUE i praktyki Komisji. Obok tych celów, tj. ochrony konsumenta, redystrybucji, ochrony konkurentów i jednolitego rynku, do celów, które może realizować prawo konkurencji, R. Whish i D. Bailey zaliczyli także zwalczanie nieuczciwej konkurencji oraz inne względy, w tym: zwalczanie bezrobocia, inflacji, zapobieżenie przejęciom krajowych przedsiębiorstw, a nawet ochronę ofiar apartheidu; podobnie szeroką koncepcję potencjalnych celów konkurencji proponuje M. Motta w: *Competition Policy...*, s. 17–30.

191 C. Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford 2009, s. 50 i 99.

pluralistyczna. Promowanie ogólnego dobrobytu obywateli Unii nie sprowadza się bowiem do maksymalizacji dobrobytu konsumenta, a uwzględnia szereg pozaekonomicznych względów właściwych polityce publicznej, których obowiązek realizacji stanowi konsekwencję powiązania polityki konkurencji z innymi politykami UE¹⁹².

Piśmiennictwo akcentuje także wolnościowy aspekt unijnych reguł konkurencji o wyraźnie ordoliberalnym rodowodzie. W. Frenz podkreśla znaczenie wolnej konkurencji jako jednego z celów europejskich reguł konkurencji¹⁹³. Jest ona przez niego rozumiana w kontekście zapewnienia systemu niezakłóconej konkurencji. Autor ten podkreśla, że sceptycyzm TSUE względem bardziej ekonomicznego podejścia reprezentowanego przez Komisję powoduje, że prawo konkurencji w dalszym ciągu nakierowane jest na wypełnianie „fundamentalnej funkcji efektywnej konkurencji i nienaruszonych struktur konkurencyjnych służących procesowi integracji gospodarczej w ramach UE”¹⁹⁴.

A. Jones i B. Sufrin zwracają uwagę, że choć w wyniku modernizacji reguł konkurencji doszło do wysunięcia promocji dobrobytu konsumenta na pierwszy plan pośród celów prawa konkurencji, to należy jednak wziąć pod uwagę, że prawo to nie „stoi osobno we wspaniałej izolacji” względem innych celów traktatu, w tym wartości wymienionych w art. 8–13 TFUE¹⁹⁵. Choć, zdaniem tych autorek, cele prawa konkurencji należy postrzegać szeroko, możliwość uwzględniania w ramach procesu stosowania prawa konkurencji względów pozaekonomicznych jest obecnie utrudniona, biorąc pod uwagę szerszy udział w nim organów i sądów krajowych, w następstwie decentralizacji prawa konkurencji i implementacji działań na rzecz upowszechnienia jego prywatnoprawnego wdrażania¹⁹⁶. A. Jones i B. Sufrin zwrócili także uwagę na rozbieżności w pojmowaniu celów prawa konkurencji pomiędzy Komisją a TSUE. Komisja wyraźnie opowiada się za prymatem ochrony dobrobytu konkurencji, podczas gdy TSUE postrzega cele prawa konkurencji szerzej, dostrzegając znaczenie także innych wartości, również tych, które pierwotnie zdominowały aksjologię europejskich reguł konkurencji¹⁹⁷.

192 *Ibidem*, s. 3 i 47–51. Innego zdania jest O. Odudu, który wąsko postrzega cele europejskiego prawa konkurencji. Zarzuca on koncepcji C. Townleya brak normatywnych i orzeczniczych podstaw, a także oparcie na wykładni prawa konkurencji „przeciwnej jego naturalnemu znaczeniu”. Cele prawa konkurencji powinny być ujęte skromniej i odnosić się przede wszystkim do wartości ekonomicznych, takich jak zwiększanie efektywności gospodarczej i dobrobytu. Zdaniem O. Odudu inne cele polityki publicznej, choć ważne, mają wobec polityki konkurencji zewnętrzny charakter – por. O. Odudu, *The Wider...*, s. 599 i 612.

193 W. Frenz, *Handbook...*, s. 19.

194 *Ibidem*, s. 39.

195 A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 43.

196 *Ibidem*.

197 *Ibidem*, s. 39–42.

10.3.4. Aksjologia reguł konkurencji UE – między retoryką a rzeczywistością

Z przedstawionych wyżej poglądów doktryny prawa konkurencji wyłania się złożony i niejasny obraz aksjologicznych fundamentów europejskich reguł konkurencji. Pewnych wskazówek w tym zakresie może dostarczyć analiza przejawów stosowania prawa konkurencji w okresie po jego modernizacji, a także poglądów Komisji na ten temat, wyrażonych w aktach miękkiego prawa. Cel w postaci poprawy dobrobytu konsumenta jest wyraźnie akcentowany we wszystkich wydanych przez Komisję wytycznych dotyczących stosowania art. 101 i 102 TFUE jako podstawa, na której opiera się podejście względem praktyk ograniczających konkurencję¹⁹⁸. Podobna sytuacja zachodzi w obrębie stosowania przez Komisję reguł dotyczących kontroli koncentracji¹⁹⁹.

Z drugiej strony jednak retoryka Komisji nie zawsze znajduje potwierdzenie w praktyce stosowania prawa tak przez samą Komisję, jak i, znacznie częściej, przez Trybunał. Dotyczy to w szczególności przejawów stosowania art. 102 TFUE²⁰⁰. W orzecznictwie Sądu UE pojawiają się co prawda odniesienia do dobrobytu konsumenta. Ponadto, w kilku sprawach TSUE zaakceptował możliwość stosowania „testu równie efektywnego konkurenta”²⁰¹. Równocześnie jednak Trybunał Sprawiedliwości w dalszym ciągu powołuje się na formułę *Continental Can*, podkreślając potrzebę ochrony interesów konsumentów także poprzez zapewnienie odpowiedniej struktury konkurencji²⁰². W sprawach *T-Mobile Netherlands*²⁰³,

198 Obwieszczenie Komisji: *Wytyczne w sprawie ograniczeń pionowych*, Dz. Urz. C, nr 291, z 13 października 2000 r., s. 1; obwieszczenie Komisji *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 traktatu WE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*, Dz. Urz. C, nr 3, z 6 stycznia 2001 r., s. 2; obwieszczenie Komisji *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 traktatu WE do kategorii porozumień o transferze technologii*, Dz. Urz. C, nr 101, z 27 kwietnia 2004 r., s. 2 oraz komunikat Komisji *Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu*, Dz. Urz. C, nr 101, z 27 kwietnia 2004 r., s. 97.

199 Por. *Wytyczne Komisji w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Dz. Urz. C, nr 31, z 5 lutego 2004 r., s. 3; *Wytyczne Komisji w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Dz. Urz. C, nr 265, z 18 października 2008 r., s. 7.

200 Por. m.in.: P. Akman, *Consumer Welfare and Article 82 EC: Practice and Rhetoric*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, Working Paper 08-25, dostępne pod adresem: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Papers+08-25.pdf> (dostęp: 12.08.2018); A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 40–42.

201 Por. m.in. wyroki w sprawach: C-52/09 – *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83 i C-280/08, *Deutsche Telekom v. Komisja*, ECLI:EU:C:2010:603.

202 Por. m.in. wyroki w sprawach: C-52/09 – *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83, pkt 24, C-209/10, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172, pkt 20.

203 Wyrok w sprawie C-8/08, *T-Mobile Netherlands i in.*, ECLI:EU:C:2009:343.

a następnie GlaxoSmithKline²⁰⁴, TSUE zastosował analogiczną formułę w odniesieniu do art. 101 TFUE²⁰⁵.

Z kolei w uchylonym wyroku w sprawie Intel, Sąd UE silnie akcentował konieczność zapewnienia dostępu konkurentom do rynku, a nie koncentrował się na realnych skutkach rynkowych stosowanych przez Intel rabatów²⁰⁶. Sąd UE nie uwzględnił przy tym w ramach kontroli decyzji Komisji sporządzonej przez nią analizy służącej weryfikacji testu równie efektywnego konkurenta, uznając, że nie miała ona obowiązku jego stosowania. Był to powód uchylecia przez TSUE wyroku pierwszej instancji. TSUE przychylił się do stanowiska Intel, zgodnie z którym bez względu na obowiązek stosowania tego testu do praktyk Intel polegających na stosowaniu rabatów, sam fakt, że został on sporządzony przez Komisję równoznaczny jest z obowiązkiem sądowej kontroli jego prawidłowości. Orzekł on, że w przypadku, w którym przedsiębiorstwo podnosi dowody na poparcie tego, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, w szczególności – wywołania skutków zarzucanego wykluczenia, Komisja

jest nie tylko zobowiązana do zbadania z jednej strony wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym i z drugiej strony stopnia objęcia rynku zarzucaną praktyką, jak również warunków i sposobów przyznawania analizowanych rabatów, okresu ich ważności i ich wysokości, lecz także ma ona obowiązek przeprowadzenia oceny istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności²⁰⁷.

W ten sposób TSUE wyraźnie opowiedział się za koniecznością oceny zachowań dominanta z użyciem testu równie efektywnego konkurenta, co należy postrzegać jako wyraz aprobaty dla bardziej ekonomicznego podejścia względem praktyk ograniczających konkurencję²⁰⁸. Niemniej retoryka TSUE w tej sprawie

204 Wyrok w sprawie C-501/06 P, GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in., ECLI:EU:C:2009:610

205 Jak orzekł TSUE w pkt. 38 i 39 wyroku w sprawie T-Mobile Netherlands, „art. [101 TFUE] ma na celu, na wzór innych przepisów prawa konkurencji zawartych w traktacie, ochronę nie tylko bezpośrednich interesów konsumentów, lecz również struktury rynku i w ten sposób – konkurencji jako takiej. Zatem [...] stwierdzenie istnienia antykonkurencyjnego celu uzgodnionej praktyki nie może być uzależniane od istnienia jej bezpośredniego związku z cenami konsumentckimi”; analogiczna teza zawarta została w pkt. 63 wyroku w sprawie C-501/06 P, GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji i in., ECLI:EU:C:2009:610.

206 Wyrok w sprawie T-286/09, Intel v. Komisja, ECLI:EU:T:2014:547 uchylony wyrokiem w sprawie C-413/14 P, Intel v. Komisja, ECLI:EU:C:2017:632.

207 Wyrok w sprawie C-413/14 P, Intel v. Komisja, ECLI:EU:C:2017:632, pkt 138, 139.

208 O akceptacji podejścia opartego na skutkach ekonomicznych świadczy także odniesienie się przez TSUE do tezy z wyroku w sprawie C-209/10, Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet (ECLI:EU:C:2012:172): „Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi konieczniewie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen,

nawiązywała także do starszego orzecznictwa abstrahującego od skutków rynkowych praktyki. Trybunał przypomniał bowiem, że „na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku”²⁰⁹.

Niektórzy autorzy dostrzegają przy tym nowe elementy w aktualnym obrazie aksjologicznych podstaw europejskich reguł konkurencji. Zdaniem P. Nihoula, w ostatnich latach orzecznictwo TSUE cechuje tendencja do uwzględniania swobody wyboru przez konsumenta, jako wartości realizowanej przez europejskie prawo konkurencji²¹⁰. Jest ona rozumiana jako prawo konsumentów do swobodnego wyboru towarów i usług najlepiej spełniających potrzeby ich oraz partnerów handlowych, od których zamierzają je nabyć²¹¹. Według P. Nihoula, wolność wyboru stanowiła element decydujący o rozstrzygnięciach w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej (w tym: France Telecom²¹²), a także w prowadzonych przez Komisję sprawach Microsoft²¹³ i Intel²¹⁴. Nie oznacza to oczywiście, że zapewnienie konsumentowi swobody wyboru jest jedynym czynnikiem stanowiącym podstawę rozstrzygnięcia w sprawach z zakresu ochrony konkurencji. Według P. Nihoula, opisana tendencja może spowodować „radykałną zmianę w zakresie uzasadnień wykorzystywanych przez europejskie instytucje, celem objaśnienia decyzji dotyczących podjęcia lub niepodjęcia interwencji w określonej sprawie”²¹⁵. Przysługującą konsumentowi wolność wyboru postrzegać należy jako wartość znajdującą się w centrum koncepcji funkcji prawa konkurencji reprezentowanej przez szkołę fryburską²¹⁶.

I tak złożony obraz aksjologicznych podstaw europejskich reguł konkurencji staje się jeszcze bardziej skomplikowany, jeżeli nałożyć na niego wyniki badań przeprowadzonych przez P. Akman²¹⁷. Przeanalizowała ona wydane od 1957 r. do

możliwości wyboru, jakości i innowacyjności” – por. wyrok w sprawie C-413/14 P, Intel v. Komisja, ECLI:EU:C:2017:632, pkt 134.

209 Wyrok w sprawie C-413/14 P, Intel v. Komisja, ECLI:EU:C:2017:632, pkt 135.

210 P. Nihoul, „Freedom of choice”: the emergence of a powerful concept in European competition law, [w:] P. Nihoul, N. Charbit, E. Ramundo (eds.), *Choice – A New Standard for Competition Law Analysis?*, „Concurrences Review” [New York] 2016, s. 9.

211 *Ibidem*.

212 Wyrok w sprawie C-202/07 P, France Télécom v. Komisja, ECLI:EU:C:2009:214.

213 Decyzja Komisji z 24 maja 2007 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Dz. Urz. L, nr 32, z 2007 r., s. 23.

214 Decyzja Komisji z 13 maja 2009 r. w sprawie COMP/C-3/37.990 – Intel, Dz. Urz. C, nr 227, z 2009 r., s. 13 (streszczenie).

215 P. Nihoul, „Freedom...”, s. 10.

216 P. Behrens, *The Consumer Choice Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact on EU Competition Law*, [w:] P. Nihoul, N. Charbit, E. Ramundo (eds.), *Choice – A New Standard...*, s. 123 i n.

217 P. Akman, *The Role of ‘Freedom’ in EU Competition Law*, „Legal Studies” 2014, vol. 34, No 2, s. 183.

1 września 2011 r. i dotyczące stosowania reguł konkurencji (w tym pomocy państwa) wyroki i postanowienia sądów UE, a także opinie rzeczników generalnych, pod kątem odniesień do wolnej konkurencji i innych bliskoznacznych pojęć. Następnie zestawiała wyniki tego badania z rezultatami analizy częstotliwości występowania w tego samego typu orzeczeniach i opiniach odniesień do dobrobytu konsumenta i podobnych pojęć. W badanym okresie nawiązania do wolności konkurencji pojawiały się jedynie w 6% wyroków, postanowień i decyzji dotyczących stosowania reguł konkurencji, przy czym częstotliwość ich występowania zwiększała się począwszy od przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. Jednocześnie odniesienia do dobrobytu konsumenta lub efektywności gospodarczej nie pojawiały się w orzecznictwie sądowym przed 1993 r. W orzecznictwie zapadłym po 1993 r. częstotliwość ich występowania jest i tak relatywnie niewielka i obejmuje odniesienia zawarte jedynie w 34 dokumentach²¹⁸. Według P. Akman wyniki badania zaprzeczają tezie, jakoby ochrona wolności konkurencji stanowiła w okresie przed modernizacją europejskich reguł konkurencji ich główny cel. Tym samym, jej zdaniem i wbrew twierdzeniom licznych autorów, ideologia ordoliberalna nie odegrała pierwszoplanowej roli jako aksjologiczna podstawa stosowania reguł konkurencji. Po drugie, zdaniem autorki, częstsze nawiązywanie przez sądy do wolności konkurowania w ostatnich dekadach świadczy raczej o oporze, jaki stawiają one względem propagowanego przez Komisję podejścia opartego na skutkach ekonomicznych. Dowodzi tego także relatywnie rzadkie nawiązanie do ochrony dobrobytu konsumenta i efektywności gospodarczej w nowym orzecznictwie²¹⁹.

Rezultaty badań P. Akman nie są jednak, co sama autorka przyznaje, rozstrzygające, przynajmniej w odniesieniu do kwestii wpływu na stosowanie europejskich reguł konkurencji koncepcji ordoliberalnych. Po pierwsze badania te dotyczą wyłącznie retoryki używanej przez sądy, a nie kierunku stosowanych przez nie rozstrzygnięć. Po drugie, zawężenie zakresu badań do odniesień do wolności konkurowania nie w pełni uwzględnia głębię aksjologicznych założeń doktryny ordoliberalnej i wagi jaką przykładała ona do konkurencji. Szkoła fryburska, choć postrzegała wolność jako kluczową wartość, reprezentowała także podejście strukturalne, uznając że odpowiednia struktura rynku jest w stanie zapewnić równość podmiotów na rynku, a tym samym zabezpieczyć słabszych jego uczestników przed nadużyciami ze strony silniejszych graczy. Na równi z odniesieniami do wolności konkurowania, jako posiadające ordoliberalny rodowód, należy traktować nawiązania do zapewnienia określonej struktury konkurowania (jak w formule *Continental Can*), zapewnienia konkurentowi dostępu do rynku, zapewnienia efektywnej konkurencji (co stanowi echo ordoliberalnego testu „jeżeli-to”), a nawet do doktryny szczególnych obowiązków spoczywających na dominancie rynkowym.

218 *Ibidem*, s. 205–207.

219 *Ibidem*, s. 213.

W świetle analizy orzecznictwa sądów europejskich oczywiste jest, że proces reform wspólnotowego prawa konkurencji wzmocnił znaczenie wartości ekonomicznych jako aksjologicznych fundamentów reguł konkurencji UE. Jednak zażęczenie ich celów do maksymalizacji dobrobytu konsumenta lub efektywności gospodarczej stanowiłoby nieuzasadnione uproszczenie. Błędem byłoby uważać, że modernizacja europejskiego prawa konkurencji doprowadziła do zakwestionowania stojących wcześniej u jego podstaw wartości i zastąpienia ich nowym katalogiem. Doszło raczej do jego uzupełnienia, połączonego ze zmianą priorytetów w obrębie aksjologicznych podstaw europejskiego prawa konkurencji. Powinny być one postrzegane jako amalgamat wartości, w skład którego wchodzi zarówno te, mające rodowód ordoliberalny, jak i te, które charakterystyczne są dla szkoły chicagowskiej. Do tego dodać należy wartości specyficzne dla unijnych reguł konkurencji, a w szczególności integrację europejską. Jej znaczenie jako celu prawa konkurencji wprawdzie nie jest już tak duże, jak w pierwszych dekadach od wejścia w życie traktatu rzymskiego. Nadal jednak wartość ta uwzględniana jest jako dyrektywa stosowania reguł konkurencji²²⁰. Wbrew postulatom niektórych przedstawicieli doktryny, jak np. C. Townley²²¹, znaczenie innych względów polityki publicznej jako dyrektyw interpretacyjnych reguł konkurencji UE jest obecnie marginalne.

220 Wyrok w sprawie C-501/06 P, GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji i in., ECLI:EU:C:2009:610.

221 C. Townley, *Article 81...*, s. 50 i 99.

Rozdział 11

Ekonomiczne skutki ustalania cen odsprzedaży towarów

11.1. Wprowadzenie

Wpływ na konkurencję porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów od dawna stanowi przedmiot żywego zainteresowania nauk ekonomicznych. Liczni ich przedstawiciele formułowali teorie wyjaśniające skutki takich praktyk i przyczyny ich stosowania. Choć podwaliny dla ekonomicznych badań dotyczących pionowych porozumień cenowych położone zostały w Europie, czego przykładem są opracowania Brytyjczyka B. Yameya, szczególną rolę odegrali na tym polu Amerykanie z przedstawicielami ekonomii neoklasycznej na czele. Rozkwit tych badań w Stanach Zjednoczonych wpisywał się w rozwój badań nad ekonomią konkurencji w latach powojennych, związany w szczególności z powstaniem szkoły chicagowskiej. Stymulowany był także kolejnymi zmianami podejścia względem RPM, z których każda poprzedzona była debatą z udziałem ekonomistów i prawników.

Specyfika tych zmian stwarzała odpowiednie warunki do prowadzenia badań empirycznych dotyczących skutków dopuszczenia lub zakazu RPM. W wyniku zmian kolejno zakazywano lub dopuszczano stosowanie RPM, w tym na obszarze niektórych tylko stanów lub w odniesieniu do niektórych jedynie towarów. To pozwalało na prowadzenie w Stanach Zjednoczonych analiz porównawczych skierowanych na ustalenie skutków rynkowych RPM. Badania te nie mają swojego odpowiednika w Europie. Z kolei europejska debata na temat skutków RPM dla konkurencji rozwinęła się dopiero w ostatnich dwóch dekadach.

W związku z tym rozważania zawarte w dalszej części rozdziału koncentrują się głównie na analizie dorobku badaczy amerykańskich. W pierwszej kolejności zaprezentowane zostały rezultaty badań empirycznych nad skutkami RPM dla konkurencji, rozumianymi w szczególności jako wzrost cen detalicznych. Następnie przedstawiono ekonomiczne teorie wyjaśniające przyczyny i skutki RPM, w tym w odniesieniu do nowych form dystrybucji towarów. Mają one charakter ogólny i uniwersalny, co oznacza, że wnioski z nich płynące są aktualne w odniesieniu zarówno do Stanów Zjednoczonych, jak i Unii Europejskiej, a także względem innych państw lub organizacji.

Szczególna uwaga poświęcona została dorobkowi szkoły chicagowskiej, która przełożyła teorie ekonomii neoklasycznej na język prawny, opracowując propozycje normatywnych standardów oceny dopuszczalności RPM. Głos ideologów szkoły chicagowskiej zabrzmiał bowiem najsilniej w amerykańskiej debacie na ten temat i odbił się szerokim echem w Europie. Poglądy szkoły chicagowskiej zostały następnie skonfrontowane ze stanowiskiem jej oponentów. W ten sposób debata ekonomiczna, tocząca się na wysokim poziomie uogólnienia, przełożona została w tej części rozdziału na konkretny spór o kształt normatywnych rozwiązań dotyczących dopuszczalności RPM w prawie amerykańskim.

Ze względu na to, że analogiczny spór toczy się w Europie relatywnie od niedawna, a jego przedmiotem są propozycje zmiany aktualnego, a nie historycznego, stanu prawnego, europejska debata dotycząca kształtu rozwiązań prawnych odnoszących się do dopuszczalności RPM, została zaprezentowana w ostatnim rozdziale książki poświęconym ewaluacji i konstrukcji wzorcowego rozwiązania prawnego.

11.2. Wpływ RPM na konkurencję – badania empiryczne

11.2.1. Badania dotyczące skutków wprowadzenia i uchylecia ustawodawstwa uczciwego handlu

Kolejne zmiany w obszarze zakresu dopuszczalności ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów w Stanach Zjednoczonych zachęcały do podejmowania badań empirycznych dotyczących wpływu RPM na konkurencję. Okazję do przeprowadzenia takich badań stworzyło upowszechnienie się w wielu stanach ustawodawstwa „uczciwego handlu”, do czego drogę otworzyło uchwalenie ustaw Millera–Tydingsa i McGuire’a, odpowiednio w 1937 i 1952 r. Aż do uchylecia ich obowiązywania w 1975 r. w Stanach Zjednoczonych panowały wyjątkowe warunki do przeprowadzenia takich badań. Dystrybucja takich samych towarów była bowiem w niektórych stanach prowadzona na podstawie systemów opierających się na ustalaniu cen odsprzedaży, w pozostałych natomiast – nie.

Pierwsze z takich badań prowadzone były już w latach trzydziestych XX w.¹ Bardziej kompleksowe opracowania powstały w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX w., gdy dyskusja o szkodliwości ustawodawstwa „uczciwego handlu” osiągnęła apogeum.

1 Por. m.in. E. Grether, *Experience in California with Fair Trade Legislation Restricting Price-Cutting*, „California Law Review”, September 1936, vol. 24, s. 640 oraz R. Wolff, D. Holthausen, *The Control of Retail Prices Under the Fair Trade Laws*, „Dun’s Review”, July 1938, vol. 46, s. 15.

Badania prowadzone pod koniec lat sześćdziesiątych XX w. przez Departament Stanu potwierdzały, że w stanach, które dopuściły możliwość RPM, ceny towarów konsumpcyjnych były generalnie wyższe o 18–27% aniżeli w pozostałych². Inne badania, przeprowadzone przez Bibliotekę Kongresu, zakwestionowały zasadność podstawowego uzasadnienia dla wcześniejszego wdrożenia ustaw Millera–Tydingsa i Mc Guire’a, tj. wpływu dopuszczalności RPM na ochronę niewielkich dystrybutorów. Zgodnie z ich wynikami, w roku 1972 odsetek przedsiębiorstw, które ogłosiły upadłość, był w stanach, w których obowiązywało ustawodawstwo uczciwego handlu aż o 55% wyższy aniżeli w pozostałych. Z kolei z danych za lata 1956–1972 wynikało, że w tych pierwszych odsetek przyrostu niewielkich sklepów detalicznych był wyższy o 32% niż w stanach, w których RPM było dozwolone³.

Zachętę do podjęcia kolejnych badań empirycznych stworzyły zmiany dokonane w wyniku uchwalenia w roku 1975 przez Kongres USA ustawy o określaniu cen towarów konsumpcyjnych (ang. *Consumer Goods Pricing Act*)⁴, uchylającej ustawy Millera–Tydingsa i Mc Guire’a. Wówczas to pojawiło się kilka kompleksowych opracowań nakierowanych na zbadanie skutków powrotu do pełnego stosowania zakazu *per se* pionowych porozumień cenowych w federalnym prawie antytrustowym⁵.

I tak z jednego z pierwszych z nich, przygotowanego przez L. Sheparda pod koniec 1978 r., wynika wniosek o spadku w okresie od 1975 r. cen detalicznych, w szczególności w sklepach prowadzących wyprzedażę (*discount outlets*)⁶. Zmiany takie nie były natomiast widoczne w odniesieniu do polityki cenowej prowadzonej przez wielkie sieci detaliczne i sklepy oferujące towary wielu marek. Z drugiej strony badania potwierdziły zmniejszenie konkurencji pozacenowej w tym samym okresie. Jego objawem było osłabienie intensywności działalności reklamowej sklepów oraz zmniejszenie zatrudnienia wykwalifikowanego personelu. Zmiany dotyczyły także struktury rynku. W stanach, które dopuszczały wcześniej ustawodawstwo uczciwego handlu, odsetek bankructw przedsiębiorstw istotnie się zwiększył, podczas gdy w tym samym czasie spadał on w pozostałych stanach. Badania nie wskazywały jednak, by zjawisko to odnosiło się w większym stopniu do określonej kategorii przedsiębiorstw, w tym w szczególności do niewielkich dystrybutorów⁷.

Szerokie opracowanie dotyczące zarówno teoretycznego ujęcia ekonomicznych skutków RPM, jak i zawierające dane empiryczne dotyczące stosowania tej praktyki przygotowane zostało przez T. Overstreeta w roku 1983. Zostało ono

2 Raport Senatu USA nr 94-466 z 20 listopada 1975 r.

3 *Ibidem*.

4 Ustawa z 12 grudnia 1975 roku 89 Stat. 801 (1975).

5 *Notabene* nawiązywał do nich szeroko Sąd Najwyższy w sprawie Leegin.

6 L. Shepard, *The Economic Effects of Repealing Fair Trade Laws*, „The Journal of Consumer Affairs”, Winter 1978, vol. 12, No 2, s. 220.

7 *Ibidem*, s. 235–236.

następnie opublikowane jako raport Biura Ekonomii FTC⁸. Z analizy postępowań w sprawach RPM, prowadzonych przez FTC w latach 1965–1982, autor wysnuł kilka wniosków. Po pierwsze, na rynkach o konkurencyjnej strukturze niewielu przedsiębiorców uznaje RPM za efektywną gospodarczo strategię. Po drugie, RPM w praktyce stosowane może być na każdym rynku, bez względu na jego strukturę. Nie potwierdziło się zatem założenie, zgodnie z którym RPM towarzyszy z reguły zмовie pomiędzy producentami. Podobnie, nie potwierdziło się jakoby praktyka ta z reguły towarzyszyła kartelom dystrybutorów⁹. Przeciwnie, badania wykazały dużą różnorodność rynków, na których RPM występowało. Dokonana przez T. Overstreeta szeroka analiza danych oraz rezultatów wcześniejszych badań dotyczących cen detalicznych, potwierdziła, że RPM zasadniczo wpływa na ich wzrost. To jednak nie doprowadziło autora raportu do konkluzji o antykonkurencyjnym charakterze tej praktyki¹⁰. Żadne z badań, które analizował T. Overstreet, nie doprowadziło do jednoznacznej konkluzji dotyczącej wpływu RPM na wielkość sprzedaży¹¹. Z kolei badania dotyczące uzasadnienia dla wprowadzenia RPM, doprowadziły do niejednorodnych rezultatów. W części przypadków RPM motywowane było dążeniem do osiągnięcia efektywności w dystrybucji i do niej doprowadziło¹². W innych przypadkach, np. RPM stosowanego przez Levi Strauss na rynku odzieży, strategia ta okazała się nieefektywna, co spowodowało wycofanie się z niej przedsiębiorcy¹³.

Wnioski te w części potwierdzone zostały przez kolejne badanie na zlecenie FTC, tym razem dokonane przez zewnętrznych ekspertów i odnoszące się do rezultatów postępowań prowadzonych przez nią na pięciu rynkach, w sprawach dotyczących wszystkich kategorii porozumień pionowych¹⁴. W żadnym z badanych przypadków dowody nie wskazywały na istnienie kartelu, który miałby towarzyszyć porozumieniu pionowemu czy też wyjaśniać potrzebę jego zawarcia. Podobnie zawarcie badanych porozumień, poza jednym przypadkiem, nie było motywowane

8 T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, November 1983.

9 *Ibidem*, s. 81 i 166.

10 *Ibidem*, s. 160.

11 *Ibidem*, s. 161.

12 Autor wymienił tu praktyki stosowane przez Coors na rynku piwa i Magnavox na rynku telewizorów.

13 *Ibidem*, s. 161; por. także raport dotyczący skutków stosowania RPM przez Levi Strauss, sporządzony przez S. Oster, który potwierdził, że RPM mogło być efektywną strategią pozwalającą temu producentowi poprawić wizerunek marki, wcześniej kojarzonej z ubiorami roboczymi i w ten sposób skutecznie wejść na rynek odzieżowy we wczesnych latach sześćdziesiątych dwudziestego wieku. Mimo że w późniejszym okresie stosowanie tej praktyki było nieuzasadnione i nieefektywne, Levi Strauss stosował ją aż do podjęcia postępowania przez FTC w 1976 r. Por. S. Oster, *Levi Strauss*, [w:] *Impact Evaluations of Federal Trade Commission Vertical Restraint Cases*, R. Lafferty, R. Lande, J. Kirkwood (eds.), FTC, August 1984, s. 47–91.

14 *Impact Evaluations of Federal Trade Commission...*

potrzebą zwalczania efektu gapowicza¹⁵. Konkluzje badań wskazały, że RPM może być korzystne dla konsumentów, jeśli dotyczy towarów na wstępnym etapie cyklu życia lub gdy jest stosowane przez podmioty wchodzące na rynek. W odniesieniu do innych towarów lub innych przedsiębiorców, zdania autorów raportu były już jednak podzielone¹⁶. Typowym uzasadnieniem dla stosowania RPM była potrzeba poprawy wizerunku marki i przekazanie konsumentowi sygnału, jakoby towar danego producenta charakteryzował się wysoką jakością. Stąd potrzeba oferowania towarów za pośrednictwem dystrybutorów kojarzonych ze sprzedażą dóbr jakościowych i cieszących się dobrą reputacją. Na reputacji tej mogą żerować inni dystrybutorzy w ramach oddziaływania efektu gapowicza¹⁷.

Na niekorzystne skutki stosowania RPM wskazują rezultaty badania sporządzonego przez S. Ornsteina i D. Hanssens, a dotyczącego wpływu RPM na sytuację na rynku detalicznej sprzedaży alkoholu¹⁸. Badania te nie potwierdziły tezy o proefektywnościowych skutkach RPM. Wykazały natomiast obniżenie sprzedaży i znaczące transfery majątku od konsumentów do dystrybutorów. Zdaniem tych autorów badania dowiodły gołosłowności twierdzeń, jakoby RPM zawsze służyło osiągnięciu efektywności gospodarczej. Efekty takie, według nich, nie powstają, jeśli RPM dotyczy całego sektora gospodarczego i jest następstwem regulacji prawnej¹⁹.

W roku 1988 P. Ippolito, pracująca w Biurze Ekonomii FTC, sporządziła najbardziej obszerne studium na temat skutków RPM²⁰. Badanie to objęło aż 203 postępowania prowadzone w sprawach RPM w latach 1976–1982 tak w ramach publicznego, jak i prywatnego wdrażania prawa antytrustowego. Celem badania była weryfikacja prawdziwości ekonomicznych teorii skutków minimalnego i maksymalnego RPM.

Zgodnie z konkluzjami autorki badania wykazały, że żadna z teorii ekonomicznych z osobna nie uzasadniała użycia RPM. Badanie nie potwierdziło tezy, zgodnie z którą RPM jest skutecznym narzędziem ułatwiającym zawiązanie kartelu czy to przez producentów, czy też dystrybutorów. Jedynie w mniej niż 15% badanych przypadków kartel mógł być uzasadnieniem dla RPM. W takich sytuacjach jednak, poza nielicznymi przypadkami, praktyki te były skutecznie zwalczane w wyniku zastosowania zakazu porozumień horyzontalnych. Po drugie, jak wskazała

15 *Ibidem*, s. 27–28.

16 *Ibidem*, s. 30–31.

17 *Ibidem*, s. 35.

18 S. Ornstein, D. Hanssens, *Resale Price Maintenance: Output Increasing or Restricting? The Case of Distilled Spirits in the United States*, „Journal of Industrial Economics”, September 1987, vol. 36, No 1, s. 1.

19 *Ibidem*, s. 16.

20 P. Ippolito, *Resale Price Maintenance. Economic Evidence from the Litigation*, Bureau of Economics Staff Report, Federal Trade Commission, April 1988; zob. także: eadem, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation*, „The Journal of Law & Economics”, October 1991, vol. 34, No 2, s. 263.

P. Ippolito, potrzeba zwalczania efektu gapowicza stanowiła wiarygodne uzasadnienie dla największej grupy spośród badanych przypadków. Ponad 30% przypadków nie znajdowało jednak uzasadnienia w zwalczaniu efektu gapowicza.

Zgodnie z kolejną konkluzją raportu P. Ippolito istnieją przesłanki silnie przemawiające za tezą, że RPM stanowi często odpowiedź na problemy właściwe relacjom mocodawca–agent, które cechują stosunki pomiędzy producentem a dystrybutorem. Na zasadzie analogii do teorii mocodawca–agent (ang. *Principal-Agent Theory* – PAT), dystrybutor nie zawsze działa tak, jakby sobie tego życzył producent. Jest to bowiem uwarunkowane dostępem do informacji tak dystrybutora, jak i producenta, łatwością z jaką producent może wywierać wpływ na zachowania dystrybutora oraz awersją do ryzyka i efektywności stron w świadczeniu usług związanych ze sprzedażą towaru²¹.

Zapewnienie w wyniku RPM usług dodatkowych, związanych ze sprzedażą, stanowi odpowiedź na jeden z tak rozumianych problemów. Jednakże RPM pozwala zwalczać inne jeszcze problemy łączące się z relacją mocodawca–agent, takie jak: zapewnienie wpływu dystrybutora na zadowolenie konsumenta, zapewnienie największej możliwej efektywności sprzedaży przez dystrybutora oraz problemy związane z działalnością na rynkach, na których ryzyko popytu jest wysokie. Zdaniem P. Ippolito około 70% badanych przypadków ustalania minimalnych cen odsprzedaży można było wytłumaczyć na gruncie jednej spośród teorii dotyczących wpływu tych praktyk na poprawę jakości usług. RPM połączone z określeniem przez producenta liczby dystrybutorów i warunków ich funkcjonowania, było z reguły korzystne i zasadniczo nie powodowało negatywnych skutków dla konkurencji²².

Do podobnych wniosków doszedł K. Kelly²³, który dokonał analizy trzech postępowań przed amerykańskimi sądami federalnymi w sprawach dotyczących praktyk na rynkach dystrybucji: samochodów²⁴, tapet²⁵ i komputerów osobistych²⁶. Choć sprawy te nie dotyczyły bezpośrednio RPM, stan faktyczny każdej z nich obejmował przejawy zachowań typowych dla gapowicza. Skłoniło to autora do postawienia kilku wniosków. Po pierwsze, wbrew temu co twierdzili niektórzy przedstawiciele nauki prawa i ekonomii, efekt gapowicza nie przypomina „potwora z Loch Ness”, a jest zjawiskiem występującym rzeczywiście w gospodarce²⁷. Po drugie może on dotyczyć dystrybucji szerokiej gamy towarów,

21 *Ibidem*, s. 13.

22 *Ibidem*, s. 88.

23 K. Kelly, *The Role of the Free Rider in Resale Price Maintenance: the Loch Ness Monster of Antitrust Captured*, „George Mason University Law Review”, Spring 1988, vol. 10, s. 327.

24 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1965).

25 Sprawa *NDPA v. Post, Inc.*, No CA 80-C-1081 (N.D. Ill. filed Mar. 3, 1980) zawisła przed federalnym sądem dystryktowym dla północnego dystryktu Illinois.

26 Wyrok federalnego sądu dystryktowego dla centralnego dystryktu Kalifornii w sprawie *O.S.C. Corp. v. Apple Computer, Inc.*, 601 F. Supp. 1274 (C.D. Cal. 1985).

27 K. Kelly, *The Role...*, s. 361–363.

w tym niekoniernie skomplikowanych, jak choćby tapety²⁸. Ponadto, zdaniem tego autora, efekt gapowicza może dotyczyć szerokiej gamy usług dodatkowych, w tym gwarancyjnych²⁹.

11.2.2. Współczesne badania empiryczne

Zmiana linii orzecznicznej dokonana w sprawie Leegin stanowiła bodziec do kolejnych badań ekonomicznych dotyczących skutków RPM. W dalszym ciągu jednak nie powstało ich wiele. Próby empirycznego zbadania wpływu wyroku w sprawie Leegin na wzrost cen detalicznych dokonał N. Harris³⁰. Stworzył on dwa modele ekonometryczne służące odpowiedzi na pytanie o skutki zmiany linii orzecznicznej. Autor uwzględnił w badaniach fakt odmiennego uregulowania dopuszczalności RPM na gruncie poszczególnych stanowych porządków prawnych. Badanie objęło trzy fazy. Po pierwsze autor zbadał zmiany wartości wskaźnika cen konsumenckich. Następnie zastosował metodę „różnicy w różnicach” (ang. *difference in differences* – DID), celem zróżnicowania pomiędzy zmianami cen towarów, co do których istnieje wysokie prawdopodobieństwo objęcia ich RPM oraz pozostałych. Następnie, metoda DID została zastosowana, by uwzględnić różnice pomiędzy sytuacją w stanach, w których RPM nadal jest *per se* zakazane i takich, które podążyły za linią orzeczniczną stworzoną w sprawie Leegin³¹.

Badania wykazały prawdopodobieństwo korelacji pomiędzy przyjęciem reguły Leegin na danym rynku lokalnym a wzrostem wartości wskaźnika cen detalicznych. Jednak, co zresztą wskazał sam autor badania, nie jest ono rozstrzygające. Po pierwsze, pomiędzy grupami badawczą i kontrolną istniały znaczące podobieństwa. Po drugie, ze względu na ograniczenia w dostępności danych, próby badawcza i kontrolna były nieliczne, obejmując odpowiednio 13 i 5 jednostek statystycznych, do których odnosił się współczynnik cen. Nadto, siłą rzeczy, badania bazowały na danych dotyczących zmian cen w okresie jedynie czterech lat. Wreszcie, wyliczony przez N. Harrisa współczynnik zmiany cen, wynoszący 2,597 pkt., był aktualny w odniesieniu do osiemdziesiątego percentyla, a nie dziewięćdziesiątego, jak wymagałyby tego zasady statystyki³².

Kompleksowe badanie dotyczące wpływu szerszego dopuszczenia RPM w USA na ceny detaliczne i wielkość obrotu przeprowadzili A. MacKey i D. Smith³³. Ich

28 *Ibidem*, s. 363–364.

29 *Ibidem*, s. 364–368.

30 N. Harris, *Leegin's Effect on Prices: an Empirical Analysis*, „Journal of Law, Economics & Policy”, Winter 2013, vol. 9, s. 251.

31 Autor po zbadaniu legislacji i orzecznictwa stanowego przyjął, że w 30 stanach stosowana jest reguła Leegin, podczas gdy 15 pozostało przy regule *per se*.

32 N. Harris, *Leegin's...*, s. 272–273.

33 A. MacKey, D. Smith, *The Empirical Effects of Minimum Resale Price Maintenance*, June 16, 2014, dostępne pod adresem internetowym: <http://home.uchicago.edu/mackay/files/The%20Empirical%20Effects%20of%20MRPM.pdf> (dostęp: 23.06.2016).

celem było empiryczne zweryfikowanie teorii dotyczących anty- i prokonkurencyjnych skutków RPM. Badacze porównali sytuację w grupie badawczej obejmującej piętnaście stanów, które stosują względem oceny dopuszczalności RPM regułę rozsądku do sytuacji w grupie kontrolnej obejmującej dziewięć stanów, które pozostały przy stosowaniu reguły *per se*. Autorzy badania opracowali model regresyjny uwzględniający występujące wcześniej różnice, wspólne trendy, efekty stałe w poszczególnych stanach i zmienne makroekonomiczne. Okres badania rozpoczął się po sześciu miesiącach od wydania wyroku w sprawie Leegin i obejmował kolejne dwa lata³⁴.

Do zbadania zmian poziomu cen badacze użyli bazy danych *Nielsen Consumer Panel Data*, tworzonej wspólnie przez Nielsen i Booth School of Business, stanowiącą jednostkę University of Chicago. Obejmuje ona dane dotyczące wielu kategorii powszechnie używanych towarów konsumpcyjnych, stanowiących około 30% wszystkich kategorii towarów nabywanych zwykle przez gospodarstwa domowe, w tym towary, co do których istniały informacje, że ich cena była przedmiotem ustaleń. Zmiany cen zostały przez autorów badania analizowane odrębnie dla każdego z modułów obejmujących podobne kategorie towarów. Zmian poziomu cen towarów marek własnych nie wzięto pod uwagę. Badacze zastosowali metodę „różnicy w różnicach” celem określenia, które zmiany cen spowodowane były wydaniem wyroku w sprawie Leegin³⁵.

Zdaniem A. MacKeya i D. Smitha, obserwowane przez nich zmiany poziomu cen należy powiązać z wydaniem wyroku w sprawie Leegin, na co wskazywać mają pośrednie dowody upowszechnienia RPM po roku 2007 oraz brak istotnego wpływu innych czynników na badane zmiany. Z rezultatów badań wynika, że ceny 8,4% towarów wzrosły w stanach należących do grupy badanej w stopniu statystycznie istotnym. Przy czym dotyczyło to towarów należących do różnorodnych kategorii objętych badaniem. Mediana tego wzrostu wynosiła 5,3%. Jednocześnie poziom sprzedaży 9,4% spośród badanych towarów obniżył się. Szacowany ogólny wzrost cen wyniósł 0,33%, a spadek sprzedaży – 3,8%. Zdaniem autorów wyniki te mogą świadczyć o nasileniu się zjawiska wykorzystywania siły rynkowej. Zgodnie z ich obliczeniami, szacowany spadek poziomu dobrobytu konsumenta w wyniku zmiany podejścia do dopuszczalności RPM wyniósł 3,1%³⁶.

Odnosząc się do weryfikacji prawdziwości teorii wpływu RPM na konkurencję A. MacKey i D. Smith wskazali, że przeprowadzone przez nich badania potwierdzają poglądy o antykonkurencyjnym charakterze RPM. Nie wspierają przy tym w sposób znaczący niemal żadnej konkretnej teorii spośród tych, które starają się objaśnić skutki stosowania tej praktyki. Przykładowo, jak wykazały badania, w odniesieniu do segmentu produktów świeżych, zmiana sposobu oceny dopuszczalności RPM mogła wpłynąć na wzrost liczby punktów sprzedaży w stanach

34 *Ibidem*, s. 10.

35 *Ibidem*, s. 12–13.

36 *Ibidem*, s. 3.

należących do grupy badawczej. Niemniej tego rodzaju wzrost nie wystąpił w odniesieniu do pozostałych grup towarów. Z kolei teoria, zgodnie z którą RPM miało wpływać na wzrost poziomów zapasów utrzymywanych przez dystrybutorów nie znalazła potwierdzenia w odniesieniu do żadnej spośród badanych grup. Oznaczać to może, że w odniesieniu do różnych grup towarów aktualne mogą być różne teorie objaśniające skutki RPM. Bez względu na to badania potwierdziły, że koncentracja rynku na poziomie dystrybucji może stanowić istotny czynnik, od którego wystąpienia zależą negatywne skutki RPM. Nie miało przy tym znaczenia po której stronie – dystrybutorów czy producentów – była inicjatywa zawięzania porozumienia³⁷.

A. MacKey i D. Smith wskazali ponadto, że skutki wyroku w sprawie Leegin byłyby bardziej widoczne, gdyby wszystkie stany dostosowały swoje ustawodawstwa do nowego podejścia. Obecnie producenci konstruując strategie dystrybucyjne stoją przed wyzwaniem osiągnięcia stanu ich zgodności z prawem lokalnym, co jest źródłem istotnych kosztów i zwiększa ryzyko prawne. Może to zniechęcać niektórych z nich do stosowania strategii opartych na RPM. Konkludując autorzy ci zwrócili uwagę na konieczność dalszych badań, obejmujących dane dotyczące jeszcze większej liczby towarów. Badania takie powinny służyć przede wszystkim rozstrzygnięciu, jakie teorie objaśniające skutki RPM pozostają aktualne w stosunku do określonej grupy towarów. Pozwoliłoby to na precyzyjniejsze określenie determinantów wpływu konkretnych przejawów RPM na konkurencję³⁸.

11.3. Pionowe porozumienia cenowe w rozumieniu teorii ekonomicznych

11.3.1. RPM w ujęciu ekonomii neoklasycznej

11.3.1.1. RPM a teoria cen

Kwestia wpływu RPM na konkurencję oraz właściwego standardu oceny jego dopuszczalności znajdowała ważne miejsce w pracach niemal wszystkich głównych ideologów szkoły chicagowskiej, a także innych przedstawicieli ekonomii neoklasycznej. Wielu z nich koncentrowało się na bardziej ogólnym zagadnieniu – objaśnieniu przyczyn ustalania cen odsprzedaży przez przedsiębiorców. Zauważyć trzeba przy tym, że początki badań ekonomistów neoklasycznych nad fenomenem RPM sięgają czasów szerokiego stosowania w Stanach Zjednoczonych

³⁷ *Ibidem*, s. 24.

³⁸ *Ibidem*, s. 25.

tw. ustawodawstwa uczciwego handlu, które szeroko dopuściło możliwość stosowania RPM w odniesieniu do licznej grupy towarów. Analiza sytuacji, która panowała wówczas na poszczególnych rynkach właściwych, skłoniła badaczy do poszukiwania odpowiedzi na pytanie, co sprawiło, że niektóre towary stały się przedmiotem ustalania cen odsprzedaży, a inne nie?

Odnosząc się do ekonomii neoklasycznej podkreślić trzeba przy tym, że to właśnie do koncepcji przez nią wypracowanych, głównie w obszarze teorii cen, odwoływał się Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w wyroku w sprawie Leegin³⁹. Teoria cen objaśnia zachowania graczy rynkowych w odpowiedzi na wzrost cen. Zakłada przy tym racjonalność uczestników gry rynkowej. Ekonomia neoklasyczna uznaje, że w warunkach konkurencji doskonałej RPM właściwie nie jest stosowane. Uczestnicy rynku nie mają bowiem wystarczającej siły rynkowej, by móc skutecznie ustalać ceny zasadniczo jednorodnych towarów⁴⁰. Zgodnie z generalnym stanowiskiem, silnie akcentowanym przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej, ustalanie cen odsprzedaży towarów jest co do zasady sprzeczne z interesami producentów. Są oni bowiem zainteresowani utrzymywaniem możliwie wysokiej ceny hurtowej, przy jak najniższej cenie detalicznej, co prowadzi do zwiększenia sprzedaży⁴¹.

Jeżeli, jak twierdzą przedstawiciele ekonomii neoklasycznej, w warunkach doskonałej konkurencji RPM nie ma uzasadnienia, jego przyczyn należy upatrywać w niedoskonałościach rynku, takich jak siła rynkowa lub efekty zewnętrzne, w tym przede wszystkim efekt gapowicza. Przy tym pierwsza z wymienionych przyczyn warunkuje ustalanie cen odsprzedaży o zwykle antykonkurencyjnym charakterze, podczas gdy RPM nakierowane na zwalczanie efektów zewnętrznych może mieć zarówno negatywne, jak i pozytywne skutki dla konkurencji⁴².

11.3.1.2. RPM jako następstwo posiadania siły rynkowej

W przypadku RPM uwarunkowanego wykorzystywaniem siły rynkowej, skutki RPM mogą mieć dwojaką postać. Po pierwsze RPM może posłużyć do eksploatacji w wyniku wyżki cen, przy jednoczesnym obniżeniu sprzedaży. Po drugie praktyka ta może mieć charakter wykluczający, służąc eliminacji producentów lub

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

40 Por.: G. Gundlach, K. Manning, J. Cannon, *Resale Price Maintenance: A Review and Call for Research*, American Antitrust Institute Working Paper No 14-03, April 17, 2014, s. 5 dostępny pod adresem <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2014/06/WorkingPaper14-03.pdf> (dostęp: 10.05.2016).

41 W. Bowman, *Resale Price Maintenance – A Monopoly Problem*, „The Journal of Business of the University of Chicago”, July 1952, vol. 25, No 3, s. 155; idem, *The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance*, „University of Chicago Law Review” 1954–1955, vol. 22, s. 832; L. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, „The Journal of Law & Economics”, October 1960, vol. 3, s. 86.

42 Por.: G. Gundlach, K. Manning, J. Cannon, *Resale...*, s. 6 i 8–9.

dystrybutorów. Przy tym siła rynkowa może wynikać z pozycji rynkowej pojedynczego przedsiębiorcy lub zostać nabyta w efekcie zawarcia przez dystrybutorów lub producentów porozumienia horyzontalnego.

Stanowisko o uwarunkowaniu stosowania RPM posiadaniem siły rynkowej zostało sformułowane przez B. Yameya, którego określić można pionierem ekonomicznej analizy skutków RPM. Oparł on swoje tezy na rezultatach obserwacji praktyk handlowych zachodzących w Wielkiej Brytanii w końcu XIX w. i w pierwszych latach wieku XX⁴³. Według niego RPM często następuje na skutek presji, którą wywierają na producentów będący w zмовie dystrybutorzy. Ci pierwsi mają najczęściej wstrzemięźliwy stosunek względem takich praktyk. Są w stanie oprzeć się presji dystrybutorów, o ile oferują towar uznanej na rynku marki. Natomiast skuteczność presji dystrybutorów uzależniona jest od stopnia posiadanej przez nich siły rynkowej⁴⁴. Działanie dystrybutorów motywowane jest najczęściej zamiarem przeciwdziałania obniżkom cenowym dokonywanym przez nowych graczy rynkowych, stosujących bardziej efektywne formy dystrybucji lub też, innymi słowy – eliminacji konkurencji międzytypowej⁴⁵. RPM stanowi w tym przypadku narzędzie ułatwiające funkcjonowanie kartelu cenowego zawiązanego przez dystrybutorów, którzy w ten sposób są w stanie lepiej kontrolować stosowanie się jego uczestników do ustaleń cenowych⁴⁶. Z kolei RPM stosowane z inicjatywy dominującego producenta może służyć ustanowieniu przeciwwagi dla siły rynkowej dystrybutora i jego pozycji w negocjacjach cenowych z producentem⁴⁷.

Podobne argumenty znalazły się między innymi w pracach W. Bowmana i L. Telsera. Pierwszy z nich, w dwóch artykułach opublikowanych w latach pięćdziesiątych XX w., zwrócił uwagę, że ustalanie cen odsprzedaży dotyczy przede wszystkim towarów markowych, a w każdym razie takich, które w mniejszym bądź większym stopniu wyróżniają się względem innych, w tym substytucyjnych⁴⁸. Oznacza to, że warunkiem stosowania RPM jest zasadniczo istnienie pewnego poziomu siły rynkowej – na poziomie producentów albo dystrybutorów, albo też łącznie obu stron porozumienia⁴⁹. L. Telser rozwinął tę teorię, wskazując w jaki

43 B. Yamey, *Origins of Resale Price Maintenance*, „Economic Journal” 1952, vol. 62, No 247, s. 522.

44 *Ibidem*, s. 540.

45 B. Yamey, *The Economics of Resale Price Maintenance*, New York–London 1954, s. 52–56; por. także W. Grimes, *A Dynamic Analysis of Resale Price Maintenance: Inefficient Brand Promotion, Higher Margins, Distorted Choices, and Retarded Retailer Innovation*, „The Antitrust Bulletin”, Spring 2010, vol. 55, No 1, s. 105–106 oraz T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 13–19 i 172.

46 T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 13–14 i R. Posner, *Antitrust Law*, ed. 2, Chicago 2001, s. 172.

47 G. Gundlach, K. Manning, J. Cannon, *Resale...*, s. 6–8.

48 W. Bowman, *Resale...*, s. 143–144; idem, *The Prerequisites...*, s. 825.

49 W. Bowman, *Resale...*, s. 141. Jak wskazał W. Bowman „ustalanie cen odsprzedaży może być skutecznym i efektywnym środkiem jedynie, gdy następuje istotne odchylenie od standardów konkurencji zarówno na poziomie produkcji, jak i odsprzedaży. Ta teoria sugeruje, że ustalanie cen odsprzedaży musi w jakimś stopniu dotyczyć problemu dwustronnego monopolu”.

sposób kartel cenowy producentów może wykorzystać RPM celem ustabilizowania łączącego ich porozumienia⁵⁰. Jeśli kartelowi producentów towarzyszy RPM, producenci, którzy mieliby zamiar odstąpić od ustaleń cenowych i zaoferować dystrybutorowi niższą cenę hurtową, mogą nie osiągnąć skutku w postaci zwiększenia sprzedaży. Niższa cena hurtowa nie przełoży się bowiem z reguły na niższą cenę detaliczną, albowiem ta ostatnia została wcześniej ustalona w rezultacie porozumienia pionowego⁵¹. W ten sposób RPM przyczynia się także do wykrywania odstępstw od ustaleń cenowych poczynionych przez producentów działających w zмовie, co bez RPM mogłoby być trudne⁵². Każde dokonane przez dystrybutora odstępstwo od stosowania ustalonych cen stanowi w takiej sytuacji sygnał do podjęcia przez uczestników kartelu działań zapobiegawczych. Będą one w pierwszej kolejności zmierzać do wykrycia, czy działanie to stanowi własną inicjatywę dystrybutora, czy wynika z obniżenia ceny hurtowej przez producenta. Następnie stosowane będą środki dyscyplinujące.

Zarówno prace B. Yameya, W. Bowmana, L. Telsera, jak i nowsze opracowania zwracają uwagę na potencjalne wykluczające skutki RPM⁵³. Praktyka ta może bowiem posłużyć zarówno producentom, jak i dystrybutorom do eliminowania konkurentów z rynku. I tak producent (lub działający w zмовie producenci) dysponujący znaczną siłą rynkową, dążąc do eliminacji konkurenta lub zapobieżenia jego wejściu na rynek, może w drodze zawarcia porozumienia cenowego z dystrybutorami, dzielić się z nimi rentą monopolistyczną, w zamian za wyłączność zakupu jego towarów. Straty wynikające z niższej sprzedaży, będącej konsekwencją podwyższonych cen detalicznych, kompensowane są bowiem przez korzyści stanowiące rezultat wyższej ceny hurtowej⁵⁴. W ten sposób pomiędzy producentem a dystrybutorami powstaje relacja o charakterze *quid pro quo*, w którym obie strony osiągają korzyść, natomiast konkurencja zostaje osłabiona⁵⁵.

50 L. Telser, *Why Should...*, s. 97.

51 *Ibidem*; por. także: T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 19–23 i R. Posner, *Antitrust...*, s. 172.

52 T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 20.

53 B. Yamey, *The Economics...*, s. 34–35; W. Bowman, *The Prerequisites...*, s. 838–839; L. Telser, *Why Should...*, s. 97; T. Brennan, *RPM as exclusion: Did the US Supreme Court Stumble upon the Missing Theory of Harm?*, „The Antitrust Bulletin” 2008, vol. 53, Issue 4, s. 967–986; K. Elzinga, D. Mills, *The Economics of Resale Price Maintenance*, „Issues in Competition Law and Policy” [ABA Section of Antitrust Law] 2008, s. 1841; I. Paldor, *RPM as an Exclusionary Practice*, „Antitrust Bulletin”, Summer 2010, vol. 55, No 2, s. 309–347; J. Asker H. Bar-Isaac, *Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance*, NYU Working Paper No 2451/31609, September 2012, dostępne pod adresem: <https://pdfs.semanticscholar.org/5c80/eea834f5b-088b7a70c96ae50b4391817c7a7.pdf> (dostęp: 2.01.2017).

54 B. Yamey, *The Economics...*, s. 34–35, podobnie: L. Telser, *Why Should...*, s. 97; I. Paldor, *RPM...*, s. 315–316.

55 B. Yamey, *The Economics...*, s. 22 i 34–35; idem, *Introduction: The Main Economic Issues*, [w:] *Resale Price Maintenance: A Comparative American-European Perspective*, B. Yamey (ed.), Chicago 1966, s. 10; W. Bowman, *The Prerequisites...*, s. 838–839.

Model ekonometryczny skonstruowany przez J. Askera i H. Bar-Isaaca wydaje się potwierdzać, że RPM może wywierać skutki wykluczające w następstwie zwiększonej lojalności dystrybutorów względem producenta⁵⁶. Praktyka ta prowadzi bowiem do dzielenia się producenta z dystrybutorami zyskami ze sprzedaży towarów. Wejście nowego producenta na rynek może zmniejszyć zyski producentów obecnych na rynku, a w następstwie tego obniżyć zyski dystrybutorów. Tym samym mogą oni być zainteresowani niedopuszczeniem nowego gracza na rynek⁵⁷.

Jednocześnie z analiz dokonanych przez I. Paldora wynika, że prawdopodobieństwo stosowania RPM motywowanego zamiarem eliminacji spada wraz ze wzrostem liczby producentów na rynku. Im jest ona większa, tym mniejsza jest strata, którą potencjalnie mógłby odnieść zasiedziały producent w wyniku wejścia konkurenta na rynek⁵⁸. Na odwrotnej zasadzie RPM może posłużyć dominującemu dystrybutorowi lub działającym wspólnie dystrybutorom jako narzędzie służące eliminacji z rynku konkurentów stosujących niższe ceny. Dystrybutorzy dysponujący siłą rynkową mogą bowiem wymóc na producentach, by ci nie sprzedawali towarów konkurencyjnym dystrybutorom⁵⁹.

11.3.1.3. RPM jako odpowiedź na efekty zewnętrzne

11.3.1.3.1. Teoria usług dodatkowych (specjalnych)

Spośród teorii łączących przyczyny RPM z efektami zewnętrznymi najwięcej uwagi piśmiennictwo poświęciło wpływowi RPM na zwalczenie efektu gapowicza i wzrost jakości usług okołosprzedawczych świadczonych przez dystrybutora. Utarta opinia nakazuje przypisywać autorstwo tej teorii L. Telserowi, który w artykule z 1960 r. sformułował jej zręby⁶⁰. Jednak o RPM jako o dźwigni jakości usług promocyjnych pisali już wcześniej B. Yamey i W. Bowman⁶¹.

Zakres oddziaływania RPM na wzrost jakości dystrybucji ograniczony jest, co do zasady, do usług związanych ściśle z towarem, którego cena jest przedmiotem ustaleń (usług dedykowanych)⁶². Typowym ich przykładem jest odpowiednie zademonstrowanie lub wyeksponowanie towaru konkretnego producenta⁶³. Nie są

56 J. Asker, H. Bar-Isaac, *Raising Retailers' Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals*, „The American Economic Review”, February 2014, vol. 104, No 2, s. 672–686.

57 *Ibidem*, s. 678–680 i 681.

58 I. Paldor, *RPM...*, s. 320–321.

59 B. Yamey, *The Economics...*, s. 34–35 oraz T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 13–19.

60 L. Telser, *Why Should...*, s. 85–96.

61 B. Yamey, *The Economics...*, s. 62–68; W. Bowman, *The Prerequisites...*, s. 840–843. Podkreślić trzeba jednak, że teorie oparte na podobnym sposobie rozumowania formułowane były już w pierwszej połowie XX w., por.: T. Silcock, *Some Problems of Price Maintenance*, „Economic Journal” 1938, vol. 48, s. 42; F. Taussig, *Price Maintenance*, „American Economic Review” [supplement] 1916, vol. 4, s. 170.

62 L. Telser, *Why...*, s. 89.

63 *Ibidem*, s. 91.

nimi natomiast usługi związane z typowym sposobem prowadzenia działalności przez dystrybutora, jak np. oferowanie miejsc parkingowych dla konsumentów lub atrakcyjna lokalizacja punktu sprzedaży⁶⁴.

Producent ustalając ceny odsprzedaży gwarantuje dystrybutorom określony poziom marży i zapewnia, że nie będą oni konkurowali ze sobą cenowo. To z kolei przekłada się na bodziec do świadczenia usług dodatkowych. W przeciwnym wypadku dystrybutorzy pozbawieni byłiby bowiem zachęty do ich świadczenia. Dodatkowe usługi generują istotne koszty, które muszą znaleźć odzwierciedlenie w cenie towaru. W braku RPM część dystrybutorów przyjmie strategię oferowania towaru w cenie możliwie jak najniższej i nieświadczenia dodatkowych usług, które związane są z konkretnym towarem. Wówczas to konsument podejmuje decyzję o zakupie towaru u dystrybutora „tańszego” w rezultacie oddziaływania na niego usług sprzedażowych świadczonych przez „droższego” dystrybutora. W ten sposób pierwszy z nich niejako „jedzie na gapę” korzystając z efektów usług, których kosztów nie ponosił. W rezultacie dystrybutorzy, którzy zamierzaliby oferować dodatkowe usługi, tracą bodziec do ich finansowania⁶⁵. Cenione przez konsumentów usługi znikają z rynku. Według opisywanej teorii RPM pozwala zapobiec „jeździe na gapę” czyniąc bezcelowym korzystanie przez konsumentów z usług świadczonych przez jednego dystrybutora i dokonywanie zakupów u drugiego. W ten sposób dystrybutorzy otrzymują bodziec do konkurowania nie ceną towaru, a jakością dystrybucji⁶⁶.

W myśl koncepcji sformułowanej przez P. Areedę i H. Hovenkampa, ów efekt RPM może nie tylko wpłynąć na tworzenie nowych usług około sprzedażowych, lecz także służyć ochronie niektórych formatów dystrybucyjnych – tj. takich, które oferują kompleksową, pełną gamę usług związanych ze sprzedażą⁶⁷.

Argument dotyczący oddziaływania RPM na wzrost poziomu usług związanych ze sprzedażą był i w dalszym ciągu jest silnie uwypuklany na łamach literatury prawa i ekonomii konkurencji⁶⁸, w tym w opracowaniach klasyków szkoły chicagowskiej – R. Borka⁶⁹, R. Posnera⁷⁰ i F. Easterbrooka⁷¹.

64 *Ibidem*, s. 89; T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 51.

65 *Ibidem*, s. 92–93, zob. także: H. Hovenkamp, *Vertical Restrictions and Monopoly Power*, „Boston University Law Review”, May 1984, vol. 64, No 3, s. 524 oraz T. Overstreet, *Resale...*, s. 49.

66 T. Overstreet, *Resale...*, s. 50.

67 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, New York 2004, s. 192–193.

68 T. Overstreet, *Resale...*, s. 49–54; H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge 2005, s. 184–191.

69 R. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division (II)*, „Yale Law Journal”, December 1965, vol. 75, s. 453–454; idem, *Resale Price Maintenance and Consumer Welfare*, „Yale Law Journal” 1968, vol. 77, s. 950; idem, *The Antitrust Paradox*, New York 1978, s. 288–291. Por. uwagi zawarte poniżej, w podrozdziale 4.

70 R. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, „University of Chicago Law Review” 1981, vol. 48, s. 9; R. Posner, *Antitrust Law...*, s. 172–173; por. uwagi zawarte poniżej, w podrozdziale 4.

71 F. Easterbrook, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, „Antitrust Law Journal” 1984, vol. 53, s. 148–149. Por. uwagi zawarte poniżej, w podrozdziale 4.

11.3.1.3.2. Teoria sygnalizowania jakości

Inną teorię objaśniającą przyczyny RPM sformułowali H. Marvel i S. McCafferty, którzy zwrócili uwagę, że koncepcja usług specjalnych L. Telsera nie uzasadnia wielu spośród historycznych przykładów RPM na rynkach towarów, których dystrybucja nie wymagała ich świadczenia⁷². Dotyczyło to między innymi artykułów spożywczych, leków i odzieży. Zdaniem owych autorów uzasadnieniem dla ustalania cen odsprzedaży na tych rynkach jest wzmocnienie wizerunku towarów producenta poprzez ich sprzedaż za pośrednictwem wysokiej klasy (prestizowych) dystrybutorów. W takiej sytuacji renoma dystrybutora stanowi w oczach konsumenta potwierdzenie jakości towarów producenta oraz innych cech, takich jak na przykład w przypadku odzieży – zgodność z trendami mody. Owe, jak to określili H. Marvel i S. McCafferty, działania promocyjne o charakterze niematerialnym, na tej samej zasadzie co usługi materialne, o których pisał L. Telser, mogą także być przedmiotem „jazdy na gapię”. Konsumenti, którzy posiadają wiedzę o reputacji dystrybutora i towaru, mogą wykorzystać ją dokonując jego zakupu u innego, mniej prestiżowego dystrybutora, stosującego niższe ceny. Tym samym dystrybutor prestiżowy straci bodźce do inwestowania w jakość dystrybucji. Rozwiązaniem tego problemu może być odmowa sprzedaży na rzecz dystrybutorów innych niż prestiżowi lub RPM, które w tym przypadku obok zapobieżenia efektowi gapowicza służyć ma także zrekompensowaniu dystrybutorom kosztów działań promocyjnych o charakterze niematerialnym⁷³.

Sens tej koncepcji, nazywanej przez T. Overstreeta „teorią sygnalizowania jakości”, wyjaśnił znakomicie ów autor:

Jeśli konsumenci nauczą się na własnych doświadczeniach, że sprzedawcy o określonym wizerunku dostarczają im takich proporcji dóbr i usług, które odpowiadają ich preferencjom, powstanie stan rynkowej równowagi, w którym dystrybutorzy o odmiennych wizerunkach koegzystują, by służyć zróżnicowanym gustom konsumentów. Wówczas konsumenci mogą efektywnie opierać się na własnym postrzeganiu wizerunku sklepu jako na sygnale, który pozwala im efektywnie zminimalizować czas poświęcony na poszukiwania [odpowiedniego towaru – Ł. G.]⁷⁴.

Teoria sygnalizowania jakości znajduje zastosowanie w odniesieniu do takich tylko towarów, których jakość nie może zostać łatwo ustalona. Zatem zakresem stosowania tej teorii nie będą, co do zasady, objęte towary, których jakość można łatwo ocenić już przed zakupem, np. gdy wystarczające jest ich obejrzenie, towary nabywane często oraz towary zróżnicowane i znajdujące się długo na rynku⁷⁵.

72 H. Marvel, S. McCafferty, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, „The Rand Journal of Economics”, Autumn 1984, vol. 15, No 3, s. 346.

73 *Ibidem*, s. 348; podobnie: T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 56–61.

74 T. Overstreet, *Resale...*, s. 57.

75 *Ibidem*, s. 60.

11.3.1.3.3. Teoria stabilizacji popytu

Teoria autorstwa P. Marvela odnosi się do roli RPM w zapewnieniu optymalnego poziomu zapasów towaru⁷⁶. Zgodnie z tą teorią RPM może przyczynić się do ustabilizowania popytu na towar w sytuacji, gdy dystrybutorzy muszą tworzyć zapasy nie wiedząc jeszcze jaki będzie nań popyt⁷⁷. W przypadku gdy zamówią oni wiele towaru, a popyt okaże się w sposób nieoczekiwany niski, cena towaru drastycznie spadnie, albowiem będą oni próbowali pozbyć się zalegających zapasów. To z kolei sprawia, że nie są oni skłonni podejmować ryzyka, by zapewnić odpowiedni poziom zapasów towaru⁷⁸.

RPM może zapobiec takiej sytuacji i umożliwić zachowanie właściwego poziomu zapasów. Mając świadomość, że RPM może ochronić ich przed niskim popytem, dystrybutorzy mogą chętniej składać zamówienia na duże ilości towaru zanim jeszcze poznają wielkość popytu. W ten sposób zapewniony zostaje właściwy stan zapasów na wypadek, gdyby popyt okazał się wysoki. Na tej samej zasadzie dystrybutorzy mogą chętniej tworzyć zapasy obejmujące bardziej różnorodne, innowacyjne towary, bądź takie, których sprzedaż wiąże się z ryzykiem. W ten sposób zwiększona zostaje różnorodność towarów na rynku z korzyścią dla konkurencji i konsumentów⁷⁹.

11.3.1.3.4. RPM jako czynnik ułatwiający wejście na rynek

W myśl innej teorii, przytoczonej już przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie GTE Sylvania⁸⁰ i opisanej między innymi przez P. Areedę i H. Hovenkampa oraz W. Grimesa, RPM może stanowić narzędzie wzmacniające lojalność dystrybutora względem producenta i sprzyjające inwestycjom dystrybutorów, ułatwiającym wejście producenta na rynek z nowym towarem. To z kolei może zachęcać do nowych wejść na rynek i stymulować konkurencję

76 H. Marvel, *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*, „Antitrust Law Journal”, Fall 1994, vol. 63, s. 59; zob. także: R. Deneckere, H. Marvel, J. Peck, *Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance*, „Quarterly Journal of Economics” 1996, vol. 111, s. 885 oraz iidem, *Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition*, „American Economic Review”, September 1997, vol. 87, No 4, s. 619.

77 Por. Opinia *amicorum curiae* ekonomistów wspierająca stanowisko powodów z dnia 22 stycznia 2007 r. w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 173681 (U.S.) (Appellate Brief), s. 11; pod opinią podpisali się: W. Baumol, T. Bresnahan, R. Crandall, D. Evans, F. Fisher, L. Froeb, R. Gilbert, J. Hausman, A. Joskow, B. Klein, G. Franklin Mathewson, P. Milgrom, K. Murphy, P. Nelson, J. Ordovery, T. Overstreet, R. Pindyck, D. Scheffman, R. Schmalensee, C. Shapiro, B. Snapp, P. Spiller, F. Warren-Boulton.

78 H. Marvel, *The Resale...*, s. 60–61.

79 *Ibidem* oraz opinia *amicorum curiae* ekonomistów w sprawie Leegin, s. 11.

80 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

międzymarkową⁸¹. W przeciwnym wypadku, tj. gdy wejście na rynek nie jest połączone z RPM, może dojść do sytuacji, w której dystrybutorzy, którzy rozpoczęli sprzedaż towaru później, będą oferować go taniej. Nie będą bowiem skłonni do dokonywania podobnych inwestycji jak dystrybutorzy, którzy sprzedają towar od początku, albowiem towar jest już wystarczająco znany na rynku dzięki wysiłkom tych ostatnich. W ten sposób „późniejsi” dystrybutorzy „jadą na gapę” wykorzystując koszty utopione w inwestycje „wcześniejszych” dystrybutorów. W takiej sytuacji inwestycje początkowe dystrybutorów mogą okazać się zbyt ryzykowne, albowiem nie będą oni w stanie odzyskać ich kosztów⁸².

11.3.1.3.5. Teoria zwiększonej dostępności punktów sprzedaży

Teoria sformułowana przez J. Goulda i L. Prestona zakłada, że RPM umożliwia osiągnięcie optymalnych relacji pomiędzy wyższą marżą detaliczną, stymulującą rozwój sieci dystrybucji, a wyższymi cenami detalicznymi⁸³. Zakres stosowania tej teorii ograniczony jest do sytuacji, w których zysk producenta wynikający z pozyskania dodatkowego punktu sprzedaży jest wyższy aniżeli zysk, który wyniknąłby ze zwiększonego wolumenu sprzedaży zachodzącego w sytuacji, gdyby RPM nie było stosowane⁸⁴. Ma to miejsce, o ile na rynku występują co najmniej dwa rodzaje punktów sprzedaży o odmiennych kosztach prowadzenia działalności. Po drugie, musi istnieć pozytywna zależność pomiędzy dostępnością towaru w licznych punktach sprzedaży a zwiększonym popytem na towar. Jej stopień musi być wyższy aniżeli stopień zależności pomiędzy niższą ceną wynikającą z braku RPM a zwiększonym popytem na towar. Wreszcie na rynku muszą być jednocześnie obecne dwie kategorie konsumentów – tacy, którzy preferują wyłącznie jeden typ dystrybutorów, jak i konsumenci wrażliwi na zmiany cen, którzy zmieniają źródło zaopatrzenia w zależności od oferowanej ceny. Gdyby bowiem każda z tych grup korzystała w sposób trwały z odmiennych kanałów dystrybucji lub gdyby charakterystyka konsumentów była jednolita, nie byłoby potrzeby ustalania cen odsprzedaży towarów. Jeśli spełnione są powyższe warunki RPM może służyć ochronie marży dystrybutorów mających wyższe koszty dystrybucji. Inaczej straciliby oni część sprzedaży na rzecz sprzedawców oferujących niższe ceny, albowiem do tych ostatnich przeszliby konsumenci wrażliwi na cenę. Jeśli liczba konsumentów kupująca stale u dystrybutorów o wyższych kosztach prowadzenia działalności nie byłaby wystarczająca, aby uzasadnić dalsze prowadzenie dystrybucji towaru, dystrybutorzy ci zaniechaliby sprzedaży towarów producenta. To z kolei spowodowałoby skurczenie się sieci jego sprzedaży⁸⁵.

81 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust...*, s. 193–196, 308; W. Grimes, *The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2008, vol. 75, s. 480–481.

82 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust...*, s. 193–196 i 308.

83 J. Gould, L. Preston, *Resale Price Maintenance and Retail Outlets*, „Economica”, New Series, August 1965, vol. 32, No 127, s. 302; zob. także: T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 45–49.

84 T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 45.

85 *Ibidem*, s. 45–47.

11.3.1.3.6. Teoria wspierania konkurencji pozacenowej

Według teorii R. Wintera ustalanie cen odsprzedaży może służyć skierowaniu wysiłków dystrybutora z pola konkurencji cenowej na pozacenową i to bez względu na istnienie na rynku efektu gapowicza⁸⁶. Podobna koncepcja sformułowana została już wcześniej w pracy B. Kleina i K. Murphy'ego⁸⁷, a następnie rozwinięta przez samego B. Kleina⁸⁸. Jednakże autorzy ci opierali swoje wnioski nie na teorii cen, lecz na teorii organizacji. Ich koncepcja zostanie zatem przedstawiona odrębnie.

Jak wskazał autor jego teoria ma szeroki zakres zastosowania i pozwala objaśnić przyczyny RPM na wielu rynkach, także drobnych artykułów spożywczych i leków, czego nie była w stanie uczynić teoria dodatkowych usług i inne teorie oparte na koncepcjach ekonomii neoklasycznej⁸⁹. Zgodnie z teorią R. Wintera rolą dystrybutora jest ograniczenie kosztów alternatywnych ponoszonych przez konsumentów. Według autora bez względu na miejsce dokonania zakupu, efekt końcowy jest dla konsumenta taki sam – kupuje on określony towar. Działania dystrybutorów, takie jak: zapewnienie bardziej kompetentnego personelu, lepszej prezentacji towaru czy szybszej obsługi kasowej, pozwalają konsumentowi oszczędzić czas przeznaczony na wybór i zakup towaru. Zastosowanie teorii ograniczone jest do rynków, na których dystrybutorzy różnią się od siebie lokalizacją, a tym samym czasem, którego potrzebuje konsument, by udać się do nich. Jednocześnie konsumentów cechować musi heterogeniczność co do alternatywnych kosztów czasu. W takiej sytuacji dystrybutor wybiera strategię zakładającą optymalną relację ceny detalicznej towaru i oferowanych usług okołosprzedawczych, w celu zachęcenia konsumenta do zakupu towaru oraz zniechęcenia do jego zakupu u konkurenta. Ze względu na to, że najchętniej zmieniają źródło zaopatrzenia konsumenci o niskim poziomie kosztów alternatywnych czasu, dystrybutorzy skłonni są w sposób nieuzasadniony preferować konkurencję cenową względem konkurencji na polu usług. RPM i inne porozumienia pionowe mogą, zdaniem R. Wintera, wpłynąć korygująco na tę niedoskonałość rynku i zapewnić odpowiedni miks instrumentów cenowych i pozacenowych⁹⁰.

86 R. Winter, *Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition*, „The Quarterly Journal of Economics”, February 1993, vol. 108, No 1, s. 61.

87 B. Klein, K. Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, „Journal of Law and Economics” 1988, vol. 31, s. 265; zob. także: A. Klein, *Efficiencies Without Economists: The Early Years of Resale Price Maintenance*, „Southern Economic Journal” 1993, vol. 59, No 4, s. 597.

88 B. Klein, *Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding*, „Antitrust Law Journal” 2009, vol. 76, s. 431 oraz idem, *The Evolving Law and Economics of Resale Price Maintenance*, „Journal of Law & Economics”, August 2014, vol. 57, Part 2, s. 161; podkreślić trzeba, że B. Klein był także współautorem opinii *amicorum curiae* ekonomistów złożonej w sprawie Leegin.

89 R. Winter, *Vertical...*, s. 70.

90 *Ibidem*, s. 62.

11.3.1.3.7. Teorie odnoszące się do efektów zewnętrznych dotyczących ceny

Teorie dotyczące korygującego wpływu RPM na negatywne cenowe efekty zewnętrzne rozwijane były głównie w pracach B. Yameya⁹¹. W myśl tych koncepcji RPM mogło stanowić remedium na destabilizujące rynek i sieć sprzedaży producenta wojny cenowe dystrybutorów⁹². Upatrywano w nim także instrumentu pozwalającego przeciwdziałać osłabianiu wizerunku marki w rezultacie obniżek cen towaru przez dystrybutorów⁹³ oraz zapobiegać strategiom cenowym, które mogły wprowadzać w błąd konsumenta co do jakości towaru⁹⁴. Teorie te nie zyskały jednak szerokiego uznania.

11.3.1.3.8. RPM uzasadnione efektami zewnętrznymi prowadzące do skutków antykonkurencyjnych

Nie wszyscy przedstawiciele nurtu ekonomii neoklasycznej postrzegali skutki RPM jednoznacznie pozytywnie. Takie stanowisko odnaleźć można m.in. w pracach B. Yameya. Jak zauważył ten autor RPM może być nadużywane, tym samym nie prowadzi do osiągnięcia założonych efektywności gospodarczych. Może to nastąpić w przypadku, gdy w danych okolicznościach rynkowych mogą być one osiągnięte bez RPM lub za pomocą innych, mniej ograniczających konkurencję środków⁹⁵. Zdaniem B. Yameya pozytywne skutki RPM nie będą osiągnięte także, gdy zwiększona marża zostanie przez dystrybutora wykorzystana nie na świadczenie usług związanych ze sprzedażą, lecz albo „przechwycona” na poczet jego zwiększonego zysku, albo wykorzystana w innym celu, niezgodnym z założeniami producenta⁹⁶. W rezultacie ceny detaliczne wzrosną, a skutek ten nie będzie kompensowany przez wzrost jakości dystrybucji.

B. Yamey zwrócił także uwagę na problem niestabilności związanej z RPM. Jego zdaniem stosowanie tej praktyki w sposób nieuchronny prowadzi do jej załamania, co uniemożliwia osiągnięcie ewentualnych efektywności gospodarczych. Wynika to z nieuchronnej obstrukcji RPM przez dystrybutorów, którzy nie są zainteresowani realizacją strategii opartych na ustalaniu cen, a preferują konkurowanie niską

91 B. Yamey, *The Economics...* oraz idem, *Introduction: The Main Economic Issues*, [w:] *Resale Price Maintenance: A Comparative American-European Perspective...*

92 C. Fulda, *Resale Price Maintenance*, „The University of Chicago Law Review” 1954, vol. 21, No 2, s. 175.

93 B. Yamey, *Introduction...*

94 B. Zorn, G. Feldman, *Business Under the New Price Laws*, New York 1937.

95 B. Yamey, *Resale Price Maintenance*, Chicago 1966, s. 12–14. Podobnie twierdzi W. Grimes, który zwrócił uwagę, że RPM prowadzi do ponoszenia nadmiernych kosztów promocji, w każdej sytuacji, w której koszty alternatywne stosowania innych instrumentów stymulujących działania promocyjne na poziomie dystrybucji są niższe – zob. W. Grimes, *A Dynamic...*, s. 101–149.

96 B. Yamey, *Resale...*, s. 16.

ceną. Długofalowo będą oni dążyć do ominięcia ustaleń cenowych, co stopniowo prowadzi do załamania systemu dystrybucji opartego na RPM⁹⁷.

W literaturze podkreślano także, że RPM może opóźnić lub uniemożliwić zastosowanie przez producentów bardziej efektywnych form dystrybucji⁹⁸. Dodatkowo zwracano uwagę na niepożądane skutki RPM w odniesieniu do działań promocyjnych. I tak, według W. Grimesa, praktyka ta może stymulować nasilenie reklamy oszukańczej, fałszywej lub w inny sposób wprowadzającej konsumenta w błąd. Dystrybutor realizując działania promocyjne zakładane przez producenta może bowiem wpływać na podejmowanie przez konsumentów niekorzystnych decyzji dotyczących zakupu określonego towaru, skutkujących nabyciem towaru, który nie odpowiada ich potrzebom⁹⁹. Zdaniem tego samego autora długofalowo pozytywne skutki związane z intensyfikacją działań promocyjnych dotyczących towarów określonego producenta mogą zostać zniwelowane w wyniku upowszechnienia się tej praktyki pośród konkurujących producentów. W rezultacie wszystkie konkurujące towary będą promowane z jednakową intensywnością na poziomie dystrybucji¹⁰⁰.

Zgodnie z koncepcją sformułowaną przez B. Yameya, a rozwiniętą przez W. Comanora¹⁰¹, RPM może także prowadzić do nadmiernych, nieefektywnych wysiłków promocyjnych, a tym samym do nieuzasadnionych wydatków na promocję towarów. B. Yamey zwrócił uwagę na towarzyszący RPM problem skrośnego subsydiowania jednej grupy konsumentów – zainteresowanych jakością dystrybucji, lecz mniej wrażliwych na cenę, przez grupę o odwrotnych preferencjach¹⁰². Jeśli pierwsza z tych grup, określona później przez W. Comanora jako konsumenci krańcowi (*marginal consumers*), jest mniejsza aniżeli druga – konsumenci podkrańcowi (*inframarginalni* – *inframarginal consumers*), wysiłki promocyjne nie znajdują uzasadnienia¹⁰³. Zgodnie z teorią W. Comanora, jeżeli na rynku istnieją tak zdefiniowane grupy konsumentów, o rozbieżnych preferencjach, pojawia się rozdźwięk pomiędzy interesami producentów i konsumentów¹⁰⁴. Podobnie

97 *Ibidem*, s. 19–21.

98 W. Grimes, *A Dynamic...*, s. 105 i 120. Podobnie S. Lee, *Problems of Resale Price Maintenance*, „Journal of Marketing”, January 1959, vol. 23, No 3, s. 281. Por. także uwagi poniżej dotyczące wpływu RPM na konkurencję w kontekście nowych form dystrybucji.

99 W. Grimes, *Spiff, Polish, and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited*, „California Law Review”, July 1992, vol. 80, Issue 4, s. 824; idem, *A Dynamic...*, s. 112–113.

100 W. Grimes, *The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2008, vol. 75, s. 484–485.

101 W. Comanor, *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, „Harvard Law Review”, March 1985, vol. 98, s. 983 oraz W. Comanor, J. Kirkwood, *Resale Price Maintenance and Antitrust Policy*, „Contemporary Economic Policy”, March 1985, vol. 3, s. 9.

102 B. Yamey, *Resale...*, s. 15–16.

103 W. Comanor, *Vertical...*, s. 991.

104 *Ibidem*, s. 990. Stanowisko krytyczne względem teorii W. Comanora wyrazili R. Boudreaux i R. Ekelund, zob. D. Boudreaux, R. Ekelund, *Inframarginal Consumers and the Per Se Legality of Vertical Restraints*, „Hofstra Law Review” 1988, vol. 17, Issue 1, s. 1.

działania promocyjne mogą być nieuzasadnione, jeśli prowadzą nie do zwiększenia ogólnego poziomu sprzedaży, a do skierowania strumienia zakupów od jednego dystrybutora do innych¹⁰⁵.

Stanowisko W. Comanora wydają się potwierdzać badania T. da Gracy i R. Massona. Z przygotowanej przez nich symulacji, opartej na modelu ekonometrycznym ich autorstwa, wynika, że negatywne skutki dla dobrobytu konsumenta, będące następstwem zakupu towarów przez inframarginalnych konsumentów, mogą wystąpić w znacznie większym natężeniu, niż wynikać by to mogło z wcześniejszych badań¹⁰⁶.

11.3.2. RPM w rozumieniu teorii organizacji

11.3.2.1. Uwagi wstępne

Wyjaśnienia przyczyn RPM doszukiwali się także teoretycy organizacji. Teorie przez nich formułowane koncentrują się na wyjaśnieniu ekonomicznego sensu RPM przede wszystkim z punktu widzenia interesów uczestników porozumienia. Zasadniczo nie odnoszą się one jednak do kwestii wpływu tej praktyki na konkurencję, lub szerzej – na jej skutki dla interesu publicznego. W ramach nurtu ekonomii organizacyjnej wyróżnić można trzy grupy poglądów¹⁰⁷. Pierwszą stanowią koncepcje oparte na teorii kosztów transakcyjnych; drugą – te oparte na agencyjnej teorii przedsiębiorstwa (teorii mocodawca–agent, ang. *Principal-Agent Theory* – *PAT*). Ostatnią grupę stanowią teorie związane z prawem własności.

11.3.2.2. RPM w rozumieniu teorii kosztów transakcyjnych

Wkład w opracowanie koncepcji nawiązujących do teorii kosztów transakcyjnych przypisać należy przede wszystkim B. Kleinowi i K. Murphy'emu. Ich zdaniem dystrybutor może preferować ryzyko rozwiązania umowy z producentem z powodu niedostatecznej jakości dystrybucji nad inwestycjami w usługi okołosprzedażowe¹⁰⁸. Jednocześnie ryzyko takie jest relatywnie niewielkie ze względu na trudności w monitorowaniu poziomu tych usług przez producenta. W przypadku RPM dystrybutor będzie mniej chętny do podjęcia takiego ryzyka, albowiem oznaczałoby to utratę wysokiej marży wynikającej z RPM. Jeżeli na rynku występuje RPM,

105 T. Overstreet, A. Fisher, *Resale Price Maintenance and Distribution Efficiencies: Some Evidence from the Past*, „Contemporary Economic Policy” 1985, vol. 3, Issue 3, s. 54 i n.

106 T. da Graca, R. Masson, *The „Services” Explanation for Resale Price Maintenance: Deleterious results Missed in the Economics Literature and in Legal Decisions*, „Southern Economic Journal” 2012, vol. 79(2), s. 461–462.

107 G. Gundlach, K. Manning, J. Cannon, *Resale Price...*, s. 10–11.

108 B. Klein, K. Murphy, *Vertical...*, s. 265–270 oraz A. Kleit, *Efficiencies Without Economists: The Early Years of Resale Price Maintenance*, „Southern Economic Journal” 1993, vol. 59, s. 597.

decyzje dystrybutorów co do tego, jakie usługi oferować, uzależnione są od konkurencji z innymi dystrybutorami i przez nią dyscyplinowane. Z konkurencji tej korzystają konsumenci, którzy otrzymują pakiet usług najbardziej dla nich przydatnych. Korzystają z niej także dystrybutorzy, którzy takie optymalne pakiety oferują, wygrywając w ten sposób w walce konkurencyjnej z innymi dystrybutorami. Wreszcie korzystają na tym producenci, których sprzedaż rośnie.

Stanowisko o pozytywnym wpływie RPM na konkurencję także na rynkach, na których nie występuje efekt gapowicza, wyraził B. Klein, popierając je rezultatami symulacji rynkowych¹⁰⁹. Autor ten dowodzi, że RPM stanowi „efektywną metodę zapłaty dystrybutorom przez producentów w zamian za dostarczanie ulepszonych usług”, bez względu na to, czy dotyczy ich efekt gapowicza¹¹⁰. Stanowisko to dotyczy jednak wyłącznie usług promocyjnych, które związane są z konkretną marką, takich jak odpowiednie wyeksponowanie towaru, a nie pozostałych rodzajów usług lub okoliczności ich świadczenia, w tym: oferowania darmowego parkingu dla konsumentów, szybkości ich obsługi, czy dobrze wyszkolonego personelu. Po drugie, koncepcja tego autora dotyczy wpływu usług promocyjnych na zachowania „konsumentów krańcowych”, czyli takich, którzy nie nabyliby towaru, gdyby nie owe dodatkowe usługi. Jak zauważył B. Klein, oferowanie dodatkowych usług związanych z marką zasadniczo nie ma istotnego wpływu na rozkład popytu pomiędzy poszczególnymi dystrybutorami, albowiem nie oddziałuje istotnie na decyzje konsumenta, co do miejsca dokonywania zakupów. Odpowiednie wyeksponowanie towaru oddziałuje raczej na decyzję o tym, jaki towar konsument kupi w określonym sklepie. Wpływ na to, gdzie nabyć towar, będzie miało natomiast oferowanie usług niezwiązanych z marką, przy czym dotyczyć ono będzie wszystkich konsumentów, nie tylko krańcowych¹¹¹.

Zdaniem B. Kleina to właśnie brak wpływu usług promocyjnych związanych z marką na rozkład popytu między dystrybutorami stoi u podstaw dodatkowych działań producentów służących stymulacji ich świadczenia. Dystrybutorzy są bowiem zainteresowani kreowaniem usług, które zwiększają ich atrakcyjność w relacji z innymi dystrybutorami, a zatem usług, które nie są powiązane z konkretną marką. Świadczenie usług związanych z marką przynosi znacznie większe zyski producentom aniżeli dystrybutorom, czego rezultatem jest niespójność bodźców kierujących działaniami tych podmiotów. Wynika z tego potrzeba dokonywania przez producentów ustaleń z dystrybutorami, służących świadczeniu dodatkowych usług promocyjnych związanych z marką¹¹².

Zdaniem B. Kleina optymalnym sposobem na stymulowanie realizacji dodatkowych usług promocyjnych związanych z marką, jest zasadniczo RPM. Po pierwsze,

109 B. Klein, *Competitive...*, s. 431 oraz idem, *The Evolving Law and Economics of Resale Price Maintenance*, „Journal of Law & Economics”, August 2014, vol. 57, Part 2, s. 161. B. Klein był także współautorem opinii *amicorum curiae* ekonomistów złożonej w sprawie Leegin.

110 B. Klein, *Competitive...*, s. 441.

111 *Ibidem*, s. 443–444.

112 *Ibidem*, s. 444–449.

RPM pozwala na pozyskanie przez producenta jak największej liczby punktów sprzedaży objętych usługami promocyjnymi¹¹³. Większa ich liczba, zgodnie z teorią zwiększonej dostępności punktów sprzedaży, sformułowaną przez J. Goulda i L. Prestona¹¹⁴, wpływa na zwiększenie popytu na towar producenta.

Ponadto, zdaniem B. Kleina, RPM stanowi najbardziej efektywny sposób rekompensowania dystrybutorom kosztów ponoszonych na świadczenie dodatkowych usług promocyjnych. Wynagradzanie ich w inny sposób, np. poprzez płatności w zamian za wykonywanie usług, jest z reguły niepraktyczne, ze względu na trudności dotyczące właściwego sformułowania przedmiotu świadczenia dystrybutora, tak by można było go powiązać z określonym wynagrodzeniem. Bardziej praktyczne jest powiązanie wynagrodzenia dystrybutora z czasem poświęconym na świadczenie usług. Jednak ta forma wynagrodzenia jest mało skutecznym sposobem stymulowania sprzedaży towarów producenta. Bardziej skuteczne z jego punktu widzenia byłoby oferowanie wynagrodzenia za jednostkę sprzedanego przez dystrybutora towaru. Taki skutek można właśnie osiągnąć za pomocą obniżenia marży hurtowej w powiązaniu z RPM. Jednocześnie zmniejsza ono koszty monitorowania i egzekwowania przez producenta świadczenia usług promocyjnych przez dystrybutora. Otrzymując podwyższoną w wyniku stosowania RPM marżę dąży on bowiem do sprzedania jak największej liczby towarów producenta, a tym samym do świadczenia usług promocyjnych w sposób najbardziej efektywny. W ten sposób osiągnięta zostaje zbieżność interesów producenta i dystrybutora¹¹⁵.

Alternatywnie, jak twierdzi B. Klein, możliwe jest osiągnięcie podobnego skutku w przypadku oferowania wynagrodzenia naliczanego za czas świadczenia usług w połączeniu z przyznaniem dystrybutorowi wyłączności terytorialnej¹¹⁶. Niejednokrotnie jest to metoda lepsza aniżeli RPM, albowiem w większym stopniu niż ono jest w stanie zwalczać efekt gapowicza oraz zapewnia dystrybutorom większą swobodę w zakresie ustalania cen. Z drugiej jednak strony RPM umożliwia producentowi rozprowadzanie towarów za pośrednictwem większej liczby punktów sprzedaży na danym terytorium. To z kolei zwiększa całkowity popyt na jego wyroby, stanowiąc o przewadze RPM nad wyłącznością terytorialną jako bardziej efektywnej metody stymulacji dodatkowych usług promocyjnych wykonywanych przez dystrybutora¹¹⁷.

Odnosząc się do kwestii monitorowania świadczenia usług przez dystrybutora B. Klein zwrócił uwagę, że ściśle przestrzeganie ustaleń cenowych przez

113 *Ibidem*, s. 452.

114 J. Gould, L. Preston, *Resale Price...*, s. 302.

115 B. Klein, *Competitive Resale...*, s. 454.

116 Przy tym, jak twierdzi B. Klein, błędem jest sądzić, wbrew temu co twierdzi znaczna część ekonomistów, że wyłączność terytorialna stanowi skuteczny środek zwalczania efektu gapowicza. Konsumenci rzadko kiedy ograniczają się do dokonywania zakupów u jednego tylko dystrybutora, niejednokrotnie poszukując towarów (przynajmniej tych droższych) w innych lokalizacjach – por. *ibidem*.

117 B. Klein, *Competitive Resale...*, s. 457.

dystrybutora będącego stroną porozumienia o RPM ma kluczowe znaczenie dla świadczenia dodatkowych usług promocyjnych, nawet na rynek, na którym nie występuje efekt gapowicza. Sprzedaż dokonywana po niższych aniżeli ustalone cenach przez dystrybutora, który prawidłowo świadczy usługi promocyjne, wpływa na zwiększenie rekompensaty przypadającej mu od producenta. Z drugiej strony wpływa ona na koncentrację zakupów u tego dystrybutora kosztem sprzedaży dokonywanej przez pozostałych dystrybutorów, stosujących wyższe (ustalone) ceny. Tym samym zmniejsza wielkość należnego im wynagrodzenia, jednocześnie obniżając ich skłonność do inwestowania w świadczenie usług promocyjnych. Z tych przyczyn normalnym zachowaniem producenta jest zaprzestanie sprzedaży towarów dystrybutorom niestosującym się do ustaleń¹¹⁸.

11.3.2.3. RPM z punktu widzenia teorii mocodawca-agent (PAT)

Teoria agencji postrzega relację pomiędzy producentem i dystrybutorem poprzez analogię do stosunków mocodawca-agent, starając się zidentyfikować jej najbardziej efektywny model. Relacja ta powinna zostać tak skonstruowana, by wyeliminować, lub choćby ograniczyć, dwa immanentne problemy ją cechujące: pokusę nadużycia (ang. *moral hazard*) i selekcję negatywną (ang. *adverse selection*)¹¹⁹. Pierwszy z nich odnosi się do braku należytego współdziałania agenta w osiągnięciu celów uzgodnionych z mocodawcą. Jest to rezultatem asymetrii informacji po obu stronach tej relacji. Agent bowiem, w odróżnieniu od mocodawcy, ma pełną wiedzę o swoich poczynaniach. W związku z tym mocodawca nie jest w stanie efektywnie i w pełni nadzorować działań agenta¹²⁰. Agent natomiast cechuje nadmierna skłonność do ryzyka, albowiem z reguły jego koszty obciążają nie jego a mocodawcę. Zjawisko negatywnej selekcji, w odróżnieniu od pokusy nadużycia, objawia się przede wszystkim w fazie przedkontraktowej, kiedy to mocodawca wybiera agenta. Ponownie, ze względu na asymetrię informacji, mocodawca może popełnić błąd w wyborze agenta, nie będąc w stanie w pełni zweryfikować cech, które ten ostatni sobie przypisuje¹²¹.

Z symulacji dokonanych przez G. Mathewsona i R. Wintera wynika, że RPM stanowić może w określonych sytuacjach rynkowych skuteczne narzędzie eliminacji opisanych wyżej problemów, zapewniając efektywność relacji producent-dystrybutor¹²². Do podobnych wniosków doszedł R. Romano, który przyjął założenie, zgodnie z którym problem pokusy nadużycia ma charakter dwustronny, a zatem

118 *Ibidem*, s. 459–460.

119 Por. K. Eisenhardt, *Agency Theory: An Assessment and Review*, „The Academy of Management Review”, January 1989, vol. 14, No 1, s. 59 i 61.

120 *Ibidem*, s. 61.

121 *Ibidem*.

122 G. Mathewson, R. Winter, *An Economic Theory of Vertical Restraints*, „The RAND Journal of Economics”, Spring 1984, vol. 15, No 1, s. 27. Podobnie: P. Rey, J. Tirole, *The Logic of Vertical Restraints*, „The American Economic Review”, December 1986, vol. 76, No 5, s. 921.

dotyczy także mocodawcy (producenta)¹²³. Rezultatem symulacji dokonanych na podstawie przyjętego przez tego autora modelu ekonometrycznego jest teza, jakoby RPM mogło stanowić skuteczny sposób eliminacji dwustronnego problemu pokusy nadużycia. Ustalenie ceny uniemożliwia bowiem wykorzystywanie przez dystrybutora posiadanych wyłącznie przez niego informacji. Przy tym, w zależności od charakterystyki rynku, optymalnym rozwiązaniem powinno być albo ustalenie cen minimalnych, albo maksymalnych¹²⁴.

11.3.2.4. RPM w rozumieniu ekonomii praw własności

Teoria praw własności sformułowana przez związanych ze szkołą chicagowską pionierów ekonomii menedżerskiej – H. Demsetza i A. Alchiana – koncentruje się na objaśnieniu, w jaki sposób przyznanie i wykonywanie praw własności nad zasobami może wpłynąć na ich efektywne wykorzystywanie. Prawa własności postrzegane są tu w kontekście ich funkcji alokacyjnej, która polega na tworzeniu bodźców do większej internalizacji niekorzystnych efektów zewnętrznych¹²⁵.

Próby zbadania zjawiska RPM z uwzględnieniem dorobku teorii praw własności dokonał A. Meese¹²⁶. Skupił się on w pierwszej kolejności na wyjaśnieniu przyczyn, dla których producenci skłaniają się do korzystania z pośrednictwa dystrybutorów, w miejsce samodzielnego prowadzenia sprzedaży detalicznej. Jego zdaniem producenci unikają w ten sposób ponoszenia wysokich kosztów pozyskiwania i przetwarzania informacji rynkowych niezbędnych do efektywnego kierowania działaniami sprzedażowymi. Poleganie w tym zakresie na niezależnych sprzedawcach pozwala producentowi nie tylko uniknąć tych kosztów, lecz także pozostawia kluczowe decyzje dotyczące polityki sprzedażowej w rękach podmiotów, które posiadają wiedzę dotyczącą lokalnych uwarunkowań rynkowych i mają motywację do tego, by ją pozyskiwać¹²⁷.

Utrata przez producenta prawa własności nad towarem prowadzi jednak do powstania niedoskonałości rynku, która może pozbawić producenta korzyści wynikających z prowadzenia dystrybucji za pośrednictwem sieci zewnętrznej. Dystrybutorzy nie mają bowiem dostatecznych bodźców do ponoszenia wydatków na sfinansowanie lokalnych działań służących promocji towaru danego producenta. W większym stopniu mogą być oni zainteresowani w obniżaniu cen detalicznych i tym samym w „jeździe na gapę” kosztem innych dystrybutorów. Ograniczenia

123 R. Romano, *Double Moral Hazard and Resale Price Maintenance*, „The RAND Journal of Economics”, Autumn 1994, vol. 25, No 3, s. 455.

124 *Ibidem*, s. 464.

125 H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, „The American Economic Review”, May 1967, vol. 57, No 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, s. 348.

126 A. Meese, *Property Rights and Intra-brand Restraints*, „Cornell Law Review” 2003, vol. 89, s. 553.

127 *Ibidem*.

wertykalne mogą stanowić mechanizm służący korekcie zidentyfikowanej przez autora niedoskonałości rynku. Ich stosowanie prowadzi bowiem do przyznania dystrybutorom „efektywnego prawa własności nad wytworzoną przez nich informacją promocyjną, doskonaląc bodźce do identyfikacji i wdrażania optymalnych strategii promocyjnych, którym podlegają”¹²⁸. Inaczej niż w przypadku koncepcji neoklasycznych, teoria A. Meesa nie zakłada jakoby RPM wpływało na zwiększenie zależności pomiędzy producentem a dystrybutorem. Przeciwnie, ma ono służyć dalszej decentralizacji pozycji dystrybutora i zwiększeniu jego niezależności w wyborze najlepszej możliwej strategii promocyjnej. Tym samym jest to rozwiązanie bardziej efektywne aniżeli alternatywne instrumenty, takie jak na przykład zawarcie przez producenta umowy z dystrybutorem o realizację określonych działań promocyjnych¹²⁹.

11.3.3. RPM z punktu widzenia ekonomii behawioralnej

Częściowo krytyczne poglądy na temat skutków RPM dla konkurencji wydają się mieć przedstawiciele nurtu ekonomii behawioralnej. W jedynym, jak do tej pory, kompleksowym opracowaniu nawiązującym do tego nurtu ekonomii, powstałym po wydaniu wyroku w sprawie *Leegin A. Tor i W. Rinner* zwrócili uwagę na nadużywanie i nieefektywne stosowanie tychże praktyk przez producentów¹³⁰. Podważyli oni przy tym prawidłowość podstawowego założenia, na którym opierają się klasyczne analizy ekonomicznych skutków RPM, tj. racjonalności uczestników rynku, będącego w centrum teorii organizacji rynku (*industrial organization economy*). Zdaniem A. Tora i W. Rinnera zarówno badania empiryczne, jak i analiza sposobu podejmowania przez przedsiębiorstwa decyzji w sprawie RPM dowodzą, że często nie są one motywowane racjonalnie. Wynika to przede wszystkim z niedostatku informacji posiadanych przez producenta na temat sytuacji współpracujących z nim dystrybutorów, ich praktyk rynkowych i związków pomiędzy nimi a jego działalnością¹³¹. Nadto jest to spowodowane ograniczonymi zasobami kognitywnymi i pozaracjonalnymi (emocjonalnymi) motywacjami ich działań. By móc funkcjonować w złożonym świecie rzeczywistym i podejmować decyzje w warunkach niepewności producenci posługują się bowiem mentalną i emocjonalną heurystyką¹³². Ich zachowanie nosi zatem cechy ograniczonej (przymusowej) racjonalności w rozumieniu teorii H. A. Simona¹³³.

128 *Ibidem*, s. 554.

129 *Ibidem*.

130 A. Tor, W. Rinner, *Behavioral Antitrust: a New Approach to the Rule of Reason after Leegin*, „University of Illinois Law Review” 2011, s. 805.

131 *Ibidem*, s. 819.

132 *Ibidem*, s. 820.

133 Por. H. A. Simon, *Motivational and emotional controls of cognition*, „Psychological Review” 1967, vol. 1, s. 29 oraz idem, *Podejmowanie decyzji kierowniczych*, Warszawa 1982.

Według autorów zachowania producentów cechuje tendencja do wyolbrzymiania negatywnych skutków obniżania cen detalicznych. Ze względu na deficyt informacji, mają oni trudności w ustaleniu, czy dystrybutorzy stosują się do ustaleń, jak i do właściwej oceny skutków takich działań. Dostępne im źródła informacji, w szczególności skargi stosujących się do ustaleń dystrybutorów, zawierają z reguły przesadzone doniesienia na temat częstotliwości i negatywnych skutków stosowania cen niższych od ustalonych. Mimo świadomości, że informacje te mogą być nieobiektywne, producenci często podejmują błędne decyzje w wyniku działania zasady zakotwiczenia (ang. *anchoring*)¹³⁴. W takiej sytuacji, w świetle informacji, którymi dysponuje producent, jego decyzja jest subiektywnie racjonalna, jednak jej prawidłowość zależy od jakości pierwotnego założenia, tj. „kotwicy” i poprawności dokonanego na jej podstawie dostosowania.

Błędy poznawcze producentów wzmocnione są w wyniku stosowania przez nich heurystyki dostępności, czego konsekwencją jest błędne oszacowanie częstotliwości obniżania przez dystrybutorów cen poniżej ustalonego poziomu oraz występowania negatywnych skutków tych działań¹³⁵. Podobny błąd jest konsekwencją stosowania przy dokonywaniu konstrukcji umysłowej heurystyki dostępności¹³⁶ i heurystyki symulacji¹³⁷. W ten sposób scenariusze, w których sprzedaż po cenach niższych od ustalonych prowadzi do poważnych strat dla producenta, wydają się bardziej prawdopodobne niż są w rzeczywistości. Podobne skutki wynikają ze stosowania przez producentów heurystyki reprezentatywności¹³⁸. Do popełnianych

134 Zgodnie z tą zasadą, błąd poznawczy powstaje w wyniku rozpoczęcia procesu decyzyjnego od danej uprzednio wartości początkowej o zewnętrznym pochodzeniu (np. danej informacji), a następnie dostosowywania decyzji do tejże informacji – por. m.in. A. M. Makuch, *Decyzje podmiotów gospodarczych w ujęciu ekonomii behawioralnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania” 2012, nr 27, s. 139.

135 Heurystyka dostępności odnosi się do metody uproszczonego wnioskowania prowadzącego do błędów poznawczych, wynikającego z tendencji do przypisywania większego prawdopodobieństwa zdarzeniom, z którymi u wnioskującego istnieją asocjacje emocjonalne lub które jest on w stanie szybciej przywołać do świadomości.

136 Problemem jest tutaj wysnuwanie wniosków na podstawie zaistniałych w przeszłości okoliczności, które wnioskujący jest w stanie sobie przypomnieć, a następnie konstruowaniu na ich podstawie scenariuszy na przyszłość. Innymi słowy, bardziej prawdopodobne wydaje się wnioskującemu zaistnienie w przyszłości tych okoliczności, które zaistniały już w przeszłości i które łatwiej mu było sobie przypomnieć.

137 Heurystyka symulacji odnosi się do uproszczonych wnioskowań, w których bardziej prawdopodobne wydaje się to, co łatwiej jest sobie wyobrazić; innymi słowy łatwość z jaką dana symulacja prowadzi do określonego rezultatu stanowi przesłankę do sformułowania osądu o prawdopodobieństwie wystąpienia tego samego wniosku w przyszłości.

138 Heurystyka reprezentatywności służy ocenie prawdopodobieństwa przynależności wydarzenia lub obiektu do określonej klasy, na podstawie jego podobieństwa do typowych wydarzeń lub obiektów wchodzących w jej skład. Przykładem jest sąd jakoby osoba A była przestępcą, albowiem posiada ona określoną cechę, która pośród przestępców występuje relatywnie często.

błędów producentów, wynikających z heurystyki reprezentatywności, które wpływają na wyolbrzymienie oczekiwanych negatywnych skutków odstępstw od ustaleń cenowych A. Tor i W. Rinner zaliczyli:

1. Niewłaściwe oszacowanie rzeczywistej liczby istotnie szkodliwych rezultatów (obniżania cen – przyp. Ł. G.) lub prawdopodobieństwa ich wystąpienia;
2. Zbyt silny wpływ niewielkiej liczby przypadków na percepcję przez producenta całościowych skutków obniżania cen;
3. Niepełne wzięcie pod uwagę braku wiarygodności dowodów na skutki tych praktyk¹³⁹.

Zdaniem A. Tora i W. Rinnera tendencje do wyolbrzymiania negatywnych skutków obniżania cen poniżej ustalonego poziomu wzmacniane są przez niechęć do straty, tendencję do utrzymania *status quo* i zachowania uwarunkowane uczciwością. Według tych autorów producenci motywowani niechęcią do straty i tendencją do *status quo* będą angażować się w kosztowne działania prewencyjne, których koszty przewyższać będą zwykle oczekiwane straty finansowe, jakie powstałyby w wyniku obniżania cen¹⁴⁰. Jednocześnie na częstotliwość reakcji producentów na działania dystrybutorów obniżających ceny wpływa postrzeganie tych działań jako nieuczciwych w relacjach biznesowych. Na poparcie tej tezy A. Tor i W. Rinner przytaczają częste opinie producentów zgłaszane w postępowaniach sądowych, jakoby dystrybutorzy ci żerowali na renomie marki producenta i wykorzystywali wysiłki pozostałych dystrybutorów. Przy tym już z samym określeniem „efekt gapowicza” wiążą się takie negatywne konotacje.

Jeśli zatem producenci postrzegają negatywnie obniżki cen detalicznych, skłonni są do podejmowania różnych działań służących ich przeciwdziałaniu. Spośród nich najbardziej atrakcyjne wydają się ograniczenia pionowe. W odróżnieniu od pozostałych metod, pozwalają one skutecznie zapobiegać lub utrudniać wykorzystywanie efektu gapowicza i ograniczają możliwość stosowania strategii typu *loss leader*¹⁴¹. Przy tym dominującą metodą wydaje się RPM, co spowodowane jest między innymi nieuzasadnionym przecenianiem przez producentów, przy podejmowaniu przez nich decyzji o wyborze niezbędnych instrumentów, znaczenia poziomu cen detalicznych oraz wyolbrzymianiem pozytywnych skutków RPM, wynikającym z awersji do niepewności i potrzeby kontrolowania ryzyka¹⁴².

139 A. Tor, W. Rinner, *Behavioral...*, s. 827.

140 *Ibidem*, s. 830.

141 Pojęcie to odnosi się do strategii marketingowej stosowanej powszechnie w handlu detalicznym, a polegającej na obniżeniu ceny towaru poniżej poziomu rynkowego, w celu zachęcenia konsumenta do dokonania zakupów w określonym punkcie sprzedaży i stymulacji zakupu w nim innych, wycenianych wyżej towarów.

142 Z powołanych przez autorów badań wynika, że menedżerowie postrzegają ryzyko nie jako czynnik, który decyduje o atrakcyjności określonej decyzji, lecz jako osobiste wyzwanie, którego przewyciężenie wymaga od nich wykazania się szczególnymi umiejętnościami. Stąd bierze się tendencja do unikania ryzykownych rozwiązań.

Przyczyny te składają się na tendencję do stosowania RPM w sposób nadmierny i nieefektywny¹⁴³.

Przy podejmowaniu decyzji pierwszym wyborem jest zazwyczaj opcja, która pod każdym względem ma przewagę nad pozostałymi. Jeśli takowej nie ma, z reguły preferowana jest opcja, która dominuje nad innymi pod względem najbardziej istotnego atrybutu. W przypadku podejmowania decyzji o wyborze metody przeciwdziałania obniżkom cenowym, RPM jako odnoszące się do ceny jako najważniejszego atrybutu, jest – zdaniem A. Tora i M. Rinnera – w sposób nieuzasadniony preferowane. Jednocześnie przy podejmowaniu przez przedsiębiorstwa decyzji przedkładane nad inne są rozwiązania prowadzące do pewnych rezultatów i eliminujące ryzyko. Tym samym RPM, jako instrument eliminujący możliwość obniżania cen poniżej określonego poziomu, jest faworyzowane kosztem nawet bardziej efektywnych ograniczeń terytorialnych. Awersja do niepewności może także powodować, że producenci zamiast ponosić nieznane im w pełni konsekwencje stosowania obniżek cenowych przez dystrybutorów, będą bardziej skłonni do ponoszenia znanych im kosztów stosowania RPM¹⁴⁴.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez A. Tora i M. Rinnera, dowody historyczne i badania behawioralne dowodzą, że czynniki rynkowe nie są w stanie efektywnie korygować wpływu inklinacji do nieuzasadnionego stosowania RPM przez producentów. W związku z tym, w braku prawnego zakazu stosowania RPM, będzie ono nadużywane przez niektórych producentów w dłuższych okresach. Na dowód tej tezy autorzy przytaczają kilka argumentów. Świadczyć o tym mają po pierwsze wyniki badań dotyczących skutków stosowania RPM w okresie obowiązywania ustawodawstwa uczciwego handlu¹⁴⁵. Potwierdziły one między innymi stopniowy spadek popularności RPM w okresie poprzedzającym uchylenie owego ustawodawstwa, co pozwoliło sformułować wniosek jakoby wielu producentów w rezultacie własnych doświadczeń uznało RPM za strategię nieefektywną.

143 *Ibidem*, s. 834.

144 *Ibidem*, s. 837.

145 Autorzy wskazali m.in. na następujące badania: L. Sheparda, które wskazują na spadek cen detalicznych po uchyleniu obowiązywania ustawodawstwa uczciwego handlu (zob. L. Shepard, *The Economic...*, s. 220) oraz S. Ornsteina i D. Hanssensa potwierdzające spadek wolumenu sprzedaży alkoholu w Kalifornii w okresie obowiązywania na jej terytorium ustawodawstwa uczciwego handlu – zob. S. Ornstein, D. Hanssens, *Resale Price...*, s. 1; E. Hermana wskazujące na powszechne stosowanie RPM w Stanach Zjednoczonych i na fakt, że 4–10% sprzedaży detalicznej było dokonywane po cenach ustalonych z producentami; zob. E. Herman, *A Statistical Note on Fair Trade*, „Antitrust Bulletin” 1959, vol. 4, s. 587; R. Steinerja i P. Herscha, potwierdzające popularność RPM w okresie ustawodawstwa uczciwego handlu i powszechność tych praktyk w odniesieniu do wielu towarów segmentu FMCG, których zakup nie wymagał zasadniczo korzystania z dodatkowych usług – zob. odpowiednio R. Steiner, *How Manufacturers Deal with the Price-Cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient?*, „Antitrust Law Journal” 1997, vol. 65, s. 407; P. Hersch, *The Effects of Resale Price Maintenance on Shareholder Wealth: The Consequences of Schwegmann*, „Journal of Industrial Economics” 1994, vol. 42, s. 205.

Niemniej A. Tor i M. Rinner zwrócili uwagę, że proces dochodzenia do takiej konstatacji jest długotrwały i zaburzony. Wpływ na to ma działanie licznych ograniczeń zarówno wynikających z braku dostępu do informacji, jak i natury behawioralnej, w tym w zakresie oceny dostępnych informacji i niechęci do zaprzestania stosowania RPM, wynikającej między innymi z awersji do ponoszenia straty, efektu kosztów utopionych i presji dystrybutorów. Jednocześnie badania wskazują, że oddziaływanie mechanizmów, które wpływają na eliminowanie zachowań przymusowo racjonalnych, jest dalekie od doskonałości. Dotyczy to zarówno oddziaływania presji ze strony konkurencji, jak i okoliczności funkcjonowania w strukturach profesjonalnej organizacji¹⁴⁶.

Podsumowując, A. Tor i M. Rinner wskazali, że analiza behawioralna zachowań producentów wskazuje, że są oni skłonni nadużywać RPM, a siły rynkowe są w stanie jedynie powoli wpływać na korektę ich zachowań. Jednakże pojawienie się pro- lub antykonkurencyjnych skutków RPM uzależnione jest od konkretnych okoliczności rynkowych. Analiza behawioralna wskazuje także, że RPM może upowszechnić się w sytuacji, gdy prawo konkurencji nie stanie temu na przeszkodzie. Jednak natężenia jego występowania, kosztów i korzyści z niego wynikających nie sposób jednoznacznie ocenić w świetle dostępnych badań. Zdaniem cytowanych autorów, analiza behawioralna prowadzi do wniosku, że konkurencja w ujęciu horyzontalnym nie stanowi czynnika dyscyplinującego zachowania producentów, skłaniając ich do niestosowania RPM. Jeżeli RPM nie jest stosowane szeroko, dyscyplinujący wpływ konkurencji horyzontalnej oddziałuje w sposób bardziej efektywny. W takiej sytuacji producenci stosujący tę praktykę w sposób nieuzasadniony, szybciej bowiem eliminowani są z rynku lub szybciej korygują swoje błędne zachowania. Jeśli natomiast RPM jest powszechne w danym sektorze, prowadzi do wzrostu cen detalicznych i osłabia konkurencję horyzontalną zarówno na poziomie producentów, jak i dystrybutorów. Może także wpływać zachęcająco na stosowanie RPM przez innych producentów¹⁴⁷.

Zdaniem A. Tora i M. Rinnera okoliczność, że RPM zostało podjęte w wyniku presji wywartej przez dystrybutora zwiększa prawdopodobieństwo braku efektywności tej praktyki, albowiem w takiej sytuacji producent polega na stroniczej informacji dostarczanej przez dystrybutora. Jednocześnie nie powinno się ufać, w takim stopniu jak to uczynił to Sąd Najwyższy w sprawie Leegin, skłonności producentów do oporu przeciwko presji wywoływanej przez dystrybutorów. Podobnie sąd wykazał nadmierną wiarę w prawdopodobieństwo wystąpienia prokonkurencyjnych efektów RPM podjętego z wyłącznej inicjatywy producenta.

Analiza behawioralna potwierdza natomiast duże znaczenie siły rynkowej jako czynnika, od którego wystąpienia zależą antykonkurencyjne skutki RPM. Wynika to nie tylko z jej wpływu na możliwość powstania skutków horyzontalnych, lecz także jej oddziaływania na bardziej zdyscyplinowane funkcjonowanie rynku, co

146 A. Tor, M. Rinner, *Behavioral Antitrust...*, s. 847–854.

147 *Ibidem*, s. 856.

z kolei prowadzi do utrwalenia *status quo* zakładającego RPM. Analiza behawioralna skłania jednak do wniosku, że negatywne skutki stosowania RPM mogą wystąpić nawet w przypadku braku siły rynkowej zarówno po stronie producentów, jak i dystrybutorów¹⁴⁸.

11.3.4. Wpływ RPM na konkurencję a nowe formy dystrybucji

Rozwój handlu internetowego spowodował istotne zmiany w sposobie dystrybucji towarów. Jednym z kluczowych zagadnień poruszanych na łamach piśmiennictwa jest ich wpływ na ekonomiczne skutki RPM. Wkrótce po wydaniu wyroku w sprawie Leegin, na łamach „Harvard Law Review” ukazało się krótkie opracowanie poświęcone tej tematyce¹⁴⁹. Jak wynika z jego treści, wraz ze wzrostem znaczenia handlu internetowego, należy spodziewać się nasilenia efektu gapowicza, co jest następstwem zwiększonego dostępu do informacji cenowej. Jednocześnie zwrócono uwagę, że „jazda na gapę” może przebiegać w obu kierunkach, co oznacza, że zarówno konsumenci dokonujący ostatecznie zakupów w Internecie poprzedzają je wizytą w tradycyjnym sklepie, jak i na odwrót – klienci sklepów tradycyjnych wcześniej korzystają z zasobów sklepu internetowego dla pozyskania informacji o towarze. Koszty, które w związku z tym ponoszą dystrybutorzy Internetowi i tradycyjni, różnią się jednak. Pierwsi, ze względu na to, że ponoszone przez nich koszty mają głównie charakter stały, zasadniczo nie tracą w wyniku „jazdy na gapę”. Drudzy natomiast ponoszą w związku z prowadzoną działalnością w znacznym stopniu koszty zmienne i dlatego zjawisko „jazdy na gapę” powoduje u nich istotne straty. Problem ten jest o tyle poważniejszy, że znacznie łatwiej jest ustalić wysokość wynagrodzenia za świadczenie dodatkowych usług (takich jak dostarczanie informacji o towarze) w relacjach z dystrybutorem internetowym, aniżeli tradycyjnym. W przypadku tych ostatnich trudno jest bowiem zmierzyć parametry określenia wysokości takiego wynagrodzenia, takie jak chociażby czas poświęcony przez sprzedawcę konsumentowi. W związku z tym producenci mogą być bardziej skłonni do kontrolowania, by sprzedawcy internetowi nie „jeździli na gapę” czyniąc szkody sklepom tradycyjnym. Z drugiej jednak strony, jeśli jakość informacji w internecie jest wysoka, producent może stracić zainteresowanie finansowaniem dodatkowych usług w tradycyjnym kanale dystrybucji¹⁵⁰.

Rozwój handlu internetowego może także wpłynąć na pojawienie się innych jeszcze negatywnych skutków dla konkurencji, a w szczególności sprzyjać powstawaniu karteli po stronie producentów i dystrybutorów. Zwiększenie przejrzystości cenowej umożliwia bowiem łatwiejsze wykrycie odstępstw od ustaleń cenowych.

148 *Ibidem*, s. 857.

149 Leegin's Unexplored „Change in Circumstance”: *The Internet and Resale Price Maintenance*, „Harvard Law Review”, April 2008, vol. 121, No 6, s. 1600.

150 *Ibidem*, s. 1615–1617.

Przy tym zagrożenie to wynika nie tyle z dążenia producentów do zawiązania porozumienia horyzontalnego, ile raczej z ewentualnej presji wywieranej na nich przez dystrybutorów. Inny możliwy antykonkurencyjny efekt wynikać może z samodzielnego wykorzystywania przez producenta internetowego kanału dystrybucji. W takiej sytuacji producent skłonny jest dążyć do wyeliminowania konkurencji cenowej ze strony pozostałych dystrybutorów jego towarów, przede wszystkim poprzez RPM¹⁵¹.

Jedną z pierwszych kompleksowych analiz dotyczących konsekwencji rozwoju nowych technik sprzedaży zawiera opracowanie sporządzone przez G. Gundlacha, J. Cannona i K. Manninga¹⁵². Stanowi ono syntezę wniosków płynących z obserwacji i opracowań dotyczących nowych tendencji w marketingu i zachowaniach konsumenta. Głównym celem badania była weryfikacja, w jaki sposób wpływają one na częstotliwość występowania efektu gapowicza, a tym samym na ile uzasadnione jest szersze dopuszczenie RPM.

Zdaniem tych autorów wnioski płynące z nowych badań marketingowych są niejednoznaczne. Niektóre spośród nich wspierają tezę o pojawianiu się warunków, w których efekt gapowicza występować może częściej. Jest to tłumaczone zwiększonym użyciem różnorodnych kanałów dystrybucji tak przez konsumentów, jak i producentów. W przeszłości konsumenci najczęściej korzystali z pojedynczego kanału dystrybucji, który służył im zarówno do dokonywania zakupów, jak i do pozyskiwania informacji o towarze. Korzystanie przez konsumentów z większej liczby kanałów dystrybucji było nieefektywne, oznaczało bowiem konieczność odwiedzenia wielu punktów sprzedaży. Do takiego sposobu dokonywania zakupów dostosowana była organizacja dystrybucji. Producenci kierując się założeniem, zgodnie z którym konsumenci odpowiadający określonej charakterystyce korzystają z określonego kanału dystrybucji, dokonywali segmentacji konsumentów na grupy odpowiadające ich preferencjom co do zakupów i co do kanału dystrybucji. Następnie starali się zorganizować sprzedaż w ramach danego kanału dystrybucji, tak by odpowiadał on oczekiwaniom określonego segmentu konsumentów¹⁵³.

W epoce Internetu natomiast większość konsumentów korzysta jednocześnie z wielu kanałów dystrybucji. Wiąże się to między innymi z powstaniem zjawiska określanego mianem „*research shopper*”, oznaczającego upowszechnienie się modelu, w którym konsument używa jednego kanału dystrybucji celem zdobycia informacji o towarze (w szczególności Internetu), a dokonuje jego zakupu poprzez inny kanał (często tradycyjny sklep). Zmiany te spowodowały reakcję producentów, którzy wprowadzili nowe kanały dystrybucji i zwiększyli zakres ich wykorzystywania. Wielość kanałów dystrybucji, korzystanie z wielu kanałów przez konsumentów oraz upowszechnienie nowych technologii w handlu stwarzają warunki do nasilenia oddziaływania efektu gapowicza. Z badań marketingowych wynika

151 *Ibidem*, s. 1617–1618.

152 G. Gundlach, J. Cannon, K. Manning, *Free Riding...*, s. 381.

153 *Ibidem*, s. 391–393.

jednak, że to raczej nie kanał internetowy wykorzystuje tradycyjny kanał dystrybucji. Zwykle istnieje zależność przeciwna – konsumenci często używają internetowego kanału sprzedaży do pozyskania informacji o towarze, a następnie wykorzystują je dokonując zakupów w tradycyjnych sklepach¹⁵⁴.

Według autorów opracowania okoliczność, że konsumenci korzystają obecnie z wielu kanałów dystrybucji stanowi następstwo istnienia różnic w preferencjach zakupowych oraz odnośnie do wyboru kanału dystrybucji. Nie są one przy tym stałe dla jednego konsumenta. Konsument jest obecnie skłonny zmieniać je w zależności od okazji do nabycia określonego towaru, jak i na potrzeby różnych faz procesu dokonywania zakupów.

Powyższe obserwacje doprowadziły G. Gundlacha, J. Cannona i K. Manninga do wyodrębnienia dwóch przeciwstawnych grup poglądów na temat relacji konkurencyjnych pomiędzy dystrybutorami. Pierwsza, określona mianem „kanibalizmu” odpowiada tradycyjnemu pojmowaniu skutków wielości kanałów dystrybucji. Zgodnie z nią prowadzenie sprzedaży różnymi kanałami dystrybucji wpływa na spadek ich wydajności w wyniku ich wzajemnego „kanibalizmu” będącego skutkiem wzmożonego oddziaływania efektu gapowicza. Dotyczy to w szczególności zakładanego „kanibalizmu” tradycyjnego kanału dystrybucji przez kanał internetowy¹⁵⁵.

Konkurencyjnym poglądem jest natomiast „synergizm”, który zakłada, że użycie wielu kanałów dystrybucji prowadzi do wzrostu wydajności, ze względu na ich uzupełniające (synergiczne) oddziaływania. Wpływają one jednocześnie na obniżenie kosztów i wzrost sprzedaży. Oddziaływanie takie pojawia się w szczególności w przypadku użycia obok tradycyjnego kanału dystrybucji jego internetowego odpowiednika. Jak wskazali G. Gundlach, J. Cannon, K. Manning, powołując się na opracowania z dziedziny marketingu¹⁵⁶, internetowy kanał dystrybucji może wpłynąć na sprzedaż w trojaki sposób. Po pierwsze może stymulować ekspansję rynkową, pozwalając na pozyskanie nowego segmentu konsumentów, którzy do tej pory nie nabywali towarów określonej marki. Po drugie, jego użycie może prowadzić do zmiany marki, a zatem pozyskania nowego konsumenta, dokonującego dotychczas zakupów u konkurenta. Wreszcie użycie kanału internetowego może wpłynąć na pogłębienie relacji między dotychczasowymi konsumentami i producentami, skutkując zwiększeniem sprzedaży do obecnych konsumentów. Internet wpływa także na zmniejszenie kosztów produkcyjnych i transakcyjnych¹⁵⁷.

Owe przeciwstawne grupy poglądów wpływają na powstanie odmiennych strategii odnośnie do kanałów sprzedaży towarów. Menedżerowie o tradycyjnych

154 *Ibidem*, s. 393.

155 *Ibidem*, s. 400–402.

156 Por. przywołane przez autorów opracowanie: I. Geyskens, K. Gielens, M. Dekimpe, *The Market Valuation of Internet Channel Additions*, „Journal of Marketing” 2002, vol. 66, s. 104.

157 G. Gundlach, J. Cannon, K. Manning, *Free Riding...*, s. 403.

poglądach skłaniają się raczej ku działaniom zmierzającym do zniechęcania konsumentów do korzystania z różnych kanałów dystrybucji. Przykładowo stosują oni zachęty do dokonywania zakupów tylko w jednym kanale, decydują się na wprowadzenie systemów dystrybucji wyłącznej bądź selektywnej lub stosują RPM¹⁵⁸.

Strategia alternatywna, zakładająca zachęcanie do korzystania z wielu kanałów dystrybucji, charakteryzuje zwolenników poglądów synergistycznych. Producenci, którzy ją stosują, dążą do utrzymywania różnych kanałów dystrybucji odpowiadających preferencjom konsumentów i skierowaniu ich zakupów do tychże kanałów. Uznają oni, że założenie stałości preferencji konsumenta jest już nieaktualne, a brak odpowiednio zdywersyfikowanych kanałów dystrybucji oznaczać może istotne straty. W sytuacji, gdy dany towar nie będzie dostępny w ramach preferowanego kanału dystrybucji, konsument może bowiem wybrać towar konkurencji. Utrzymywanie różnych kanałów dystrybucji i ich harmonizacja wpływają zatem na powstanie synergii pomiędzy nimi¹⁵⁹.

Jak dowodzą badania marketingowe, w ramach pierwszego typu strategii producenci stosują różne formy działań zniechęcających do używania wielu kanałów dystrybucji. Wiele spośród nich, takie jak: wprowadzenie różnych marek dla podobnych towarów, zmiany charakterystyki towarów sprzedawanych w różnych kanałach dystrybucji, wprowadzenie obowiązku rejestracji konsumentów lub mechanizmów ich autoselekcji czy też stosowanie systemów selektywnej lub wyłącznej dystrybucji, może być mniej szkodliwe dla konkurencji aniżeli RPM. Z kolei zwolennicy strategii synergicznych nie tyle zwalczają efekt gapowicza, ile starają się nim zarządzać z korzyścią dla siebie¹⁶⁰.

Zdaniem G. Gundlacha, J. Cannona i K. Manninga, badania marketingowe dowodzą, że stosowanie strategii zniechęcania konsumentów do korzystania z wielu kanałów dystrybucji może przynieść efekty odwrotne od oczekiwanych, wzmacniając raczej aniżeli osłabiając zjawisko „kanibalizmu” pomiędzy różnymi kanałami sprzedaży. RPM, jako jedno z narzędzi stosowanych w jej ramach, może zatem bardziej wpływać na nasilenie aniżeli na zmniejszenie negatywnych efektów oddziaływania efektu gapowicza, rozumianych jako wzajemny kanibalizm różnych kanałów dystrybucji. W szerszym ujęciu bowiem efekt symbiozy pomiędzy kanałami dystrybucji widoczny jest na płaszczyźnie konkurencji międzytypowej – tj. w układzie pomiędzy różnymi typami dystrybutorów sprzedających te same towary. Z kolei relacje cechujące konkurencję wewnątrztypową, tj. w układzie pomiędzy dystrybutorami tego samego rodzaju towarów, charakteryzuje kanibalizm. Producenci powinni zatem dążyć do dywersyfikacji kanałów dystrybucji dostosowując je do oczekiwań konsumentów¹⁶¹.

158 *Ibidem*, s. 405–407.

159 *Ibidem*, s. 407–410.

160 *Ibidem*, s. 411.

161 *Ibidem*, s. 412–413.

Innym, niejako pośrednim, skutkiem RPM jest ujednoczenie strategii pozacenowych stosowanych przez producentów względem dystrybutorów. Z reguły bowiem producenci chcą mieć wpływ na sposób wykorzystania przez dystrybutora zwiększonej marży, tak by zagwarantować wyższy poziom usług okołosprzedawczych. Często zatem RPM towarzyszy umowa określająca zakres usług, świadczonych przez dystrybutora, poziom zapasów, który ma utrzymywać, sposób prezentacji towarów, itp. Prowadzi to do zbliżenia charakterystyk różnych kanałów dystrybucji, nasilając zjawisko kanibalizmu. Wpływa to tym samym na obniżenie dynamiki i równocześnie efektywności procesów rynkowych, na zmniejszenie tempa innowacji w zakresie dystrybucji oraz pomniejsza wybór konsumenta¹⁶².

G. Gundlach, J. Cannon i K. Manning zwrócili także uwagę na rezultaty dodatkowych obserwacji wynikających z badań marketingowych. Po pierwsze, podważają one tradycyjne założenie pozytywnej korelacji pomiędzy liczbą konsumentów-gapowiczów odwiedzających punkt sprzedaży a kosztami krańcowymi ponoszonymi przez dystrybutora, związanymi głównie z inwestycjami w lokal i personel. Zależność taka istnieje, jest jednak nieliniowa. Obecność wielu konsumentów w sklepie, w tym konsumentów-gapowiczów, zachęca bowiem do zwiększania zakupów przez pozostałych nabywców. Jeżeli jednak punkt sprzedaży jest zbyt zatłoczony, sprzedaż w nim istotnie spada. Oznacza to, że efekt gapowicza, o ile występuje w umiarkowanym natężeniu, może być korzystny dla dystrybutorów prowadzących tradycyjny sposób sprzedaży¹⁶³.

Ponadto efekt gapowicza może być korzystny dla dystrybutorów internetowych. Konsumentci dokonujący zakupów używając tradycyjnych kanałów dystrybucji mogą bowiem dzielić się opiniami o produkcie w Internecie, w tym także na stronach sklepów internetowych. W ten sposób przyczyniają się do zwiększenia jego atrakcyjności. Z kolei konsumenci-gapowicze, którzy przeglądają strony sklepów internetowych, lecz nie dokonują zakupów za ich pośrednictwem, przyczyniają się do poprawy statystyki ich odwiedzin z korzyścią dla dystrybutora. Koszty takich zachowań są przy tym niezauważalne dla dystrybutora internetowego, albowiem koszt krańcowy obsługi konsumenta-gapowicza jest zbliżony do zera¹⁶⁴.

M. Lao, odnosząc się do skutków RPM, wskazała, że w odniesieniu do handlu internetowego argument, jakoby praktyka ta stanowiła skuteczne narzędzie zwalczania efektu gapowicza, traci na aktualności¹⁶⁵. Zdaniem M. Lao stale zwiększająca się dostępność informacji o towarze w Internecie sprawia, że konsumenci coraz rzadziej potrzebują demonstracji towaru w konwencjonalnym sklepie. Ponadto, jej zdaniem, wbrew powszechnemu mniemaniu, efekt gapowicza jest zasadniczo korzystny dla konsumenta.

162 *Ibidem*, s. 413–414.

163 *Ibidem*, s. 420–421.

164 *Ibidem*, s. 421–422.

165 M. Lao, *Internet Retailing and „Free-Riding”: a Post-Leegin Antitrust Analysis*, „Journal of Internet Law”, March 2011, vol. 14, No 9, s. 19.

W odniesieniu do nielicznej grupy towarów, których zakup wymaga wcześniejszego zapoznania się z nimi konsumenta w sklepie, dostępność informacji o towarze w Internecie może jednak skutkować powstaniem niekorzystnego efektu gapowicza. Mimo to, w przypadku ogromnej większości towarów, Internet jest w stanie dostarczyć znacznie większej ilości wiedzy o nich. W rezultacie, ze względu na zmniejszone zapotrzebowanie na dostępne w sklepie informacje o towarze, zmniejsza się także częstotliwość oddziaływania efektu gapowicza. Jak wskazała M. Lao, powołując się na badania marketingowe, konsumenci coraz częściej pozyskują informacje o towarze w Internecie, a następnie kupują towar w konwencjonalnym sklepie, a nie odwrotnie¹⁶⁶.

Jak dowodzi M. Lao, zjawisko efektu gapowicza może skutkować powstaniem pewnych synergii pomiędzy tradycyjnym i internetowym kanałem dystrybucji. Jak wynika z przytoczonych przez nią badań obecność w tradycyjnym sklepie relatywnie niewielkiej grupy konsumentów, którzy dokonują zakupów w Internecie, może zwiększyć zainteresowanie tymże sklepem innych konsumentów i zachęcić ich do zakupów w nim. Podobnie konsumenci, którzy przeglądają internet po to, by skorzystać ze znajdujących się tam informacji o towarze, po czym zakupują go w sklepach konwencjonalnych, mogą wpłynąć korzystnie na sytuację przedsiębiorcy prowadzącego sklep internetowy. Ich działania nie generują dla niego kosztów, albowiem koszt krańcowy każdego następnego użytkownika sieci jest równy zero. Przy tym powiększają oni statystyki odwiedzin stron internetowych i mogą stanowić cenne źródło opinii i rekomendacji dotyczących towarów¹⁶⁷.

Jednocześnie RPM nie jest w stanie stymulować powstawania dodatkowych usług towarzyszących sprzedaży internetowej. Siłą rzeczy nie jest bowiem możliwe, by sprzedawcy internetowi zapewнили możliwość demonstracji towaru w lokalu handlowym lub w inny sposób umożliwili konsumentowi zapoznanie się z towarem „na żywo”. Z kolei są oni w stanie i bez RPM dostarczyć konsumentowi innych usług związanych ze sprzedażą, których nie zdoła dostarczyć sprzedawca tradycyjny, takich jak dostęp do opinii konsumentów, recenzji towarów, ich zdjęć itp.¹⁶⁸

Zdaniem M. Lao RPM wpływa także niekorzystnie na innowacje w zakresie sprzedaży detalicznej zarówno internetowej, jak i tradycyjnej. Możliwość obniżania cen detalicznych, głównie towarów popularnych marek, zachęca bowiem sprzedawców do opracowywania nowych efektywnych kosztowo sposobów sprzedaży

166 *Ibidem*, s. 15 oraz przywołane przez autorkę wyniki badań marketingowych zaprezentowane w: J. Zhang, P. W. Farris, J. W. Irvin, T. Kushwaha, T. J. Steenburgh, B. A. Weitz, *Crafting Integrated Multichannel Retailing Strategies*, working paper 09-125, Harvard Business School, dostępny pod adresem <https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/09-125.pdf> (dostęp: 5.06.2016); a także P. C. Verhoef, S. A. Neslin, B. Vroomen, *Multichannel Customer Management: Understanding the Research Shopper Phenomenon*, „International Journal of Research in Marketing” 2007, vol. 24, s. 129.

167 M. Lao, *Internet Retailing...*, s. 17.

168 *Ibidem*, s. 18.

towarów. Upowszechnienie RPM może ugodzić w najbardziej efektywny kosztowo kanał dystrybucji, którym jest Internet. Może bowiem doprowadzić do likwidacji jego przewagi konkurencyjnej nad sprzedażą tradycyjną, wynikającej z niższych kosztów operacyjnych.

11.4. RPM według szkoły chicagowskiej i według jej oponentów

11.4.1. Uwagi wstępne

Aż do początku lat sześćdziesiątych XX w. amerykańska debata dotycząca RPM toczyła się, co do zasady, na relatywnie wysokim poziomie uogólnienia, rzadko wykraczając poza próby teoretycznego objaśnienia przyczyn i skutków ustalania cen odsprzedaży. Taki stan rzeczy, jak można się domyślać, wynikał z dwóch przyczyn. Po pierwsze, był on konsekwencją stanu ówczesnej wiedzy ekonomicznej dotyczącej natury zjawiska RPM. Jego przyczyny i skutki nie były jeszcze dostatecznie zbadane, by móc formułować jednoznaczne propozycje zmian stanu prawnego. W większym jednak stopniu sytuacja ta była konsekwencją kształtu ówczesnej regulacji federalnej i stanowej. W latach 1937–1975 prawo federalne dopuszczało uchwalanie przez stany ustaw uczciwego handlu, na mocy których sprzedaż detaliczna w obrębie całych sektorów gospodarki odbywała się według ustalonych minimalnych cen odsprzedaży. Ewentualne powstałe w tym okresie opracowania, które zawierały bardziej skonkretyzowane propozycje zmian prawa, takie jak choćby B. Yameya, koncentrowały się na próbie odpowiedzi na pytania, czy ustawodawstwo uczciwego handlu powinno zostać zniesione oraz jakie będą tego konsekwencje¹⁶⁹.

Na poziom formułowania propozycji zmiany standardu oceny dopuszczalności RPM przenieśli tę dyskusję przedstawiciele szkoły chicagowskiej. Szczególną rolę odegrał w tym procesie R. Bork, który w dwóch artykułach z połowy lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku, bazując na koncepcjach L. Telsera i W. Bowmana, wystąpił z tezą o potrzebie szerokiego dopuszczenia RPM¹⁷⁰. Wkrótce jego stanowisko uzyskało poparcie innych ideologów szkoły chicagowskiej. Jak potwierdziły kolejne wydarzenia, jej poglądy zdominowały w kolejnych latach dyskurs dotyczący dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów i pozostałych porozumień pionowych. Tym samym na jego przebieg najbardziej wyraźny wpływ wywarły teorie neoklasyczne, tym bardziej że bazowali na nich nie tylko „Chicago Boys”

169 B. Yamey, *Resale...*, s. 1–22.

170 R. Bork, *The Rule...*, s. 475; idem, *Resale Price...*, s. 951.

lecz także główni ich oponenti, do których zaliczyć trzeba B. Yameya, W. Grimesa, R. Pitofsky'ego i W. Comanora. Pozostałe teorie ekonomiczne, które objaśniały przyczyny i skutki RPM wywarły mniejszy wpływ na kształt aktualnych rozwiązań prawnych. Wielu ich przedstawicieli nie formułowało bowiem konkretnego stanowiska na ten temat. Do wyjątków należy A. Meese, który wskazał wyraźnie, że wszystkie ograniczenia wewnątrzmarkowe powinny być oceniane na podstawie „łagodnej reguły rozsądku”¹⁷¹. Podobne stanowisko wyraził także B. Klein, który wypowiedział się aprobowując o rozstrzygnięciu Sądu Najwyższego w sprawie Leegin, tym samym opowiadając się za potrzebą stosowania w tym celu reguły rozsądku¹⁷². Poniżej przedstawiona zostanie jednak główna oś sporu dotyczącego sposobu oceny dopuszczalności RPM w okresie przed wydaniem wyroku w sprawie Leegin, obejmująca przede wszystkim tezy stawiane przez szkołę chicagowską i jej oponentów.

11.4.2. RPM według klasyków szkoły chicagowskiej

Stawiane przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej tezy o potrzebie liberalizacji podejścia względem RPM odwoływały się przede wszystkim do argumentów o wpływie RPM na rozwój usług specjalnych poprzez zwalczanie efektu gapowicza i braku istotnych antykonkurencyjnych skutków tej praktyki¹⁷³. F. Easterbrook podkreślał dodatkowo pozytywne skutki RPM w postaci zwiększenia wyboru konsumenta:

jeśli ograniczona dystrybucja wynika z kartelu dystrybutorów lub producentów, powinniśmy ją zwalczać. Kartele są *per se* nielegalne i powinny takimi pozostać. Ale ograniczona dystrybucja nie jest często stosowana przez kartele, a dystrybucja najbardziej ograniczona jest po prostu sposobem, w który producent konkuruje z innymi. Nasza gospodarka ma wiele sposobów produkcji i dystrybucji towarów. Im więcej dróg do rynku, tym szerszy wybór konsumentów. Im jest on większy, tym mają się oni lepiej¹⁷⁴.

W tym kontekście F. Easterbrook postrzegał RPM i ograniczoną dystrybucję w ogólności, „tak jak inne formy dywersyfikacji towarów”¹⁷⁵. Dopuszczalność tych praktyk, zdaniem owego autora, umożliwiłaby producentom nadanie towarowi określonego zestawu atrybutów, których część dodana zostałaby w wyniku działań

171 A. Meese, *Property...*, s. 10.

172 B. Klein, *Competitive...*, s. 431 oraz idem, *The Evolving Law and Economics of Resale Price Maintenance*, „Journal of Law & Economics”, August 2014, vol. 57, Part 2, s. 161.

173 R. Bork, *The Antitrust...*, s. 280–298 i 429–440; R. Posner, *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, „Columbia Law Review” 1975, vol. 75, s. 282; idem, *The Next Step...*, s. 11.

174 F. Easterbrook, *Vertical...*, s. 135.

175 *Ibidem*, s. 149.

dystrybutorów. Straty w dobrobycie konsumenta nie powstałyby, dopóki pomiędzy producentami istniałaby konkurencja w zakresie doboru metod dystrybucji¹⁷⁶.

Wspólnym dla przedstawicieli szkoły chicagowskiej założeniem był zasadniczy brak zainteresowania producentów ustalaniem cen odsprzedaży. Zostało ono oparte na sformułowanej przez W. Bowmana i L. Telsera hipotezie rozbieżnych interesów producentów i dystrybutorów¹⁷⁷. Producenci są bowiem, co do zasady, zainteresowani utrzymaniem jak najniższej ceny detalicznej sprzedaży, co wpływa na podniesienie poziomu sprzedaży. Jeśli mimo to ustalają oni ceny odsprzedaży, niemal zawsze ma to charakter prokonkurencyjny. Jak zwięźle ujął to R. Bork,

nie można oczekiwać, by RPM wpłynęło na ograniczenie podaży na poziomie dystrybucji z tego prostego powodu, że żaden będący przy zdrowych zmysłach producent nie zastosowałby go, gdyby taki był jego końcowy efekt. Producent dąży do ustalenia cen tylko jeśli zwiększa to efektywność dystrybucji jego towaru¹⁷⁸.

Tym samym także wzrost cen detalicznych, który mógłby być rezultatem RPM, nie ma charakteru antykonkurencyjnego. Nie prowadzi on bowiem do obniżenia sprzedaży. Przeciwnie, poprawa poziomu usług związanych z dystrybucją prowadzi do jej wzrostu¹⁷⁹.

Przedstawiciele szkoły chicagowskiej różnili się jednak co do propozycji konkretnych rozwiązań. Zarówno R. Bork, jak i R. Posner oraz F. Easterbrook wskazywali, że RPM, jako praktyka wpływająca dodatnio na konkurencję międzymarkową i dobrobyt konsumenta, powinno być dozwolone *per se*¹⁸⁰. R. Bork zaznaczył jednak, że teza ta nie dotyczy RPM towarzyszącego kartelowi producentów lub dystrybutorów, które nadal powinno pozostać objęte zakazem¹⁸¹. Przy tym, zdaniem R. Borka, stosowanie przez producentów RPM jako instrumentu wspomagającego funkcjonowanie kartelu na poziomie produkcji, jest możliwe, choć mało prawdopodobne¹⁸².

Z kolei według R. Posnera wszystkie ograniczenia wertykalne powinny być dozwolone *per se*. Autor ten wyraźnie podkreślił, że z punktu widzenia skutków dla konkurencji rozróżnienie pomiędzy cenowymi i pozostałymi porozumieniami pionowymi pozbawione jest podstaw. Alternatywnie, jako drugie z kolei, lecz gorsze rozwiązanie, ich dopuszczalność mogłaby być oceniana w ramach reguły

176 *Ibidem*.

177 W. Bowman, *Resale Price...*, s. 846–847; idem, *The Prerequisites...*, s. 832; L. Telser, *Why Should...*, s. 86, zob. także: R. Posner, *The Next...*, s. 11 oraz R. Bork, *Resale...*, s. 951.

178 R. Bork, *Resale...*, s. 951; w innym z artykułów opublikowanych w latach sześćdziesiątych XX w. R. Bork wskazał, że „ekonomiczna analiza takich ograniczeń [tj. RPM – przyp. autora] [...] wskazuje, że [...] nie są one nigdy stosowane z zamiarem lub skutkiem ograniczenia sprzedaży” – zob. idem, *The Rule...*, s. 475.

179 R. Bork, *Resale...*, s. 951 oraz idem, *The Antitrust...*, s. 290.

180 Por. w szczególności: R. Bork, *Resale...*, s. 952; R. Posner, *The Next...*, s. 10–11 oraz F. Easterbrook, *Vertical...*, s. 141–142.

181 R. Bork, *Resale...*, s. 951 i 961.

182 R. Bork, *The Rule...*, s. 411–415.

rozsądku¹⁸³. Porozumienia pionowe, które towarzyszą kartelom, powinny być natomiast oceniane według reguł odnoszących się do porozumień horyzontalnych, albowiem nie mają one „czysto wertykalnego charakteru”¹⁸⁴. Nie oznacza to jednak, że wszelkie ograniczenia konkurencji w dystrybucji zawierające element horyzontalny powinny zostać uznane za *per se* zakazane. Właściwym standardem ich oceny powinna być reguła rozsądku¹⁸⁵.

Podobne stanowisko przyjął F. Easterbrook, który dodatkowo podkreślał skrajnie niewielkie prawdopodobieństwo wykorzystania RPM jako środka ułatwiającego koordynację cen po stronie dystrybutorów¹⁸⁶. Wprawdzie podkreślił on, że niemal wszystkie przejawy ograniczeń w dystrybucji mają charakter prokonkurencyjny, nie poszedł tak daleko w swoich poglądach jak R. Posner. W zamian skupił się na określeniu czynników – filtrów, które sądy powinny brać po uwagę przy ocenie zgodności z prawem tychże praktyk. Jego zdaniem dozwolone, bez potrzeby dodatkowej analizy, powinny być wszystkie ograniczenia pionowe spełniające choćby jeden spośród następujących warunków:

1. Dokonywane są przez podmioty pozbawione siły rynkowej;
2. Przedsiębiorcy stosują na danym rynku niejednolite metody dystrybucji;
3. Porozumienie doprowadziło do wzrostu sprzedaży dokonywanej przez jego strony;
4. Porozumienie było stosowane dłużej niż 5 lat;
5. Przedsiębiorca będący stroną porozumienia nie jest w stanie zwiększać swoich zysków kosztem konsumentów¹⁸⁷.

F. Easterbrook i R. Posner uważali przy tym, że ocena dopuszczalności RPM na podstawie pełnej reguły rozsądku jest niemożliwa z praktycznego punktu widzenia¹⁸⁸. Ich zdaniem sądy nie były bowiem przygotowane do dokonywania złożonych analiz ekonomicznych, niezbędnych przy bilansowaniu pro- i antykonkurencyjnych skutków praktyki.

11.4.3. Krytyka stanowiska szkoły chicagowskiej i propozycje alternatywne

Poglądy szkoły chicagowskiej spotkały się z opozycją nawet wśród części przedstawicieli nurtu ekonomii neoklasycznej. Do historii prawa antymonopolowego przeszła polemika J. Goulda i B. Yameya z tezami R. Borka¹⁸⁹. Autorzy ci zarzucali

183 R. Posner, *The Next...*, s. 10–11.

184 *Ibidem*, s. 22.

185 *Ibidem*, s. 25.

186 F. Easterbrook, *Vertical...*, s. 141–142.

187 *Ibidem*, s. 159.

188 R. Posner, *The Next...*, s. 8.

189 J. Gould, B. Yamey, *Professor Bork on Vertical Price Fixing*, „Yale Law Journal” 1967, vol. 76, s. 722; R. Bork, *A Reply to Professors Gould and Yamey*, „Yale Law Journal” 1967, vol. 76, s. 731;

R. Borkowi zbyt jednostronne poglądy na problem efektów RPM i lekceważenie antykonkurencyjnych skutków tej praktyki¹⁹⁰. Na poparcie swojej tezy J. Gould i B. Yamey przedstawili przykłady niekorzystnego dla konkurencji RPM, które podważyć miały stanowisko R. Borka dotyczące prokonkurencyjnych skutków wszystkich przejawów ustalania cen odsprzedaży poza tymi, które towarzyszą kartelowi dystrybutorów lub producentów. Zdaniem tych autorów, wbrew temu co twierdził R. Bork, RPM może skutkować obniżeniem podaży w perspektywie długookresowej oraz jest w stanie ograniczać swobodę dystrybutorów w stosowaniu nowych technik sprzedaży. Jednocześnie może wpływać na ograniczenie wyboru konsumenta. To wszystko, według J. Goulda i B. Yameya, powinno przesądzić o domniemaniu sprzeczności RPM z interesami konsumentów¹⁹¹.

Stanowisko o braku obiektywizmu cechującego poglądy R. Borka znalazło wyraz w piśmiennictwie W. Comanora, który podważył dwa podstawowe założenia jego teorii¹⁹². Wskazał po pierwsze na istnienie rozbieżnych interesów pomiędzy konsumentami i producentami w sytuacji, w której na rynku istnieją dwie grupy konsumentów – krańcowi i podkrańcowi (inframarginalni) i gdy druga z tych grup ma przewagę. Po drugie dowodził on, że w takiej sytuacji RPM nie towarzyszy wzrost sprzedaży, co oznacza, że prowadzi ono do strat w dobrobycie konsumenta. Stanowisko to zostało powtórzone w opinii *amicorum curiae* złożonej przez tego autora w sprawie Leegin wspólnie z F. Schererem. Ekonomiści ci wskazali, że zakładana przez R. Borka pozytywna zależność pomiędzy wzrostem cen detalicznych a wzrostem sprzedaży może wprawdzie istnieć, lecz uzależniona jest od „charakterystyki zmiany popytu wywołanej przez usługi przedsprzedażowe, jak i od skali tej zmiany”¹⁹³. Odnosząc się do kwestii pożądanego standardu oceny dopuszczalności RPM W. Comanor wskazał, że z pozoru najlepsza byłaby pełna reguła rozsądku, przy której stosowaniu należałoby brać pod uwagę preferencje różnych grup konsumentów. Autor ten wyraził jednak wątpliwość odnośnie do możliwości i kosztów realnego jej stosowania przez sądownictwo. W zamian zaproponował stosowanie reguły *per se* lub ustrukturyzowanej reguły rozsądku, w ramach której na pozwanym spoczywałby obowiązek wykazania, że praktyka była korzystna dla większości konsumentów. Jako kryterium alternatywne względem preferencji grup konsumentów zaproponował wcześniejszą obecność towaru na rynku. Jego zdaniem ustalenie cen towarów wprowadzonych uprzednio na

J. Gould, B. Yamey, *Professor Bork on Vertical Price Fixing. A Rejoinder*, „Yale Law Journal” 1968, vol. 77, s. 936.

190 J. Gould, B. Yamey, *Professor Bork...*, s. 692.

191 *Ibidem*, s. 692–693.

192 W. Comanor, *Vertical...*, s. 983 i n.; zastrzeżenia wobec chicagowskiej percepcji skutków porozumień wertykalnych (tak cenowych, jak i pozacenowych) wyrażone zostały także w innym artykule autorstwa W. Comanora – *The Two Economics of Vertical Restraints*, „Southwestern University Law Review” 1992, vol. 21, s. 1265.

193 Opinia *amicorum curiae* W. Comanora i F. Scherera w sprawie Leegin z 22 stycznia 2007 r., Docket No 06-480, s. 5.

rynek i dobrze znanych konsumentom prawdopodobnie będzie miało negatywne skutki dla konkurencji i powinno być zasadniczo objęte zakazem¹⁹⁴.

Największym krytykiem tez sformułowanych przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej jest, jak się wydaje, R. Pitofsky. Jego zdaniem „antykonkurencyjne i antykonsumenckie skutki ustalania cen minimalnych są w istocie pewne, a prokonkurencyjne – teoretyczne i spekulatywne”¹⁹⁵. W szczególności zwrócił on uwagę, że problem negatywnych skutków efektu gapowicza występuje w praktyce niezwykle rzadko i dotyczy jedynie niewielkiej grupy towarów, takich jak choćby skomplikowane urządzenia elektroniczne. Natomiast, jak wskazał autor, trudno wyobrazić sobie jakie specjalne usługi posprzedażne, poprawiające jakość dystrybucji, mogą dotyczyć sprzedaży chociażby męskiej bielizny¹⁹⁶. Nadto, zdaniem R. Pitofsky’ego, nie ma podstaw, by przypuszczać, że nadwyżka marży, która w wyniku RPM pozostałaby do dyspozycji dystrybutora, rzeczywiście posłużyłaby do finansowania dodatkowych usług, a nie powiększyłaby jego zyski. Dotyczy to w szczególności dużych sklepów oferujących towary wielu marek. Ponadto producent może osiągnąć efekt w postaci zapewnienia dodatkowych usług związanych ze sprzedażą w drodze odrębnych umów zawartych z dystrybutorem¹⁹⁷. Cel RPM może być przy tym inny aniżeli likwidacja efektu gapowicza. W przypadku podwójnej dystrybucji może ono służyć bowiem zapewnieniu producentowi odpowiedniego poziomu zysku z prowadzonej przez niego dystrybucji, bez względu na jej efektywność¹⁹⁸.

W odniesieniu do argumentu jakoby RPM ułatwiałoby wejście na rynek R. Pitofsky podkreślił, że pozyskanie przez producenta nowych efektywnych dystrybutorów powinno być rezultatem raczej obniżenia przez niego ceny hurtowej aniżeli

194 W. Comanor, *Vertical...*, s. 1001–1002.

195 R. Pitofsky, *Are Retailers Who Offer Discounts Really „Knives”? The Coming Challenge to the Dr. Miles Rule*, „Antitrust”, Spring 2007, vol. 21, s. 64, podobnie: E. Cavanagh, *Vertical Price Restraints After Leegin*, „Loyola Consumer Law Review” 2009, vol. 21, s. 22 oraz M. Bauer, *Whither Dr. Miles*, „Loyola Consumer Law Review” 2007, vol. 20, s. 20–21; M. Lao, *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing Explanation for Resale Price Maintenance*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford 2009, s. 196.

196 R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 63; w podobnym duchu wypowiedział się W. Grimes, który podkreślił, że Sąd Najwyższy w sprawie Leegin nie zbadał w sposób wystarczający rzeczywistych skutków RPM stosowanych przez pozwanego. Zdaniem tego autora galanteria skórzana nie obejmuje towarów, których dystrybucja wymagałaby dodatkowych usług okołosprzedażowych – por. W. Grimes, *The Path...*, s. 479–480. Podobnie: E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 22 oraz M. Lao, *Internet...*, s. 15–16.

197 R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 63; podobnie: E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 22, który wskazał, że RPM nie jest efektywnym narzędziem zwalczania efektu gapowicza. Po pierwsze, tak jak R. Pitofsky, uważa on, że problem ten ma marginalne znaczenie i dotyczy tylko niewielkiej grupy towarów. Po drugie, nawet w odniesieniu do niej, producent nie dysponuje efektywnymi środkami, by móc zapewnić, że dystrybutor nie przechwyci podwyższonej marży na sprzedaży detalicznej, a nie zainwestuje jej w świadczenie lepszej jakości usług okołosprzedażowych; podobnie M. Bauer, *Whither Dr. ...*, s. 26–27 oraz M. Lao, *Internet...*, s. 15.

198 R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 63.

ustalenia cen odsprzedaży¹⁹⁹. W przeciwnym wypadku RPM służyć będzie bowiem ochronie, a nawet zwiększeniu zysków dystrybutora kosztem konsumenta płacącego wyższą cenę. RPM pełniłoby w takiej sytuacji rolę podatku nałożonego na konsumenta z korzyścią dla producenta²⁰⁰. Zdaniem R. Pitofsky'ego nie ma także podstaw, by twierdzić, że promocje cenowe mogłyby wpływać niekorzystnie na wizerunek marki producenta. Gdyby tak było współczesne sieci handlowe nie decydowałyby się na częste akcje promocyjne²⁰¹.

Powyższe argumenty skłoniły R. Pitofsky'ego do przyjęcia stanowiska o potrzebie stosowania zakazu *per se* ustalania minimalnych cen odsprzedaży²⁰². Podobne zdanie wyraził także E. Cavanagh, który dodał do tego, że założenie, jakoby RPM mogło stymulować powstanie nowych usług związanych ze sprzedażą towarów jest całkowicie spekulatywne i oparte na dwóch błędnych przesłankach. Po pierwsze, że to producent, a nie dystrybutor, dysponuje lepszym rozeznaniem potrzeb konsumentów. Po drugie, że dystrybutorzy będą przymuszeni przez czynniki rynkowe do zapewnienia właściwych usług²⁰³.

Bardziej wyważone stanowisko wyraził W. Grimes. Jego zdaniem wpływ RPM na poprawę jakości dystrybucji nie powinien być postrzegany jednolicie, a zależec od sposobu prowadzenia dystrybucji towarów, których praktyka ta dotyczy²⁰⁴. Podobnie jak R. Pitofsky i E. Cavanagh wskazał on, że istnieje wiele mniej godzących w konkurencję aniżeli RPM metod poprawy jakości dystrybucji towarów. Niemniej przewaga RPM nad nimi wyraża się w relatywnie niskich kosztach jego stosowania. Koszty te są wprawdzie ponoszone przez konsumenta, co mimo wszystko może być korzystne, jednakże tylko wtedy, gdy przyczynia się to do bardziej efektywnej dystrybucji towarów²⁰⁵. Zdaniem tego autora jedynie ograniczenia pionowe, które zawężają zakres dystrybucji, takie jak zobowiązania wyłącznej

199 *Ibidem*, podobnie E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 26, którego zdaniem RPM nie jest potrzebne, by zachęcić dystrybutorów do współpracy. Może być to dokonane dzięki stosowaniu przez producenta niskiej ceny hurtowej.

200 R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 63.

201 *Ibidem*.

202 *Ibidem*.

203 E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 26.

204 Por. W. Grimes, *The Path...*, s. 480–481.

205 Z tym wnioskiem polemizuje M. Lao, której zdaniem wprawdzie rzeczywiście okoliczność, że producent podjął decyzję o RPM w miejsce innych środków wspierania działalności promocyjnej może świadczyć o tym, że pierwszy z tych instrumentów jest w danym przypadku bardziej efektywny gospodarczo. Niemniej jest to zgodne z kryteriami efektywności z punktu widzenia producenta, lecz niekoniecznie jest efektywne społecznie. Byłoby tak jedynie wówczas, gdyby prawdziwe było założenie o zbieżności interesów producenta i konsumentów. Założenie to znajduje jednak zarówno zwolenników, jak i oponentów. Jednocześnie, zdaniem M. Lao, nie ma podstaw, by uważać, że monitorowanie przez dostawcę wykonywania zobowiązań dotyczących dodatkowych działań promocyjnych było dla dystrybutora trudniejsze aniżeli zapewnienie, że nadwyżka marży wynikająca ze stosowania RPM nie została przechwycona przez dystrybutora. Por. M. Lao, *Internet Retailing...*, s. 19–20.

sprzedaży lub ustanowienie wyłączności terytorialnej, skutecznie wspierają jakość dystrybucji. Zachęcają bowiem dystrybutora do dokonywania inwestycji w jakość dystrybucji poprzez wyeliminowanie efektu gapowicza. Ich stosowanie nie jest preferowane przez producentów silnych marek (typu „*must have*”), a raczej przez dostawców niewielkich lub dopiero wchodzących na rynek. Porozumienia takie zwykle nie powodują zaburzeń konkurencji pod warunkiem, że tak producent, jak i dystrybutorzy nie dysponują znaczną siłą rynkową. Są one przy tym samoograniczające się, albowiem dostawca, który zdobędzie przywiązanie konsumenta, będzie dążył do zakończenia porozumień i otwarcia dystrybucji²⁰⁶.

W przeciwieństwie do opisanych wyżej ograniczenia, które stosowane są zazwyczaj w odniesieniu do otwartych systemów dystrybucji, takie jak RPM, budzą większe wątpliwości odnośnie do ich wpływu na konkurencję. Po pierwsze, nie chronią one przed efektem gapowicza. Dystrybutorzy będący stroną porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży mogą przechwycić marżę zamiast finansować z niej inwestycje w jakość dystrybucji. Ponadto, w ramach systemów otwartej dystrybucji, sprzedaż prowadzona jest z reguły przez dystrybutorów wielu marek jednocześnie. Wprowadzenie RPM względem jednego z towarów może spowodować efekt lawinowy w postaci zawarcia z danym dystrybutorem analogicznego porozumienia przez innych dostawców oferowanych przez niego konkurencyjnych towarów. Zwiększenie liczby cenowych ograniczeń wertykalnych na danym rynku może w ten sposób skutkować ograniczeniem możliwości znalezienia tańszych ofert przez konsumenta. W ten sposób także dystrybutor utraci bodziec do bardziej efektywnego promowania towarów dostawcy, albowiem wszyscy pozostali będą oferowali mu podobne korzyści w postaci gwarantowanej marży²⁰⁷.

Zdaniem W. Grimesa problem negatywnego wpływu na konkurencję RPM, którego stroną są wielomarkowi dystrybutorzy, może pojawić się także wtedy, gdy tylko jeden dostawca zastosuje tę praktykę. Wzrasta wówczas ryzyko, że producent finansować będzie działania wprowadzające konsumenta w błąd. W takiej sytuacji dystrybutor będzie bowiem starał się promować towary dystrybutora stosującego RPM kosztem, niekiedy bardziej korzystnych dla konsumenta, ofert zakupu towarów konkurentów. W ten sposób stworzony zostanie bodziec do wprowadzania konsumenta w błąd, co do walorów towaru²⁰⁸.

206 W. Grimes, *The Path...*, s. 482.

207 *Ibidem*, s. 483.

208 *Ibidem*, s. 485–486; we wcześniejszych opracowaniach W. Grimes opowiadał się jednoznacznie za zakazem *per se* ustalania cen odsprzedaży: „pionowe porozumienia cenowe niemal zawsze zmuszają konsumentów, by płacili więcej i pozbawia ich wyboru pomiędzy zakupami wysoko wycenianymi, ale związanymi z pełną gamą usług i zakupami po niskich cenach, lecz bez dodatkowych atrakcji. Co ważne, ostatnie badania także obwiniają pionowe ustalenie cen (i pozostałe ograniczenia pionowe) albowiem wspierają one działania promocyjne w zakresie sprzedaży detalicznej, które mogą doprowadzić konsumentów do mniej konkurencyjnych zakupów” – por. W. Grimes, *The Seven Myths of Vertical Price Fixing: the Politics and Economics of a Century-Long Debate*, „Southwestern University Law Review” 1992, vol. 21, s. 1285.

11.5. Opinia ekonomistów w sprawie Leegin

Współcześnie wywodzące się z klasycznej doktryny chicagowskiej poglądy zostały szeroko wyeksponowane w opinii *amicorum curiae* złożonej w sprawie Leegin przez 23 cenionych ekonomistów²⁰⁹. Niemniej przedstawione tam stanowisko jest znacznie bardziej wyważone, a zaprezentowane argumenty odnoszą się także do innych aniżeli neoklasyczna teorii ekonomicznych. Opinia ekonomistów w sprawie Leegin stanowi znakomite podsumowanie większościowego stanowiska nauk ekonomicznych względem skutków ustalania cen odsprzedaży towarów.

Jak wskazali *amici curiae*, istnieje konsens na gruncie literatury ekonomicznej, jakoby RPM mogło w pewnych okolicznościach stanowić skuteczne narzędzie zwalczania efektu gapowicza, wzmacniając w ten sposób konkurencję i dobrobyt konsumenta. Częstotliwość i okoliczności, w których efekty takie mogą wystąpić, są jednak przedmiotem sporów.

Amici curiae nie zanegowali, że RPM nie może mieć wpływu na wzrost cen detalicznych. Jednakże zwrócili uwagę, że poprawa jakości usług okołosprzedawczych może wpływać pozytywnie na konkurencję międzymarkową i w związku z tym skutkować wzrostem sprzedaży. Z tych przyczyn wzrost cen nie musi oznaczać negatywnego wpływu na konkurencję. W pewnych okolicznościach kompensowany jest on bowiem przez poprawę jakości usług związanych ze sprzedażą w następstwie zapewnienia ochrony poziomu marży detalicznej. W takiej sytuacji wzrostowi cen towarzyszy wzrost popytu, co jest dowodem na zwiększenie dobrobytu konsumenta. Efekt ten, wbrew temu co wydawał się sugerować R. Bork, nie występuje w odniesieniu do wszystkich towarów, a najsilniejszy jest w odniesieniu do towarów mocno zróżnicowanych, o których zakupie decyduje, obok ceny towaru, jego jakość i inne właściwości.

Korzyści, które może mieć konsument, obejmują: możliwość zademonstrowania właściwości towaru przez wykwalifikowanego sprzedawcę (np. w odniesieniu do sprzętu elektronicznego, takiego jak aparat fotograficzny), dłuższe godziny otwarcia sklepu, jego lokalizację w bardziej prestiżowym otoczeniu, lepiej wyszkolony personel czy odpowiednie wyróżnienie towaru na półkach (np. w odniesieniu do konfekcji damskiej). Niedoskonałości rynku, takie jak efekt gapowicza, mogą pozbawić konsumenta tych korzyści. Skłaniają bowiem każdego z dostawców z osobna, a tym samym wszystkich łącznie, do dokonywania suboptymalnych wydatków na pokrycie kosztów dodatkowych usług. Dystrybutor dokonuje inwestycji

²⁰⁹ Opinia *amicorum curiae* ekonomistów wspierająca stanowisko powodów z dnia 22 stycznia 2007 r. w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc., d/b/a Kay's Kloset... Kay's Shoes, No 06-480, 2007 WL 173681 (U.S.) (Appellate Brief); pod opinią podpisali się: W. Baumol, T. Bresnahan, R. Crandall, D. Evans, F. Fisher, L. Froeb, R. Gilbert, J. Hausman, A. Joskow, B. Klein, G. Franklin Mathewson, P. Milgrom, K. Murphy, P. Nelson, J. Ordovery, T. Overstreet, R. Pindyck, D. Scheffman, R. Schmalensee, C. Shapiro, B. Snapp, P. Spiller, F. Warren-Boulton.

do poziomu, w którym koszty dodatkowych inwestycji zwracają się w wyniku zwiększonej sprzedaży. Tymczasem, w przypadku występowania efektu gapowicza, część przyrostu sprzedaży trafia do dystrybutorów korzystających z tego efektu, tj. stosujących niskie ceny i niedbających o jakość dystrybucji. Dystrybutor ujmuje straty wynikające z efektu gapowicza przy kalkulacji poziomu inwestycji w dystrybucję. W ten sposób poziom ten jest niższy aniżeli optymalny dla zapewnienia maksymalizacji sprzedaży towarów producenta.

Na podobnej zasadzie efekt gapowicza może uderzać w wysiłki dystrybutora podejmowane w celu budowy jego reputacji. Dotyczy to dystrybutorów prowadzących sprzedaż towarów innowacyjnych lub wysokiej jakości, którzy nie tylko inwestują w dodatkowe usługi związane ze sprzedażą towarów, lecz w reputację sklepu – jego prestiżową lokalizację i reklamę.

RPM może stanowić narzędzie zwalczania efektu gapowicza uniemożliwiając stosowanie niższych cen przez dystrybutorów, którzy nie oferują usług związanych ze sprzedażą²¹⁰. W ten sposób producent może także ustalić optymalny poziom usług oferowanych przez dystrybutorów tak, by maksymalizować zyski. W perspektywie długoterminowej RPM może niekiedy doprowadzić do spadku cen, albowiem dystrybutorzy zwiększą swoją sprzedaż, która w przeciwnym wypadku przypadłaby w części dystrybutorom korzystającym z efektu gapowicza. Jednocześnie jedną z przyczyn, dla których RPM wywiera prokonkurencyjne skutki, jest istnienie silnych bodźców skłaniających producenta do niestosowania tych praktyk w sytuacji, gdy zwiększają one marżę dystrybutora, a nie służą świadczeniu pożądaných usług.

Jednocześnie, zdaniem *amicorum curiae*, w niektórych okolicznościach RPM może być najbardziej praktycznym i konkurencyjnym sposobem zwalczania efektu gapowicza. Przewaga RPM nad umowami zobowiązującymi dystrybutorów do świadczenia dodatkowych usług wyraża się w przeniesieniu decyzji o rodzaju świadczonej usługi z producenta na dystrybutora. W umowie tego rodzaju trudno jest bowiem z góry ująć wszystkie usługi, które miałby świadczyć dystrybutor. Przy tym to dystrybutor, a nie producent, posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, które pozwala mu na wybór metod w sposób najbardziej efektywny zwiększających konkurencyjność towaru²¹¹. Inny sposób eliminacji efektu gapowicza – pobieranie opłat za usługi od konsumentów w punktach sprzedaży, jest niepraktyczny. Z kolei stosowanie innych niż cenowe ograniczeń pionowych niesie za sobą gorsze skutki dla konkurencji i jest mniej efektywne aniżeli RPM.

Mimo to, jak stwierdzili *amici curiae*, RPM nie zawsze niesie ze sobą pozytywne skutki dla konkurencji. Czasem alternatywne sposoby likwidacji efektu gapowicza mogą być bardziej korzystne. Z kolei na silnie skoncentrowanych rynkach, na których konkurencja międzymarkowa jest słaba, pozytywne efekty RPM mogą być zniwelowane.

210 Podobnie: B. Klein, *Competitive...*, s. 437–441.

211 Opinia *amicorum curiae* ekonomistów wspierająca stanowisko powodów z dnia 22 stycznia 2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc., d/b/a Kay's Klostet... Kay's Shoes*, No 06-480, 2007 WL 173681 (U.S.) (Appellate Brief), s. 9.

Z drugiej jednak strony literatura ekonomiczna nie wspiera tezy, jakoby RPM często prowadziło do powstania skutków skoordynowanych. RPM nie towarzyszy bowiem większości karteli. Nadto rzadko może stanowić narzędzie do monitorowania stosowania się uczestników kartelu do ustaleń cenowych. W odniesieniu do producentów jest to możliwe tylko wtedy, gdy zawarli oni porozumienie horyzontalne, co z kolei uwarunkowane jest odpowiednimi warunkami rynkowymi. Po drugie RPM nie dojdzie do skutku, jeśli będzie istniała możliwość zastosowania innych narzędzi monitorowania lojalności uczestników karteli. Wreszcie, jak wskazali *amici curiae* powołując się na badania P. Ippolito, brakuje empirycznych dowodów, że RPM było często wykorzystywane w ten sposób²¹².

Zdaniem autorów opinii RPM rzadko współtowarzyszy kartelom z udziałem dystrybutorów. Aby taka sytuacja powstała, rynek powinien cechować się wysokimi barierami wejścia. W przeciwnym wypadku bowiem producenci nawiązaliby współpracę z innymi dystrybutorami, niestosującymi takich praktyk. Poza tym kartelizacja nie jest prawdopodobna, jeśli RPM stosowane jest tylko przez jednego lub niewielu producentów. Ponadto dystrybutorzy są w stanie sami obserwować, jakie ceny stosują ich konkurenci, w związku z czym partycypacja producenta w porozumieniu jest zbędna. Producent nie otrzymuje także żadnych korzyści z kartelu zawartego przez dystrybutorów, lecz przeciwnie, doznaje szkody z powodu zmniejszonej sprzedaży. Podobnie jak w przypadku karteli zawiązywanych przez producentów, badania empiryczne nie potwierdzają tezy, jakoby RPM zwykle służyło kartelizacji wśród dystrybutorów²¹³.

11.6. Wnioski końcowe

Aktualny stan badań ekonomicznych nie pozwala na pełne i przekonujące wyjaśnienie skutków, jakie na konkurencję wywierają przejawy ustalania cen odsprzedaży towarów, a także przyczyny, dla których przedsiębiorstwa podejmują się tych praktyk. Część spośród teorii ekonomicznych dotyczących skutków

212 Przypomnieć trzeba, że zgodnie z badaniami P. Ippolito z roku 1991, spośród prowadzonych w latach 1976–1982 spraw, których przedmiotem było RPM, jedynie w 5,9% przypadków RPM mogło towarzyszyć kartelowi producentów; zob.: P. Ippolito, *Resale Price...*, s. 282.

213 Na potwierdzenie tego *amicorum curiae* ponownie przedstawili dane z raportu P. Ippolito, zgodnie z którym jedynie w 7,2% spraw, których przedmiotem było RPM, zarzucono dystrybutorom zawiązanie kartelu (por. P. Ippolito, *Resale Price...*, s. 282) oraz nawiązali do raportu T. Overstreeta z 1983 r. dotyczącego spraw, w których FTC skorzystała z drogi sądowej w sprawach RPM, na 47 przypadków z lat 1965–1982, 43 dotyczyły RPM z udziałem co najmniej 100 dystrybutorów. W takiej sytuacji zawiązanie porozumienia horyzontalnego pomiędzy dystrybutorami jest mało prawdopodobne. Zob. T. Overstreet, *Resale Price...*, s. 80.

i przyczyn RPM pozostaje ze sobą w sprzeczności, podczas gdy wnioski wynikające z innych są wzajemnie spójne, a nawet uzupełniają się. Badania empiryczne dotyczące wpływu RPM na konkurencję są nadal relatywnie nieliczne i, jak przyznają sami ich autorzy, niejednokrotnie obciążone deficytami metodologicznymi, wynikającymi głównie z braku dostępu do odpowiednich danych. Nie oznacza to jednak, że opracowania ekonomiczne i badania empiryczne nie pozwalają na wyciągnięcie wniosków dotyczących skutków i przyczyn pionowych porozumień cenowych.

Próba podsumowania wyników badań ekonomicznych prowadzi do wniosku, że w określonych okolicznościach RPM jest w stanie ograniczać konkurencję. W innych okolicznościach porozumienia takie mogą natomiast skutkować prokonkurencyjnie, poprzez przyczynienie się do powstania efektywności rynkowych równoważących powstałe w jego następstwie ograniczenia konkurencji międzymarkowej albo poprzez sprzyjanie powstaniu takich efektywności, bez równoczesnego ograniczenia konkurencji pomiędzy różnymi markami towarów. Wiele teorii zakłada bowiem, że RPM w niektórych sytuacjach może prowadzić do intensyfikacji konkurencji poprzez likwidację efektów zewnętrznych, wzmacniając konkurencję międzymarkową zmieniając ją z cenowej na jakościową.

Główną osią toczącego się pomiędzy ekonomistami sporu jest kwestia częstotliwości występowania na rynku pro- i antykonkurencyjnych przejawów ustalania cen odsprzedaży towarów. Na tę wątpliwość znaleźć można w nauce ekonomii całe spektrum odpowiedzi. Niektórzy badacze uważają, że pośród wszystkich przejawów RPM, jedynie bardzo nieliczne nie oddziałują na konkurencję negatywnie, podczas gdy inni, związani głównie ze szkołą chicagowską, są przeciwnego zdania. Poglądy pozostałych znajdują się gdzieś pomiędzy tymi dwoma skrajnymi stanowiskami i sprowadzają się do stwierdzenia, że sposób oddziaływania RPM na konkurencję zależy od konkretnych okoliczności stosowania takiej praktyki.

Badania z zakresu ekonomii behawioralnej, analiza nowych zjawisk na rynku dystrybucji oraz badania empiryczne, w szczególności te wskazujące na korelację pomiędzy RPM a wzrostem cen detalicznych, prowadzą do wniosku, że częstotliwość występowania prokonkurencyjnego lub neutralnego dla konkurencji RPM, została przez ekonomistów neoklasycznych przeszacowana. Założyć należy, że w większości przypadków RPM może negatywnie wpływać na konkurencję. Taki skutek trudno jednak w prosty sposób wytłumaczyć, biorąc pod uwagę, że wzrost cen detalicznych jest, co do zasady, przeciwny interesom producenta. Racjonalnym wyjaśnieniem takiego efektu rynkowego mogłoby być często stosowanie RPM towarzyszącego kartelowi czy to pomiędzy dystrybutorami, czy producentami. Tego jednak zdecydowanie nie potwierdzają badania empiryczne. Innym możliwym wyjaśnieniem jest nieuzasadnione i szkodliwe nadużywanie RPM przez producentów, na co zwraca uwagę ekonomia behawioralna. Z drugiej strony szerokie stosowanie porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów przez producentów może wynikać z przyczyn, o których pisali przedstawiciele szkoły chicagowskiej, ale także wielu innych szkół ekonomicznych, tj. osiągnięcia w ten sposób

przez producentów innych korzyści, rekompensujących wyższą cenę detaliczną i przekładających się w ten sposób na wzrost sprzedaży.

Choć analiza dorobku nauk ekonomicznych i badań empirycznych może prowadzić do ogólnego wniosku, że ustalanie cen odsprzedaży towarów wywiera często negatywne skutki dla konkurencji, to jednocześnie wydaje się ona jednoznacznie wspierać tezę, że w konkretnych okolicznościach rynkowych porozumienia takie nie wywierają negatywnych skutków dla konkurencji, a mogą wiązać się ze skutkami pozytywnymi. Tym samym niezbędna jest ich indywidualna analiza, nakierowana na ocenę warunków rynkowych, w których są one zawierane i w których funkcjonują.

To z kolei nawiązuje do innego sporu pomiędzy przedstawicielami nauk ekonomicznych, którego przedmiotem jest określenie natury pozytywnych i negatywnych efektów rynkowych RPM i okoliczności, w jakich one występują. Choć do konsensu pomiędzy ekonomistami daleka droga, można ostrożnie założyć, iż istnieje określona grupa czynników, które identyfikowane są jako przemawiające za wywieraniem przez dane porozumienie określonych pozytywnych lub negatywnych skutków rynkowych. Należą do nich bez wątpienia: siła rynkowa stron porozumienia, współlistnienie RPM i porozumienia horyzontalnego, a także rodzaj towaru.

Rozdział 12

Podsumowanie – ewaluacja i konstrukcja wzorcowego rozwiązania prawnego

12.1. Wprowadzenie

Etap ewaluacji porównywanych rozwiązań prawnych, stanowiący kulminację procesu komparatystycznego, doprowadzić ma do identyfikacji cech, którym powinno odpowiadać rozwiązanie w sposób najpełniejszy realizujące założone wcześniej kryteria, w tym przypadku: prawidłowości i stosowalności. Pozwolić ma to na sformułowanie propozycji zmian badanych systemów prawa w ten sposób, aby wartości te realizowane były w możliwie najpełniejszy sposób. Prymat nadany został przy tym kryterium prawidłowości. Kryterium stosowalności ma zatem pomocniczy charakter.

Przedmiotem ewaluacji są zidentyfikowane wcześniej rozwiązania prawne w obszarach rozbieżności pomiędzy europejskim a amerykańskim systemem ochrony konkurencji. Uwaga skoncentrowana została zatem na praktykach ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów. Ewaluacji nie podlegały tym samym rozwiązania prawne w zakresie udzielania niewiążących rekomendacji cenowych, ustalania maksymalnych cen odsprzedaży towarów, a także porozumień typu *hub & spoke*, które zasadniczo nie budzą zastrzeżeń doktryny, a rezultaty ich stosowania są takie same lub podobne po obu stronach Atlantyku. Z kolei praktyka stosowania prawa konkurencji tak europejskiego, jak i amerykańskiego względem klauzul najwyższego uprzywilejowania jest skąpa na tyle, że pełna ich ocena jest trudna, jeżeli nie niemożliwa.

W ramach etapów ewaluacji i konstrukcji wzorcowego rozwiązania prawnego w pierwszej kolejności przeprowadzona została ocena badanych rozwiązań prawnych pod kątem spełnienia przez nie kryteriów prawidłowości oraz stosowalności. Prawidłowość rozumiana jest jako zdolność danego rozwiązania prawnego do osiągnięcia celów, którym ma służyć. W odniesieniu do badanych rozwiązań prawnych cele te wynikają przede wszystkim z aksjologicznych założeń stojących u podstaw unijnych reguł konkurencji i amerykańskiego prawa antytrustowego, które odtworzone zostały w rozdziale 10. Wśród nich na pierwszy plan wysuwa się wyraźnie cel wspólny dla

obu badanych systemów prawa, rozumiany jako maksymalizacja dobrobytu konsumenta. Ewaluacja przeprowadzona została z uwzględnieniem wniosków płynących z oceny ekonomicznych skutków porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów, przeprowadzonej w poprzednim rozdziale. Pozwoliła ona na określenie, czy i w jakim zakresie stosowanie badanych rozwiązań prawnych prowadzi do powstania błędów określonego typu (fałszywe negatywy i fałszywe pozytywy).

Wnioski z ewaluacji badanych rozwiązań prawnych skonfrontowane zostały z ich ocenami sformułowanymi na gruncie piśmiennictwa, odpowiednio – europejskiego i amerykańskiego, a także zgłaszanych w nim postulatów *de lege ferenda*.

W dalszej kolejności ewaluacja pozwoliła wyłonić cechy, które powinny charakteryzować rozwiązanie prawne optymalne z punktu widzenia kryteriów stosowalności i prawidłowości. Dotyczy to w szczególności określenia okoliczności, od których uzależniony jest wpływ na konkurencję pionowych porozumień cenowych. To z kolei umożliwia sformułowanie kryteriów różnicujących pomiędzy porozumieniami o skutkach anty- i prokonkurencyjnych oraz ujęcie ich w język norm prawnych, a także w ramy jednego z rozważanych wariantów modyfikacji obowiązującego stanu prawnego tak, aby w sposób najbardziej pełny spełnić wymogi postawione nowemu rozwiązaniu prawnemu.

12.2. Ewaluacja unijnych ram prawnych dotyczących dopuszczalności RPM

Sposób stosowania reguł konkurencji UE względem praktyki ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów opiera się na domniemaniu jej antykonkurencyjnych skutków. Mogą być one następnie zrekompensowane przez efekty pozytywne. Oznacza to, że w szczególnych sytuacjach skutki netto RPM dla konkurencji, a zatem skutki ostateczne, po ich zbilansowaniu skutkami wynikającymi z powstałych efektywności rynkowych, mogą być uznane za pozytywne. Natomiast, w myśl tego podejścia, uznaje się, że skutki *prima facie* (tj. skutki brutto) RPM dla konkurencji są zawsze (lub prawie zawsze) negatywne. Kwestią nie w pełni wyjaśnioną jest to, czy domniemanie negatywnych skutków brutto porozumień o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów, może zostać obalone na gruncie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Wyroki TSUE w sprawach GlaxoSmithKline¹, a następnie Allianz Hungaria² dały do zrozumienia,

1 Wyrok w sprawie T-168/01, GlaxoSmithKline Services v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:265; wyrok utrzymany w mocy orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości w połączonych sprawach C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in., ECLI:EU:C:2009:610.

2 Wyrok w sprawie C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160.

że możliwa jest bardziej elastyczna wykładnia art. 101 ust. 1 TFUE. Pozwoliłaby ona na szerszą ocenę natury porozumienia na etapie decydowania, czy jego cel jest antykonkurencyjny. Kolejne wyroki nie potwierdziły jednak takiego podejścia. W obecnym stanie rozwoju orzecznictwa obalenie przez przedsiębiorstwo domniemania antykonkurencyjnych skutków ustalenia cen odsprzedaży towarów, w postępowaniu przed Komisją, już na etapie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, jest mało prawdopodobne, jeżeli nie niemożliwe. Wniosek taki wynika z umiejscowienia tych praktyk w ramach katalogu czarnych klauzul, do których odnosi się art. 4 rozporządzenia Komisji nr 330/2010, a także, w konsekwencji, wyłączenie stosowania względem nich reguły *de minimis* oraz wyraźne wskazanie w *Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., że praktyki te stanowią jedne z najcięższych ograniczeń konkurencji.

W świetle wniosków wynikających z zawartej w rozdziale 11 analizy dorobku nauk ekonomicznych, odnoszącej się do skutków ustalania cen odsprzedaży towarów, założenie dotyczące domniemania negatywnych skutków brutto RPM dla konkurencji jest nietrafione. Nie ulega wątpliwości, że antykonkurencyjne skutki takich praktyk – tak netto, jak i brutto – mogą być poważne. Jednak teorie ekonomiczne odwołujące się do pozytywnych skutków RPM wskazują w szczególności na możliwy wpływ RPM na stymulację konkurencji pomiędzy dystrybutorami poprzez przeniesienie ciężaru rywalizacji pomiędzy nimi z ceny na jakość dystrybucji. W rezultacie, zgodnie z tymi teoriami, RPM może prowadzić do stymulacji konkurencji wewnątrzmarkowej, co z kolei może wywrzeć pozytywny wpływ na konkurencję międzymarkową. Tym samym teorie te dopuszczają możliwość wystąpienia pozytywnych skutków RPM brutto, a nie tylko efektywności rynkowych, które mogłyby zrównoważyć ich skutki negatywne.

Można także wyobrazić sobie porozumienie o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, które pozbawione jest istotnego wpływu tak na konkurencję wewnątrzmarkową, jak i, tym samym, na międzymarkową. Przykładem takich praktyk mogą być porozumienia zawierane na rynkach usług o lokalnym charakterze, z których korzystać można, co do zasady, na miejscu, takich jak usługi gastronomiczne lub usługi świadczone przez pralnie chemiczne. Dostawcy detaliczni tych usług, prowadzący działalność w ramach sieci dystrybucyjnej, np. franchisingowej, rzadko, o ile w ogóle, spotykają się z konkurencją ze strony innych uczestników sieci. Punkty sprzedaży wchodzące w jej skład lokowane są bowiem zwykle w określonej odległości od siebie, co zresztą Komisja uznaje wprost za zgodne z prawem konkurencji, przynajmniej co do zasady³. W takich sytuacjach usługi dystrybutorów wchodzących w skład tej samej sieci zwykle nie konkurują ze sobą. Konsument zazwyczaj wybiera pomiędzy ofertą jednego z członków sieci i jego konkurentów, którzy do niej nie należą, lecz prowadzą działalność w bliskiej od niego odległości. Takie porozumienia nie wpływają na konkurencję wewnątrzmarkową lub wpływają na nią w sposób pomijalny. Jeżeli przy tym konkurencja międzymarkowa na

3 Wyrok w sprawie C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:C:2013:160.

tak rozumianym rynku geograficznym jest intensywna, dobrobyt konsumenta nie ucierpi w wyniku zawarcia takiego porozumienia.

Prawidłowość założenia stojącego u podstaw europejskiego podejścia względem ustalania cen odsprzedaży towarów budzi także wątpliwości w odniesieniu do praktyk, które mają wprawdzie wpływ na konkurencję wewnątrzmarkową, lecz nie oddziałują na konkurencję międzymarkową. W odniesieniu do nich założenie to byłoby właściwe wyłącznie wtedy, gdyby uznać, że ochrona konkurencji wewnątrzmarkowej mieści się w obrębie katalogu celów europejskich reguł konkurencji na równi z ochroną konkurencji międzymarkowej. Problem ten nawiązuje do podstawowego dylematu podnoszonego w dyskusji na temat celów unijnego prawa konkurencji, wyrażającego się w pytaniu – czy poza celami w postaci maksymalizacji dobrobytu konsumenta i ochrony rynku wewnętrznego, ich katalog obejmuje także tradycyjnie rozumianą ochronę konkurencji jako procesu cechującego gospodarkę rynkową? Jeżeli odpowiedź na tak postawione pytanie byłaby twierdząca, należałoby uznać za *prima facie* objęte zakresem art. 101 ust. 1 TFUE, ustalanie cen odsprzedaży, które negatywnie wpływa na konkurencję wewnątrzmarkową, choć nie zakłóca konkurencji międzymarkowej i jako takie nie wpływa na pogorszenie dobrobytu konsumenta. W przeciwnym wypadku założenie stojące u podstaw europejskiego podejścia do RPM byłoby nieprawidłowe także w odniesieniu do ustalania cen odsprzedaży, wpływającego wyłącznie na konkurencję wewnątrzmarkową.

Ostateczne rozstrzygnięcie sporu o zakres celów reguł konkurencji UE nie wydaje się obecnie możliwe. Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych z 2010 r. dają natomiast asumpt do rozważań na temat wartości, jakie Komisja Europejska uważa za istotne w procesie stosowania reguł konkurencji względem RPM. Stanowisko Komisji w nich wyrażone wydaje się sugerować, że negatywne skutki dla konkurencji takich porozumień postrzeża ona przez pryzmat ich wpływu na ograniczenie konkurencji międzymarkowej, w szczególności w następstwie ułatwienia powstania lub funkcjonowania kartelu pomiędzy dostawcami lub nabywcami⁴.

Bez względu jednak na rozstrzygnięcie wątpliwości dotyczących celów europejskich reguł konkurencji, założenie *a priori* negatywnych skutków brutto RPM dla konkurencji jest nieprawidłowe, co najmniej w odniesieniu do praktyk, które nie wpływają negatywnie na konkurencję wewnątrzmarkową, ze względu na to, że ją stymulują lub są względem niej neutralne. Założenie to należałoby uznać także za nieprawidłowe w odniesieniu do porozumień, które wpływają negatywnie na konkurencję wewnątrzmarkową, lecz nie upośledzają dobrobytu konsumenta, jednakże tylko pod warunkiem przyjęcia wąskiej koncepcji celów europejskich reguł konkurencji.

W związku z tym zastosowanie zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE względem wymienionych wyżej rodzajów porozumień o ustalaniu minimalnych

4 Wytyczne w sprawie porozumień wertykalnych z 2010 r., pkt 225.

lub sztywnych cen odsprzedaży towarów, których stosowanie nie wpływa w sposób wyraźny na powstanie efektywności gospodarczych, prowadzi do nieprawidłowych rezultatów. Konsekwencją przyjęcia założenia, że porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów mają antykonkurencyjny cel jest automatyczne uznanie praktyk, które nie są w stanie wywrzeć istotnego wpływu na konkurencję, a których stosowanie nie prowadzi do powstania czytelnych efektywności rynkowych, za zakazane. Zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE względem takich porozumień prowadzić może w związku z tym do powstania błędów typu I (fałszywe pozytywy). Skutkuje ono bowiem zakazem porozumień neutralnych dla konkurencji lub wywierających na nią pozytywny wpływ, a zatem takich, które nie powinny być przedmiotem interwencji publicznej.

Zgodnie z założeniami przyjętymi przez europejskiego prawodawcę, porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów, które przynoszą efektywności rynkowe, kompensujące ich negatywny skutek dla konkurencji, a zatem takie, których ostateczny wpływ na konkurencję jest pozytywny, podlegają wyłączeniu indywidualnemu uregulowanemu w art. 101 ust. 3 TFUE. W rezultacie zastosowanie reguł konkurencji UE do tego rodzaju porozumień powinno doprowadzić do prawidłowych rezultatów, pozwalając na skuteczne rozróżnienie pomiędzy anty- i prokonkurencyjnym ustalaniem cen odsprzedaży towarów. Choć, jak wynika z treści poprzedniego rozdziału, wśród przedstawicieli nauk ekonomicznych panują rozbieżne poglądy na skalę i stopień efektywności gospodarczych będących następstwem z ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, możliwość ich zaistnienia, w określonych okolicznościach rynkowych, nie jest zasadniczo kwestionowana. Jak wynika z treści *Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., także Komisja dostrzega efektywności, które mogą być efektem takich porozumień.

Założenia stojące u podstaw stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję do porozumień o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów nie znajdują jednak potwierdzenia w rzeczywistości. Wyłączenie ustanowione w art. 101 ust. 3 TFUE nie było stosowane przez Komisję po wejściu w życie rozporządzenia Rady nr 1/2003, które wprowadziło zasadę samoceny przedsiębiorstw w zakresie spełnienia przesłanek zawartych w tym przepisie. Przyczyny takiego stanu rzeczy omówione zostały szczegółowo w rozdziale 2. Wśród nich kluczowe znaczenie mają bariery skutecznego wykazania przez strony porozumień ograniczających konkurencję spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego. Wynikają one z wysokich standardów dowodowych przyjętych w orzecznictwie TSUE, a stosowanych przez Komisję w praktyce, czego wyrazem jest wymóg kwantyfikacji korzyści, jakie z porozumienia mogą płynąć dla konsumentów⁵. Najsilniejszą barierą skutecznego stosowania wyłączenia z art. 101

5 Por. decyzja Komisji z 19 grudnia 2007 r. w sprawach COMP/34.579 (MasterCard), COMP/36.518 (EuroCommerce) i COMP/38580 (Commercial Cards), Dz.U. C, nr 264, z 2009 r., s. 8 oraz wyroki w sprawach: T-111/08, MasterCard, ECLI:EU:T:2012:260 i C-382/12 P, MasterCard Inc. v. Komisja i in., ECLI:EU:C:2014:2201.

ust. 3 TFUE względem porozumień typu RPM jest jednak, jak się wydaje, obojętne wykazanie przez przedsiębiorstwo, że dane porozumienie jest niezbędne do osiągnięcia określonych efektywności rynkowych, na które się ono powołuje. Wiele spośród efektywności rynkowych, które mogą wynikać ze stosowania RPM, może być jednak uzyskane w inny sposób. Przekreśla to możliwość udowodnienia niezbędnego charakteru ograniczenia. Podkreślić należy ponadto, że przedsiębiorstwa dysponują ograniczonymi możliwościami pozyskania dowodów istnienia korzyści wynikających z porozumienia, a także ich alokacji, w odpowiedniej proporcji, do nabywców. W odróżnieniu od organu konkurencji, nie dysponują one instrumentami, takimi jak żądanie informacji czy inspekcje, które pozwalają na szybkie i skuteczne pozyskanie wiedzy o sposobie oddziaływania danego porozumienia na rynek, na konkurentów i kontrahentów.

Jak można spekulować, nie bez znaczenia dla skutecznego stosowania wyłączenia jest także awersja Komisji do niekończenia postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję korzystnym dla niej rozstrzygnięciem, rozumianym jako ustanowienie ich zakazu oraz, o ile to możliwe, nałożenie kary na sprawcę naruszenia lub, ewentualnie, przyjęcie zobowiązań. Treść wyłączenia ustanowionego w art. 101 ust. 3 TFUE, sposób jego stosowania wynikający z orzecznictwa, a także model wdrażania europejskich reguł konkurencji, nie sprzyjają skutecznemu stosowaniu tego przepisu. Bariery jego stosowania sprawiają, że możliwość wyłączenia na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE porozumień o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów, jest w dalszym ciągu bardziej iluzoryczna aniżeli realna, nawet jeżeli Komisja dostrzega ich potencjalne prokonkurencyjne skutki. Jak wynika z rezultatów właściwego porównania, efektem zastosowania zakazu wyrażonego w art. 101 ust. 1 TFUE względem porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów, jest ich, *de facto* bezwzględny, zakaz. Ze względu na trudności w wykazaniu warunków wyłączenia indywidualnego, zakazem antykonkurencyjnych porozumień objęte są faktycznie także te porozumienia o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów, które w ostatecznym rozrachunku wywierają skutki prokonkurencyjne. Tym samym sposób stosowania europejskich reguł konkurencji względem takich porozumień prowadzi do błędów typu I.

Europejskie ramy prawne dotyczące dopuszczalności porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów nie w pełni odpowiadają także kryterium stosowalności. Komisja poczyniła wprawdzie istotne kroki na drodze do poprawy pewności prawnej w obszarze dopuszczalności tych praktyk rynkowych, przez co należy rozumieć wskazanie w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. rodzajów efektywności, a także negatywnych skutków wynikających z porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów. Niemniej brak decyzji Komisji wydanych w ciągu ostatnich kilkunastu lat, w których rozstrzygnięciem było objęcie omawianych praktyk wyłączeniem indywidualnym, nie pozwala na ustalenie, w jaki sposób jego kryteria stosowane byłyby do nich w praktyce. Jednocześnie omówione wcześniej bariery stosowania tego wyłączenia

nakazują wątpić w możliwość skutecznego jego powoływania przez przedsiębiorstwa w postępowaniach przed Komisją. Przedsiębiorstwa otrzymują tym samym sprzeczne sygnały. Z jednej strony wynika z nich, że wyłączenie porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarów spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję jest możliwe, a nawet prawdopodobne, w przypadku gdy generują one efektywności rynkowe. Z drugiej strony jednak podmioty rynkowe szacują, że realna możliwość jego skutecznego zastosowania jest niewielka. Reguła dotycząca dopuszczalności takich praktyk nie jest zatem przejrzysta, ani łatwa w stosowaniu.

12.3. Ewaluacja sposobu stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego względem RPM

Zgodnie z doktryną orzecniczą Leegin porozumienia o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów objęte są zakresem zakazu wyrażonego w § 1 ustawy Shermana, jeżeli stanowią inne niż rozsądne ograniczenie handlu. Założenia stojące u podstaw aktualnego podejścia prawa amerykańskiego odnośnie do dopuszczalności tych praktyk, a także sposobu stosowania tzw. pełnej reguły rozsądku, nakazują, by sąd uzależnił zgodność z prawem danego porozumienia tego typu od rezultatu wyważania (bilansowania) jego pozytywnych i negatywnych skutków dla konkurencji. W ramach bilansowania sąd uwzględnia wszelkiego rodzaju okoliczności, które mogą świadczyć o wpływie ocenianej praktyki na konkurencję, w tym w szczególności te wymienione przez Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie Leegin. Pełna realizacja tak rozumianych założeń doprowadziłaby do prawidłowych rezultatów, pozwalając na skuteczne rozróżnienie pomiędzy anty- i prokonkurencyjnymi porozumieniami o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów.

Z właściwego porównania, a także z rozważań dotyczących sposobu stosowania reguły rozsądku zawartych w rozdziale 5, wynika jednak wnioski, że założenia te nie są realizowane w praktyce, a rezultat stosowania § 1 ustawy Shermana do porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów zbliżony jest do dopuszczalności *per se*. Do takiego stanu rzeczy przyczynia się przyjęty na gruncie federalnego prawa antytrustowego rozkład ciężaru dowodu w połączeniu z wysokimi standardami dowodowymi, a także ograniczeniami wynikającymi z przepisów proceduralnych zawartych w federalnych regułach postępowania⁶. Czynniki te przekładają się na

6 Por. w szczególności wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

bariery w skutecznym wnoszeniu powództw oraz wykazywaniu antykonkurencyjnych skutków porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, jak można domniemywać także tych, które mogą mieć istotne antykonkurencyjne skutki. Efektem tego jest dysonans pomiędzy, co do zasady, prawidłowymi założeniami przyjętymi w sprawie Leegin na gruncie materialnego prawa antytrustowego a realnym rezultatem jego zastosowania w określonych ramach proceduralnych i instytucjonalnych. W konsekwencji stosowanie amerykańskiego prawa antytrustowego do porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów prowadzi do błędów typu II (fałszywe negatywy). Tym samym rzeczywisty rezultat stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego względem ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów jest nieprawidłowy.

Ocena stosowalności rozwiązań prawa amerykańskiego dotyczących dopuszczalności RPM nie jest jednoznaczna. W odróżnieniu od reguł *per se*, reguła rozsądku nie ustanawia precyzyjnych kryteriów dopuszczalności porozumień między przedsiębiorstwami. Ich zgodność z prawem oceniana jest bowiem *ad casum*, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności sprawy, które mogą świadczyć o wpływie danej praktyki na konkurencję. *Prima facie* przedsiębiorstwa zamierzające zawrzeć porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów mogą mieć zatem trudności w ustaleniu *ex ante* jego zgodności z prawem i w oszacowaniu ryzyka prawnego związanego z przystąpieniem do niego. Z analogicznymi problemami spotykają się podmioty, które poniosły szkody w wyniku takich praktyk rynkowych i które weryfikują szanse powodzenia roszczenia odszkodowawczego w ewentualnym postępowaniu sądowym. Ocena skutków takich porozumień, a tym samym zakładanego rozstrzygnięcia sądu, ułatwiają jednak kryteria, do których odwołał się Sąd Najwyższy w sprawie Leegin wskazując na efekty ustalania cen odsprzedaży towarów.

Inne wnioski wynikają z oceny stosowalności reguły Leegin, po uwzględnieniu rzeczywistych rezultatów jej stosowania. Ryzyko uznania porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży za inne niż rozsądne ograniczenie konkurencji, a tym samym za naruszenie federalnego prawa antytrustowego, jest znikome. W praktyce zatem strony takich porozumień, przedsiębiorstwa planujące ich zawarcie, a także podmioty rozważające możliwość wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym w związku z tymi praktykami, uzyskują względnie czytelny sygnał o faktycznej dopuszczalności takich praktyk.

Z drugiej strony negatywnie na stosowalność reguły Leegin wpływa niejednolitość podejścia stanowych systemów prawa względem ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów. Przedsiębiorstwo planujące wdrożyć system dystrybucji oparty na RPM na terytorium całych Stanów Zjednoczonych musi liczyć się z tym, że w części stanów praktyka ta uznana zostanie za zakazaną *per se* przez stanowe prawo antytrustowe. W odniesieniu do niektórych innych nie ma pewności, w jaki sposób prawo stanowe zastosowane byłoby obecnie do tego rodzaju praktyk. Zróznicowane podejście stanowych systemów prawa konkurencji względem sposobu oceny dopuszczalności RPM wpływa na pogorszenie

pewności prawnej w tym obszarze. Na marginesie tych rozważań zauważyć należy, że z punktu widzenia dostawców, którzy zamierzają kontrolować ceny odsprzedaży towarów, bezpieczniejszym rozwiązaniem wydaje się wprowadzenie systemu dystrybucji zgodnego z doktryną Colgate. W takiej sytuacji te same skutki osiągnąć można bez podejmowania ryzyka braku zgodności z prawem konkurencji.

12.4. Współczesna debata na temat podejścia unijnego prawa konkurencji względem RPM

Współczesna europejska debata na temat dopuszczalności ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów nabrała intensywności po zmianie amerykańskiego paradygmatu oceny ich zgodności z prawem w Stanach Zjednoczonych w następstwie wydania wyroku w sprawie Leegin. Zmiana ta przy tym zbiegła się w czasie z końcowymi latami obowiązywania rozporządzenia nr 2790/1999. Nie może dziwić zatem, że wspomniana kwestia uplasowała się w centrum debaty na temat kształtu wyłączenia blokowego, które miało zostać ustanowione nowym rozporządzeniem.

Niedługo przed rozstrzygnięciem w sprawie Leegin, J. Vickers zwrócił uwagę na prawdopodobny rozdźwięk pomiędzy europejskimi regułami konkurencji i amerykańskim prawem antytrustowym, który miało wywołać odejście od stosowania reguły Dr. Miles w Stanach Zjednoczonych⁷. Autor ten, zastrzegając, że nie jest zwolennikiem RPM, wyraził opinię, jakoby trudno było znaleźć uzasadnienie w teoriach ekonomicznych dla stosowania względem tego rodzaju praktyk zakazu *per se*. Zgodnie z jego przewidywaniami oczekiwana zmiana podejścia względem RPM na gruncie prawa amerykańskiego powinna zaowocować poważną debatą na temat stosowania wobec nich reguł konkurencji UE⁸.

Przewidywania J. Vickersa sprawdziły się w pełni. Wkrótce po wydaniu wyroku na łamach europejskiego piśmiennictwa pojawiły się głosy przemawiające za zmianą podejścia opartego na koncepcji *de facto* zakazu *per se* ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów. Analiza ekonomicznych skutków RPM zarówno pozytywnych, jak i negatywnych przywiodła M. Kneepkensa do postawienia tezy, jakoby „nie istniały przyczyny, dla których nie można byłoby stosować także w Europie standardowego testu konkurencji względem

7 J. Vickers, *Competition Law and Economics: a Mid-Atlantic Viewpoint*, „European Competition Journal” 2007, vol. 3, No 1, s. 12.

8 *Ibidem*.

klauzul o RPM⁹. Miałby on obejmować ocenę antykonkurencyjnego charakteru porozumienia w ramach art. 101 ust. 1 TFUE, a następnie możliwości zastosowania wyłączenia indywidualnego z art. 101 ust. 3 Traktatu. Zdaniem tego autora, podejście zbliżone do zakazu *per se* owych praktyk nie znajduje oparcia w teorii ekonomicznej. Konieczne jest zatem przejście do bardziej wyważonego sposobu stosowania reguł konkurencji UE względem RPM¹⁰. Choć M. Kneepkens nie wypowiedział się na ten temat jednoznacznie, zgłoszony przez niego postulat, aby badać antykonkurencyjny charakter porozumienia już na etapie oceny w ramach art. 101 ust. 1 TFUE, należy odczytywać jako stanowisko przemawiające za wyłączeniem RPM z katalogu porozumień zakazanych ze względu na antykonkurencyjny cel.

Analogiczne stanowisko wyraził N. Verras, którego zdaniem RPM powinno być wyłączone z katalogu porozumień zakazanych ze względu na cel i poddane kazuistycznej ocenie skutków¹¹. Oznaczałoby to również wyłączenie ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów z katalogu najcięższych ograniczeń konkurencji zawartego w zawiadomieniu *de minimis*¹². Takie rozwiązanie pozwoliłoby bowiem zapewnić równiejsze stosowanie prawa konkurencji.

Podobny pogląd wygłosił F. Alese, który uznał RPM, podobnie zresztą jak i porozumienia o absolutnej ochronie terytorialnej, za praktyki akcesoryjne względem uzasadnionych działań promocyjnych producenta i działań dystrybutora służących zabezpieczeniu niezbędnych inwestycji¹³. Autor ten wyraził nadzieję, że kolejne działania służące reformie art. 101 TFUE doprowadzą do uznania wszystkich ograniczeń wertykalnych za objęte domniemaniem ich zgodności z prawem, chyba że wykazane zostanie co innego¹⁴.

9 M. Kneepkens, *Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach*, „European Competition Law Review” 2007, vol. 28(12), s. 664.

10 *Ibidem*.

11 N. Verras, *Resale Price Maintenance in E.U. Competition Law: Thoughts in Relation to the Vertical Restraints Review Procedure*, „The Columbia Journal Of Law Online” 2009, vol. 16, s. 39.

12 Autor miał na myśli obowiązujące wówczas zawiadomienie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE C, nr 368, z 2001 r., s. 7), zastąpione przez zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C, nr 291, z 2014 r., s. 1; *notabene* w zawiadomieniu z 2014 r. wprowadzie Komisja nie ustanowiła odrębnego katalogu najcięższych ograniczeń konkurencji, jednak wskazała, że nie będzie stosowała ochrony wynikającej z tych progów udziału w rynku w odniesieniu do porozumień zawierających którekolwiek z ograniczeń wymienionych jako najpoważniejsze ograniczenia konkurencji w jakichkolwiek obowiązujących lub przyszłych rozporządzeniach Komisji w sprawie wyłączeń grupowych, które Komisja uznaje zasadniczo za ograniczenia konkurencji z uwagi na cel.

13 F. Alese, *Unmasking the Masquerade of Vertical Price Fixing*, „European Competition Law Review” 2007, vol. 28(9), s. 525.

14 *Ibidem*, s. 526.

P. Marsden i P. Whelan wskazali z kolei, odnosząc się wprawdzie do stanu prawnego ustalonego rozporządzeniem nr 2790/1999, że europejskie podejście względem ustalania cen odsprzedaży potwierdza, iż,

mimo bardziej ekonomicznego podejścia stosowanego także względem ograniczeń wertykalnych, a także kierowania się standardem dobrobytu konsumenta, Komisja w dalszym ciągu nie odrzuciła w pełni formalizmu prawnego¹⁵.

Postulat zmiany podejścia prawa europejskiego względem dopuszczalności RPM sformułował także M. Velez¹⁶. Jego zdaniem przeprowadzona w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., zmiana polegająca na wskazaniu okoliczności decydujących o anty- lub prokonkurencyjnych skutkach RPM, skłania do wniosku, że zamiarem Komisji było oparcie ram prawnych dotyczących tych praktyk na „idealnym i możliwym do obalenia domniemaniu bezprawności połączonym z ustanowieniem bezpiecznych portów lub wyłączeń”¹⁷. Założenie to nie może jednak zostać zrealizowane w praktyce, albowiem, zdaniem Veleza, nawet w przypadkach wymienionych w wytycznych, przedsiębiorstwo nie ma możliwości wykazania spełnienia przesłanek wyłączenia. Wynika to przede wszystkim z tego, że efektywności, które można osiągnąć za pomocą RPM, mogą być także uzyskane dzięki innym środkom. Dowodzi to, że ograniczenia tego rodzaju nie są niezbędne do powstania efektywności rynkowych. W związku z tym Komisja powinna raczej dążyć do zreformowania sposobu stosowania względem RPM reguł konkurencji w kierunku podejścia bardziej wyważonego¹⁸.

W podobnym duchu wypowiedział się W. Moeschel, który także upatruje nieskuteczności stosowania wyłączenia indywidualnego względem RPM w braku możliwości wykazania przesłanki niezbędności ograniczenia¹⁹. Ograniczenie efektu gapowicza możliwe jest bowiem także w przypadku zawierania przez producenta z dystrybutorami dodatkowych umów dotyczących świadczenia przez nich, za wynagrodzeniem, usług okołosprzedażowych. Podobnie mogą działać rabaty lojalnościowe lub agregowane rabaty wolumenowe, a także opłaty półkowe. Z kolei ustalenie maksymalnych cen odsprzedaży towarów może być skutecznym sposobem zapewnienia wejścia na rynek lub przeprowadzenia specjalnych akcji promocyjnych. Według tego autora, pełne uwzględnienie rzeczywistego wpływu RPM na konkurencję wymaga od organów konkurencji bardziej elastycznego wykorzystania możliwości, które daje im prawo antymonopolowe

15 P. Marsden, P. Whelan, *Re-examining Trans-Atlantic Similarities and Divergences in Substantive and Procedural Competition Law*, „Sedona Conference Journal”, Fall 2009, vol. 10, s. 26.

16 M. Velez, *The Tenuous Evolution of Resale Price Maintenance*, „European Competition Law Review” 2011, vol. 32(6), s. 297.

17 *Ibidem*, s. 302.

18 *Ibidem*.

19 W. Moeschel, *Vertical Price Fixing: Myths and Loose Thinking*, „European Competition Law Review” 2013, vol. 34(5), s. 237.

i uczynienie użytku z zakresu dyskrecjonalności, którym dysponują. W przypadku, gdyby to nie przyniosło rezultatu, autor ten bierze pod uwagę możliwość interwencji legislacyjnej²⁰.

A. Reindl odniósł się krytycznie do przyjętego w 2010 r. rozporządzenia w sprawie wyłączenia blokowego porozumień wertykalnych, wyrażając stanowisko, że – pozostając przy dotychczasowym podejściu – Komisja straciła szansę na skonfrontowanie osiągnięć debaty dotyczącej RPM z doświadczeniami narodowych organów konkurencji w tym obszarze, a także na opracowanie standardów analitycznych zgodnych z dorobkiem nauk ekonomicznych²¹. Zdaniem tego autora właściwym rozwiązaniem byłoby wykreślenie RPM z katalogu czarnych praktyk objętych art. 4 rozporządzenia nr 330/2010 i przeniesienie tej praktyki do katalogu praktyk szarych, zawartych w jego art. 5. Zgodnie z argumentacją A. Reindla porozumienia tego rodzaju nie są bowiem uważane za nieodwołalnie antykonkurencyjne, co oznacza, że powinny podlegać ocenie kazuistycznej. Wprawdzie, zgodnie z jego propozycją, porozumienia typu RPM w dalszym ciągu nie podlegałyby wyłączeniu blokowemu. Jednak zmiana ta miałaby istotne praktyczne znaczenie, albowiem stanowiłaby sygnał dla sądów krajowych, organów konkurencji i praktyków prawa, że praktyki tego rodzaju wymagają pogłębionej indywidualnej analizy. Takie rozwiązanie pozwoliłoby z kolei na wypracowanie w praktyce Komisji i narodowych organów konkurencji lepszego analitycznego podejścia względem takich praktyk oraz wpłynęłoby na zaprzestanie postrzegania ich jako najcięższych ograniczeń konkurencji. Przy tym proponowana zmiana prawa nie doprowadziłaby do automatycznego wyłączenia RPM spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję²².

Krytyczne stanowisko względem europejskich ram prawnych dotyczących dopuszczalności RPM sformułowała także M. Maci, której zdaniem nie zapewniają one przejrzystości i przewidywalności, których wymaga realizacja zasady pewności prawnej²³. Dodatkowo, zdaniem tej autorki, wprowadzenie do *Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. postanowień odnoszących się do RPM, wprowadziło kolejne zamieszanie w obszarze, który i tak był niejasny²⁴.

Kompleksową ocenę możliwości i potrzeby zmiany europejskiego podejścia względem dopuszczalności RPM przeprowadziła A. Jones²⁵. Autorka ta, odnosząc się do podejścia zastosowanego przez Sąd UE w sprawie GlaxoSmithKline

20 *Ibidem*, s. 238.

21 A. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, „Fordham International Law Journal”, April 2010, vol. 33, s. 1331.

22 *Ibidem*, s. 1332.

23 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(3), s. 109.

24 *Ibidem*.

25 A. Jones, *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe?*, „European Competition Journal” 2009, vol. 5, No 2, s. 479.

Services²⁶ wskazała, że jego zastosowanie mogłoby pozwolić przedsiębiorstwu na obalenie domniemania antykonkurencyjnego celu porozumienia typu RPM już na etapie oceny w ramach art. 101 ust. 1 TFUE, np. w wyniku wykazania, że ograniczenia te były obiektywnie konieczne do wejścia na inny rynek²⁷. Zdaniem tej autorki spójność owego wyroku z pozostałym orzecznictwem budzi jednak wątpliwości i sprawia, że zastosowanie takiego podejścia w praktyce byłoby problematyczne.

Innym sposobem na zmianę podejścia względem dopuszczalności RPM, na który zwróciła uwagę autorka, mogłaby być modyfikacja linii orzeczniczej TSUE, w ten sposób, aby praktyki te nie były dłużej uznawane za zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel. Nie wydaje się ona jednak możliwa, biorąc pod uwagę, że, zdaniem A. Jones, w odróżnieniu od prawa amerykańskiego, wymagałoby to przyjęcia wąskiego katalogu celów reguł konkurencji UE, ograniczonego do ochrony dobrobytu konsumenta. Możliwość takiego postrzegania aksjologicznych podstaw europejskich reguł konkurencji wzbudziła jednak jej wątpliwości. Stosowanie tych reguł nie może bowiem przebiegać w izolacji od celów innych polityk europejskich. Cele reguł konkurencji UE zarysowane są zatem szerzej aniżeli ich amerykańskiego odpowiednika i obejmują, między innymi, zapobieganie ograniczaniu rywalizacji między przedsiębiorstwami, co odnosi się zarówno do konkurencji między-, jak i wewnątrzmarkowej.

Innym zasugerowanym przez A. Jones sposobem na wprowadzenie bardziej zdwywersyfikowanego podejścia względem dopuszczalności RPM, jest właściwe stosowanie koncepcji odczuwalności porozumienia. Zdaniem tej autorki nie ma przeszkód, aby strony przed TSUE argumentowały, że, w określonych okolicznościach rynkowych, ustalenie cen odsprzedaży towarów nie wpływa w sposób istotny na konkurencję, pozostając tym samym poza zakresem art. 101 ust. 1 TFUE²⁸. Możliwe jest także uwzględnienie przez Komisję efektywności wynikających ze stosowania RPM w ramach wyłączenia indywidualnego²⁹.

Propozycję zmiany europejskiego podejścia względem RPM przedstawili M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovanetti i D. Stallibrass³⁰. Ich zdaniem ustalanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów w dalszym ciągu powinno być zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel. Wynika to z oceny potencjalnych skutków RPM, które, według nich, częściej mają charakter anty- aniżeli prokon-

26 Wyrok w sprawie T-168/01, *GlaxoSmithKline Services v. Komisja*, ECLI:EU:T:2006:265; wyrok utrzymany w mocy orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości w połączonych sprawach C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services i in. v. Komisja i in.*, ECLI:EU:C:2009:610.

27 A. Jones, *Resale...*, s. 504–506.

28 *Ibidem*, s. 509.

29 *Ibidem*, s. 509–510.

30 M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovanetti, D. Stallibrass, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, „Fordham International Law Journal”, April 2010, vol. 33, s. 1287.

kurencyjny. Niemniej autorzy ci wyrazili swoje zastrzeżenia względem unijnych ram prawnych w sprawie dopuszczalności RPM, proponując kilka rozwiązań, które mogą przyczynić się do ich bardziej wyrafinowanej oceny³¹. Pierwszym z nich jest stworzenie przedsiębiorstwom realnej możliwości uchylania domniemania antykonkurencyjnych skutków RPM zarówno na etapie oceny w ramach art. 101 ust. 1, jak i 101 ust. 3 TFUE. W odniesieniu do pierwszego z tych etapów propozycja zakłada przyjęcie przez organ konkurencji określonych teorii wpływu RPM na konkurencję i na ich podstawie uprawdopodobnienia możliwości ich wystąpienia na etapie oceny antykonkurencyjnego celu porozumienia. Przy tym próg dla obalenia domniemania skutków miałyby być relatywnie wysoki i wyrażać się w wymogu wykazania, że nie można było oczekiwać, jakoby dany przejaw RPM mógł wyrzucić niekorzystny skutek na konkurencję, co jest równoznaczne z tym, że organ konkurencji nie był w stanie „wypracować teorii antykonkurencyjnych skutków, spójnej ze stanem faktycznym sprawy”³².

W dalszej kolejności autorzy zaproponowali wprowadzenie „filtrów”, na wzór tych stosowanych przez Komisję w odniesieniu do stosowania art. 102 TFUE, które umożliwiłyby nadawanie określonego priorytetu sprawom dotyczącym RPM. Obejmowałyby one trzy pytania:

1. Czy po stronie dostawcy istnieje siła rynkowa wynikająca z jego własnej pozycji lub w połączeniu z innymi dostawcami?
2. Czy po stronie nabywcy istnieje siła rynkowa wynikająca z jego własnej pozycji lub skoncentrowanej siły rynkowej kilku nabywców. Dowód braku siły rynkowej po stronie nabywców mógłby zostać wzmocniony wykazaniem, że RPM podjęte zostało z inicjatywy dostawcy.
3. Czy istnieją równoległe sieci porozumień typu RPM obejmujące liczbę dostawców reprezentującą znaczący udział w rynku dostaw?

W przypadku, gdyby dane porozumienie nie mieściło się w granicach żadnego z tych filtrów, sprawa nie powinna być objęta priorytetem polityki organu ochrony konkurencji³³.

Podobne stanowisko zajął G. Kyprianides, który opowiedział się za pozostawieniem RPM w ramach *object box* i kontynuowaniem podejścia opartego na domniemaniu jego antykonkurencyjnych skutków³⁴. Zwrócił jednak uwagę, że koncepcję *object box* należy wyraźnie odróżnić od amerykańskiej koncepcji zakazu *per se*, albowiem prawo UE dopuszcza, przynajmniej w teorii, możliwość obalenia domniemania zakazu takich porozumień czy to na gruncie stosowania art. 101 ust. 1, czy ust. 3 TFUE. Skuteczne zastosowanie wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE względem RPM jest jednak, zdaniem tego autora, niemal niemożliwe na obecnym

31 *Ibidem*, s. 1287–1288.

32 *Ibidem*, s. 1297.

33 *Ibidem*, s. 1298.

34 G. Kyprianides, *Should Resale Price Maintenance be Per Se Illegal?*, „European Competition Law Review” 2012, vol. 33(8), s. 381–383.

etapie rozwoju orzecznictwa, co utrudnia stosowanie wyłączenia. G. Kyprianides zaproponował zatem, aby europejskie podejście bazowało na bardziej elastycznej ocenie porozumień zakazanych ze względu na cel na gruncie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Koncepcja *object box* powinna w związku z tym być wyraźnie odróżniona od amerykańskiej koncepcji zakazu *per se* tak, aby przedsiębiorstwa były przekonane, że istnieje możliwość obalenia domniemania negatywnych skutków RPM dla konkurencji. Ponadto autor ten zaproponował wprowadzenie trzech rozwiązań:

1. Ustanowienia progu udziału w rynku stron porozumienia jako kryterium (filtra) stosowanego przy ustaleniu priorytetowych spraw z zakresu RPM;
2. Usunięcia RPM z katalogu najcięższych ograniczeń konkurencji zawartego w zawiadomieniu *de minimis*³⁵;
3. Wydania wytycznych dedykowanych tematyce dopuszczalności RPM³⁶.

Inną propozycję, nawiązującą częściowo do koncepcji A. Jones, sformułowali M. Ioannidou i J. Nowag, których zdaniem teorie ekonomiczne przemawiają za podwyższeniem standardu dowodowego dla Komisji w odniesieniu do porozumień typu RPM³⁷. Autorzy ci dowodzą jednak, że jest to możliwe w następstwie odpowiedniego stosowania reguły orzeczniczej wypracowanej w wyroku w sprawie *Allianz Hungaria*³⁸. Zdaniem tych autorów pozwala ona na bardziej elastyczną, niż do tej pory, ocenę dopuszczalności porozumienia w ramach art. 101 ust. 1 TFUE. Przyjęty w tej sprawie przez TSUE sposób weryfikacji, czy porozumienie ma antykonkurencyjny cel, oparty został na skróconej ocenie jego skutków z uwzględnieniem kontekstu ekonomicznego, w którym jest ono stosowane, w tym natury towarów i usług, których dotyczy, rzeczywistych warunków jego funkcjonowania oraz struktury danego rynku. Taka wykładnia art. 101 ust. 1 TFUE, według M. Ioannidou i J. Nowaga, pozwala na zastosowanie przez przedsiębiorstwo, jeszcze na etapie oceny w ramach tego przepisu, linii obrony, która może zaowocować uznaniem danego porozumienia za posiadające inny niż antykonkurencyjny cel, a tym samym za podlegające ocenie ze względu na skutek. Ta, jak to określają cytowani autorzy, „szybka analiza skutków” powinna polegać na trójstopniowym podejściu, obejmującym badanie treści porozumienia, jego celu, a następnie kontekstu ekonomicznego. Ocena w ramach tego ostatniego etapu polegać miałaby

35 Autor odnosił się do obowiązującego wówczas zawiadomienia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską* (Dz. Urz. UE C, nr 368, z 2001 r., s. 7), zastąpionego przez zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C, nr 291, z 2014 r., s. 1.

36 G. Kyprianides, *Should Resale...*, s. 384.

37 M. Ioannidou, J. Nowag, *Can Two Wrongs Make a right? Reconsidering Minimum Resale Price Maintenance in the Light of Allianz Hungária*, „European Competition Journal” 2015, vol. 11, No 2–3, s. 340.

38 Wyrok w sprawie C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.

na ograniczonym badaniu skutków porozumienia dla konkurencji, z uwzględnieniem czynników analogicznych do tych, które wymienił Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie Leegin, i które świadczą o anty- lub prokonkurencyjnym charakterze RPM. Analiza ta powinna jednak być wyłącznie powierzchowna, tak aby nie zaburzać dystynkcji pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na cel i ze względu na skutek. Test ten miałby zatem przypominać amerykańskie podejście stosowane w ramach ustrukturyzowanej reguły rozsądku. Rozwiązanie to pozwoliłoby na właściwe rozłożenie ciężaru dowodu, w którym to na Komisji (lub na powódzie w przypadku prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji) spoczywałby obowiązek wykazania, że treść i cel porozumienia są w oczywisty sposób antykonkurencyjne. Zdaniem cytowanych autorów podejście to doprowadziłoby do redukcji liczby błędów typu I³⁹.

W opinii C. Nagya, ze względu na możliwe prokonkurencyjne oddziaływanie RPM, praktyka ta nie powinna być zakazana bezwzględnie⁴⁰. Jego zdaniem podstawowym problemem związanym ze stosowaniem reguł konkurencji UE względem tych praktyk jest założenie, że odpowiednim narzędziem ich oceny, tj. takim, który pozwoliłby na skuteczne rozróżnienie pomiędzy anty- i prokonkurencyjnym ustalaniem cen odsprzedaży, jest wyłączenie indywidualne z art. 101 ust. 3 TFUE. Przepis ten, zdaniem cytowanego autora, służy jednak do innych celów. Pozwala on bowiem na uwzględnienie efektywności rynkowych, które płyną z porozumienia i rekompensują jego skutki negatywne. Tymczasem większość teorii pozytywnych skutków RPM odnosi się nie do efektywności rynkowych, a do wzmocnienia konkurencji, będącego skutkiem niektórych takich porozumień.

Zdaniem C. Nagya, Komisja powinna przy konstruowaniu reguł dotyczących wyłączenia blokowego zaklasyfikować ustalanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów jako praktykę objętą zakresem art. 5 rozporządzenia o wyłączeniu blokowym, a nie jako objętą katalogiem najcięższych ograniczeń konkurencji. Ponadto, według tego autora, praktyki te nie powinny być wyłączone spod stosowania reguły *de minimis*. Obecnie bowiem ustalanie cen odsprzedaży podjęte z inicjatywy niewielkiego dostawcy na rynku, na którym nie ma kumulacji podobnych praktyk, objęte jest zakresem zakazu, mimo że nie jest w stanie wpłynąć negatywnie na konkurencję.

Nie ma jednak możliwości, aby przedsiębiorstwo w takiej sytuacji skutecznie argumentowało na temat braku wpływu takiego porozumienia na konkurencję na etapie stosowania wyłączenia indywidualnego. Argumenty te nie odnoszą się bowiem do efektywności rynkowych, a wyłącznie do braku negatywnego wpływu porozumienia na konkurencję. Zdaniem C. Nagya, wydany w 2010 r. pakiet legislacyjny Komisji dotyczący porozumień wertykalnych, nie uwzględnia wysokich kosztów transakcyjnych związanych ze stosowaniem art. 101 ust. 3

39 M. Ioannidou, J. Nowag, *Can...*, s. 362–366.

40 C. Nagy, *Resale Price Fixing after the Revision of the EU Vertical Regime – a Comparative Perspective*, „Acta Juridica Hungarica” 2013, vol. 54, No 4, s. 349.

TFUE, a tym samym ignoruje realia wynikające z praktyki stosowania reguł konkurencji UE⁴¹.

C. Nagy zakwestionował także logiczną spójność podejścia europejskich reguł konkurencji względem cenowych i innych niż cenowe porozumień wertykalnych. Europejskie prawo konkurencji uznaje te ostatnie porozumienia za, co do zasady, objęte wyłączeniem blokowym. Wychodzi bowiem z założenia, że ryzyko związane z efektem gapowicza uzasadnia uznanie takich porozumień *in abstracto* za zgodne z prawem konkurencji, o ile spełnione zostały, określone w rozporządzeniu, progi udziału w rynku. Realny wpływ danego porozumienia na powstanie efektywności gospodarczych, w tym na zwalczanie efektu gapowicza, nie jest jednak badany. Zdaniem tego autora, gdyby przedsiębiorstwa zobowiązane były wykazywać spełnienie takich efektywności, z pewnością wiele spośród porozumień o wyłączności terytorialnej, objętych obecnie wyłączeniem blokowym, zostałyby uznane za zakazane⁴².

C. Nagy krytycznie odniósł się do zmiany podejścia względem RPM, przeprowadzonej w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. Jego zdaniem, tak niewielka zmiana prowadzi raczej do opóźnienia, a nawet zablokowania, dalszych pożądaných zmian⁴³.

Zdaniem N. Zevgolakisa ewentualna zmiana podejścia względem dopuszczalności RPM nie powinna wykraczać poza wprowadzenie ograniczonego wyłączenia spod zakazu porozumień w odniesieniu do sytuacji takich, jak wejście na rynek nowego przedsiębiorstwa lub marki⁴⁴. W żadnym wypadku jednak nie powinno to oznaczać rezygnacji z uznawania ustalenia minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów za porozumienia zakazane ze względu na cel⁴⁵.

Inne stanowisko wyraził L. Peeperkorn. Jego zdaniem dotychczasowe ramy prawne pozwalają skutecznie rozróżnić pomiędzy anty- i prokonkurencyjnym RPM⁴⁶. Te ostatnie mogą być bowiem wyłączone indywidualnie na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 Traktatu. Autor ten podkreślił różnice w zakresie konstrukcji zakazu porozumień ograniczających konkurencję na gruncie amerykańskiego i europejskiego systemu prawa. Amerykańska koncepcja zakazu *per se* uniemożliwia dopuszczenie przez sąd dowodów dotyczących pozytywnych skutków porozumienia dla konkurencji, jeżeli tylko ustalono, że praktyka obejmuje porozumienie, które takiemu zakazowi podlega. Tymczasem europejska koncepcja najcięższych ograniczeń konkurencji jest znacznie bardziej elastyczna. Nie zakłada ona bowiem automatycznego zakazu stosowania takich porozumień, a jedynie domniemanie

41 *Ibidem*, s. 363.

42 *Ibidem*, s. 365.

43 *Ibidem*, s. 366.

44 N. Zevgolakis, *Resale Price Maintenance (RPM) in European Competition Law: Legal Certainty Versus Economic Theory?*, „European Competition Law Review” 2013, vol. 34(1), s. 25.

45 *Ibidem*, s. 32.

46 L. Peeperkorn, *Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies*, „European Competition Journal” 2008, vol. 4(1), s. 201.

jego antykonkurencyjnego charakteru. Może być ono jednak obalone przez przedsiębiorcę, albowiem każde porozumienie może być wyłączone spod zakazu na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE, pod warunkiem spełnienia jego przesłanek. Z tych przyczyn dowody dotyczące pozytywnego wpływu porozumienia na konkurencję, nawet tego, które stanowi najcięższe ograniczenie konkurencji, są zawsze dopuszczalne⁴⁷.

Według L. Peeperkorna w ramach stosowania wyłączenia indywidualnego przedsiębiorstwo może skutecznie zaprezentować pozytywne aspekty RPM, którego jest stroną, a organ konkurencji jest w stanie dokonać ich rzetelnej, krytycznej analizy⁴⁸. Przy tym nie należy przeceniać możliwości wystąpienia prokonkurencyjnych skutków RPM, albowiem, jak wskazał L. Peeperkorn, argumenty dotyczące takich jego skutków nie są zbyt mocne, a RPM nie jest najlepszym instrumentem wdrażania efektywności gospodarczych w obszarze dystrybucji. Zdaniem tego autora wyrok w sprawie Leegin powinien być postrzegany nie jako przyczynek do nasilenia dywergencji pomiędzy europejskim i amerykańskim systemem prawa konkurencji. Przeciwnie, dokonana w nim zmiana paradygmatu oceny dopuszczalności RPM, doprowadziła, według L. Peeperkorna, do zbliżenia tych dwóch systemów prawa. Reguła Leegin umożliwiła bowiem stosowanie przez sądy amerykańskie analogicznego sposobu oceny do tego, który od dawna stosowany jest w Unii Europejskiej⁴⁹.

Analogicznie wypowiedział się F. van Doorn⁵⁰. W jego opinii RPM w dalszym ciągu powinno być zakazane ze względu na antykonkurencyjny cel. Ocena skutków takich porozumień prowadziłyby bowiem do zwiększenia kosztów stosowania prawa. Z drugiej strony, zdaniem tego autora, domniemanie bezprawności takich porozumień może być wzruszone także w dzisiejszym stanie prawnym.

Stanowisko aprobujące aktualne podejście względem RPM wyraził także I. Paldor⁵¹. Jego zdaniem prawdopodobieństwo wystąpienia prokonkurencyjnych skutków RPM jest niewielkie, a prokonkurencyjne uzasadnienia dla dopuszczalności tej praktyki nie uwzględniają tego, że dystrybutor zwykle wykorzystuje liczne kanały dystrybucji i zamiast inwestować w jej jakość, wybierze ten kanał, który

47 *Ibidem*, s. 203–204.

48 *Ibidem*, s. 204.

49 *Ibidem*, s. 212. Stanowisko o potrzebie przyjęcia względem RPM podejścia opartego na regule rozsądku wyrazili także F. Dethmers i P. Posthuma de Boer, którzy podkreślili, że takie rozwiązanie pozostawałoby w zgodzie z dorobkiem nauk ekonomicznych; zob.: F. Dethmers, P. Posthuma de Boer, *Ten Years On: Vertical Agreements Under Article 81*, „European Competition Law Review” 2009, vol. 30(9), s. 432.

50 F. van Doorn, *Resale Price Maintenance in EC Competition Law: The Need for a Standardised Approach*, „SSRN Electronic Journal”, November 6, 2009, dostępny pod adresem <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1501070> (dostęp: 3.08.2018).

51 I. Paldor, *The Vertical Restraints Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non-Price Vertical Restraints*, „University of Toronto Law Journal”, Summer 2008, vol. 58, s. 317.

pozwala mu na maksymalizację jego zysków⁵². Zdaniem I. Paldora nie ma podstaw, by przypuszczać, że ustalenie cen odsprzedaży towarów może doprowadzić do zbieżności interesów dostawcy i dystrybutora. To z kolei uzasadnia tezę o potrzebie przyjęcia zakazu *per se* ustalania minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży towarów, bez możliwości jego uchylecia w wyniku wykazania efektywności rynkowych, które według tego autora nigdy nie występują.

Za kontynuowaniem dotychczasowego sposobu stosowania europejskich reguł konkurencji względem RPM opowiedział się także R. Daujotas⁵³. Według niego zmiana podejścia wiązałaby się ze wzrostem kosztów postępowań oraz zwiększeniem nakładu pracy po stronie organów konkurencji lub sądów, w następstwie przeniesienia na te podmioty ciężaru dowodu wykazania antykonkurencyjnego charakteru ustalania cen odsprzedaży. Prowadziłoby to także do braku jednolitości podejścia poszczególnych sądów czy organów konkurencji oraz do zwiększenia kosztów monitorowania zgodności z prawem porozumień tego rodzaju. Ponadto, zdaniem R. Daujotasa, stosowanie względem RPM podejścia analogicznego do reguły rozsądku stałoby w sprzeczności ze strukturą reguł konkurencji UE opartych na zakazie porozumień wyrażonym w art. 101 ust. 1 TFUE i wyłączeniu indywidualnym z art. 101 ust. 3 TFUE⁵⁴.

12.5. Współczesna amerykańska debata na temat dopuszczalności RPM

Debatę dotyczącą oceny aktualnego stanu prawnego w przedmiocie dopuszczalności RPM w Stanach Zjednoczonych cechuje polaryzacja stanowisk. Głosy zwolenników i przeciwników podejścia zapoczątkowanego wyrokiem w sprawie *Leegin* rozłożyły się w przybliżeniu równomiernie. Argumenty pierwszej z tych grup nawiązywały przede wszystkim do rozumowania Sądu Najwyższego w tejże sprawie, uznając jego zasadność. Podkreślano prokonkurencyjne skutki RPM, przewyższające, co do zasady, jego ewentualny negatywny wpływ na konkurencję⁵⁵. Wskazywano na korzyści w postaci dostosowania standardu oceny dopusz-

52 *Ibidem*, s. 351–352.

53 R. Daujotas, *Leegin Case: Resale Price Maintenance vs. Consumer Welfare*. Law Comments by Rimantas Daujotas (April 2011), dostępny pod adresem: <https://ssrn.com/abstract=1866191> (dostęp: 2.04.2016).

54 *Ibidem*, s. 14–18.

55 Zob. m.in.: P. Ellis, *Leegin Creative Leather Products v. PSKS and Vertical Restraints*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation”, Winter 2009, vol. 34, s. 595–598; B. Clark, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 127 S. Ct. 2705 (2007), „Ohio Northern University Law Review” 2008, vol. 34, s. 669–670; A. Doty, *Leegin v. PSKS: New*

czalności RPM do wymogów współczesnego prawa antymonopolowego, i w ten sposób osiągnięcie spójności aksjologicznej z wartościami stojącymi u podstaw aktualnego orzecznictwa⁵⁶. W tym kontekście wyrok ten postrzegany był przez część doktryny jako naturalny, choć postawiony wiele lat później, kolejny po wyroku w sprawie GTE Sylvania, krok na drodze do liberalizacji podejścia względem porozumień pionowych⁵⁷.

Na więcej uwagi zasługują głosy krytyczne względem aktualnego podejścia amerykańskiego prawa antytrustowego odnośnie do dopuszczalności RPM. Pierwszym spośród nich, który odbił się szerokim echem w doktrynie prawa, było stanowisko R. Pitofsky'ego wyrażone tuż przed wydaniem wyroku w sprawie Leegin, i antycypujące rozstrzygnięcie sądu⁵⁸. Poza zaprezentowanymi już wcześniej w rozdziale 11 argumentami ekonomicznymi przemawiającymi, jego zdaniem, za stosowaniem reguły *per se* w odniesieniu do RPM⁵⁹, autor ten wskazał na rolę

Standard, New Challenges, „Berkeley Technology Law Journal” 2008, vol. 23, s. 671–672; T. Lambert, *Dr. Miles is Dead. Now What?: Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance*, „William and Mary Law Review”, May 2009, vol. 50, s. 1950–1960; J. Olszewski, *Note, Overruling Nearly a Century-Old Precedent: Why Leegin Got it Right*, „Iowa Law Review” 2008, vol. 94, s. 388; R. Jardine, *Economic Law-Vertical Minimum Pricing in Leegin – Adrift With the Rule of Reason; Sinking With Stare Decisis; Leegin Creative Leather Prod., Inc. V. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007)*, „Wyoming Law Review” 2008, vol. 8, s. 683; A. Meese, *Assorted Anti-Leegin Canards: Why Resistance is Misguided and Futile*, „Florida State University Law Review”, Summer 2013, vol. 40, s. 907 i n., gdzie autor przedstawił regułę Leegin w szerokim kontekście założeń teoretycznych ekonomii kosztów transakcyjnych – por. uwagi zawarte w rozdziale 11, poświęcone aksjologicznym podstawom zakazu ustalania cen odprzedaży towarów; S. Mason, *The Price Is Right. After a Long Evolution in Case Law, Minimum Resale Price Agreements Are No Longer Per Se Illegal*, „Los Angeles Lawyer”, April 2009, vol. 32, s. 32–34. Zdaniem tego autora, choć opinia większości w sprawie Leegin praktycznie pominęła ten wątek, szersze dopuszczenie RPM znajduje uzasadnienie w kontekście stale zwiększającego się znaczenia handlu internetowego. RPM może posłużyć producentom korzystających jednocześnie z internetowego i tradycyjnego sposobu dystrybucji towarów do zwiększenia rozpoznawalności ich marki poprzez stymulowanie jakości dystrybucji w sklepach tradycyjnych.

56 Zob. m.in.: P. Ellis, *Leegin...*, s. 589–592; T. Arthur, *The Core of Antitrust and the Slow Death of Dr. Miles*, „Southern Methodist University Law Review” 2009, vol. 62, s. 491.

57 P. Ellis, *Leegin...*, s. 589–592; S. Mason, *The Price...*, s. 34; A. Meese, *Assorted...*, s. 928–930; T. Arthur, *The Core...*, s. 480–481, gdzie autor wskazał na niespójność pomiędzy regułą Dr. Miles a regułą GTE Sylvania zarysowującą się w sprawach Monsanto, Business Electronics i Khan, w których dystynkcja pomiędzy podejściem względem dopuszczalności cenowych i pozacenowych porozumień pionowych ukazywała, jego zdaniem, czysto formalistyczny charakter doktryny Dr. Miles.

58 R. Pitofsky, *Are Retailers Who Offer Discounts Really „Knaves”? The Coming Challenge to the Dr. Miles Rule*, „Antitrust”, Spring 2007, vol. 21, s. 64.

59 Argumentacja ekonomiczna R. Pitofsky'ego oparta była na trzech argumentach: 1) znaczenie efektu gapowicza jest wyolbrzymiane, zważywszy że w odniesieniu do niemal wszystkim towarów specjalne usługi okołosprzedawcze nie mogą przynosić konsumentom szczególnych korzyści oraz nie ma pewności, że zwiększona marża dystrybutora posłuży do sfinansowania tychże usług, a nie powiększy jego zysku; 2) RPM nie powinno być traktowane jako narzędzie

reguły *per se* w poprawie efektywności postępowania sądowego⁶⁰. Zwrócił także uwagę, że wyznacza ona czytelną regułę postępowania dla przedsiębiorców⁶¹. W dalszej kolejności jego argumentacja odniosła się do problemu poruszanego następnie także przez wielu innych autorów⁶². Według R. Pitofsky'ego zastosowanie celem oceny dopuszczalności RPM pełnej reguły rozsądku oznacza konieczność każdorazowej, niezwykle rozległej oceny wielu wymaganych przez orzecznictwo czynników świadczących o wpływie danej praktyki rynkowej na konkurencję. To z kolei, biorąc pod uwagę złożoność amerykańskiego postępowania sądowego, mogłoby uniemożliwić w praktyce wykazanie antykonkurencyjnego charakteru RPM, a tym samym uczynić tę praktykę *de facto per se* zgodną z prawem. Z tych przyczyn autor ten postulował pozostanie przy stosowaniu reguły *per se* lub, ewentualnie, zastosowanie względem RPM reguły *quick look*, analogicznej do tej zastosowanej przez Sąd Najwyższy w sprawie BMI⁶³.

Argument dotyczący trudności z dowodzeniem przez powodów antykonkurencyjnego charakteru danego przejawu ustalania cen odsprzedaży towarów jest do tej pory chyba najczęściej powtarzaniem zarzutem wśród krytyków wyroku w sprawie Leegin⁶⁴. Jak podkreślił E. Cavanagh, stosowanie pełnej reguły rozsądku w brzmieniu ustalonym wyrokiem w sprawie Chicago Board of Trade faworyzuje pozwanych⁶⁵. Jego zdaniem doświadczenia w stosowaniu reguły rozsądku przez sądy wykazały, że mają one trudności we właściwym wyważeniu negatywnego wpływu praktyki na konkurencję względem jej prokonkurencyjnych skutków. Z reguły do wydania rozstrzygnięcia na korzyść pozwanego wystarczające jest bowiem udowodnienie istnienia tych ostatnich, bez względu na nasilenie zaburzeń konkurencji. Na poparcie tych argumentów E. Cavanagh przytoczył doświadczenia

służące stymulacji wejścia producenta na rynek, albowiem odbyłoby się to kosztem konsumenta, który finansowałby wejście na rynek poprzez zapłatę suprakonkurencyjnej ceny; 3) RPM nie służy ochronie wizerunku marki producenta. Por. uwagi zawarte w rozdziale 11.

60 R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 64. Podobnie: E. Cavanagh, *Vertical Price Restraints After Leegin*, „Loyola Consumer Law Review” 2009, vol. 21, s. 18 oraz M. Bauer, *Whither Dr. Miles*, „Loyola Consumer Law Review” 2007, vol. 20, s. 24.

61 R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 64; podobnie E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 18 oraz M. Bauer, *Whither...*, s. 24

62 R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 64.

63 Wyrok z 17 kwietnia 1979 r. w sprawie Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1.

64 E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 19; podobnie: A. Martin, *The American Consumer is Not Well: Where is Dr. Miles? [Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007)]*, „Washburn Law Journal”, Winter 2008, vol. 47, s. 601–604; N. McGuire, *An Antitrust Narcotic: How the Rule of Reason is Lulling Vertical Enforcement to Sleep*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, Summer 2012, vol. 45, s. 1287–1293 oraz M. Lao, *Internet Retailing and „Free-Riding:” a Post-Leegin Antitrust Analysis*, „Journal of Internet Law”, March 2011, vol. 14, No 9, s. 20.

65 E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 19; A. Martin, *The American...*, s. 603, który wskazał że, ogromne koszty związane z dowodzeniem roszczeń oraz niepewność rezultatów postępowania skutecznie zniechęca powodów do wnoszenia powództw przeciwko podmiotom stosującym RPM.

związane z ustanowieniem reguły GTE Sylvania, której wprowadzenie spowodowało drastyczny spadek liczby spraw rozstrzygniętych na rzecz powodów w sprawach pozacenowych porozumień pionowych⁶⁶. Rezultatem stosowania standardu oceny opartego na regule rozsądku będzie zatem, zdaniem autora, *de facto per se* zgodność z prawem RPM⁶⁷.

Do analogicznych wniosków doszła N. McGuire, której zdaniem taki stan rzeczy wynika z trzech przyczyn:

1. Trudności w przeprowadzeniu dowodów niezbędnych do otwarcia zasadniczej fazy postępowania, związane z wysokim standardem dowodowym ustanowionym w sprawie Twombly⁶⁸;
2. Niechęci sądów do identyfikowania sytuacji, w których RPM użyte zostało jedynie w celu ukrycia porozumienia horyzontalnego, z wyjątkiem stanów faktycznych, w których istnienie tego porozumienia jest oczywiste;
3. Braku kompetencji po stronie sądów niższych instancji do przeprowadzenia rzetelnych ekonomicznych analiz RPM⁶⁹.

Autorka ta zwróciła uwagę, że, po wydaniu wyroku w sprawie Twombly, powodów obciąża obowiązek przedstawienia wszystkich dostępnych informacji o stanie faktycznym, które pozwolą wykazać, że zachowanie pozwanego było nie tylko możliwe, ale prawdopodobne (ang. *plausible*). W przypadku zastosowania reguły rozsądku względem RPM może się to okazać trudne do wykonania, jeśli nie niemożliwe. Zgodnie z doktryną Leegin powodowie muszą bowiem przedstawić wystarczająco dużo okoliczności faktycznych dotyczących

66 E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 19; podobnie: A. Martin, *The American...*, s. 603 i N. McGuire, *An Antitrust...*, s. 1248–1249; autorka ta powołała przy tym dane statystyczne pochodzące z omówionego w rozdziale 5 artykułu M. Carrier, zgodnie z którymi w okresie pomiędzy 1999 a 2009 rokiem na 222 spraw, które weszły w fazę postępowania sądowego, w których zastosowano regułę rozsądku, aż 221 zakończyło się rozstrzygnięciem na korzyść pozwanych. Statystyka ta nie obejmuje spraw, które zakończyły się ugodą sądową. Por. M. Carrier, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, „George Mason Law Review”, Summer 2009, vol. 16, s. 829. Podobnie twierdzi K. Brockmeyer, która na poparcie tezy o braku realnej możliwości udowodnienia antykonkurencyjnego charakteru RPM na podstawie pełnej reguły rozsądku przytoczyła dane dotyczące jej stosowania względem innych niż cenowe porozumień pionowych w okresie po wydaniu wyroku w sprawie GTE Sylvania. Otóż na 45 spraw wniesionych do sądów w tych sprawach w latach 1977–1991, powodom jedynie w 4 przypadkach udało się wykazać antykonkurencyjny charakter praktyk. Por. K. Brockmeyer, *State Regulation of Resale Price Maintenance on the Internet: the Constitutional Problems with the 2009 Amendment to the Maryland Antitrust Act*, „Washington and Lee Law Review” 2010, vol. 67, s. 1124–1125; tak też T. Voorhees, Jr, *Reasoning Through the Rule of Reason for RPM*, „Antitrust”, Fall 2013, vol. 28, s. 58–63, przyp. 22.

67 E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 19; podobnie: A. Martin, *The American...*, s. 602–603 oraz C. Kelly, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: The Final Blow to the Use of Per Se Rules in Judging Vertical Restraints – Why the Court Got it Wrong*, „Northern Illinois University Law Review”, Summer 2008, vol. 28, s. 635–640; N. McGuire, *An Antitrust...*, s. 1249.

68 Por. wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

69 N. McGuire, *An Antitrust...*, s. 1232.

antykoncepcyjnego charakteru zachowań pozwanego, by wykazać, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż doszło do zawarcia porozumienia i że miało ono charakter inny niż rozsądny. Oznacza to, że wiele sądów będzie już we wstępnej fazie postępowania wymagało od powodów nie tylko wykazania, że porozumienie potencjalnie zagrażało konkurencji, lecz że faktycznie ją ograniczyło. To z kolei wymaga przedstawienia przez powodów prawidłowej definicji rynku właściwego i wykazania wpływu porozumienia na konkurencję na tym rynku. Takie wysokie wymogi dowodowe mogą, zdaniem N. McGuire, skutecznie zniechęcać powodów do wniesienia powództwa w sprawach dotyczących RPM. Jak wskazała autorka, takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym zapadłym pod rządami doktryny Leegin. W większości spraw, w których powodowie powoływali się na ustalenie przez pozwanego cen odsprzedaży towarów, nie byli oni bowiem w stanie sprostać standardom dowodowym ustanowionym w sprawie Twombly⁷⁰.

Kolejnym często pojawiającym się zarzutem odnośnie do reguły Leegin było spodziewane pojawienie się negatywnych efektów dla konkurencji, głównie w postaci wzrostu cen detalicznych. Jak wskazał E. Cavanagh Sąd w sprawie Leegin oparł się na błędnych założeniach ekonomicznych⁷¹. Zlekceważył także znaczenie upowszechnienia się RPM dla pogorszenia dobrobytu konsumenta i błędnie uznał, że w zakresie ustalania cen odsprzedaży interesy producentów są zbieżne z interesami konsumentów⁷². Ponadto o wpływie RPM na wzrost cen detalicznych świadczą, zdaniem autora, doświadczenia z okresu stosowania ustawodawstwa uczciwego handlu, całkowicie zlekceważone przez sąd przy ustanawianiu reguły Leegin. Podobnie sądził A. Martin, który przytoczył dane empiryczne dotyczące tego okresu, kiedy to ceny detaliczne wzrosły średnio o 27–37%. Według tego autora negatywne skutki dla konkurencji mogą okazać się jeszcze silniejsze, albowiem współcześnie znacznie częściej niż jeszcze kilkadziesiąt lat temu zarówno producenci, jak i dystrybutorzy dysponują siłą rynkową⁷³. Ponadto szersze dopuszczenie RPM może szczególnie mocno ugodzić w handel internetowy, który stanowi

70 Autorka ta powołała się na wyroki: Sądu Apelacyjnego 5. Obwodu w sprawie PSKS, Inc. v. Leegin Creative Leather Products, 615 F.3d 412 (5th Cir. 2010); Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Tennessee w sprawie Spahr v. Leegin Creative Leather Prods., Inc., No 2:07-CV-187 (E.D. Tenn Aug. 20, 2008); Sądu Apelacyjnego 11. Obwodu w sprawie Jacobs v. Tempur-Pedic International, Inc., 626 F.3d 1327, (11th Cir. 2010); Sądu Apelacyjnego 9. Obwodu w sprawie Brantley v. NBC Universal, Inc., 661 F.3d 1199 (9th Cir. 2011); jednak, jak wskazała N. McGuire, wyrok Sądu Dystryktowego dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie Babyage.com, Inc. v. Toys 'R' Us, Inc. (558 F. Supp. 2d 575 [E.D. Pa. 2008]) dowodzi, że wypełnienie wymogów standardu dowodowego ustanowionego w sprawie Twombly, choć trudne, jest możliwe.

71 E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 20 – por. uwagi E. Cavanagha dotyczące ekonomicznych skutków stosowania RPM zawarte w rozdziale 11; podobnie M. Bauer, *Whither...*, s. 12–19 oraz C. Kelly, *Leegin...*, s. 641–642.

72 E. Cavanagh, *Vertical Price...*, s. 20.

73 A. Martin, *The American...*, s. 595–596.

najbardziej efektywny kanał dystrybucji towarów⁷⁴. Analogiczną opinię wyraziła M. Lao dodając, że w odniesieniu do handlu internetowego argument, jakoby RPM stanowiło skuteczne narzędzie zwalczania efektu gapowicza, traci na aktualności⁷⁵.

W. Grimes uznał z kolei, że standard oceny wprowadzony wyrokiem w sprawie Leegin w sposób nieuzasadniony opiera się na ekonomicznych założeniach analogicznych do tych, które przyjęte zostały przez Sąd Najwyższy USA w sprawie GTE Sylvania⁷⁶. Bezkrytyczne zastosowanie tejże analogii, w miejsce skupienia się na rzeczywistych ekonomicznych skutkach RPM, stanowiło – zdaniem tego autora – przejaw niebezpiecznego formalizmu. Jego rezultatem było błędne, według niego, przyjęcie analogicznego podejścia względem porozumień pionowych stosowanych w ramach ograniczeń zakresu dystrybucji (zwykle pozacenowych), jak i względem RPM, które zazwyczaj dotyczy systemów otwartej dystrybucji⁷⁷. Jednocześnie, jak wskazał autor, ze względu na to, że reforma podejścia odnośnie do RPM dokonana została przez Sąd Najwyższy bez osiągnięcia konsensu wśród praktyków i teoretyków prawa konkurencji, powstały szkodliwe niespójności pomiędzy federalnym a niektórymi stanowymi systemami prawa antytrustowego⁷⁸. Podobnie wypowiedział się M. Bauer, który zwrócił uwagę na niebezpieczeństwo bałkanizacji amerykańskiego prawa antymonopolowego w wyniku przyjęcia przez poszczególne stany odmiennego podejścia względem dopuszczalności RPM⁷⁹.

Piśmiennictwo amerykańskie poświęciło także wiele uwagi kwestii pożądanego sposobu stosowania reguły Leegin. Część spośród propozycji wyrażonych w nim dotyczyła sposobu ustrukturyzowania reguły rozsądku stosowanej względem oceny dopuszczalności ustalania minimalnych cen odsprzedaży towarów. Zdania uczestników tej debaty były podzielone nawet co do tego, czy intencją Sądu Najwyższego było, aby dopuszczalność RPM rozpatrywana była przez sądy niższych instancji na podstawie pełnej czy też skróconej reguły rozsądku (*truncated, abbreviated rule of reason, quick look analysis*) zakładającej przeniesienie ciężaru dowodu na pozwanego, po przeprowadzeniu przez powoda dowodu *prima facie*

74 *Ibidem*, s. 596–597.

75 M. Lao, *Internet...*, s. 15, por. uwagi autorki dotyczące wpływu RPM na sprzedaż internetową zawarte w rozdziale 11.

76 W. Grimes, *The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2008, vol. 75, s. 479–480.

77 Podobnie J. Taralson, *What Would Sherman Do? Overturning the Per Se Illegality of Minimum Vertical Price Restraints Under the Sherman Act in Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Was Not as Reasonable as It Seemed*, „Hamline Law Review”, Spring 2008, vol. 31, s. 582–583. Wśród pozostałych wad rozstrzygnięcia w sprawie Leegin autorka wymieniła także zlekceważenie przez sąd wniosków płynących z wyroku w sprawie Khan oraz pogwałcenie zasady *stare decisis*.

78 *Ibidem*, s. 503, por. także stanowisko W. Grimesa dotyczące ekonomicznych skutków RPM zaprezentowane w rozdziale 11 tej książki.

79 M. Bauer, *Whither Dr. ...*, s. 25.

antykonkurencyjnych skutków praktyki podlegającej ocenie. Wkrótce na łamach piśmiennictwa pojawiły się także propozycje ustrukturyzowania reguły rozsądku.

Jedną z pierwszych sformułowali M. Denger i J. Lipton, *notabene* pełnomocnicy procesowi spółki Leegin w sporze przed Sądem Najwyższym. Ich koncepcja wywodzi się z analogii do sposobu stosowania reguły rozsądku na gruncie pionowych porozumień innych niż cenowe, po wydaniu wyroku w sprawie GTE Sylvania⁸⁰. Zdaniem tych autorów, podobieństwo skutków ekonomicznych obu rodzajów porozumień pionowych oraz szerokie nawiązania przez Sąd Najwyższy do tego wyroku, dokonane w orzeczeniu w sprawie Leegin, uzasadnia stanowisko o wysokim prawdopodobieństwie przyjęcia przez sądy niższych instancji opisaną przez nich koncepcji. Zgodnie z jej brzmieniem powód powinien wpierw wykazać znaczący negatywny wpływ porozumienia na konkurencję międzymarkową. Sam fakt ograniczenia konkurencji wewnątrzmarkowej lub wyżki cen nie jest przy tym wystarczający. W tym celu powód powinien również wykazać, że producent posiada siłę rynkową na określonym rynku właściwym. W przypadku wykazania przez powoda, że RPM wywołuje znaczący negatywny wpływ na konkurencję, pozwany może przedstawić przeciwdowód wykazując, że ograniczenie było w sposób rozsądny niezbędne dla osiągnięcia prokonkurencyjnego celu. Sąd powinien następnie wyważyć negatywny wpływ porozumienia na konkurencję wewnątrzmarkową względem jego pozytywnego wpływu na konkurencję międzymarkową, ustalając czy w ostatecznym rozrachunku skutki dla konkurencji są w istotnym zakresie negatywne⁸¹.

Jedną z pierwszych propozycji opartych na standardzie *quick look* zgłosiła z kolei w rok po wydaniu orzeczenia w sprawie Leegin C. Varney, kierującą ówczesnie Wydziałem Antytrustowym Departamentu Sprawiedliwości⁸². W jej ocenie wyrok w sprawie Leegin poprzez podkreślenie roli ochrony konkurencji międzymarkowej jako podstawowego celu antytrudu dał do zrozumienia, w jaki sposób powinno się stosować regułę rozsądku względem RPM. Warunkiem brzegowym uznania RPM za niezgodne z prawem jest współistnienie z nim dodatkowych czynników, takich jak siła rynkowa lub inna praktyka ograniczająca konkurencję. Dodatkowo

80 M. Denger, J. Lipton, *The Rule of Reason and „Leegin Policies”: The Supreme Court’s Guidance*, „Antitrust”, Fall 2007, vol. 22, s. 45.

81 *Ibidem*, s. 46–47.

82 C. Varney, *A Post-Leegin Approach to Resale Price Maintenance Using a Structured Rule of Reason*, „Antitrust”, Fall 2009, vol. 24, s. 22. *Notabene* propozycja ta została przedstawiona jako oficjalne stanowisko Departamentu Sprawiedliwości podczas wystąpienia C. Varney na posiedzeniu Narodowego Stowarzyszenia Prokuratorów Generalnych, które odbyło się w Szkole Prawa Uniwersytetu Columbia 7 października 2009 r., zob. Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation, Remarks As Prepared for the National Association of Attorneys General Columbia Law School State Attorneys General Program 7-14 (Oct. 7, 2009), dostępne pod adresem <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-federalism-enhancing-federal-state-cooperation> (dostęp: 4.09.2015). Potrzebę oceny dopuszczalności RPM na podstawie reguły typu *quick look* zasugerował także R. Pitofsky. Autor ten nie opracował jednak jej szczegółowych założeń – zob. R. Pitofsky, *Are Retailers...*, s. 64.

C. Varney zwróciła uwagę na znaczenie wymienionych przez Sąd Najwyższy czynników mających wpływ na anty- i prokonkurencyjny efekt RPM⁸³. Na podstawie tych obserwacji autorka postawiła wniosek, że intencją Sądu Najwyższego było, by sądy niższych instancji stosowały względem oceny dopuszczalności RPM ustrukturyzowaną regułę rozsądku dostosowaną do koncepcji negatywnego wpływu danego RPM na konkurencję, na którą w konkretnej sprawie powołuje się powód.

Jak zauważyła ta autorka opierając się na treści wyroku w sprawie Leegin, w przypadku RPM, będącego następstwem działań producenta, skutki antykonkurencyjne mogą pojawić się po pierwsze w przypadku, gdy RPM stanowi narzędzie służące monitorowaniu wcześniejszych uzgodnień cenowych pomiędzy konkurującymi producentami. Po drugie mogą one zaistnieć wówczas, gdy RPM stanowi narzędzie służące eliminowaniu z rynku konkurentów producenta, poprzez dzielenie się rentą monopolistyczną z dystrybutorami i w ten sposób zachęcenie ich do niedystrybuowania towarów konkurencji. W pierwszym przypadku, zgodnie z propozycją C. Varney, powód powinien wykazać spełnienie trzech warunków:

1. RPM stosowane jest powszechnie na określonym rynku właściwym;
2. Struktura rynku sprzyja koordynacji cen pomiędzy konkurującymi producentami i
3. Z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że RPM w sposób znaczący ułatwia identyfikację odstępstw od stosowania ustaleń cenowych.

Przy tym, warunki te mogą w praktyce zaistnieć zasadniczo jedynie w określonych okolicznościach rynkowych. Po pierwsze producenci stosujący RPM muszą dysponować większościami udziałem w rynku właściwym. W przeciwnym wypadku nie ma bowiem możliwości skutecznej kontroli polityki cenowej uczestników kartelu. Po drugie rynek, na którym działają producenci, musi cechować się wysokim stopniem koncentracji, co umożliwia zawiązanie kartelu. Po trzecie rynek ten musi charakteryzować się brakiem przejrzystości cenowej na poziomie sprzedaży hurtowej. W przeciwnym wypadku RPM nie byłoby w stanie przyczynić się do ułatwienia monitorowania cen stosowanych przez uczestników kartelu.

W przypadku zarzutów opartych na skutkach wykluczających, powód powinien natomiast wykazać:

1. Posiadanie przez producenta pozycji dominującej na rynku właściwym, przy tym powinien on dysponować siłą rynkową nie tylko w tradycyjnym ujęciu, lecz także w relacji do dystrybutorów;
2. Że stosowane przez niego porozumienia o ustaleniu ceny odsprzedaży wiążą wystarczającą liczbę dystrybutorów, by doprowadzić do zamknięcia rynku, autorka podaje przy tym jako przykład udział w rynku obejmujący co najmniej 30%;
3. Że z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, iż RPM znacząco wpłynęło na zamknięcie rynku, innymi słowy można zidentyfikować co najmniej jednego konkurenta, którego dostęp do rynku został ograniczony.

83 C. Varney, *A Post-Leegin...*, s. 23.

Jak wskazała C. Varney efekty antykonkurencyjne RPM podjętego z inicjatywy dystrybutorów mogą być następstwem dwojakiego rodzaju działań. Ustalenie ceny odsprzedaży może posłużyć dystrybutorom dysponującym siłą rynkową do wyeliminowania konkurencji cenowej ze strony dystrybutorów stosujących niższe ceny lub ze strony nowych kanałów dystrybucji. W takim przypadku powód powinien wykazać, że:

1. Pozwany dystrybutor (lub dystrybutorzy) posiada znaczną siłę rynkową;
2. W wyniku presji dystrybutora (dystrybutorów) doszło do objęcia RPM znacznej części rynku (przykładowo minimum 30%);
3. Z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że RPM miało znaczące skutki wykluczające; co oznacza, że rzeczywiście można zidentyfikować co najmniej jednego dystrybutora, którego dostęp do rynku został ograniczony.

Dwa pierwsze spośród tych warunków mają świadczyć o tym, że dane RPM ma potencjał, by wykluczyć z rynku. Trzeci natomiast pozwala wykazać, że wykluczenie było realne, a nie czysto teoretyczne.

Alternatywnie RPM mogą posłużyć dystrybutorom do zawiązania pomiędzy nimi kartelu cenowego. W takiej sytuacji powód powinien wykazać, że:

1. RPM jest stosowane powszechnie, tzn. obejmuje znaczną część rynku właściwego (przykładowo minimum 50%),
2. RPM zostało wymuszone na producentach (a nie stanowi rezultat perswazji),
3. Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że zmowa dystrybutorów nie mogła być udaremniona przez producentów.

Warunek posiadania siły rynkowej przez jednego lub kilku dystrybutorów jest przy tym niezbędny, ze względu na realizację warunku wymuszenia RPM na producencie.

W każdym przypadku, gdy powód twierdzi, że RPM wdrożone zostało z inicjatywy dystrybutora, może także wykazać, iż producent nigdy nie uważał, by praktyka ta mogła przynieść mu korzyści lub że jego sytuacja pogorszyła się wskutek jej stosowania.

Zgodnie z propozycją C. Varney, w przypadku wykazania przez powoda zaistnienia okoliczności określonych powyżej dla różnych koncepcji wpływu RPM na konkurencję, ciężar dowodu przechodzi na pozwanego. Może on wówczas przeprowadzić przeciwdowód, wykazując że mimo obciążających go *prima facie* okoliczności, jego zachowanie nie stanowiło innego niż rozsądne ograniczenia konkurencji⁸⁴.

Podobną propozycję sformułowała M. Lao, której zdaniem nie ma podstaw, by z treści wyroku w sprawie Leegin wnioskować, jakoby intencją sądu było ustanowienie standardu oceny RPM opartego na pełnej regule rozsądku⁸⁵. Powinno się raczej przyjąć regułę analogiczną do tej, którą zastosowano w sprawie

84 *Ibidem*, s. 25.

85 M. Lao, *Internet...*, s. 21.

Polygram Holdings⁸⁶, i która następnie zaadaptowana została na potrzeby oceny RPM przez FTC w sprawie Nine West⁸⁷. W związku z tym RPM jako praktyka „w istocie swej podejrzana” (ang. *inherently suspect*) powinna zostać objęta domniemaniem niezgodności z prawem antytrustowym za każdym razem, gdy powód będzie w stanie wykazać: istnienie porozumienia o ustaleniu ceny odsprzedaży i podwyższenie cen detalicznych oraz, że brak jest oczywistego prokonkurencyjnego uzasadnienia dla jego zawarcia. Obalenie tego domniemania możliwe byłoby w przypadku wykazania przez pozwanego, że w konkretnych okolicznościach rynkowych, jego zachowanie nie było antykonkurencyjne lub że może przynieść korzyści konsumentom⁸⁸.

Cytowany powyżej W. Grimes przedstawił propozycję reformy podejścia amerykańskiego antytrustu względem porozumień pionowych w ogólności⁸⁹. W jego opinii mogłaby ona zostać dokonana zasadniczo w rezultacie wydania wytycznych przez federalne i stanowe organy konkurencji. Natomiast w zakresie zmian dotyczących sankcji oraz podejścia do jednostronnego narzucania cen odsprzedaży, zachodzi w następstwie zmian legislacyjnych. Podobnie jak C. Varney, autor ten zaproponował wprowadzenie ustrukturyzowanej reguły rozsądku, opartej na rozróżnieniu pomiędzy RPM, stosowanym w ramach systemów otwartej dystrybucji i w ramach systemów, które mają charakter zamknięty. Zdaniem W. Grimesa, pozytywne skutki stosowania RPM, rozumiane jako wzmocnienie jakości dystrybucji, mogą wprawdzie pojawiać się na gruncie systemów obu rodzajów, jednakże w przypadku stosowania RPM w ramach systemów otwartych, z reguły wystąpią skutki negatywne, przewyższające znaczenie skutków pozytywnych. W ramach tych systemów korzyści związane z promowaniem towarów dostawcy mogą być zwykle osiągnane innymi metodami, aniżeli porozumienia pionowe – takimi jak: reklama, finansowanie działań promocyjnych dystrybutorów lub strategia niskich cen⁹⁰.

Zgodnie z koncepcją W. Grimesa porozumienia stosowane w ramach ograniczonych systemów dystrybucji, np. zakładających ustanowienie wyłączności terytorialnej, powinny być objęte domniemaniem legalności. Domniemanie to mogłoby zostać obalone wyłącznie poprzez wykazanie istnienia zmywy lub posiadania siły rynkowej co najmniej po jednej ze stron porozumienia. Natomiast porozumienia, które stosowane są w ramach otwartych systemów dystrybucji lub w ramach których producent nie nakłada na dystrybutorów ograniczeń terytorialnych podmiotowych, powinny być uznane za niezgodne z prawem. Zdaniem W. Grimesa,

86 Wyrok Sądu Apelacyjnego dla Dystryktu Kolumbii z 22 lipca 2005 r. w sprawie Polygram Holdings Inc. v. Federal Trade Commission, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005), s. 34.

87 Decyzja z 6 maja 2008 r. w sprawie Nine West Group Inc., Docket No C-3937 dostępna pod adresem <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/05/080506order.pdf> (dostęp: 5.05.2016).

88 M. Lao, *Internet Retailing...*, s. 21.

89 W. Grimes, *The Path...*, s. 467.

90 *Ibidem*, s. 492.

w odróżnieniu od tych pierwszych, nie zabezpieczają one bowiem przed efektem gapowicza. Domniemanie to mogłoby zostać obalone, jeśli pozwany wykazałby, że nie działa za pośrednictwem otwartego systemu dystrybucji, tj. że w sposób istotny ograniczył konkurencję wewnątrzmarkową w ramach tego systemu. Mogłoby się tak stać np. poprzez wykazanie, że ustanowił on ograniczenia terytorialne w dystrybucji lub że ograniczył liczbę dystrybutorów. Ponadto powinien on wykazać co najmniej, że dystrybutorzy zobowiązani zostali do znacznego udziału w sprzedaży i promowaniu towarów. Wsparciem dla przeciwdowodu byłoby także wykazanie spełnienia co najmniej jednego z dodatkowych czynników (tzw. *plus factors*):

1. Przeprowadzenie przez dystrybutorów dodatkowych inwestycji służących promocji towaru dostawcy;
2. Brak aktywnego monitorowania cen stosowanych przez dystrybutorów, gdy ewentualne przypadki zerwania współpracy z dystrybutorami niestosującymi się do ustaleń miały charakter incydentalny i nie stanowiły elementu szeroko stosowanego systemu dystrybucji obejmującego RPM;
3. Działalność dystrybutora, z którym zaprzestano współpracy, zagrażała działaniu systemu marketingowego wprowadzonego przez pozwanego⁹¹.

Z kolei powód może przeciwstawić się twierdzeniom pozwanego wykazując istnienie dodatkowych okoliczności obciążających pozwanego (*negative factors*), takich jak:

1. Pozwany posiada siłę rynkową na właściwie zdefiniowanym rynku;
2. System dystrybucji pozwanego jest niedostatecznie ograniczony i obejmuje znaczną liczbę dystrybutorów wielu marek, których swoboda została ograniczona przez RPM;
3. Zakończenie współpracy z dystrybutorem nie ma charakteru incydentalnego, lecz jest częścią ogólnej strategii służącej ograniczeniu swobody cenowej dystrybutorów.

Kolejnym krokiem postulowanej przez W. Grimesa reformy powinno być uchylenie obowiązywania doktryny Colgate. Zdaniem autora w nowej rzeczywistości prawnej, która stworzyłaby możliwość skutecznego rozróżnienia pomiędzy pro- i antykonkurencyjnymi przejawami RPM, obowiązywanie tej reguły nie miałyby uzasadnienia. Jego zdaniem tworzenie zgodnych z nią systemów dystrybucji wymaga od uczestników rynku „kłopotliwych i drogich machinacji”⁹². Jednocześnie jej stosowanie skutkuje ochroną „całkowicie antykonkurencyjnych zachowań”⁹³. Ostatecznie zmianie powinny ulec zasady odpowiedzialności odszkodowawczej uczestników pionowych porozumień cenowych. I tak w przypadku powodztw wytaczanych przez dystrybutorów przeciwko dostawcom, ich roszczenia powinny być ograniczone do rzeczywistej wartości szkody. Potrojenie odszkodowania nastąpiłoby wyłącznie w sytuacji przeciwnej, tj. gdyby to dystrybutorzy byli

91 *Ibidem*, s. 492–494.

92 *Ibidem*, s. 495.

93 *Ibidem*.

beneficjentami porozumienia. Wówczas, zdaniem autora, na decyzje podejmowane przez organy konkurencji, sędziów i ławników nie wpływałaby świadomość, że na dostawcę mogłoby zostać nałożone nieproporcjonalne do przewinienia odszkodowanie⁹⁴.

Wcześniej, bo już w 2004 r., propozycję w jaki sposób stosować regułę rozsądku względem RPM zgłosili H. Hovenkamp i P. Areeda. Ich koncepcja została rozwinięta w kolejnym, trzecim już, wydaniu przygotowanego przez nich, najbardziej chyba obszernego, opracowania dotyczącego amerykańskiego prawa antytrustowego, tj. *Antitrust Law*⁹⁵.

Propozycja Areedy i Hovenkampa obejmuje ocenę dopuszczalności RPM w ramach ustrukturyzowanej reguły rozsądku, uwzględniającej czynniki wymienione w sprawie Leegin. I tak, według tych autorów analiza powinna rozpocząć się od identyfikacji okoliczności rynkowych świadczących o negatywnym wpływie RPM na konkurencję. Są to w szczególności:

1. Wysoki stopień koncentracji rynku po stronie producentów – jeśli na rynku, na którym RPM stosowane jest szeroko (w zakresie obejmującym więcej niż 50% rynku) istnieje duża koncentracja rynku (powyżej 1200 HHI), praktyka ta może doprowadzić do milczącej koordynacji zachowań rynkowych producentów (*tacit coordination*); określając zakres objęcia rynku praktyką powinno się uwzględniać nie tylko zakres stosowania na nim RPM, lecz także integracji pionowej rynku i stosowania innych praktyk rynkowych o podobnym do RPM skutku (np. działań zgodnych z regułą Colgate);
2. Skoncentrowany rynek dystrybucji lub zmowa pomiędzy dystrybutorami – czynnikami świadczącymi o potencjalnie antykonkurencyjnym wpływie RPM są: skoncentrowany rynek dystrybucji, dominacja pojedynczego dystrybutora, dowód na podejmowanie przez dystrybutorów prób zawiązania porozumienia horyzontalnego lub udział w rynku producenta przekraczający 30%;
3. Szeroki zakres stosowania RPM na rynku – efektem jest ograniczenie konkurencji międzymarkowej, w wyniku braku alternatywnych źródeł zaopatrzenia dla konsumentów; jednocześnie taka sytuacja stanowi zachętę dla dystrybutorów do wymuszania na producentach zawierania porozumień o ustaleniu ceny odsprzedaży towarów;
4. RPM wdrożone z inicjatywy silnego rynkowo dystrybutora lub dystrybutorów działających w porozumieniu – przesłanką antykonkurencyjnego charakteru RPM jest co najmniej 30% udział dystrybutora w sprzedaży lokalnej lub całkowitej marki danego producenta;
5. Silna marka – taka, która stanowi zachętę dla dystrybutorów do wymuszania na producentach zawierania porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży; przy

94 *Ibidem*.

95 P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, t. VIII, ed. 3, New York 2010, s. 372–386.

tym udział marki w rynku wynoszący 30% można uznać za słaby lub umiarkowany dowód jej siły;

6. Dominujący dystrybutor – rozumiany jako dystrybutor realizujący co najmniej 30% sprzedaży lokalnej lub całkowitej towaru danego producenta; jego silna pozycja uniemożliwia producentowi zmianę dystrybutora bez ponoszenia istotnych kosztów i bez utraty udziałów rynkowych;
7. Stosowanie przez producentów RPM jedynie na niektórych rynkach geograficznych – stanowić może dowód na silną pozycję tych dystrybutorów, którzy są stronami tychże porozumień;
8. Homogeniczność towarów – brak szczególnych cech poszczególnych marek towarów świadczy o braku uzasadnienia ekonomicznego dla ustalania cen odsprzedaży⁹⁶.

Zgodnie z propozycją P. Areedy i H. Hovenkampa wykazanie istnienia przynajmniej jednej z tych okoliczności jest obowiązkiem powoda. Powinien on przy tym wyjaśnić, w jaki sposób dana okoliczność wpływa na ograniczenie konkurencji w danej sytuacji faktycznej. Ocena ich znaczenia powinna być przy tym dokonywana *ad casum*.

Jeżeli powodowi udałoby się wykazać, że *prima facie* dane porozumienie ma antykonkurencyjny charakter, ciężar dowodu przechodziłby na pozwanego, który mógłby próbować obalić dowód antykonkurencyjnego charakteru praktyki. W tym celu powinien on przedstawić niebudzący wątpliwości dowód, potwierdzający w szczególności, że rynkowe okoliczności uniemożliwiają koordynację zachowań tak między producentami, jak i dystrybutorami lub że konsumenci w znacznym zakresie nie zostali pozbawieni możliwości wyboru. Jeśli jednym z czynników, na które wskazał powód, jest siła rynkowa dystrybutora, pozwany powinien wykazać, że zmiana dystrybutora nie pociąga za sobą istotnych uciążliwości i kosztów⁹⁷.

Pozwany może także przedstawić dowody pozytywnego wpływu RPM na konkurencję, z zastrzeżeniem, że w przypadku wykazania przez powoda braku ekonomicznego uzasadnienia dla RPM żadne okoliczności uzasadniające stosowanie RPM nie powinny być brane pod uwagę. W przypadku innych okoliczności obciążających aniżeli siła rynkowa dystrybutora, dowód na istnienie pozytywnego wpływu RPM na konkurencję może być traktowany jedynie jako ich przeciwwaga. Pozwany powinien zatem wykazać, że istnieje większe prawdopodobieństwo, iż RPM znajduje uzasadnienie w dążeniu do osiągnięcia zgodnych z prawem celów biznesowych niż w ograniczeniu konkurencji. Powinno się przy tym wykazać, że cele te mają charakter istotny, że ograniczenie służy ich osiągnięciu oraz że wszelkie alternatywne, mniej szkodliwe dla konkurencji, działania są albo mniej efektywne, albo bardziej kosztowne⁹⁸.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 374–377.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 385.

⁹⁸ *Ibidem*.

W odniesieniu do okoliczności obciążających dotyczących siły rynkowej po stronie dystrybutora, z reguły wystarczający do ich zakwestionowania jest dowód potwierdzający, że ograniczenie służy uzasadnionym interesom producenta, które nie mogą zostać zrealizowane w sposób inny niż poprzez ustalenie cen odsprzedaży towarów. Stanowi on z reguły zarówno potwierdzenie pozytywnych skutków RPM, jak i podważenie znaczenia okoliczności negatywnych⁹⁹.

Aprobując o koncepcji P. Areedy i H. Hovenkampa wyraziła się S. Marco Colino¹⁰⁰. Jej zdaniem, choć na pełną ocenę skutków wyroku w sprawie Leegin trzeba jeszcze poczekać, wiele wskazuje na to, że rozwiązania prawa amerykańskiego posunęły się zbyt daleko w kierunku dopuszczalności ustalania cen odsprzedaży towarów. Zdaniem autorki, ze względu na słabość teorii pozytywnych skutków RPM dla konkurencji, rezygnacja z ich oceny na podstawie reguły *per se*, wydaje się niewłaściwym rozwiązaniem. Według S. Marco Colino w obecnym stanie prawnym najbardziej trafnym rozwiązaniem wydaje się zatem oparcie reguły rozsądku na teście wypracowanym przez P. Areedę i H. Hovenkampa. W rezultacie większość przejawów RPM byłoby nadal objętych zakazem, a te, których stosowanie wiązałoby się z pozytywnymi skutkami, mogłyby zostać uznane za dopuszczalne w drodze obalenia przez pozwanego domniemania ich negatywnych skutków¹⁰¹.

Inne stanowisko wyraził J. Angland, którego zdaniem treść wyroku w sprawie Leegin potwierdza raczej, że właściwym standardem oceny dopuszczalności RPM powinna być pełna reguła rozsądku, a nie analiza typu *quick look*¹⁰². Jak wskazał ów autor Sąd Najwyższy nie tylko uwypuklił w tym wyroku możliwość powstania prokonkurencyjnych skutków RPM, lecz także postawił pod znakiem zapytania prawdopodobieństwo częstego występowania jego skutków antykonkurencyjnych. Autor przedstawił w związku z tym ogólną propozycję ustrukturyzowania reguły rozsądku, która mogłaby być stosowana przez sądy przy ocenie dopuszczalności RPM, co nie miałyby się wiązać z domniemaniem nielegalności praktyki, a tym samym przeniesieniem ciężaru dowodu na pozwanego. Zgodnie z tą propozycją sam fakt podwyższenia ceny detalicznej w rezultacie RPM nie powinien być brany pod uwagę przez sąd jako okoliczność przemawiająca za innymi niż rozsądny charakterem ograniczenia w handlu. Powód winien natomiast wykazać, że RPM doprowadziło do zawarcia kartelu cenowego (w tym milczącej zmowy) czy to po stronie producentów, czy dystrybutorów. Wówczas sąd powinien uznać RPM za zakazane na podstawie reguły rozsądku, a towarzyszące mu porozumienie horyzontalne – za zakazane *per se*. W przypadku braku bezpośredniego dowodu na zaistnienie opisanych wyżej okoliczności, roszczenia powoda powinny podlegać dalszemu rozpoznaniu przez sąd tylko wówczas, gdyby spełnione zostały

99 *Ibidem*, s. 386.

100 S. Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law*, Oxford–Portland 2010, s. 146.

101 *Ibidem*.

102 J. Angland, *Resale Price Maintenance in the United States: A Review and Prognosis*, „Competition Law International”, February 2008, vol. 4, No 1, s. 31–32.

określone kryteria dotyczące udziału w rynku właściwym. I tak, jeśli zarzut powoda odnosił się do RPM, które posłużyło do zawarcia kartelu z udziałem producentów, udział w rynku dystrybutorów zaangażowanych w porozumienie pionowe lub producentów działających także jako dystrybutorzy, powinien wynieść co najmniej 50%. W przypadku zarzutu odnoszącego się do kartelu po stronie dystrybutorów, udział w rynku dystrybutorów zaangażowanych w RPM powinien wynieść minimum 50%. Jeśli co najmniej jeden z tych progów zostałby osiągnięty, przed sądem powinno nastąpić dalsze badanie okoliczności sprawy, nakierowane na określenie pro- i antykonkurencyjnych skutków praktyki. Na tym etapie postępowania sąd powinien wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

1. Wskazujące na podatność rynku na koordynację zachowań rynkowych jego uczestników – np. liczbę przedsiębiorców na rynku, stopień jego koncentracji, łatwość wejścia na rynek, dane historyczne odnośnie do koordynacji zachowań na danym rynku i charakterystykę sprzedaży;
2. Wskazujące na prawdopodobieństwo, że RPM mogło uczynić zawiązanie kartelu bardziej prawdopodobnym lub efektywnym – np. wpływ RPM na powstrzymywanie uczestników kartelu od oszukiwania w zakresie realizacji powziętych ustaleń lub na identyfikację uczestników niestrzymających się ustaleń oraz udział w rynku uczestników RPM;
3. Po czyjej stronie była inicjatywa do zawarcia porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży – producenta czy dystrybutora;
4. Aktualne skutki rynkowe praktyki.

W przypadku, gdyby analiza ta zakończyła się wnioskiem o prawdopodobnym negatywnym wpływie RPM na konkurencję, kolejnym etapem byłoby wyważenie prawdopodobieństwa zaistnienia oraz stopnia natężenia tego skutku względem potencjalnie prokonkurencyjnych efektów praktyki rynkowej. Powinno się je z kolei badać z uwzględnieniem tego, w jakim stopniu efekt gapowicza wpłynął negatywnie na świadczenie określonej usługi. Jeśli natomiast RPM spowodowało zwiększenie sprzedaży na rynku, należałoby uznać, że miało ono charakter prokonkurencyjny¹⁰³.

103 *Ibidem*, s. 33–35. Propozycja T. Anglanda w części nawiązuje do testu sformułowanego w opinii *amicorum curiae* złożonej w sprawie Leegin przez W. Comanora i F. Scherera. Ich zdaniem w ocenie dopuszczalności RPM powinno się stosować regułę *quick look*. Jeśli z dokonanej *prima facie* oceny dowodów wyniknie wniosek o tym, że inicjatorem praktyki byli dystrybutorzy, powinna ona zostać objęta domniemaniem podlegania zakazowi *per se*. Jego obalenie byłoby możliwe w przypadku wykazania przez pozwanego okoliczności przeciwnych. Jeśli ocena wstępna doprowadziłaby do wniosku, że inicjatorem praktyki był producent, jej dopuszczalność powinna być oceniana na podstawie reguły rozsądku. Wówczas powinien zostać przeprowadzony test substytucyjności ilościowej, nakierowany na określenie, jakiej części rynku RPM dotyczy. Niedopuszczalność praktyki byłaby objęta możliwym do obalenia domniemaniem, jeśli w odniesieniu do wąsko wyznaczonego segmentu handlu wolumen sprzedaży objęty RPM przekroczyłby 50%, a praktyka doprowadziłaby do ustalania cen w zakresie dodatkowych 10% wolumenu sprzedaży. Odpowiadałoby to progowi przyrostu 100 punktów indeksu Herfindahla–Hirschmana. Pozwany mógłby obalić to domniemanie

Ciekawą koncepcję przedstawił R. Hubbard, który oparł swoje wnioski nie tylko na treści rozstrzygnięcia w sprawie Leegin, lecz także na analizie sposobu stosowania reguły rozsądku w najnowszym orzecznictwie federalnym dotyczącym innych kategorii porozumień ograniczających konkurencję¹⁰⁴. Zgodnie z tezą autora, wyroki w sprawach *American Needle*¹⁰⁵ i *Actavis*¹⁰⁶, które zapadły na korzyść powodów, świadczą o zmianie podejścia Sądu Najwyższego w zakresie stosowania reguły rozsądku. Obecnie, jak wskazał R. Hubbard, istnieje możliwość skutecznego zastosowania pełnej reguły rozsądku względem antykonkurencyjnego RPM. Jednocześnie zasadniczo nie powinno się stosować w tym celu skróconej reguły rozsądku. Jej założenia w odniesieniu do RPM są niejasne, co zwiększa prawdopodobieństwo skutecznego podważenia wyroku sądów pierwszej instancji w apelacji. Ponadto ocena antykonkurencyjnego charakteru RPM wymaga zwykle większej aniżeli tylko podstawowej znajomości ekonomii, co zasadniczo wyklucza możliwość zastosowania skróconej reguły rozsądku.

Sposób, w jaki należy stosować pełną regułę rozsądku względem RPM powinien, zdaniem R. Hubbarda, odzwierciedlać kryteria wymienione przez sędziego Breyera, autora uzasadnienia do wyroku w sprawie *Actavis*, podczas wzmiankowanej rozprawy – tj. powinien uwzględniać to, co „istotne, użyteczne i nadające się do udowodnienia”. W odniesieniu do RPM cechom tym odpowiadają przede wszystkim kryteria zwiększenia sprzedaży – jako czynnik świadczący o prokonkurencyjnym charakterze RPM – oraz wzrostu cen, jako element świadczący o ich antykonkurencyjnym charakterze. Odnośnie do pierwszego z tych kryteriów należy zwrócić uwagę na rzeczywisty (a nie tylko hipotetyczny) wzrost sprzedaży i to w relacji do całego rynku właściwego, a nie tylko do towarów danej marki. Przy tym brany pod uwagę powinien być jedynie taki wzrost cen, który jest rezultatem swobodnego wyboru konsumenta, a nie np. działań wprowadzających go

dowodząc, że rynek właściwy został wyznaczony błędnie, że wybór konsumenta nie został istotnie ograniczony lub że ograniczenia były niezbędne celem zapewnienia konsumentom cenionych przez nich usług. Alternatywnie test strukturalny mógłby odnosić się do kryterium obecności oligopolu. Wówczas domniemanie bezprawności praktyki włączałoby się w przypadku, gdyby wartość indeksu Herfindahla–Hirschmana dla danego rynku właściwego przekraczała 1800, a RPM wdrożony został przez dostawcę o udziale w rynku wynoszącym co najmniej 10%.

104 R. Hubbard, *Applying the Rule of Reason to Resale Price Restraints: a Fresh Perspective*, „Anti-trust”, Fall 2014, vol. 29, s. 95.

105 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 U.S. 183 (2010). W sprawie tej Sąd Najwyższy uznał, wbrew twierdzeniom pozwanych, że uzgodnienie dokonane pomiędzy podmiotami stowarzyszonymi w narodowej lidze futbolu (NFL) stanowiło porozumienie zawarte na potrzeby stosowania § 1 ustawy Shermana.

106 Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *FTC v. Actavis, Inc.*, 570 U.S. 136 (2013). W wyroku tym Sąd Najwyższy wskazał, że tzw. płatności zwrotne, tj. płatności dokonywane przez producenta leku oryginalnego na rzecz producenta leku generycznego w zamian za opóźnienie wprowadzenia na rynek tego ostatniego powinny być oceniane na podstawie pełnej reguły rozsądku. Jednocześnie Sąd Najwyższy wskazał, w jaki sposób reguła ta powinna być stosowana.

w błąd. Dowodem na antykonkurencyjny charakter RPM jest natomiast wzrost cen detalicznych danego towaru, pod warunkiem, że ma on charakter trwały i nie towarzyszy mu wzrost jego sprzedaży. Zdaniem cytowanego autora, sądy powinny względem RPM stosować regułę rozsądku na podstawie schematu zawierającego następujące pytania:

1. Czy ograniczenie spowodowało wzrost cen?
2. Czy ograniczenie spowodowało wzrost sprzedaży?
3. Czy wzrost sprzedaży oznacza wzrost rynku, a nie tylko udziału w nim producenta?
4. Czy wzrost sprzedaży wynika ze swobodnego wyboru konsumenta?
5. Czy ograniczenie służy poprawie usług, z których korzysta konsument?
6. Czy ograniczenie w inny sposób służy konkurencji merytorycznej?

Poza tymi elementami sądy powinny, zdaniem autora, brać pod uwagę także tradycyjny element posiadania przez strony porozumienia siły rynkowej. Niemniej, według niego, nie powinien on przesłaniać zasadniczej dla oceny dopuszczalności RPM kwestii rzeczywistego wpływu porozumienia na konkurencję. Powinien raczej być traktowany jako alternatywny i jedynie pośredni środek oceny skutków antykonkurencyjnych danego ograniczenia¹⁰⁷.

Stanowisko o konieczności stosowania pełnej reguły rozsądku względem oceny RPM wyraził także J. Wright¹⁰⁸. Jego zdaniem ze względu na to, że RPM częściej niesie za sobą pozytywne niż negatywne skutki dla konkurencji, nie można względem oceny dopuszczalności tejeż praktyki stosować reguły *quick look*. Stworzenie odpowiednich kryteriów na potrzeby ustrukturyzowanej reguły rozsądku byłoby natomiast trudne i mogłoby doprowadzić do objęcia zakazem praktyk o prokonkurencyjnych skutkach, takich jak niektóre przejawy RPM inspirowanego przez dystrybutorów. Możliwym kryterium oceny antykonkurencyjnego charakteru RPM mógłby być natomiast, zdaniem J. Wrighta, wpływ praktyki na spadek obrotu¹⁰⁹.

Kompleksową, alternatywną propozycję sposobu stosowania reguły rozsądku względem oceny dopuszczalności RPM przedstawił T. Lambert¹¹⁰. Jego zdaniem optymalnym rozwiązaniem byłoby przyjęcie standardu oceny zakładającego przeniesienie ciężaru dowodu na pozwanego. Pozwoliłoby to na zmniejszenie kosztów błędnych decyzji oraz zgłaszania fałszywych roszczeń, co skutkowałoby obniżeniem kosztów administracyjnych. Zgodnie ze stanowiskiem tego autora na powodzie powinien spoczywać ciężar przedstawienia jednego z dwóch rodzajów dowodów. Po pierwsze, dowodu bezpośredniego na negatywny wpływ RPM na

107 R. Hubbard, *Applying...*, s. 95–97.

108 J. Wright, *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy*, statement before the British Institute of International and Comparative Law of April 9, 2014 dostępne pod adresem: <https://www.ftc.gov/public-statements/2014/04/economics-resale-price-maintenance-implications-competition-law-policy-0> (dostęp: 23.06.2016).

109 *Ibidem*, s. 9–10.

110 T. Lambert, *Dr. Miles...*, s. 1937.

konkurencję w rezultacie zaistniałego już obniżenia sprzedaży przez producenta¹¹¹. Alternatywnie, dowodu pośredniego na negatywne skutki RPM dla konkurencji poprzez wykazanie, że zaistniał co najmniej jeden ze skutków, wskazanych w sprawie Leegin, tj., że RPM doprowadziło do:

1. Ułatwienia zmowy pomiędzy dystrybutorami – w tym celu powód powinien wykazać, że w stanie faktycznym wystąpiły dwie grupy okoliczności:
 - a. świadczące o zamiarze dystrybutorów użycia RPM jako czynnika ułatwiającego znowę, tj.:
 - i. że rynek właściwy, na którym działają dystrybutorzy, jest podatny na kartelizację z powodu dużego poziomu koncentracji i istotnych barier wejścia oraz,
 - ii. że producent posiada siłę rynkową na rynku właściwym towaru, do którego odnosi się RPM, albo że RPM stanowi powszechną praktykę na tym rynku;
 - b. świadczące o zamiarze producenta realizacji żądań dystrybutorów odnośnie do wprowadzenia RPM – w tym celu powód powinien wykazać:
 - i. że dystrybutor lub dystrybutorzy odpowiadają istotnej części dostępnych na rynku punktów dystrybucji,
 - ii. że integracja pionowa na rynku dystrybucji jest niewykonalna dla producenta;
2. ułatwienia zmowy pomiędzy producentami – w tym celu powód powinien wykazać,
 - a. że rynek, na którym działa producent, jest skoncentrowany,
 - b. że towar, którego ceny zostały ustalone, posiada substytuty,
 - c. że istnieją istotne bariery wejścia na rynek właściwy, na którym działa producent,
 - d. że RPM jest powszechne na tymże rynku,
3. zamknięcia rynku – w tym celu producent powinien wykazać:
 - a. że RPM było w stanie doprowadzić do dyskryminacji towarów substytucyjnych innych marek aniżeli te objęte RPM – np. poprzez udowodnienie, że RPM towarzyszyło zobowiązanie wyłącznej dystrybucji lub że dystrybutorzy objęci RPM zasadniczo nie prowadzą sprzedaży towarów innych marek oraz,
 - b. że dystrybutorzy objęci RPM odpowiadają istotnej części dostępnych punktów sprzedaży danego towaru.

Po wykazaniu powyższych okoliczności pozwany producent może uniknąć odpowiedzialności jedynie w przypadku wykazania, że powód nie przeprowadził dowodu prawidłowo lub że RPM miało charakter prokonkurencyjny. W tym celu pozwany mógłby wykazać np., że RPM posłużyło do zażegnania istotnych

111 Jako przykład autor ten wymienił możliwość udowodnienia łącznie dwóch okoliczności: spadku sprzedaży, który wystąpił po wprowadzeniu RPM, braku innych poza RPM okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na spadek sprzedaży.

problemów związanych z jego działalnością gospodarczą, związanych z efektem gapowicza, trudnościami z wejściem na rynek, nieprzewidywalnym poziomem popytu lub wyegzekwowaniem odpowiedniej jakości dystrybucji.

Jeśli z kolei pozwany wykazałby prokonkurencyjne skutki RPM, powód mógłby przedstawić argumentację, że miały one charakter iluzoryczny lub że mogły być one osiągnięte w inny, mniej godzący w konkurencję sposób¹¹².

Inną propozycję ustrukturyzowania reguły rozsądku, opartą na wnioskach wynikłych z behawioralnej analizy RPM, przedstawili A. Tor i W. Rinner¹¹³. Konkluzje tych badań potwierdzają ich zdaniem, że RPM jest praktyką przymusowo racjonalną (*boundedly rational*) i nadużywaną przez producentów. Nie oznacza to jednak, że nie może być ona w czysto racjonalny sposób prokonkurencyjna, choć analiza behawioralna wskazuje, że zdarza się to rzadziej aniżeli wynikałoby to z analiz właściwych nurtowi organizacji rynku (*industrial organization economy*). Oddziaływanie czynników rynkowych sprzyja natomiast eliminacji nieefektywnych przejawów RPM, choć odbywa się to wolno. W tych warunkach kształtowanie struktury reguły rozsądku powinno uwzględniać nie tylko czynniki świadczące racjonalnie o pro- lub antykonkurencyjnym charakterze RPM, lecz także to, czy na danym rynku RPM jest w sposób nieuzasadniony nadużywane. Innymi słowy, czy w znacznym zakresie występuje na nim zjawisko przymusowej racjonalności RPM. Następnie powinno się wziąć pod uwagę, czy takie ekscesywne RPM dotyczy istotnej części rynku właściwego. Jeśli tak, a dodatkowo jeżeli jest to rynek, na którym czynniki rynkowe oddziałują słabiej, np. ze względu na jego koncentrację, panujące bariery wejścia czy regulację sektorową, RPM może mieć szczególnie negatywny skutki dla konkurencji¹¹⁴.

W związku z powyższym, autorzy ci proponują standard oceny zakładający obciążenie powoda obowiązkiem przeprowadzenia wstępnego dowodu antykonkurencyjnego charakteru RPM. W tym celu musiałby on przedstawić bezpośredni dowód na spadek obrotów pozwanego po wdrożeniu przez niego RPM. Pozwoliłoby to *prima facie* wykazać, że praktyka ta ma charakter antykonkurencyjny lub uproszczenie racjonalny i ekscesywny. Alternatywnie mogliby oni przedstawić pośredni dowód potwierdzający, że dana praktyka zagraża konkurencji, poprzez wykazanie istnienia co najmniej jednej z następujących okoliczności: powszechności RPM na rynku, jego koncentracji lub siły rynkowej na poziomie producentów lub dystrybutorów¹¹⁵.

112 T. Lambert, *Dr. Miles...*, s. 1997–2003. Za przyjęciem standardu oceny opartego na regule *quick look* opowiedzieli się także: C. Kelly w: *Leegin...*, s. 644–645 oraz N. McGuire, *An Antitrust...*, s. 1287–1293.

113 A. Tor, W. Rinner, *Behavioral Antitrust: a New Approach to the Rule of Reason after Leegin*, „University of Illinois Law Review” 2011, s. 858 i n. Dokonana przez tych autorów analiza behawioralna została zaprezentowana w rozdziale 11 książki.

114 *Ibidem*, s. 861.

115 *Ibidem*, s. 862.

Pozwany może przedstawić przeciwdowód, potwierdzający nie tylko to, że praktyka służyła rozwiązaniu konkretnego problemu biznesowego (np. oddziaływania efektu gapowicza), lecz także, że problem ten wiązał się z powstaniem rzeczywistej szkody u producenta. Ponadto musiałby on udowodnić, że mniej zakłócające konkurencję sposoby rozwiązania owego problemu były bardziej kosztowne lub mniej efektywne. W każdej sytuacji pozwany mógłby także przedstawić argumentację podważającą dowody przedstawione wcześniej przez powoda. W jej ramach pozwany mógłby między innymi wykazać, że jego obroty nie spadły lub że spadły z innych powodów aniżeli RPM. Alternatywnie, mógłby przedstawić dowód, że obroty na całym rynku właściwym nie spadły w wyniku stosowania RPM¹¹⁶.

Na drugim biegunie względem zaprezentowanych powyżej koncepcji stosowania reguły Leegin względem RPM znalazła się propozycja T. Diaba¹¹⁷. Jego zdaniem sądy niższej instancji, korzystając z zakresu swobody nadanej im przez Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie Leegin, mogłyby przyjąć wprost niewzruszalne domniemanie braku antykonkurencyjnego skutku RPM. Byłby to zatem pierwszy i zarazem ostatni etap stosowania reguły rozsądku względem oceny dopuszczalności tego rodzaju praktyk. Według tego autora bowiem, skutki antykonkurencyjne RPM są pomijalne, i zdominowane przez skutki prokonkurencyjne. Alternatywnie autor zaproponował, by sądy dopuściły możliwość procedowania w sprawach opartych na zarzucie RPM. Po odpowiedniej liczbie spraw zakończonych brakiem udowodnienia antykonkurencyjnego charakteru RPM, praktyka ta stałaby się *de facto* dozwolona *per se*¹¹⁸.

12.6. Modelowe rozwiązanie prawne

12.6.1. Cechy modelowego rozwiązania prawnego *in abstracto*

Analiza zawarta w rozdziale 11, a także przedstawione powyżej poglądy piśmiennictwa amerykańskiego i europejskiego na obowiązujące rozwiązania prawne, prowadzą do wniosku o niejednolitości poglądów na skutki porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów. Mimo wielości teorii i opinii na ten temat przedstawiciele nauk ekonomicznych, co do zasady, nie kwestionują, że praktyki tego rodzaju mogą być szkodliwe dla konkurencji. Jednocześnie

116 *Ibidem*, s. 862–863.

117 T. Diab, *Resale Price Maintenance: Per Se Legality Revisited Per Se Legality As The Next Step in Vertical Price Restraint Jurisprudence*, „Georgetown Journal of Law and Public”, Summer 2009, vol. 7, s. 597.

118 *Ibidem*, s. 613–614.

znakomita większość z nich zgadza się z tezą, że z ich stosowaniem wiązać się mogą także pozytywne następstwa. Panuje natomiast rozbieżność poglądów odnośnie do okoliczności, które decydują o skutkach dla konkurencji danego przejawu RPM, a w jeszcze większym stopniu – prawdopodobieństwa i częstotliwości pojawiania się pozytywnych skutków ustalania cen odsprzedaży towarów. Niektórzy autorzy tak europejscy, jak i amerykańscy – za sędzią Breyerem – uznają, że pozytywne skutki RPM mogą pojawiać się jedynie wyjątkowo i mają bardziej hipotetyczny aniżeli realny wymiar. Większość autorów, jak się wydaje, twierdzi jednak, że prokonkurencyjny efekt RPM nie należy do rzadkości i uzależniony jest od określonych okoliczności rynkowych. Ostateczna weryfikacja tych założeń nie jest, jak na razie, całkowicie możliwa ze względu na, podnoszony szeroko w literaturze, brak pełnych empirycznych danych dotyczących wpływu RPM na konkurencję.

Wymienione w wyroku w sprawie Leegin, a także wskazane w wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r., kryteria służące ocenie pro- i antykonkurencyjnych skutków RPM znajdują się, jak się wydaje, najbliżej tego, co można by określić jako kompromis pomiędzy przedstawicielami nauk ekonomicznych, dotyczący sposobu oceny wpływu tych praktyk na konkurencję. To przede wszystkim na ich weryfikacji powinna opierać się ocena dopuszczalności badanych praktyk. Nie oznacza to jednak, że katalog kryteriów oceny skutków porozumień o ustaleniu cen odsprzedaży towarów, powinien być zamknięty. Z zestawienia ekonomicznych teorii dotyczących skutków RPM wynika bowiem, że sektor handlu poddany jest dynamicznym zmianom, których następstwem jest nie tylko pojawienie się nowych form czy kanałów dystrybucji, ale także częściowe zakwestionowanie niektórych paradygmatów oceny skutków rynkowych RPM. Przykładem tego jest opisane w rozdziale 11, zakwestionowanie poglądów na temat natury rywalizacji pomiędzy dystrybutorami tradycyjnymi i internetowymi, dotyczących jednostronnego oddziaływania efektu gapowicza. Dynamika zmian w obrębie sektora handlu detalicznego, na równi z niedostatecznym stanem wiedzy dotyczącym skutków RPM dla konkurencji, uniemożliwiają określenie *a priori* wyczerpującego katalogu kryteriów składających się na łatwą do zastosowania i precyzyjną regułę dotyczącą dopuszczalności tego rodzaju praktyk. Modelowe rozwiązanie prawne może co najwyżej obejmować przyjęcie reguły bezpiecznego portu, np. poprzez automatyczne wyłączenie od zakazu porozumień, RPM zawieranych pomiędzy przedsiębiorstwami, posiadającymi niewielkie udziały w rynkach właściwych zakupu lub sprzedaży towarów objętych porozumieniem, z uwzględnieniem zagrożeń wynikających ze skumulowanego efektu rynkowego równoległych wiązek tego rodzaju porozumień.

W pozostałym zakresie wzorcowe rozwiązanie prawne powinno zapewniać możliwość pełnej oceny wpływu konkretnego porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarów na konkurencję, w tym ustalenia, czy wywierają one skutki negatywne, a następnie zbilansowania ich ze skutkami pozytywnymi. Niezbędna do takiej oceny jest możliwość dysponowania przez podmiot dokonujący oceny pełnymi informacjami rynkowymi, a także jego bezstronność.

12.6.2. „Lustrzane” błędy i „lustrzane” rozwiązania

Badane rozwiązania prawne dotyczące dopuszczalności RPM nie odpowiadają określonym powyżej postulatom odnoszącym się do rozwiązania modelowego. Odmienne rezultaty stosowania reguł konkurencji UE i amerykańskiego prawa antytrustowego względem porozumień o ustalaniu cen odsprzedaży towarów są konsekwencją przyjęcia, na gruncie badanych systemów prawnych, odmiennych koncepcji ich wpływu na konkurencję. Założenia stojące u podstaw podejścia obu badanych systemów prawnych odnośnie do dopuszczalności ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów, wynikające z przyjętych wzorców normatywnych, są albo prawidłowe (prawo amerykańskie), albo w części prawidłowe (prawo unijne).

W prawie amerykańskim porozumienia tego rodzaju nie są uznawane za wywołujące *eo ipso* skutki antykonkurencyjne. Przeciwnie, skutki takie powód musi wykazać przed sądem, co oznacza domniemanie braku takich skutków, które, zgodnie z przyjętym wzorcem normatywnym, może zostać obalone przez powoda. Prawo amerykańskie zakłada pełne bilansowanie negatywnych i pozytywnych skutków RPM, uzależniając jego dopuszczalność od rezultatów takiej oceny. Zgodnie z założeniami stojącymi u podstaw pełnej reguły rozsądku możliwe jest uznanie za zgodne z prawem porozumienia, które nie wiąże się z konkretnymi efektywnościami kompensującymi skutki negatywne, a które nie wywiera negatywnych skutków brutto dla konkurencji.

Koncepcja reprezentowana przez reguły konkurencji UE nakazuje uznawać porozumienia tego rodzaju za wywołujące negatywne skutki dla konkurencji z samej swej natury. Chodzi przy tym o skutki brutto. Podejście europejskich reguł konkurencji bazuje zatem na domniemaniu ich negatywnych skutków brutto, które mogą być jednak zrekompensowane przez efektywności rynkowe odpowiadające kryteriom art. 101 ust. 3 TFUE. Jak wykazano już wcześniej założenie to jest nieprawidłowe w części odnoszącej się do porozumień typu RPM, które nie wywołują negatywnych skutków brutto dla konkurencji. W odniesieniu do pozostałych porozumień typu RPM, unijne reguły konkurencji zakładają możliwość ich wyłączenia spod zakazu.

Jak wykazano powyżej rzeczywiste rezultaty zastosowania rozwiązań wykorzystywanych w prawie amerykańskim i europejskim, oceniane z uwzględnieniem perspektywy proceduralnej i ustrojowej, nie odpowiadają pierwotnym założeniom. Wydaje się, że w przypadku badanych rozwiązań prawnych, fundamentalnym problemem jest niedostosowanie prawidłowych, co do zasady, założeń wynikających z prawa materialnego i jego sądowej wykładni, do realiów wynikających w szczególności z ram proceduralnych i ustrojowych składających się na uwarunkowania wdrażania tak unijnych reguł konkurencji, jak i amerykańskiego prawa antytrustowego. Sprawiają one, że przy założonym modelu rozkładu ciężaru dowodu, nie ma możliwości pełnej oceny skutków danego porozumienia i wyważenia jego pozytywnych oraz negatywnych efektów.

Bariery dla prawidłowego zastosowania względem oceny dopuszczalności RPM § 1 ustawy Shermana wynikają z surowych wymogów dowodowych obciążających powoda, który zwykle nie jest w stanie wykazać negatywnych skutków (brutto) porozumienia dla konkurencji w fazie przedprocesowej. W amerykańskich realiach proceduralnych ciężar dowodu wykazania skutków porozumienia o ustaleniu cen odsprzedaży towarów nie powinien zatem spoczywać na powodzie. Nie jest on bowiem zwykle w stanie dysponować dowodami negatywnego wpływu porozumienia na konkurencję we wstępnej fazie postępowania. W zamian należałoby przyjąć rozwiązanie, w którym negatywne skutki RPM dla konkurencji objęte byłyby, co do zasady, domniemaniem, a na pozwanym spoczywałby ciężar wykazania, że dane porozumienie ich nie wywołuje.

Paradoksalnie, obowiązywanie na gruncie reguł unijnych analogicznego domniemania prowadzi do błędów stanowiących lustrzane odbicie nieprawidłowości związanych ze stosowaniem amerykańskiego prawa antytrustowego. Ustanowione w utrwalonym orzecznictwie domniemanie negatywnych skutków porozumienia typu RPM nie może być w praktyce skutecznie obalone ani na gruncie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, ani na podstawie przepisu art. 101 ust. 3 TFUE. Na taki stan rzeczy składa się kilka przyczyn. Pierwszą z nich jest klasyfikacja ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów jako jednego z najcięższych ograniczeń konkurencji, w połączeniu z wypracowaną na gruncie orzecznictwa TSUE konstrukcją zakazu porozumień ograniczających konkurencję, opartą na wyraźnej dystynkcji pomiędzy porozumieniami o antykonkurencyjnym skutku i o antykonkurencyjnym celu.

Z kolei przeszkodę dla skutecznego stosowania względem RPM wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE stanowią wysokie wymagania wynikające z treści jego przesłanek. Dotyczy to w szczególności warunku wykazania niezbędnego charakteru danego ograniczenia konkurencji, lecz także przesłanek: powstania efektywności gospodarczych oraz alokacji do nabywców wynikających z nich korzyści. Aktualne orzecznictwo wymaga przy tym od przedsiębiorstwa kwantyfikacji tych korzyści, co dodatkowo utrudnia skuteczne udowodnienie ich spełnienia. Bariery dla skutecznego stosowania art. 101 ust. 3 TFUE wynikają także ze specyfiki systemu publicznoprawnego wdrażania reguł konkurencji, który opiera się na połączeniu w rękach pojedynczego organu, tj. Komisji Europejskiej, uprawnień związanych z wszczynaniem postępowań, w tym ustalaniem katalogu spraw priorytetowych, prowadzeniem postępowania dowodowego oraz orzekaniem. Jak wynika z rozważań zawartych w rozdziale 2, taki model ustroju organu konkurencji nie sprzyja skutecznemu stosowaniu omawianego wyłączenia. Organ, który wszczął postępowanie, będzie bowiem dążył raczej do jego zakończenia decyzją uznającą naruszenie oraz nakładającą na przedsiębiorstwo karę pieniężną lub zobowiązania. W opisanym modelu wdrażania reguł konkurencji wydanie przez Komisji decyzji o stwierdzeniu niestosowania na podstawie przepisu art. 10 rozporządzenia Rady nr 1/2003 mogłoby być postrzegane albo jako jej porażka, albo jako dowód na nieprawidłowe określenie priorytetów polityki ochrony konkurencji. Komisja może

bowiem spotkać się z zarzutem, że użyła swoich ograniczonych zasobów do prowadzenia postępowania w odniesieniu do stanu faktycznego, który w ostatecznym rozrachunku nie zagrażał konkurencji. Jednocześnie to Komisja, a nie przedsiębiorstwo będące stroną postępowania, ma niezbędne instrumenty umożliwiające ocenę wpływu porozumienia typu RPM na rynek, w tym na bezpośrednich i dalszych nabywców. Komisja uprawniona jest między innymi do dokonywania inspekcji u przedsiębiorstwach, nie tylko tych, które mają status strony postępowania, a także do żądania informacji od nich, a także od innych osób fizycznych i prawnych.

Jak wynika z powyższego, rozwiązania stosowane względem dopuszczalności RPM, na gruncie obu badanych systemów prawnych, obarczone są błędami, które stanowią swoje lustrzane odbicie. Na marginesie tych rozważań należy w związku z tym krytycznie odnieść się do zaprezentowanej wcześniej opinii L. Peeperkorna, jakoby wyrok w sprawie Leegin stanowił wyraz konwergencji w wymiarze transatlantyckim¹¹⁹. Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję na gruncie obu tych systemów prawnych prowadzi nie tylko do rezultatów znajdujących się na przeciwległych biegunach, ale także wynika z błędów stanowiących swoje lustrzane odbicie.

Usunięcie owych „lustrzanych błędów” wymaga przeprowadzenia „lustrzanych działań”, tj. działań o przeciwnym wektorze. Biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania proceduralne i ustrojowe, a także wynikające z utrwalonych w orzecznictwie doktryn koncepcji odnoszących się do materialnoprawnych aspektów stosowania art. 101 ust. 1 TFUE i § 1 ustawy Shermana, usunięcie tych błędów powinno polegać przede wszystkim na przeciwnej alokacji ciężaru dowodu.

12.6.3. Propozycje *de lege ferenda* w odniesieniu do systemu prawa amerykańskiego

W odniesieniu do prawa amerykańskiego, rozwiązaniem, które w najpełniejszy sposób, przy uwzględnieniu niezmiennych uwarunkowań proceduralnych i ustrojowych, realizowałoby postulat pełnej oceny pro- i antykonkurencyjnych skutków RPM, jest – proponowana przez część autorów – ocena dopuszczalności tych praktyk na podstawie skróconej (*truncated*) reguły rozsądku. Oznaczałoby to przyjęcie domniemania antykonkurencyjnych skutków RPM, które mogłoby zostać następnie obalone przez pozwanego już w fazie procesowej postępowania. Takie rozwiązanie pozwoliłoby ominąć podstawowe bariery stosowania pełnej reguły rozsądku, wynikające z braku możliwości skutecznego wykazania przez powoda negatywnych skutków RPM dla konkurencji w fazie przedprocesowej postępowania. Propozycję najbardziej zbliżoną do postulowanego rozwiązania sformułowała

¹¹⁹ L. Peeperkorn, *Resale Price...*, s. 212.

M. Lao¹²⁰. Inne rozwiązania postulujące ustrukturyzowanie reguły rozsądku, które zgłosili: C. Varney¹²¹, W. Grimes¹²², T. Lambert¹²³, A. Tor i W. Rinner¹²⁴, a także P. Areeda i H. Hovenkamp¹²⁵ zmiierają w podobnym kierunku.

W myśl tych propozycji to na powodzie ciążyłby wpierw ograniczony obowiązek dowodowy, w ramach realizacji którego musiałby on wykazać, że porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów nastąpiło oraz że spełniało jedno lub więcej standardowych i uproszczonych kryteriów świadczących o jego *prima facie* antykonkurencyjnym charakterze. Wówczas antykonkurencyjny charakter porozumienia objęty byłby domniemaniem, co powodowałoby przeniesienie ciężaru dowodu na pozwanego. Musiałby on wówczas albo wykazać, że porozumienie nie miało antykonkurencyjnego charakteru, np. ze względu na to, że doprowadziło do wzrostu sprzedaży towarów przez dostawcę, albo że z jego stosowaniem wiązały się efektywności rynkowe stanowiące przeciwwagę dla wynikającego z RPM ograniczenia konkurencji. Podejście to oparte zostało by na założeniu analogicznym do przyjętego przez FTC w sprawie *Nine West*¹²⁶ i nawiązującego do reguły zastosowanej w sprawie *Polygram Holdings*¹²⁷, zgodnie z którym porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów byłoby „nieuchronnie podejrzane” (ang. *inherently suspect*).

Propozycje zgłaszane przez wymienionych wyżej autorów różnią się zakresem i treścią wymogów dowodowych stawianych powodowi. Najbardziej szczegółowe propozycje takich rozwiązań, nawiązujące do potencjalnych negatywnych skutków RPM, opracowali: C. Varney, T. Lambert oraz P. Areeda i H. Hovenkamp. Propozycje te właściwie oddają stan dzisiejszej wiedzy na temat ekonomicznych skutków RPM. Wydaje się, że jednoznaczne rozstrzygnięcie, w jakim stopniu każda z nich realizowałaby kryteria poprawności i skuteczności, możliwe byłoby dopiero po rozpoczęciu ich stosowania, w następstwie ekonomicznej analizy

120 M. Lao, *Internet...*, s. 21.

121 C. Varney, *A Post-Leegin...*, s. 23.

122 W. Grimes, *The Path...*, s. 467.

123 T. Lambert, *Dr. Miles...*, s. 1937.

124 A. Tor, W. Rinner, *Behavioral...*, s. 858 i n. Dokonana przez tych autorów analiza behawioralna została zaprezentowana w rozdziale 11 książki.

125 Na łamach piśmiennictwa pojawiły się głosy opowiadające się za zastosowaniem koncepcji Areedy i Hovenkampa do oceny dopuszczalności RPM na gruncie obowiązującego standardu orzeczniczego; zob. m.in. A. Opalenik, *Guiding the Lower Courts in the Aftermath of Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, „Capital University Law Review”, Summer 2009, vol. 37, s. 1201 oraz M. Fiala, S. Westrich, *Leegin Creative Leather Products: What Does the New Rule of Reason Standard Mean for Resale Price Maintenance Claims*, „Antitrust Source”, August 2007, s. 5 i n.

126 Decyzja z 6 maja 2008 r. w sprawie *Nine West Group Inc.*, Docket No C-3937 dostępna pod adresem <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/05/080506order.pdf> (dostęp: 5.05.2016).

127 Wyrok Sądu Apelacyjnego dla Dystryktu Kolumbii z 22 lipca 2005 r. w sprawie *Polygram Holdings Inc. v. Federal Trade Commission*, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005), s. 34.

następstw wprowadzenia danego rozwiązania prawnego. Niemniej na szczególne uznanie zasługuje koncepcja P. Areedy i H. Hovenkampa. W sposób najbardziej pełny prowadzi ona do zmniejszenia obciążeń dowodowych spoczywających na powodzie. W myśl postulatu tych autorów warunkiem wystarczającym dla przeniesienia ciężaru dowodu na pozwanego jest bowiem wykazanie spełnienia tylko jednego z liczącej osiem kryteriów listy. Katalog tych kryteriów jest przy tym otwarty. Propozycja ta mogłaby stanowić punkt wyjścia wypracowania w orzecznictwie sądowym złożonego testu oceny „rzutem oka” (*quick look analysis*) w ramach ustrukturyzowanej reguły rozsądku. Ocena oparta na tak ustanowionym teście powinna być na tyle elastyczna, by umożliwić sądom dostosowanie jej do dynamicznie zmieniających się uwarunkowań działalności w zakresie dystrybucji.

12.6.4. Propozycje *de lege ferenda* w odniesieniu do systemu prawa UE

W odniesieniu do reguł konkurencji UE ciężar wykazania negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji powinien obciążać organ konkurencji. Jedyne w takiej sytuacji istniałoby realna możliwość zbadania skutków brutto, jakie na konkurencję wyrzucić może dane porozumienie o ustaleniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów. Jak słusznie wskazał C. Nagy, ocena w ramach stosowania art. 101 ust. 3 TFUE nie daje takich możliwości¹²⁸.

Zgodnie z tym postulatem, porozumienia te musiałyby zostać wyłączone z katalogu najcięższych ograniczeń konkurencji, a tym samym spod domniemania ich antykonkurencyjnych skutków. Komisja Europejska (względnie narodowy organ konkurencji) przeprowadzając ocenę dopuszczalności porozumienia w ramach stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, musiałaby wykazać ich negatywny skutek dla konkurencji. Ocena ta uwzględniałaby całokształt okoliczności faktycznych sprawy, w tym kontekst rynkowy stosowania porozumienia. Mogłaby ona przebiegać w szczególności na podstawie kryteriów wymienionych w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r., świadczących o pro- lub antykonkurencyjnym charakterze RPM. W przypadku porozumień, które weszły w życie, kluczowym elementem branym pod uwagę przez Komisję przy ocenie ich skutków, powinien być wpływ porozumienia na zmniejszenie sprzedaży przez dostawcę. Stanowiłby on bezpośredni dowód antykonkurencyjnego charakteru takiej praktyki. Oczywiście ocena ta powinna uwzględniać wyłącznie spadek sprzedaży spowodowany przez RPM, a nie wynikający z obiektywnych czynników rynkowych.

Proponowana zmiana nie wiązałaby się z ryzykiem, które ziściło się w Stanach Zjednoczonych, po wydaniu wyroku w sprawie Leegin, tj. braku efektywnego stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję względem antykonkurencyjnego ustalania cen odsprzedaży towarów. Biorąc pod uwagę szeroką gamę

¹²⁸ C. Nagy, *Resale Price...*, s. 363.

instrumentów proceduralnych, którymi dysponują Komisja i narodowe organy konkurencji, nie powinny mieć one problemów z wykazaniem potencjalnych negatywnych skutków takich porozumień dla konkurencji. Możliwościami takimi nie dysponują przedsiębiorstwa, a przynajmniej nie dysponują nimi w takim zakresie jak organy konkurencji. Nałożenie na organy konkurencji ciężaru wykazania antykonkurencyjnych skutków danego przejawu RPM nie oznaczałoby zatem szerokiego dopuszczenia możliwości stosowania tego rodzaju praktyk.

Jednocześnie za przyjęciem proponowanego rozwiązania przemawia także utrwalone orzecznictwo TSUE, które nakazuje klasyfikować jako porozumienia o antykonkurencyjnym celu takie praktyki wielostronne, które zawsze lub prawie zawsze prowadzą do ograniczenia konkurencji. RPM nie spełnia tego kryterium. Choć teorie ekonomiczne dają asumpt do wniosku, że ustalanie cen odsprzedaży towarów częściej wywiera skutki anty- aniżeli prokonkurencyjne, nie oznacza to jednak, że skutki takie powstają zawsze lub prawie zawsze. Na marginesie tych rozważań należy krytycznie odnieść się do niektórych głosów doktryny prawa konkurencji uznających, że większa częstotliwość występowania negatywnych niż pozytywnych skutków RPM, stanowi argument przemawiający za uznaniem, że praktyka ta ma antykonkurencyjny cel. Pomiedzy powstawaniem negatywnych skutków „zawsze lub prawie zawsze” a powstawaniem negatywnych skutków częściej aniżeli skutki pozytywne, rozpościera się bowiem szeroka przestrzeń.

Wadą proponowanego rozwiązania prawnego byłoby niewątpliwie zwiększenie kosztów prowadzenia postępowań oraz czasu niezbędnego na ich przeprowadzenie. Jest to jednak uzasadnione potrzebą osiągnięcia nadrzędnego celu, którym jest prawidłowe stosowanie reguł konkurencji oraz pozytywnym wpływem na gospodarkę tych porozumień typu RPM, których stosowanie przyczynia się do powstania efektywności rynkowych.

Problemu związanego z kosztami porozumień można by uniknąć stosując art. 101 ust. 1 TFUE w sposób bardziej elastyczny, tak jak zrobił to TSUE w sprawie *Allianz Hungaria*¹²⁹. Przypomnieć należy, że propozycję takiego podejścia względem oceny dopuszczalności RPM, sformułowali M. Ioannidou i J. Nowag¹³⁰. Wcześniej możliwość zastosowania podobnego rozwiązania rozważała także A. Jones¹³¹. Propozycja ta obejmuje wprowadzenie reguły przypominającej amerykańską koncepcję analizy „*quick look*”, która zakłada przeprowadzanie przez Komisję na gruncie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE analizy „rzutem oka”. Miałaby ona polegać na pobieżnej ocenie, według uproszczonych kryteriów, skutków takiej praktyki, celem zaklasyfikowania jej jako zakazanej ze względu na cel lub podlegającej pogłębionej ocenie ze względu na jej skutki. Z uwagi na możliwość wstępnej klasyfikacji charakteru porozumienia oraz umożliwienie pełnej oceny jego skutków

129 Wyrok w sprawie C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.

130 M. Ioannidou, J. Nowag, *Can two...*, s. 340.

131 A. Jones, *Resale Price...*, s. 479.

– tak netto, jak i brutto – podejście to wydaje się optymalne. Pozwoliłoby ono także na ustalenie się praktyki oceny dopuszczalności takich porozumień na podstawie ustrukturyzowanego testu oceny opartego na kryteriach analogicznych do tych, które Komisja wymieniła w *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych* z 2010 r. w kontekście sposobu oceny RPM. Rezultatem wprowadzenia takiego rozwiązania byłaby poprawa pewności prawnej, a tym samym stosowności proponowanego rozwiązania. Przedsiębiorstwo, dokonując wstępnej oceny planowanego lub stosowanego ustalania cen odsprzedaży towarów, zwykle byłoby w stanie samodzielnie rozstrzygnąć, czy i w jakim zakresie jego zachowanie rynkowe mogłoby budzić zastrzeżenia organu konkurencji.

Wprowadzenie takiego podejścia wymagałoby jednak kontynuacji przez TSUE linii orzeczniczej zastosowanej w sprawie *Allianz Hungaria*. W świetle późniejszych orzeczeń trybunału, które od niej odbiegały, wprowadzenie tego rozwiązania wydaje się mało realne.

Pozostając przy, jak się wydaje, bardziej prawdopodobnej do wprowadzenia propozycji klasyfikacji porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów jako porozumień, które nie mają antykonkurencyjnego celu, należy określić działania, które mogłyby ułatwić jej wprowadzenie. Jak słusznie podkreślali niektórzy przedstawiciele piśmiennictwa, warunkiem *sine qua non* realnej zmiany podejścia względem RPM jest objęcie porozumień o ustalaniu minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów zakresem katalogu klauzul szarych uregulowanych w art. 5 rozporządzenia nr 330/2010, a nie, jak jest to obecnie, listą najcięższych ograniczeń konkurencji zawartą w art. 4 tego rozporządzenia. Nie tylko umożliwiłoby to przeprowadzenie proponowanej zmiany, lecz także pozwoliło na włączenie ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów w zakres stosowania reguły *de minimis*. Wówczas porozumienia typu RPM, podobnie jak pozostałe porozumienia wertykalne, uznawane byłyby za nieograniczające odczuwalnie konkurencji, jeżeli udział w rynku każdej ze stron nie przekraczałby 15%, z uwzględnieniem obniżenia tego progu do 5% w przypadku wystąpienia skumulowanego efektu równoległych wiązek porozumień.

Wykaz skrótów

DOJ	– Department of Justice [Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych]
ECN	– European Competition Network [Europejska Sieć Konkurencji]
EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy
EWG	– Europejska Wspólnota Gospodarcza
FTC	– Federal Trade Commission [Federalna Komisja Handlu]
iKAR	– internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
Komisja	– Komisja Unii Europejskiej
NCA	– National Competition Authority [Narodowy Organ Konkurencji]
RPEiS	– „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”
RPM	– Resale Price Maintenance [ustalenie cen odsprzedaży towarów]
Sąd Najwyższy	– Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych
TFUE; Traktat	– <i>Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej</i>
TSUE; Trybunał	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	– <i>Traktat o Unii Europejskiej</i>
UE	– Unia Europejska
U.S.C.A.	– <i>United States Code Annotated</i> [Kodeks Stanów Zjednoczonych zawierający adnotacje]
WE	– Wspólnota Europejska

Bibliografia

- 20 years of the European single market. Together for new growth. Main achievements*, Directorate-General for the Internal Market and Services, European Commission, European Union, 2012, s. 7.
- ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments*, J. Jackobson et al. (eds.), ed. 6, Chicago 2007.
- Ahlborn C., Grave C., *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, „Competition Policy International” 2006, vol. 2, No 2, s. 197–217.
- Akman P., *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, „Journal of Competition Law & Economics” 2016, vol. 12(4), s. 781–833.
- Akman P., *Consumer Welfare’ and Article 82EC: Practice and Rhetoric*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, Working Paper 08-25, dostępne pod adresem: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Papers+08-25.pdf> (dostęp: 12.08.2018).
- Akman P., *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2009, vol. 29, No 2, s. 267–303.
- Akman P., *The Role of ‘Freedom’ in EU Competition Law*, „Legal Studies” 2014, vol. 34, No 2, s. 183–213.
- Alese F., *Unmasking the Masquerade of Vertical Price Fixing*, „European Competition Law Review” 2007, vol. 28(9), s. 514–526.
- Altman L., Pollack L., *The Fair Trade Era under the Miller-Tydings and McGuire Acts: History*, [w:] *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, ed. 4, Saint Paul 2011.
- An Economic Approach to Article 82* raport European Advisory Group on Competition Policy z lipca 2005 r., dostępne pod adresem: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (dostęp: 30.12.2018).
- Andriychuk O., *Rediscovering the Spirit of Competition: on the Normative Value of the Competitive Process*, „European Competition Journal” 2010, vol. 6, No 3, s. 575–610.
- Angland J., *Resale Price Maintenance in the United States: A Review and Prognosis*, „Competition Law International”, February 2008, vol. 4, No 1, s. 27–35.

- Areeda P., *The „Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues*, Federal Judicial Center, 1981.
- Areeda P., Hovenkamp H., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston–Toronto–London 1989.
- Areeda P., Hovenkamp H., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston–Toronto–London 1989, supplement.
- Areeda P., Hovenkamp H., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, ed. 2, New York 2004.
- Areeda P., Hovenkamp H., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 7, ed. 3, New York 2006.
- Areeda P., Hovenkamp H., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 8, ed. 3, New York 2010.
- Areeda P., Turner D., *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, ed. 2, Boston 1986.
- Arthur T., *The Core of Antitrust and the Slow Death of Dr. Miles*, „South Methodist University Law Review”, Spring 2009, vol. 62, s. 437–491.
- Asker J., Bar-Isaac H., *Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance*, NYU Working Paper No 2451/31609, September 2012, dostępne pod adresem: <https://pdfs.semanticscholar.org/5c80/eea834f5b088b7a70c96ae50b4391817c7a7.pdf> (dostęp: 2.01.2017).
- Asker J., Bar-Isaac H., *Raising Retailers’ Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals*, „The American Economic Review”, February 2014, vol. 104, No 2, s. 672–686.
- Ayal A., *Fairness in Antitrust*, Oxford–Portland 2016.
- Aziewicz D., *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, „iKAR” 2013, nr 3(2), s. 8–22.
- Bailey D., *Reinvigorating the Role of Article 101(3) under Regulation 1/2003*, „Antitrust Law Journal” 2016, vol. 81, s. 111–144.
- Bain J. S., *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Cambridge 1956.
- Bain J. S., *Industrial Organization*, ed. 2, New York 1959.
- Baker D., *Federalism and Futility: Hitting the Potholes on the Illinois Brick Road*, „Antitrust”, Fall 2002, vol. 17, s. 14–18.
- Baker D., *Private and Public Enforcement: Complements, Substitutes and Conflicts – A Global Perspective*, [w:] A. Ezrachi (ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2015.
- Baker J., *Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views*, „Antitrust Law Journal” 1989, vol. 5, s. 645–655.
- Baker J., *Taking the Error Out of „Error Cost” Analysis: What’s Wrong With Antitrust’s Right*, „Antitrust Law Journal” 2015, vol. 80, No 1, s. 1–38.
- Baker J., *Vertical Restraints in Times of Change: From White to Schwinn to Where?*, „Antitrust Law Journal” 1975, vol. 44, s. 537–549.
- Banaśiński C., Wierzbowska D., *Reforma prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, „Problemy Zarządzania” 2004, vol. 3, s. 35–47.

- Barnes D., *Nonefficiency Goals in the Antitrust Law of Mergers*, „William and Mary Law Review” 1989, vol. 30, s. 787–866.
- Barnes D., Fischer D., *Dr. Miles: Will the Supreme Court Find a Cure?*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, No 3, s. 1–7.
- Barr A., *Antitrust Federalism in Action – State Challenges to Vertical Price Fixing in the Post-Leegin World*, „Antitrust Source”, December 2009, vol. 9, No 2, s. 1–11.
- Baudenbacher C., Higgins I., *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, „Columbia Journal of European Law” 2002, vol. 8, s. 1–18.
- Bauer M., *Whither Dr. Miles?*, „Loyola Consumer Law Review” 2007, vol. 20, s. 1–31.
- Behrens P., *The Consumer Choice Paradigm in German Ordoliberalism and Its Impact on EU Competition Law*, [w:] P. Nihoul, N. Charbit, E. Ramundo (eds.), *Choice – A New Standard for Competition Law Analysis?*, „Concurrences Review” [New York] 2016, s. 123–152.
- Belhaj S., van der Gronden J. W., *Some Room for Competition Does not Make a Sickness Fund an Undertaking. Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector? (Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 And C-355/01 AOK)*, „European Competition Law Review” 2004, vol. 25, s. 682–687.
- Bellis J.-F., *Brief Historical Perspective on EU Competition Policy*, [w:] *Reviewing Vertical Restraints in Europe. Reform, Key Issues and National Enforcement*, J.-F. Bellis, J. M. Beneyto (eds.), Bruylant, Brussels 2012.
- Bennett M., Fletcher A., Giovanetti E., Stallibrass D., *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, „Fordham International Law Journal”, April 2010, vol. 33, s. 1278–1299.
- Bergh R. van der, *Modern Industrial Organisation versus Old-Fashioned European Competition Law*, „European Competition Law Review” 1996, vol. 17, s. 75–87.
- Bishop S., Walker M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, ed. 3, London 2010.
- Blair R., Fesmire J., *Maximum Price Fixing and the Goals of Antitrust*, „Syracuse Law Review” 1986, vol. 37, s. 43–77.
- Blair R., Harrison J., *Rethinking Antitrust Injury*, „Vanderbilt Law Review” 1989, vol. 42, s. 1539–1573.
- Blair R., Kaserman D., *Antitrust Economics*, ed. 1, Oxford 1985.
- Blair R., Lang G., *Albrecht After Arco: Maximum Resale Price Fixing Moves Toward the Rule of Reason*, „Vanderbilt Law Review” 1991, vol. 44, s. 1007–1039.
- Blair R., Schafer C., *Evolutionary Models of Legal Change and the Albrecht Rule*, „Antitrust Bulletin” 1987, vol. 32, s. 989–1006.
- Blair R., Sokol D., *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, „Antitrust Law Journal” 2012, vol. 78, No 2, s. 471–504.
- Blair R., Sokol D., *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, Issue 5, s. 2497–2541.
- Blaug M., *Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency*, „Review of Industrial Organization” 2001, vol. 19, s. 37–48.

- Bloom M., *The Great Reformer: Mario Monti's Legacy in Article 81 and cartel policy*, „Competition Policy International”, Spring 2005, vol. 1, No 1, s. 55–78.
- Bork R., *A Reply to Professors Gould and Yamey*, „Yale Law Journal” 1967, vol. 76, s. 731–743.
- Bork R., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, „Journal of Law & Economics” 1966, vol. 9, s. 7–48.
- Bork R., *Resale Price Maintenance and Consumer Welfare*, „Yale Law Journal” 1968, vol. 77, s. 950–964.
- Bork R., *The Antitrust Paradox*, New York 1978.
- Bork R., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, part 2*, „Yale Law Journal” 1966, vol. 75, s. 373–475.
- Boskovits K., *Modernization and the Role of National Courts: Institutional Choices, Power Relations and Substantive Implications*, [w:] I. Lianos, I. Kokkoris (eds.), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, The Hague 2009, s. 95.
- Boudreaux D., DiLorenzo T., Parker S., *Antitrust Before the Sherman Act: The Public Choice Perspective*, Chicago 1985.
- Boudreaux D., Ekelund R., *Inframarginal Consumers and the Per Se Legality of Vertical Restraints*, „Hofstra Law Review” 1988, vol. 17, Issue 1, s. 137–158.
- Bourgeois J., Baumé T., *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law*, College of Europe, Research Papers in Law 4/2004, dostępne pod adresem: http://aei.pitt.edu/44332/1/researchpaper_4_2004_bourgeois_baume.pdf (dostęp: 12.04.2018).
- Böhm F., *Das Problem der privaten Macht. Ein Beitrag zur Monopolfrage*, „Die Justiz” 1928, vol. 3, s. 324–345, [reprint w:] *Reden und Schriften: über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, Karlsruhe 1960.
- Böhm F., *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin 1933.
- Bowman W., *Resale Price Maintenance – A Monopoly Problem*, „The Journal of Business of the University of Chicago”, July 1952, vol. 25, No 3, s. 141–155.
- Bowman W., *The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance*, „University of Chicago Law Review” 1955, vol. 22, s. 825–873.
- Brand O., *Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies*, „Brooklyn Journal of International Law” 2006–2007, vol. 32, s. 405–466.
- Brennan T., *RPM as Exclusion: Did the US Supreme Court Stumble upon the Missing Theory of Harm?*, „The Antitrust Bulletin” 2008, vol. 53, Issue 4, s. 967–986.
- Brockmeyer K., *State Regulation of Resale Price Maintenance on the Internet: the Constitutional Problems with the 2009 Amendment to the Maryland Antitrust Act*, „Washington and Lee Law Review”, Summer 2010, s. 1111–1149.
- Bruckmann B., *Revisiting Dr. Miles: Reinstating a Modern Rule of Reason for Vertical Minimum Resale Price Agreements*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, s. 1–9.
- Brunell M., *Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in Action*, „Antitrust Bulletin” 2007, vol. 52, s. 475–529.
- Bu Q., *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.

- Calkins S., *California Dental Association: Not a Quick Look But Not the Full Monty*, „Anti-trust Law Journal” 1999, vol. 67, s. 495–557.
- Calkins S., *Summary Judgment, Motions To Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System*, „Georgetown Law Journal” 1986, vol. 74, s. 1065–1161.
- Calkins S., *Wrong Turns in Exclusive Dealing Law*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford 2009.
- Cann W., *Section 7 of the Clayton Act and the Pursuit of Economic „Objectivity” Is There Any Role for Social and Political Values in Merger Policy?*, „Notre Dame Law Review” 1985, vol. 60, s. 273–317.
- Cann W., *Vertical Restraints and the „Efficiency” Influence-Does Any Room Remain for More Traditional Antitrust Values and More Innovative Antitrust Policies?*, „American Business Law Journal” 1987, vol. 24, s. 483–540.
- Carrier M., *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, „Brigham Young University Law Review” 1999, Issue 4, s. 1267–1365.
- Carrier M., *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, „George Mason Law Review” 2009, vol. 16, s. 827–837.
- Carstensen P., *The Competitive Dynamics of Distribution Restraints: the Efficiency Hypothesis Versus the Rent-Seeking, Strategic Alternatives*, „Antitrust Law Journal” 2001, vol. 69, s. 569–609.
- Casey J., *The Rule of Reason After Leegin: Reconsidering the Use of Economic Analysis in the Antitrust Arena*, „Suffolk University Law Review” 2009, vol. 42, s. 919–938.
- Cavanagh E., *Vertical Price Restraints After Leegin*, „Loyola Consumer Law Review” 2009, vol. 21, s. 1–32.
- Cengiz F., *Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network*, „European Law Review” 2010, vol. 35(5), s. 660–677.
- Chamberlin E., *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge 1933.
- Choi Y. S., *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. 570–597.
- Clark B., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 127 S. Ct. 2705 (2007)*, „Ohio Northern University Law Review” 2008, vol. 34, s. 657–670.
- Clark C., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: Loosening The Belt On Price Fixing*, „Mercer Law Review”, Winter 2008, vol. 59, s. 767–783.
- Coate M., *Merger Enforcement at the Reagan/Bush FTC*, [w:] M. Coate, A. Kleit, *The Economics of the Antitrust Process*, Boston 1996.
- Comanor W., *The Two Economics of Vertical Restraints*, „Southwestern University Law Review” 1992, vol. 21, s. 1265–1283.
- Comanor W., *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, „Harvard Law Review”, March 1985, vol. 98, s. 983–1002.
- Comanor W., Kirkwood J., *Resale Price Maintenance and Antitrust Policy*, „Contemporary Economic Policy”, March 1985, vol. 3, s. 9–16.

- Coumes J.-M., Wilson K., *New Rules on Supply and Distribution Agreements: Main Changes of the New System*, „European Competition Law Review” 2010, vol. 31(11), s. 439–441.
- Craig P., Burca G. de, *EU Law. Text, Cases and Materials*, ed. 6, Oxford 2015.
- Crane D., *Market Power Without Market Definition*, „Notre Dame Law Review” 2014, vol. 90, No 1, s. 31–79.
- Crane D., Klovers K., Speegle A., *Private Antitrust Enforcement: Comparative and Policy Considerations*, [w:] J. Duns, A. Duke, B. Sweeney, *Comparative Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2015.
- Csatlós E., *The European Competition Network in the European Administrative System: Theoretical Concerns*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2018, vol. 11(17), s. 53–74.
- Dannemann G., *Comparative Law: Study of Similarities or Differences*, [w:] M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006.
- Daujotas R., *Leegin Case: Resale Price Maintenance vs. Consumer Welfare*. Law Comments by Rimantas Daujotas (April 2011), dostępny pod adresem: <https://ssrn.com/abstract=1866191> (dostęp: 2.04.2016).
- Davis J., Cramer E., *A Questionable New Standard for Class Certification in Antitrust Cases*, „Antitrust”, Fall 2011, vol. 26, s. 31–36.
- Davis R., *Capping The Resale Price: What Can We Do With Khan?*, „Antitrust”, Spring 1998, vol. 12, s. 33–39.
- Demsetz H., *Toward a Theory of Property Rights*, „The American Economic Review”, May 1967, vol. 57, No 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, s. 347–359.
- Deneckere R., Marvel H., Peck J., *Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition*, „American Economic Review”, September 1997, vol. 87, No 4, s. 619–641.
- Deneckere R., Marvel H., Peck J., *Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance*, „Quarterly Journal of Economics” 1996, vol. 111, s. 885–913.
- Denger M., Lipton J., *The Rule of Reason and „Leegin Policies”: the Supreme Court’s Guidance*, „Antitrust”, Fall 2007, vol. 22, s. 45–49.
- Dethmers F., Posthuma de Boer P., *Ten Years on: Vertical Agreements under Article 81*, „European Competition Law Review” 2009, vol. 30(9), s. 424–439.
- Detwiler W., *Redefining Interstate Commerce Jurisdiction Under the Sherman Act: Summit Health, Ltd v. Pinhas*, „Villanova Law Review” 1992, vol. 37, s. 373–408.
- Dewey D., *The Common-Law Background of Antitrust Policy*, „Virginia Law Review”, October 1955, vol. 41, No 6, s. 759–786.
- Diab T., *Resale Price Maintenance: Per Se Legality Revisited Per Se Legality As the Next Step in Vertical Price Restraint Jurisprudence*, „Georgetown Journal of Law and Public Policy”, Summer 2009, vol. 7, s. 597–625.
- DiLorenzo T., *The Origins of Antitrust: an Interest-group Perspective*, „International Law and Economics” 1985, vol. 5, Issue 2, s. 73–90.
- Director A., Levi E., *Law and the Future: Trade Regulation*, „Northwest University Law Review” 1956, vol. 51, s. 281–296.

- Doorn F. van, *Resale Price Maintenance in EC Competition Law: The Need for a Standardised Approach*, „SSRN Electronic Journal”, November 6, 2009.
- Doty A., *Leegin v. PSKS: New Standard, New Challenges*, „Berkeley Technology Law Journal” 2008, vol. 23, s. 656–684.
- Duke A., *Public enforcement*, [w:] J. Duns, A. Duke, B. Sweeney (eds.), *Comparative Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2015, s. 271.
- Easterbrook F., *Maximum Price Fixing*, „University of Chicago Law Review” 1981, vol. 48, s. 886–910.
- Easterbrook F., *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, „Antitrust Law Journal” 1984, vol. 53, s. 135–173.
- Ehlermann C.-D., Atanasiu I., *The Modernisation of EC Antitrust Law: Consequences for the Future Role and Function of the EC Courts*, „European Competition Law Review” 2002, vol. 23(2), s. 72–80.
- Eibl S., Schultze J.-M., *From Freiburg to Brussels and Back Again? The Seventh Revision of Germany’s Competition Law*, „European Competition Law Review” 2005, vol. 26, Issue 9, s. 526–531.
- Eisenhardt K., *Agency Theory: An Assessment and Review*, „The Academy of Management Review”, January 1989, vol. 14, No 1, s. 57–74.
- Elhauge E., Geradin D., *Global Competition Law and Economics*, Oxford & Portland, OR 2011.
- Ellis P., *Leegin Creative Leather Products v. PSKS and Vertical Restraints*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation”, Winter 2009, vol. 34, s. 569–600.
- Elzinga K., Mills D., *The Economics of Resale Price Maintenance*, „Issues in Competition Law and Policy” [ABA Section of Antitrust Law] 2008, s. 1841–1851.
- Enhancing Federal/State Cooperation, Remarks As Prepared for the National Association of Attorneys General Columbia Law School State Attorneys General Program 7–14 (Oct. 7, 2009)*, dostępne pod adresem <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-federalism-enhancing-federalstate-cooperation> (dostęp: 15.03.2017).
- Eucken W., *Die Wettbewerbsordnung und Ihre Verwirklichung*, „ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft” 1949, vol. 2, s. 1–99.
- Eucken W., *Grundsätze Der Wirtschaftspolitik*, Tübingen 1952.
- Eucken W., *Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus*, „Weltwirtschaftliches Archiv” 1932, Bd. 36, s. 297–321.
- Eucken W., *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Berlin–New York 1992.
- Eucken W., *What Kind of Economic and Social System?*, [w:] A. Peacock, H. Willgerodt (eds.), *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution*, London 1989.
- Faull J., Kjølbje L., Leupold H., Nikpay A., *Article 101*, [w:] J. Faull, A. Nikpay (eds.), *The EU Law of Competition*, ed. 3, Oxford 2014.
- Feldman G., *The Misuse of the Less Restrictive Alternative Inquiry in Rule of Reason Analysis*, „American University Law Review” 2009, vol. 58, s. 561–632.

- Fiala M., Westrich S., *Leegin Creative Leather Products: What Does the New Rule of Reason Standard Mean for Resale Price Maintenance Claims?*, „Antitrust Source”, August 2007, vol. 6, No 6, s. 1–10.
- Fidala J., *Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych*, „iKAR” 2012, nr 3(1), s. 26–42.
- Fikentscher W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. I, Tübingen 1975.
- First H., Waller S., *Antitrust’s Democracy Deficit*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, s. 2543–2574.
- Fletcher A., Hviid M., *Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM „At Its Worst”?*, „Antitrust Law Journal” 2016, vol. 81, s. 65–98.
- Fox E., *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness*, „Notre Dame Law Review” 1986, vol. 61, s. 981–1020.
- Fox E., *The Efficiency Paradox*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Fox E., *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, „Cornell Law Review”, August 1981, vol. 66, Issue 6, s. 1140–1192.
- Fox E., Sullivan L., *Cases and Materials on Antitrust*, Saint Paul 1989.
- Frenz W., *Handbook of EU Competition Law*, Berlin–Heidelberg 2016.
- Fulda C., *Resale Price Maintenance*, „The University of Chicago Law Review” 1954, vol. 21, No 2, s. 175–211.
- Gavil A., Kovacic W., Baker J., *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Saint Paul 2002.
- Geradin D., Layne-Farrar A., Petit N., *EU Competition Law and Economics*, Oxford 2012.
- Geradin D., Sadrak K., *The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017*, Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Law and Economics Research Paper Series No 2017-018.
- Gerber D., *Comparative Antitrust Law*, [w:] M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006.
- Gerber D., *Competition Law and International Trade: The European Union and the Neo-Liberal Factor*, „Pacific Rim Law & Policy Journal” 1995, vol. 37, s. 37–57.
- Gerber D., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the „New” Europe*, „American Journal of Comparative Law” 1994, vol. 42, No 1, s. 25–84.
- Gerber D., *Fairness In Competition Law: European and U.S. Experience*, Referat na Konferencję *Fairness and Asian Competition Laws* w Kyoto, 5 marca 2004, s. 3; dostęp pod adresem: http://archive.kyotogakuen.ac.jp/o_ied/information/fairness_in_competition_law.pdf (dostęp: 12.03.2017).
- Gerber D., *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford 1998.
- Gerber D., *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.

- Gerber D., *The Transformation of European Community Competition Law?*, „Harvard International Law Journal” 1994, vol. 35, s. 97–147.
- Gerber D., *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, „Fordham International Law Journal” 2007, vol. 31, Issue 5, s. 1235–1265.
- Geyskens I., Gielens K., Dekimpe M., *The Market Valuation of Internet Channel Additions*, „Journal of Marketing” 2002, vol. 66, s. 102–119.
- Gilliams H. M., *Modernisation: from Policy to Practice*, „European Law Review” 2003, vol. 4, s. 451–474.
- Ginsburg D., *Originalism and Economic Analysis: Two Case Studies of Consistency and Coherence in Supreme Court Decision Making*, „Harvard Journal of Law & Public Policy”, Winter 2010, vol. 33, No 1, s. 217–238.
- Glendon M. A., Carozza P., Picker C., *Comparative Legal Traditions*, Saint Paul 2006.
- Gould J., Preston L., *Resale Price Maintenance and Retail Outlets*, „Economica”, New Series, August 1965, vol. 32, No 127, s. 302–312.
- Gould J., Yamey B., *Professor Bork on Vertical Price Fixing*, „Yale Law Journal” 1967, vol. 76, s. 722–730.
- Gould J., Yamey B., *Professor Bork on Vertical Price Fixing. A Rejoinder*, „Yale Law Journal” 1968, vol. 77, s. 936–949.
- Graca T. da, Masson R., *The „Services” Explanation for Resale Price Maintenance: Deleterious results Missed in the Economics Literature and in Legal Decisions*, „Southern Economic Journal” 2012, vol. 79(2), s. 450–463.
- Graham C., *Methods for Determining Whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungaria*, „European Law Review” 2013, vol. 38(4), s. 542–551.
- Grether E., *Experience in California with Fair Trade Legislation Restricting Price-Cutting*, „California Law Review”, September 1936, vol. 24, s. 640–700.
- Griffiths M., *A Glorification of de minimis – the Regulation on Vertical Agreements*, „European Competition Law Review” 2000, vol. 21(5), s. 241–247.
- Grimes W., *A Dynamic Analysis of Resale Price Maintenance: Inefficient Brand Promotion, Higher Margins, Distorted Choices, and Retarded Retailer Innovation*, „The Antitrust Bulletin”, Spring 2010, vol. 55, No 1, s. 101–150.
- Grimes W., *Making Sense of State Oil Co. v. Khan: Vertical Maximum Price Fixing Under a Rule of Reason*, „Antitrust Law Journal” 1998, vol. 66, s. 567–611.
- Grimes W., *Spiff, Polish, and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited*, „California Law Review”, July 1992, vol. 80, Issue 4, s. 815–855.
- Grimes W., *The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Law of Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2008, vol. 75, No 2, s. 467–504.
- Grimes W., *The Seven Myths of Vertical Price Fixing: the Politics and Economics of a Century-Long Debate*, „Southwestern University Law Review” 1992, vol. 21, s. 1285–1316.
- Grosswald Curran V., *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, „American Journal of Comparative Law” 1998, vol. 46, s. 43–92.
- Grzejdziak Ł., *Glosa do wyroku TSUE w sprawie SELEX Sistemi Integrati S.p.A. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich oraz Eurocontrol*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.),

- Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004–2009, Warszawa 2010.
- Grzejdziak Ł., *Komentarz do rozporządzenia z 30 marca 2011 r. z w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Grzejdziak Ł., *Po owocach ich poznacie? Kilka refleksji na temat paradoksów amerykańskiego prawa antytrustowego na przykładzie sprawy Stany Zjednoczone v. Apple*, [w:] M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszcz (red.), *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017, s. 77–93.
- Grzejdziak Ł., *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczenie wolności gospodarczej*, [w:] W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, Toruń 2009.
- Gundlach G., Cannon J., Manning K., *Free Riding and Resale Price Maintenance: Insights from Marketing Research and Practice*, „The Antitrust Bulletin”, Summer 2010, vol. 55, No 2, s. 381–422.
- Gundlach G., Krotz R., *Resale Price Maintenance after Leegin: The Curious Case of Contact Lenses*, American Antitrust Institute Working Paper No 15-04, dostępny pod adresem: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712418 (dostęp: 15.04.2017).
- Gundlach G., Manning K., Cannon J., *Resale Price Maintenance: A Review and Call for Research*, American Antitrust Institute Working Paper No 14-03, April 17, 2014; dostępny pod adresem: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2014/06/WorkingPaper14-03.pdf> (dostęp: 10.05.2016).
- Hancock R. E., *Antitrust: Legal Status of Consignment Agreements*, „Tulsa Law Review” 1965, vol. 2, Issue 1, s. 55–57.
- Handler M., *The Twentieth Annual Antitrust Review 1967*, „Virginia Law Review” 1967, vol. 53, s. 1667.
- Harris N., *Leegin’s Effect on Prices: an Empirical Analysis*, „Journal of Law, Economics & Policy”, Winter 2013, vol. 9, s. 251–276.
- Harrison D., *The Allianz Hungária Case – The ECJ’s Judgment Could Have Ugly Consequences*, „Competition Law Insight” 2013, vol. 12, Issue 6, s. 10–12.
- Haw R., *Adversarial Economics in Antitrust Litigation: Losing Academic Consensus in the Battle of the Experts*, „Northwestern University Law Review” 2012, vol. 106, s. 1261–1305.
- Hawk B. E., *Antitrust in the EEC – The First Decade*, „Fordham Law Review” 1972, vol. 41, s. 229–292.
- Hawk B. E., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, „Common Market Law Review” 1995, vol. 32, Issue 4, s. 973–989.
- Herman E., *A Statistical Note on Fair Trade*, „Antitrust Bulletin” 1959, vol. 4, s. 583–592.
- Hersch P., *The Effects of Resale Price Maintenance on Shareholder Wealth: The Consequences of Schwegmann*, „Journal of Industrial Economics” 1994, vol. 42, s. 205–216.
- Heyer K., *Welfare Standards and Merger Analysis: Why Not the Best?*, „Competition Policy International”, Autumn 2006, vol. 2, s. 29–54.

- High J., *Bork's Paradox: Static vs. Dynamic Efficiency in Antitrust Analysis*, „Contemporary Economic Policy”, July 2007, vol. 3(2), s. 21–34.
- Holmes W., Mangiaracina M., *Antitrust Law Handbook*, Database updated November 2015, West/el.
- Horton T., *Fairness and Antitrust Reconsidered: An Evolutionary Perspective*, „McGeorge Law Review” 2013, vol. 44, No 4, s. 823–864.
- Hovenkamp H., *Antitrust Policy After Chicago*, „Michigan Law Review” 1985, vol. 84, s. 213–284.
- Hovenkamp H., *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, ed. 5, Saint Paul 2016.
- Hovenkamp H., *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Cambridge 2005.
- Hovenkamp H., *Vertical Integration by the Newspaper Monopolist*, „Iowa Law Review” 1984, vol. 69, s. 451–467.
- Hovenkamp H., *Vertical Restrictions and Monopoly Power*, „Boston University Law Review”, May 1984, vol. 64, No 3, s. 521–561.
- Hubbard R., *Applying the Rule of Reason to Resale Price Restraints: a Fresh Perspective*, „Antitrust”, Fall 2014, vol. 29, s. 95–99.
- Hubbard R., *Protecting Consumers Post-Leegin*, „Antitrust”, Fall 2007, s. 41–44.
- Hughes E., *The Left Side of Antitrust: What Fairness Means and Why it Matters*, „Marquette Law Review” 2009, vol. 77, Issue 2, s. 265–306.
- Impact Evaluations of Federal Trade Commission Vertical Restraint Cases*, R. Lafferty, R. Lande, J. Kirkwood (eds.), FTC, August 1984.
- Interview With Dennis W. Carlton, Deputy Assistant Attorney General for Economic Analysis, Antitrust Division, U.S. Department of Justice*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, No 3, s. 1–12.
- Ioannidou M., Nowag J., *Can Two Wrongs Make a Right? Reconsidering Minimum Resale Price Maintenance in the Light of Allianz Hungária*, „European Competition Journal” 2015, vol. 11, No 2–3, s. 340–366.
- Ippolito P., *Resale Price Maintenance. Economic Evidence from the Litigation*, Bureau of Economics Staff Report, Federal Trade Commission, April 1988; dostępny pod adresem <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/resale-price-maintenance-economic-evidence-litigation/232122.pdf> (dostęp: 23.06.2016).
- Ippolito P., *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation*, „The Journal of Law & Economics”, October 1991, vol. 34, No 2, s. 263–294.
- Jacobs M., *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, „North Carolina Law Review”, November 1995, s. 219–266.
- Jardine R., *Economic Law-Vertical Minimum Pricing in Leegin-Adrift With the Rule of Reason; Sinking With Stare Decisis; Leegin Creative Leather Prod., Inc. V. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007)*, „Wyoming Law Review” 2008, vol. 8, s. 683–702.
- Jedličková B., *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions. Theory and Practice in EU Competition Law and US Antitrust Law*, Cheltenham–Northampton 2016.
- Joerges C., *What Is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, „European Law Review” 2005, vol. 30(4), s. 461–489.

- Jones A., *Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe?*, „European Competition Journal” 2009, vol. 5, No 2, s. 479–514.
- Jones A., Sufrin B., *EU Competition Law. Text Cases and Materials*, ed. 6, Oxford 2016.
- Jones B., *Maximum Vertical Price Fixing: Making the Rule „Right”?*, „Midwest Law Review” 2000, vol. 17, s. 69–84.
- Jorde T., Lemley M., *Summary Judgment in Antitrust Cases: Understanding Monsanto and Matsushita*, „Antitrust Bulletin” 1991, vol. 36, s. 271–323.
- Jurczyk Z., *Koncepcja wpływu na handel między Państwami Członkowskimi – kryterium stosowania wspólnotowego prawa konkurencji (cz. I)*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej” 2007, nr 5, s. 40–46.
- Jurkowska-Gomułka A., *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013.
- Jurkowska-Gomułka A., *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. 33–49.
- Kauper T., *Influence of Conservative Economic Analysis on the Development of the Law of Antitrust*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford 2009.
- Kaysen C., Turner D. F., *Antitrust Policy: An Economic and Legal Study Analysis*, Cambridge 1959.
- Kelly C., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: The Final Blow To the Use of Per Se Rules in Judging Vertical Restraints – Why the Court Got It Wrong*, „Northern Illinois University Law Review”, Summer 2008, vol. 28, s. 593–647.
- Kelly K., *The Role of the Free Rider in Resale Price Maintenance: the Loch Ness Monster of Antitrust Captured*, „George Mason University Law Review”, Spring 1988, vol. 10, s. 327–381.
- Kessler J., Waller S., *International Trade and U.S. Antitrust Law*, ed. 2, 2015, WEST/el.
- Kirkwood J., Lande R., *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, „Notre Dame Law Review” 2008, vol. 84, s. 191–243.
- Kjøblye L., *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81*, „European Competition Law Review” 2004, vol. 25, s. 566–577.
- Klein B., *Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding*, „Antitrust Law Journal” 2009, vol. 76, s. 431–481.
- Klein B., *The Evolving Law and Economics of Resale Price Maintenance*, „Journal of Law & Economics”, August 2014, vol. 57, Part 2, supplement, s. 161–179.
- Klein B., Murphy K., *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, „Journal of Law & Economics” 1988, vol. 31, s. 265–297.
- Kleis M., Nicolaidis P., *The Concept of Undertaking in Education and Public Health Systems*, „European State Aid Law Quarterly” 2006, vol. 3, s. 505–508.
- Kleit A., *Efficiencies Without Economists: The Early Years of Resale Price Maintenance*, „Southern Economic Journal” 1993, vol. 59, s. 597–619.

- Kneepkens M., *Resale Price Maintenance: Economics Call For a More Balanced Approach*, „European Competition Law Review” 2007, vol. 28(12), s. 656–664.
- Kohutek K., *Modernizacja instytucji zakazu nadużycia pozycji dominującej w prawie konkurencji: nowe koncepcje oraz metody stosowania prawa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, vol. 6, s. 84–102.
- Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012.
- Korah V., *The Future of Vertical Agreements Under E.C. Competition Law*, „European Community Law Review” 1998, vol. 19(8), s. 506–513.
- Korah V., *The Judgment in Delimitis: A Milestone towards a Realistic Assessment of the Effects of an Agreement – or a Damp Squib?*, „European Intellectual Property Review” 1992, vol. 5, s. 167–176.
- Korah V., *The Paucity of Economic Analysis in the EEC Decisions on Competition Tetra Pak II*, „Current Legal Problems” 1993, vol. 46, Issue Part 2, s. 148–189.
- Kovacic W., *The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*, „Antitrust Law Journal” 2003, vol. 71, No 2, s. 377–478.
- Kovacic W., Eversley D., *An Assessment of Institutional Machinery: Methods Used in Competition Agencies and What Worked for Them*, Raport International Competition Network, Competition Policy Implementation Working Group, Subgroup 2 on Experiences of Younger Agencies, dostępny pod adresem: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_CPIInstitutionalMachinery2007.pdf (dostęp: 23.06.2016).
- Kovacic W., Hyman D., *Competition Agency Design: What’s on the Menu?*, „European Competition Journal” 2012, vol. 8, s. 527–538.
- Kovacic W., Mariniello M., *Competition Agency Design in Globalised Markets*, E15 Expert Group on Competition Policy and the Trade System, Think Piece, dostępny pod adresem: <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Competition-Kovacic-and-Mariniello-FINAL.pdf> (dostęp: 30.04.2016).
- Kowalik-Bańczyk K., *Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, nr 2, s. 24–30.
- Kozak M., *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, „iKAR” 2012, nr 4(1), s. 28–43.
- Kroes N., *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*. Wystąpienie w Fordham Corporate Law Institute, Nowy Jork, 23 września 2005 r., SPEECH/05/537, dostępny pod adresem: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en (dostęp: 30.12.2018).
- Kyprianides G. P., *Should Resale Price Maintenance be Per Se Illegal*, „European Competition Law Review” 2012, vol. 33, Issue 8, s. 376–385.
- Lackshin H. N., *Refusal to Sell: a Means of Achieving Resale Price Maintenance in Non-Fair-Trade States*, „Texas Law Review” 1958, vol. 36, s. 799.
- Laidler P., *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przewodnik*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007.

- Lambert T., *Dr. Miles is Dead. Now What?: Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance*, „William and Mary Law Review”, May 2009, vol. 50, s. 1937–2004.
- Lande R., *Wealth Transfer as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, [w:] T. Sullivan (ed.), *The Political Economy of the Sherman Act*, Oxford–New York 1991.
- Lande R., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, „Hastings Law Journal” 1999, vol. 50, Issue 4, s. 871–957.
- Lao M., *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing Explanation for Resale Price Maintenance*, [w:] R. Pitofsky (ed.), *How the Chicago Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 196.
- Lao M., *Internet Retailing and „Free-Riding”: a Post-Leegin Antitrust Analysis*, „Journal of Internet Law”, March 2011, vol. 14, No 9, s. 14–21.
- Lao M., *Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and Free Rider Issues*, „Antitrust Bulletin” 2010, vol. 55, s. 473–512.
- Law M., Kim S., *The Rise of the American Regulatory State: a View from the Progressive Era*, [w:] D. Levi-Faur (ed.), *Handbook of the Politics of Regulation*, Cheltenham 2011.
- Leary T., McDavid J., *Should Leegin Finally Bury Old Man Miles?*, „Antitrust”, Spring 2007, vol. 21, s. 66–71.
- Ledbetter M., *America’s Forgotten History. Part III: A Progressive Empire*, [b.m.w.] 2014.
- Lee L. W., *Some Models of Antitrust Enforcement*, „Southern Economic Journal” 1980, vol. 47, No 1, s. 147–155.
- Lee S., *Problems of Resale Price Maintenance*, „Journal of Marketing”, January 1959, vol. 23, No 3, s. 274–281.
- Leegin’s Unexplored „Change in Circumstance”: The Internet and Resale Price Maintenance*, „Harvard Law Review”, April 2008, vol. 121, No 6, s. 1600–1621.
- Lenaerts K., Gerard D., *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline*, „World Competition” 2004, vol. 27, Issue 3, s. 313–349.
- Lianos I., *Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints, and the Limits of Article 81(1) EC: Between Hierarchies and Networks*, „Journal of Competition Law and Economics” 2007, vol. 3, Issue 4, s. 625–672.
- Lianos I., *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, CLES Working Paper Series 3/2013, dostępne pod adresem: <https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-3-2013new.pdf> (dostęp 12.05.2019).
- Lindsay M., *Contact Lenses and Contact Sports: An Update of State RPM Laws*, „Antitrust Source”, April 2017, vol. 16, No 5, s. 1–11.
- Lindsay M., *From the Prairie to the Ocean: More Developments in State RPM Law*, „Antitrust Source”, August 2012, vol. 11, No 6, s. 1–6 i i–xv.
- Lindsay M., *Resale Price Maintenance and the World After Leegin*, „Antitrust”, Fall 2007, vol. 22, s. 32–40.
- Lodge T., Nourry A., *European Commission Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, „International Company and Commercial Law Review” 1997, vol. 8(6), s. 191–195.

- Lopatka J., *Solving the Monopoly Problem: Turner's Try*, „Antitrust Bulletin” 1996, vol. 41, s. 843–909.
- Lopatka J., *Stephen Breyer and Modern Antitrust: A Snug Fit*, „Antitrust Bulletin” 1995, vol. 40, Issue 1, s. 1–97.
- Louis M., *Vertical Distributional Restraints Under Schwinn and Sylvania: An Argument for the Continuing Use of a Partial Per Se Approach*, „Michigan Law Review” 1976, vol. 75, No 2, s. 275–310.
- Lugard P., Hancher L., *Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81(3) of the EC Treaty*, „European Competition Law Review” 2004, vol. 25, s. 410–420.
- Maci M., *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. 103–109.
- MacKey A., Smith D., *The Empirical Effects of Minimum Resale Price Maintenance*, June 16, 2014, dostępne pod adresem <http://home.uchicago.edu/mackay/files/The%20Empirical%20Effects%20of%20MRPM.pdf> (dostęp: 23.06.2016).
- Makuch A. M., *Decyzje podmiotów gospodarczych w ujęciu ekonomii behawioralnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia i Prace Wydziału Nauk Ekonomicznych i Zarządzania” 2012, nr 27, s. 125–148.
- Mandorff M., Sahl J., *The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance*, Konkurrensverket Working Paper No 1, 2003 dostępne pod adresem <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-role-of-the-equally-efficient-competitor-in-the-assessment-of-abuse-of-dominance.pdf> (dostęp: 14.08.2018).
- Manin P., *The Treaty of Amsterdam*, „Columbia Journal of European Law”, Winter–Spring, 1998, s. 1–26.
- Marco Colino S., *Reforming the Reform: the New Rules for Vertical Agreements in the EU Market Share Thresholds and Resale Price Maintenance*, [w:] J.-F. Bellis, J. M. Beneyto (eds.), *Reviewing Vertical Restraints in Europe. Reform, Key Issues and National Enforcement*, Brussels 2012.
- Marco Colino S., *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford–Portland 2010.
- Marcos F., Sánchez Graell A., *A Missing Step in the Modernisation Stairway of EU Competition Law – Any Role for Block Exemption Regulations in the Realm of Regulation 1/2003?*, „The Competition Law Review”, July 2010, vol. 6, Issue 2, s. 183–201.
- Marsden P., Whelan P., *Re-examining Trans-atlantic Similarities and Divergences in Substantive and Procedural Competition Law*, „Sedona Conference Journal”, Fall–2009, No 10, s. 23–42.
- Martin A., *The American Consumer Is not Well: Where Is Dr. Miles? [Leegin Creative Leather Prods., Inc. V. PSKS, Inc., 127 S. Ct. 2705 (2007)]*, „Washburn Law Journal”, Winter 2008, vol. 47, s. 581–604.
- Marvel H., *Resale Price Maintenance and the Rule of Reason*, „Antitrust Source”, June 2008, vol. 7, No 5, s. 1–11.

- Marvel H., *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*, „Antitrust Law Journal”, Fall 1994, vol. 63, s. 59–92.
- Marvel H., McCafferty S., *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, „The Rand Journal of Economics”, Autumn 1984, vol. 15, No 3, s. 346–359.
- Mason E. S., *Economic Concentration and the Oligopoly Problem*, Cambridge 1957.
- Mason S., *The Price is Right. After a Long Evolution in Case Law, Minimum Resale Price Agreements Are No Longer Per Se Illegal*, „Los Angeles Lawyer”, April 2009, vol. 32, s. 29–35.
- Mathewson G., Winter R., *An Economic Theory of Vertical Restraints*, „The RAND Journal of Economics”, Spring 1984, vol. 15, No 1, s. 27–38.
- Mathewson G., Winter R., *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, „Review of Industrial Organization”, 1998, vol. 13, s. 57–84.
- McGuire N., *An Antitrust Narcotic: How the Rule of Reason is Lulling Vertical Enforcement to Sleep*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 2012, vol. 45, s. 1225–1294.
- McLaren R., *Territorial and Customer Restrictions, Consignments, Suggested Retail Prices and Refusals to Deal*, „Antitrust Law Journal” 1968, vol. 37, s. 137–146.
- McMillian L., *The Proper Role of the Courts: The Mistakes of the Supreme Court in Leegin*, „Wisconsin Law Review” 2008, s. 405–461.
- Meese A., *Assorted Anti-Leegin Canards: Why Resistance is Misguided and Futile*, „Florida State University Law Review”, Summer 2013, vol. 40, s. 907–970.
- Meese A., *Property Rights and Intra-brand Restraints*, „Cornell Law Review” 2003, vol. 89, s. 553–620.
- Meese A., *Reframing the (False?) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, Issue 5, s. 2197–2251.
- Michaels R., *The Functional Method of Comparative Law*, [w:] M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006.
- Miron J., Jr., *The Constitutionality of a Complexity Exception to the Seventh Amendment*, „Chicago-Kent Law Review” 1998, vol. 73, Issue 3, s. 865–896.
- Moeschel W., *Vertical Price Fixing: Myths and Loose Thinking*, „European Competition Law Review” 2013, vol. 34(5), s. 233.
- Moloshok M., *Dr. Miles – A Rock of Ages*, „Antitrust Source”, February 2007, vol. 6, No 3, s. 1–9.
- Möschel W., *Competition Policy from an Ordo Point of View*, [w:] A. Peacock, H. Willgerodt (eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, London 1989.
- Motta M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2003.
- Motta M., Rey P., Verboven F., Vettas N., *Najcięższe ograniczenia w ramach Rozporządzenia o wyłączeniu blokowym porozumień wertykalnych: poglądy ekonomiczne*, raport dostępny pod adresem http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf (dostęp: 23.06.2018).
- Nachbar T., *The Antitrust Constitution*, „Iowa Law Review” 2014, vol. 99, s. 57–114.
- Nagy C., *EU and US Competition Law: Divided in Unity? The Rule on Restrictive Agreements and Vertical Intra-brand Restraints*, London–New York 2013.

- Nagy C., *Resale Price Fixing after the Revision of the EU Vertical Regime – a Comparative Perspective*, „Acta Juridica Hungarica” 2013, vol. 54, No 4, s. 349–366.
- Nagy C., *The Distinction Between Anti-competitive Object and Effect After Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, „World Competition” 2013, vol. 36, No 4, s. 541–564.
- Nazerali J., Cowan D., *Unlocking E.U. Distribution Rules – Has the European Commission Found the Right Keys?*, „European Competition Law Review” 2000, vol. 21(1), s. 50–56.
- Nihoul P., *„Freedom of Choice”: the Emergence of a Powerful Concept in European Competition Law*, [w:] P. Nihoul, N. Charbit, E. Ramundo (eds.), *Choice – A New Standard for Competition Law Analysis?*, „Concurrences Review” [New York] 2016.
- Nowag J., Ioannidou M., *Can Two Wrongs Make a Right? Reconsidering Minimum Resale Price Maintenance in the Light of Allianz Hungária*, „European Competition Journal” 2015, vol. 11, No 2–3, s. 340–366.
- Odudu O., *Case C-369/04, Hutchison 3G UK Ltd and Others v. Commissioners of Customs and Excise, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 June 2007, [2007] ECR-I 5247 and C-284/04, T-Mobile Austria GmbH and Others v. Republik Österreich, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 June 2007, [2007] ECR-I 5189*, „Common Market Law Review” 2008, vol. 45, Issue 4, s. 1269–1277.
- Odudu O., *The Wider Concerns of Competition Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2010, vol. 30, No 3, s. 599–613.
- Olszewski J., *Overruling Nearly a Century-Old Precedent: Why Leegin Got it Right*, „Iowa Law Review” 2008, vol. 94, s. 375–412.
- Opalenik A., *Guiding the Lower Courts in the Aftermath of Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, „Capital University Law Review”, Summer 2009, vol. 37, s. 1201–1241.
- Orbach B., *Antitrust’s Pursuit of Purpose*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, s. 2151–2156.
- Ornstein S., Hanssens D., *Resale Price Maintenance: Output Increasing or Restricting? The Case of Distilled Spirits in the United States*, „Journal of Industrial Economics”, September 1987, vol. 36, No 1, s. 1–18.
- Oster S., *Levi Strauss*, [w:] *Impact Evaluations of Federal Trade Commission Vertical Restraint Cases*, R. Lafferty, R. Lande, J. Kirkwood (eds.), FTC, August 1984, s. 47.
- Overstreet T., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, November 1983.
- Overstreet T., Fisher A., *Resale Price Maintenance and Distributional Efficiencies: Some Evidence from the Past*, „Contemporary Economic Policy” 1985, vol. 3, Issue 3, s. 43–58.
- Page W., *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*, „Virginia Law Review”, October 1989, vol. 75, s. 1221–1398.
- Paldor I., *RPM as an Exclusionary Practice*, „Antitrust Bulletin”, Summer 2010, vol. 55, No 2, s. 309–347.
- Paldor I., *The Vertical Restraints Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non-Price Vertical Restraints*, „University of Toronto Law Journal”, Summer 2008, vol. 58, s. 317–353.

- Peeperkorn L., *New European Rules for Supply and Distribution Agreements*, [w:] *Reviewing Vertical Restraints in Europe. Reform, Key Issues and National Enforcement*, J.-F. Bellis, J. M. Beneyto (eds.), Brussels 2012, s. 51.
- Peeperkorn L., *Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies*, „European Competition Journal” 2008, vol. 4(1), s. 201–212.
- Peritz R., *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*, Oxford 1996.
- Piraino T., Jr., *Reconciling the Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis*, „Southern California Law Review”, March 1991, vol. 64, s. 685–739.
- Pitofsky R., *Are Retailers Who Offer Discounts Really „Knaves”?: The Coming Challenge to the Dr. Miles Rule*, „Antitrust”, Spring 2007, vol. 21, s. 61–65.
- Pitofsky R., *Does Antitrust Have a Future?*, „Georgetown Law Journal” 1987, vol. 76, s. 321–337.
- Pitofsky R., *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*, „Georgetown Law Journal” 1983, vol. 71, s. 1487–1495.
- Pitofsky R., *The Political Content of Antitrust*, „University of Pennsylvania Law Review” 1979, vol. 127, s. 1051–1075.
- Poddar D., Gill K., *Australia: First Authorisation of Resale Price Maintenance?*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2016, vol. 7, No 3, s. 212–218.
- Polden D., *Antitrust Standing and the Rule Against Resale Price Maintenance*, „Cleveland State Law Review” 1989, vol. 37, s. 179–226.
- Pollock E., *Alternative Distribution Methods After Schwinn*, „Northwestern University Law Review” 1968, vol. 63, s. 595–610.
- Posner R., *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, „Columbia Law Review” 1975, vol. 75, s. 282–327.
- Posner R., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, „University of Pennsylvania Law Review”, April 1979, vol. 127, s. 925–948.
- Posner R., *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, „University of Chicago Law Review” 1981, vol. 48, s. 6–26.
- Posner R., *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, „University of Chicago Law Review” 1977, vol. 45, No 1, s. 1–20.
- Powell J., Menendian S., *Beyond Public/Private: Understanding Excessive Corporate Prerogative*, „Kentucky Law Journal” 2011, vol. 100, s. 43–124.
- Pugliese P., Mundim M., *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.
- Rabel E., *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, München 1925, reprint w: E. Rabel, *Gesammelte Aufsätze*, vol. 3, Tübingen 1967.
- Rabel E., *On Institutes for Comparative Law*, „Columbia Law Review” 1947, vol. 47, s. 227–237.
- Rabel E., *Recht des Warenkaufs*, t. I, Berlin 1936.
- Rabel E., *Recht des Warenkaufs*, t. II, Berlin 1957.
- Raymond H. J., *Your Money or Your Line*, „The New York Times”, February, 9, 1859.

- Rees R., *Competition Policy and Public Enterprise in the European Community*, [w:] A. Mourik van (ed.), *Development in European Community Policy*, EIPA, Maastricht 1996.
- Reeves T., Brentford P., *A New Competition Policy for a New Millennium?*, „International Company and Commercial Law Review” 2000, vol. 11(3), s. 75–81.
- Reimann M., *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. 671–700.
- Reindl A. P., *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a More Sensible Analytical Approach*, „Fordham International Law Journal” 2011, vol. 33, Issue 4, s. 1300–1333.
- Rey P., Tirole J., *The Logic of Vertical Restraints*, „The American Economic Review”, December 1986, vol. 76, No 5, s. 921–939.
- Rheinstein M., *Comparative Law-Its Functions, Methods, and Usages*, „Arkansas Law Review & Bar Association Journal” 1968, vol. 22, No 3, s. 415–425.
- Rheinstein M., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, ed. 2, München 1987.
- Ridyard D., *Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation*, „European Competition Law Review” 1994, vol. 15, s. 255–262.
- Rieter H., Schmolz M., *The Ideas of German Ordoliberalism 1938–45: Pointing the Way to a New Economic Order*, „European Journal of the History of Economic Thought” 1993, vol. 1, Issue 1, s. 87–114.
- Robinson S., *Recent Antitrust Developments: 1974*, „Columbia Law Review” 1975, vol. 75, s. 243–281.
- Rodger B. J., *Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective*, „Columbia Journal of International Law” 2000, vol. 6, Issue 3, s. 289–320.
- Romano R., *Double Moral Hazard and Resale Price Maintenance*, „The RAND Journal of Economics”, Autumn 1994, vol. 25, No 3, s. 455–466.
- Röpke W., *German Commercial Policy*, London 1934.
- Roszkowski M., *State Oil Company v. Khan and the Rule of Reason: The End of Intra-brand Competition?*, „Antitrust Law Journal” 1998, vol. 66, No 3, s. 613–640.
- Roszkowski M., *Vertical Maximum Price Fixing: in Defense of Albrecht*, „Loyola University Chicago Law Journal” 1992, vol. 23, Issue 2, s. 209–239.
- Roundtable Conference with Enforcement Officials*, „Antitrust Source”, April 2009, vol. 8, No 4, s. 1–15.
- Rüstow A., *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, „Der Deutsche Volkswirt” [Berlin] 1932, Bd. 7, Nr 6, s. 169–172.
- Rüstow A., *Zwischen Kapitalismus und Kommunismus*, „ORDO” 1949, s. 100–169.
- Ryan S., Fountoukakos K., *A New Substantive Test for EU Merger Control*, „European Competition Law Review” 2005, vol. 26, s. 277–296.
- Sabbey N., *Private Antitrust Suits: The In Pari Delicto Defense*, „Boston College Industrial and Commercial Law Review”, Fall 1968, vol. 10, Issue 1, s. 172–180.
- Salop S., *Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard*, „Loyola Consumer Law Review” 2010, vol. 22, s. 336–353.
- Sauter W., *The Economic Constitution of the European Union*, „Columbia Journal of European Law”, Winter–Spring 1998, s. 27–68.

- Schechter R., *A Retrospective on the Reagan FTC: Musings on the Role of an Administrative Agency*, „Administrative Law Review”, Fall 1990, vol. 42, No 4, s. 489–517.
- Scherer F., Ross D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, ed. 3, Boston 1990.
- Schmitthoff M., *The Science of Comparative Law*, „The Cambridge Law Journal” 1939, vol. 7, Issue 1, s. 94–110.
- Schwab A., Steinle C., *Pitfalls of the European Competition Network – why Better Protection of Leniency Applicants and Legal Regulation of Case Allocation is Needed*, „European Competition Law Review” 2008, vol. 29(9), s. 523–531.
- Shepard L., *The Economic Effects of Repealing Fair Trade Laws*, „The Journal of Consumer Affairs”, Winter 1978, vol. 12, No 2, s. 220–236.
- Silcock T., *Some Problems of Price Maintenance*, „Economic Journal” 1938, vol. 48, No 189, s. 42–51.
- Simon H. A., *Motivational and Emotional Controls of Cognition*, „Psychological Review” 1967, vol. 74, No 1, s. 29–39.
- Simon H. A., *Podejmowanie decyzji kierowniczych*, Warszawa 1982.
- Shulman H., *The Fair Trade Acts and the Law of Restrictive Agreements Affecting Chattels*, „The Yale Law Journal”, February 1940, vol. 49, No 4, s. 607–625.
- Skarżyński R., *Państwo i społeczna gospodarka rynkowa. Główne idee polityczne ordoliberalizmu*, Warszawa 1994.
- Skoczny T., *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, nr 2, s. 77–98.
- Skoczny T., *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe, prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003.
- Skoczny T., *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej*, [w:] C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawnno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005.
- Skitol R., *The Shifting Sands of Antitrust Policy: Where it Has Been, Where it is Now, Where it Will Be in its Third Century*, „Cornell Journal of Law and Public Policy”, Fall 1999, vol. 9, Issue 1, s. 239–266.
- Soames T., Maudhuit S., *Changes in EU Merger Control: Part 2*, „European Competition Law Review” 2005, vol. 26, s. 75–82.
- Soyez F., *The Compatibility of MFN Clauses with EU Competition Law*, „European Competition Law Review” 2015, vol. 36(3), s. 107–111.
- Stedman J. C., *The German Decartelization Program the Law in Repose*, „University of Chicago Law Review” 1950, vol. 17, Issue 3, s. 441–457.
- Stefano G. de, *The New EU „Vertical Restraints Regulation”: Navigating the Vast Sea beyond Safe Harbours and Hardcore Restrictions*, „European Competition Law Review” 2010, vol. 31(12), s. 487–490.
- Steiner J., Woods L., Twigg-Flesner Ch., *EU Law*, Oxford 2006.
- Steiner R., *How Manufacturers Deal with the Price-Cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient?*, „Antitrust Law Journal” 1997, vol. 65, No 2, s. 407–448.

- Steuer R., *Khan and the Issue of Dealer Power-Overview*, „Antitrust Law Journal” 1998, vol. 66, s. 531–536.
- Streit M., *Economic Order, Private Law and Public Policy: The Freiburg School of Law and Economics in Perspective*, „Journal of International and Theoretical Economics” 1992, vol. 148, s. 675–704.
- Streit M., Mussler W., *The Economic Constitution of the European Community: From „Rome” to „Maastricht”*, „European Law Journal” 1995, vol. 5, s. 5–30.
- Stucke M., *Reconsidering Antitrust’s Goals*, „Boston College Law Review” 2012, vol. 53, s. 551–629.
- Subiutto R., Amato F., *The Reform of the European Competition Policy Concerning Vertical Restraints*, „Antitrust Law Journal” 2001, vol. 69, s. 147–193.
- Sufrin B., *The Evolution of Article 81 (3) of the EC Treaty*, „Antitrust Bulletin”, Winter 2006, vol. 51, No 4, s. 915–981.
- Sullivan L., *Handbook of the Law of Antitrust*, Saint Paul 1977.
- Sullivan L., Grimes W., Sagers C., *The Law of Antitrust. An Integrated Handbook*, ed. 3, Saint Paul 2016.
- Svetlicinii A., Bernatt M., Botta M., *The „Dark Matter” in EU Competition Law: Non-Infringement Decisions in the New EU Member States Before and After Tele 2 Polska*, „European Law Review”, June 2018, vol. 43(3), s. 424–446.
- Szpringer W., *Pozaeuropejskie ustawy antymonopolowe*, Warszawa 1995.
- Taralson J., *What Would Sherman Do? Overturning the Per Se Illegality of Minimum Vertical Price Restraints Under the Sherman Act in Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Was not as Reasonable as it Seemed*, „Hamline Law Review”, Spring 2008, vol. 31, s. 549–591.
- Taussig F., *Price Maintenance*, „American Economic Review” 1916, vol. 6, No 1, supplement, s. 170–184.
- Telser L., *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, „The Journal of Law & Economics”, October 1960, vol. 3, s. 86–105.
- Tokarczyk R., *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008.
- Tor A., Rinner W., *Behavioral Antitrust: a New Approach to the Rule of Reason after Leegin*, „University of Illinois Law Review” 2011, s. 805–863.
- Townley C., *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford 2009.
- Trebilcock M., Iacobucci E., *Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate*, „Loyola University Chicago Law Journal” 2010, vol. 41, Issue 3, s. 455–477.
- Turner D., *The Durability, Relevance, and Future of American Antitrust Policy*, „California Law Review” 1987, vol. 75, No 3, s. 797–815.
- Ullrich H., *Joined Cases 25 and 26/84, Ford Werke A.G. and Ford of Europe Inc. v. Commission of the European Communities, Judgment of 17 September 1985. Application under Art. 173(2) of the EEC Treaty for a declaration that the Commission decision of 16 November 1983 (O. J. 1983, L 327/31) relating to a procedure under Art. 85 EEC Treaty was void*, „Common Market Law Review” 1986, vol. 23, Issue 2, s. 449–465.
- Ulrich R. G., *United States v. Parke Davis*, „Marquette Law Review”, Summer 1960, vol. 44, Issue 1, Article 11, s. 120–125.

- Vaheesan S., *The Evolving Populism of Antitrust*, „Nebraska Law Review” 2014, vol. 93, Issue 2, s. 370–428.
- Vandenborre I., Frese M. J., *Most Favoured Nation Clauses Revisited*, „European Competition Law Review” 2014, vol. 35(12), s. 588–593.
- Varney C., *Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation, remarks delivered at Columbia Law School*, October 7, 2009, dostępne pod adresem <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/250635.pdf> (dostęp: 2.05.2016).
- Varney C., *A Post-Leegin Approach to Resale Price Maintenance Using a Structured Rule of Reason*, „Antitrust”, Fall 2009, vol. 24, s. 22–26.
- Velez M., *The Tenuous Evolution of Resale Price Maintenance*, „European Competition Law Review” 2011, vol. 32, Issue 6, s. 297–302.
- Venit J., *Cooperation, Initiative and Regulation – A Cross Cultural Inquiry*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, London 2008.
- Verhoef P. C., Neslin S. A., Vroomen B., *Multichannel Customer Management: Understanding the Research Shopper Phenomenon*, „International Journal of Research in Marketing” 2007, vol. 24, s. 129–148.
- Verras N., *Resale Price Maintenance in E.U. Competition Law: Thoughts in Relation to the Vertical Restraints Review Procedure*, „The Columbia Journal of Law Online” 2009, vol. 16, s. 37–41.
- Vickers J., *Competition Law and Economics: a Mid-Atlantic Viewpoint*, „European Competition Journal” 2007, vol. 3, No 1, s. 1–15.
- Vickers J., *Merger Policy in Europe. Retrospect and Prospect*, „European Competition Law Review” 2004, vol. 25, s. 455–463.
- Voorhees T., Jr., *Reasoning Through the Rule of Reason for RPM*, „Antitrust”, Fall 2012, vol. 28, s. 58–63.
- Waller S., *Justice Stevens and the Rule of Reason*, „Southern Methodist University Law Review” 2009, vol. 62, s. 693–724.
- Waller S., Popal O., *The Fall and Rise of the Antitrust Class Actions*, „World Competition” 2016, vol. 39, Issue 1, s. 29–55.
- Weitbrecht A., *From Freiburg to Chicago and Beyond – the First 50 Years of European Competition Law*, „European Competition Law Review” 2008, vol. 29, Issue 22, s. 81–88.
- Wells W. C., *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, New York 2003.
- Whish R., Bailey D., *Competition Law*, ed. 9, Oxford 2018.
- Wijckmans F., Tuytschaever F., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford 2011.
- Winter R., *Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition*, „The Quarterly Journal of Economics”, February 1993, vol. 108, No 1, s. 61–76.
- Winterscheid J., Ward M., *Two Part Harmony: New Rules for Vertical Agreements Under European Union Competition Policy*, „Antitrust”, Summer 2000, vol. 14, s. 52–56.
- Witt A. C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford–Portland 2016.
- Wolff R., Holthausen D., *The Control of Retail Prices Under the Fair Trade Laws*, „Dun’s Review”, July 1938, vol. 46, s. 15–22.

- Wright J., *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy*, Statement Before the British Institute of International and Comparative Law of April 9, dostępne pod adresem: <https://www.ftc.gov/public-statements/2014/04/economics-resale-price-maintenance-implications-competition-law-policy-0> (dostęp: 23.06.2016).
- Wright J., Ginsburg D., *The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 81, s. 2405–2423.
- Yamey B., *Introduction: The Main Economic Issues*, [w:] *Resale Price Maintenance: A Comparative American-European Perspective*, B. Yamey (ed.), Chicago 1966.
- Yamey B., *Origins of Resale Price Maintenance*, „Economic Journal” 1952, vol. 62, No 247, s. 522–545.
- Yamey B., *Resale Price Maintenance*, Chicago 1966.
- Yamey B., *The Economics of Resale Price Maintenance*, New York–London 1954.
- Zawłocka-Turno A., Turno B., *Ustalenie 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. 71–87.
- Zevgolis N. E., *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.
- Zhang J., Farris P. W., Irvin J. W., Kushwaha T., Steenburgh T. J., Weitz B. A., *Crafting Integrated Multichannel Retailing Strategies*, working paper 09-125, Harvard Business School, dostępny pod adresem <https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/09-125.pdf> (dostęp: 5.06.2016).
- Zimmerman E., *Distribution Restrictions After Sealy and Schwinn*, „Antitrust Bulletin” 1967, vol. 12, s. 1181–1189.
- Zimmermann A., *Sony, Samsung Rein In Retailers' Discounts on TVs*, „The Wall Street Journal”, 23 maja 2012 r., dostępny pod adresem <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304791704577420383631021786> (dostęp: 12.03.2016).
- Zorn B., Feldman G., *Business Under the New Price Laws*, Prentice-Hall, Inc., New York 1937.
- Zweigert K., *Methodological Problems in Comparative Law*, „Israel Law Review” 1972, vol. 7, Issue 4, s. 465–474.
- Zweigert K., Kötz H., *Introduction to Comparative Law*, ed. 3, Oxford 1998.

Spis orzeczeń i decyzji

Wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

- 25/62, Plaumann & Co. v. Komisja, ECLI:EU:C:1963:17
56/65, Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH, ECLI:EU:C:1966:38
56 i 58/64, Consten i Grundig, ECLI:EU:C:1966:41
5/69, Völk, ECLI:EU:C:1969:35
41/69, ACF Chemiefarma v. Komisja, ECLI:EU:C:1970:71
40/70, Sirena v. Eva, ECLI:EU:C:1971:18
22/70, Komisja v. Rada (AETR), ECLI:EU:C:1971:32
78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft MBH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, ECLI:EU:C:1971:59
22/71, Béguelin Import, EU:C:1971:113
48/69, Imperial Chemical Industries Ltd (ICI) v. Komisja, ECLI:EU:C:1972:70
8/72, Vereeniging van Cementhandelaren v. Komisja, ECLI:EU:C:1972:84
6/72, Europemballage i Continental Can v. Komisja, ECLI:EU:C:1973:22
6/73 i 7/73, Commercial Solvents, ECLI:EU:C:1974:18
127/73, BRT i SABAM, ECLI:EU:C:1974:25
15 i 16/74 Centrafarm v. Sterling Drug, ECLI:EU:C:1974:115
40/73, Suiker Unie i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:1975:174
78/76, Steinike und Weinlig v. Niemcy, ECLI:EU:C:1977:52
26/76, Metro SB-GROSSMÄRKTE GmbH & Co. KG v. Komisja, ECLI:EU:C:1977:167
19/77, Miller International Schallplatten GmbH v Commission, ECLI:EU:C:1978:19
28/77, Tepea v. Komisja ECLI:EU:C:1978:133
85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Komisja, ECLI:EU:C:1979:36
32/78, 36-82/78, BMW Belgium i in. v. Komisja ECLI:EU:C:1979:191
99/79, Lancôme i Cosparfrance Nederland, EU:C:1980:193
209/78-215/78 i 218/78, Van Landewyck i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:1980:248
31/80, L'Oréal, EU:C:1980:289
60/81, International Business Machines Corporation v. Komisja, ECLI:EU:C:1981:264
100-103/80, Musique Diffusion Française SA v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:158

- 107/82, AEG v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:293
96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 IAZ International Belgium i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:310
322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja, ECLI:EU:C:1983:313
43 i 63/82 VBVB i VBBB v. Komisja, ECLI:EU:C:1984:9
C-86/82, Hasselblad v. Komisja, EU:C:1984:65
29/83 i 30/83, Compagnie royale asturienne des mines i Rheinzink v. Komisja, EU:C:1984:130
170/83 Hydrotherm v. Compact, ECLI:EU:C:1984:271
229/83, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc, Paris, SA Thouars distribution et autres, Sainte-Verge i Sàrl 'Au blé vert', Thouars, ECLI:EU:C:1985:1
123/83, Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Guy Clair, ECLI:EU:C:1985:33
243/83, SA Binon & Cie i SA Agence et messageries de la presse, ECLI:EU:C:1985:284
299/83, SA Saint Herblain i in., ECLI:EU:C:1985:326
42/84, Remia BV i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:1985:327
25 i 26/84, Ford v. Komisja, ECLI:EU:C:1985:340
31/85, ETA Fabriques d'Ébauches, EU:C:1985:494
161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1986:41
75/84, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Komisja (Metro II) ECLI:EU:C:1986:399
142 i 156/84, British-American Tobacco Company Ltd i R. J. Reynolds Industries Inc. v. Komisja, ECLI:EU:C:1987:133
118/85, Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1987:283
311/85, VVR v. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, ECLI:EU:C:1987:418
142/84 i 156/84 BAT i Reynolds v. Komisja ECLI:EU:C:1987:490
27/87, Louis Erauw-Jacquery SPRL v. La Hesbignonne, ECLI:EU:C:1988:183
30/87, Bodson v. Pompes Funèbres, ECLI:EU:C:1988:225
66/86 Ahmed Saeed Flugreisen i in. v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs, ECLI:EU:C:1989:140
277/87, Sandoz Prodotto Farmaceutici SpA v. Komisja ECLI:EU:C:1990:6
C-234/89, Stergios Delimitis v. Henniger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91
C-41/90, Klaus Höfner i Fritz Elser v. Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161
62/86 AKZO Chemie v. Komisja ECLI:EU:C:1991:286
C-364/92, SAT Fluggesellschaft (Eurocontrol) ECLI:EU:C:1994:7
C-70/93, BMW v. ALD, ECLI:EU:C:1995:344
C-73/95 P Viho Europe BV v. Komisja, ECLI:EU:C:1996:405
C-282/95 P Guérin automobiles v. Komisja, ECLI:EU:C:1997:159
C-343/95 Diego Cali, ECLI:EU:C:1997:160
C-306/96, Javico v. Yves Saint Laurent Parfums, ECLI:EU:C:1998:173
C-386/96 P, Société Louis Dreyfus & Cie v. Komisja, ECLI:EU:C:1998:193
C-7/95 P, John Deere v. Komisja, ECLI:EU:C:1998:256
C-8/95 P, New Holland Ford v. Komisja, ECLI:EU:C:1998:257

- C-35/96, Komisja v. Włochy, ECLI:EU:C:1998:303
C-279/95 P, Langnese-Iglo GmbH v. Komisja, ECLI:EU:C:1998:447
C-215/96 i C-216/96 Bagnasco i in., ECLI:EU:C:1999:12
C-235/92 P Montecatini v. Komisja, ECLI:EU:C:1999:362
C-49/92 P, Komisja v. Anic Partecipazioni, EU:C:1999:356
C-199/92 P, Hüls v. Komisja, ECLI:EU:C:1999:358
C-22/98, postępowanie karne przeciwko Becu, ECLI:EU:C:1999:419
C-180-184/98, Pavel Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428
C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan i Bernard Crehan v. Courage Ltd i in., ECLI:EU:C:2001:465
C-475/99, Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz i in., ECLI:EU:C:2001:577
C-218/00, Cisl di Battistelo Venanzio, ECLI:EU:C:2002:36
C-309/99, Wouters i in., ECLI:EU:C:2002:98
C-82/01 P Aéroports de Paris v. Komisja, ECLI:EU:C:2002:617
C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, Aalborg Portland i in. v. Komisja, ECLI:EU:C:2003:85
C-2/01 P i C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV i Komisja v. Bayer AG, ECLI:EU:C:2004:2
C-189/02 P, C-202/02 P, C-205-208/02 P i C-213/02 P, Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH i in., KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH i ABB Asea Brown Boveri Ltd przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:2005:408
C-222/04 Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA i Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato i Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, ECLI:EU:C:2006:8
C-237/04, Enirisorse v. Sotarbo, ECLI:EU:C:2006:197
C-551/03 P, General Motors BV przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:2006:229
C-74/04 P, Komisja v. Volkswagen AG, ECLI:EU:C:2006:460
C-295-298/04, Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico i Pasqualina Murgolo v. Assitalia SpA., ECLI:EU:C:2006:461
C-519/04, David Meca Medina i Igor Majcen v. Komisja, ECLI:EU:C:2006:492
C-238/05, Asnef-Equifax i Administración del Estado, ECLI:EU:C:2006:734
C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) v. Compañía Española de Petróleos SA, ECLI:EU:C:2006:784
C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio, ECLI:EU:C:2008:376
C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL ECLI:EU:C:2008:485
C-209/07, Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, ECLI:EU:C:2008:643
C-202/07 P, France Télécom v. Komisja, ECLI:EU:C:2009:214
C-280/07, Pedro IV Servicios SL v. Total España SA, ECLI:EU:C:2009:215
C-8/08, T-Mobile Netherlands i in., EU:C:2009:343
C-501/06 P, GlaxoSmithKline Services i in. przeciwko Komisji i in., ECLI:EU:C:2009:610

- C-280/08, Deutsche Telekom v. Komisja, ECLI:EU:C:2010:603
C-260/09 P, Activision Blizzard Germany GmbH v. Komisja, ECLI:EU:C:2011:62
C-52/09, Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:83
C-375/09, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v. Tele 2 Polska sp. z o.o.,
devenue Netia SA, ECLI:EU:C:2011:270
C-403/08 i C-429/08, Football Association Premier League i in., ECLI:EU:C:2011:631
C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v. Président de l'Autorité de la concurrence,
Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, ECLI:EU:C:2011:649
C-209/10, Post Danmark A/S v. Konkurrenserådet, ECLI:EU:C:2012:172
C-226/11, Expedia, ECLI:EU:C:2012:795
C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. i in. v. Gazdasági Versenyhivatal, ECLI:EU:
C:2013:160
C-439/11 P, Ziegler v. Komisja, ECLI:EU:C:2013:513
C-382/12 P, MasterCard *et al.* v. Komisja, ECLI:EU:C:2014:2201
C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB) v. Komisja, ECLI:EU:C:2014:2204
C-286/13 P, Dole Food Company, Inc. i Dole Fresh Fruit Europe v. Komisja, ECLI:EU:
C:2015:184
C-172/14, ING Pensii, Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat
SA v. Consiliul Concurenței, ECLI:EU:C:2015:484
C-345/14, Maxima Latvija, EU:C:2015:784
C-373/14 P, Toshiba Corporation v. Komisja, ECLI:EU:C:2016:26
C-413/14 P, Intel v. Komisja, ECLI:EU:C:2017:632

Opinie Rzeczników Generalnych

- Opinia Rzecznika Generalnego Legera w sprawie C-309/99, Wouters i in., ECLI:EU:
C:2001:390
Opinia Rzecznika Generalnego Legera w sprawie C-57/02 P, Compañía española para la
fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox) v. Komisja, ECLI:EU:C:2004:666
Opinia Rzecznika Generalnego Jacobsa w sprawie C-222/04, Ministero dell'Economia
e delle Finanze przeciwko Cassa di Risparmio di Firenze SpA and Fondazione Cassa
di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, ECLI:EU:
C:2005:655
Opinia Rzecznika Generalnego Maduro w sprawie C-205/03 P, Federación Española de
Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Komisja, ECLI:EU:C:2005:666
Opinia Rzecznik Generalnej Kokott w sprawie C-8/08, T-Mobile Netherlands i in., ECLI:
EU:C:2009:110
Opinia Rzecznika Generalnego Wahla w sprawie C-67/13 P, Groupement des cartes banca-
ires (CB) v. Komisja Europejska, ECLI:EU:C:2014:2204
Opinia Rzecznika Generalnego Szpunara w sprawie C-74/14, „Eturas” UAB i in. v. Lietu-
vos Respublikos konkurencijos taryba, ECLI:EU:C:2015:493
Opinia Rzecznika Generalnego Pietera verLorena van Themaata w sprawie 161/84, Pro-
nuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1985:261

Wyroki Sądu Unii Europejskiej

- T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v. Komisja, ECLI:EU:T:1990:41
T-69 i 76/89, RadioTelefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Komisja, ECLI:EU:T:1991:41
T-7/89, Hercules Chemicals v. Komisja, ECLI:EU:T:1991:75
T-11/89, Shell v. Komisja, ECLI:EU:T:1992:33
T-13/89, ICI v. Komisja, ECLI:EU:T:1992:35
T-17/93, Matra Hachette v. Komisja Europejska, ECLI:EU:T:1994:89
T-83/91, Tetra Pak International SA v. Komisja, ECLI:EU:T:1994:246
T-34/92, Fiatagri UK Ltd i New Holland Ford v. Komisja, ECLI:EU:T:1994:258
T-35/92, John Deere v. Komisja, ECLI:EU:T:1994:259
T-141/89, Tréfileurope v. Komisja ECLI:EU:T:1995:62
T-143/89, Ferriere Nord v. Komisja, ECLI:EU:T:1995:64
T-7/93, Langnese-Iglo GmbH v. Komisja, ECLI:EU:T:1995:98
T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94, European Night Services, ECLI:EU:T:1998:198
T-176/95, Accinauto v. Komisja ECLI:EU:T:1999:100
T-228/97, Irish Sugar plc v. Komisja, ECLI:EU:T:1999:246
T-25-26/95, T-30-32/95, T-34-39/95, T-42-46/95, T-48/95, T-50-65/95, T-68-71/95, T-87-88/95, T-103-104/95, Cimenteries CBR SA v. Komisja ECLI:EU:T:2000:77
T-62/98, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:180
T-41/96, Bayer AG v. Komisja (Adalat), ECLI:EU:T:2000:242
T-128/98, Aéroports de Paris v. Komisja, ECLI:EU:T:2000:290
T-112/99, Metropole, ECLI:EU:T:2001:215
T-86/95, Compagnie générale maritime i in. v. Komisja, ECLI:EU:T:2002:50
T-191/98, T-212/98-T-214/98, Atlantic Container Line AB *et al.* v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:245
T-368/00, General Motors Nederland BV i Opel Nederland BV v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:275
T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:281
T-208/01, Volkswagen AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:326
T-66/99, Minoan Lines SA v. Komisja, ECLI:EU:T:2003:337
T-67/01, JCB Service v. Komisja, ECLI:EU:T:2004:3
T-210/01, General Electric Company v. Komisja, ECLI:EU:T:2005:456
T-328/03, O2 (Germany) GmbH & Co. OHG v Komisja, ECLI:EU:T:2006:116
T-168/01, GlaxoSmithKline Services v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:265
T-155/04, SELEX Sistemi Integrati SpA v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:387
T-217/03 i T-245/03, FNCBV v. Komisja, ECLI:EU:T:2006:391
T-201/04, Microsoft Corp. v. Komisja, ECLI:EU:T:2007:289
T-271/03, Deutsche Telekom AG v. Komisja, ECLI:EU:T:2008:101
T-18/03, CD-Contact Data v. Komisja ECLI:EU:T:2009:132
T-301/04, Clearstream Banking AG i Clearstream International SA v. Komisja, ECLI:EU:T:2009:317

- T-18/05, IMI i in. v. Komisja, EU:T:2010:202
T-321/05, AstraZeneca AB i AstraZeneca plc v. Komisja, ECLI:EU:T:2010:266
T-461/07, Visa Europe Ltd i Visa International Service v. Komisja, ECLI:EU:T:2011:181
T-336/07, Telefónica, SA i Telefónica de España, SA v. Komisja, ECLI:EU:T:2012:172
T-111/08, MasterCard *et al.* v. Komisja, ECLI:EU:T:2012:260
T-491/07, Groupement des Cartes Bancaires „CB” v. Komisja, EU:T:2012:633
T-286/09, Intel v. Komisja, ECLI:EU:T:2014:547
T-9/11, Air Canada v. Komisja, ECLI:EU:T:2015:994
T-216/13, Telefónica, SA v. Komisja, ECLI:EU:T:2016:369
T-491/07 RENV, Groupement des Cartes Bancaires „CB” v. Komisja, ECLI:EU:T:2016:379
T-472/13, H. Lundbeck A/S i Lundbeck Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2016:449
T-682/14, Mylan Laboratories Ltd, Mylan Incorporated v. Komisja ECLI:EU:T:2018:907
T-680/14, Lupin Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:908
T-705/12, Unichem Laboratories Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:915
T-684/14, Krka Tovarna Zdravil d.d. v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:918
T-679/14 Teva UK Ltd, Teva Pharmaceuticals Europe BV, Teva Pharmaceutical Industries Ltd, ECLI:EU:T:2018:919
T-701/14, Niche Generics Ltd v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:921
T-691/14, Servier SAS *et al.* v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:922
T-851/14, Slovak Telekom, a.s. v. Komisja, ECLI:EU:T:2018:929

Decyzje Komisji Europejskiej

- z 28 października 1970 r. w sprawach IV/10.498, 11.546, 12.992, 17.394, 17.395, 17.971, 18.772, 18.888 – Omega, Dz. Urz. L, nr 242, z 1970 r., s. 22
z 5 października 1973 r. w sprawie IV/27.010 – Deutsche Philips GmbH, Dz. Urz. L, nr 293, z 1973 r., s. 40
z 3 czerwca 1975 r. w sprawie IV/712 – „piece i grzejniki”, Dz. Urz. L, nr 159, z 1975 r., s. 22
z 15 grudnia 1975 r. w sprawie IV/847 – SABA, Dz. Urz. L, nr 28, z 1976 r., s. 19
z 21 grudnia 1976 r. w sprawie IV/5715 – Junghans, Dz. Urz. L, nr 30, z 1977 r., s. 10
z 22 grudnia 1976 r. w sprawie IV/24.510 – GERO-Fabriek, Dz. Urz. L, nr 16, z 1977 r., s. 11
z 2 grudnia 1977 r. w sprawie IV/147 – Rijwielhandel, Dz. Urz. L, nr 20, z 1978 r., s. 18
z 21 grudnia 1977 r. w sprawie IV/29.418 – „przyprawy”, Dz. Urz. L, nr 53, z 1978 r., s. 20
z 9 lipca 1980 r. w sprawie IV/27.958 – National Sulphuric Acid Association, Dz. Urz. L, nr 260, z 1980 r. s. 24
z 11 grudnia 1980 r. w sprawie IV/26.912 – Hennessy-Henkel, Dz. Urz. L, nr 383, z 1980 r., s. 11
z 25 listopada 1981 r. w sprawie IV/428 – VBVB i VBBB, Dz. Urz. L, nr 54, z 1982 r. s. 36
z 2 grudnia 1981 r. w sprawie IV/25.757 – Hasselblad, Dz. Urz. L, nr 161, z 1982, s. 18
z 6 stycznia 1982 r. w sprawie IV/28.748 – AEG-Telefunken, Dz. Urz. L, nr 117, z 1982 r., s. 15
z 23 listopada 1984 r. w sprawie IV/30.907 – Peroxygen Products, Dz. Urz. L, nr 35, z 1985 r., s. 1

- z 16 grudnia 1985 r. w sprawie IV/30.665 – Villeroy i Boch, Dz. Urz. L, nr 376, z 1985 r., s. 15
- z 17 grudnia 1986 r. w sprawach IV/31.428 – 31.432 – Yves Rocher, Dz. Urz. L, nr 8, z 1987 r., s. 49
- z 17 grudnia 1986 r. w sprawie IV/30937 – Pronuptia, Dz. Urz. L, nr 13, z 1987 r., s. 39
- z 10 lipca 1987 r. w sprawach IV – 31.192 i IV/31.507 Tipp-ex, Dz. Urz. L, nr 222, z 1987 r., s. 1
- z 13 lipca 1987 r. w sprawie IV/32.034 – Computerland, Dz. Urz. L, nr 222, z 1987 r., s. 12
- z 13 lipca 1987 r. w sprawie IV/31.741 – Sandoz, Dz. Urz. L, nr 222, z 1987 r., s. 28
- z 18 grudnia 1987 r. w sprawie IV/31.503 – Konica, Dz. Urz. L, nr 78, z 1988 r., s. 34
- z 14 listopada 1988 r. w sprawie IV/32.358 – ServiceMaster, Dz. Urz. L, nr 332, z 1988 r., s. 38
- z 12 grudnia 1989 r. w sprawach IV/27.393 i IV/27.394 – Net Book Agreements, Dz. Urz. L, nr 22, z 1989 r., s. 12
- z 13 grudnia 1989 r. w sprawie IV/32.026 – Bayer (Bayo-n-ox), Dz. Urz. L, nr 21, z 1990 r., s. 71
- z 11 stycznia 1991 r. w sprawie IV/31.624 – Vichy, Dz. Urz. L, nr 75, z 1991 r., s. 57
- z 15 maja 1991 r. w sprawie IV/32186 – Gosme/Martell – DMP, Dz. Urz. L, nr 185, z 1991 r., s. 23
- z 29 kwietnia 1994 r. w sprawie IV/34.456 – Stichting Baksteen, Dz. Urz. L, nr 131, z 1994 r., s. 15
- z 4 grudnia 1996 r. w sprawie IV/35.679 – Novalliance/Systemform, Dz. Urz. L, nr 47, z 1997 r., s. 11
- z 30 lipca 1997 r. w sprawie IV/M.877 – Boeing McDonnell Douglas, Dz. Urz. L, nr 336, z 1997 r., s. 16
- z 28 stycznia 1998 r. w sprawie IV/35.733 – VW (Autogerma), Dz. Urz. L, nr 124, z 1998 r., s. 60
- z 24 stycznia 1999 r. w sprawie IV.F.1/36.718 – CECED, Dz. Urz. L, nr 187, z 2000 r., s. 47
- z 26 października 1999 r. w sprawie IV/33.884 – Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie BV, Dz. Urz. L, nr 39, z 2000 r., s. 1
- z 14 grudnia 1999 r. w sprawie IV/34.237/F3 – Anheuser-Busch Inc., Dz. Urz. L, nr 49, z 2000 r., s. 37
- z 5 lipca 2000 r. w sprawie COMP.F.1/36.516 – Nathan/Bricolux, Dz. Urz. L, nr 54, z 2001 r., s. 1
- z 21 grudnia 2000 r. w sprawie COMP.F.1/35.918 – JCB, Dz. Urz. L, nr 69, z 2002 r., s. 1
- z 29 czerwca 2001 r. w sprawie COMP/F-2/36.693 – Volkswagen, Dz. Urz. L, nr 262, z 2001 r., s. 14
- z 10 października 2001 r. w sprawie COMP/36.264 – Mercedes Benz, Dz. Urz. L, nr 257, z 2002 r., s. 1
- z 23 lipca 2002 r. w sprawie COMP/C.2-37.398 – Liga Mistrzów UEFA, Dz. Urz. L, nr 291, z 2003 r., s. 25
- z 24 lipca 2002 r. w sprawie COMP/29373 – Ibanco Ltd/Visa International Service Association, Dz. Urz. L, nr 318, z 2002 r., s. 17

- z 22 sierpnia 2002 r. w sprawie C 54/2000 – Włochy – środki podatkowe na rzecz fundacji bankowych, Dz. Urz. L, nr 55, z 2003 r., s. 56
- z 30 października 2002 r. w sprawie COMP/35.706 PO – Nintendo, Dz. Urz. L, nr 255, z 2003 r., s. 33
- z 27 listopada 2002 r. w sprawie COMP/E-2/37.978 – Methylglucamine, Dz. Urz. L, nr 38, z 2004 r., s. 18
- z 16 lipca 2003 r. w sprawie COMP/37.975 PO – Yamaha, niepublikowana
- z 3 lipca 2004 r. w sprawie COMP/M.2220, GE/Honeywell, Dz. Urz. L, nr 48, z 2004 r., s. 1
- z 24 maja 2007 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Dz. Urz. L, nr 32, z 2007 r., s. 23
- z 3 października 2007 r. w sprawie COMP/D1/37860 – Morgan Stanley/Visa Int'l & Visa Eur., Dz. Urz. C, nr 183, z 2009 r., s. 6 (streszczenie)
- z 17 października 2007 r. w sprawie COMP/D1/38606 – Groupement Des Cartes Bancaires „CB”, niepublikowana
- z 19 grudnia 2007 r. w sprawach COMP/34.579 – MasterCard, COMP/36.518 – EuroCommerce, COMP/38580 – Commercial Cards, Dz. Urz. C, nr 264, z 2009 r., s. 8
- z 13 maja 2009 r. w sprawie COMP/C-3/37.990 – Intel, Dz. Urz. C, nr 227, z 2009 r., s. 13 (streszczenie)
- z 12 grudnia 2012 r. w sprawie COMP/39847 – E-książki, dotycząca zobowiązań przyjętych przez Hachette Livre SA, – HarperCollins Publishers Limited, HarperCollins Publishers, L.L.C., – Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG, Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH, – Simon & Schuster Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd, Simon & Schuster Digital Sales, Inc., – Apple, Inc., niepublikowana
- z 25 lipca 2013 r. w sprawie COMP/39847 – E-książki, dotycząca zobowiązań przyjętych przez Penguin Random House Limited (dawniej The Penguin Publishing Company Limited) i Penguin Group (USA), LLC (dawniej Penguin Group [USA], Inc.), niepublikowana
- z 21 października 2014 r. w sprawie AT.39924 – Swiss Franc interest rate derivatives, niepublikowana
- z 4 lutego 2015 r. w sprawie AT.39861 – Yen Interest Rate Derivatives (YIRD), niepublikowana
- z 20 września 2016 r. w sprawie AT.39759 – ARA Foreclosure, niepublikowana
- z 7 grudnia 2016 r. w sprawie AT.39914 – Euro Interest Rate Derivatives, niepublikowana
- z 12 grudnia 2016 r. w sprawie AT.39904 – Rechargeable batteries, niepublikowana
- z 8 marca 2017 r. w sprawie AT.39960 – Thermal systems, niepublikowana
- z 17 marca 2017 r. w sprawie COMP/39258 – Airfreight, niepublikowana
- z 4 maja 2017 r. w sprawie AT.40153, E-book MFNs and related matters (Amazon), niepublikowana
- z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40181 Philips, niepublikowana
- z 24 lipca 2018 r. w sprawie AT.40182 Pioneer, 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 17 grudnia 2018 r. w sprawie AT.40428 Guess, niepublikowana

Wyroki Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych

- United States v. Trans Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)
United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898)
Addyston Pipe and Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899)
Northern Securities Co. v. United States 193 U.S. 197 (1904)
Swift & Co. v. U.S., 196 U.S. 375 (1905)
Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta, 203 U.S. 390 (1906)
American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909)
Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, 220 U.S. 373 (1911)
Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)
Southern Pacific Company v. Darnell-Taenzer Lumber Company, 245 U.S. 531 (1918)
Board of Trade of Chicago v. United States, 246 U.S. 231 (1918)
United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)
United States v. A. Schrader's Sons, 252 U.S. 85 (1920)
Frey & Son. Inc., v. Cudahy Packing Co., 256 U.S. 208 (1921)
FTC v. Beech-Nut Packing Co., 257 U.S. 441 (1922)
Federal Baseball Club v. National League, 259 U.S. 200 (1922)
Moore v. New York Cotton Exchange, 270 U.S. 593 (1926)
United States v. General Electric Co. *et al.*, 272 U.S. 476 (1926)
United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927)
United States v. Sisal Sales Corporation, 274 U.S. 268 (1927)
FTC v. Klesner, 280 U.S. 19 (1929)
Standard Oil Company v. United States, 283 U.S. 163 (1931)
Baldwin v. G.A.F. Seelig, 294 U.S. 511 (1935)
Old Dearborn Distributing Co. v. Seagram-Distillers Corporation, 299 U.S. 183 (1936)
Pep Boys, Manny, Moe & Jack, of California, v. Pyroil Sales Co, 299 U.S. 198 (1936)
Interstate Circuit v. United States, 306 U.S. 208 (1939)
Ethyl Gasoline Corp. v. United States, 309 U.S. 436 (1940)
United States v. Socony Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)
Cf. Apex Hosiery Co. v. Leader, 310 U.S. 469 (1940)
Fashion Originators' Guild of America v. Federal Trade Commission, 312 U.S. 457 (1941)
Sartor v. Arkansas Natural Gas Corp., 321 U.S. 620 (1944)
United States v. Bausch & Lomb Optical Co. *et al.*, Soft-Lite Lens Co. *et al.*, 321 U.S. 707 (1944)
United States v. South-Eastern Underwriters Assn., 322 U.S. 533 (1944)
Georgia v. Pennsylvania R.R., 324 U.S. 439 (1945)
Hartford-Empire Co. v. U.S., 323 U.S. 386, (1945), supplemented, 324 U.S. 570 (1945)
American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946)
FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948)
Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co., 334 U.S. 219 (1948)
Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, 340 U.S. 211 (1951)
Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp., 341 U.S. 384 (1951)

- Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593 (1951)
FTC v. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392 (1953)
Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953)
Toolson v. New York Yankees, 346 U.S. 356 (1953)
Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)
United States v. McKesson & Robbins, Inc., 351 U.S. 305 (1956)
Radovich v. National Football League (NFL), 352 U.S. 445 (1957)
Conley v. Gibson, 355 U.S. 41 (1957)
Northern Pac. Ry. v. United States, 356 U.S. 1 (1958)
Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121 (1959)
Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959)
Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959)
United States v. Parke Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960)
Poller v. Columbia Broadcasting Systems Inc., 368 U.S. 464 (1962)
Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962)
United States v. Loew's, Inc., 371 U.S. 38 (1962)
White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253 (1963)
United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963)
Simpson v. Union Oil of California Co., 377 U.S. 13 (1964)
Atlantic Refining Co. v. FTC, 381 U.S. 357 (1965)
United States v. General Motors Corp., 384 U.S. 127 (1966)
United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966)
FTC v. Brown Shoe Co., 384 U.S. 316 (1966)
United States v. Pabst Brewing Co., 384 U.S. 546 (1966)
United States v. Sealy, Inc., 388 U.S. 350 (1967)
United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)
Arizona v. Maricopa County Medical Soc., 457 U.S. 332 (1967)
Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968)
First National Bank of Arizona v. Cities Service Co., 391 U.S. 253 (1968)
Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968)
Perma Life Mufflers v. International Parts Corp., 392 U.S. 134 (1968)
Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, 395 U.S. 100 (1969)
FTC v. Sperry and Hutchinson Company, 405 U.S. 233 (1972)
Hawaii v. Standard Oil Co., 405 U.S. 251 (1972)
United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972)
Flood v. Kuhn, 407 U.S. 258 (1972)
United States v. Glaxo Group Ltd, 410 U.S. 52 (1973)
Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974)
Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975)
Hospital Building Company v. Trustees of Rex Hospital, 425 U.S. 738 (1976)
Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977)
Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977)
Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977)

- City of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co., 435 U.S. 389 (1978)
National Society of Professional Engineers v. U. S., 435 U.S. 679 (1978)
United States v. United States Gypsum, 438 U.S. 422 (1978)
Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979)
Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979)
McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans, Inc., 444 U.S. 232 (1980)
California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97 (1980)
American Society of Mechanical Engineers, Inc. v. Hydrolevel Corp., 456 U.S. 556 (1982)
Edgar v. MITE Corp., 457 U.S. 624 (1982)
Rice v. Norman Williams Company, 458 U.S. 654 (1982)
Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)
Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984)
Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984)
National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma
and University of Georgia Athletic Association, 468 U.S. 85 (1984)
Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985)
Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985)
Fisher v. City of Berkeley, Cal., 475 U.S. 260 (1986)
FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986)
Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)
Brown-Forman v. New York Liquid Authority, 476 U.S. 573 (1986)
Cargill Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104 (1986)
324 Liquor Corp. v. Duffy, 479 U.S. 335 (1987)
Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988)
California v. ARC America Corporation, 490 U.S. 93 (1989)
Healy v. Beer Institute Inc., 491 U.S. 324 (1989)
FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411 (1990)
California v. American Stores, 495 U.S. 271 (1990)
Atlantic Richfield v. USA Petroleum, 495 U.S. 328 (1990)
Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990)
Summit Health, Ltd v. Pinhas, 500 U.S. 322 (1991)
Eastman Kodak Co v. Image Technical Services Inc., 504 U.S. 451 (1992)
Spectrum Sports v. McQuillan, 506 U.S. 447 (1993)
Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)
Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993)
Oklahoma Tax Comm'n v. Jefferson Lines, Inc., 514 U.S. 175 (1995)
State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997)
NYNEX Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128 (1998)
Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 US 137 (1999)
California Dental Assn. v. FTC, 526 U.S. 756 (1999)
Bronx Legal Services *et al.* v. Legal Services Corporation *et al.*, 540 U.S. 1047 (2003)
American Trucking Association v. Michigan Public Service Commission 545 U.S. 429
(2005)

Texaco Inc. v. Dagher, 547 U.S. 1 (2006)
Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., 547 U.S. 28 (2006)
Bell Atlantic Corporation *et al.* v. William Twombly *et al.*, 550 U.S. 544 (2007)
Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007)
American Needle, Inc. v. National Football League, 560 U.S. 183 (2010)
Comcast Corp. v. Behrend, 568 U.S. 809 (2013)
FTC v. Actavis, 570 U.S. 136 (2013)
State of Ohio v. American Express, 585 U. S. ____ (2018)

Opinie *Amicorum Curiae* w postępowaniach przed Sądem Najwyższym USA

Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioner w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 173650 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as Amici Curiae Supporting Neither Party w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 2007 WL 173679 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

Brief of Amici Curiae Economists in Support of Petitioner w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 173681 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

Brief of CTIA – The Wireless Association as Amicus Curiae in Support of Petitioner w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 160782 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

Brief of PING, Inc. as Amicus Curiae in Support of Petitioner w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 173680 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

Brief of the American Petroleum Institute as Amicus Curiae Supporting Petitioner w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 160781 (U.S.) (Appellate Brief) z 22 stycznia 2007 r.

Brief for Anderson Economic Group, LLC as Amicus Curiae Supporting Respondent w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 621852 (Appellate Brief) z 26 lutego 2007 r.

Brief for the States: New York, Alaska, Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Utah, Vermont, Washington, West Virginia, and Wyoming on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 621851 z 26 lutego 2007 r.

Brief of the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Respondent w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 621856 (U.S.) (Appellate Brief), z 26 lutego 2007 r.

Brief of Amicus Curiae Consumer Federation of America in Support of Respondent w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 621853 (U.S.) (Appellate Brief) z 26 lutego 2007 r.

Brief of Burlington Coat Factory Warehouse Corporation as Amicus Curiae in Support of Respondent w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, No 06-480, 2007 WL 621854 (U.S.) (Appellate Brief) z 26 lutego 2007 r.

Wyroki federalnych sądów apelacyjnych

1. Obwodu

Cordova v. Simonpietri Insurance Agency v. Chase Manhattan Bank N.A., 649 F.2d 36 (1st Cir. 1981)

Wells Real Estate v. Greater Lowell Board of Realtors, 850 F.2d 803 (1st Cir. 1981)

Odishelidze v. Aetna Life & Cas Co., 853 F.2d 21 (1st Cir. 1988)

Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I., 883 F.2d 1101, (1st Cir. 1989)

R.W. Intern. Corp. v. Welch Food, Inc., 13 F.3d 478 (1st Cir. 1994)

Sullivan v. National Football League, 34 F.3d 1091 (1st Cir. 1994)

Eastern Foods Services, Inc. v. Pontifical Catholic University Services Association, Inc. *et al.*, 357 F.3d 1 (1st Cir. 2004)

2. Obwodu

Beech-Nut Packing Co. v. Federal Trade Commission, 264 Fed. 885 (2nd Cir. 1920)

Dioguardi v. Durning, 139 F.2d 774 (2d Cir. 1944)

United States v. Aluminum Company of America (ALCOA), 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

DeLuca v. Atlantic Refining Co., 176 F.2d 421 (2d Cir. 1949)

Grand Union Co. v. FTC, 300 F.2d 92, (2d Cir.1962)

American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co., Inc., 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968)

United States v. Koppers Co., Inc., 652 F.2d 290 (2d Cir. 1981)

City of New York v. Pullman, Inc., 662 F.2d 910 (2d Cir. 1981)

Furlong v. Long Island College Hospital, 710 F.2d 922 (2d Cir. 1983)

E.I. du Pont de Namur v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

Valley Disposal v. Central Vermont Solid Waste Management Distribution, 31 F.3d 89 (2d Cir. 1994)

Initial Public Offering Securities Litigation, 471 F.3d 24 (2d Cir. 2006)

Major League Baseball Properties, Inc. v. Salvino, Inc., 542 F.3d 290 (2d Cir. 2008)

United States *et al.* v. Apple, Inc., 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015)

3. Obwodu

Continental Collieries v. Shober, 130 F.2d 631 (3rd Cir. 1942)

United States v. Gillen, 599 F.2d 541 (3d Cir. 1979)

Japanese Electronic Products Antitrust Litigation, 631 F.2d 1069 (3d Cir. 1980)

Tunis Bros. Co., Inc. v. Ford Motor Co., 763 F.2d 1482 (3d Cir. 1985)

United States v. Brown University in Providence in the State of Rhode Island, *et al.*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993)

Mathews v. Lancaster General Hosp., 87 F.3d 624 (3d Cir. 1996)

Smith v. NCAA, 139 F.3d 180 (3d Cir. 1998)

Eichorn v. AT & T Corp., 248 F.3d 131 (3d Cir. 2001)

Toledo Mack Sales & Serv., Inc. v. Mack Trucks, Inc., 530 F.3d 204 (3d Cir. 2008)

4. Obwodu

United States v. W. F. Brinkley & Son Const. Co., Inc., 783 F.2d 1157 (4th Cir. 1986)

Murrow Furniture Galleries, Inc. v. Thomasville Furniture Industries, Inc., 889 F.2d 524 (4th Cir. 1989)

Advanced Health-Care Services, Inc. v. Radford Community Hosp., 910 F.2d 139 (4th Cir. 1990)

R. Ernest Cohn, D.C., D.A.B.C.O. v. Bond, 953 F.2d 154 (4th Cir. 1991)

Oksanen v. Page Memorial Hosp., 945 F.2d 696 (4th Cir. 1991)

Gariety v. Grant Thornton, LLP, 368 F.3d 356 (4th Cir. 2004)

Valuepest.com of Charlotte, Inc. v. Bayer Corp., 561 F.3d 282 (4th Cir. 2009)

5. Obwodu

Coast v. Hunt Oil Co., 195 F.2d 870 (5th Cir. 1952)

Florida *ex relatione* Shevin v. Exxon Corporation, 526 F.2d 266 (5th Cir. 1976)

Nissan Antitrust Litigation, 577 F.2d 910 (5th Cir. 1978)

United States v. Realty Multi-List, Inc. 629 F.2d 1351 (5th Cir. 1980)

Cotten v. Witco Chemical Corp., 651 F.2d 274 (5th Cir. 1981)

Muenster Butane, Inc. v. Stewart Co., 651 F.2d 292 (5th Cir. 1981)

United States v. Cargo Service Stations, Inc., 657 F.2d 676 (5th Cir. 1981)

Century Oil Tool Co. v. Production Specialities, 737 F.2d 1316 (5th Cir. 1984)

Hood v. Tenneco Texas Life Ins. Co., 739 F.2d 1012 (5th Cir. 1984)

United States v. MMR Corp. (LA), 907 F.2d 489 (5th Cir. 1990)

Lake Hill Motors, Inc. v. Jim Bennett Yacht Sales, Inc., 246 F.3d 752 (5th Cir. 2001)

Bell v. Ascendant Solutions, Inc., 422 F.3d 307 (5th Cir. 2005)

PSKS, Inc. v. Leegin Creative Leather Products, 615 F.3d 412 (5th Cir. 2010)

6. Obwodu

John D. Park & Sons Co. v. Hartman, 153 F.2d 24 (6th Cir. 1907)

Stone v. William Beaumont Hospital 782 F.2d 1338 (6th Cir. 1986)

Sarin v. Samaritan Health Center 813 F.2d 755 (6th Cir. 1987)

Directory Sales Management Corp. v. Ohio Bell Telephone Co., 833 F.2d 606 (6th Cir. 1987)

United States v. Cooperative Theatres of Ohio, Inc., 845 F.2d 1367 (6th Cir. 1988)

Guzowski v. Hartman, 969 F.2d 211 (6th Cir. 1992)

Rodney v. Northwest Airlines, Inc., 146 Fed. Appx. 783 (6th Cir. 2005)

7. Obwodu

Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons Inc. *et al.*, 182 F.2d 228 (7th Cir. 1950)
 United States v. Brighton Bldg. & Maintenance Co., 598 F.2d 1101 (7th Cir. 1979)
 Valley Liquors, Inc. v. Renfield Imps., Ltd, 678 F.2d 742 (7th Cir. 1982)
 University Life Ins. Co. of America v. Unimarc Ltd, 699 F.2d 846 (7th Cir. 1983)
 Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc. 737 F.2d 698 (7th Cir. 1984)
 General Leaseways, Inc., v. National Truck Leasing Association, d/b/a National Truck Leasing System, *et al.*, 744 F.2d 588 (7th Cir. 1984)
 Robert A. Morrison, d/b/a Morrison Enterprises v. Murray Biscuit Company, 797 F.2d 1430 (7th Cir. 1986)
 General Leaseways v. National Truck Leasing Association, 830 F.2d 716 (7th Cir. 1987)
 Indiana Grocery, Inc., *et al.*, v. Super Valu Stores, Inc. *et al.*, 864 F.2d 1409 (7th Cir. 1989)
 National Org. For Women, Inc. v. Scheidler, 968 F.2d 612 (7th Cir. 1992)
 Denny's Marina, Inc. v. Renfro Prods., Inc., 8 F.3d 1217 (7th Cir. 1993)
 Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406 (7th Cir. 1995)
 Serfecz v. Jewel Food Stores, 67 F.3d, 591 (7th Cir. 1995)
 Barkat U. Khan i Khan & Associates, Inc., v. State Oil Company, 93 F.3d 1358 (7th Cir. 1996)
 Toys 'R' Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000)
 Szabo v. Bridgeport Mach., 249 F.3d 672 (7th Cir. 2001)
 Stollings v. Ryobi Technologies, Inc., 725 F.3d 753 (7th Cir. 2013)

8. Obwodu

Leimer v. State Mutual Life Assur. Co., 108 F.2d 302 (8th Cir. 1940)
 Associated General Contractors of North Dakota v. Otter Tail Power Co., 611 F.2d 684 (8th Cir. 1979)
 Pink Supply Corp. v. Hiebert, Inc., 788 F.2d 1313 (8th Cir. 1986)
 Ryko Mfg. Co. v. Eden Servs., 823 F.2d 1215 (8th Cir. 1987)
 Pariser v. Christian Health Care Systems, 816 F.2d 1248 (8th Cir. 1987)
Cf. City of Mt. Pleasant, Iowa v. Associated Elec. Co-op., Inc., 838 F.2d 268 (8th Cir. 1988)
 Huelsman v. Civic Center Corp. 873 F.2d 1171 (8th Cir. 1989)
 ES Development, Inc. v. RWM Enterprises, Inc., 939 F.2d 547 (8th Cir. 1991)

9. Obwodu

Yellow Cab Co. of Nevada v. Cab Employers, Automotive and Warehousemen, 457 F.2d 1032 (9th Cir. 1972)
 Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. and S.A., 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976)
 U.S. Financial Securities Litigation, 609 F.2d 411 (9th Cir. 1979)
 General Business Systems v. North American Philips Corp., 699 F.2d 965 (9th Cir. 1983)
 Northwest Publications, Inc., v. John D. Crumb, Daniel E. Poulson, Hazel Romans, Angelina R. Ortiz, 752 F.2d 473 (9th Cir. 1985)
 USA Petroleum v. Atlantic Richfield, 859 F.2d 687 (9th Cir. 1988)
 Movie 1 & 2 v. United Artists Communications, Inc., 909 F.2d 1245 (9th Cir. 1990)

Vinod C. Bhan, C.r.n.a., v. Nme Hospitals, Inc., a Delaware Corp., Db: Mantecahospital, National Medical Enterprises, Inc., a Nevadacorp., California Society of Anesthesiologists, Inc., Acalifornia Corp., John E. Menaugh, Yong Suk, M.d., 929 F.2d 1404 (9th Cir. 1991)
United States v. Brown, 936 F.2d 1042 (9th Cir. 1991)
United States v. ORS, Inc. 997 F.2d 628 (9th Cir. 1993)
Glacier Optical, Inc. v. Optique du Monde (9th Cir. 1995)
Pool Water Products v. Olin Corp., 258 F.3d 1024 (9th Cir. 2001)
Freeman v. San Diego Association of Realtors, 322 F.3d 1133 (9th Cir. 2003)
Brantley v. NBC Universal, Inc., 661 F.3d 1199 (9th Cir. 2011)

10. Obwodu

Crane v. Intermountain Health Care, 637 F.2d 715 (10th Cir. 1980)
Holter v. Moore and Co., 702 F.2d 854 (10th Cir. 1983)
United States v. Metropolitan Enterprises, Inc., 728 F.2d 444 (10th Cir. 1984)
Anesthesia Advantage, Inc. v. Metz Group, 912 F.2d 397 (10th Cir. 1990)
Green Constr. Co. v. Kansas Power & Light Co., 1 F.3d 1005 (10th Cir. 1993)

11. Obwodu

Shahawy v. Harrison, 778 F.2d 636 (11th Cir. 1985)
United States v. Giordano, 261 F.3d 1134 (11th Cir. 2001)
Major League Baseball v. Crist, 331 F.3d 1177 (11th Cir. 2003)
Day v. Taylor, 400 F.3d 1272 (11th Cir. 2005)
Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc., 626 F.3d 1327 (11th Cir. 2010)
Obwodu Dystryktu Kolumbii
Holloway v. Bristol-Myers Corporation, 485 F.2d 986 (D.C. Cir. 1973)
Polygram Holding, Inc., *et al.*, v. FTC, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005)

Wyroki federalnych sądów dystryktowych

dla Dystryktu Massachusetts w sprawie Stany Zjednoczone v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357 (D. Mass. 1950)
dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie Waldron v. British Petroleum, 231 F. Supp. 72 (S.D.N.Y. 1964)
dla Dystryktu Utah w sprawie Utah Gas Pipelines Corp. v. El Paso Natural Gas Co., 233 F. Supp. 955 (D. Utah 1964)
dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie Hoffman Motors Corporation v. Alfa Romero S.p.A. 244 F. Supp. 70 (S.D.N.Y. 1965)
dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie Quonset Real Estate Corp. v. Paramount Film Distr. Corp., 50 F.R.D. 240 (S.D.N.Y. 1970)
dla Dystryktu Dystryktu Kolumbii w sprawie Alfred T. Newberry, Jr., *et al.*, v. The Washington Post Company, 438 F.Supp. 470 (D.D.C. 1977)
dla Zachodniego Dystryktu Virginii w sprawie Ray Dobbins Lincoln-Mercury, Inc., 604 F. Supp. 203 (W.D. Va. 1984)

- dla Centralnego Dystryktu Kalifornii w sprawie O.S.C. Corp. v. Apple Computer, Inc., 601 F. Supp. 1274 (C.D. Cal. 1985)
- dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie Genna v. Lady Foot International 1986-2 Trade Cases (CCH) 67,317 (E.D. Pa. 1986)
- dla Dystryktu Dystryktu Kolumbii w sprawie Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co., 629 F. Supp. 1089 (D.D.C. 1986)
- dla Dystryktu Oregon w sprawie Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc., 677 F. Supp. 1477 (D. Or. 1987)
- dla Dystryktu Utah w sprawie Rio Vista Oil Co. v. Southland Corp., 667 F. Supp. 757 (D. Utah 1987)
- dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku w sprawie Panasonic Consumer Electronic Products Antitrust Litigation, 1989 WL 63240 (S.D.N.Y. 1989)
- dla Centralnego Dystryktu Kalifornii w sprawie Orion Tire Corp. v. General Tire, Inc., 1992 WL 295224 (C.D. Cal. 1992)
- dla Zachodniego Dystryktu Michigan *ex relatione* Kelley v. C.R. Equipment Sales, 898 F. Supp. 509 (W.D. Michigan 1995)
- dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie American Booksellers Association v. Random House, 1996-2 Trade Cas. (CCH) 71,577 (S.D.N.Y. 1996)
- dla Dystryktu Kansas w sprawie Adidas America, Inc. v. NCAA, 64 F. Supp. 2d 1097 (D. Kan. 1999)
- dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku w sprawie Florida v. Nine West Group Inc., No 00-CV-1707 (S.D.N.Y. 2000)
- dla Północnego Dystryktu Kalifornii w sprawie Blind Doctor Inc. v. Hunter Douglas, Inc., 59 Fed. R. Serv. 3d 635 (N.D. Cal. 2004)
- dla Zachodniego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie Campbell v. Austin Air Sys., Ltd, 2005-2 Trade Cas. (CCH) 75,023 (W.D.N.Y. 2005)
- dla Wschodniego Dystryktu Tennessee w sprawie Spahr v. Leegin, 2:07-cv-187 (E.D. Tenn. 2007)
- dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie Hackman v. Dickerson Realtors, Inc., 520 F.Supp.2d 954 (N.D. Ill. 2007)
- dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie Babyage.com, Inc. v. Toys 'R' Us, Inc., 558 F. Supp. 2d 575 (E.D. Pa. 2008)
- dla Sądu Dystryktowego dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork zatwierdzający ugodę (*Stipulated Final Judgment and Consent Decree*) w sprawie New York v. Herman Miller Inc., No 08 CV-02977 (S.D.N.Y. Mar. 25, 2008)
- dla Wschodniego Dystryktu Pensylwanii w sprawie McDonough v. Toys 'R' US, Inc., 638 F. Supp. 2d 461 (E.D. Pa. 2009)
- dla Wschodniego Dystryktu Teksasu w sprawie PSKS, Inc., d/b/a/ Kay's Kloset, Kay's Shoes v. Leegin Creative Leather Prods., Inc., No 2:03-CV-107, 2009 WL 938561 (E.D.Tex. 2009)
- dla Południowego Dystryktu Stanu Nowy Jork w sprawie United States *et al.* v. Apple Inc., 952 F.Supp.2d 638 (S.D.N.Y. 2013)
- dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie International Equipment Trading, Ltd v. AB SCIEX LLC, 13 C 1129, 2013 WL 4599903 (N.D. Ill. 2013)
- dla Północnego Dystryktu Illinois w sprawie House of Brides, Inc. v. Alfred Angelo, Inc., No 11 C 07834, 2014 WL 64657 (N.D. Ill. 2014)

Wyroki sądów stanowych

Kalifornii

- Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie D. Ghirardelli Co. v. Hunsicker, 128 P. 1041 (Cal. 1912)
- Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie Lund v. Lund 26 Cal.2d 472 (Cal. 1945)
- Sądu Najwyższego Kalifornii wyrok w sprawie Speegle v. Board of Fire Underwriters 172 P.2d 867 (Cal. 1946)
- Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie Marin Cnty. Bd. of Realtors, Inc. v. Palsson, 549 P.2d 833 (Cal. 1976)
- Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie Mailand v. Burckle, 572 P.2d 1142 (Cal. 1978)
- Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie Stan Kalifornia *ex relatione* Van de Kamp v. Texaco, Inc., 46 Cal.3d 1147 (1988)
- Sądu Najwyższego Kalifornii w sprawie Advanced Bionics Corp. v. Medtronic, Inc., 59 P.3d 231 (Cal. 2002)
- Sądu Apelacyjnego Kalifornii w sprawie Asahi Kasei Pharma Corp. v. CoTherix, Inc., 138 Cal. Rptr. 3d 620 (Cal. Ct. App. 2012)
- Sądu Apelacyjnego Kalifornii w sprawie Alsheikh v. Superior Court CA2/5, B249822 (Cal. Ct. App. 2013)

Stanu Nowy Jork

- Sądu Najwyższego Stanu Nowy Jork w sprawie New York v. Tempur-Pedic Intl., Inc., 30 Misc. 3d 986 (N.Y. Sup. Ct. 2011)
- Pierwszego Departamentu Wydziału Apelacyjnego Sądu Najwyższego Stanu Nowy Jork w sprawie Two Queens, Inc. v. Scoza, 745 N.Y.S.2d 517 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 2002)
- Pierwszego Departamentu Wydziału Apelacyjnego Sądu Najwyższego Stanu Nowy Jork w sprawie New York v. Tempur-Pedic Intl., Inc., 95 A.D.3d 539 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 2012)
- Sądu Apelacyjnego Stanu Nowy Jork w sprawie Hoyt v. Thompson, 5 N.Y. 320 (1851)
- Sądu Apelacyjnego Stanu Nowy Jork w sprawie Anheuser-Busch, Inc. v. Abrams, 520 N.E.2d 535 (N.Y. 1988)
- Sądu Apelacyjnego Stanu Nowy Jork w sprawie Sperry v. Crompton Corp., 863 N.E.2d 1012, 1018 (N.Y. 2007)

Pozostałych stanów

- Sądu Najwyższego Alaski w sprawie West v. Whitney-Fidalgo Seafoods, Inc., 628 P.2d 10 (Alaska 1981)
- Sądu Najwyższego Alaski w sprawie Alakayak v. B.C. Packers, Ltd, 48 P.3d 432 (Alaska 2002)
- Sądu Apelacyjnego Arizony w sprawie Bunker's Glass Co. v. Pilkington PLC, 47 P.3d 1119 (Ariz. Ct. App. 2002)
- Sądu Kancelaryjnego Delaware w sprawie Hammermill Paper Co. v. Palese, CA No 7128, 1983 (Del. Ch. 1983)

- Sądu Najwyższego Connecticut w sprawie Navien America, Inc. v. Allen, 2011 WL 3925729 (Conn. Super. Ct. Aug. 1, 2011)
- Sądu Najwyższego Illinois w sprawie People v. Crawford Distributing Co., 291 N.E.2d 648 (Ill. 1972)
- Sądu Najwyższego Illinois w sprawie Laughlin v. Evanston Hospital, 133 Ill.2d 374 (Ill. 1990)
- Sądu Apelacyjnego Illinois w sprawie People v. Keystone Automotive Plating Corp., 423 N.E. 2d 1246 (Ill. App. Ct. 1981)
- Sądu Apelacyjnego Indiany w sprawie Rumble v. Bloomington Hospital, 422 N.E.2d 1309, 1315 (Ind. Ct. App. 1981)
- Sądu Najwyższego Iowy w sprawie Max 100 L.C. v. Iowa Realty Co., 621 N.W.2d 178 (Iowa 2001)
- Sądu Najwyższego Kansas w sprawie Bergstrom v. Noah, 974 P.2d 520 (Kan. 1999)
- Sądu Najwyższego Kansas w sprawie O'Brien v. Leegin Creative Leather Products, 294 Kan. 318 (Kan. 2012)
- Sądu Apelacyjnego Luizjany w sprawie Van Hoose v. Gravois, 70 So. 3d 1017 (La. Ct. App. 2011)

Decyzje i nakazy FTC

- Decyzja z 5 listopada 1992 r. w sprawie Quality Trailer Products, Docket No C-3403
- Decyzja ugodowa z 18 maja 1998 r. w sprawie Stone Container Corp., Docket No C-3806
- Decyzja ugodowa z 6 stycznia 2000 r. w sprawie MacDermid, Inc., 65 Fed. Reg. 777 (Jan. 7, 2000)
- Decyzja i nakaz z 19 kwietnia 2006 r. w sprawie Valassis Communications, Inc., Docket No C-4160
- Nakaz z 6 maja 2008 r. w sprawie Nine West Group Inc., Docket No C-3937