

Eryk Kosiński

Cele i instrumenty antymonopolowej interwencji państwa w gospodarkę

Kwartalnik Prawa Publicznego 4/3, 7-41

2004

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Eryk Kosiński**

CELE I INSTRUMENTY ANTYMONOPOŁOWEJ INTERWENCJI PAŃSTWA W GOSPODARKE

1. POJĘCIE KONKURENCJI

Pojęcie konkurencji¹ jawi się jako rezultat rozwoju praktyki społecznej, stanowiąc przede wszystkim termin ekonomiczny². W znaczeniu ekonomicznym pojęcie to, podobnie jak wolność gospodarcza³, nierozłącznie związane jest z prowadzeniem przez człowieka działalności gospodarczej w szerokim tego słowa znaczeniu, tak więc aktywności której podstawową, wręcz konstytuującą cechą jest cel, którym jest uzyskanie wymiernej korzyści – zysku (nawet jeśli jest to działanie

* Dr Eryk Kosiński – adiunkt w Katedrze Prawa Publicznego Gospodarczego, Wydział Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Artykuł stanowi rezultat pracy nad rozprawą habilitacyjną. Autor pragnie gorąco podziękować Panu Profesorowi dr. hab. Tadeuszowi Skoczemu za niezwykle życzliwą zachętę i pomoc w podjęciu tematu z zakresu publicznoprawnej ochrony konkurencji.

¹ Słowo „konkurencja” pochodzi z łaciny, oznaczając „wspólne poszukiwanie”. Zob.: Grupa Lizbońska, *Granice Konkurencji*, Warszawa 1996, s. 5 oraz s. 13.

² Por. E. Kośmicki, *Teoria konkurencji ekonomicznej. Próba oceny stanu badań i koncepcji*, RPEiS 1988, z. 1, s. 155, oraz P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, Kraków 2000, s. 29.

³ O wolności gospodarczej zob. m. in.: A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994; S. Biernat, *Podjęmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994, nr 9, s. 9 i n.; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995; tenże, *Zakres wolności gospodarczej*, PUG 1995, nr 9, s. 2 i n.; S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Zakamycze 2000; E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4, s. 7 i n.

nieudolne, nie przynoszące zysku)⁴. Można więc w konsekwencji stwierdzić, iż mimo że początkowo nie rozpoznane w pełni i nie podlegające badaniom, zjawisko konkurencji jest tak stare jak stara jest ludzka cywilizacja⁵, albowiem dążenie człowieka do osiągnięcia zysku towarzyszy mu od zarania dziejów, a z tym przy wielości podmiotów na rynku wiąże się rywalizacja w walce o ograniczone ilości zasobów produkcyjnych oraz o zbyt wytwarzanych dóbr i usług⁶. Podobnie rozumując można przyjąć, że działania antykonkurencyjne są równie antyczne, albowiem konkurencji od początku towarzyszyły próby jej ograniczania. W nauce ekonomii znaleźć można pogląd, zgodnie z którym zjawiskiem pierwotnym jest monopolizacja gospodarki, tak więc stan antykonkurencyjny, zaś sama konkurencja jest „dzieckiem monopolu”. Stanowisko takie opiera się na obserwacjach w społeczeństwach prymitywnych, życiu biologicznym, politycznym czy militarnym⁷. Pogląd taki zasługuje na dużą uwagę. *Prima vista* wydawałoby się, iż to wolność gospodarcza i wolna konkurencja stanowią elementy stanu naturalnego, pierwotnego, który ulega zaburzeniom dopiero na skutek działania człowieka. Tymczasem głębsza analiza stosunków panujących w przyrodzie oraz stosunków międzyludzkich prowadzi do wniosku zgoła odmiennego. To właśnie ograniczenia stanowią swoisty stan pierwotny, który zmieniony może być, czasem wręcz powinien, przez człowieka (w tym prawo przez niego stanowione). Sędzia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Olivier W. Holmes twierdził, że wolna konkurencja i kartele stanowią elementy tego samego zjawiska i są ze sobą niepodzielnie związane (*free competition means combination*)⁸. Oznaczało to

⁴ Zob.: W. Szymański, *Teoria przedsiębiorcy i przedsiębiorczości* [w:] tenże (red.) *Przedsiębiorstwo. Rynek. Konkurencja*, wyd. 2, Warszawa 1996, s. 7. Podobnie A. Powalowski, *Wolność gospodarcza a konkurencja* [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 207. Szerzej o celach ludzi działających w gospodarce: J. Beksiak, *O efektywności i o równości w gospodarce*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2003, z. 11, s. 51.

⁵ A. Herman pisze, że „zjawisko konkurencyjności istnieje tak długo, jak długo trwa przyroda” – tenże, *Charakter i ewolucja współczesnych rynków konkurencyjnych* [w:] W. Szymański (red.), *Przedsiębiorstwo. Rynek. Konkurencja*, wyd. 2, Warszawa 1996, s. 70. Podobnie: J. Olszewski, *Jak zwalczać nieuczciwą konkurencję, praktyki monopolistyczne, dumping*, Katowice 1993, s. 3.

⁶ Por. J. Topolski, *Narodziny kapitalizmu w Europie XIV–XVII wieku*, Warszawa 1965, s. 21.

⁷ Tak twierdzi A. Herman. Według niego konkurencja w gospodarce nie jest stanem naturalnym, gdyż ten stanowią stosunki monopolistyczne – tenże, op. cit., s. 70.

⁸ Zob.: R. Piotrowski, „*Uspołecznienie*” karteli, „Polska Gospodarcza” 1938, z. 52, s. 1868.

prymat wolności gospodarczej, w tym wolności konkurowania na rynku, nad zasadą wolnej konkurencji. Konsekwencją takiego poglądu była akceptacja porozumień monopolistycznych (karteli), dająca się zaobserwować na przełomie XIX i XX w. w zasadzie na całym świecie, w tym w Polsce.

Zauważyć jednak należy, że dla wielu to wolna konkurencja stanowi stan naturalny, zaś wszelkie od niej odstępstwa są nienaturalne i, co za tym idzie, niepożądane jako burzące stan idealny⁹.

Współcześnie przez konkurencję należy rozumieć „rywalizację, współzawodnictwo między poszczególnymi osobami lub grupami zainteresowanymi w osiągnięciu tego samego celu”, a w znaczeniu ściśle ekonomicznym „rywalizację między osobami prywatnymi lub jednostkami gospodarczymi, mającą na celu zdobycie rynków zbytu, źródeł zakupu surowców i osiągnięcie jak największych korzyści przy sprzedaży towarów”¹⁰. W słownikach ekonomicznych konkurencja określana jest jako „rywalizacja jednostek gospodarczych o rynki zbytu, rynki surowców, siły roboczej, wdrażanie wynalazków, innowacji”¹¹, „wolna, całkowita i prawdziwa rywalizacja wszystkich podmiotów gospodarczych w sferze popytu i podaży dóbr i usług, środków produkcji i środków kapitałowych o korzyści ekonomiczne, przy wykorzystaniu wszelkich metod promocji i reklamy”¹² czy „zabiegi współczesnych przedsiębiorstw o względy klientów”¹³. Z kolei „konkurencja na rynku oznacza, że sprzedający chcą sprzedać jak najwięcej po możliwie najwyższej cenie, kupujący zaś chcą kupić jak najwięcej po możliwie najniższej cenie, stawiając określone wymogi co do jakości towarów i ich dostępności”¹⁴. Dla wielkiego ekonomisty angielskiego, twórcy tzw. Szkoły Cambridge – Alfreda Marshalla, konkurencja to po prostu „współzawodnictwo”¹⁵, które w połączeniu z „wolnością życia gospodarczego i inicjaty-

⁹ Przyznaje to sam A. Herman, op. cit., s. 70. O konkurencji jako o stanie naturalnym pisze A. Powałowski, op. cit., s. 208.

¹⁰ *Słownik języka polskiego*, (red. naukowa M. Szymczak), t. I, wyd. 7, Warszawa 1992, s. 991. Podobnie T. Ławnicki [w:] *Wielka encyklopedia prawa*, Warszawa–Białystok 2000, s. 366.

¹¹ Definicja autorstwa Z. Dowgiało [w:] *Słownik ekonomiczny dla przedsiębiorcy*, wyd. 5, Szczecin 1996, s. 111.

¹² W. Śmid, *Leksykon menedżera. Słownik angielsko-polski*, Kraków 2000, s. 163.

¹³ K. Wojcik [w:] W. Pomykało (red.), *Encyklopedia Biznesu*, t. I, Warszawa 1995, s. 427. Tak samo A. K. Ivánka, *Zadania polityki gospodarczej państwa wobec karteli i trustów* [w:] *Zagadnienia gospodarcze Polski współczesnej*, Warszawa 1928, s. 99.

¹⁴ A. Fornalczyk [w:] W. Pomykało (red.), *Encyklopedia Biznesu*, t. I, Warszawa 1995, s. 545.

¹⁵ A. Marshall, *Zasady ekonomii*, t. I, Warszawa 1925, s. 5 i n.

wy, lub krócej wolnością ekonomiczną” daje całkowity obraz nowoczesnego życia gospodarczego¹⁶.

Zauważyć należy, iż w teorii ekonomii pojęcie konkurencji rodzi kontrowersje. Wiążą się one zasadniczo i z samym pojęciem konkurencji, jak i z jej funkcjami¹⁷ oraz z podstawowymi założeniami funkcjonowania¹⁸. I tak, Robert Bork wyróżnia aż pięć znaczeń terminu „konkurencja”. Według niego konkurencja oznaczać może proces rywalizacji (*the process of rivalry*), stan braku ograniczania działalności gospodarczej jednych przedsiębiorców przez innych, stan rynku gdzie indywidualny nabywca bądź sprzedawca nie wpływa na cenę poprzez swoje zakupy czy sprzedaż, stan rozdrobnienia danych sektorów i rynków (wielość podmiotów na rynku), bądź też stan w którym interes konsumentów jest maksymalnie zabezpieczony (*a state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by moving to alternative state of affairs through judicial decree*)¹⁹.

W nauce ekonomii zaobserwować można pogląd, co prawda dość ostrożnie wyrażany, iż definiowanie konkurencji jest pozbawione użyteczności. Istotne natomiast są jej cechy²⁰.

Wymaga podkreślenia, iż zjawisko zwane w nauce ekonomii konkurencją doskonałą, symetryczną bądź konkurencją czystą (gospodarka doskonale konkurencyjna)²¹ zasadniczo nigdy nie występowało i w praktyce niemożliwe jest do osiągnięcia²². Na realne ograniczenia

¹⁶ Ibidem, s. 9.

¹⁷ Pośród funkcji konkurencji w nauce ekonomii wymienia się funkcje sterowania, bodźcową, podziału oraz zapewnienia swobody działań i decyzji (kontrola władzy ekonomicznej). T. Kośmicki, op. cit., s. 161. Zob. funkcje prawa konkurencji – R. Wish, *Competition Law*, wyd. 5, LexisNexisUK, 2003, s. 17 i n.

¹⁸ Zob.: E. Kośmicki, op. cit., s. 170, oraz W. Wilczyński, *Podstawowe kierunki współczesnej teorii konkurencji. Studium krytyczne*, Poznań 1960, s. 4 i n.

¹⁹ R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York 1978, s. 58 i n.

²⁰ A. Noga wymienia jako cechy konkurencji: obawę przed konkurentami motywująca do efektywniejszego działania, brak miejsca dla wszystkich przedsiębiorców w danym sektorze, selekcję przedsiębiorców oraz adaptację do potrzeb nabywców – tenże, *Piąta fala konkurencji*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2003, z. 11, s. 138.

²¹ E. Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge 1933, s. 6 i n.

²² Wiarę w samoregulację rynków i konkurencję doskonałą słynny amerykański finansista i filantrop G. Soros określa „rynkowym fundamentalizmem” – zob.: tenże, *Kryzys światowego kapitalizmu*, Warszawa 1999, s. 168–169. Na temat teorii konkurencji doskonałej patrz szerzej: W. Karsz, *Problematyka efektów zewnętrznych oraz form ich kontroli w amerykańskiej myśli ekonomiczno-prawnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. XXXVIII, 1987, s. 73 i n.

konkurencji w codziennym życiu gospodarczym zwracał już uwagę sam Adam Smith w swym dziele „Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów” (*Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*)²³. Słusznie Edward Taylor pisał, że „tak doskonała konkurencja jak i absolutny monopol są fikcjami metodologicznymi nie realizowanymi nigdy w rzeczywistości”, „są tylko chwytami metodologicznymi niedoskonałego ludzkiego umysłu, umiającego odtwarzać i rozwiązywać różnobarwną i poplątaną rzeczywistość tylko za pomocą tez i antytez, nie dopowiadających nigdy chaosowi rzeczywistości”²⁴. Stąd w ekonomii pojęcie „konkurencji niedoskonałej” (*imperfect competition*)²⁵, zwanej też konkurencją asymetryczną, czy „konkurencji monopolistycznej” (*monopolistic competition*)²⁶, określające stan pośredni pomiędzy konkurencją doskonałą a rynkiem zmonopolizowanym²⁷. Te rozważania doprowadziły w początku lat 40-tych XX wieku do rozwoju teorii konkurencji funkcjonującej (*workable competition*), oraz później konkurencji efektywnej (*effective competition*)²⁸, stanowiące próbę pogodzenia niedoskonałości rynków w świecie rzeczywistym z ideałem konkurencji doskonałej. Konkurencja zgodnie z tą teorią stanowi proces

²³ Zob. A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 1954, t. I, s. 79–80, 146–147, 164–165; t. II, s. 54.

²⁴ E. Taylor, *Teoria produkcji*, Warszawa–Łódź 1947, s. 166. Patrz też wcześniej s. 162 i n.

²⁵ Autorką tego określenia jest J. Robinson, która użyła go w dziele: *Economics of Imperfect Competition*, London 1933.

²⁶ Pojęcia tego po raz pierwszy użył A. C. Pigou w 1912 r. w dziele: *Wealth and Welfare*, London 1912, s. 192 i n. Niemniej właściwe znaczenie nadał mu E. Chamberlin, op. cit.

²⁷ Jako pierwszy dychotomiczny podział rynków na dwa modele – wolnokonkurencyjny i monopolistyczny – krytykował P. Sraffa argumentując, że istnieją stany pośrednie – tenże, *Laws of Returns under Competitive Conditions*, „The Economic Journal” 1925, s. 535–550. Wcześniej wielkim prekursorem teorii konkurencji niedoskonałej był A. A. Cournot w swym dziele: *Recherches sur les principes mathématiques de la Théorie des Richesses*, Paris 1838. Szerzej zob. W. Wilczyński, op. cit., s. 15 i n.

²⁸ Terminu *workable competition* po raz pierwszy użył J. M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, „The American Economic Review” 1940, vol. 30, nr 2, s. 241 i n. Jego autorstwa jest także termin *effective competition*, którego użył po raz pierwszy w 1961 r. J. M. Clarke był jednym z najwybitniejszych przedstawicieli szkoły ekonomicznej określanej mianem Tradycyjnej Organizacji Przemysłowej (*Traditional Industrial Organization*, IO), bądź Harvardzkiej Szkoły Ekonomii (*Harvard School of Economics*). Szerzej zob. M. Drahos, *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community. Germany, Austria and Netherlands*, The Hague–London–Boston 2001, s. 40–41. Szerzej o konkurencji efektywnej i jej definicjach zob. S. Bishop, M. Walker, *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London–Dublin–Hong Kong 1999, s. 13 i n.

dynamiczny (w przeciwieństwie do statycznego modelu konkurencji doskonałej), charakteryzujący się pasmem następstw nieustannych ruchów i odpowiedzi na nie (*moves and responses*). Ten rodzaj konkurencji za sprawą wystąpienia dalszych niedoskonałości w praktyce może być bardziej efektywny od konkurencji na rynkach doskonałych (tzw. *remedial imperfections*), głównie dzięki zapewnieniu wprowadzenia postępu technicznego²⁹.

2. CELE ANTYMONOPOLOWEJ INTERWENCJI PAŃSTWA

Szczyt triumfu idei nieograniczonej wolności gospodarczej i wolnej konkurencji przypadł na wiek XIX. Uważano wtedy powszechnie, iż wartości te tworzą idealny stan społeczny³⁰.

Jednakże już w drugiej połowie wieku XIX zaczęto spostrzegać, przede wszystkim w Stanach Zjednoczonych Ameryki, iż nieograniczona wolność gospodarcza, wyrażona ideą francuskich fizjokratów *laissez faire, laissez passer* (ang. *let-alone doctrine*), możliwa dzięki totalnie pasywnej postawie państwa względem przedsiębiorczości, prowadzi do efektów negatywnych nie tylko społecznie (eksploatacja dzieci i kobiet jako pracowników, brak zabezpieczenia socjalnego w przypadku kalectwa czy starości, itd.), politycznie (nadmierny wzrost władzy osób prywatnych w państwie), ale też gospodarczo. Konkluzja taka pojawiła się na długo przed narodzinami koncepcji państwa dobrobytu (*welfare state*), połączonej ze sterowaniem gospodarką w celu osiągnięcia określonych zamierzeń społeczno-politycznych.

W XIX w. warunkach pełnej, nieograniczonej wolności gospodarczej, która – co wymaga podkreślenia – nigdy wcześniej na tak wielką skalę na świecie nie występowała, gdzie wszelkie działania gospodarcze przedsiębiorców były dozwolone, w tym wszelkie metody walki o rynek i konsumentów, najlepsze jednostki w toku rozwoju gospodarczego rozrastały się, przejmując jednostki słabsze³¹. Dawało im to większy dostęp do rynku, w tym poprzez nowe sieci dystrybucji. Jednocześnie dużym jednostkom łatwiej było konkurować z mniejszymi (tzw. korzyści skali, *economies of scale*).

Duże jednostki po osiągnięciu swej wielkości i siły rynkowej zaczęły dostrzegać zalety takiego stanu rzeczy. Dążąc do maksymalizacji

²⁹ J. M. Clark, *Competition as a Dynamic Process*, Washington D.C. 1961, s. IX.

³⁰ Patrz E. Taylor, *Wolność gospodarcza*, Poznań 1934, s. 7.

³¹ Por. ibidem, s. 12.

zysków i minimalizacji kosztów starały się zmonopolizować dane rynki aby pozycję swą utrzymać, bądź nawet wzmocnić. Osiągały to dzięki wypieraniu różnymi metodami podmiotów konkurencyjnych z rynku, w tym poprzez ich przejmowanie (często wrogie – *sell or be ruined*) oraz niedopuszczanie nowych konkurentów na rynek (*the curse of bigness*)³². Z ekonomicznego punktu widzenia było to działanie uzasadnione (racjonalne).

W konsekwencji doszło do szerokiej koncentracji i centralizacji kapitału³³. W Stanach Zjednoczonych tworzono wielkie, wielobranżowe holdingi, przybierające formę prawną trustów. Na całym świecie zaczęły powstawać w sposób naturalny monopole oraz nagminnie zawiązywano kartele. W 1913 r. Józef Buzek, profesor Uniwersytetu Lwowskiego, zauważał: „powstanie karteli oznacza zasadniczy zwrot w rozwoju ustroju przemysłowego, kartele są bowiem faktycznie taką samą negacją systemu wolności gospodarczej, jaką były prawnie swego czasu przepisy cechowe, wzgl. przepisy merkantylistycznego prawa przemysłowego (kartele utrudniają, wzgl. uniemożliwiają powstanie nowych przedsiębiorstw, oznaczają ceny, kontyngentują produkcję, rejonują zakupno materiałów surowych, wzgl. sprzedaż własnych wyrobów itd.)”³⁴.

Stany Zjednoczone Ameryki w drugiej połowie XIX w. przeżyły burzliwy rozkwit gospodarczy. W latach 50-tych XIX w. liczba założonych spółek przemysłowych (*corporations*) wzrosła dwukrotnie³⁵. Stanowiło to wczesny początek ery korporacyjnej (*corporation age*) w amerykańskiej gospodarce. Wartość produkcji przemysłowej w 1859 r. w porównaniu z rokiem 1810 wzrosła ponad dziewięciokrotnie, zaś w 1899 r. – 65-krotnie³⁶. Kapitał zainwestowany w przemysł z 1 miliarda dolarów w 1859 r. wzrósł do prawie 10 miliardów w 1899 r. Wartość wytwarzanego żelaza w porównaniu z 1810 r. w roku 1859 wzrosła 15-krotnie, zaś w 1899 – ponad 250-krotnie. Wydobycie węgla kamiennego antracytowego w porównaniu z rokiem 1829 w 1859 r. wzrosło prawie 70-krotnie, zaś w 1899 r. – prawie 438-krotnie, a węgla bitumicz-

³² Por. Ph. Areeda, L. Kaplow, *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*, wyd. 5, Cambridge 1997, s. 42, oraz cytowana tam literatura.

³³ Por. E. Taylor, *Wolność gospodarcza...*, s. 12.

³⁴ J. Buzek, *Administracja Gospodarstwa Społecznego. Wykłady z zakresu nauki administracji i austriackiego prawa administracyjnego*, Lwów–Warszawa 1913, s. 289.

³⁵ G. R. Taylor, *The Economic History of the United States*, vol. IV: *The Transportation Revolution*, New York–Toronto 1951, s. 241.

³⁶ W 1810 r. łączna wartość produkcji wynosiła 199 milionów dolarów, w 1859 r. prawie 2 miliardy (1,886 miliarda), zaś w 1899 r. – 13 miliardów. G. R. Taylor, op. cit., s. 249.

nego w porównaniu do roku 1829 w tych samych latach wzrosło 59-krotnie i prawie 2000-krotnie.

W roku 1860 wielkość amerykańskiej produkcji była mniejsza od produkcji Wielkiej Brytanii, Francji czy Niemiec, zaś w 1894 r. produkcja Stanów Zjednoczonych osiągnęła wielkość bliską produkcji wszystkich tych trzech państw łącznie³⁷.

W tym też okresie rozwój przeżył sektor finansowy. W 1816 roku, po likwidacji działającego w latach 1791–1811 Pierwszego Banku Stanów Zjednoczonych (*First Bank of the United States*)³⁸ założony został Drugi Bank Stanów Zjednoczonych (*Second Bank of the United States*) z siedzibą w Filadelfii jako bank emisyjny, jednakże w roku 1841 i on został zlikwidowany³⁹. Jego rolę przejęły banki stanowe w oparciu o przyjętą w 1863 r. ustawę *National Banking Act*. Liczba banków w roku 1860 w porównaniu z 1815 r. wzrosła prawie 8-krotnie⁴⁰. Z kolei wartość banknotów w obiegu z 45 milionów dolarów w 1815 r. wzrosła do 207 milionów w 1860 r. W 1817 roku powstała nowojorska giełda papierów wartościowych (*New York Stock Exchange*), przeżywając swój rozwój w latach 30-tych XIX w. i później. Drugą co do znaczenia giełdą była giełda bostońska (*Boston Stock Exchange*).

Podobnie gwałtowny skok nastąpił w technologii produkcji i w transporcie. W fabrykach wprowadzano powszechnie maszyny. Transport udoskonalony został poprzez masowo budowane spławne kanały łączące rzeki oraz drogi i mosty na lądzie. Na rzekach królowały statki parowe, zaś w transporcie lądowym wiodącą rolę pełniła kolej żelazna. Szczególnie ta ostatnia przyczyniła się do szybkiej industrializacji Stanów Zjednoczonych. Długość linii kolejowych w 1860 r. w porównaniu z 1830 r. wzrosła prawie 420-krotnie⁴¹.

Zwycięska wojna domowa Północy z Południem spowodowała wzrost zasobów taniej siły roboczej napływającej z Południa (zatrudnienie w przemyśle w latach 1860–1920 wzrosło prawie dwukrotnie)⁴² oraz rozszerzenie rynków zbytu dla towarów przemysłowych z Północy.

³⁷ Ibidem, s. 249.

³⁸ Por. H. S. Shuman, *Politics and the Budget. The Struggle Between the President and the Congress*, wyd. 3, New Jersey 1992, s. 185.

³⁹ Szerzej o pierwszym i drugim Banku Stanów Zjednoczonych zob. G. R. Taylor, op. cit., s. 301 i n.

⁴⁰ Ibidem, s. 325.

⁴¹ Z 73 mil w 1830 r. do 30.636 mil w 1860 r. i 202.000 mil w 1884 r., co stanowiło 43% linii kolejowych na całym świecie. G. R. Taylor, op. cit., s. 79, oraz B. Majewska-Jurczyk, *Ustawodawstwo antymonopolowe Stanów Zjednoczonych*, Wrocław 1983, s. 10.

⁴² T. Woś, *Niezależne organy regulujące w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Zagadnienia prawne*, Kraków 1980, s. 13–14.

Wraz ze wzrostem uprzemysłowienia i wielkości produkcji w Stanach Zjednoczonych następowała koncentracja produkcji i kapitału. Przedsiębiorcy przeznaczali część zysków na inwestycje, przejmując inne przedsiębiorstwa w celu rozszerzenia rynków zbytu, sieci dystrybucji czy obniżenia kosztów produkcji. O ile jeszcze w połowie XIX wieku dominowała generalnie niechęć do spółek (korporacji), to już w drugiej połowie XIX wieku forma ta zaczęła dominować w przemyśle, wypierając indywidualnych przedsiębiorców (*unicorporated units*)⁴³. W 1870 r. powstał wielki koncern Standard Oil, skupiając w 1882 r. aż 39 różnych spółek naftowych⁴⁴. W tym samym roku powstało Eastern Trunk Line Association, największe zrzeszenie kolei żelaznej. W przemyśle chemicznym powstał olbrzymi trust Du Pont de Nemours, w przemyśle hutniczym dwa trusty – American Smelting and Refining Company i Anaconda Copper Mining. Przemysł elektrotechniczny zdominowany został przez General Electric Company oraz Westinghouse. W 1901 r. utworzony został potężny trust kontrolujący 60% produkcji stali – United States Steel Corporation, pierwszy przedsiębiorca z obrotom przekraczającym 1 miliard dolarów rocznie⁴⁵.

Koncentracja produkcji i kapitału w Stanach Zjednoczonych przybrała formę trustów⁴⁶, oznaczających nie tylko porozumienia trustowe pomiędzy zrzeszonymi podmiotami, ale też możliwą nadrzędną formę organizacyjną z Radą Trustu (bądź powiernikiem, *trustee*) jako organem zarządzającym na czele⁴⁷. Liczba trustów jako korporacji z osobowością prawną (*corporations*) gwałtownie wzrosła po 1885 r., jednakże prawdziwy rozkwit ta forma prawna przeżyła w okresie międzywojennym. W roku 1924 w Stanach Zjednoczonych funkcjonowało łącznie 4.762 trustów, w dwa lata później już 26.053, a w roku 1931 – 102.887. Kapitał zaangażowany w trustach w 1924 r. wynosił poniżej 1 miliarda dolarów, zaś w 1931 już ponad 5 miliardów, zaś w roku 1938 – 10 miliardów dolarów⁴⁸.

⁴³ Por. G. R. Taylor, op. cit., s. 241–242.

⁴⁴ O koncentracji amerykańskiego kapitału po II Wojnie światowej, zob. A. Meller, *O monopolach*, Warszawa 1956, s. 7 i n., zwracając uwagę na wysoce ideologiczny charakter tej pracy, co pozbawia jej większej wartości naukowej.

⁴⁵ Zob: T. Woś, op. cit., s. 14.

⁴⁶ Zob. elementy istotne tego stosunku obligacyjnego *inter vivos* bądź *mortis causa* (trust testamentowy, *testamentary trust*) – Parker and Mellows, *The modern law of trusts*, Sixth Edition by A.J. Oakley, London 1994, s. 7 i n.

⁴⁷ M.in. Oil Trust, Sugar Trust, Tobacco Trust – por. T. Woś, op. cit., s. 14. Zob. także: D. G. Goyder, *EC Competition Law*, wyd. 2, Oxford 1995, s. 3–4.

⁴⁸ W.W. Land, *Trusts in the Conflict of Laws. Validity, Construction, Administration and Taxation of Trusts: What Law Governs*, New York 1940, s. 4.

Już pod koniec XIX w. na monopolizacji amerykańskiej gospodarki tracić zaczęły różne warstwy społeczne. Trusty narzucały rolnikom wysokie koszty transportu produkowanych przez nich płodów rolnych, wysokie koszty składowania zboża w elewatorach, bardzo wysokie ceny na produkty przemysłowe (co było także skutkiem wysokich ceł), drogie kredyty bankowe, a przy tym niskie ceny na wytwarzane przez nich produkty rolne⁴⁹. Walczył z tym tzw. ruch Grangerów (*the National Grange*). Tracili mali i średni przedsiębiorcy, albowiem trudno było im konkurować z wielkimi podmiotami (*economy of scale*). Na zmonopolizowanych rynkach ograniczona w znacznym stopniu była też możliwość zaistnienia nowych podmiotów (bariery dostępu, *barriers to entry*). Także robotnicy fabryczni cierpieli na porozumieniach przedsiębiorców, gdyż te dotyczyły często wynagrodzeń oraz zwalczania działalności związków zawodowych⁵⁰.

W następstwie powyższego okazało się, że wolność gospodarcza sama w sobie nie gwarantuje wystąpienia wolnej konkurencji, a korzystanie z wolności gospodarczej przez jedne podmioty może doprowadzić do jej ograniczenia u innych. Wolność gospodarcza i wolna konkurencja okazały się nie iść w parze automatycznie, a błędem okazały się poglądy o wzajemnej wprost proporcjonalnej zależności tych wartości czy wręcz ich utożsamianie, prezentowane od francuskich fizjokratów po współczesnych przedstawicieli nauki⁵¹. Wcześniejsze poglądy zaczęły jawić się jako idealistyczne, nie znajdujące odzwierciedlenia w rzeczywistości⁵².

Jednocześnie zaobserwowano, że koncentracja władzy ekonomicznej w rękach jednego bądź małej grupy podmiotów stanowi zagrożenie dla demokratycznego społeczeństwa, opartego na niezależności klasy średniej oraz na małej i średniej przedsiębiorczości⁵³. Dla przykładu, Stan Massachusetts w 1888 r. zatrudniał około 6000 pracowników, a jego

⁴⁹ Por. M. Furse, *The Role of Competition Policy: A Survey*, ECLR 1996, nr 4, s. 254, oraz Ph. Areeda, L. Kaplow, op. cit., s. 41–42.

⁵⁰ Por. B. Majewska-Jurczyk, j.w., s. 12–13.

⁵¹ W nauce polskiej m.in. K. Sobczak pisze, iż „pojęcie wolności gospodarczej koresponduje ze swobodą konkurencji”, tenże, *Wolność gospodarcza a regulacje*, „Życie Gospodarcze” 1997, nr 29, s. 60. Taki sam pogląd wyraża S. Morawska, op. cit., s. 24. Wypada zgodzić się z Autorami, szczególnie biorąc pod uwagę rozwiązanie normatywne z art. 20 Konstytucji RP z 1997 r. Należy jednak rozróżnić swobodę konkurencji jako aspekt wolności gospodarczej, oraz wolną konkurencję w sensie szerokim jako zjawisko ekonomiczne.

⁵² Zob. W. Wilczyński, op. cit., s. 18–19, czy E. Kośmicki, op. cit., s. 156 i n.

⁵³ Stąd nawet (moim zdaniem mocno przesadzone) określenie „ekonomicznego feudalizmu” – zob. T. Woś, op. cit., s. 41.

przychody wynosiły 7 milionów dolarów. Dla przeciwstawienia, tylko bostońska spółka kolejowa zatrudniała 18 000 pracowników, a jej przychody wynosiły 40 milionów dolarów⁵⁴. Uznawano więc, że wielcy przedsiębiorcy bardzo łatwo podporządkować sobie mogą władze stanowe, a w razie połączenia swych wysiłków w kartel (czy trust) – nawet władze federalne. Odzwierciedlają to słowa wypowiedziane przez Franklina D. Roosevelta: „Wolność demokracji jest zagrożona, gdy ludzie tolerują wzrost władzy prywatnej do takiego stopnia, że władza ta staje się silniejsza od władzy demokratycznego państwa”⁵⁵.

Co więcej, zdaniem niektórych skartelizowana gospodarka sprzyja narodzinom totalitaryzmu, czego przykładem mogłoby być udzielenie poparcia przez niemieckie kartele przemysłowe Adolfowi Hitlerowi⁵⁶. Zdaniem przedstawicieli niemieckiej szkoły ordoliberalnej (m.in. Walter Eucken, Franz Bohm)⁵⁷ to właśnie niemożność zapobieżenia tworzeniu i nadużywaniu władzy przez wielkie koncerny była przyczyną kryzysów lat 20-tych XX wieku w Republice Weimarskiej. Co więcej, koncerny te przeżyły swój wielki rozkwit za czasów A. Hitlera, pośrednio bądź bezpośrednio wspierając jego i Partię Narodowo-Socjalistyczną (NSDAP)⁵⁸.

Przesłanka ta jest także współcześnie dostrzegana jako jeden z podstawowych celów regulacji antymonopolowej, określanej kontrolą równomiernej dystrybucji bogactwa (*redistribution of wealth*)⁵⁹, jak i też kontrolą równomiernej dystrybucji władzy w społeczeństwie (*distribution of power in the society at large*)⁶⁰.

⁵⁴ Por. Ph. Areeda, L. Kaplow, op. cit., s. 48 oraz cytowana tam literatura.

⁵⁵ „*The liberty of a democracy is not safe if the people tolerate the growth of private power to a point where it becomes stronger than their democratic state itself*” – cyt. za: S. M. Willimsy, *The concept(s) of Competition*, ECLR 1997, Nr 1, s. 54.

⁵⁶ Ibidem, s. 54.

⁵⁷ Zob. szerzej na temat niemieckiej szkoły ordoliberalnej i jej wpływu na niemieckie prawo antykartelowe: D. J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York 1998, s. 232 i n.

⁵⁸ Takie właśnie rozumowanie legło u podstaw przyjęcia w 1957 r. pierwszego ustawodawstwa europejskiego opartego na zasadzie zakazu. Zob. D. J. Gerber, op. cit., s. 235 i n., s. 278 i n. Z drugiej strony można mieć poważne zastrzeżenia do twierdzenia, iż system ochrony konkurencji wprowadzony niemiecką ustawą przeciw ograniczeniom konkurencji z 27.7.1957 r. (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB), który obowiązywał w postaci pierwotnej do 1.1.1999 r., rzeczywiście opierał się na zasadzie zakazu (niem. *Verbotssprinzip*), a nie na zasadzie kontroli nadużycia (niem. *Missbrauchsprinzip*, *Missbrauchssystem*). Wątpliwości takie zdają się wyrażać także: R. Janusz, T. Skoczny, *Niemiecka Ustawa Kartelowa*, wprowadzenie R. Janusz i T. Skoczny, Warszawa 1995, s. 24–25.

⁵⁹ Zob. M. Cini, L. McGowan, *Competition Policy in the European Union*, New York 1998, s. 4.

⁶⁰ Ten cel stawiany prawu ochrony konkurencji nie znajduje pełnej akceptacji w nauce – zob. M. Furse, op. cit., s. 250.

W związku z powyższym pod koniec XIX w. w Stanach Zjednoczonych pojawiła się konieczność, w całości niemal akceptowana tak doktrynalnie, jak i społecznie, interwencyjnego działania państwa. Interwencja ta miała ograniczyć wolność gospodarczą wielkich i silnych przedsiębiorców na rynku w celu zapewnienia optymalnie szerokiej konkurencji⁶¹. Osiągnięto to poprzez wprowadzanie przepisów anty-trustowych, zamiennie nazywanych antykartelowymi bądź antymonopolowymi, co miało miejsce z początku tylko w nielicznych krajach, w tym w Stanach Zjednoczonych, Kanadzie i Australii. Przepisy te z jednej strony zliberalizowały gospodarkę, gwarantując wolną konkurencję na rynku, z drugiej zaś jednak wzmocniły rolę państwa i ograniczyły swobodę gospodarczą przedsiębiorców poprzez określone zakazy oraz nakazy, czyli zwiększyły stopień reglamentacji działalności gospodarczej. Przy czym, co trzeba wyraźnie powiedzieć, nie było to działanie bez precedensu. Podobnego typu interwencję państwa w gospodarkę stanowiły przepisy przyjmowane pod koniec XVIII w. i na początku wieku XIX znoszące przywileje cechowe w Europie, w tym francuskie edykty A. R. J. Turgota z 1774 i 1775 r., dekrety austriackiego cesarza Józefa II z lat 1776–1790, dekret Allarde’a z 2–17.3.1791 r., czy ustawa Le Chapeliera z 14–17.6.1791 r. Ta ostatnia, co należy uznać za szczególnie interesujące, celem ochrony wolnej konkurencji zakazała wszelkich związków przemysłowców jak i robotników fabrycznych (korporacji) w imię „interesu indywidualnego każdej jednostki i interesu ogólnego”⁶².

Pierwsze amerykańskie przepisy ingerujące w gospodarkę narodową wprowadziła już w 1887 r. Ustawa o Międzystanowym Handlu (*Interstate Commerce Act*)⁶³, powołująca Komisję Handlu Międzystanowego (*Interstate Commerce Commission, ICC*). Ustawa ta została przyjęta przez Amerykański Kongres po uznaniu przez Sąd Najwyższy przepisów stanowych wprowadzających stanowe komisje z kompetencjami regulacyjnymi, w tym prawem do ustalania cen maksymalnych za przewozy kolejowe, za sprzeczne z Konstytucją⁶⁴. Powołana Komisja

⁶¹ Na temat reglamentacji działalności gospodarczej zob. A. Chełmoński [w:] T. Rab-ska (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. IV, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1980, s. 462 i n.

⁶² Por. J. Buzek, op. cit., s. 272. Zob. także G. Ulicka, *Demokracje zachodnie*, Warszawa 1992, s. 44.

⁶³ 24 Stat. at Large 379. 49 U.S.C. Sections 1-27.

⁶⁴ Organy kontrolno-doradcze w sferze kolejowej stany posiadały już od roku 1840. Jednakże pierwszy taki organ z kompetencjami regulacyjnymi wprowadził stan Illinois w roku 1871, a po nim prawie wszystkie stany. Stąd rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego (*Supreme Court of the United States*) w sprawie *Wabash, St. L. and P. Ry. v. Illinois* z 1886 r., 557 U.S. 4.

po raz pierwszy w historii Stanów Zjednoczonych obdarzona została kompetencjami reprezentującymi cechy tak zarówno władzy ustawodawczej, wykonawczej, jak i sędowniczej. Możliwe było to na podstawie tzw. klauzuli handlu (*commerce clause*), zawartej w art. I § 8 ust. 3 Konstytucji Stanów Zjednoczonych z 1787 r.⁶⁵ Zgodnie z nią Kongres ma prawo do regulacji handlu międzynarodowego, międzystanowego oraz z Indianami.

Kontroli Komisji Handlu Międzystanowego poddane zostały spółki kolejowe i stosowane przez nie taryfy opłat (zakazane zostało pobieranie opłat nadmiernych lub nieuzasadnionych – *undue or unreasonable*), w tym pod kątem stosowania praktyk dyskryminacyjnych, udzielania bonifikat, zawiązywania karteli⁶⁶. W 1906 r. kompetencje Komisji rozszerzone zostały na transport rurociągami (poza wodą i gazem), w 1935 r. na transport samochodowy, a w 1940 r. także na transport wodny przybrzeżny i śródlądowy⁶⁷.

Właściwe amerykańskie ustawodawstwo ochrony konkurencji początek swój znajduje w przyjętej przez amerykański Kongres 2.7.1890 r. ustawie antytrustowej, zwanej od nazwiska jej projektodawcy Ustawą Shermana (*Sherman Act*)⁶⁸. Ustawa ta stała się wzorem dla ustawodawstwa ochrony konkurencji innych państw na całym świecie⁶⁹.

Podstawowym przedmiotem ochrony Ustawy Shermana, tak jak i ustawodawstwa antymonopolowego innych państw, była i jest wolna konkurencja, stając się podstawowym wyznacznikiem interesu publicznego w tym zakresie, dobrem publicznym prawnie chronionym⁷⁰. We

⁶⁵ *The Congress shall have Power To regulate Commerce with foreign Nations and among the several States, and with the Indian Tribes* – J. A. Sigler, A. P. Blaustein, B. Fein, *Constitutions of the countries of the world. USA*, New York 1990, s. 3–4.

⁶⁶ Por. T. Woś, op. cit., s. 26. Komisja ta stała się więc pierwszym na szczeblu federalnym organem regulacyjnym, a sektor transportu kolejowego – pierwszym sektorem regulowanym. Patrz szerzej na temat regulacji sektorowych: T. Skoczny (red.), *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa* [w:] *Ochrona konkurencji i niezależna regulacja sektorowa*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3, s. 7 i n.

⁶⁷ Obecnie zgody Komisji wymaga tak zarówno rozpoczęcie działalności w sferze transportu kolejowego osobowego, jak i towarowego, zaś zatwierdzeniu podlegają stawki tak maksymalne jak i minimalne opłat kolejowych – zob. T. Woś, op. cit., s. 45–46.

⁶⁸ July 2, 1890, ch 647, §§ 1–7, 26 Stat. 210. Title 15, United States Code (U.S.C.) Sections 1–7.

⁶⁹ Por. T. Skoczny, *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890–1989*, Warszawa 1990, s. 10.

⁷⁰ Zob. K. Kolischer, *Ustawodawstwo wobec kartelów*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1898, z. 6, s. 464; I. de León, *The Dillema of Regulating International Competition under the WTO System*, ECLR 1997, Nr 3, s. 171; T. Skoczny, *Ochrona konkuren-*

Francji z kolei mówi się o publicznym ładzie ekonomicznym (*ordre public économique*)⁷¹. Cel ten początkowo miał podłoże społeczno-polityczne (ochrona małych i średnich przedsiębiorców, rolników, słabszych warstw społecznych – „bezsilnych konsumentów” – przed monopolistami dążącymi do uzyskania nieuzasadnionych korzyści⁷²). Prezydent Stanów Zjednoczonych Ameryki Theodor Roosevelt (1901–1909), który jako pierwszy wypowiedział stanowczą wojnę amerykańskim kartelom i monopolom⁷³, w swej autobiografii napisał: „całkowity brak rządowej kontroli doprowadził do złowrogiego wzrostu korporacji w świecie finansowym i przemysłowym [...] Sądy przez ćwierć wieku, ze szkodą dla ludności i swej reputacji, były na ogół, niestety, agentami reakcji i poprzez wątpliwej wartości wyroki, przeważnie wrogie dla interesów ludu, oddawały kraj i poszczególne stany na pastwę kombinacji [tj. porozumień kartelowych – E. K.] wielkiego biznesu [...] Ze wszystkich form tyranii najmniej pociągająca i najbardziej wulgarna jest tyrania oparta tylko na bogactwie, tyrania plutokracji”⁷⁴. Za prezydentury T. Roosevelta przedmiotem ochrony przepisów antytrustowych objęci zostali także konsumenci („interes ludu”). T. Roosevelt uważał, iż ochrona interesów słabszych („biednych i bezradnych”) leży w interesie publicznym, któremu wielkie przedsiębiorstwa winny się podporządkować⁷⁵.

Z czasem uznano także funkcje gospodarcze przepisów antrytrustowych, mających zagwarantować ochronę skuteczności konkurencji

cji..., s. 8. Polskie przepisy antymonopolowe także jako podstawowy cel mają ochronę konkurencji jako zjawiska instytucjonalnego (bez wskazania o jaką konkurencję ustawodawcy chodzi). Zob. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 14–15. Zob. nadto wyrok polskiego Sądu Najwyższego z 29.5.2001 r., sygn. I. CKN. 1217/98 (OSNC z 2002 r., z. 1, poz. 13), oraz glosy: P. Sarneckiego, „Palestra” 2002, nr 5–6, s. 185 i W. Kubali, „Palestra” 2002, nr 11–12, s. 227.

⁷¹ Zob. m.in.: wyrok Sądu Gospodarczego Paryża z 25.11.1996 r. w sprawie *Minister Gospodarki przeciwko Intermarché*, „National Reports”, ECLR 1997, Nr 2, s. R-33.

⁷² Por. I. de León, op. cit., s. 163.

⁷³ To za jego kadencji Amerykański Sąd Najwyższy zmienił swoje wcześniejsze stanowisko uznając, że w zakresie pojęcia handlu międzystanowego (*interstate commerce*) z art. I § 8 ust. 3 Konstytucji Stanów Zjednoczonych mieści się także produkcja (*production*), a nie tylko sam transport (*transportation*), a tym samym podlega ona zakazom ustawodawstwa antytrustowego – *U.S. v. Northern Securities Co.* (1911); *U.S. v. Standard Oil Co. of New Jersey*, 221 U.S. 1 (1911); czy *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

⁷⁴ T. Roosevelt, *An Autobiography*, New York 1923, s. 423 i n. – cyt. za: W. Szyszowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 1969, s. 80–83.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 81.

na otwartym rynku (*open market*)⁷⁶. Obecnie szczególnie silnie podkreśla się w amerykańskiej literaturze i praktyce związek pomiędzy ekonomią a prawem antytrustowym, krytykując nadmierne oddalenie prawa antytrustowego od zasad ekonomii⁷⁷.

Z drugiej jednak strony należy zwrócić uwagę na pogląd, iż ekonomiczna efektywność nigdy nie była i nadal nie jest celem regulacji antymonopolowych⁷⁸, gdyż te zawsze miały charakter wyłącznie polityczny i społeczny (stąd mowa o *consumers' and social welfare*)⁷⁹. Ekonomiści zauważają, że zarówno twórcy Ustawy Shermana – Kongres, jak i ówczesne społeczeństwo, nie mieli wiedzy na temat ekonomicznego znaczenia trustów, karteli i monopoli⁸⁰. Ustawa Shermana przyjęta została ze względu na społeczne oczekiwania, pod wpływem presji politycznej (głównie amerykańskich farmerów), zaś nawet w samym Kongresie miała swoich przeciwników⁸¹. Także nazwa ustawy Shermana – ustawa antytrustowa (*Antitrust Act*) – dobitnie wskazywała na cel tych przepisów, którym było nie zapewnienie ochrony konkurencji czy maksimum efektywności, ale ugodzenie w trusty, pozabawienie ich władzy gospodarczej i własności⁸². Głównym celem Ustawy było więc osłabienie władzy gospodarczej i politycznej wielkich i silnych podmiotów, i tym samym ochrona demokratycznego państwa przed ich hegemonią.

⁷⁶ Por. T. Skoczny, *Ustawodawstwo antymonopolowe...*, s. 13.

⁷⁷ D. Owen, Komisarz Federalnej Komisji Handlu, w swej mowie z 1.4.1992 r. powiedziała: „antitrust without economics is Thelma without Louise” – za: M. O. Wise, op. cit., s. 714. Zob. tamże szerzej na temat relacji pomiędzy nauką ekonomii a prawem ochrony konkurencji (tzw. ekonomizacja prawa), szczególnie s. 719 i n. oraz 763 i n.

⁷⁸ Dla przykładu, ekonomiczna efektywność proklamowana była celem nieobowiązującej już duńskiej ustawy o ochronie konkurencji z 7.6.1989 r. Artykuł 1 ustawy głosił, iż jej celem jest „podtrzymywanie konkurencji i w ten sposób wzmocnienie wydajności produkcji i dystrybucji towarów i usług”. Patrz: S. Albak, H. P. Mollgaard, P. B. Overgaard, *Law-Assisted Collusion? The Transparency Principle in The Danish Competition Act*, ECLR 1996, nr 6, s. 340.

⁷⁹ Inaczej twierdzi J. Maitland-Walker pisząc: „*the reason for preserving competition within a market is to ensure maximum efficiency...*” – tenże, *Constraints on Competitive Pricing*, ECLR 1996, Nr 8, s. 423. O „*consumers' and social welfare*” w koniunkcji pisze Livia Lenares – tenże, *Economic Foundations of E.U. Legislation on Information Sharing among Firms*, ECLR 1997, nr 1, s. 68.

⁸⁰ Zob. na ten temat szerzej wraz z przywołaną tam literaturą: Ph. Areeda, L. Kaplow, op. cit., s. 48.

⁸¹ Zob. M. Furse, op. cit., s. 254. Chociaż finalnie wszyscy głosowali za przyjęciem Ustawy Shermana. Zob. Ph. Areeda, L. Kaplow, op. cit., s. 46, oraz cytowana tam literatura.

⁸² Zob. M. Furse, op. cit., s. 254, i przywołana tam literatura.

W literaturze podnosi się także, iż Ustawa Shermana miała swoje nie mniej istotne cele psychologiczne i moralne (*psychological and moral objectives*). Konkurencję uznawano za podstawowy element moralności protestanckiej, która legła u podstaw systemu wartości Stanów Zjednoczonych jako państwa. Porządek gospodarczy w tym systemie nie stanowił li tylko kwestii ekonomicznej, wskazując jak najlepiej produkować i sprzedawać dobra materialne i usługi, ale wyznaczał właściwą drogę postępowania (*good conduct*). Tym samym utożsamiano siły gospodarcze z siłami religijnymi i moralnymi. Konkurencja stanowiła nieodłączny element ładu moralnego, gdyż dzięki niej wszyscy mieli równą szansę w dążeniu do bogactwa poprzez promowanie pracowitości, przedsiębiorczości, oszczędności, itd. Tym samym życie, w tym życie gospodarcze, było sprawiedliwe. Stąd wielu konserwatystów amerykańskich było zwolennikami regulacji anty-trustowych⁸³.

Współcześnie cele stawiane ustawodawstwu antymonopolowemu podzielić można na dwie grupy, stanowiące przejaw dwóch odmiennych trendów. W pierwszej grupie są wolna konkurencja na rynku (rozumiana jako konkurencja doskonała, symetryczna), dobro konsumentów⁸⁴ oraz ekonomiczna efektywność. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w obrębie tej grupy zaobserwować można znaczne różnice poglądów, głównie skupiające się wokół koncepcji samej konkurencji. Jedni obstają przy modelu statycznej konkurencji doskonałej, inni zaś dynamicznej konkurencji niedoskonałej. Stąd bierze się kontrowersja wokół priorytetów – czy ważniejsza jest konkurencja sama w sobie i symetria na rynku, czy maksymalizacja efektywności (produkcyjnej, dynamicznej i alokacyjnej)⁸⁵, co może być połączone z asymetrią.

W drugiej grupie znajdują się cele społeczno-polityczne, które niejednokrotnie mają zabarwienie populistyczne (jak np. protekcyjnistyczne traktowanie małych przedsiębiorstw bez względu na ich efektywność)⁸⁶. Zwolennicy tego trendu uważają, iż rolą prawa antymono-

⁸³ Zob. Ph. Areeda, L. Kaplow, op. cit., s. 48–49, oraz cytowana tam literatura.

⁸⁴ M. Cini i L. McGowan rozróżniają pośród celów polityki konkurencji dobrobyt konsumentki (*consumer welfare*) oraz ochronę konsumentów przed wielkim biznesem (*protection of the consumer against big business*). Ten ostatni cel ma podłoże polityczne i moralne – M. Cini, L. McGowan, op. cit., s. 4.

⁸⁵ Z naciskiem na tę ostatnią jako preferowany typ efektywności przez współczesnych ekonomistów. Zob. pojęcia efektywności alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej, R. Wish, op. cit., s. 3–4.

⁸⁶ V. Korah określa to ironicznie jako pogląd, iż „*small is beautiful and workers are entitled to be their own bosses*” – V. Korah, W. A. Rothnie, *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*, wyd. 4, Oxford 1990, s. 7.

polowego jest realizacja określonych zadań politycznych i społecznych, dążenie do socjalnego optimum (ang. *social optimum*)⁸⁷. Krytycznie zauważa się, zwłaszcza w stosunku do ostatniej koncepcji, iż władza państwowa, w tym ustawodawcy, rząd, administracja państwowa, politycy, mają silną tendencję do odbiegania od interesu publicznego, kierując się własnym interesem indywidualnym bądź grupowym (*public choice theory*). Przykładem mogą być określone reguły sektorowe (jak rolnictwo, kolej, transport, energetyka itd.)⁸⁸. W rezultacie koszty społeczne polityki ochrony konkurencji w związku z ochroną działalności niewydajnej znacznie przewyższają korzyści przynoszone przez wzrost tzw. społecznej efektywności (*social efficiency*). Skutkiem takiej polityki często jest zrównywanie przedsiębiorców efektywnych z tymi niewydajnymi na rynku, bądź wręcz wypieranie tych pierwszych z rynku⁸⁹. Jak trafnie zauważa Valentine Korah „gdyby efektywność była jedynym celem polityki konkurencji, nie byłoby potrzeby podejmowania interwencyjnych działań przez administrację publiczną”⁹⁰. Tak więc, paradoksalnie, w interesie administracji publicznej jest utrzymywanie jak największej ilości zadań stawianych polityce konkurencji poza efektywnością alokacyjną. I czym bardziej zadania te są niejasne, nieprecyzyjne, czy wręcz niemożliwe do osiągnięcia, tym większa rola i władza (oraz środki finansowe w dyspozycji) określonych organów administracji odpowiedzialnych za realizację określonej polityki.

Współcześnie wiele rozwiązań ustawodawstwa antymonopolowego ma swoich zagorzałych przeciwników pośród neoliberalistów skupionych głównie wokół tzw. Szkoły Chicagowskiej (*Chicago School of Thought*), do której zaliczyć można m.in. laureata Nagrody Nobla George’a J. Stiglera, Roberta Borka, Richarda A. Posnera⁹¹. Postulują oni całkowite zarzucenie celów społeczno-politycznych w imię dążenia do maksymalnej efektywności alokacyjnej (*allocative efficiency*)⁹². Postuluje się przywrócenie w miarę szerokiego władztwa „*invisible hand*” Adama Smitha w miejsce bardzo widzialnej ręki państwa⁹³.

⁸⁷ Zob. I. de León, op. cit., s. 163.

⁸⁸ Ibidem, s. 171–172.

⁸⁹ Por. ibidem, s. 172.

⁹⁰ „*If efficiency be the only goal of competition policy there will be little need for officials to intervene*” – V. Korah, W. A. Rothnie, op. cit., s. 8.

⁹¹ Ekonomisci tzw. drugiej fali konkurencji – zob. A. Noga, op. cit., s. 145 i n., oraz J. Maitland-Walker, op. cit., s. 423.

⁹² Zob. S. M. Willimsky, op. cit., 55. Szerzej na temat efektywności alokacyjnej zob. Ph. Areeda, L. Kaplow, op. cit., s. 17–18.

⁹³ S. M. Willimsky, op. cit., 54.

Z kolei dla niektórych ekonomistów cała ochrona konkurencji przez regulacje antymonopolowe stanowi anachronizm, i winna być zaniechana (m. in. Harold Demsetz, tzw. szkoła ultraliberalna)⁹⁴.

To właśnie pod wpływem liberalnej Szkoły Chicagowskiej w ciągu ostatnich 20–30 lat nastawienie polityki i polityków oraz ustawodawców z punktu widzenia ochrony konkurencji zmieniło się (aczkolwiek stopień tych zmian jest przedmiotem sporów)⁹⁵. Początkowo regulacje ochrony konkurencji zasadniczo koncentrowały się na strukturach przedsiębiorstw na rynku, a przede wszystkim ich wielkości. Następnie skupiono się na zachowaniach przedsiębiorców, w tym przede wszystkim na porozumieniach pomiędzy nimi i praktykach cenowych. Dopiero ostatnio zwraca się uwagę (przede wszystkim w Stanach Zjednoczonych, ale też i w Unii Europejskiej) na ekonomiczne aspekty zachowań przedsiębiorców, analizując ich gospodarcze uzasadnienie i następstwa krótko- ale i długoterminowe. Zadaniem stawianym polityce antytrustowej staje się ekonomiczna efektywność o charakterze alokacyjnym, „stąd jeśli duże firmy są efektywne, to nie wolno ich niszczyć, jeśli gałęzie są silnie skoncentrowane, a gwarantują postęp technologiczny i innowacyjność, to nie ma podstaw do wprowadzania prawnych ograniczeń działalności”⁹⁶. Dążenie do zapewnienia „konkurencji na rynku” zastąpione zostało dążeniem do zapewnienia „konkurencji dla rynku”⁹⁷. Podstawowym celem ustawodawstwa antymonopolowego staje się nie dążenie do statycznego ideału konkurencji doskonałej, ale dobro konsumentów (*consumers' welfare*), które zapewnione może być tylko w warunkach maksymalnej efektywności alokacyjnej⁹⁸. To dobro konsumentów stało się jednym z podstawowych wyznaczników interesu publicznego w zakresie ochrony konkurencji. Pomimo tego jednak dobro konsumentów nie jest jedynym przedmiotem ochrony ustawodawstwa antymonopolowego. Co więcej, nie zawsze ma ono priorytetową pozycję. Znamienne w tym kontekście są słowa europejskiego Komisarza ds. Konkurencji Sutherlanda – „Konkurencja nie powinna być utrzymywana dla siebie samej, a raczej jako instrument popiera-

⁹⁴ Zwana też szkołą nihilistyczną, bądź twórczej destrukcji. Szkoła ta w dużej mierze wywodzi się ze Szkoły Chicagowskiej – szerzej zob. A. Noga, op. cit., s. 149. Co do poglądów H. Demsetza zob. jego prace, w tym przede wszystkim: *Efficiency, Competition, and Policy*, Oxford 1989.

⁹⁵ Nt. ewolucji polityki Komisji w Unii Europejskiej zob.: M. Cini, L. McGowan, op. cit., s. 30 i n.

⁹⁶ A. Zielińska-Głębocka [w:] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 47.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Podobnie T. Skoczny, *Ochrona konkurencji...*, s. 10.

nia harmonijnego i równomiernego rozwoju, oraz przyspieszonego wzrostu standardu życia⁹⁹. Koresponduje to ze słowami innego Komisarza ds. Konkurencji Sir Leona Brittaina: „W rzeczy samej, można powiedzieć, iż pozytywna polityka konkurencji nie powinna być określana w izolacji; musi ona odwoływać się i być związana z polityką gospodarczą, przemysłową oraz społeczną¹⁰⁰. Podobnie czytamy u P. S. R. F. Mathijnsena, który bez cienia wątpliwości stwierdza: „Polityka konkurencji Wspólnoty musi być postrzegana jako instrument w rękach instytucji, mający na celu osiągnięcie podstawowych założeń przewidzianych w Traktacie, a nie jako cel sam w sobie (*not as an end in itself*)¹⁰¹. Oznacza to wywieranie istotnego wpływu na politykę konkurencji przez elementy innych polityk – przemysłowej, rolnej, ochrony środowiska, społecznej, strukturalnej, itd., które to polityki z zasady nic wspólnego z wolną konkurencją nie mają.

W Unii Europejskiej w polityce konkurencji dominuje naczelnym celem – wspólny rynek i integracja (ang. *market integration, creation of a single European market*, art. 23 i n. Traktatu Rzymskiego)¹⁰². Oddają to najlepiej słowa Valentine Korah: „integracja wyniesiona została przez Komisję i Trybunał do rangi celu samego w sobie, o wiele ważniejszego od efektywności¹⁰³. Także Stephen Weatherill i Paul Beaumont przyznają: „w istocie, z długoterminowej perspektywy teoretycznie obydwa cele (*tj. integracja wspólnego rynku i ekonomiczna efektywność* – E. K.) winny być zbieżne. Jednakże z krótkoterminowej perspektywy możliwe są sytuacje, w których kolidują one ze sobą¹⁰⁴. Sama Komisja Europejska w swych dorocznych raportach stwierdza: „Pierwszym zasad-

⁹⁹ S. M. Willimsky, op. cit., 55.

¹⁰⁰ „*Indeed, it can be said that a positive competition policy should not be determined in isolation; it must be related to and integrated with economic, industrial and social policy*” – cyt. za: S. M. Willimsky, op. cit., s. 54.

¹⁰¹ P. S. R. F. Mathijnsen, *A Guide to European Community Law*, wyd. 5, London 1990, s. 232, a wcześniej s. 193.

¹⁰² Zob. m.in. S. Kon, F. Schaeffer, *Parallel Imports of Pharmaceutical Products: A New Realism, or Back to Basics*, ECLR 1997, nr 3, s. 127; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 2, Oxford 1998, s. 923; czy S. Bishop, M. Walker, op. cit., s. 3 i n.

¹⁰³ „*Integration has been elevated by the Commission and the Court to a goal in itself, more important than efficiency*” – V. Korah, *EEC Competition Policy – Legal Form or Economic Efficiency, Current Legal Problems*, 1986, s. 91, cyt. za: M. Furse, op. cit., s. 255.

¹⁰⁴ „*Indeed, in the long term the two notions ought theoretically to be coterminous. Yet in the short term it is feasible that two objectives may clash*” – S. Weatherill, P. Beaumont, *EC Law. The essential guide to the legal workings of the European Community*, London–New York–Ringwood–Toronto–Auckland 1993, s. 594.

niczym celem (*polityki konkurencji* – E. K.) jest utrzymanie wspólnego rynku otwartym i zjednoczonym ... Ciągłe zachodzi potrzeba – i to jest pierwszorzędnym zadaniem polityki konkurencji – zwalczania ograniczających i nadużywających praktyk przedsiębiorców usiłujących podzielić rynek powtórnie w celu zastosowania sztucznych różnic w cenach bądź narzucenia nieuczciwych warunków względem konsumentów¹⁰⁵, czy „konkurencja stanowi podstawowy środek do zaspokojenia w dużym stopniu indywidualnych i zbiorowych potrzeb naszego społeczeństwa”¹⁰⁶.

Takie stanowisko zajmuje też Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS). I tak, w orzeczeniu w sprawie *Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG v. Commission* z 1977 r. Trybunał stwierdził: „Wymóg zawarty w art. 3 i 85 Traktatu o Utworzeniu EWG, zgodnie z którym konkurencja nie powinna być naruszana (*shall not be distorted*), oznacza zaistnienie na rynku konkurencji funkcjonującej, czyli innymi słowy stopnia konkurencji koniecznego aby uzyskać zgodność z podstawowymi wymogami oraz osiągnięcie celów Traktatu, w szczególności stworzenie jednolitego rynku zbliżonego do rynku krajowego”¹⁰⁷.

Nie sposób jednakże nie zauważyć, iż prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej z zasady pierwotnie stanowiło uzupełnienie (*a complement*) przepisów wprowadzających jedną z czterech podstawowych wolności traktatowych, stanowiącą fundament Wspólnego Rynku – swobodę przepływu towarów (*free movement of goods*, art. 23–38 Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej z 25.3.1957 r.)¹⁰⁸. W pewnej mierze także reguły konkurencji mają uzupełniający (*complementary*) charakter względem pozostałych swobód zagwarantowanych Traktatem (tak m. in. w orzeczeniu ETS w sprawie 45/85 *Verband der Sa-*

¹⁰⁵ „The first fundamental objective is to keep the common market open and unified... There is a continuing need – and this is the primary task of the Community's competition policy – to forestall and suppress restrictive or abusive practices of firms attempting to divide up the market again so as to apply artificial price differences or impose unfair terms on their consumers...” – Dziewiąty Raport w Sprawie Konkurencji (1980), s. 9–10.

¹⁰⁶ „...competition is an essential means for satisfying to a great extent the individual and collective needs of our society” – Pierwszy Raport Komisji w Sprawie Konkurencji z 1971 r. (*First Report on Competition Policy 1971*), s. 11.

¹⁰⁷ „The requirement contained in Articles 3 and 85 of the EEC Treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of workable competition, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and attainment of the objectives of the Treaty, in particular the creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market” – ECR 1977, s. 1875; CMLR 1978, Nr 2, s. 1. Tłumaczenie E. K.

¹⁰⁸ Tekst ujednolicony: O.J. 2000, C 325/33.

*chversicherer e.V. v. Commission*¹⁰⁹, czy w sprawie 56 & 58/64 *Consten and Grundig v. Commission*¹¹⁰). Ten uzupełniający charakter oznacza, iż przepisy art. 81 i 82 (dawne art. 85 i 86) Traktatu Rzymskiego mają za zadanie walkę z wszelkimi ograniczeniami swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Nie oznacza to bynajmniej braku troski o rozwój ekonomiczny Wspólnoty, czy braku popierania mechanizmów rynkowych, w tym konkurencyjnych. Niemniej jednoznacznie wskazuje, iż pierwszorzędą kwestią jeszcze do niedawna był wspólny rynek i jego mechanizmy, nie zaś rozwój konkurencji i maksymalna efektywność alokacyjna¹¹¹.

W konsekwencji ustalanie priorytetów w polityce konkurencji należy do polityków, a jej samej nadany zostaje charakter służebny względem innych celów, które niekoniecznie mają wiele wspólnego z efektywnością ekonomiczną¹¹². Co więcej, cele te częstokroć wykluczają wręcz dążenie do maksymalizacji efektywności, są więc sprzeczne z interesem konsumentów (zarówno z krótko-, jak i długoterminowej perspektywy)¹¹³.

W literaturze zwraca się uwagę, iż zasadniczo brak jest jakiegoś spójnego poglądu do czego konkretnie prawo ochrony konkurencji winno dążyć, a ewentualne cele ustalane są *in casu*, zależnie od okoliczności czy od składu osobowego sądu w danej sprawie. Dotyczy to tak zarówno Unii Europejskiej, jak i Stanów Zjednoczonych. Mówi się wręcz o „...skandalu w prawie ochrony konkurencji po obu stronach Atlantyku”, polegającym na „...braku zgody co do rodzaju konkurencji którą prawo to ma chronić”¹¹⁴.

Także polskie przepisy ochrony konkurencji – ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹¹⁵, jak i poprzednia ustawa z 24.2.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów – zdają się być zupełnie obojętne względem

¹⁰⁹ ECR 1974.

¹¹⁰ ECR 1966, s. 299; CMLR 1966, s. 418.

¹¹¹ Zob. szerzej: P. J. G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities. After the coming into force of the Single European Act, Second Edition*, Deventer–Boston 1990, s. 502–503.

¹¹² Por. M. Furse, op. cit., s. 255, oraz R. Wish, op. cit., s. 22–23.

¹¹³ Przyznają to m.in. P. Craig i G. de Búrca, op. cit., s. 891, oraz S. Bishop, M. Walker, op. cit., s. 5–6.

¹¹⁴ „*It remains a scandal of competition law on both sides of the Atlantic that there is no consensus as to the kind of competition the law is intended to promote: different decisions give precedence to different kinds*” – tak: O. Black, *Per Se Rules and Rules of Reason: What are They?*, ECLR 1997, nr 3, s. 146. Podobnie V. Korah, op. cit., s. 85: „*there is no agreement as to what objectives should be pursued by competition policy*”.

¹¹⁵ T.j.: Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 z późn. zm.

problematyki rodzaju konkurencji, czy jej definicji¹¹⁶. Jak się wydaje, ich celem jest ochrona konkurencji jako zjawiska instytucjonalnego, i to konkurencji statycznej, doskonałej¹¹⁷.

Pomimo wyżej sformułowanych wniosków, mających stosunkowo pesymistyczny wydźwięk, nie można nie zauważyć, iż ostatnio w Unii Europejskiej pogłębiona analiza ekonomiczna widoczna jest coraz częściej tak zarówno w pracach Komisji (Dyrekcji Konkurencji, *DG-Competition*), jak i w orzecznictwie sądów europejskich. Zdaniem Davida J. Gerbera imperatyw integracji w europejskiej polityce konkurencji obecnie znacznie wyblakł („*integration imperative [...] has faded*”), a jego miejsce, z konieczności, zajmuje merytoryczne badanie zachowań i struktur przedsiębiorców na rynku¹¹⁸. Podobnie zauważają Simon Bishop i Mike Walker, pisząc iż „W przeszłości decyzje Komisji i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odwoływały się do zasad ekonomii w sposób nieprecyzyjny i przypadkowy (*in an imprecise and ad hoc manner*). [...] jakość ekonomicznego rozumowania w jej (tj. Komisji – E. K.) procesie decyzyjnym wzrosła znaczenie w ostatnich latach. [...] Wzrost znaczenia ekonomii w decyzjach Komisji częściowo można przypisać wzrostowi wykorzystania dowodów empirycznych, potwierdzających określone argumenty ekonomiczne”¹¹⁹, a w polskiej literaturze Tadeusz Skoczny – „Prymat integracji nad konkurencją odchodzi jednak powoli w przeszłość”¹²⁰. Pozostaje mieć nadzieję, iż tendencja ta zostanie utrzymana, i co więcej – będzie zmierzać do dalej idącej ekonomizacji europejskiej polityki konkurencji.

3. FUNKCJE PAŃSTWA W GOSPODARCE.

PRAWO JAKO INSTRUMENT ANTYMONOPOŁOWEJ INTERWENCJI

Ustrojem gospodarczym panującym we wszystkich państwach demokracji zachodniej jest gospodarka rynkowa. Pojęcie to jednakże

¹¹⁶ Art. 1 ustawy z 24.2.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów stanowił, iż „ustawa określa warunki rozwoju konkurencji...”, zaś art. 1 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów niemal identycznie stanowi, że „ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji”.

¹¹⁷ Zob. E. Modzelewska-Wąchal, op. cit., s. 14.

¹¹⁸ D. J. Gerber, op. cit., s. 392 i n.

¹¹⁹ S. Bishop, M. Walker, op. cit., s. 2.

¹²⁰ T. Skoczny [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, s. 184.

nie cechuje się pewnymi stałymi elementami, niezmiennymi w czasie i przestrzeni. Jak słusznie zauważa się w literaturze, pojęcie gospodarki rynkowej jest pojęciem dynamicznie zmieniającym się, ewoluującym w toku przemian społecznych¹²¹. Pojęcie to, co więcej, stanowi pewną wytyczną, kierunek rozwoju państwa, określenie stanu pożądanego, do którego państwo winno dążyć.

W wieku XIX realizacja ideału demokracji oraz gospodarki rynkowej polegała na stworzeniu takiego państwa, które zabezpieczało wolność jednostki, w tym wolność gospodarczą i wolną konkurencję. Zgodnie z traktatem Johna Stuarta Milla „O wolności” (*On Liberty*) zadaniem państwa było zapewnienie maksimum wolności każdemu obywatelowi. Społeczeństwo obywatelskie winno być wolne od interwencji państwa (niepolityczne)¹²², co oddawane było najpełniej doktrynami *laissez-faire* oraz *let-alone*¹²³. Powszechnie panował pogląd, iż najlepsze, co rząd może zrobić, to nic nie robić (ang. *the government can do no better than to do nothing*), szczególnie w sferze społecznej i gospodarczej. Sfery te pozostawione były prawie że w całości prywatnej inicjatywie i aktywności jednostek. Wolność tak rozumiana stanowiła element kontraktu społecznego, na którym zasadało się państwo. Rola państwa ograniczała się zaledwie do tego, co John Locke, jeden z prekursorów ekonomii kapitalizmu, określał obroną „życia, wolności i majątku obywateli”, a wcześniej Thomas Hobbes „zapobieganiem wojnie wszystkich przeciw wszystkim”¹²⁴.

W drugiej połowie XIX wieku poglądy na rolę państwa w życiu społecznym i gospodarczym, oraz na gospodarkę rynkową zaczęły się zmieniać. Coraz szerzej postulowano aktywną rolę państwa, początkowo tylko w przypadkach losowych, później w coraz to różnych dziedzinach życia, jak powszechne szkolnictwo, budowa kolei żelaznej, dróg, mostów, melioracja, ochrona socjalna robotników, ochrona pracy kobiet i dzieci, itd.¹²⁵ Interwencja ta możliwa była poprzez stanowione przez państwo prawo.

¹²¹ C. Kosikowski (red.), *Zadania państwa w zakresie zmiany typu gospodarki* [w:] *Państwo i prawo w gospodarce rynkowej. Problemy dostosowawcze*, Łódź 1993, s. 5 i n., oraz s. 17 i n. Na temat różnych koncepcji gospodarki rynkowej zob. T. Ławnicki, *Organizacja i formy prawne interwencjonizmu państwowego w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej* [w:] C. Kosikowski (red.), *Państwo i prawo...*, s. 32 i n.

¹²² Por. G. Ulicka, op. cit., s. 20–21.

¹²³ Zob. E. Roll, *A History of Economic Thought, Fifth Edition, Revised and Enlarged*, London Boston 1992, s. 325.

¹²⁴ Zob. G. Ulicka, op. cit., s. 55; E. Roll, op. cit., s. 76–77; oraz L. Caro, *Liberalizm i Kapitalizm*, Włocławek 1937, s. 17 i s. 24–25.

¹²⁵ Zob. szerzej: E. Kosiński, *Procedura budżetowa a deficyt. Zagadnienia prawne na tle porównawczym*, Warszawa 2001, s. 20.

Współcześnie państwo jako forma organizacji społeczeństwa spełnia szereg funkcji, które można zaszeregować do dwóch podstawowych grup: funkcji ochronnych i ogólnospołecznych.

W zakresie funkcji ochronnych rola państwa polega na zapewnieniu trwałości określonych stosunków gospodarczych, tak więc realizacja ustroju gospodarczego. Te funkcje państwo urzeczywistnia w różnych formach, w tym w formie czynności kreatywnych (twórczych), organizatorskich (w tym gospodarczo-organizatorskich), reglamentacyjnych, nadzorczych oraz kontrolnych¹²⁶. Funkcje ogólnospołeczne z kolei to zapewnienie suwerenności narodu, gwarancja bezpieczeństwa i porządku publicznego, ochrona środowiska naturalnego, zapewnienie dostępu społeczeństwa do dóbr publicznych, itd.¹²⁷ Zasadniczo realizacja wszystkich tych funkcji może wymagać interwencji państwa w gospodarce. Przesłanki takiej interwencji mają charakter społeczny i polityczny, a jej zakres zależy od ideologii politycznej prezentowanej przez grupę rządzącą. Ewentualny brak interwencji stanowi wyłącznie przejaw „świadomie przyjętej postawy” państwa względem gospodarki¹²⁸.

Ściśle w sferze zjawisk rynkowych wyróżnia się trzy podstawowe funkcje władzy publicznej: alokacyjną, dystrybutyczną i stabilizującą. Działania państwa w ramach realizacji funkcji alokacyjnej zmierzają do optymalnego kojarzenia interesów zbiorowych z indywidualnymi. Funkcja dystrybutyczna polega na interwencji w celu zapewnienia właściwej struktury runku i dystrybucji środków produkcji. Ostatnia funkcja – stabilizująca – polega na interwencji prokoniumtkuralnej, dostrajaniu gospodarki (*fine-tuning*)¹²⁹.

Zależnie od kształtowania się roli państwa w gospodarce (zakresu interwencjonizmu państwowego) zmienia się rola prawa. W literaturze wyróżnia się trzy spojrzenia na relacje pomiędzy prawem a gospodarką. Pierwszy pogląd polega na absolutnej akceptacji prawnej ingerencji państwa w gospodarce, traktując normy prawne jako konieczną metodę wprowadzania kategorii ekonomicznych do systemu gospodarczego. W ten sposób kategorie te stają się obowiązujące po-

¹²⁶ Zob. szerzej m.in. A. Jaroszyński, *Reglamentacja i zarządzanie gospodarką socjalistyczną*, PiP 1968, nr 10, s. 586 i n.; M. Kulesza, *Z problematyki badań nad metodami działania administracji* [w:] Z. Rybicki, M. Gromadzka-Grzegorzewska, M. Wyrzykowski (red.), *Zbiór studiów z zakresu nauk administracyjnych*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk, 1978, s. 341 i n.; oraz T. Rabska, *Prawo administracyjne stosunków gospodarczych*, Warszawa–Poznań 1978, s. 8 i n.

¹²⁷ C. Kosikowski, *Zadania państwa...*, s. 7–8.

¹²⁸ Por. *ibidem*, s. 8.

¹²⁹ K. Sobczak, *Wolność gospodarcza a władza publiczna*, PUG 2000, nr 12, s. 17.

wszechnie dla uczestników obrotu gospodarczego. Drugi pogląd, przeciwny pierwszemu, opiera się na twierdzeniu o nadmiernej „jurydyzacji ekonomiki”. Reprezentanci tego poglądu przeciwstawiają się zastępowaniu praw gospodarczych normami stanowionymi przez państwo. Trzeci, ostatni pogląd, opiera się z kolei na twierdzeniu o nadmiernej „ekonomizacji prawa”, przeciwstawiając się obecności zbyt wielu kategorii ekonomicznych w prawie stanowionym przez państwo¹³⁰. Obecnie z kolei daje się zaobserwować pośród przedstawicieli nauki i życia politycznego stanowisko krytyczne wobec zbyt słabych powiązań prawa z ekonomią, co sprawiać ma, iż prawo niedostatecznie oddaje prawa rynku – szczególnie w przypadku przepisów ochrony konkurencji (antytrustowych)¹³¹.

Poza sporem winno pozostawać, iż gospodarczy interwencjonizm państwowy przede wszystkim realizowany jest za pomocą prawa stanowionego¹³². Sporny doktrynalnie może być dopuszczalny zakres tej interwencji, tak więc czy interwencja winna ograniczać się tylko do wspomaganie czy korygowanie niektórych procesów gospodarczych, czy może polegać wręcz na sterowaniu gospodarką¹³³.

Także nie budzi zastrzeżeń co do zasady twierdzenie, iż prawo pełni funkcje gospodarcze, w tym dotyczy to prawa bezpośrednio zorientowanego na realizację funkcji gospodarczych (jak przepisy o ochronie konkurencji), jak i prawa pośrednio wpływającego na gospodarkę (np. prawo podatkowe, cywilne, itd.)¹³⁴.

Niemniej w teorii prawa tzw. instrumentalizacja prawa jest kwestionowana. I tak, o ile samo gospodarowanie jest „działalnością celową, zracjonalizowanym przyporządkowaniem dobranym celom określonych zasobów”, to podważa się co do zasady koncepcję użycia normy prawnej w celu osiągnięcia określonych zamierzeń, w tym gospodarczych (tzw. instrumentalizacja prawa), przeciwstawiając jej koncepcje nieinstrumentalne prawa: komunikacyjną oraz symboliczną¹³⁵. W tym

¹³⁰ Zob. C. Kosikowski, *Zadania państwa...*, s. 18–19.

¹³¹ Zob. M. O. Wise, *Antitrust's „new learning” returns the law to its roots: chaos and adaptation as new metaphors for competition policy*, „The Antitrust Bulletin (Winter)” 1995, s. 714 i n.

¹³² Zob. m.in.: T. Rabska, *Prawny mechanizm kierowania gospodarką*, Wrocław–Warszawa–Kraków, 1990.

¹³³ Por. T. Ławnicki, *Organizacja i formy...*, s. 34.

¹³⁴ Zob. A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, Wrocław 2000, s. 36–37.

¹³⁵ Zgodnie z tymi koncepcjami prawo nie może być używane do realizacji jakiś określonych celów, albowiem stanowi ono wartość samą w sobie, nie podlegającą relatywizacji. Prawo w wymiarze symboliczno-komunikacyjnym służy tylko i wyłącznie

kontekście na uwagę zasługuje tzw. ekonomiczna analiza prawa (ang. *economic analysis of the law*) jako nurt w prawoznawstwie, gdzie podstawową płaszczyzną badawczą prawa jest płaszczyzna ekonomiczna¹³⁶. W ramach ekonomicznej analizy prawa zakłada się możliwość kierunkowego oddziaływania przez prawo na decyzje gospodarcze podmiotów funkcjonujących na rynku. Mówi się wręcz o „ukierunkowywaniu”¹³⁷, czy „sterowaniu zachowaniami osób”, do których prawo to jest adresowane¹³⁸, jako o nieodłącznej funkcji prawa. Według tej koncepcji prawo nastawione jest świadomie na osiągnięcie określonego rezultatu gospodarczego. Jego skuteczność w realizacji danego celu weryfikowana jest zewnętrznie poprzez badanie alokacji zasobów nim spowodowanej, przy zastosowaniu testu optimum Pareto¹³⁹. Zasada Pareto–optimum wyznacza jednocześnie, jak się podnosi w literaturze, granice dopuszczalnej ingerencji państwa w gospodarkę, i to granice zarówno minimalne (pozytywne, granice minimalnego zaangażowania państwa w stosunkach gospodarczych), jak i maksymalne (negatywne)¹⁴⁰. Tak więc podstawą oceny skuteczności danych przepisów prawa jest faktyczny stopień osiągnięcia przyjętego gospodarczego modelu wzorcowego (kryterium ekonomicznej użyteczności prawa), co oznacza redukcyjny wariant ekonomicznej instrumentalizacji prawa¹⁴¹.

Państwo w oddziaływaniu na gospodarkę prezentuje perspektywę makroekonomiczną, zaś pozostali uczestnicy – mikroekonomiczną, niemniej działanie wszystkich podmiotów, z państwem włącznie, win-

swobodnej wymianie poglądów oraz legitymizacji konsensualnie uzgodnionych stanowisk. Teorie te stanowią sprzeciw wobec technicyzacji życia społecznego, wyrastający w przeważającej mierze z powszechnego przekonania „o kryzysie dotychczasowych prób sterowania procesami społecznymi przez prawo”. Zob. na ten temat szeroko – A. Bator, op. cit., s. 212 i n., s. 225–226.

¹³⁶ Jednym z twórców tej koncepcji jest R. A. Posner. Zob. jego autorstwa: *Economic Analysis of Law*, Boston–Toronto 1977. Nie mniej znana jest tegoż autora ekonomiczna teoria prawa do prywatności – *An Economic Theory of Privacy Regulation*, May–June 1978, s. 19 i n. Por. W. Karsz, *Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie amerykańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1982, t. XXVIII, s. 49–50.

¹³⁷ W. Karsz, *Ekonomiczna analiza...*, s. 77.

¹³⁸ A. Bator, op. cit., s. 62.

¹³⁹ Optimum Pareto oznacza taki stan alokacji zasobów, w którym niemożliwe jest jego efektywne udoskonalenie; stan, w którym nie można polepszyć sytuacji żadnego z uczestników rynku bez pogorszenia sytuacji innego uczestnika; stan wzorcowy, idealny – zob. A. Bator, op. cit., s. 62 i n., oraz A. Zielińska-Głębocka, op. cit., s. 28. Z drugiej strony przyjęcie efektywności, w tym testu optimum Pareto, jako kryterium normatywnego krytykowane jest w literaturze jako bezużyteczne – zob. I. de León, op. cit., s. 173–174, i przywołana tam literatura.

¹⁴⁰ Zob. A. Bator, op. cit., s. 65–66.

¹⁴¹ Ibidem, s. 71.

na cechować technologiczna racjonalność ekonomiczna. Oznacza to, iż państwo dążyć winno to racjonalnego maksymalizowania użyteczności w zaspakajaniu potrzeb i dążeniu do określonych celów.

Co należy podkreślić, przedstawiciele nurtu ekonomicznej analizy prawa instytucje prawa publicznego uważają za szczególnie nieefektywne ekonomicznie w alokacji zasobów, pociągające stosunkowo największe koszty społeczne, w związku z czym postulują ograniczenie ich roli w oddziaływaniu na gospodarkę¹⁴².

Kierowanie się przez państwo w swej działalności prawotwórczej analizą ekonomiczną globalnych korzyści i kosztów (ang. *cost-benefit analysis*) określane jest jako postawa gospodarcza, zaś towarzyszące temu zachowania prawne z zakresu tworzenia i stosowania prawa – zachowaniem gospodarczym¹⁴³. Zachowania gospodarcze z kolei to działania zawsze racjonalne, nacechowane racjonalizacją typu technologicznego, polegającą na realizacji określonego pakietu celów przy użyciu minimum zasobów¹⁴⁴. Postuluje się więc przyjęcie przez państwo postawy gospodarczej oraz przejawianie zachowań gospodarczych, w tym w sferze oddziaływania na struktury i zachowania przedsiębiorców na rynku.

W związku z powyższym nieinstrumentalne koncepcje prawa poddawane są w teorii prawa uzasadnionej krytyce. Ze szczególną mocą uzasadnienie to wydaje się być widoczne w przypadku prawotwórczej działalności państwa w podejmowaniu reform ustrojowych, kształtowania procesów przemian społeczno-gospodarczych. Takie działanie prawne z natury są celowe, zorientowane instrumentalnie¹⁴⁵. Sami przedstawiciele nieinstrumentalnej koncepcji prawa niejednokrotnie dopuszczają możliwość wtórnego wartościowania prawa, opartego na określonym systemie wartości, w tym m.in. na realizacji wolności gospodarczej i gospodarki rynkowej. Tak więc wychodząc z założenia o symboliczno-językowym charakterze prawa, dopuszcza się możliwość celowego nim się posłużenia¹⁴⁶.

Zauważyć należy, iż w porządku liberalnym realizacja zinstrumentalizowanych strategii powierzona winna być w przeważającej mierze podmiotom, do których normy są adresowane, tak więc w ramach stosunków poziomych. Wtedy udział państwa zostaje zminimalizowany. Stan taki uznać trzeba za szczególnie pożądanym¹⁴⁷. Z innej z kolei

¹⁴² Ibidem, s. 70.

¹⁴³ Ibidem, s. 72.

¹⁴⁴ Ibidem, s. 272 i n.

¹⁴⁵ Zob. ibidem, s. 216.

¹⁴⁶ Zob. ibidem, s. 212.

¹⁴⁷ Por. ibidem, s. 229.

strony, traktując gospodarowanie z punktu widzenia ekonomicznego jako wybór dostępnych alternatyw działania, w systemie liberalnym oczekuje się od prawa, iż stworzy ono warunki zewnętrzne pozwalające podmiotom na dokonywanie wolnego wyboru. Przeciwnym stanem jest pozbawienie bądź ograniczenie przez prawo podmiotów gospodarujących wyboru, eliminacja możliwości realizacji własnych koncepcji gospodarczych (tzw. „prawo do wyboru”, w tym do popełniania błędów gospodarczych).

W toku rozważań nad problematyką instrumentalizacji prawa i stosowania norm prawnych dla osiągnięcia określonych celów gospodarczych, zauważyć można, iż gospodarowanie jest działaniem społecznym¹⁴⁸. Tak więc, w stosunku do gospodarki jako w stosunku do procesu społecznego, możemy mówić o określonym społecznym działaniu prawa, co przez socjologów jest uznane od dawna. W nauce socjologii prawa mówi się wręcz o polityce prawa jako o dyscyplinie praktycznej, „której zadaniem jest najbardziej skuteczna realizacja celów społecznych przy pomocy norm prawnych oraz przewidywanie skutków społecznych, wywołanych przez wydanie norm prawnych”¹⁴⁹. Szczególnie silnie akcentuje się skuteczność norm prawnych w realizacji zamierzeń ustawodawcy¹⁵⁰. Działalność ustawodawcy „polegająca na traktowaniu normy prawnej jako narzędzia do osiągnięcia określonych celów społecznych oraz na orientowaniu się na przyszłe zachowanie adresatów” akceptowana jest bez żadnych zastrzeżeń¹⁵¹. Takie stanowisko prezentował już Leon Petrażycki, pisząc, iż „prawo reguluje i kieruje postępowaniem ludzkim”, podkreślając także potrzebę skuteczności prawa w osiągnięciu zamierzonych celów¹⁵².

Stosunek państwa i gospodarki może więc polegać w najprostszym układzie bądź na całkowitej rozdzielności (pasywnej postawie państwa względem gospodarki), bądź też na przyjęciu przez państwo postawy aktywnej względem gospodarki. Wtedy, w tym drugim przy-

¹⁴⁸ Tak m.in.: O. Lange, *Ekonomia polityczna*, Warszawa 1981, s. 20. Por. A. Bator, op. cit., s. 302 i n.

¹⁴⁹ M. Borucka-Arctowa, *O społecznym działaniu prawa*, Warszawa 1967, s. 44.

¹⁵⁰ Ibidem, s. 11.

¹⁵¹ Ibidem, s. 17–18. Szerzej na temat relacji pomiędzy prawem a naukami społecznymi zob. J. Stone, *Law And The Social Sciences. The Second Half Century*, Minneapolis 1966, szczególnie s. 25 i n. Tam także znaleźć można określenie „działania instrumentalnego” (*instrumental action*) – s. 35.

¹⁵² Za naczelną cel L. Petrażycki uznawał moralne wychowanie ludzkości, zbliżenie człowieka do ideału miłości – tenże, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, s. 26 oraz s. 34. O miłości jako o najwyższej wartości pisze też E. Taylor w swej *Wolności gospodarczej*, s. 17–18.

padku, mamy do czynienia z interwencjonizmem. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego interwencja to „wtrącanie się w jakąś sprawę, wywieranie wpływu na kogoś w jakiejś sprawie w celu uzyskania określonego skutku”¹⁵³. Przez interwencjonizm państwowy rozumieć należy „wszelkie oddziaływania państwa na gospodarke”, zaś w wąskim znaczeniu „tylko takie oddziaływania państwa na gospodarke, które wykraczają poza jego klasyczne funkcje: tworzenie i egzekwowanie prawa, polityka pieniężna, utrzymywanie systemu miar i wag, obrona narodowa, bezpieczeństwo wewnętrzne itp.”¹⁵⁴ Na gruncie nauki prawa proponuje się definicję interwencjonizmu państwowego jako „regulowania stosunków gospodarczych normami stanowionymi przez właściwe organy państwa”¹⁵⁵.

Słusznie zauważa się, iż co do zasady prawo w stosunku do gospodarki ma charakter wtórny i pełni rolę służebną. Z drugiej jednak strony nie oznacza to, że prawo nie może wpływać na mające miejsce w rzeczywistości stosunki społeczne i gospodarcze. Prawo bowiem może zmieniać te stosunki i kształtować je w określony sposób¹⁵⁶. Decyzje o celach, zakresie i instrumentach interwencji są decyzjami politycznymi, na które wpływ mają przekonania społeczno-polityczne grupy rządzącej (preferowana doktryna ekonomiczna)¹⁵⁷. Stanowią one realizację programu politycznego rządzącej większości w demokratycznym społeczeństwie.

W przypadku interwencji państwa w gospodarke, której efektem jest liberalizacja danych stosunków gospodarczych, możemy mówić o interwencji pozytywnej¹⁵⁸. Jej celem nie jest ograniczenie wolnej kon-

¹⁵³ Zob. E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2002, s. 278. Z. Dowgiałło (red.), *Słownik Ekonomiczny...*, interwencję definiuje jako „termin stosowany dla określenia usług, w tym nakazów i zakazów, świadczonych przez organa administracji, rządu na rzecz społeczeństwa, to jest podatników. Usługi dotyczą też interwencji na rynku przy pomocy środków ekonomicznych w celu ochrony konsumenta”.

¹⁵⁴ Tak L. Balcerowicz [w:] W. Pomykało (red.), *Encyklopedia Biznesu...*, s. 378–379. Podobnie J. Kaleta, *ibidem*, s. 383.

¹⁵⁵ K. Kiczka, *Wolność gospodarcza a interwencjonizm państwowy* [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 106.

¹⁵⁶ Zob. J. Grabowski, *Rola i funkcje prawa w systemie gospodarki rynkowej* [w:] *Institucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 213.

¹⁵⁷ Zob. J. Beksiak, *op. cit.*, s. 51.

¹⁵⁸ Z. Dowgiałło (red.) *Słownik Ekonomiczny...*, s. 92, używa sformułowania „interweniować pozytywnie” (hasło: interwencja).

kurencji jako fundamentalnej zasady i mechanizmu rządzącego rynkiem w znaczeniu ekonomicznym, ale liberalizacja rynku¹⁵⁹. Przez liberalizację rozumieć należy zmniejszenie roli państwa oraz zniesienie, względnie złagodzenie, wszelkich ograniczeń w działalności gospodarczej jednostek, czyli zapewnienie większego stopnia wolności¹⁶⁰. Tak więc przez liberalizację rynku (ang. *market liberalization*) rozumieć należy nie tylko taką interwencję państwową, która zmniejsza lub znosi całkowicie ograniczenia w danej działalności gospodarczej, ale także interwencję podejmowaną w celu zapewnienia jak największej konkurencji na rynku, maksymalnego stopnia konkurencji funkcjonującej (*workable competition*). Określić taką interwencję za Tadeuszem Skoczny można jako interwencję (reglamentację) prokonkurencyjną¹⁶¹. Przy czym należy pamiętać, że liberalizacja konkurencji może nieść z sobą ograniczenie wolności gospodarczej niektórych przedsiębiorców, czy nawet ich prawa własności (jak np. w przypadku doktryny *essential facilities*)¹⁶².

A *contrario*, jako interwencję negatywną możemy określić każdą inną interwencję państwa w gospodarkę, której celem nie jest wprowadzenie szerszego od dotychczasowego zakresu wolności (liberalizacja). Interwencja negatywna w sposób najbardziej widoczny ma miejsce w przypadku sterowania stosunkami gospodarczymi z zadaniem osiągnięcia określonych celów społeczno-politycznych, dostrajania gospodarki do oczekiwań społecznych (*fine-tuning*), w tym przede wszystkim redystrybucji dóbr (gospodarka redystrybucyjna), gdy jej następstwem jest ograniczenie wolności gospodarczej lub wolnej konkurencji na rynku¹⁶³.

Obowiązek dokonywania przez państwo interwencji pozytywnej wynika m.in. z funkcji ochronnych państwa względem prywatnej aktywności społecznej w systemie gospodarki rynkowej¹⁶⁴. Interwencja

¹⁵⁹ Pojęcie „liberalizacji” coraz częściej pojawia się w przepisach prawnych, i tak np. obecne jest w Traktacie Rzymskim o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej z 1957 r., m.in. art. 52 (d. art. 63) oraz art. 53 (d. art. 64). O liberalizacji porządku prawnego pisze także m.in. S. Biernat, op. cit., s. 9.

¹⁶⁰ Por. E. Sobol (red.), *Nowy słownik...*, s. 406, oraz J. Penc, *Leksykon biznesu*, Warszawa 1997, s. 225 (hasło: liberalizacja wymiany handlowej).

¹⁶¹ T. Skoczny, *Ochrona konkurencji...*, s. 11 i n.

¹⁶² Zob. D. Ridyard, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law*, ECLR 1996, nr 8, s. 438 i n., szczególnie s. 451–452; oraz J. Majcher, *Dostęp do urzędzeń kluczowych w niezależnych regulacjach sektorowych* [w:] T. Skoczny (red.), *Ochrona konkurencji...*, s. 171 i n.

¹⁶³ Zob. m.in. E. Kosiński, *Procedura budżetowa...*, s. 24 i n.

¹⁶⁴ Na tę funkcję państwa zwraca uwagę K. Pawłowicz, *Prawo człowieka do swobodnej działalności gospodarczej* [w:] A. Rzepliński (red.), *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, Warszawa 1993, s. 72.

taka jednocześnie stanowi element realizacji działań organizatorskich państwa, podejmowanych w celu urzeczywistnienia podstawowych celów politycznych¹⁶⁵.

W Polsce Konstytucja RP z 1997 r. nie wyklucza interwencjonizmu państwowego, a nawet, jak się słusznie zauważa w literaturze, apriorycznie zakłada władcze i bezpośrednie oddziaływanie państwa na gospodarkę. Wynika to z przyjętego w Konstytucji modelu społecznej gospodarki rynkowej (art. 2 oraz art. 20 Konstytucji RP)¹⁶⁶. Z kolei art. 216 ust. 3 Konstytucji pozwala na tworzenie monopolii państwowych.

Podobnie Konstytucja Włoch z 1947 r. w art. 1 zapewnia, iż Republika Włoska jest państwem demokratycznym, opartym na pracy, co znajduje następnie potwierdzenie w art. 35 ust. 1 Konstytucji (rozdział poświęcony sprawom gospodarczym). Zgodnie zaś z art. 41 ust. 3 Konstytucji państwo uprawnione jest do kierowania i koordynowania działalności państwowych i prywatnych przedsiębiorstw w celu osiągnięcia określonych społecznych zamierzeń, zaś art. 43 wyraźnie pozwala na nacjonalizację określonych gałęzi przemysłu o szczególnym znaczeniu dla gospodarki narodowej¹⁶⁷.

Republika Federalna Niemiec według art. 20 ust. 1 Ustawy Zasadniczej z 1949 r. jest, tak jak Polska i Włochy, państwem socjalnym. Art. 15 Ustawy Zasadniczej pozwala na nacjonalizację ziemi, bogactw naturalnych oraz środków produkcji¹⁶⁸.

Tak samo Konstytucja Francji z 1958 r., art. 2 ust. 1, stwierdza, iż Republika Francuska jest państwem socjalnym¹⁶⁹.

Z kolei Konstytucja Królestwa Szwecji (Akt o Formie Rządu) z 1974 r. wprost stanowi w § 2, iż obowiązkiem państwa jest prowadzenie działalności mającej na celu zapewnienie realizacji prawa do pracy, mieszkania i wykształcenia, opiekę, bezpieczeństwo socjalne oraz właściwe stosunki międzyludzkie¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Zob. szerzej: J. Borkowski [w:] J. Starościak (red.), *System Prawa Administracyjnego*, t. I, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1977, s. 56 i n.

¹⁶⁶ Por. J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, RPEiS 2001, z. 4, s. 23.

¹⁶⁷ G. H. Flanz, *Constitutions of the countries of the world. Italy*, New York 1987. Patrz także: *Konstytucje Finlandii, Włoch, Niemieckiej Republiki Federalnej i Francji. Zbiór tekstów pod redakcją A. Burdy i M. Rybickiego*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk, 1971, s. 166.

¹⁶⁸ G. H. Flanz, *Constitutions of the countries of the world. Federal Republic of Germany*, New York 1991.

¹⁶⁹ V. G. Spitzer, *Constitutions of the countries of the world. France*, New York 1988.

¹⁷⁰ *Konstytucja Królestwa Szwecji. Wydanie drugie zmienione i uaktualnione. Tłumaczenie K. Dembiński, M. Grzybowski. Wstęp M. Grzybowski*, Warszawa 2000, s. 23.

Konstytucja Królestwa Niderlandów z 1814 r. w art. 20 ust. 1 zapewnia, że bezpieczeństwo egzystencji ludności oraz dystrybucja dobrobytu stanowią przedmiot troski państwa¹⁷¹.

Wszystkie wymienione zapisy konstytucyjne dopuszczają interwencjonizm państwowy. W przypadku pozostałych państw europejskich pomimo braku w ich konstytucjach porównywalnych do powyższych zapisów, działalność interwencjonistyczna państwa ma miejsce z nie mniejszą siłą i o porównywalnym zakresie, tak jak w przypadku państw, których konstytucje wyraźnie stanowią, iż są to państwa socjalne.

Podobnie jak konstytucje krajowe, tak i Projekt Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy (*Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*)¹⁷² w art. I-3, zatytułowanym „Cele Unii”, ust. 3, stanowi, iż fundamentem Europy trwałego rozwoju (*a Europe of sustainable development*) jest społeczna gospodarka rynkowa (*a social market economy*), o wysokiej konkurencyjności i ukierunkowana na pełne zatrudnienie i postęp społeczny (*aiming at full employment and social Progress*). Dalej w tym samym ustępie czytamy, iż Unia popiera sprawiedliwość społeczną i ochronę socjalną (*social justice and protection*). Cały szereg praw socjalnych zawiera Projekt Traktatu w części Drugiej „Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej”, Tytuł V „Solidarność”.

Jak widać więc Unia Europejska w pełni akceptuje państwowy interwencjonizm, tak na szczeblu krajowym, jak i w przyszłości na szczeblu ponadnarodowym. Interwencjonizm ten jednakże w przeważającej mierze zagwarantowany jest w sferze polityki społecznej państwa, a cele polityki społecznej pozostają w zasadniczej sprzeczności z celami gospodarczymi, przede wszystkim z dążeniem do maksymalizacji ekonomicznej efektywności.

W żadnym z wymienionych wyżej państw, w tym w Polsce, nie ma zapisów konstytucyjnych gwarantujących ochronę wolnej konkurencji¹⁷³.

4. WNIOSKI KOŃCOWE

Doceniając argumenty przeciwników regulacji ochrony konkurencji (przede wszystkim przedstawicieli tzw. ultraliberalnej szkoły ekono-

¹⁷¹ Zob. *Konstytucja Królestwa Holandii*, tłumaczenie i wstęp A. Głowacki, Warszawa 2003, s. 37.

¹⁷² Tekst projektu, w tym w języku polskim, na stronie internetowej: <http://europa.eu.int/futurum/constitution>

¹⁷³ Przykładowo, gwarancje ochrony wolnej konkurencji jako podstawy ustroju gospodarczego państwa zawarte są w Konstytucji Meksyku, art. 28.

mii) należy podkreślić, że dokonywana od końca XIX w. interwencja państwa w gospodarce poprzez stanowione prawo ochrony konkurencji (ustawodawstwo antytrustowe, antykartelowe czy antymonopolowe) była i jest o tyle konieczna, iż jak zauważono na samym wstępie ani wolność gospodarcza, ani wolna konkurencja, nie stanowią stanów naturalnych, atrybutów własnych gospodarki i rynku¹⁷⁴. Wolna konkurencja, jak i wolność gospodarcza stanowią tylko i wyłącznie postulaty nauki, które winny być w jak najpełniejszym zakresie realizowane. Do ich realizacji aktywna postawa państwa jest więc niezbędna. Ludzie bowiem sami idealni nie są, tak więc stosunki przez nich kreowane obciążone są wadami¹⁷⁵. Zauważał to już wielki polski ekonomista Edward Taylor¹⁷⁶. Z tej przyczyny „tam zaś, gdzie interes osobisty jest sprzeczny z dobrem ogólnospołecznym, gdzie interes gospodarczy stoi w sprzeczności z wyżej cenionym interesem pozagospodarczym, gdzie społeczeństwo wyżej ceni interes przyszłości, niż terażniejszości, tam powstaje uzasadnienie dla interwencji czynnika ogólnospołecznego celem ograniczenia wolności gospodarczej, zjawia się konieczność jej w imię dobra ogólnospołecznego, narzuca się więc postulat stałego nadzoru państwa nad biegiem życia gospodarczego”. Jak pisze jednak sam E. Taylor, „interwencja ta musi być ostrożna”, albowiem brać pod uwagę należy jej koszty i efekty uboczne. Podstawową granicą interwencji jest „utrzymanie działania interesu osobistego jako głównego środka osiągania celów gospodarczych”¹⁷⁷. Stąd też tak istotne jest wyznaczenie granic negatywnych interwencji. W przypadku ochrony konkurencji Tadeusz Skoczny określa to instrumentami relatywizacji i racjonalizacji zakazów antymonopolowych¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Zgodzić się należy w pełni ze słowami K. van Mierta, iż prawo konkurencji stanowi „konieczność i wspólny mianownik dla nas wszystkich” (*necessity and a common denominator for all of us*) – tenże, *The Role of Competition Policy Today* [w:] *Proceedings of the Second Seminar on European Union/Japan Competition Policy*, 1995, cyt. za: M. Furse, op. cit., s. 250. Zob. także: J. Beksiak, op. cit., s. 57.

¹⁷⁵ A. Albers-Llorens trafnie zauważa: „...w razie braku jakiegokolwiek kontroli (na rynku – E. K.), przedsiębiorcy mają skłonność do ustalania cen, ci z pozycją dominującą nadużywają swej siły rynkowej, a połączenia prowadzą do nadmiernej koncentracji władzy ekonomicznej” („...in the absence of any form of control, undertakings are inclined to collude to fix prices, those in a dominant position misuse their market strength and mergers lead to excessive concentrations of economic power”) – *EC Competition Law and Policy*, Willan Publishing 2002, s. 1.

¹⁷⁶ E. Taylor, *Wolność gospodarcza...*, s. 17.

¹⁷⁷ Ibidem, s. 10–11.

¹⁷⁸ T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję* [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 247 i n.

Nieinstrumentalne koncepcje prawa należy uznać za chybione. Działania prawne państwa z natury swej są celowe, zorientowane instrumentalnie. Postuluje się, aby realizację zinstrumentalizowanych strategii pozostawiać adresatom norm prawnych (stosunki poziome). W przypadku ochrony konkurencji jednakże aktywność państwa poprzez jego wyspecjalizowany organ antymonopolowy wydaje się konieczna. Poprzestanie li tylko na ochronie prywatnoprawnej mogłoby okazać się zdecydowanie niewystarczające. Model ochrony publicznoprawnej wolnej konkurencji przyjęty był od samego początku w systemach różnych państw, w tym w amerykańskiej Ustawie Shermana z 1890 r. oraz Ustawie o Federalnej Komisji Handlu z 1914 r.¹⁷⁹ Co więcej, Ustawa Shermana zawiera, inaczej niż polska ustawa, przepisy karne (*criminal statute*)¹⁸⁰.

Państwo w swej działalności prawotwórczej w sferze antymonopolowej winno kierować się przede wszystkim analizą ekonomiczną globalnych korzyści i kosztów (ang. *cost-benefit analysis*), przejawiając tym samym tzw. postawę gospodarczą oraz zachowania gospodarcze.

Także organy ochrony konkurencji oraz sądy orzekające w sprawach antymonopolowych winny przede wszystkim kierować się analizą ekonomiczną, dążąc do maksymalizacji efektywności alokacyjnej. Brać pod uwagę należy zarówno krótkoterminowe, jak i długoterminowe następstwa działań przedsiębiorców na rynku, szczególnie tych posiadających pozycję dominującą. Ewentualna interwencja powinna być wyjątkowo ostrożna i wywarzona, przy użyciu minimalnych środków w połączeniu z maksymalizacją realizacji ochrony konkurencji na rynku (bądź raczej „dla rynku”).

Ochrona konkurencji jako takiej nie stanowi celu samego w sobie. Poprzez ochronę konkurencji państwo chroni określony model gospodarki, jak i też określony ustrój społeczny. Pomimo tego fundamentalnym przedmiotem ochrony winien być i jest dobrobyt konsumentów (*consumers' welfare*), co osiągnięte może być jedynie poprzez dążenie do maksymalizacji ekonomicznej efektywności o charakterze alokacyj-

¹⁷⁹ Ustawa z 26.9.1914 r. *Federal Trade Commission Act*, Sept. 26, 1914, ch 311, §§ 1–18, 38 Stat. 717. 15 U.S.C. Sections 41–58. Nie można niemniej zapominać o bardzo istotnej z punktu widzenia ochrony interesów podmiotów dotkniętych antykonkurencyjnymi zachowaniami innego przedsiębiorcy (przedsiębiorców) możliwości dochodzenia tzw. potrójnego odszkodowania (*treble damages*, „...shall recover threefold the damages by him sustained...”) – § 4 ust. a Ustawy Claytona (15 U.S.C. § 15).

¹⁸⁰ Zob. szerzej H. First, *The Three Cheers for antitrust* [w:] M. du Vall (red.), *Current problems of Laws Protecting Competition. A Collection of Essays on the Laws of the USA, Japan, European Union, Germany and Poland*, Kraków 1994, s. 11.

nym. Ekonomiczna efektywność stanowić winna główny (jeśli nie jedyny) wyznacznik stosowania prawa antymonopolowego w praktyce zarówno przez państwowe organy ochrony konkurencji, jak i sądy orzekające w tychże sprawach. Współczesne państwo winno w jak największym stopniu dążyć do eliminacji z polityki konkurencji elementów innych polityk, szczególnie polityki społecznej czy przemysłowej. Te ostatnie bowiem zdecydowanie negatywnie wpływają na efektywność, zwiększają bowiem koszty funkcjonowania tak państwa, jak i efektywnych przedsiębiorców na rynku, a tym samym zmniejszają poziom osiąganego dobrobytu ludności (konsumentów).

Pożądane byłoby zdefiniowanie w ustawach antymonopolowych (w tym w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów) pojęcia konkurencji, którą przepisy te mają chronić. Model konkurencji podlegającej ochronie to model dynamiczny, czyli konkurencja niedoskonała (asymetryczna), nie zaś klasyczna konkurencja doskonała. Ustawa nadto winna wyraźnie wskazywać, iż podstawową (jedyną) dyrektywą stosowania przepisów ochrony konkurencji jest dążenie do maksymalizacji efektywności, w oparciu o wszechstronne i wnikliwe analizy ekonomiczne.