

Prawo konkurencji w modelu gospodarczym Unii Europejskiej

1. Wprowadzenie

Odwołując się do dzieła Adama Smitha *Wealth of Nations*, konkurencja oznacza swobodę prowadzenia operacji na rynku (działalności gospodarczej), która wynika z braku ustanawianych przez państwo ograniczeń prawnych¹. Jest to zatem wielowymiarowy i wielopłaszczyznowy proces, w którego ramach uczestnicy życia gospodarczego (przedsiębiorstwa) rywalizują o udziały rynku, o konsumentów, w dalszej perspektywie dążąc do maksymalizacji zysków². Jest *prima facie* oczywiste, że jest to zjawisko niedające się w pełni zanalizować w ramach jednej dyscypliny badawczej, jednak na potrzeby bieżącego dyskursu kluczowy jest sam element motywacji i charakteru działania jednostek gospodarczych.

W tym kontekście prawo konkurencji zdefiniowane może być jako normy i przepisy, które modyfikują działania jednostek gospodarczych³. Modyfikacja może przybierać charakter behawioralny, gdzie państwo, stosując instrumenty nakazowe, wprost określa katalog działań dozwolonych i zabronionych, określając jednocześnie precyzyjne przesłanki determinujące ich status⁴. Ingerencja państwa może dokonywać się także za pomocą narzędzi strukturalnych tworzących system zachęt (*inter alia* fiskalnych), mających skłonić racjonalnie działające przedsiębiorstwa do podejmowania pożądanych

¹ Polski przekład: A. Smith, *Bogactwo narodów*, przeł. Dariusz Bakalarz, Wydawnictwo Studio-Emka, Warszawa 2012.

² M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2007, s. 13; A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2009, s. 12 i n.; A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, Oficyna Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007, s. 13; R. Skubisz, *Prawo konkurencji [w:] Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, red. R. Skubisz, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 162–163; S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe – zarys wykładu*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1998, s. 8.

³ M. Clark, *Competition as a Dynamic Process*, Brookings, Washington DC 1961, s. 41; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Texts, Cases, Materials*, Oxford University Press, Oxford 2011.

⁴ I. Lianos, D. Gerardin, *Handbook of European Competition Law: Enforcement and Procedure*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2013, s. 405 i n.

przez regulatora działań⁵. Powyższa dystynkcja ma charakter techniczny, dlatego że niezależnie od decyzji dotyczącej rodzaju zastosowanych instrumentów prawnych, wszystkie środki służą realizacji celów danej władzy publicznej⁶. Można wobec tego zdefiniować analizowaną gałąź prawa jako ograniczającą swobodę działalności gospodarczej dla realizacji pewnych celów leżących w interesie publicznym⁷. Szczególnie, że rynek zupełnie pozbawiony regulacji wykazuje tendencje autodestrukcyjne⁸.

Taka definicja podkreśla rolę aksjologii stojącej u podstaw aplikacji wzmiankowanego prawa. Przyjęcie technicystycznej optyki umożliwi analizę poszczególnych instrumentów prawnych, ich wpływu na rynek w jego wielu aspektach, ale nie przybliży odpowiedzi na pytanie dlaczego przyjęto określone rozwiązania. To fundamentalne pytanie o *raison d'être* prawa konkurencji wyznacza strukturę dalszego dyskursu.

Jeżeli bowiem w obliczu naszkicowanej funkcji analizowanej dziedziny prawa, stanowi ono swego rodzaju ekstrapolację celów i wartości Unii Europejskiej, a zwłaszcza, choć nie tylko, modelu gospodarczego UE, to tylko ich analiza umożliwia narysowanie pełnego obrazu ukazującego status i rolę prawa konkurencji w modelu gospodarczym Unii Europejskiej.

2. Ordoliberalne podstawy ustroju gospodarczego Unii Europejskiej

John Ruggie, wypowiadając się o modelu gospodarczym Wspólnot, stwierdził, że został weń „wbudowany liberalizm” (*embedded liberalism*)⁹. Stanowisko to wskazywało na *Leitbild*, gdzie regulacje w obszarze szeroko pojętego zarządzania gospodarczego nakierunkowane były przede wszystkim na ochronę samych przesłanek procesu konkurencji¹⁰. Biorąc pod uwagę socjo-polityczną genezę procesu integracji europejskiej, powyższe twierdzenie jest pewnym uproszczeniem, bo model ten od początku łączył

⁵ *Ibidem*. Racjonalność w kontekście zachowań rynkowych jest konieczną asumpcją, ale w rzeczywistości można wskazać różne motywacje zachowań przedsiębiorstw, szczególnie że działanie wiążące się z ryzykiem biznesowym, które ostatecznie okaże się błędne *post factum* może być uznane za nieracjonalne, co jednak nie znaczy, że w momencie podejmowania decyzji jej przesłanki były racjonalne, choć sama koncepcja racjonalności wymyka się ewaluacji w obiektywnych kategoriach.

⁶ M. Clark, *Competition as a...*; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*; G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press 2007, s. 21 i n.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Najbardziej referencyjny przykład stanowi kryzys z 1926 r. Por. A. Borrmann, M. Holthus, *The Fundamental Principles and the History of the Social Market Economy in the Federal Republic of Germany* [w:] *Principles and Instruments of the Social Market Economy*, red. K. Fasbender, HWWA, Hamburg 1992.

⁹ J.G. Ruggie, *International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, „International Organizations” 1982, Vol. 36, No. 2, s. 379–415.

¹⁰ W. Sauter, H. Schepel, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market Before the EU Courts*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 3 i n.

w założeniach liberalistyczny model gospodarczy, w szczególności w aspekcie transgranicznym, z krajowym interwencjonizmem¹¹. Najbardziej istotny wpływ na wczesne stadia integracji gospodarczej w Europie wywarła bowiem doktryna ordoliberalizmu¹². Ta tzw. szkoła fryburska podkreślała rzeczywistość swobody jednostki w podejmowaniu działań także w obszarze szeroko pojmowanej sfery gospodarczej, ale jednocześnie dopuszczała ingerencje struktur państwowych, kiedy jednostka nie była w stanie sama zagwarantować realizacji swoich potrzeb¹³. Myśl ordoliberalna stała u podstaw koncepcji *Globalsteuerung* zaimplementowanej w Republice Federalnej Niemiec w latach 50. XX w., która przyczyniła się do powojennego „cudu gospodarczego”¹⁴. Jednocześnie model oferował politycznie akceptowalną rekonyliację leseferystycznych i etatystycznych modeli krajowych, konieczną dla rozpoczęcia procesu budowania Wspólnego Rynku rozpoczętego wraz z powstaniem Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (1957)¹⁵.

Pojęcie *fairness* używane w anglojęzycznej literaturze w odniesieniu do celów i funkcji unijnego prawa konkurencji jest trudne do dokładnego przetłumaczenia na język polski¹⁶. W opisywanym kontekście może oznaczać zarówno „uczciwość”, „równość” czy „sprawiedliwość”¹⁷. Odchodząc jednak od rozważań *stricte* leksykalnych, i przyjmując optykę teleologiczną, pod wzmiankowanym terminem kryje się model wprowadzający równe reguły dla wszystkich uczestników gry rynkowej¹⁸. Stanowi to odbicie *telos* ordoliberalizmu, gdzie prawo konkurencji ma przede wszystkim wyrównywać szanse poszczególnych przedsiębiorstw¹⁹. Podejście takie daje się zdekodować, analizując literalne brzmienie preambuły traktatu rzymskiego, gdzie podkreślono konieczność

¹¹ *Ibidem*.

¹² W. Röpke, *Welfare, Freedom and Inflation*, Pall Mall Press, London 1957; W. Röpke, *A Humane Economy: The Social Framework of the Free Market*, H. Regnery Co., Chicago 1960; C. Watrin, *The Social Market Economy: The Main Ideas and Their Influence on Economic Policy* [w:] P. Kosłowski (red.), Springer, Berlin, *The Social Market Economy: Theory and Ethics of the Economic Order*, Heidelberg, New York 1998, s. 17 i n.

¹³ W. Eucken, *The Unsuccessful Age of the Pains of Economic Progress*, Oxford University Press, Oxford 1952, s. 35.

¹⁴ J. Labrousse, J.-D. Veisz, *Institutional Economics of France and Germany. German Ordoliberalism versus French Regulation School*, Springer, Berlin 2001, s. 220 i n.; W. Röpke, *Welfare, Freedom...*; W. Eucken, *The Unsuccessful Age...*

¹⁵ F. Jorges, S. Rödl, „Social Market Economy” as Europe’s Social Model?, EUI „Working Paper LAW” 2004, No. 8, s. 19–21.

¹⁶ *Słownik języka polskiego PWN*, oprac. L. Drabik, E. Sobol, PWN Warszawa 2014.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 21.

¹⁹ D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 37–38.

likwidacji barier szkodzących w zbalansowanym handlu i uczciwej konkurencji (*balanced trade and fair competition*)²⁰.

W tym kontekście zwraca uwagę, że przypisy art. 119 i 120 TFUE wskazują na „otwartą gospodarkę rynkową z wolną konkurencją”. Choć powyższe przepisy odwołują się do polityki gospodarczej i pieniężnej, część doktryny uważa, że można dokonać ich ekstrapolacji także na prawo konkurencji²¹. Próbując zatem zdekodować model zawarty we wzmiankowanych przepisach w kontekście reguł konkurencji, można wskazać na zasadniczy cel, jakim jest swoboda przedsiębiorstw, a głównym celem państwowego regulatora jest ochrona tej swobody przed działaniami innych podmiotów zarówno publicznych, jak i prywatnych. Co opiera się na aksjomacie, że multilateralność (*plurality*) rynku niesie ze sobą dobrobyt konsumentów²². Teoretyczne fundamenty wskazanego podejścia są osadzone w myśli ekonomicznej szkoły harwardzkiej, zgodnie z którą im mniejsza koncentracja na rynku tym korzystniejsze dla konsumentów będą ceny i wybór oferty²³.

Wpływ szkoły fryburskiej był szczególnie widoczny w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Szczególnie referencyjne przykłady stanowią orzeczenia *Continental Can*, gdzie *raison d'être* rozstrzygnięcia była konieczność utrzymania „struktury efektywnej konkurencji” (*Effective competition structure*), czy sprawa *Metro*, gdzie decydująca okazała się ochrona „rzeczywistej konkurencji” (*Workable competition*)²⁴. W praktyce wspomniane wyrównywanie szans daje się też zauważyć zwłaszcza w sprawach z zakresu kontroli nadużywania pozycji dominującej i manifestuje się punitywnym nastawieniem Komisji²⁵. Dążenie KE do zapewnienia równych warunków konkurowania w drodze sankcji zostało określone obrazowo i ironicznie przez urzędników amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości, jako oparte na wizji „konkurencji gentlemanów”,

²⁰ Treaty establishing the European Economic Community, 25.03.1957, [niepublikowane w Dzienniku Urzędowym].

²¹ D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law...*, s. 20.

²² G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power – The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford 2001, s. 3 i n.

²³ G. Monti, *EC Competition...*, s. 87.

²⁴ Orzeczenia 6–72, *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. v. Komisja*, [1973] ECR 215, pkt 26–76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Komisja (Metro I)*, [1977] ECR 1875, pkt 20. Analogiczne decyzje KE 88/138/EEC: Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.787 i IV/31.488 – *Eurofix-Bauco v. Hilti*), Dz. Urz. UE z 11.03.1988, L 65/19; 92/163/EEC: Commission Decision of 24 July 1991 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EEC Treaty (IV/31043 – *Tetra Pak II*), Dz. Urz. UE z 18.03.1992, L 72/1, w szczególności pkt 116–120. Obie decyzje zostały w pełni podtrzymane przez SPI i Trybunał (wyroki odpowiednio: T-30/89, *Hilti AG v. Komisja*, [1991] ECR II-1439, podtrzymane w drugiej instancji C-53/92 P, *Hilti AG v. Komisja*, [1994] ECR 667; T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Komisja*, [1994] ECR II-755 podtrzymane w drugiej instancji C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v. Komisja*, [1996] ECR I-5951).

²⁵ D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law...*, s. 20.

do której rzeczywistość twardej walki na rynku w sposób oczywisty nie przystawała²⁶. Adaptacja wzmiankowanego „antykoncentracyjnego” *telos* ma również miejsce w sferze kontroli koncentracji, gdzie zasadniczą cechą procesów podlegających regulacji jest redukcja liczby aktywnych na rynku podmiotów, co jest immanentnie związane z kwestią występowania pozycji dominującej²⁷. Analogicznie w przypadku postępowań antykartelowych Komisja uznawała działalność „zastępującą praktyczną kooperację”, wyrażającą się *inter alia* koordynacją zachowań rynkowych za niezgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie istnienia „zagrożenia dla konkurencji”, niezależnie od faktycznego wpływu na rynek²⁸. Co wydaje się pomijać uwarunkowanie tych sektorów, w których występuje efekt skali (zwłaszcza sektorów sieciowych)²⁹. To praktyczne wdrożenie paradygmatu szkoły harwardzkiej spotkało się oczywiście z krytyką przedstawicieli szkoły z Chicago, którzy uznawali, że wzmiankowane podejście chroni dosyć abstrakcyjnie pojmowaną konkurencję, ale nie rzeczywistych konkurentów³⁰.

3. *More Economic Approach* – nowy paradygmat w prawie konkurencji

Badacze zajmujący się gospodarczą historią integracji europejskiej bardzo często wprowadzają dystynkcje na „stare” prawo konkurencji – interwencjonistyczne, sformalizowane, zdominowane przez *Ordnungstheorie* i dlatego bywa określane jako „ordoliberalne”³¹. W sposób przerysowujący nieco oryginalne poglądy szkoły fryburskiej³². W znacznym stopniu *a contrario* „nowe” prawo konkurencji związane z wprowadzeniem bardziej ekonomicznego podejścia określanego jako *More Economic Approach*, które zmaterializowało się po raz pierwszy w drugiej połowie lat 90. XX w., którego

²⁶ J. Bruce McDonald, *Section 2 and Article 82: Cowboys and Gentlemen*, The Modernization of Article 82, Second Annual Conference, Bruksela 16–17.06.2005.

²⁷ Por. w związku z tym decyzja: 2006/857/WE: Decyzja Komisji z dnia 15 czerwca 2005 r. w sprawie postępowania na mocy art. 82 traktatu WE oraz art. 54 porozumienia EOG (sprawa COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca), Dz. Urz. UE z 30.11.2006, L 332/24.

²⁸ Orzeczenie C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 and C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö i inni v. Komisja (Wood Pulp I)*, [1994] ECR I-00099, pkt 63 oraz 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja*, [1983] ECR 03461, pkt 57.

²⁹ Taki efekt występował w przypadku okoliczności orzeczenia *Wood Pulp I*.

³⁰ D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law...*, s. 21.

³¹ B.E. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, *Common Market Law Review*, 35/1995, s. 975–982; J.S. Venit, *Article 82: The Last Frontier – Fighting Fire with Fire?*, „Fordham International Law Journal” 2004, No.28, s. 1161–1166; J.S. Venit, *Future Competition Law*, [w:] C.-D. Ehlermann, L.L. Laudai (red.), *The Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing, Oxford 1998, s. 567–569.

³² H. Schweitzer, K.K. Patel, *EU Competition Law in Historical Context*, [w:] K.K. Patel, H. Schweitzer (red.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 207.

tworzą został w pierwszych latach XXI w. Mario Monti – ówczesny komisarz ds. konkurencji³³. Podkreślał fundamentalną rolę rynku i konkurencji w zapewnianiu dobrobytu konsumentów, wspieraniu optymalnej alokacji zasobów i oferowaniu uczestnikom życia gospodarczego odpowiednich zachęt do podejmowania działań w celu poprawy efektywności, jakości i innowacyjności, która zakorzeniona jest w aksjologicznych fundamentach traktatów³⁴. Według powszechnie przyjętego poglądu, „nowy” paradygmat w prawie konkurencji odrzuca „nieracjonalność” wcześniejszego podejścia będącą skutkiem uznania zasadności stosowania daleko idącej ingerencji w sytuacji istnienia niedomogów rynku, i skupiło się przede wszystkim na ochronie efektywności procesu konkurowania³⁵. Wychodząc z założenia, zaczerpniętego ze szkoły z Chicago, że pozytywne skutki dla konsumentów, gospodarki krajów, *etc.* są skutkiem efektywnej konkurencji³⁶. Jednocześnie unijna koncepcja „otwartej gospodarki rynkowej” nie odrzuca zupełnie możliwości interwencji regulatora, ale wymaga większej rezerwy w wykorzystywaniu kompetencji władczych³⁷. To nie jest oczywiście ściśle zgodne z założeniami szkoły z Chicago (choć jest ona do pewnego stopnia wewnętrznie heterogeniczna), ale w przypadku Unii Europejskiej, podobnie jak każdego innego funkcjonującego organizmu gospodarczego, całkowita implementacja teoretycznych założeń jakiegokolwiek szkoły myśli ekonomicznej jest niemożliwa.

Zmiana optyki została syntetycznie, (choć kontrowersyjnie dla części doktryny) podsumowana przez Richarda Posnera, jednego z wiodących przedstawicieli szkoły z Chicago, który stwierdził, że efektywność powinna być najwyższym (*ultimate*) celem prawa konkurencji³⁸. Zgodnie z tym podejściem rola organów odpowiedzialnych za ochronę konkurencji powinna sprowadzać się do zwalczania działań ograniczających efektywność i powstrzymywania się od podejmowania kroków, które same mają negatywne skutki dla efektywności³⁹. Oczywiście pojęcie efektywności w rozumieniu nauk ekonomicznych nie jest homogeniczne, natomiast w analizowanym kontekście powinna

³³ Mario Monti pełnił funkcję komisarza ds. konkurencji w komisji Romano Prodiego w latach 1999–2004. Wcześniej w komisji Jacquesa Santera w latach 1994–1999 był odpowiedzialny za m.in. rynek wewnętrzny.

³⁴ M. Monti, *European Competition Policy for the 21st Century*, „Fordham International Law Journal” 2000, Vol. 24, No. 4, s. 1602–1604.

³⁵ R.A. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago IL 2001, s. 29 i n.; M. Monti, *European Competition...*, s. 1602–1604.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ M. Monti, *European Competition...*, s. 1602–1604. Por. także M. Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*. Przemówienie wygłoszone 09.07.2001 r. w Merchants Taylor’s Hall w Londynie – dostępne na stronach Komisji: europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-340_en.pdf (20.11.2014).

³⁸ D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law...*, s. 21.

³⁹ R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books Inc, New York 1978, s. 59. Por. także H. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, „Michigan Law Review” 1985, Vol. 84, No. 2, s. 213–284.

być rozumiana jako stosunek zaangażowanych zasobów do wyprodukowanych dóbr⁴⁰. Z perspektywy regulatora oznacza to, że w przypadku pozostawienia stopnia zaangażowania przedsiębiorstw (*input*) na niezmiennym poziomie, należy zwalczać działalność wiążącą się z jednoczesnym zmniejszeniem wytwarzanych dóbr (*output*)⁴¹. *Per analogiam* ograniczenie „wkładu” zasobów uczestników niewiążące się ze spadkiem produkcji (lub nawet oznaczające jej wzrost) powinno otrzymywać wsparcie państwa⁴². Opisywana argumentacja zakłada, że wzrost wzmiankowanej efektywności przekładać się będzie pozytywnie na dobrobyt społeczeństw (*society's wealth*)⁴³. Choć, co bywa podkreślane przez krytyków, wzrost ogólnego poziomu dobrobytów nie jest skorelowany z jego redystrybucją. Innymi słowy, relatywnie niewielka grupa (głównie producentów) odnosi stosunkowo największe korzyści w wyniku globalnego wzrostu dobrobytu⁴⁴.

Aplikacja przepisów unijnego prawa konkurencji w oparciu o opisywany paradygmat oznacza w praktyce zawężenie mechanizmów kontroli. Generalnie można bowiem powiedzieć, że większość koncentracji, czy *sensu stricto* w formie fuzji (łączenia się) przedsiębiorstw, czy *sensu largo* rozumiana jako ich kooperacja, wiązać się będzie z poprawą efektywności produkcyjnej zaangażowanych podmiotów, zwłaszcza jeśli te operują w sektorach sieciowych, gdzie występuje synergetyczny efekt skali⁴⁵. A zatem wzrost siły rynkowej skutkujący poprawą efektywności będzie przeważał nad konsekwencjami obniżenia konkurencji, determinując akceptację analizowanych praktyk przez organy ochrony konkurencji⁴⁶.

W literaturze poświęconej zagadnieniom związanym z prawem konkurencji Unii Europejskiej termin „modernizacja” jest stosowany na zmianę z pojęciem bardziej ekonomicznego podejścia. Zapoczątkowany w latach 90. XX w. proces odejścia od ordoliberalnego postrzegania roli prawa konkurencji i przyjęcia bardziej ekonomicznej optyki – *More Economic Approach* – nastawionej na poprawę efektywności i co za tym idzie dobrobytu konsumentów rozumianych, choć nie bez pewnych wątpliwości omówionych w następnym paragrafie, jako odbiorców końcowych. Powszechnie uznaje się, że nowe

⁴⁰ Por. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust...*, s. 45 i n.; M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2006, s. 174 i n.

⁴¹ J. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare And Technological Progress*, „New York University Law Review” 1987, vol. 62, s. 1020.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law...*, s. 22.

⁴⁵ Por. w związku z tym Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. WE z 05.03.2004, C 31/5; 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. UE z 24.02.2009, C 45/7.

⁴⁶ D. Gerardin, A. Layne-Farrar, N. Petit, *EU Competition Law...*, s. 22.

podejście przybrało normatywną formę w momencie wejścia w życie rozporządzenia 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu konkretyzujące zasady stosowania traktatowych przepisów tzw. ogólnego prawa konkurencji⁴⁷. *Telos* ekonomicznego odejścia został również podtrzymany przez Nelie Kroes następczynię Mario Montiego na stanowisku komisarza ds. konkurencji, która zadeklarowała, że podejście (Komisji) oparte na podstawach ekonomicznych sprawi, że obywatele w pełni będą korzystać z dobrodziejstw konkurencyjnej, dynamicznej gospodarki⁴⁸. Zasadniczy kurs został podtrzymany przez obecnego komisarza Joaquína Almuníę⁴⁹. Daje zauważyć się jednak nieco inne rozłożenie akcentów, które, jak wydaje się, spowodowane są zmianami wprowadzonymi przez Traktat z Lizbony i w pewnym stopniu także kryzysem powodującym wzrost przyzwolenia na ingerencję państw w gospodarkę i głębszą korekcję mechanizmów rynkowych. Komisarz stwierdził, obejmując urząd, że polityka konkurencji stanowi środek wzmacniania społecznej gospodarki rynkowej stanowiącej podstawę ustroju gospodarczego Unii Europejskiej – koncepcji opartej na efektywności i sprawiedliwości (*fairness*)⁵⁰.

4. Społeczna gospodarka rynkowa – prawo konkurencji a dobrobyt konsumentów

Wprowadzenie koncepcji społecznej gospodarki rynkowej jako podstawy ustroju gospodarczego Unii Europejskiej przez Traktat z Lizbony postrzegane może być jako kolejny etap modyfikacji aksjologii europejskiego modelu gospodarczego, tym samym stanowiąc katalizator adaptacji prawa konkurencji. Korzeni wspomnianej koncepcji można również dopatrywać się w poglądach szkoły fryburskiej⁵¹. Społeczna gospodarka rynkowa jest ograniczona do *stricte* ekonomicznych kategorii i ma swój wymiar społeczny i polityczny, czyli cytując Wilhelma Röpkego „wykracza poza popyt i podaż”⁵².

Zgodnie z oryginalnymi założeniami koncepcji funkcja korekcyjna państwa nie kończy się na ingerencji w rynek w celu ochrony samego procesu konkurowania, ale

⁴⁷ 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 Traktatu, Dz. Urz. UE z 04.01.2003, L 1/1.

⁴⁸ N. Kroes, *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices*. Przemówienie wygłoszone 15.09.2005 podczas London European Consumer and Competition Day – dostępne na stronach Komisji. Por. także P. Lowe (DG COMP), *Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?* Przemówienie wygłoszone 27.03.2007 podczas 14th European Competition Day w Monachium – dostępne na stronach Komisji http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf (20.11.2014)

⁴⁹ J. Almunia, *Mandate Speech* – dostępny na stronach Komisji http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/almunia/headlines/speeches/2010_en.htm (20.11.2014)

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ F. Jorges, S. Rödl, *Social Market...*, s. 19–21; F. Costamagna, *The Internal Market...*, s. 388.

⁵² W. Röpke, *A Humane Economy...*

powinna pozwalać na osiągnięcie rezultatu pożądanego z punktu widzenia wartości i celów leżących w interesie publicznym⁵³. A zatem szeroko pojęte struktury państwowe nie tylko gwarantują swobodę jednostki w jej decyzjach o charakterze ekonomicznym, ale również biorą odpowiedzialność za zapewnienie jej „gospodarczego dobrobytu” (*economic welfare*)⁵⁴. Zwrot ku bardziej instrumentalnemu podejściu wynikającemu z samej istoty koncepcji społecznej gospodarki rynkowej, na płaszczyźnie prawa konkurencji UE, stawia „dobrobyt konsumentów” (*consumer welfare*) jako jeden z głównych celów⁵⁵.

Kwestią zasadniczą podczas konstrukcji rozwiązań prawnych chroniących interes (dobrobyt) konsumentów jest określenie grupy będącej podmiotem ochrony. Jest *prima facie* oczywiste, że istnieje stratyfikacja preferencji konsumenckich, a dodatkowo interes podmiotów biorących udział w wymianie gospodarczej nie musi być zbieżny z intere-
sem odbiorców końcowych⁵⁶. Sytuację komplikuje fakt, że nie udało się wypracować testu umożliwiającego ocenę wpływu danego zachowania przedsiębiorstwa/przedsiębiorstw na „dobrobyt”. Samo pojęcie również nie zostało zdefiniowane, ale możliwe jest, sięgając do siatki pojęciowej nauk ekonomicznych, wskazanie na kategorię przeciwną – „szkodę konsumenta” (*consumer detriment*) – i na tej podstawie skonstruowanie roboczej definicji analizowanego pojęcia. Wspomniana szkoda, na dużym poziomie ogólności, obejmuje wzrost cen, zmniejszenie ilości i jakości oraz wyboru dóbr (towarów i/lub usług), spadek innowacyjności⁵⁷. A zatem „dobrobyt konsumentów” będzie zbliżony do ekonomicznej kategorii „nadwyżki konsumenta”, będącej swego rodzaju miarą korzyści czerpanej z konsumpcji, ponieważ obejmuje różnicę między kwotą, którą konsument skłonny jest ponieść a tą w rzeczywistości ponoszoną⁵⁸.

Choć zwraca uwagę, że mimo immanentnego związku reguł konkurencji z naukami ekonomicznymi, pojęcie „dobrobytu konsumentów” jako *ratio legis* nie jest całkowicie tożsame z przytoczonym pojęciem „nadwyżki konsumenta”. W ekonomii pojęcie

⁵³ A. Borrmann, M. Holthus, *The Fundamental Principle...*, s. 23–24.

⁵⁴ C. Watrin, *The Social Market Economy: The Main Ideas and Their Influence on Economic Policy* [w:] *The Social Market...*, s. 17 i n.

⁵⁵ A. Borrmann, M. Holthus, *The Fundamental Principles...*, s. 15 i n.

⁵⁶ P. Akman, „Consumer Welfare” and Article 82EC: Practice and Rhetoric, „World Competition: Law And Economic Review” 2009, Vol. 32, No. 1, s. 72.

⁵⁷ P. Mardsen, P. Wheelan, „Consumer Detriment” and its Application in EC and UK Competition Law, „European Competition Law Review” 2006, Vol. 27, No. 10, s. 569–585; Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 8 i 80–81; Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE z 18.10.2008, C 265/6, pkt 10.

⁵⁸ *Ibidem*. Biorąc pod uwagę charakter zagadnienia, „kwotę” należy raczej rozumieć szerzej jako wszelkie nakłady finansowe, które dana osoba skłonna jest ponieść. (M. Motta, *Competition Policy...*, s. 18). Por. M. Motta, *Competition Policy...*, s. 18 i n.

„totalnego dobrobytu” (*total welfare, Marshallian surplus*) obejmuje „nadwyżkę konsumenta”, ale także „nadwyżkę producenta” (*producer surplus*) i nie obejmuje oceny wartościującej dotyczącej sposobu ich dystrybucji⁵⁹. A zatem decyzja identyfikująca i definiująca „dobrobyt”, mimo oparcia na przesłankach ekonomicznych, będzie miała jednak charakter polityczny, jako że przyjęty standard wynikać będzie z kształtu realizowanej w danym obszarze polityki i uwzględnić musi wyważenie sprzecznych, ale prawnie równorzędnych interesów, które nie zawsze są mierzalne za pomocą *stricte* ekonomicznych instrumentów⁶⁰.

W związku z tym zwraca uwagę ryzyko wiążące się z postrzeganiem dobrobytu konsumenta jako stanu sprzecznego z interesem producentów. Takie statyczne podejście opiera się na politycznie zrozumiałym założeniu, że poprawa sytuacji przedsiębiorstw manifestująca się wzrostem zysków odbywać się będzie kosztem konsumentów⁶¹. Powyższa prawidłowość może rzeczywiście wystąpić, ale stwierdzenie tego jest możliwe tylko *ad casum*, a nie na podstawie abstrakcyjnego wywodu logicznego. Co do zasady głównym powodem stojącym za inwestycjami przedsiębiorstw jest chęć osiągnięcia zysku (wyjątek mogą stanowić przedsiębiorstwa sektora usług użyteczności publicznej i częściowo przedsiębiorstwa publiczne)⁶². Natomiast uznanie tego stanu rzeczy za niepożądany i skonstruowanie narzędzi prawnych – regulacyjnych, fiskalnych, *etc.* – zawierających mechanizmy zniechęcające podmioty do maksymalizacji zysków pozbawi je jednocześnie motywacji do poprawy innowacyjności, jakości oferowanych towarów/usług⁶³. W perspektywie długoterminowej będzie to i tak miało negatywny wpływ na dobrobyt konsumentów⁶⁴. W tym kontekście referencyjnym przykładem priorytyzacji kryterium dobrobytu konsumentów stanowią rozstrzygnięcia spraw *Postsparkasse* i *GlaxoSmithKline*. Sąd wskazał dobrobyt konsumentów, jako cel i przeważający argument wyznaczający kierunek rozstrzygnięcia, przesądzający w drugiej ze spraw o uznaniu porozumienia za niezgodne z rynkiem wewnętrznym⁶⁵.

⁵⁹ M. Motta, *Competition Policy...*, s. 18 i n.

⁶⁰ P. Akman, *Consumer Welfare...*, s. 72; P. Akman, „Consumer” versus..., s. 315 i n.; P. Lowe, *The Design of Competition...*, s. 6.

⁶¹ S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 3rd Edition*, Sweet & Maxwell, London 2010, s. 31–32.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*. Twierdzenie to nie zawsze musi być prawdziwe w przypadku przedsiębiorstw publicznych i tych zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Por. J. Kociubiński, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym. Wyzwanie dla europejskiego modelu gospodarczego*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2013.

⁶⁴ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 47–48.

⁶⁵ Orzeczenie T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Komisja*, [2006] ECR II-02969, wywód pkt 298 – 307; T-213/01 i T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v. Komisja*, [2006] ECR II-1601.

Na płaszczyźnie celów prawa konkurencji emfaza celu, jakim jest „dobrobyt konsumentów” nie oznacza jednocześnie odwrotu od „efektywnej alokacji zasobów” wiążącej się z *More Economic Approach*. Wręcz przeciwnie, analiza wytycznych KE dotyczących stosowania zasad konkurencji pozwala dostrzec pogląd, że gospodarka osiąga największą efektywność, kiedy społeczeństwo jest w stanie wypracować możliwie największy poziom dobrobytu za pomocą posiadanych zasobów (których ilość jest globalnie ograniczona)⁶⁶. Innymi słowy, zastosowana została asumpcja, że „dobrobyt konsumentów” obejmuje efektywną alokację zasobów⁶⁷. Mimo prawnej równorzędności wskazanych celów pojawia się pytanie natury praktycznej, czy możliwe jest faktyczne, jednoczesne uwzględnienie ich w tym samym stopniu⁶⁸.

Generalnie uznaje się, że efektywność alokacyjna niesie ze sobą najwięcej bezpośrednich korzyści dla konsumentów, choć i pozostałe oczywiście mają pozytywny wpływ na dobrobyt konsumentów, lub bardziej precyzyjnie – ich brak ma wpływ negatywny⁶⁹. Innymi słowy wsparcie efektywności alokacyjnej nie powinno odbywać się z szkodą dla pozostałych rodzajów efektywności, zwłaszcza produkcyjnej, tak, żeby nie ucierpiał (spadł lub nie wzrósł) wzmiankowany dobrobyt konsumentów⁷⁰. W tym kontekście należy podkreślić, że wyrok w sprawie *GlaxoSmithKline*, traktowany jak modelowy przykład „prokonsumenckiej” wykładni, został skutecznie zaskarżony. A w rozstrzygnięciu w drugiej instancji TS przynajmniej częściowo powrócił do wcześniejszego, „konserwatywnego” podejścia, stanowiąc, że reguły konkurencji służą nie tylko ochronie interesów konkurentów i konsumentów, ale także struktury rynku i konkurencji jako takiej (procesu konkurowania)⁷¹. Analogiczna wykładnia kładąca punkt ciężkości na ochronę struktury rynku i samego procesu konkurowania – konkurencji jako „instytucji” została zastosowana również w nieco późniejszych sprawach *British Airways* i *T-Mobile*

⁶⁶ P. Lowe, *Consumer Welfare*..., s. 2.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Guidance paper, pkt 18; P. Akman, „*Consumer Welfare*”..., s. 80–81; O. Dayag-Epstein, *The Evolution of the Notion of Consumer Interest in the Light of the Modernisation of Article 82EC* [w:] A. Ezrachi (red.), *Article 82EC: Reflections on its Recent Evolution*, Hart Publishing, Oxford 2009, s. 76.

⁶⁹ S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC*..., s. 32. Por. także *inter alia* Orzeczenia C-501/06 P, C-513/06 P, C-51/06 P i C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited AG v. Komisja v. GlaxoSmithKline Services Unlimited i European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) v. Komisja i Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) v. Komisja*, [2009] ECR I-9291 i decyzja Komisji z dnia 24 maja 2004 r. odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corporation (Sprawa COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*), Dz. Urz. UE z 06.02.2007, L 32/23, pkt 693–708; Commission Decision of 16 July 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*), niepublikowana.

⁷⁰ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition*..., s. 47.

⁷¹ Orzeczenie C-501/06 P, C-513/06 P, C-51/06 P i C-519/06 P, *GlaxoSmithKline (II)*, pkt 63.

*Nederland*⁷². Dlatego, rekapituluując ten segment analizy, można zaryzykować tezę, że dobrobyt konsumentów niewątpliwie jest celem unijnego prawa konkurencji, ale nie jest celem nadrzędnym ani jedynym⁷³.

5. Zakończenie

Chcąc rozpocząć podsumowanie rozważań poświęconych prawu konkurencji jako elementowi europejskiego modelu gospodarczego, należy wskazać, że jego status determinowany będzie ścisłym związkiem funkcjonalnym z jednej strony z celami Unii Europejskiej, a z drugiej z rynkiem wewnętrznym⁷⁴. A zatem wobec tego przypisać unijnemu prawu konkurencji charakter konstytucyjny, który wynika z wbudowania reguł chroniących konkurencję w europejski model gospodarczy wyrażony poprzez zestaw celów UE⁷⁵.

Trzon opisywanego modelu w znacznym stopniu został zdeterminowany początkowym zakresem kompetencji Wspólnot, który mimo zasygnalizowania możliwości insercji czynników pozaekonomicznych, na płaszczyźnie zasadniczych celów pozostawał w sferze integracji ekonomicznej. Stan rzeczy, który Christian Joerges opisał, „że Wspólnoty (i później Unia) tak długo będą rynkiem bez państwa, jak długo jej członkowie będą godzili się na bycie państwami bez rynku” (tłum J.K.)⁷⁶. Pojawia się zatem pytanie, ile z oryginalnej myśli Röpkego, Müller-Armacka czy Euckena – twórców doktryny ordoliberalizmu – przetrwało w modelu gospodarczym Unii Europejskiej. Próbę odpowiedzi komplikuje fakt, że samo pojęcie modelu gospodarczego, często wzbogacane o element społeczny (model społeczno-gospodarczy), ma charakter swoistego *superfluum* i nie doczekało się legalnej definicji. Determinacja aksjologii ustroju gospodarczego UE w kontekście reorientacji jej priorytetów i późniejszej ich ekstrapolacji na prawo konkurencji, jest dodatkowo tym trudniejsza, że zasadnicze traktatowe przepisy tego prawa – art. 101, 102, 107 i pewnym sensie także art. 106 TFUE – nie uległy zmianie od

⁷² Orzeczenia C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV i Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, [2009] ECR I-4529, pkt 38 oraz opinia Rzecznik Generalnej Julianne Kokott do tej sprawy pkt 55–60; T-219/99, *British Airways plc. v. Komisja*, [2003] ECR II-5917.

⁷³ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition...*, s. 47 i n.

⁷⁴ Por. protokół (nr 27) w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji. Dz. Urz. UE z 26.10.2012, C 326/47. Zgodnie z art. 51 TUE protokoły i załączniki stanowią ich integralną część.

⁷⁵ Por. A. Nowak-Far, *Konstytucyjne procedury koordynacji polityk gospodarczych – reguły tworzenia i utrwalania Unii Gospodarczej i Walutowej* [w:] A. Nowak-Far (red.), *Konstytucja gospodarcza Unii Europejskiej. Aksjologia*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 89. Por. orzeczenie C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055.

⁷⁶ C. Joerges, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, „European Law Review” 2005, Vol. 30, s. 475.

ich wprowadzenia w traktacie rzymskim, więc kluczowa jest kwestia interpretacji, a nie technicystyczna analiza tekstów prawnych.

A zatem, poszukując wartości leżących u podstaw europejskiego modelu gospodarczego, konieczne jest zestawienie z jednej strony katalogu celów Unii stanowiących dyrektywę interpretacyjną z zakresem kompetencji UE nie tylko w obszarze szeroko pojętej gospodarki. Z perspektywy systemowej ewentualna podległość czy równoważność celów realizowanych w polu zakreślonym zasięgiem kompetencji UE wskaże elementy wymagające uwzględnienia *ex lege* podczas tworzenia i aplikacji przepisów prawa UE. Nie ulega bowiem wątpliwości, że unijne prawo konkurencji, i sfery innych polityk Unii, są kognitywnie otwarte na siebie. Szczególnie, że art. 7 TUE nakłada obowiązek do zapewnienia ich spójności.

Robert Bork powiedział o amerykańskim odpowiedniku prawa konkurencji, że jego stosowanie nigdy nie będzie racjonalne, jeśli nie zostanie udzielona odpowiedź na fundamentalne pytanie: Po co jest to prawo, jakie są jego cele?⁷⁷. Uprawnione wydaje się wskazanie na trzy podstawowe kategorie celów, jakimi są integracja rynku wewnętrznego, wspieranie efektywnej alokacji zasobów i budowanie dobrobytu konsumentów. Jest jednak *prima facie* oczywiste, że jednoczesna realizacja wszystkich wskazanych celów jest niemożliwa, nawet jeśli przyjmie się argumentację, że integracja rynku implikuje realizację pozostałych celów. Problem bowiem dotyczy raczej relacji między dwoma pozostałymi celami, bo wzrost efektywności (zwłaszcza produkcyjnej) nie musi oznaczać poprawy sytuacji konsumentów, zwłaszcza jeśli dochodzi do koncentracji na rynku. A zatem wymagane jest dokonanie hierarchizacji i priorytyzacji celów, ale nie na poziomie regulacji traktatowych czy prawa wtórnego, bo wszak wzmiankowane cele są prawnie równorzędne, ale podczas interpretacji przepisów prawa EU *ad casum*. Cele Unii stanowiące dyrektywę interpretacyjną oferują możliwość pewnej rekoncylacji sprzecznych celów. I rzeczywiście daje się zauważyć korelację między modyfikacją celów UE i rozszerzaniem katalogu jej kompetencji, a zmianami w stosowaniu reguł konkurencji. Szczególnie instruktywny jest w tym kontekście *casus* celu budowania dobrobytu konsumentów i jego pozycja *vis-à-vis* pozostałych celów prawa konkurencji.

Można więc stwierdzić, kończąc podsumowanie, że priorytety i pozycja prawa konkurencji w UE modyfikowane są z jednej strony przez zestaw celów Unii będących aksjologicznym fundamentem jej ustroju gospodarczego. Z drugiej natomiast determinantą jest globalna sytuacja gospodarcza. Początkowy *Staatliche Dirigismus* lat powojennych został zastąpiony przez *More Economic Approach*, kiedy generalna poprawa koniunktury gospodarczej zbiegła się z polepszeniem sytuacji politycznej w związku z upadkiem bloku wschodniego. Zmiana podejścia przyniosła więc położenie większego

⁷⁷ R. Bork, *The Antitrust Paradox...*, s. 50.

nacisku na efektywność ekonomiczną i ograniczenie mechanizmów nakazowych. Z kolei koncepcja społecznej gospodarki rynkowej wiąże się z odwrotem od modelu, gdzie prawo chroni tylko przesłanki procesu konkurencji, ale skupia się na ochronie pewnych ogólnie popieranych wartości. Tym bardziej, że kryzys wyraźnie pokazał, że rynki pozbawione odpowiedniego nadzoru mają tendencje autodestrukcyjne. Dlatego dopuszczalne jest większe przyzwolenie na korektę mechanizmu rynkowego.