

# Mariusz Swora

---

## Aspen Skiing Co. przeciwko Aspen Highland Skiing Corp. – antymonopolowe problemy na stokach narciarskich w Aspen

---

Palestra 50/5-6(569-570), 189-194

---

2005

Artykuł został 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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

# DRAWO ZA GRANICĄ

Mariusz Swora

## ASPEN SKIING CO. PRZECIWKO ASPEN HIGHLANDS SKIING CORP. – ANTYMONOPOLOWE PROBLEMY NA STOKACH NARCIARSKICH W ASPEN

Aspen w Kolorado to ulubiony kurort amerykańskich narciarzy. Zimowe uroki Aspen przyciągają każdego roku dziesiątki tysięcy amatorów śnieżnych szaleństw, są więc również atrakcyjnym rynkiem dla przedsiębiorstw z branży turystycznej i sportowej. To właśnie pomiędzy konkurującymi pomiędzy sobą przedsiębiorstwami, do których należały stoki w Aspen, rozpoczął się spór antymonopolowy, zakończony jednym z szeroko komentowanych wyroków amerykańskiego Sądu Najwyższego. Sprawa *Aspen Skiing Co. przeciwko Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>1</sup> jest, obok sprawy *Eastman Kodak przeciwko Image Technical Services, Inc.*<sup>2</sup>, najważniejszym orzeczeniem dotyczącym obowiązku kontraktowania przez monopolistę.

Obowiązek współdziałania pomiędzy monopolistą a konkurentami na rynku jest kwestią tyleż istotną, co wzbudzającą kontrowersję, zarówno w orzecznictwie antymonopolowym, jak też w doktrynie. W ubiegłym roku, kontrowersje te z całą siłą uzewnętrzniły się w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie przeciwko Microsoft<sup>3</sup>.

Jednym ze środków skierowanych przeciwko praktykom nadużywania pozycji dominu-

<sup>1</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985), dalej: *Aspen*.

<sup>2</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

<sup>3</sup> Szerzej: T. Bagdziński, *Microsoft a prawo konkurencji w USA i UE*, *Problemy Zarządzania* 3/2004, s. 59 i n.; M. Swora, *Wiązanie produktów przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą (siłę rynkową) w Stanach Zjednoczonych, Unii Europejskiej i w Polsce – zarys problematyki*, *Przegląd Prawa Europejskiego* 1/2005 (w druku).

jącej (w USA siły rynkowej – *market power*), którymi operuje prawo antymonopolowe, jest obowiązek zapewnienia konkurentom dostępu do kluczowych urządzeń (*essential facilities*), bez których niemożliwe jest świadczenie usług, czy też produkcja określonych dóbr<sup>4</sup>. Doktryna *essential facilities* ogranicza prawo monopolisty do odmowy kontraktowania (*refusal to deal*). W obrazowy sposób problem dostępu do kluczowych urządzeń monopolisty opisuje D. J. Gerber<sup>5</sup>. Posłużę się podawanym przez niego przykładem. Wyobraźmy sobie, że korzystający ze swoich praw monopolista jest właścicielem jedynego mostu na rzece, której nie można przekroczyć w inny sposób. Przedsiębiorstwa produkujące różnego rodzaju dobra umieszczone są po jednej stronie rzeki. Konsumenti tych dóbr mieszkają po drugiej stronie rzeki. Aby uzyskać dostęp do rynku, producenci (albo firmy przewozowe) muszą używać mostu, którym włada monopolista. Ma on prawo przepuszczania ich przez bramę ograniczającą dostęp do mostu. Wykonując swoje prawo, monopolista odmawia przejazdu przez most kilku przedsiębiorstwom przewozowym. Pytanie, które zadają sobie przedstawiciele doktryny i sądy brzmi: czy w takim wypadku można nałożyć na monopolistę obowiązek kontraktowania (*duty to deal*)? Kwestia ta była przedmiotem orzekania amerykańskich sądów w sprawie *Aspen*.

*Narciarski spór w Aspen* toczył się pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami, użytkującymi stoki narciarskie w tej miejscowości. W latach 1958–1964 stoki w Aspen użytkowane były przez trzy niezależne firmy, oferujące bilety na swoje własne stoki, jak również uniwersalny 6-dniowy bilet na wszystkie stoki. Narciarze mieli możliwość dostosowania zakupionego biletu do swoich preferencji. Bilet 6-dniowy, w okresie swojej ważności, dawał im możliwość wyboru któregośkolwiek ze stoków. Problem rozpoczął się wtedy, gdy firma *Aspen Skiing Co.*, powiększyła swój dotychczasowy stan posiadania (*Ajax*) o dwa stoki narciarskie, nabywając w 1964 roku jeden z nich (*Buttermilk*) i otwierając kolejny (*Snowmass*), trzy lata później. *Aspen Highlands Skiing Corp.* użytkowała w tym czasie tylko jeden ze stoków (*Highlands*). Na rynku pozostały więc dwie firmy, z których jedna (*Aspen Skiing Co.*) posiadała siłę rynkową. Z początku utrzymywała się dotychczasowa praktyka oferowania uniwersalnego biletu, z którego zyski rozliczane były przez konkurentów w oparciu o stan rzeczywistego użytkowania stoków przez narciarzy. W sezonie narciarskim 1977–1978 *Aspen Skiing Co.* wprowadziła warunki rozliczania biletu dla całego *Aspen*, które zakłóciły stan dotychczasowej współpracy. Nowe warunki wzajemnych rozliczeń wprowadzały stały współczynnik zysków z uniwersalnego biletu, ustalony na znacznie niższym poziomie, niż zyski przypadające konkurentowi w uprzednio istniejącym systemie rozliczeń. *Aspen Highlands Skiing Corp.* nie zaakceptowała niekorzystnej metody rozliczeń. Odpowiedzią *Aspen Skiing Co.* było wycofanie się z przedsięwzięcia bilet dla całego *Aspen* i wprowadzenie 6-dniowego biletu na własne stoki. Efektem był znaczący spadek udziału w rynku *Aspen Highlands Skiing Corp.* Poszkodowana firma złożyła pozew antytrustowy do Sądu Okręgowego i wygrała – Sąd, odwołując się do obowiązku kontraktowania przez monopolistę orzekł, iż firma *Aspen Skiing Co.* naruszyła prawo antytrustowe. *Aspen Skiing Co.* odwołała się do Sądu Apelacyjnego, utrzymując, iż nie istnieje obowiązek kooperacji pomiędzy konkurentami

<sup>4</sup> Por. T. Skoczny (w): J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, s. 227 i n.

<sup>5</sup> D. J. Gerber, *Rethinking the Monopolist's Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of the Doctrine of "Essential Facilities"*, *Virginia Law Review* 74/1988, s. 1069 i n.

nawet wtedy, gdy jeden z nich posiada siłę rynkową (*monopoly power*). Wyrok Sądu Okręgowego, otwierający Aspen Highlands Skiing Corp. możliwość korzystania z uniwersalnego biletu dla całego Aspen, został jednak podtrzymany przez Sąd Apelacyjny.

Sprawa Aspen trafiła z inicjatywy Aspen Skiing Co. do Sądu Najwyższego USA, który – podobnie jak Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny – rozpatrywał ją na podstawie § 2 ustawy Shermana<sup>6</sup>.

W sprawach naruszenia § 2 ustawy Shermana Sąd Najwyższy USA wymaga przeprowadzenia dowodu siły rynkowej monopolisty oraz dowodu istnienia zakazanej praktyki. Należy więc wykazać, że praktyka monopolisty polega na zamierzonym nabyciu (*acquisition*) albo utrzymaniu siły rynkowej, niezwiązanym ze skutkiem w postaci wzrostu albo rozwoju, jako konsekwencji wprowadzenia lepszego produktu, przedsiębiorczości (*business acumen*) albo zdarzenia historycznego (*historic accident*).

Konsekwencje stosowania opisanej praktyki rynkowej monopolisty w omawianej sprawie mogły być oceniane przez pryzmat dwóch różnych standardów orzeczniczych. Bardziej restrykcyjny, piętnował w zasadzie wszystkie działania monopolisty mające na celu zwiększenie jego siły rynkowej, uznając je za drapieżne (*predatory*). Mniej restrykcyjny, pozwalał monopolistom na angażowanie się nawet w agresywną konkurencję, również wtedy, jeżeli konkurenci są w rezultacie dotknięci takimi działaniami<sup>7</sup>.

Restrykcyjny standard orzeczniczy nie pozwalał na jakiegokolwiek zamierzone nabycie albo utrzymywanie pozycji monopolistycznej (siły rynkowej). Firma dominująca, zgodnie z tym standardem, nie mogła więc podejmować takich zamierzonych działań rynkowych, które cyt.: *zmierzają do powstrzymania innych firm, które zamierzają to uczynić od wejścia na rynek albo rozszerzenia swej działalności*<sup>8</sup>. W takiej sytuacji, naruszeniem § 2 Sherman Act jest w zasadzie każde działanie podejmowane przez monopolistę. Jeżeli nawet, korzystając ze swych możliwości wprowadza nowy produkt, w sposób bardziej efektywny niż konkurenci (np. tańszy albo bardziej zaawansowany technicznie), przesądzającym o legalności takiej praktyki jest uznanie, że ogranicza to możliwości rynkowe tychże konkurentów.

W przypadku liberalnego standardu wykładni § 2 ustawy Shermana, punkt ciężkości przesuwa się na korzyść konsumencką (*consumer welfare*), która jest możliwa do osiągnięcia również w warunkach agresywnej konkurencji. Firmy, działając zgodnie z tym standardem, mogą więc cyt.: *angażować się nawet w agresywną konkurencję, która jest solidnie osadzona w efektywności, pomimo że w ostatecznym rozrachunku dojdzie do monopolizacji*<sup>9</sup>. Takie ujęcie rehabilituje działania efektywnych monopolistów, pozwalając im na przyciągnięcie klientów mniej efektywnych konkurentów, których pozycja rynkowa może zostać osłabiona w wyniku podjęcia tego typu działań<sup>10</sup>. Obrona podmiotu posiadającego pozycję monopolistyczną w takim przypadku polega na wykazaniu istnienia słusznego uzasadnienia gospodarczego (*legi-*

<sup>6</sup> Ustawa Shermana z 2 lipca 1890 r. składa się z siedmiu przepisów, z których powoływany w tym artykule § 2 zawiera ogólnie sformułowany zakaz monopolizacji; patrz: D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004, s. 63; M. Swora, jw.

<sup>7</sup> D. W. Ladd III, *The efficiency Defense: Section Two Limits on Monopolist Conduct After Aspen*, Columbia Law Rev. 86/1986, s. 1713.

<sup>8</sup> Tamże.

<sup>9</sup> Tamże, s. 1715.

<sup>10</sup> Tamże.

*timate business justification*) i istnienia korzyści konsumenckiej (*consumer welfare*), czy też wskazaniu, że działania monopolisty są bardziej efektywne, niż działania konkurentów.

Orzekając w sprawie Aspen, Sąd Najwyższy uznał, że praktyka stosowana przez Aspen Skiing Co. wprowadziła istotną zmianę w zakresie sposobu dystrybucji biletów, który ukształtował się na konkurencyjnym rynku, gdzie funkcjonował przez szereg lat. Sąd nie podzielił argumentów monopolisty dotyczących uzasadnionej gospodarczo przyczyny, dla której ten zdecydował się na zmianę sposobu dystrybucji biletów. Firma Aspen Skiing Co. podnosiła tutaj, iż nowy system umożliwia efektywną kontrolę nad liczbą sprzedawanych biletów. Sąd Najwyższy nie uznał takiej argumentacji, wywodząc, iż jest niewiarygodna, ze względu choćby na długoletnią praktykę oferowania uniwersalnego biletu przez konkurencyjne firmy. Argument braku skutecznej kontroli był dobrany *ad hoc*. Praktyka stosowana przez monopolistę – zdaniem Sądu Najwyższego – była bezprawna z kilku powodów<sup>11</sup>. Po pierwsze, ograniczała udział w rynku Aspen Highlands Skiing Corp. Po drugie, monopolista nie wykazał słusznego uzasadnienia gospodarczego dla swoich działań. Po trzecie, praktyka monopolistyczna, którą zastosował Aspen Skiing Co. nie była efektywna. Monopolista poświęcił krótkookresowe zyski i dobrą wiarę konsumentów na rzecz taktyki utrzymywania długookresowej przewagi nad rywalem rynkowym. Istotne w uzasadnieniu sprawy Aspen było również to, że nowy stan rzeczy nie służył dobrze narciarzom, którzy powszechnie krytykowali rozwiązania wprowadzone przez monopolistę.

Co charakterystyczne, w sprawie Aspen, Sąd Najwyższy nie zajmował się w zasadzie kwestią monopolizacji rynku przez rynkowego dominanta. Istota rozważań Sądu Najwyższego USA w sprawie Aspen dotyczyła wskazanego już braku efektywności zastosowanej praktyki. Sąd Najwyższy wywiódł szkodę dla konkurencji z braku ważnego i wystarczającego uzasadnienia gospodarczego<sup>12</sup>.

Sprawa Aspen zakończyła się niekorzystnie dla monopolisty – Aspen Skiing Co. Do standardu ukształtowanego przez amerykański Sąd Najwyższy w sprawie Aspen cały czas odwołują się amerykańskie organy antytrustowe i sądy. Otwarte pozostaje pytanie, na ile standard ten sprawdza się w warunkach nowej gospodarki?

Wymowa Aspen dobrze obrazuje również pewne różnice pomiędzy prawem amerykańskim a europejskim<sup>13</sup>. Celem amerykańskiego prawa antytrustowego, od przełomu dokonanego przez *Chicago boys* jest przede wszystkim generowanie efektywności ekonomicznej, wyrażającej się w powiększaniu korzyści konsumenckiej<sup>14</sup>. Szkoła chicagowska zerwała z paradygmatem administracyjnej ochrony małych i średnich firm<sup>15</sup>.

Standard orzeczniczy w sprawie Aspen był odczytywany w różny sposób. Orzeczenie w sprawie Aspen spotkało się również z krytyką doktryny, która podkreślała trudności z aplika-

<sup>11</sup> Por. J. B. Baker, *Promoting Innovation Competition Through the Aspen/Kodak Rule*, George Mason Law Review 7/1999, s. 498.

<sup>12</sup> Tamże.

<sup>13</sup> Aspen nie jest „sprawą szkoły chicagowskiej”; próba wąskiej interpretacji tej sprawy w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w sprawie *Olympia Equipment Leasing Co. vs. Western Union Tel. 797 F.2d 370, 379 (7th Cir. 1986)* nie powiodła się, a dalsza interpretacja, dokonana w *Kodak Eastman Kodak vs. Image Technical Services, Inc.*, jest uznawana za odejście od osiągnięć szkoły chicagowskiej.

<sup>14</sup> Por. D. Miąsik, jw., s. 107.

<sup>15</sup> Por. np. obrazowe ujęcie tej zmiany przez F. Easterbrooka, w: *Is there a Ratchet in Antitrust Law?* Texas Law Rev. 60/1982, s. 705.

cją standardu orzeczniczego w sprawie Aspen (łącznie go z późniejszą sprawą Kodaka) do modelu dynamicznej konkurencji w warunkach nowej gospodarki<sup>16</sup>. W tym ujęciu uzasadniony wydaje się być postulat wąskiego odczytywania standardu, w którym obowiązek współdziałania monopolisty powstaje, gdy jest to nieodzowne (*indispensable*)<sup>17</sup>.

Prawo i orzecznictwo europejskie inaczej podchodzi do nadużywania siły rynkowej (pozycji dominującej). Traktatowe zakazy nadużywania pozycji dominującej, powtórzone w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, mają kategorię brzmienia<sup>18</sup>. Dopiero orzecznictwo dostarcza przykładów osłabienia tych, bezwzględnych wydawałoby się, zakazów. Pewne nadzieje można tu w szczególności wiązać z rozwijającą się doktryną orzeczną obiektywnego uzasadnienia i proporcjonalności<sup>19</sup>.

Kwestie dotyczące podejścia do praktyk podmiotów posiadających pozycję dominującą, zyskują szczególnie na aktualności, jeżeli wziąć pod uwagę rynek nowoczesnych technologii. Przykład? Przedsiębiorstwo dominujące na rynku wprowadza innowację, (np. łącząc dwie odrębne dotąd funkcjonalności, co może konsumować antymonopolowy zakaz łączenia produktów), czemu towarzyszy oczywisty efekt prokonkurencyjny<sup>20</sup>, a czego skutkiem jest wykluczenie z rynku mniej zaawansowanego technicznie produktu słabszego konkurenta. Stosując reguły przyjęte w sprawie Aspen przez Sąd Najwyższy USA można spodziewać się, że taka praktyka rynkowego dominanta, o ile jest rzeczywiście efektywna i niesie ze sobą korzyść konsumencką, nie spotka się z napiętnowaniem przez organy antymonopolowe. Monopolista dla swej skutecznej obrony powinien wykazać, że odmowa kontraktowania niesie ze sobą, np. skutek w postaci innowacyjności produktu, obniżenia cen, zwiększenia satysfakcji konsumentów<sup>21</sup>. Z drugiej strony, standard Aspen daje rywalom rynkowym przedsiębiorcy posiadającego siłę rynkową możliwość obrony, jeżeli takie działanie monopolisty zostanie uznane za nieefektywne. Dokonana w amerykańskiej doktrynie rewizja stanowiska Sądu Najwyższego w sprawie Aspen wskazuje jednak, iż nawet ten, liberalny zdawałoby się standard, zdaje się nie wytrzymywać próby czasu, a jego stosowanie może wywoływać niekorzystne efekty na rynkach nowej gospodarki.

Prawo europejskie nie daje podmiotom posiadającym pozycję dominującą na rynku tak silnych argumentów dla obrony jak prawo amerykańskie. Jedynie argumentacja oparta na wykorzystaniu wybranych wątków orzecznictwa europejskiego (w szczeg. obiektywnego uzasadnienia i zasady proporcjonalności) i pogłębianie wykładni przepisów prawa antymonopolowego, może przynieść pożądany efekt w postaci obrony racjonalnych ekonomicznie

<sup>16</sup> D. Carlton, *A General Analysis of Exclusionary Conduct And Refusal to Deal – Why Aspen and Kodak are Misguided*, *Antitrust Law Journal* 68/2001, s. 661.

<sup>17</sup> *Olympia Equipment Leasing Co. vs. Western Union Tel.*, jw.; D. Carlton, jw., s. 678.

<sup>18</sup> Art. 82 Traktatu Ustanawiającego Unię Europejską, art. 8 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. Dz.U. z 2003 r. Dz.U. Nr 86, poz. 804, ze zm.

<sup>19</sup> Szerzej: I. Żużewicz (w:) Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 246 i n.; 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. 248 i n.

<sup>20</sup> Przykłady tego typu pro-konkurencyjnych efektów podaje D. Carlton, jw., s. 671.

<sup>21</sup> D. M. Tyler Jr., *The Monopolist's Duty to Cooperate in Joint Marketing Ventures with Competitors: The Quandary of Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, *Wayne Law Review* 32/1986, s. 1263.

praktyk rynkowych przedsiębiorcy dominującego w warunkach dynamicznej konkurencji na rynkach nowoczesnych technologii. Nie sposób jednak nie zauważyć, że taki stan rzeczy nie daje przedsiębiorstwom dominującym, które działają na rynkach Nowej Gospodarki poczucia pewności prawa i może osłabiać ich skłonność do podejmowania ryzykownych przedsięwzięć gospodarczych.

Problemy antymonopolowe, które ujawniły się w zimowym kurorcie *Aspen* mają w swej istocie wymiar uniwersalny. Przykładem mogą posłużyć amerykańska i europejska sprawa *Microsoftu*<sup>22</sup>. Problemy te mogą również pojawić się w polskim orzecznictwie antymonopolowym w przypadku interwencji na dynamicznie rozwijających się rynkach zaawansowanych technologicznie, takich jak choćby rynek programów komputerowych, czy teleinformatyki. W analizie takich przypadków użyteczna będzie analiza sprawy *Aspen*, również w ujęciu krytycznym, z uwzględnieniem dynamiki tych rynków i założenia, że orzeczenie dostępu do kluczowych urządzeń monopolisty jest uzasadnione tylko w wyjątkowo uzasadnionych przypadkach.

---

<sup>22</sup> W amerykańskiej sprawie *Microsoftu*, Sąd Apelacyjny Dystryktu Columbia odwoływał się bezpośrednio w swojej argumentacji do sprawy *Aspen*, podobnie amerykańska doktryna; na ten temat M. Swora, jw.