

Mariusz Swora

Jefferson Parish przeciwko Hyde – legalność wiązania produktów przez przedsiębiorców posiadających siłę rynkową

Palestra 50/9-10(573-574), 135-142

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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

DRAWO ZA GRANICĄ

Mariusz Swora

JEFFERSON PARISH PRZECIWKO HYDE – LEGALNOŚĆ WIĄZANIA PRODUKTÓW PRZEZ PRZEDSIĘBIORCÓW POSIADAJĄCYCH SIŁĘ RYNKOWĄ

Transakcje wiązane są jednym z bardziej kontrowersyjnych problemów zajmujących amerykańską doktrynę antytrustową. Dylematy doktryny znajdują swój wyraz w orzecznictwie. Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Jefferson Parish przeciwko Hyde* jest dobrym przykładem konfrontacji pomiędzy różnymi wizjami podejścia do oceny legalności tego typu transakcji. Jednocześnie, transakcje wiązane należą do katalogu praktyk, których stosowanie jest zakazane w różnych systemach prawnych, zwłaszcza w sytuacji, gdy są to praktyki właściwe dla przedsiębiorstw posiadających siłę rynkową. Amerykańska doktryna antytrustowa i orzecznictwo ma w warstwie intelektualnej najwięcej do zaoferowania w zakresie analizy transakcji wiązanych. Mimo istotnych różnic pomiędzy amerykańskim i europejskim podejściem do stosowania prawa antytrustowego, warto jest przypatrywać się bliżej tendencjom w amerykańskim orzecznictwie, gdyż prędy czy później, ukształtowane tam standardy trafiają również do Europy. Na razie jednak Europę i Stany Zjednoczone więcej łączy niż dzieli w zakresie oceny legalności transakcji wiązanych. Różnice w tym zakresie szczególnie ostro zaznaczyły się w amerykańskiej i europejskiej sprawie Microsoftu.

Przedmiotem niniejszego opracowania nie będzie jednak analiza porównawcza amerykańskiego i europejskiego podejścia do transakcji wiązanych, czym interesowała się już literatura¹, a jedynie przedstawienie jednego z istotniejszych amerykańskich orzeczeń, w któ-

¹ Por. T. Bagdziński, *Microsoft a prawo konkurencji w USA i UE*, Problemy Zarządzania 3/2004, s. 59 i n.

rych Sąd Najwyższy USA wypowiedział się na temat transakcji wiązanych, oraz przekazanie kilku refleksji na temat jego aktualności.

I. Patrząc na transakcje wiązane z perspektywy historycznej, stwierdzić można, iż początkowo sądy w USA podchodziły w sposób restrykcyjny do praktyk wiązania produktów². Charakterystycznym wyrokiem dla tego okresu była sprawa *Northern Pacific Railways Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, w której Sąd Najwyższy USA uznał, iż transakcje wiązane są zakazane bezwzględnie³. Zgodnie ze standardem orzecznictwym zastosowanym w tej sprawie umowy wiązane, narzucane konsumentom przez przedsiębiorstwa posiadające siłę rynkową, były nielegalne *per se*⁴. Sąd Najwyższy stwierdził, iż transakcje wiązane są takimi praktykami, które, ze względu na szkodliwy wpływ na konkurencję oraz brak jakiegokolwiek rehabilitującego je waloru (*lack of any redeeming virtue*), powinny być uznane za nieuzasadnione (*unreasonable*) i przez to nielegalne, bez konieczności przeprowadzania drobiazgowego dochodzenia co do określenia spowodowanej szkody, czy też przyczyny gospodarczej, uzasadniającej jej użycie. Amerykańska doktryna, opisując tego typu praktyki, do dnia dzisiejszego przywołuje definicję transakcji wiązanych sformułowaną w *Northern Pacific Railways Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym*. Zgodnie z tą definicją transakcje wiązane polegają na sprzedaży jednego produktu, ale tylko pod takim warunkiem, że nabywca dokona zakupu innego produktu (związanego), albo przynajmniej nie nabeędzie tego produktu od innego dostawcy.

Punktem zwrotnym w zakresie analizy legalności transakcji wiązanych w Stanach Zjednoczonych okazały się osiągnięcia przedstawicieli szkoły chicagowskiej, którzy dokonali przełomu w podejściu do transakcji wiązanych. Teoria pojedynczych zysków monopolu (*single monopoly profit theorem*) zrehabilitowała monopolistów stosujących tego typu transakcje. Robert Bork wysunął tezę, iż monopolista wiążąc produkty, nie może osiągać podwójnych zysków na rynku produktu wiążącego i związanego. Zgodnie z teorią Borka transakcje wiązane powinny być uznawane za legalne *per se*⁵. Chicagowskie podejście do trans-

² Patrz szerzej: V. H. Kramer, *The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History*, *Minnesota Law Rev.* 69/1985, s. 1016 i n.; Ch. Ahlborn, D. S. Evans, A. J. Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies 2004, publikacja dostępna na stronach www.aei-brookings.org.

³ *Northern Pacific Railway Co. vs. United States*, 356 US 1 (1958); z innych orzeczeń z tego okresu, zastrzegając, że nie wszystkie z nich dotyczyły wiązania stosowanego przez przedsiębiorstwa dysponujące siłą rynkową, można wymienić *International Salt Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, 332 US 12 (1947), *Times Picayune Pub. Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, 345 US 594 (1953), *Standard Oil przeciwko Stanom Zjednoczonym*, 337 US 293 (1949), *Fortner Enterprises Inc. przeciwko US Steel Corp.*, 394 US 395 (1969); na ten temat patrz w polskiej literaturze D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, *Zakamycze* 2004, s. 186 i n.; V. H. Kramer, *op. cit.*

⁴ Zastosowanie zakazu *per se*, w odróżnieniu od standardu orzecznictwego opartego na zasadzie rozsądku (*rule of reason*), w warstwie proceduralnej, oznacza, iż sąd nie zagłębia się w rozważania dotyczące szczegółowej analizy warunków rynkowych, co stwarza niekorzystną sytuację dla firmy broniącej się przed zarzutem stosowania zakazanych praktyk; na temat zakazu bezwzględnego (*per se*) w amerykańskim prawie antytrustowym i orzecznictwie oraz rozkładu ciężaru dowodu patrz szerzej D. Miąsik, *op. cit.*, s. 96 i n.

⁵ R. H. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York 1978, s. 372 i n.

akcji wiązanych zostało zweryfikowane przez przedstawicieli szkoły postchicagowskiej, którzy, posługując się modelem oligopolu, wykazali, iż transakcje wiązane, w pewnych warunkach, mogą zostać uznane za nielegalne⁶. Zgodnie z poglądami przedstawicieli postchicagowskiej szkoły monopolista na rynku produktu wiążącego mógł mieć antykonkurencyjną motywację dla wiązania, w sytuacji gdy rynek produktu związanego nie jest doskonale konkurencyjny, a wiązanie nie pozwala potencjalnym rywalom na wejście na rynek produktu związanego albo pomaga monopolistom utrzymać siłę rynkową na rynku produktu wiążącego⁷.

W sprawie, która będzie przedmiotem dalszych rozważań, zderzyły się poglądy dotyczące skali i sposobu zastosowania racjonalizacji ekonomicznej dla oceny legalności transakcji wiązanych, a echa sporu w gronie składu sędziowskiego Sądu Najwyższego są słyszalne do dziś w głosach doktryny i w orzecznictwie.

II. Sprawa *Jefferson Parish przeciwko Hyde*, rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy USA w 1984 roku, dotyczyła wiązania usług medycznych świadczonych przez szpital⁸. Szpital East Jefferson Parish z Nowego Orleanu podpisał umowę, na mocy której zewnętrzna firma zatrudniająca lekarzy anestezjologów (*Roux & Associates*) uzyskała wyłączność na świadczenie wszystkich tego typu usług na rzecz szpitala. W Nowym Orleanie w tym czasie działało 20 szpitali, przy czym 70% pacjentów mieszkających w Jefferson Parish korzystało z usług szpitala East Jefferson.

Wspomniany kontrakt wyłączny był powodem, dla którego doktor Edwin G. Hyd, anestezjolog, chcąc otrzymać pracę w East Jefferson, spotkał się z odmową. Odmowa ta stała się z kolei asumptem do złożenia przez doktora Hyde'a pozwu do Federalnego Sądu Okręgowego, w którym podnosił, iż umowa na wyłączność zawarta pomiędzy szpitalem a firmą *Roux & Associates* narusza § 1 ustawy Shermana. Sąd Okręgowy nie uznał racji doktora Hyde'a, pozytywnie oceniając wagę korzyści płynących z umowy, wyrażających się w poprawie poziomu opieki anestezjologicznej nad pacjentami, które przeważały nad jej minimalnymi, antykonkurencyjnymi skutkami.

W wyniku odwołania sprawa trafiła do Sądu Apelacyjnego, który zakwestionował stanowisko sądu niższej instancji, stwierdzając, iż kwestionowana umowa była nielegalna *per se*. Sąd Apelacyjny orzekł, iż umowa będąca przedmiotem sprawy stanowi nielegalną transakcję wiążaną, albowiem użytkownicy sal operacyjnych (produkt wiążący) zostali przymuszeni do korzystania z narzuconych przez szpital usług anestezjologicznych (produkt wiązany) w ten sposób, że szpital posiadał wystarczającą siłę rynkową (*sufficient market power*), by przymusić nabywców do korzystania z nich.

Sprawa trafiła wreszcie do Sądu Najwyższego, który orzekł, iż umowa pomiędzy szpitalem a firmą zewnętrzną nie stanowi naruszenia § 1 ustawy Shermana. Wyrok został przyjęty minimalną większością (5:4). Konkurencyjne stanowisko zaprezentowała sędzia Sandra Day O'Connor (przyłączyli się do niej inni konserwatywni sędziowie: Rehnquist, Burger i

⁶ K. N. Hylton i M. Sailer, *Tying Law and Policy: A Decision – Theoretic Approach*, Antitrust L. J. 469 (2001), s. 473 i n.

⁷ Ch. Ahlborn, D. S. Evans, A. J. Padilla, *id.*, s. 38 i n.

⁸ *Jefferson Parish Hospital Dist. No 2 vs. Hyde*, 466 US 2 (1984).

Powell)⁹. Powodem kontrowersji stał się standard orzecznicy zastosowany przez większość, który stanowił częściowe odejście od stosowanego do tej pory, restrykcyjnego zakazu *per se*, na rzecz standardu, który doktryna nazwała później zmodyfikowanym zakazem *per se*, wskazując również na pewne elementy charakterystyczne dla zasady rozsądku, obecne w takiej analizie¹⁰. Mniejszość chciała, aby Sąd Najwyższy poszedł dalej i opowiedziała się za bezpośrednim i jasnym zastosowaniem w sprawie zasady rozsądku.

Orzekając w sprawie, sądowa większość zwróciła uwagę na konieczność zbadania rynków produktu wiążącego i związanego. Analizując umowę zawartą przez szpital East Jefferson Parish, sędziowie skupili się na sprzedaży usług pacjentom, nie zaś na stosunkach umownych pomiędzy szpitalem a dostawcami usług anestetycznych. W takiej analizie przedmiotem zainteresowania jest to, czy firma (tutaj szpital) sprzedaje łącznie odrębne produkty, które mogą być połączone ze sobą, a jeżeli taka łączna sprzedaż następuje, to czy siła rynkowa została użyta do zmuszenia nabywców (pacjentów) do zaakceptowania transakcji wiązanej. Prawdopodobieństwo istnienia siły rynkowej jest tutaj jedną z istotnych przesłanek zastosowania analizy *per se* przy badaniu transakcji wiązanej. Podając przykłady takich praktyk, stosowanych przez przedsiębiorstwa posiadające siłę rynkową, Sąd Najwyższy USA – odwołując się do dotychczasowego orzecznictwa – przywołał sytuacje, w których np.: przyznany przedsiębiorcy patent dający mu siłę rynkową służy do rozszerzenia tej siły na rynek innego produktu, w sytuacji gdy sprzedawca ma wysoki udział w rynku, albo gdy oferuje unikalny produkt, niemożliwy do zaoferowania przez konkurencję. Z drugiej strony, może być również tak, że przedsiębiorca stosuje praktykę transakcji wiązanych na rynkach konkurencyjnych. Na takich rynkach transakcje wiązane są dopuszczalne, co więcej, są uznawane za efektywne ekonomicznie, powodując np. obniżenie kosztów transakcyjnych.

W zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy ujęciu nie dochodzi do transakcji wiązanej, chyba że istnieje wystarczający popyt (*sufficient demand*) na nabycie określonych produktów lub usług (tutaj: anestetycznych), niezależnie od innych produktów lub usług (tutaj: usług szpitala), co pozwala na stwierdzenie rynku odrębnego produktu (*distinct product market*), na którym można w sposób efektywny oferować odrębnie produkty lub usługi związane. Konsekwencją przyjęcia takiego punktu widzenia jest uznanie, iż samo zawarcie kontraktu wyłącznego nie powoduje, iż jest on niezgodny z prawem. Dopiero stwierdzenie sytuacji przymuszenia konsumentów przez podmiot posiadający siłę rynkową, zmierzającego do wymuszenia zaakceptowania przez nich transakcji wiązanej, pozwala na podważenie legalności takiej umowy. Prawdopodobieństwo zaistnienia sytuacji przymuszenia w sprawie jest kolejną przesłanką dla uznania konkretnej transakcji wiązanej za nielegalną *per se*.

⁹ Sędzia Sandra Day O'Connor, zasiadała jako pierwsza kobieta w składzie Sądu Najwyższego USA, nominowana na stanowisko przez prezydenta Ronalda Reagana w 1981 roku. Sędzia William Rehnquist otrzymał nominację sędziowską od prezydenta Richarda Nixona w 1971 roku. W tym samym roku i od tego samego prezydenta nominację otrzymał sędzia Lewis F. Powell jr. Sędzia Warren Earl Burger, długoletni przewodniczący (*Chief Justice*) i jeden z najbardziej zasłużonych sędziów Sądu Najwyższego, otrzymał nominację w 1969 roku, również od prezydenta Nixona, co nie przeszkodziło mu odegrać istotnej roli w wydaniu wyroku otwierającego możliwość ujawnienia taśm afery Watergate.

¹⁰ T. J. Anlauf, *Severing Ties With the Strained Per Se Test for Antitrust Tying Liability: The Economic and Legal Rationale for A Rule of Reason*, 23 Hamline Law Review 2000, s. 492.

Biorąc pod uwagę poglądy Sądu Najwyższego USA dotyczące popytu na produkt/usługę oferowane odrębnie, warto zwrócić uwagę na jeden z elementów linii obrony przyjętej przez szpital. Otóż, analizując charakter umowy zawartej z firmą oferującą usługi anestezyjologiczne, szpital twierdził, iż nie może być mowy o transakcji wiązanej, gdyż usługi szpitalne oferowane są pacjentom w funkcjonalnie połączonym pakiecie. Zdaniem szpitala funkcjonalny związek pomiędzy oferowanymi usługami powodował, że nie można było rozpatrywać zawartej umowy jako transakcji wiązanej¹¹. Na marginesie można tutaj dodać, że podobną możliwość uwolnienia się od zarzutu (związek rzeczowy) przewiduje polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów¹². Konsekwencją uznania popytu na produkt oferowany odrębnie za istotny element oceny transakcji wiązanej było jednak to, że argument oparty na związku funkcjonalnym został uznany za nieistotny. Inaczej rzecz ujmując, Sąd Najwyższy odrzucił funkcjonalny związek pomiędzy produktem wiążącym a produktem związanym, uznając, że dopiero przeprowadzenie testu odrębnego produktu może przyznać odpowiedź co do antykonkurencyjnego skutku transakcji wiązanej.

Sąd Najwyższy nie uznał racji doktora Hyde'a, po stwierdzeniu, że szpital nie posiadał wystarczającej siły rynkowej dla przymuszenia pacjentów, oraz że skarżący nie wykazał, iż zawarcie umowy spowodowało naruszenie § 1 ustawy Shermana, będąc nieracjonalnym naruszeniem konkurencji (*unreasonably restrained competition*). Test, który nakazał zastosować Sąd Najwyższy, zwracając sprawę Sądowi Apelacyjnemu, został nazwany w doktrynie testem odrębnego produktu (*separate product test*).

Sędziowie, którzy zgłosili zdanie odrębne, opowiedzieli się również za zwróceniem sprawy Sądowi Apelacyjnemu, jednak z innych powodów. Zdanie odrębne sprowadzało się do zakwestionowania zmodyfikowanego zakazu *per se*, jako właściwego standardu orzeczniczego, na rzecz zastosowania zasady rozsądku (*rule of reason*). Podstawową korzyścią z zastosowania tej zasady jest możliwość ekonomicznego ważenia skutków transakcji wiązanych.

Sędzia O'Connor, prezentując zdanie odrębne, przyznała, że istnieją rzadkie przypadki, w których transakcje wiązane mogą być uznane za ekonomicznie szkodliwe. Przypadki te dotyczą sytuacji, w których produkt wiążący służy uzyskaniu dodatkowej siły rynkowej na rynku produktu związanego. Takie rozszerzenie siły rynkowej jest jednak mało prawdopodobne i szkodliwe ekonomicznie, chyba że spełnione zostaną trzy warunki, a mianowicie: 1) sprzedający posiada siłę rynkową na rynku produktu wiążącego (brak takiej siły oznacza, że sprzedaż wiązana nie powinna wywierać niekorzystnego wpływu na rynku produktu związanego i ma zasadniczo prokonkurencyjny charakter); 2) istnieje poważna obawa, że sprzedawca produktu wiążącego uzyska siłę rynkową na rynku produktu związanego (takiej obawy jednak nie ma w sytuacji, gdy na rynku produktu związanego istnieje wielu stabilnych sprzedawców, albo gdy na rynku tego produktu bariery wejścia są niskie); 3) istnieje silna ekonomiczna podstawa, aby traktować produkt wiążący i związany jako odrębne produkty.

¹¹ Por. uwagi L. H. Pasahow (w:): *Tying and the Single Product Issue*, *Antitrust Law Journal* 54/1985, s. 1219.

¹² Art. 8 ust. 2 pkt 4, patrz również E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2002, s. 110 i n.

W ujęciu O'Connor inaczej jawi się problem testu odrębnego produktu, który jest elementem orzekania w oparciu o legalności wiązania, ale nie jest argumentem rozstrzygającym¹³.

Uzasadniając ostatni z przytoczonych elementów analizy transakcji wiązanej, O'Connor stwierdza, iż jest tak, że wszystkie produkty, z wyjątkiem tych najprostszycych, można rozdzielić i ponownie połączyć, oferując w sprzedaży produkt finalny. Aby ustrzec się np. oferowania samochodów bez silnika, należy zastosować jakąś zasadę ograniczającą. Jeżeli więc produkty mają być oferowane odrębnie, musi istnieć minimalny wymóg w postaci woli konsumentów dotyczącej zakupu produktu związanego, bez łącznego zakupu produktu wiążącego. W sytuacji gdy produkt wiązany, oferowany bez produktu wiążącego, jest bezużyteczny, sprzedawca produktu wiążącego nie może uzyskać dodatkowej siły rynkowej na rynku produktu związanego.

Nawet w sytuacji gdy produkt wiązany ma inne przeznaczenie, niż produkt wiążący, nie ma zasadniczo sensu opatrywanie takiego pakietu etykietą dwu odrębnych produktów, bez rozpatrzenia ekonomicznego uzasadnienia traktowania takiego pakietu jako całości. Zdaniem O'Connor, w sytuacji gdy istnieją istotne gospodarcze korzyści dla połączenia produktów w pakiet, nie można rozpatrywać takiego pakietu jako produktów odrębnych. Stwierdzenie takiego stanu rzeczy, kończy antytrustową analizę wiązania.

Trójstopniowa analiza transakcji wiązanej, przedstawiona w zdaniu odrębnym, jest więc warunkiem wstępnym zastosowania zasady rozsądku, która to zasada implikuje konieczność ważenia skutków transakcji wiązanej. Dopiero po przeprowadzeniu takiej analizy można rozwiązać dylemat dotyczący tego, czy wiązanie jest szkodliwe, czy korzystne, z ekonomicznego punktu widzenia. Wiązanie może być uznane za niezgodne z prawem tylko w sytuacji, gdy wynikające z niego skutki antykonkurencyjne przeważają nad jego ekonomiczną efektywnością.

Przedstawione w zdaniu odrębnym ogólne rozważania na temat transakcji wiązanych zostały również zrelatywizowane do stanu faktycznego rozpatrywanego w sprawie. Z rozważań tych warto zwrócić uwagę na aspekt, który dotyczył obszernej analizy korzyści płynących ze związaną usług anestezjologicznych z innymi usługami szpitala. I tak, w przypadku praktyk stosowanych przez East Jefferson Parish sędzia O'Connor zwróciła uwagę na szereg korzyści, które niesie ze sobą umowa wiązana, a które wyrażają się m.in. w zapewnieniu stałej 24-godzinnej opieki anestezjologicznej, standaryzacji procedur i bardziej efektywnym wykorzystaniu sprzętu, możliwości elastycznego układania planu operacji, skuteczniejszej kontroli nad jakością usług anestezjologicznych przez szpital. W analizie korzyści istotne okazały się korzyści pacjenta wynikające z lepszej opieki anestezjologicznej.

Warto jeszcze na koniec dodać, że sceptycyzm O'Connor, dotyczący użyteczności operacyjnej zakazu *per se*, wynikał z uznania braku jego efektywności ekonomicznej. Zdaniem O'Connor stosowanie zakazu *per se* łączyło się z koniecznością głębokiej analizy ekonomicznej, ale – w odróżnieniu od orzekania w oparciu o zasadę rozsądku – kategorię tego zakazu uniemożliwiała uwzględnienie korzyści dla konsumentów płynących ze wiązania. Taka konstatacja stanowiła kolejny argument – na który powoływała się później doktryna, analizując *Jefferson Parish przeciwko Hyde* – za uznaniem zasady rozsądku¹⁴. Choć

¹³ Por. też L. H. Pasahow, *iw.*, s. 1225.

¹⁴ K. C. Grady, *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 vs. Hyde: Time to Apply the Rule of Reason to Tying Arrangements*, 70 *Iowa Law Rev.* 1985, s. 571 i n.

przyznać również należy, że zmodyfikowany zakaz *per se*, jako łatwiejszy i bardziej „przewidywalny” standard orzeczniczy, zyskał sobie również zwolenników¹⁵.

III. Sprawa *Jefferson Parish przeciwko Hyde* jest przywoływana do tej pory w orzecznictwie. Do testu odrębnego produktu odwołał się Sąd Apelacyjny Dystryktu Columbia w orzeczeniu *Stany Zjednoczone przeciwko Microsoft*, nazwanym w USA sprawą dekady¹⁶. Test ten powszechnie przywoływany był przez doktrynę analizującą wspomniane orzeczenie. Sprawa *Stany Zjednoczone przeciwko Microsoft* dotyczyła związania przez firmę Billa Gateasa systemu operacyjnego Windows z przeglądarką internetową Internet Explorer¹⁷. W sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Microsoft* Sąd Okręgowy Dystryktu Columbia, rozpatrujący tę sprawę w pierwszej instancji, zastosował test odrębnego produktu z *Jefferson Parish*, wydając orzeczenie niekorzystne dla Microsoftu¹⁸. Inaczej orzekł Sąd Apelacyjny, który nie zastosował tego testu. Odchodząc od standardu orzeczniczego ukształtowanego w *Jefferson Parish*, potwierzonego m.in. w sprawie Kodak, Sąd Apelacyjny musiał znaleźć należyte uzasadnienie dla takiego rozstrzygnięcia. Sąd Apelacyjny uznał bezużyteczność testu odrębnego produktu na rynku platform software’owych, który charakteryzuje się szczególnie wysokim poziomem innowacyjności i powszechnie występującą strategią integracji produktów. Odnosząc się do wcześniejszych spraw dotyczących transakcji wiązanych, Sąd Apelacyjny wyszedł również z założenia, że w żadnej z nich produkt związany nie był tak silnie technologicznie i fizycznie powiązany z produktem wiążącym. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, powszechność wiązania wśród przedsiębiorstw, które nie posiadają siły rynkowej, a działają na takim rynku, świadczyła o efektywności strategii wiązania. Uznanie takiej tezy za prawdziwą pozwoliło Sądowi Apelacyjnemu na stwierdzenie, że Sądy powinny wstrzymać się z jednoznacznym potępieniem praktyk wiązania na mniej konkurencyjnych rynkach. Szczególna charakterystyka rynku platform software’owych odnotowana przez Sąd Apelacyjny w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Microsoft* była głównym powodem odejścia od testu odrębnego produktu, na rzecz zasady rozsądku, pozwalającej na głębszą i bardziej rzetelną ocenę wiązania. Takie rozstrzygnięcie pozwoliło na głośne pożegnanie zakazu *per se* przez część doktryny antytrustowej¹⁹. Trudno powiedzieć, w jakim stopniu rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Microsoft* wyznaczy sposób rozstrzygania o legalności transakcji wiązanych w przyszłości²⁰. Orzeczenie to jest próbą

¹⁵ L. H. Pasahow, *iw.*, s. 1227.

¹⁶ *United States v. Microsoft Corp.* 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹⁷ Na temat amerykańskiej sprawy Microsoft patrz T. Bagdziński, *iw.*; M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych przez podmioty dominujące na rynku z perspektywy europejskiego, amerykańskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1/2005, s. 55 i n.

¹⁸ *U.S. v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d0 – findings of facts (D.D.C 1999); *U.S. v. Microsoft Corp.* 87 F. Supp.2d30 – conclusions of law (D.D.C. 2000).

¹⁹ Ch. Ahlborn, D. S. Evans, A. J. Padilla, *iw.*

²⁰ Doktryna antytrustowa w Stanach Zjednoczonych wysunęła szereg postulatów dotyczących nowego podejścia do transakcji wiązanych, czego przykładem są choćby poglądy cytowanych powyżej autorów związanych z Amerykańskim Instytutem Przedsiębiorczości; na temat ich poglądów patrz: M. Swora, *iw.*, s. 56 i n.; z innych stanowisk: H. A. Shelanski i J. G. Sidak, *Antitrust Divestiture in Network Industries*, *The University of Chicago Law Review*, 68/2000, s. 95 i n.; J. E. Lopatka and William

zmierzenia się z trudnymi problemami, jakie stają przed orzecznictwem antytrustowym w XXI wieku, w warunkach nowej gospodarki. Rozpatrując orzecznictwo Sądu Najwyższego USA, należy zwrócić uwagę na aktualność standardu orzekania ustalonego w sprawie *Jefferson Parish przeciwko Hyde*, a potwierdzonego i rozszerzonego w sprawie *Kodak*²¹. Trudne przypadki wiązania (zwłaszcza wiązania technologicznego), ze względu na swą specyfikę, winny być jednak rozpatrywane – i, jak widać na przykładzie sprawy *Microsoft*, są rozpatrywane – w oparciu o zasadę rozsądku. W tym kontekście warto przytoczyć stanowisko R. Hahna, który, analizując charakter interwencji antytrustowej na rynkach nowej gospodarki, sformułował następujące zastrzeżenia: 1) prawo i polityka antytrustowa nie nadążają za dynamiką rozwoju konkurencji na rynkach nowej gospodarki, 2) kwestie antytrustowe na rynkach nowej gospodarki winny być rozpatrywane indywidualnie (*case-by-case*), 3) należy używać modeli konkurencji podkreślających dynamikę rynków nowej gospodarki, 4) nie można „grzeszyć nadmiarem ostrożności” stawiając postulaty dotyczące wycofania się z interwencji na rynkach nowej gospodarki, 5) trzeba ograniczyć możliwości politycznego protekcyjizmu (*political rent-seeking*), 6) należy podejmować dalsze badania rynków nowej gospodarki²². Przykład amerykańskiej sprawy *Microsoft* jest argumentem na rzecz tezy o konieczności kształtowania pragmatycznego i ostrożnego podejścia do praktyk transakcji wiązanych, w którym restrykcyjne podejście do ich stosowania przez podmioty mające siłę rynkową przestaje być dogmatem. W szerszym wymiarze, wpisuje się w toczącą się, również w Unii Europejskiej, dyskusję nad zmianą w zakresie metod oceny legalności praktyk przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na rynku.

Page, *Who Suffered Antitrust Injury in the Microsoft Case*, *Geo. Wash. L. Rev.* 5, 6/2001, s. 829 i n.; R. H. Lande and J. Lagenfeld, *The Perfect Caper? Private Damages and the Microsoft Case*, *Geo. Wash. L. Rev.* 5, 6/2001, s. 902 i n.; W. S. Grimes, *The Antitrust Tying Law Schism: A Critique of Microsoft III and a response to Hylton and Salinger*, *Antitrust L. J.* 70/2002, s. 199 i n., itd.

²¹ Rozszerzenie to polegało na uznaniu za nielegalne transakcji wiązanych, mimo braku siły rynkowej na rynku produktu wiążącego, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 US 451 (1992).

²² R. Hahn, *A Primer on Competition Policy in the New Economy*, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies Working Paper 02.2001, tekst dostępny na stronach <http://www.aei.brookings.org>.