



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

O potrzebie (i pułapkach) „bardziej interdyscyplinarnego podejścia” do publicznego i prywatnego prawa konkurencji

Jarosław Sroczyński



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

O potrzebie (i pułapkach) „bardziej interdyscyplinarnego podejścia” do publicznego i prywatnego prawa konkurencji

Jarosław Sroczyński

Jarosław Sroczyński*

**O potrzebie (i pułapkach) „bardziej interdyscyplinarnego podejścia”
do publicznego i prywatnego prawa konkurencji**

Spis treści:

I. Wprowadzenie

II. Ekonomia

1. Cele ekonomii

2. Jaka ekonomia?

3. Pułapki podejścia ekonomicznego

III. Psychologia

IV. Socjologia

V. Prawo karne

VI. Podsumowanie

I. Wprowadzenie

Gmach wiedzy o ochronie konkurencji jest eklektyczny. Opieranie się przy wdrażaniu reguł konkurencji wyłącznie na analizie norm prawnych prowadzi do formalizmu ocen, a tym samym do ich powierzchowności. W konsekwencji znacznie wzrasta ryzyko popełniania przez organ antymonopolowy błędów decyzyjnych tzw. typu I i typu II.¹ Od kilkunastu lat toruje sobie drogę tzw. ekonomiczne podejście do publicznego prawa konkurencji, z różnym zresztą skutkiem. Ekonomizacja prywatnego prawa konkurencji to nadal kwestia odległa, a sądy polegają przede wszystkim na wykładni językowej. Subsumpcja rzadko uwzględnia ekonomiczny kontekst czynu nieuczciwej konkurencji, a analiza pojęciowa częstokroć nie wykracza poza potoczne znaczenie terminologii zawartej w przepisach. Zasadne jest zatem twierdzenie, że bez ekonomii prawo konkurencji byłoby ułomne. Istotne jest jednak także pytanie, ile i jakiej ekonomii potrzebuje prawo konkurencji? Czy „przeekonomizowanie”

* Prawniki i ekonomista, partner w kancelarii Markiewicz & Sroczyński.

¹ *Type I error (false positive)* polega na dostrzeganiu przesłanek zjawiska, które w rzeczywistości nie występuje. Przykładowo, organ antymonopolowy zakazuje dokonania koncentracji, pomimo że powinna ona zostać dozwolona. *Type II error (false negative)* polega na niedostrzeganiu istnienia problemu, np. organ antymonopolowy nie wszczyna postępowania, choć powinien dostrzec naruszenie reguł konkurencji. Zob. np. A. Devlin, M. Jacobs, Antitrust Error, William and Mary Law Review, Vol. 52:075 (2010).

prawa konkurencji nie spowoduje przesunięcia wahadła ocen w abstrakcyjne rejony słabo weryfikowalnych teorii?

Kolejnym pytaniem jest to, czy należy sięgać jeszcze dalej, wychodząc poza ekonomię na teren innych dziedzin nauki i wiedzy? Wymogi współczesnej gospodarki wskazują na taką potrzebę. Ekonomizacja prawa konkurencji stanowi tylko pierwszy krok na drodze ku jego interdyscyplinarności. Wiedza ekonomiczna, jakkolwiek niezbędna, w wielu sytuacjach nie wystarcza dla zrozumienia złożoności zjawisk, w które ingeruje prawo konkurencji. Przykładowo, nie da się w pełni wyjaśnić motywacji do składania wniosków *leniency* tylko na podstawie analizy ekonomicznej. Konieczne będzie sięgnięcie także do takich dziedzin, jak psychologia czy matematyczna teoria gier. Z kolei, formułowanie celów polityki konkurencji wymaga odwołania do socjologicznego rozumienia zachowań określonych zbiorowości, zwłaszcza grup konsumentów.

Ostatnia nowelizacja prawa antymonopolowego, przynosząca możliwość nakładania kar na osoby zarządzające za udział w zakazanych porozumieniach, skłania do refleksji nad zjawiskiem penalizacji tego prawa. Jeżeli przyjąć, że penalizacja staje się faktem, to zasadne jest wyważenie pomiędzy „prawnokarnym” celem odstraszenia od popełniania naruszeń, a potrzebą ochrony praw podstawowych już nie tylko samych przedsiębiorców, ale także osób fizycznych z nimi związanych. Prawo karne powinno służyć jako punkt odniesienia nie tylko przy kontrolach i przeszukaniach, ale także jako źródło, z którego wywodzimy zasadę domniemania niewinności lub prawa do obrony.

Potrzeba korzystania z dorobku interdyscyplinarnego innych dziedzin nauki i wiedzy w stosowaniu prawa konkurencji wydaje się zatem ewidentna. W artykule zwrócono uwagę na konkretne obszary, w których potrzeba badań jest najpilniejsza. Szersze, metodologiczne spojrzenie pozwoli ograniczyć ryzyko pułapek będących obecnie udziałem „bardziej ekonomicznego podejścia”. Szczególnie istotne jest także interdyscyplinarne rozumienie prawa nieuczciwej konkurencji i odejście sądów od przeważającego obecnie formalizmu w jego stosowaniu.

I. Ekonomia

1. Cele ekonomii

Po co ekonomia w publicznym prawie konkurencji? Kilka obszarów zastosowań nasuwa się jako naturalne. Przede wszystkim, podejście ekonomiczne definiuje **potrzebę i skutki interwencji** organu antymonopolowego. Obszar ten jest szczególnie istotny w Polsce, ponieważ od 2007 roku postępowania antymonopolowe są wszczynane przez Prezesa Urzędu

Ochrony Konkurencji i Konsumentów („UOKiK”) wyłącznie z urzędu. Odmowa wszczęcia postępowania, o które wnosi podmiot zawiadamiający o możliwości naruszenia reguł konkurencji, nie podlega kontroli sądowej. Jedynym decydentem w kwestii stosowania lub niestosowania ustawy antymonopolowej jest organ władzy wykonawczej. Tym bardziej więc potrzebna jest gruntowna, wstępna analiza ekonomiczna przypadków zgłaszanych naruszeń, zwłaszcza tych lokujących się „pośrodku wachlarza” spraw ewidentnie polegających na naruszeniu i ewidentnie bagatelnych. Wskazane byłoby sformułowanie przez Prezesa UOKiK priorytetowych kryteriów oceny zgłaszanych naruszeń, w formie wyjaśnień o charakterze *soft law*. Termin ten oznacza dosłownie „miękkie prawo”, a zatem w wyjaśnieniach jest sporo miejsca na „twardą ekonomię”. Próby zjednoczenia tych dwóch światów podejmuje Komisja Europejska w swoich wytycznych, nawet jeżeli czasami są to próby dosyć ostrożne.² Pozytywnym polskim przykładem są Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji,³ stanowiące kompendium ekonomicznych kryteriów stosowanych przy analizie wpływu koncentracji na rynki.

Kolejnym obszarem jest **weryfikacja stanu rynków**, dokonywana przez Prezesa UOKiK zarówno dla potrzeb prowadzonych spraw, a także w ramach formułowania kierunków rozwoju polityki konkurencji. Wszystkie zjawiska konkurencyjne zachodzą na rynkach, dlatego ich nieustanne obserwowanie i badanie stanowi codzienność *competition enforcement*.

Ekonomia stanowi także platformę dla analizy pojęciowej, umożliwiającej poprawne i jednolite **stosowanie terminologii** używanej w rozlicznych przepisach prawa konkurencji. Doskonałym przykładem jest art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk), dotyczący zakazu pobierania tzw. opłat półkowych. Przepis ten jest wręcz naszpikowany niezdefiniowanymi w uznk pojęciami ściśle ekonomicznymi, takimi jak „rynek”, „marża handlowa”, „opłata”, „sprzedaż” czy „towar”.⁴ Jednakże, w orzecznictwie dotyczącym „opłat półkowych” do rzadkości należy refleksja nad ekonomicznym

2 Zob. 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 (2009/C 45/02). Wytyczne te są, moim zdaniem, niesłusznie krytykowane jako zbyt ogólne. Należy pamiętać, że stanowią one niezmiernie trudną próbę wypracowania *sui generis* reguły rozsądku w odniesieniu do dominacyjnych praktyk wykluczających (*foreclosure*), co już samo w sobie stanowi poważny wyłom w dotychczasowym rozumieniu zakazu nadużywania pozycji dominującej jako bezwzględnie obowiązującego. Komisja nie zdecydowała się na objęcie Wytycznymi także praktyk eksploatacyjnych, jednakże w odniesieniu do praktyk wykluczających sformułowała kilka istotnych zasad oceny polegającej na analizie ekonomicznej, takich jak test „równie efektywnego konkurenta” („*as effective competitor*”) czy badania korzyści w postaci wzrostu efektywności. Zob. Kohutek, K., Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących, Warszawa 2012. .

3 Zob. http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php.

4 Należy także wskazać, że „pobieranie opłat” to terminologia bardziej fiskalna, aniżeli dotycząca relacji pomiędzy przedsiębiorcami.

charakterem relacji dostawca-sprzedawca i ich wzajemnych rozliczeń. Co więcej, Sąd Najwyższy przyjmuje, że każdy czyn nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 15 ust. 1 uznk (czyli np. sprzedaż poniżej kosztów, dyskryminacja, czy wspomniane „opłaty półkowe”), ze swej istoty utrudnia dostęp do rynku, co w konsekwencji zwalnia sądy orzekające z obowiązku analizowania tego ściśle ekonomicznego kryterium oceny naruszenia uznk. Innym przykładem formalizmu sądowego jest przyjmowanie w sprawach „opłat półkowych”, że poprzez sprzedaż towaru ulega zerwaniu więź pomiędzy dostawcą a sprzedawcą sieciowym, bez dostrzegania specyfiki „sprzedaży łańcuchowej”.

Brak niezbędnej analizy treści używanych przez ustawodawcę pojęć sprawił, że omawiany przepis zawiera istotną wadę konstrukcyjną. W art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk mowa jest bowiem o pobieraniu marży handlowej przez sprzedawcę od dostawcy. Tymczasem, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach,⁵ „marżą handlową” jest „*różnica między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikająca z kosztów i zysku przedsiębiorcy*”. Zgodnie z powołaną definicją legalną (a także zgodnie z powszechnym rozumieniem pojęcia „marży” w praktyce handlowej), **nie jest możliwe pobieranie marży handlowej przez sprzedawcę od swojego dostawcy**. Marżę handlową (marżę zysku) pobiera bowiem **dostawca od sprzedawcy**, a następnie **sprzedawca od swoich klientów**. Sprzedawca nie sprzedaje towaru dostawcy. Sprzedawca kupuje towar od dostawcy, dlatego marżę handlową pobiera tylko dostawca, a nie sprzedawca. Wadliwa konstrukcja⁶ art. 15 ust. pkt 4 u.z.n.k. sprawia, że jego wykładnia budzi poważne wątpliwości.

Od ekonomii nie da się uciec również w przypadku innych przepisów uznk. W art. 14 mowa jest o „cenach”, „wytwarzanych towarach”, „sytuacji gospodarczej”, art. 11 zawiera pojęcie „wartości gospodarczej”, itd. Reasumując, potrzeba „bardziej ekonomicznego podejścia” do uznk jest tak samo istotna, jak ma to miejsce w przypadku publicznego prawa antymonopolowego. Ustawodawca na potrzebę tę wyraźnie wskazuje w art. 1 uznk. Ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podobnie jak ustawę antymonopolową, stosuje się bowiem w interesie publicznym, a także klientów, czyli konsumentów. Oznacza to, że w pewnych sytuacjach dopiero analiza skutków czynu w sferze tych interesów nadrzędnych może przesądzić lub nie o kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji. Natomiast orzecznictwo praktycznie w ogóle nie traktuje art. 1 uznk jako wskazówki interpretacyjnej.

5Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 ze zm.

6 Na błąd występujący w konstrukcji art. 15 ust. 1 pkt 4 zwracają uwagę m. in. D. Wolski, *Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny iKAR 2013, nr 1(2), s. 111, także B. Leszczyńska, A. Piszcz, *Glosa do wyroku SN z dnia 26 stycznia 2006 r.*, II CK 378/2005, LEX/el. 2008.

Last but not least, metody analizy ekonomicznej są niezbędne przy określeniu **wartości, jaką otrzymuje społeczeństwo wskutek działań organu antymonopolowego**. Wartość tę określa się często jako tzw. „*outcome*”. Przykładowo, holenderski urząd antymonopolowy⁷ zobowiązany jest do corocznego publikowania wielkości *outcome*”, stanowiącej estymację kwoty korzyści dla konsumentów wynikających z działalności tego urzędu. „*Outcome*”, czyli korzyść wynikowa, porównywana jest z „*income*”, czyli kosztami działalności. Wynik i metodologia obliczania „*outcome*” są audytowane przez niezależnego eksperta. Korzyści z działalności organów antymonopolowych badane są także w Wielkiej Brytanii (tzw. „*impact*”) oraz w USA („*consumer savings*”).

Szczególne korzyści materialne powstają w wyniku wykonywania przez przedsiębiorców zobowiązań do eliminacji naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Korzyści te mają różnorodną formę, od typowych odszkodowań, poprzez rezygnację z działań powodujących szkody dla konsumentów, polepszenie warunków ofert, oszczędności procesowe, aż do powstawania materialnych efektów dobrych praktyk w większej skali rynkowej. Wartość takiego „przysporzenia konsumenckiego” można obliczyć, a w grę wchodzi ogromne kwoty, stanowiące część wspomnianego „*outcome*”. Istnieje potrzeba badania tych zjawisk, po to aby przybliżyć społeczeństwu wiedzę o skali korzyści powstających w wyniku działań Prezesa UOKiK.

2. Jaka ekonomia?

Pytanie powyższe dotyczy poniekąd **ideologii ekonomicznej „wyznawanej” przez organ antymonopolowy**, czy to w sposób świadomy (np. poprzez wybór doradców i ekspertów związanych z określonym nurtem ekonomii), czy też poprzez swego rodzaju dostosowanie ustrojowe. Ten drugi przypadek jest charakterystyczny dla Polski. Reformy wprowadzane w skali makroekonomicznej po wprowadzeniu gospodarki rynkowej w roku 1989 (plan Balcerowicza), oparte były na założeniach **neoliberalnej myśli ekonomicznej**. Nie mogło to pozostać bez wpływu na podstawowe rozumienie zagadnień ekonomicznych przez organ antymonopolowy. Kierunek neoliberalny wywiera od kilku dekad szczególne piętno na *competition enforcement* także w Unii Europejskiej, a zwłaszcza w USA. Neoklasyczna szkoła chicagowska (Posner, Friedman) była i jest jedną z najsilniej oddziałujących na rozwój prawa antymonopolowego. Podstawowym jej paradygmatem tego nurtu jest uznanie przedsiębiorcę za *homo oeconomicus*, działającego racjonalnie w celu maksymalizacji zysku. Podejście to marginalizuje znaczenie błędów popełnianych przy wyborze strategii i ocenie ryzyka. Ekonomści neoklasycyści zawężają potrzebę interwencji

⁷ The Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM).

organu antymonopolowego w głównej mierze do porozumień horyzontalnych, zwłaszcza karteli cenowych. Niechętnie odnoszą się do zwalczania niektórych indywidualnych praktyk antykonkurencyjnych, np. zaniżania cen przez dominantów rynkowych. Twierdzą oni, że racjonalnie działający sprzedawca nie będzie obniżał cen poniżej poziomu kosztów w celu wyparcia z rynku swoich konkurentów. Generalnie rzecz ujmując, ekonomia neoklasyczna zakłada, że suma korzyści (*efficiencies*) wynikających z końcowo racjonalnych decyzji przedsiębiorców zrównoważy, a nawet przewyższy potencjalnie negatywne skutki w sferze konkurencji. Neoklasycy uważają, że organy antymonopolowe nie powinny wspierać słabszych konkurentów, ponieważ to rynek będzie ostatecznie pełnił funkcję „czyszciciela”, a przetrwać na nim powinny tylko najsprawniejsze i najbardziej efektywne jednostki.

Krytycy szkoły chicagowskiej⁸ twierdzą, że bazuje ona na wielu uproszczeniach i pomija bądź zniekształca istotne czynniki ekonomiczne, takie jak dynamikę trendów, asymetrię informacji czy analizę zachowań strategicznych. Neoliberalni ekonomiści post-chicagowscy podejmowali próby eliminacji tych trudności, wprowadzając pewne korekty do dogmatu całkowicie racjonalnego przedsiębiorcy, pozostawiając jednak czynnik efektywności ekonomicznej w roli pierwszoplanowej.

Istotnie odmienne stanowisko zajmują ekonomiści-behawiorysty (Kahnemann, Reeves, Stucke, Tor, Tversky). Behawioralne podejście do ekonomii bazuje na zmodyfikowanym paradygmacie racjonalnego przedsiębiorcy. Po pierwsze, racjonalność działań rynkowych nie jest w ujęciu behawioralnym kategorią absolutną, ale ukontekstowaną. To kontekst gospodarczy pozwala ocenić końcową racjonalność bądź irracjonalność decyzji przedsiębiorcy. Po drugie, behawioryzm odchodzi od koncepcji *homo oeconomicus*, próbując zrozumieć proces decyzyjny od strony osoby-decydenta, będącego często jednostką słabą, podlegającą emocjom, niedostatecznie poinformowaną, z wygórowanymi aspiracjami i ambicjami. Decydent taki funkcjonuje w skomplikowanym świecie i dlatego podatny jest na różnorodne odchylenia w procesie poznawczym (*bias*), co bywa przyczyną popełnianych błędów.⁹

Szczególnie często występują błędy wynikające z odchylenia heurystycznego, tj. tendencji do wydawania sądów bez dokładnej znajomości danej kwestii. Istotna jest

8 Krytykami szkoły chicagowskiej są m. in. Joseph Stiglitz, George Akerlof, a w Polsce Grzegorz Kołodko. Warto dodać, że jeden z głównych przedstawicieli szkoły chicagowskiej, Richard Posner, pod wpływem wydarzeń kryzysu finansowego w USA z roku 2008 przeszedł na pozycje keynesowskiego interwencjonizmu państwowego, zob. <http://www.newrepublic.com/article/how-i-became-keynesian#>.

9 Th. J. Horton, *The Coming Extinction of Homo Economicus and the Eclipse of the Chicago School of Antitrust: Applying Evolutionary Biology to Structural and Behavioral Antitrust Analyses*, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 42, 2011, s. 521; M. M. K. Sardana, *Behavioral Biases of Consumers and Competition Policy*, s. 1-4, <http://isidev.nic.in/pdf/DN1107.pdf>.

zwłaszcza tzw. heurystyka dostępności, polegająca na uznawaniu za bardziej prawdopodobne zjawisk, które występują obok nas. Przykładowo, media mają ogromny wpływ na postrzeganie zjawiska korupcji, także w przetargach publicznych, jako ciągle narastającego, pomimo że ma ono w Polsce od wielu lat charakter względnie stały. Z tego względu istnieje prawdopodobieństwo, że kierujący spółką manager przypisze czynnikowi korupcji większe znaczenie od rzeczywistego, a wtedy w akcie swoistej samoobrony będzie bardziej skłonny do zawarcia zmowy przetargowej na poziomie dostawców. Innymi pułapkami decyzyjnymi są tzw. heurystyka reprezentatywności, kiedy przedsiębiorca wyciąga niewłaściwy wniosek ogólny z przesłanki indywidualnej (błąd logiczny *pars pro toto*) oraz heurystyka zakotwiczenia, kiedy własny sąd „zakotwicza” się w przypadkowo ustalonej, błędnej przesłance zewnętrznej .

Dla prawa antymonopolowego podejście behawioralne może mieć doniosłe znaczenie. Umożliwia ono ocenę przyczyn i skutków odchodzenia zachowań graczy rynkowych od przesłanek racjonalnych w kierunku przesłanek motywowanych emocją, nieświadomością lub błędem. To z kolei może ułatwić zrozumienie, dlaczego w określonych okolicznościach istnieje większe lub mniejsze prawdopodobieństwo zaistnienia danej praktyki rynkowej. Behawioryzm nie wyklucza z góry żadnej możliwości, w tym także całkowicie irracjonalnego zachowania decydenta, jeżeli kieruje się on przede wszystkim emocjami, a przy tym ma znaczne indywidualne możliwości działania. Czasami może się okazać, że głównym powodem narzucenia kontrahentowi uciążliwych warunków umowy nie jest zamiar ograniczenia konkurencji na rynku właściwym, lecz zwykła niechęć w relacjach międzyludzkich. Gracze rynkowi starają się unikać ryzyka, gdy dokonują wyboru pomiędzy opcjami większych lub mniejszych zysków, natomiast chętniej podejmują ryzyko, gdy ich wybór ogranicza się do opcji zakładających określony poziom strat. Dlatego porozumienia kartelowe są częściej zawierane w sektorach dotkniętych dekoniunkturą, w okresach, w których przedsiębiorcy walczą o przetrwanie, aniżeli wtedy, kiedy gospodarka rozwija się, a ewentualne kary za znowę mogłyby obniżyć poziom w miarę pewnych dochodów.

3. Pułapki podejścia ekonomicznego

Bezkrytyczna fascynacja ekonomizacją prawa konkurencji może jednak powodować komplikacje niemniejsze aniżeli podejście formalistyczne. „Grzechem głównym” ekonomizacji jest w moim przekonaniu **niesystematyczne, przypadkowe podejście do interakcji pomiędzy ekonomią i prawem konkurencji**. Potrzeba głębszych, a przede wszystkim metodologicznie uporządkowanych badań jest ewidentna, a postulat ich prowadzenia należy kierować przede wszystkim do środowisk naukowych, ale także UOKiK.

Jedynie formalne podejście do stosowania prawa nie wymaga badań. Przykładem może być automatyczna kwalifikacja koncentracji po przekroczeniu ustawowych progów obrotowych.

W „bardziej ekonomicznym podejściu” do prawa konkurencji jednym ze źródeł zasadniczych nieporozumień jest **mylenie ekonomii rozumianej jako nauka społeczna z ekonomią jako nauką quasi-ściłą**. Rozumienie celu „dobrobytu konsumenckiego” w znacznej mierze zależy będzie bowiem od wyznawanej ideologii społecznej, natomiast reguły rachunkowości lub ekonometrii są tak ścisłe, jak wzory matematyczne im towarzyszące. Podobnymi pułapkami ekonomicznej analizy prawa jest mylenie kwestii naukowych ekonomii z wiedzą ekonomiczną, a także mylenie zjawisk makroekonomicznych z mikroekonomicznymi.

Ponadto, w ramach krytycznej oceny „bardziej ekonomicznego podejścia” podnosi się jego swoistą **fetyszyzację**, uznawanie wyników badań modelowych za w pełni odpowiadające rzeczywistości rynkowej, przypisywanie modelom ekonometrycznym waloru uniwersalnego, posługiwanie się hermetycznymi, często niezrozumiałymi koncepcjami i konstrukcjami, badanie kwestii pobocznych a nie głównych, żonglowanie danymi, itd.

Niektórzy autorzy, wskazując na potrzebę rozszerzenia badań także o zagadnienia ekonomii behawioralnej, krytycznie odnoszą się do „zawłaszczenia” ekonomicznej analizy prawa przez szkołę neoklasyczną, a zwłaszcza chicagowską. Istnieją jednak zdecydowani krytycy bądź sceptycy odnośnie behawioralnego podejścia do ekonomii antymonopolowej.¹⁰

Wspomniana wyżej **fetyszyzacja podejścia ekonomicznego** wyraża się także w traktowaniu ekonomizacji jako zjawiska, które jakoby wcześniej nie istniało i dopiero ostatnio zostało odkryte. Przypomina to sytuację molierowskiego Pana Jourdain, który nagle uświadomił sobie, że „mówi prozą”. Tymczasem jest po prostu niemożliwe dokonanie jakiegokolwiek subsumpcji norm antymonopolowych bez uwzględnienia interdyscyplinarnej wiedzy ekonomicznej. Nie sposób rozstrzygnąć żadnej sprawy antymonopolowej bez zdefiniowania rynku, a to wiąże się z zastosowaniem ekonomicznej definicji tego pojęcia. Przykłady podejścia ekonomicznego z dość odległej przeszłości można mnożyć, jednym z najlepszych jest definicja dominacji, sformułowana w orzeczeniu Hoffman-La Roche z końca lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku, niezmiernie „ekonomiczna” i aktualna do dzisiaj¹¹.

10 J. D. Wright, J. E. Stone, *Misbehavioral Economics: The Case Against Behavioral Antitrust*, *Cardozo L. Rev.*, Vol. 33, No. 4 (2012), p. 1517-33; George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-23; R. B. Korobkin, *What Comes After Victory for Behavioral Law and Economics?* UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 11-10 (2011).

11 *Hoffmann-La Roche & Co. AG vs. Komisja Wspólnot Europejskich*, wyrok Trybunału WE z dn. 13 lutego 1979 r., Case 85/76. Pozycja dominująca została zdefiniowana w tym wyroku jako możliwość działania na rynku przez przedsiębiorcę w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Por. definicję pozycji dominującej w art. 4 pkt 10 ustawy antymonopolowej, opartą na takim właśnie, ekonomicznym

Fetyszyzacja podejścia ekonomicznego ma swoje dalsze negatywne konsekwencje w postaci bezkrytycznego uznawania modeli ekonomicznych, a zwłaszcza ekonometrycznych,¹² za źródło umożliwiające rozwianie wszelkich wątpliwości przy ocenie skutków rynkowych naruszeń prawa konkurencji. Tymczasem praktycznie wszystkie modele ekonomiczne bazują na określonych założeniach, swoistych skrótach myślowych, które niekoniecznie muszą mieć odpowiednik w sytuacjach praktycznych¹³. W konsekwencji, bezkrytyczne przełożenie warunków modelu na rzeczywistość gospodarczą powoduje ryzyko dokonania błędnej oceny naruszenia.

Kolejną pułapkę stanowi **postrzeganie rozwiązań ekonomicznych w oderwaniu od ich dogmatycznego kontekstu**, tj. bez związku z poglądami ekonomicznymi, jakie stoją u podstaw danej analizy. Przypomina to sytuację, w której stwierdza się potrzebę skorzystania z pomocy lekarza, nie zagłębiając się w to, jaki konkretny specjalista jest potrzebny i czy np. schorzeń operacyjnych nie będzie leczył homeopata. Najpełniej widać powyższe uproszczenie na przykładzie praktyki stosowania prawa konkurencji w USA, tak, jak bywała ona przenoszona na grunt europejski. W okresach, w których obowiązujący dogmat ekonomiczny narzucała szkoła chicagowska¹⁴, ostrość oceny naruszeń prawa dokonywanej przez amerykańskie organy antymonopolowe ulegała wyraźnemu stępieniu. Z punktu widzenia praktyki, jest niezmiernie istotne, „w co wierzy” organ antymonopolowy. Czy będzie chronił konkurencję jako zjawisko gospodarcze, czy czasami udzieli ochrony także pojedynczemu konkurentowi, rozważając indywidualny dylemat walki Dawida z Goliatem? Czy sąd będzie podatny na argumenty oparte na wykresach i tabelach, czy należy polegać przede wszystkim na tzw. *storytellingu*?

III. Psychologia

Z ekonomią behawioralną powiązana jest dziedzina psychologii, zwłaszcza psychologia biznesu, obejmująca **badanie zachowań managerskich i konsumenckich**. W analizie antymonopolowej istnieje wiele obszarów, w których psychologia może okazać się nie tylko pomocna, ale wręcz niezbędna. Jednym z przykładów jest być uregulowana w

rozumieniu dominacji rynkowej.

12 Zwracał na tę kwestię uwagę William E. Kovacic, szef Federal Trade Commission, przestrzegając organy antymonopolowe przed „pułapką niewłaściwego modelu ekonomicznego”. W. Kovacic, *Rating the Competition Agencies: What Constitutes the Good Performance?*, 16 *Geo. Mason L. Rev.* 903 (2009), s. 922.

13 A. Chapsal, D. Spector, *What can be learnt from econometric studies in cartel cases?*, *Concurrences* No. 1-2009, s. 42 i nast.

14 Z. Jurczyk, *op. cit.*, s. 45-52. Zob. R. A. Posner, *Antitrust Law: an Economic Perspective*, Chicago-London 1976, s. 115. M. Friedman, *Wolny wybór*, Wydawnictwo Kurs, 1988, s. 65 i nast. Zob. także L. Balcerowicz, *Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów*, Warszawa 2102, s. 35-50.

ustawie antymonopolowej możliwość skorzystania z dobrodziejstwa *leniency*, uwarunkowana jednakże tym, aby przedsiębiorca starający się o odstąpienie od nałożenia kary nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w zakazanym porozumieniu. Pojęcia „nakłanianie” nie sposób objaśnić bez sięgnięcia do metod poznawczych psychologii biznesu. W internetowym słowniku synonimów termin „nakłanianie” posiada kilkadziesiąt znaczeń synonimicznych.¹⁵ Przed organem antymonopolowym mogą w konkretnych sprawach piętrzyć się wątpliwości co do tego, która osoba reprezentująca przedsiębiorcę (bo przecież nie sam przedsiębiorca jako masa majątkowa) nakłaniała tę drugą osobę, działającą po stronie drugiego przedsiębiorcy. Jak daleko trzeba się posunąć, aby dyskretnie czynione próby wciągnięcia konkurenta w kartel, zostały ocenione jako „nakłanianie”? Czy jest możliwe powstanie kartelu w sposób samorzutny, bez nakłaniania przez którąkolwiek ze stron? Tego rodzaju pytania wiążą się z aspektem wolicjonalnym działań ludzkich, których sama nauka ekonomii nie wyjaśni. Ekonomia koncentruje się bardziej na skutku ludzkich działań, natomiast psychologia dokładnie analizuje ich przyczyny.

Wola jako czynnik motywacyjny w analizie kartelowej była przedmiotem interesujących rozważań w orzecznictwie dotyczącym sprawy Bayer/Adalat¹⁶, dotyczącej zakazu importu równoległego leku Adalat przez dystrybutorów na terenie Unii Europejskiej. Zakaz ten wynikał z umów dystrybucyjnych pomiędzy producentem a dystrybutorami leku. Sądy unijne rozważały kwestię różnicy pomiędzy zawarciem zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję a jednostronnym narzuceniem warunków umownych przez przedsiębiorcę dysponującego określoną siłą rynkową. Ostatecznie Trybunał orzekł, że pomimo istnienia formalnie zawartych umów dystrybucyjnych, pomiędzy Bayerem i jego dystrybutorami nie doszło do zawarcia zakazanego porozumienia określonego w art. 101 TfUE, ponieważ porozumienie takie powstaje dopiero wtedy, gdy pomiędzy jego uczestnikami występuje podstawowa przesłanka **zgodności woli** (*concurrency of wills*). Przesłanki tej brakowało w przedmiotowej sprawie, ponieważ dystrybutorzy podpisywali umowy pod presją, a nie dobrowolnie. Przechodząc na drugi biegun ocen można w tym kontekście wskazać, że zakazane porozumienia kartelowe polegają czasami na zмовie niewypowiedzianej, ale mimo to wdrażanej (*meeting of the minds*). Wyjaśnienie, jak może dojść do takiego wysublimowanego porozumienia, to także domena nauk psychologicznych. Mogą one być pomocne także w ustaleniu znaczenia kluczowej dla porozumień przesłanki „celu” działania, a także w analizie zachowań kwalifikowanych jako kolektywne nadużycie

¹⁵ <http://synonim.net/synonim/nak%C5%82anianie>.

¹⁶ Wyrok Trybunału UE z dn. 6 stycznia 2004 r. w połączonych sprawach C-2/01 P i C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure and Commission of the European Communities v Bayer AG*.

pozycji dominującej na rynku. Określone sygnały odbierane przez przedsiębiorców nie stanowią porozumienia, a jednak umożliwiają koordynowanie zachowań w taki sposób, jakby na rynku działał jeden przedsiębiorca.

Psychologiczny kontekst mają także kwalifikacje zachowań przedsiębiorców, umożliwiające ich ocenę w ramach okoliczności łagodzących (np. bierna rola przedsiębiorcy, unikanie stosowania porozumienia, działanie pod przymusem) albo okoliczności obciążających (inicjowanie porozumienia, nakłanianie innych przedsiębiorców do uczestniczenia w nim, przymuszanie, wywieranie presji, stosowanie środków odwetowych).¹⁷

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji także zawiera przepisy, których interpretacja może niekiedy wymagać sięgnięcia do dorobku wiedzy psychologicznej. Podobnie jak w uokik, w uznk jest mowa o „nakłanianiu” (art. 12, art. 15, art. 17c), a ponadto o „pomawianiu i zachwalaniu” (art. 3), „wprowadzaniu w błąd” (art. 10, art. 14) i „dyskredytowaniu” (art. 16). Wykazanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji może w określonych sytuacjach wymagać dowodzenia opartego o analizę psychologiczną zachowań konsumenckich.¹⁸ Przykładowo, percepcja szczególnych oznaczeń umieszczonych na towarach, a także wielkość czcionki, dobór kolorystyki, może mieć istotny wpływ na wybory konsumenckie. Niekiedy stosowane są zabiegi mogące stanowić nieuczciwą manipulację, na przykład chodzi o to, aby wzrok konsumenta padł przede wszystkim na ten towar na półce, który „powinien” szybko rotować, ze szkodą dla pozostałych towarów. Psychologiczny odbiór przekazu handlowego będzie miał znaczenie także przy stosowaniu zabiegów merchandisingowych, towarzyszącym z reguły zarządzaniu przez dostawcę kategoriami produktów w sklepach sprzedawcy (*category management*).

Interesującą dziedziną jest także neuropsychologia, badająca zjawiska z zakresu podejmowania decyzji z uwzględnieniem związków zachodzących pomiędzy układem nerwowym a procesami poznawczymi. Dziedzina ta pozwala lepiej „prześwietlać” poszczególne elementy procesu decyzyjnego, zwłaszcza dotyczące motywacji działań osób zarządzających przedsiębiorcami (kadry managerskiej), ale także sędziów.

IV. Socjologia

Socjologia może być pomocna w obszarach, w których **prawo konkurencji oddziałuje na większe zbiorowości ludzkie** (konsumenci na określonych rynkach, renciści,

¹⁷ Art. 111 uokik. Okoliczności łagodzące i obciążające mają wpływ na wysokość kar nakładanych przez Prezesa UOKiK za naruszenia ustawy antymonopolowej.

¹⁸ A. Falkowski, T. Tyszka, Psychologia zachowań konsumenckich, GWP Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, 2009.

studenci, itp.). Interesującym przykładem z zakresu działania uznk, ale także ochrony zbiorowych interesów konsumentów uregulowanych w uokik, są przypadki tzw. „sprzedaży lawinowej” czy sprzedaży w systemie konsorcyjnym (np. sprawa Amber Gold). Te niezmiernie szkodliwe czyny łatwiej zrozumieć i zapobiegać im, jeżeli już na wczesnym etapie ocena prawna będzie wspomagana wiedzą socjologiczną, objaśniającą **dlaczego i w jakich okolicznościach ludzie mają tendencję do irracjonalnych zachowań, poddając się zbiorowej hipnozie oszukańczego przekazu reklamowego**. Badania socjologiczne pomocne mogą być także w analizach wyborów konsumenckich, technik sprzedażowych, merchandisingu, itp., w zakresie w jakim kwestie te mogą wymagać oceny na gruncie prawa konkurencji. Aktualnym przykładem jest sprawa tzw. polisolokat, aktywnie zwalczanych przez Prezesa UOKiK. Znamiennym jest, jak wielkie grupy konsumentów dały się zwieść złudzeniu, że opłacając składki ubezpieczeniowe, zabezpieczają sobie dodatkowy zwrot z lokowanych oszczędności. Na początku lat 90-tych ubiegłego wieku podobnie liczne rzesze konsumentów dały sobie wmówić, że zwykle ubezpieczenie na życie w jakiś niezwykle sposób przekształci się w przyszłości w godziwą emeryturę, zabezpieczając na starość od niedostatku.

Na rynku masowych usług powszechnie stosowane są praktyki tzw. *shroudingu*, polegające na kierowaniu do konsumentów taniej oferty początkowej, po to aby następnie uwikłać ich w skomplikowany system cenników i taryf, co w konsekwencji skutkuje wzrostem opłat. Praktyki tego rodzaju to zwłaszcza domena banków, firm ubezpieczeniowych, telekomunikacyjnych i energetycznych. *Shrouding* stosowany jest także przez niektóre firmy oferujące wyroby techniczne oraz części i akcesoria do tych wyrobów. Przykładowo, domowe kopiarki mają bardzo niską cenę, natomiast bardzo wysokie są koszty ich eksploatacji (tzw. cartridge z tuszem).

Jakkolwiek niekiedy trudno Prezesowi UOKiK zwalczać powyższe praktyki „z pogranicza”, już to ze względu na częsty brak pozycji dominującej stosujących je przedsiębiorców, już to z uwagi na trudności w wykazaniu *consumer harm*, analiza socjologiczna może służyć wyodrębnieniu grup potencjalnych nabywców, których Prezes UOKiK może uprzedzić o ryzyku związanym z akceptacją wątpliwych ofert. Miało to miejsce w sprawie tzw. Pobieraczka, a od dn. 18 stycznia 2015 r. Prezes UOKiK posiada uprawnienie do **wydawania tzw. ostrzeżeń publicznych**, które będą wykorzystywane w przypadku stwierdzenia szczególnie uzasadnionego podejrzenia stosowania przez przedsiębiorcę

nielegalnej praktyki skierowanej do odbiorców, która może narazić szeroki krąg konsumentów na znaczne straty finansowe lub niekorzystne skutki.¹⁹

V. Prawo karne

Postępująca penalizacja publicznego prawa konkurencji skłania do opierania związanych z tym interpretacji bezpośrednio na instytucjach prawa karnego, zwłaszcza tam, gdzie w grę wchodzi zapewnienie przedsiębiorcom i osobom zarządzającym **gwarancji praw podstawowych**. Można wyróżnić zespół takich gwarancji, obejmujących: (1) prawo do wysłuchania, (2) prawo do równego uczestnictwa, (3) prawo do obrony, (4) prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i innych informacji poufnych, (5) prawo do zaskarżenia i kontroli sądowej.²⁰

Do nauki prawa karnego materialnego warto sięgać przy ocenie zachowań osób uczestniczących w kartelach, przy analizie kwestii umyślności i nieumyślności działań, przy badaniu zamiaru (*dolus*), itp. Prawo karne może być pomocnym punktem odniesienia przy **zbieżności „znamion czasownikowych”** naruszeń reguł konkurencji i kodeksowych czynów zabronionych. Podane już przykłady „nakłaniania” do uczestnictwa w kartelu (uokik) lub do rozwiązania umowy (uznk) łatwiej objaśniać posługując się aparatem pojęciowym Kodeksu karnego i orzecznictwem sądowym z tego zakresu. „Nakłanianie” to zachowanie realizujące się w tzw. zjawiskowej formie przestępstwa, jaką jest podżeganie do jego popełnienia. Znamię „nakłaniania” występuje także w wielu szczególnych typach przestępstw, takich jak nakłanianie do składania fałszywych zeznań, do nierządu, do aborcji, do niekorzystnego rozporządzenia mieniem czy do poświadczenia nieprawdy.

Uważam, że także nowowprowadzone przepisy uokik o okolicznościach obciążających i łagodzących są zbieżne z prawno-karnym podejściem do oceny zawinienia. Nie ma zatem przeszkód, aby czerpać z doświadczeń tej dziedziny prawa w celu poszerzenia spektrum interpretacji dokonywanych na terenie prawa konkurencji.

VI. Podsumowanie

Konieczność stosowania wielu narzędzi ocen w prawie konkurencji wydaje się być tak oczywista, jak konstatacja, że w orzekaniu należy stosować reguły zdrowego rozsądku. Jakie korzyści mogą płynąć z bardziej interdyscyplinarnego podejścia do prawa konkurencji? Przede wszystkim należy wskazać na pożądany skutek w postaci jednolitego rozumienia

¹⁹ Art. 73a uokik.

²⁰ Zob. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.

stosowanych pojęć, co mogłoby wyeliminować obecną terminologiczną „wieżę Babel”. Organ antymonopolowy i sądy mogą uzyskać poszerzoną platformę analityczno-pojęciową, otwierającą nowe drogi w kierunku bardziej wnikliwej i sprawiedliwej oceny działań przedsiębiorców. W skali strategii makroekonomicznych, łatwiej zdefiniować i obliczyć wartości związane z dobrobytem konsumenckim (*consumer welfare*), w zakresie w jakim wpływa nań stosowanie prawa konkurencji.

Zbytняя fetyszyzacja metod interdyscyplinarnych grozi jednakowoż ryzykiem popełniania błędów odchyień (*bias*), zwłaszcza jeśli teoretyczne konstrukcje popadłyby w sprzeczność z wspomnianymi regułami zdrowo-rozsądkowymi. Ryzyko to wzmacniać może „grzech omnipotencji”, polegający na uznaniu, że konkretna metoda badawcza jest jedynie i wyłącznie słuszna, a dany model pasuje do każdej sprawy na zasadzie „*one size fits all*”.

Syntetyczne wartości metod interdyscyplinarnych nie zastąpią indywidualnej analityki *ad casu*, mogą ją jedynie podbudowywać i uzupełniać. W praktyce sugeruje to wzrost znaczenia ekspertów branżowych, biegłych w procesach sądowych i opieranie się w większej mierze na wynikach badań zachowań managerskich i konsumenckich.

Bibliografia:

Arnaudo L., The Quest for Behavioural Antitrust, Beyond the Label Battle, Towards a Cognitive Approach, *Temi i Problemi*, Numero 15, Novembre 2013.

Bernatt M., Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji, Warszawa 2011.

Devlin A., Jacobs M., Antitrust Error, *William and Mary Law Review*, Vol. 52:075 (2010).

Falkowski A., Tyszka T., Psychologia zachowań konsumenckich, GWP Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, 2009.

Granville B., Debate: Are Markets Moral? Queen Mary, University of London. April 24, 2007.

Hüschelrath K., Is it Worth all the Trouble? – The Costs and Benefits of Antitrust Enforcement, Discussion Paper No. 08-107, s. 30-33, <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp08107.pdf>.

Jurczyk Z., *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa, 2012.

Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*, Warszawa 2012.

Korobkin R.B., What Comes After Victory for Behavioral Law and Economics? UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 11-10 (2011).

Kovacic W.E., Reindl A.P., An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy, *Fordham International Law Journal*, Volume 28, Issue 4, 2004.

Król-Bogomilska M., *Kary pieniężne w polskim prawie antymonopolowym*, Warszawa 1998.

Skoczny T, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012.

Sroczyński J., *Behavioral antitrust: nowoczesna metoda analizy kartelowej* [w:] *Spory o własność intelektualną - Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.

Sroczyński J., Dominance, Collectivism and Behaviorism: New Perspectives? [w:] *“40th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2013”*, Fordham Competition Law Institute, New York, The Juris Publishing Inc., 2014.

Sroczyński J., Przysporzenie konsumenckie jako rezultat decyzji zobowiązujących Prezesa UOKiK [w:] Czarnecka M. (red.) *Konsument na rynku energii elektrycznej*, CH Beck, Warszawa 2014.

Stelmach J., Brożek B., Załuski W., „Dziesięć wykładów o ekonomii prawa”, Warszawa 2007.

Wolski D., Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny iKAR* 2013, nr 1(2).

Wright J. D., Stone J. E., Misbehavioral Economics: The Case Against Behavioral Antitrust, *Cardozo L. Rev.*, Vol. 33, No. 4 (2012), p. 1517-33.