

O potrzebie powściągliwości w prawie antymonopolowym

Mikołaj Barczentewicz¹

1. Wprowadzenie

Polskie prawo antymonopolowe w obecnym kształcie nadanym ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów² (dalej: „u.o.k.k”) jest potężnym narzędziem pozwalającym państwu na wpływanie na rozwój rynków, a nawet niszczenie indywidualnych graczy. Ryzyko błędu przy egzekwowaniu przepisów prawa „ochrony konkurencji” powinno więc spędzać sen z powiek tym, którzy doceniają korzyści płynące z wolnorynkowej gospodarki.

Można odnieść wrażenie, że polscy prawnicy, w tym sędziowie i legislatorzy, skapitulowali przed pewną ekonomiczną teorią przedstawioną im jako dogmat gospodarki rynkowej. W konsekwencji, instytucjonalną „ochronę konkurencji” uważa się w literaturze prawniczej za oczywistość i podstawę funkcjonowania wolnego rynku.

W tym artykule postaram się podważyć dogmat o potrzebie prawnej ochrony konkurencji w obecnym kształcie. Będę postulować, by prawnicy nie godzili się na „ekonomiczny imperializm” i byli gotowi do daleko posuniętej krytyki współczesnej wersji centralnego planowania, którą praktykuje organ antymonopolowy. Kontekst blokady przejścia spółki Energa przez PGE³ oraz nałożonej na PTC kary 123 mln zł za utrudnianie przeszukania⁴, skłania do refleksji na temat potrzeby większej powściągliwości w prawie antymonopolowym. Celem tego artykułu nie jest sformułowanie wyczerpującej krytyki polityki antymonopolowej, a jedynie zasygnalizowanie możliwych wątpliwości, co do zasadności utrzymywania jej w obecnym kształcie.

¹ Autor studiuje w Kolegium Międzywydziałowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych Uniwersytetu Warszawskiego, pracuje w zespole prawa konkurencji kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp. k. oraz prowadzi serwis internetowy poświęcony prawu konkurencji – www.antitrust.pl.

² Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.).

³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 13 stycznia 2011 r. Nr DKK-1/2011.

⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 4 listopada 2010 r. Nr DOK-9/2010.

2. Kontrowersyjność ekonomicznych podstaw prawa antymonopolowego

W ekonomii wyróżnić można dwa metodologicznie różne podejścia, które łączy nieufność wobec prawa antymonopolowego. Pierwsze z nich jest reprezentacyjne dla „austriackiej szkoły ekonomii”, która odrzuca model konkurencji doskonałej jako ideał efektywności, podkreślając rolę procesu rynkowego i jednocześnie ściśle ograniczając zastosowanie analizy stanów równowagi. Naturalną konsekwencją „austriackiego” podejścia jest odrzucenie koncepcji „monopolu rynkowego” – dla tych ekonomistów jedynym źródłem monopolu może być państwo ustanawiające sztuczne bariery wejścia za pomocą prawa. Nie ma sensu mówienie więc o rynku na którym jest tylko jeden sprzedawca jako o rynku monopolistycznym jeśli taka struktura rynku nie jest efektem działań organów państwa. Kartele stanowią, podobnie jak firmy w teorii organizacji, zwyczajną formę organizacji alternatywną do rynku, która pozwala na lepszą koordynację decyzji pomiędzy członkami kartelu, zmniejszając koszty transakcyjne i tworząc wartość zarówno dla członków, jak ich kontrahentów. „Austriacy” nie znajdują więc żadnego uzasadnienia dla istnienia prawa antymonopolowego – uważają je wręcz za poważne ograniczenie dla rozwoju konkurencji.⁵

Drugie podejście mieści się w ramach neoklasycznej teorii ekonomii. Trudno zidentyfikować je z jedną szkołą myśli ekonomicznej, niewątpliwie jednak należy wyróżnić „chicagowską szkołę ekonomii”, która przyczyniła się w dużej mierze do racjonalizacji stosowania prawa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych w latach 1980. Ekonomiści szkoły chicagowskiej nie odrzucają koncepcji monopolu rynkowego oraz prawnej ochrony konkurencji z zasady – tak jak „austriacy” – lecz wskazują na częstokroć nieprzezwyciężalne problemy informacyjne i motywacyjne, które uniemożliwiają sądom i organom antymonopolowym osiągnięcie celu promowania konkurencji i dobrobytu konsumentów. Część prominentnych ekonomistów tej szkoły zbliża się do stanowiska „austriackiego” twierdząc, że najlepiej byłoby pozbyć się prawa antymonopolowego w ogóle. Taki pogląd z czasem

⁵ Bartolini D., Zazzaro A., *The Anticompetitive Effects of the Antitrust Policy*, MoFIR working paper no 18, February 2009, s. 1-2. Zob. też: Rothbard M.N., *Interwencjonizm, czyli władza a rynek*, Warszawa 2009; Rothbard M.N., *Ekonomia wolnego rynku* (Tom 1 – 3), Warszawa 2007-2008; Armentano D.T. *Polityka antymonopolowa. Ochrona konkurencji?*, przeł. Mikołaj Barczentewicz, Lublin 2007, wyd. dostępne na stronie internetowej <http://www.barczentewicz.com/>.

zaakceptował Milton Friedman⁶.

Na przeciwnym biegunie co do oceny polityki antymonopolowej sytuuje się podejście „strukturalistyczne”, zwykle łączone z harwardzką szkołą polityki antymonopolowej – chociaż zauważyć należy, że ekonomiści i prawnicy z Harvardu od wielu lat przynajmniej werbalnie odzeggują się od tej koncepcji.⁷ Strukturalizm cechował się akceptacją paradygmatu SCP (*structure-conduct-performance*), zgodnie z którym struktura rynku jest głównym czynnikiem determinującym antykonkurencyjne działania i niską wydajność rynku. Zwolennicy tego paradygmatu uzasadniali szeroki zakres bezwzględnych zakazów w prawie antymonopolowym, takich jak zakaz ustalania cen odsprzedaży, gdyż praktycznie wszędzie widzieli widmo siły rynkowej i potencjalne możliwości jej wykorzystania.⁸

„Tradycyjne” uzasadnienie silnego prawa antymonopolowego powiązane było z neoklasyczną teorią cen (*price theory*), która traktowała firmę jako funkcję produkcji. Jednym z poważnych problemów tej koncepcji, do dziś znajdującym odzwierciedlenie w polskim prawie antymonopolowym, jest nieufność wobec pionowej integracji na rynku w formie niestandardowych porozumień. Teoria cen przyjmowała technologiczną koncepcję firmy, w związku z czym dopuszczała wyłącznie technologiczne uzasadnienie integracji pionowej (*vertical integration*). Gdy nie dało się łatwo znaleźć takiego uzasadnienia – ekonomiści szybko przeskakowali do konkluzji o antykonkurencyjnym charakterze integracji. Podobnie traktowano relacje poziome – uzasadnione były wyłącznie takie fuzje, które pozwalały na osiągnięcie korzyści skali (*economies of scale*) redukując koszty produkcji.⁹

Ten uproszczony model firmy na mocy samych swoich założeń wykluczał możliwość efektywnościowego uzasadnienia niestandardowych porozumień. Fakt, że ustalanie minimalnej ceny odsprzedaży może pozwolić producentowi na zapewnienie, że jego dystrybutorzy zinternalizują pozytywne efekty zewnętrzne (*externalities*) swojej

⁶ Friedman M., *The Business Community's Suicidal Impulse*, Cato Policy Report, Vol. 21, Nr 2, March/April 1999.

⁷ Hovenkamp H.J., *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, Nr 10-35, December 2010, s. 2-3.

⁸ Tamże.

⁹ Meese A.J., *Market Failure and Non-Standard Contracting: How The Ghost of Perfect Competition Still Haunts Antitrust*, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 1, Nr 1, s. 43-45.

działalności marketingowej nie miał znaczenia, gdyż takie korzyści osiągnąć były poza zakresem funkcji produkcji, wtedy gdy tytuł własności do produktu opuścił już producenta.¹⁰ Niestety, nawet jeśli ekonomista zauważał możliwe korzyści związane z takimi działaniami, to pojawiał się kolejny problem. Zgodnie z powszechnie przyjmowanym modelem konkurencji doskonałej musiał te korzyści odrzucić, gdyż marketing promuje zróżnicowanie produktów i ogranicza mobilność zasobów – a więc zgodnie z modelem zwiększa siłę rynkową!¹¹

Dochodzimy więc do problemu modeli z kontrfaktycznymi założeniami, które wykorzystywane są jako standard (*benchmark*) efektywności, do którego polityka antymonopolowa powinna zbliżać naszą gospodarkę. Neoklasyczna koncepcja firmy jako funkcji produkcji i model konkurencji doskonałej to dwa rażące przykłady tego podejścia. W swojej radykalnej krytyce polityki antymonopolowej, Dominick T. Armentano określił teorię konkurencji doskonałej jako zarazem nielogiczną i nieistotną.¹² Teoria ta zakłada warunki, które z konieczności prowadzą do równowagi (pełna i symetryczna informacja na rynku, homogeniczne produkty, doskonała mobilność zasobów, nieistotność czynnika czasu).

Prawdziwa konkurencja, z którą mamy do czynienia w rzeczywistym świecie, jest procesem, w którym przedsiębiorcy, dysponując niedoskonałą informacją, podejmują próby dostosowania warunków rynkowych w celu osiągnięcia lepszej koordynacji między popytem a podażą. To dostosowanie nie jest ograniczone do ceny i rozmiaru produkcji, jak chce standardowy model. Konkurencja jest wielowymiarowa i obejmuje wszystkie aspekty wymiany, które konsumenci uważają za istotne, a więc zróżnicowanie produktów, reklamę, warunki obsługi i wszystkie inne czynniki, które z założenia wyłączone są z modeli przedstawianych nam jako cele, do których powinien dążyć rynek. Model konkurencji doskonałej „zakłada istnienie informacji, której odkrycie proces konkurencji ma na celu”.¹³

Joseph Schumpeter stwierdził wręcz: „konkurencja doskonała jest nie tylko niemożliwa lecz gorsza i nie ma żadnego tytułu by ustanawiać ją jako model efektywności. Jest więc pomyłką opierać teorię państwowej regulacji przemysłu na

¹⁰ Tamże, s. 70-71.

¹¹ Tamże, s. 72, 75.

¹² Armentano D.T., *Antitrust and Monopoly. Anatomy of a Policy Failure*, The Independent Institute 1990, s. 32.

¹³ W oryginale: „the model assumes the existence of information that a competitive process aims to discover”. Tamże, s. 26.

założeniu, że duże przedsiębiorstwa powinny działać w taki sposób, jak ten przemysł działałby w konkurencji doskonałej.”¹⁴ W równie silnych słowach wypowiadał się Friedrich A. Hayek między innymi w swoim artykule „Znaczenie konkurencji”: „to o czym mówi teoria konkurencji doskonałej, ma w ogóle niewielki tytuł do nazwy »konkurencja«, jej konkluzje zaś są mało przydatne jako wskazówki dla polityki”.¹⁵ I dalej – o naturze konkurencji: „Konkurencja jest w swojej istocie procesem kształtowania opinii: poprzez rozprzestrzenianie informacji prowadzi ona do takiej jedności i spójności systemu ekonomicznego, jaką zakładamy z góry, gdy wyobrażamy sobie ten system jako jeden rynek. [...] Jest to zatem proces związany ze stałymi zmianami danych, toteż jego znaczenie musi całkowicie umykać każdej teorii traktującej te dane jako stałe.”¹⁶

Skoro więc tak prominentni ekonomiści zdecydowali się na tak ostrą krytykę modelu konkurencji doskonałej, oczekiwać można, że nikomu nie przyjdzie dziś na myśl, żeby używać go jako standardu efektywności. Nic bardziej mylnego. Wciąż pokutuje uznawanie konkurencji technologicznej jako „konkurencji merytorycznej” (*competition on the merits*) w odróżnieniu od niestandardowych kontraktów i marnotrawczej konkurencji za pomocą reklamy, itp.¹⁷ Alan J. Meese stwierdza w swoim artykule o wymownym tytule „Market Failure and Non-Standard Contracting: How The Ghost of Perfect Competition Still Haunts Antitrust”: „model konkurencji doskonałej wciąż służy jako podstawa dla dużej części myślenia o polityce antymonopolowej – zarówno w aspekcie normatywnym, jak i opisowym”.¹⁸

Jak zauważył Harold Demsetz doceniając wielowymiarowy charakter procesu konkurencji, celem polityki antymonopolowej nie może być zwiększenie jakiegś absolutnej konkurencji, lecz co najwyżej wybór „najlepszej” mieszanki form konkurencji. Zdaniem Demsetza nieprawdziwe jest założenie, że ekonomia jest w stanie ukierunkować organy antymonopolowe na ten właściwy cel – częściowo z

¹⁴ W oryginale: „perfect competition is not only impossible but inferior, and has no title to being set up as a model of ideal efficiency. It is hence a mistake to base a theory of government regulation of industry on the principle that big business should be made to work as the respective industry would work in perfect competition.” Schumpeter J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1962, s. 82.

¹⁵ Hayek F.A., *Znaczenie konkurencji* (w:) F.A. Hayek, *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*, Kraków 1998, s. 105.

¹⁶ Tamże, s. 120.

¹⁷ Meese A.J., *Market Failure and Non-Standard Contracting: How The Ghost of Perfect Competition Still Haunts Antitrust*, s. 84.

¹⁸ Tamże, s. 89.

powodu roli jaką odgrywa w ekonomii model konkurencji doskonałej.¹⁹ Ekonomista dowodził, że bezsensowne jest twierdzenie, że polityka zwiększająca intensywność jednej formy konkurencji (w szczególności konkurencji cenowej) zwiększa jednocześnie ogólny poziom konkurencji jeśli w konsekwencji tej polityki zmniejsza się intensywność innej formy konkurencji (np. poprzez innowację, poprawę jakości produktów, itd.).²⁰ Relacje między różnymi formami konkurencji często są negatywne – zwiększenie innowacyjności może wymagać zmniejszenia intensywności konkurencji cenowej. Niestety, nie istnieje metoda pozwalająca na ustanowienie wspólnej jednostki intensywności dla różnych form konkurencji. Demsetz wywodził z tego konkluzję, że logicznie niemożliwe jest realizowanie celu prawa antymonopolowego, jeśli celem tym jest zwiększanie ogólnego poziomu konkurencji.²¹

Problem wielowymiarowości konkurencji jest niestety w praktyce stosowania prawa antymonopolowego bagatelizowany. Jak zauważają autorzy komentarza do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „[...] panuje raczej powszechna zgoda co do tego, że przedmiotem »ochrony konkurencji« na podstawie polskich ustaw antymonopolowych, jest »skuteczna konkurencja« [...]»²². „Skuteczną konkurencję” rozumie się jako „[...] taki poziom intensywności konkurencji na danym rynku, który nie odpowiada co prawda postulatowi konkurencji doskonałej, ale pozwala twierdzić, że uzyskiwane są w wystarczającym stopniu korzyści związane z konkurencją między przedsiębiorcami”²³. Jeśli traktować na poważnie przywołaną definicję, trzeba uznać, że polskie prawo antymonopolowe dąży do celu, którego osiągnięcie zdaniem Demsetza jest logicznie niemożliwe. Co więcej, za standard konkurencji przyjmowany jest model konkurencji doskonałej, który w istocie jest tożsamy z brakiem większości zachowań składających się na konkurencję.

¹⁹ Demsetz H., *The Intensity and Dimensionality of Competition* (w:) Demsetz H., *The Economics of the Business Firm: Seven Critical Commentaries*, Cambridge University Press 1995, s. 137, 142. Zob. też: Wright J.D., *Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have An Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?* (w:) *Regulating Innovation: Competition Policy and Patent Law Under Uncertainty*, red. G.A. Manne, J.D. Wright, Cambridge University Press 2010.

²⁰ Demsetz H., *The Intensity and Dimensionality of Competition*, s. 143.

²¹ Demsetz H., *The Intensity and Dimensionality of Competition*, s. 144.

²² Miąsik D., Skoczny T., *Art. 1 (w:) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009, s. 39.

²³ Tamże.

Powyższe uwagi nie stanowią w żadnym wypadku wyczerpującej krytyki ekonomicznych podstaw prawa antymonopolowego, jak zaznaczyłem wcześniej – ich celem jest wzbudzenie wątpliwości co do praktyki i teorii prawa antymonopolowego.

3. Przykłady błędnych rozwiązań przyjętych w polskim prawie antymonopolowym i postulaty *de lege ferenda*

W tej części postaram się przedstawić jaskrawe przykłady rozwiązań przyjętych w polskim prawie antymonopolowym, które nie znajdują uzasadnienia ekonomicznego lub ich uzasadnienie nie jest wystarczająco silne, by dopuścić tak poważne ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności przedsiębiorców. Oba przykłady odnoszą się do norm prawa materialnego.

Przedmiotem poniższych rozważań nie jest problem równoległego stosowania prawa Unii Europejskiej. Należy przyjąć, że zakres przedstawionych postulatów *de lege ferenda* ograniczony jest do norm regulujących sprawy antymonopolowe o charakterze wyłącznie krajowym. Ze względu na obecny stan, w którym polska i europejska regulacja antymonopolowa są w zasadzie analogiczne i przy stosowaniu prawa polskiego korzysta się w praktyce z orzecznictwa europejskiego, jednostronne zmiany po stronie polskiej wymagałyby bardziej krytycznego podejścia przy recepcji prawa unijnego. Postulowane zmiany, w zakresie w jakim dotyczą spraw podlegających tylko jurysdykcji krajowej, nie mogą być uznane za naruszenie prawa Unii Europejskiej.

3.1. Zakaz ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży

Symplicystyczne traktowanie konkurencji w polskim prawie antymonopolowym uwidacznia się w zakazie ustalania cen odsprzedaży pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, czyli np. między producentem a dystrybutorem. Taka norma wyprowadzana jest z treści art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.²⁴ Ze względu na to, że w typowym przypadku zobowiązanie dystrybutora do stosowania minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży ustalonej przez producenta można znaleźć w umowach dystrybucyjnych, stosunkowo łatwo jest udowodnić naruszenie tego zakazu. Dlatego też w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK nie brakuje decyzji dotyczących tego typu naruszeń. Tylko w grudniu 2010 r. Prezes UOKiK wydał trzy

²⁴ Jurkowska A., *Art. 6 (w:) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009, s. 389-391.

takie decyzje.²⁵

Istnienie tego zakazu, w praktyce traktowanego jako bezwzględny, może budzić uzasadnione zdziwienie w świetle niemal pełnego konsensusu wśród ekonomistów, że nie ma on w takiej formie sensu.²⁶ Manne i Wright cytują szereg zestawień badań empirycznych wskazujących na brak antykonkurencyjnych efektów kontroli wertykalnej (np. kontrolowania przez producenta ceny w łańcuchu dystrybucji) – co więcej, badania wykazują, że ustalanie cen odsprzedaży przynosi korzyści konsumentom.²⁷ Co do teoretycznej literatury ekonomicznej reprezentacyjne jest twierdzenie wyrażone przez prominentnych ekonomistów - autorów *Amicus Brief* złożonego w postępowaniu przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych w głośnej sprawie *Leegin*: „W literaturze teoretycznej w istocie nie podlega dyskusji, że ustalanie minimalnej ceny odsprzedaży może mieć prokonkurencyjne efekty oraz, że w wielu warunkach rynkowych jest mało prawdopodobne, by przyniosło efekty antykonkurencyjne. [...] Stanowiskiem, które w literaturze nie jest reprezentowane, jest twierdzenie, że ustalanie minimalnych cen odsprzedaży jest często lub niemal zawsze antykonkurencyjne.”²⁸

Istotna liczba decyzji Prezesa UOKiK nakładających kary za ustalanie minimalnej ceny odsprzedaży, w szczególności w porównaniu do innych decyzji antymonopolowych (nie dotyczących koncentracji), powinna rodzić poważne wątpliwości co do zasadności samego zakazu.

W świetle przedstawionych argumentów najprostszy postulat *de lege ferenda* to wyłączenie relacji wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających

²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r. Nr DOK-11/2010, Decyzja Prezesa UOKiK Delegatura w Katowicach z dnia 17 grudnia 2010 Nr RKT-42/2010, Decyzja Prezesa UOKiK Delegatura w Gdańsku z dnia 30 grudnia 2010 r. Nr RGD.31/2010.

²⁶ Harold Demsetz twierdzi nawet, że wszelkie relacje wertykalne w ogóle nie powinny być przedmiotem zainteresowania prawa antymonopolowego – zob. Demsetz H., *The Intensity and Dimensionality of Competition*, s. 166.

²⁷ Manne G.A., Wright, J.D., *Innovation and the Limits of Antitrust*, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 6, Nr 1, 2010, s. 192.

²⁸ W oryginale: “In the theoretical literature, it is essentially undisputed that minimum RPM can have procompetitive effects and that under a variety of market conditions it is unlikely to have anticompetitive effects. The disagreement in the literature relates principally to the relative frequency with which procompetitive and anticompetitive effects are likely to ensue. [...] The position absent from the literature is that minimum RPM is most often, much less almost invariably, anticompetitive.” Zob. *Brief of Amici Curiae Economists in Support of Petitioner*, *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc*, 127 S. Ct. 2705 (No. 06-480), 2007 WL 173681.

konkurencje z art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Jednakże, stanowisko takie, podzielane przez autora, znajduje poparcie jedynie u części ekonomistów. Postulatem niekontrowersyjnym w świetle aktualnej wiedzy ekonomicznej jest ustanowienie silnego domniemanie prokonkurencyjnych efektów ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży. Ciężar dowodu rzeczywistej antykonkurencyjności konkretnych działań powinien spoczywać na organie antymonopolowym.

3.2. Zakaz drapieżnictwa cenowego

Drapieżnictwo cenowe (*predatory pricing*), czyli stosowanie cen rażąco niskich, uważa się za naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. Zgodnie z poglądami orzecznictwa i doktryny jest to praktyka antykonkurencyjna – wykluczająca, gdyż celem lub skutkiem drapieżnictwa cenowego jest „wylimitowanie z rynku konkurentów (niebędących w stanie sprostać warunkom cenowym dominanta) bądź niedopuszczenie do wejścia na dany rynek innych przedsiębiorców”.²⁹ Chociaż w literaturze zauważa się problem trudności dowodowych³⁰, jest to zdecydowanie zbyt słabe postawienie problemu z zakazem drapieżnictwa cenowego.

Jak zauważają Boudreaux i Kleit, sprzedawanie po cenach poniżej kosztów jest kiepskim sposobem dla przedsiębiorcy chcącego wykluczyć konkurentów do osiągnięcia tego celu.³¹ Po pierwsze, przedsiębiorca angażujący się w takie działania poniesie większe straty niż jego „ofiara” – żeby odebrać rynek od konkurentów, przedsiębiorca musiałby zwiększać sprzedaż po cenach niższych niż jego własne koszty, podczas gdy jego konkurenci zmniejszają sprzedaż do poziomu minimalizującego straty. Żeby pozwolić sobie na taką wojnę cenową z jakąkolwiek nadzieją na powodzenie, przedsiębiorca musi mieć do dyspozycji fundusze, którymi nie dysponują jego rywale.³² Często podnosi się, że takie fundusze mogą mieć swoje źródło w subsydiowaniu skrośnym (*cross-subsidization*) – czyli w sytuacji, gdy np. przedsiębiorca posiadający siłę rynkową na jednym rynku i mogący zbierać na nim

²⁹ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*, red. K. Kohutek, M. Sieradzka, Warszawa 2008, s. 365-366.

³⁰ Tamże.

³¹ Boudreaux D.J., Kleit A.N., *How the Market Self-polices Against Predatory Pricing*, Antitrust Reform Project, June 1996. Zob. też: Boudreaux D.J., Kleit A.N., *A Modest Proposal To Improve Predatory-pricing Suits*, Antitrust Reform Project, October 1996.

³² Tamże.

rentę monopolistyczną wykorzystuje ją, by monopolizować inny rynek poprzez drapieżnictwo cenowe.

Jest pewien zasadniczy problem zarówno z tą koncepcją, jak i innymi sposobami finansowania drapieżnictwa cenowego – nie można przejść do porządku dziennego nad banalną wydawałoby się tezą, że drapieżnictwo cenowe jest kosztowne dla przedsiębiorcy wybierającego tę strategię. Ponieważ koszty to także utracone korzyści, więc aby opłacało się zaangażować w wojnę cenową, oczekiwany zwrot na takiej inwestycji musiałby przekraczać możliwe zyski z wszelkich innych możliwych inwestycjach (np. w instrumenty finansowe). Jak dowodzą dalej Boudreaux i Kleit, jeśli stopa zwrotu na inwestycji w wojnę cenową jest tak wysoka, oznacza to, że ten rynek jest bardzo lukratywny. W takiej sytuacji, konkurenci będą mieli silną motywację, by kredytować swoje uczestnictwo w tej wojnie cenowej – a banki i inwestorzy będą temu przychylni.³³ Autorzy dodają, że badania empiryczne wskazują na niezwykle rzadkość zjawiska drapieżnictwa cenowego, porównując rzekome przypadki takich działań do obserwacji potwora z Loch Ness.

Abstrahując od kwestii rzadkości rzeczywistych przypadków drapieżnictwa cenowego i tego, że historycznie działania organów antymonopolowych skierowane były często przeciwko ekonomicznie uzasadnionym praktykom, należy zwrócić uwagę na problem nieuniknionych błędów pierwszego rodzaju (*false positives*) przy egzekwowaniu zakazu drapieżnictwa cenowego. H. Demsetz stwierdził wprost: „Nie widzę żadnego sposobu na rozróżnienie drapieżczych i konkurencyjnych obniżek cen”.³⁴ Podobnego zdania są Boudreaux i Kleit, którzy dodatkowo wskazują, że biorąc pod uwagę rzadkość prawdziwego drapieżnictwa cenowego, pozwolenie sądom i organom antymonopolowym na karanie rzekomych jego przejawów niesie ze sobą koniecznie więcej szkody niż pożytku.

Dlatego też ponownie sformułować można dwa postulaty. Pierwszy, prostszy polegałby na usunięciu słów „albo rażąco niskich” z art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. w efekcie uchylając zakaz drapieżnictwa cenowego na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i uchyleniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z

³³ Tamże.

³⁴ W oryginale: “I can see no way to distinguish price cuts according to whether they are predatory or simply competitive” - Demsetz H., *The Intensity and Dimensionality of Competition*, s. 166.

późn. zm.). Postulat mniej kontrowersyjny to, podobnie jak w przypadku ustalania minimalnej ceny odsprzedaży, ustanowienie silnego domniemania prokonkurencyjności obniżania cen, nawet poniżej kosztów średnich. To na organie antymonopolowym powinien spoczywać w całości ciężar dowodu, że dana praktyka rzeczywiście (a nie tylko potencjalnie lub w wyłącznie w zamiarze przedsiębiorcy) przynosi więcej szkody niż pożytku, a więc jest antykonkurencyjna.

4. Zakończenie

Prawo antymonopolowe w obecnym kształcie jest kontrowersyjnym projektem ingerencji państwa w gospodarkę i powinno być traktowane z odpowiednią nieufnością. Historia tego typu regulacji, szczególnie w Stanach Zjednoczonych, pokazuje, że były one często w pierwszej kolejności narzędziem protekcjonizmu i walki z bardziej efektywnymi konkurentami.³⁵ W artykule tym autor miał na celu pokazanie wątpliwości, które rodzą ekonomiczne podstawy prawa antymonopolowego, w szczególności teoria konkurencji doskonałej oraz neoklasyczna teoria firmy w tradycyjnej wersji. Wydawałoby się, że rozwój ekonomii i duża ilość publikacji zarówno empirycznych, jak i teoretycznych doprowadzą do usunięcia pozostałości „strukturalizmu” w prawie antymonopolowym. Tak się jednak nie stało. W artykule przywołane są dwa jaskrawe przykłady zakazów działań rzekomo antykonkurencyjnych, które znajdujemy w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Pierwszy z nich, bezwzględny zakaz ustalania minimalnej ceny odsprzedaży, który w praktyce Prezes UOKiK wywodzi z art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., należy ocenić szczególnie negatywnie w świetle panującej zgody w nauce ekonomii co do bezzasadności tzw. zakazów *per se* tego typu działań. Drugi dotyczy tzw. drapieźnictwa cenowego, czyli stosowania cen rażąco niskich, uznawanego za zakazane na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. Wyrazić można jedynie nadzieję na debatę o kształcie polskiego prawa antymonopolowego, które grzeszy brakiem powściągliwości, na czym cierpią zarówno konkurencja, jak i konsumenci.

³⁵ DiLorenzo T.J., *The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective*, International Review of Law and Economics, June 1985; Hazlett T.W., *The Legislative History of the Sherman Act Re-examined*, Economic Inquiry, Vol. XXX, April 1992.

Bibliografia

- Alchian A.A., *Uncertainty, Evolution, Economic Theory*, Journal of Political Economy, Vol. 58, 1950, s. 212.
- Armentano D.T., *Antitrust and Monopoly. Anatomy of a Policy Failure*, The Independent Institute 1990.
- Armentano D.T., *Polityka antymonopolowa. Ochrona konkurencji?*, przeł. Mikołaj Barczentewicz, Lublin 2007, wyd. dostępne na stronie internetowej <http://www.barcentewicz.com/>.
- Bartolini D., Zazzaro A., *The Anticompetitive Effects of the Antitrust Policy*, MoFIR working paper no 18, February 2009.
- Boudreaux D.J., Kleit A.N., *How the Market Self-polices Against Predatory Pricing*, Antitrust Reform Project, June 1996.
- Boudreaux D.J., Kleit A.N., *A Modest Proposal To Improve Predatory-pricing Suits*, Antitrust Reform Project, October 1996.
- Boudreaux D.J., *The Problem With Predation*, Competitive Enterprise Institute, 1 września 1998, <http://cei.org/news-letters-cei-planet/problem-predation>.
- Crandall R.W., Winston C., *Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 17, Nr 4, Fall 2003, s. 3-26.
- Decyzja Prezesa UOKiK Delegatura w Katowicach z dnia 17 grudnia 2010 Nr RKT-42/2010.
- Decyzja Prezesa UOKiK Delegatura w Gdańsku z dnia 30 grudnia 2010 r. Nr RGD.31/2010.
- Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r. Nr DOK-11/2010.
- Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 13 stycznia 2011 r. Nr DKK-1/2011.
- Demsetz H., *The Intensity and Dimensionality of Competition (w:) The Economics of the Business Firm: Seven Critical Commentaries*, Cambridge University Press 1995.
- DiLorenzo T.J., *The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective*, International Review of Law and Economics, June 1985.
- Easterbrook F.H., *The Limits of Antitrust*, Texas Law Review, Vol. 63, Nr 1, 1984.
- Friedman M., *The Business Community's Suicidal Impulse*, Cato Policy Report, Vol. 21, Nr 2, March/April 1999.

- Hazlett T.W., *The Legislative History of the Sherman Act Re-examined*, Economic Inquiry, Vol. XXX, April 1992.
- Hayek F.A., *Znaczenie konkurencji* (w:) F.A. Hayek, *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*, Kraków 1998.
- Hovenkamp H.J., *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, Nr 10-35, December 2010.
- Manne G.A., Wright, J.D., *Innovation and the Limits of Antitrust*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 6, Nr 1, 2010, s. 153-202.
- Meese A.J., *Market Failure and Non-Standard Contracting: How The Gost of Perfect Competition Still Haunts Antitrust*, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 1, Nr 1.
- Rothbard M.N., *Interwencjonizm, czyli władza a rynek*, Warszawa 2009.
- Rothbard M.N., *Ekonomia wolnego rynku* (Tom 1 – 3), Warszawa 2007-2008.
- Schumpeter J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1962.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*, red. K. Kohutek, M. Sieradzka, Warszawa 2008.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009.
- Wright J.D., *Antitrust, Multi-Dimensional Competition, and Innovation: Do We Have An Antitrust-Relevant Theory of Competition Now?* (w:) *Regulating Innovation: Competition Policy and Patent Law Under Uncertainty*, red. G.A. Manne, J.D. Wright, Cambridge University Press 2010.