

Dariusz Aziewicz*

Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. *Dr. Miles* – nie tak oczywisty zakaz stosowania minimalnych cen odsprzedaży *per se* w prawie antymonopolowym Stanów Zjednoczonych
- III. Orzeczenie w sprawie *Leegin* i zmiana standardu oceny minimalnych cen odsprzedaży
- IV. Zdanie odrębne w orzeczeniu *Leegin*
- V. *Leegin* a stosowanie podejścia ekonomicznego do minimalnych cen odsprzedaży w prawie polskim

Streszczenie

Artykuł porusza tematykę minimalnych cen odsprzedaży, koncentrując się na prokonkurencyjnym uzasadnieniu ich stosowania. Odwołuje się do tez wysuwanych przez orzecznictwo sądów Stanów Zjednoczonych, przybliżając ich podejście do RPM na przestrzeni lat. Pokazuje również możliwość odpowiedniego zastosowania takiego podejścia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Słowa kluczowe: minimalne ceny odsprzedaży; cele prawa konkurencji; dobrobyt konsumentów; podejście zorientowane na skutki ekonomiczne; porozumienia.

I. Wprowadzenie

„Sędzia Scalia: Więc sam fakt, że podniesie to ceny nie udowadnia niczego. Nie udowadnia, że służy to dobrobytowi konsumentów. Jeśli właściwie daje to konsumentom większy wybór usług za nieco wyższą cenę, to powiększy to dobrobyt konsumentów, tak długo jak istnieją konkurencyjne produkty za niższą cenę tak?”¹.

Praktyka decyzyjna Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) określa minimalne ceny odsprzedaży (dalej: RPM) jako najpoważniejsze ograniczenie konkurencji². W jednej z ostatnich decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że: „Porozumienie cenowe

* Absolwent LL.M in Comparative Law, University of Florida G. Levin College of Law, gdzie zajmował się porównawczym prawem konkurencji, w szczególności ekonomiczną analizą minimalnych cen odsprzedaży i kontroli koncentracji; e-mail: darek.aziewicz@gmail.com.

¹ Protokół z posiedzenia Sądu Najwyższego USA sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007) s. 15; dostępne na: http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/06-480.pdf.

² Decyzja Prezesa UOKiK z 27.12.2012 r., DOK-8/2012 w sprawie *Kronopol*; decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2008 r., RPZ-50/2008; decyzja Prezesa UOKiK z 24.05.2010 r., DOK-4/2010.

uznawane jest także w doktrynie prawa za najcięższe naruszenie prawa konkurencji. Cena jest bowiem elementem, który najsilniej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami, a jednocześnie wpływa na wybór ofert przez konsumentów³. Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy (dalej: SN) w orzeczeniu z roku 2011⁴, w którym jednak stwierdzono również, że praktyka ta, może w pewnych okolicznościach mieć prokonkurencyjne skutki. W związku z tym RPM może korzystać z indywidualnego wyłączenia przewidzianego w art. 8 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: Ustawa)⁵. Według niektórych komentatorów orzeczenie to wydawało się przełomowym dla oceny RPM w świetle krajowego prawa konkurencji⁶. Opisując prokonkurencyjne skutki minimalnych cen odsprzedaży, SN wspominał orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin* jako przykład stosowania odmiennego domniemania (legalności) dla RPM. Sąd Najwyższy stwierdził również, że RPM są oczywistym ograniczeniem konkurencji, bez względu na to czy wyznacznikiem jej ograniczenia będzie zakres wyboru lub interesy ekonomiczne konsumentów, czy efektywność działania.

Poniższy artykuł przedstawia odpowiedź na pytanie: czy zasadną, w świetle dyskusji na temat RPM, jest zmiana podejścia do ich oceny przez Prezesa UOKiK? Przedstawienie odpowiedzi nawiąże do prawa antymonopolowego Stanów Zjednoczonych, które w roku 2007 jako pierwsze zmieniło długoletnie formalistyczne podejście do przedmiotowej strategii cenowej⁷.

Rozpoznawanie przypadków prokonkurencyjności RPM przez Sąd Najwyższy zostało niewątpliwie podyktowane podobną zmianą, wprowadzoną przez Komisję Europejską w 2010 roku⁸. Ta z kolei, została wywołana zmianą trendu w ocenie minimalnych cen odsprzedaży zapoczątkowaną w 2007 roku, kiedy to Sąd Najwyższy USA zmienił obowiązujący ponad 90 lat standard oceny dla RPM z **nielegalności per se** na tzw. **regułę rozsądku** (*rule of reason*). W myśl przedmiotowego orzeczenia pro- lub antykonkurencyjność RPM zależy od odpowiedzi konsumentów na wprowadzoną strategię cenową. To oni bowiem w gospodarce wolnorynkowej swoim zachowaniem powinni decydować czy działanie przedsiębiorcy powiększa, czy pomniejsza ich dobrobyt. Natomiast wyznacznikiem rozmiaru dobrobytu konsumentów nie jest jedynie cena nabywanych produktów.

Pytanie o zasadność aplikowania analizy ekonomicznej, czyli tzw. *effect-based-approach* do oceny RPM jest podyktowane faktem, że prawo konkurencji pozostaje w nierozłącznym związku z nauką ekonomii⁹. Nie istnieje bowiem w porządkach prawnych państw opierających swoje systemy gospodarcze na gospodarce wolnorynkowej inne prawo, w którym w większym stopniu prawa ekonomii czy modele ekonomiczne determinowałyby uznanie zachowań za nielegalne. Chociaż aplikowanie do niektórych praktyk podejścia formalistycznego, tj. charakteryzującego się

³ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.12.2012r., DOK-8/2012 s. 30.

⁴ Wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11 (*Röben Ceramika Budowlana*).

⁵ Odpowiednio w opisywanym wyroku sprawa dotyczyła art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. (Dz.U. Nr 122, poz. 1319).

⁶ A. Bolecki, *Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży – czas na zmiany. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11 (Röben Ceramika Budowlana)*, iKAR 2012, nr 3(1).

⁷ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 127 S. Ct. 2705, 168 L. Ed. 2d 623 (2007).

⁸ Komisja Europejska. Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych pkt. 225 (Tekst mający znaczenie dla EOG) (2010/C 130/01).

⁹ T. Skoczy, [w:] *Prawo i Ekonomia Konkurencji. Wybrane zagadnienia*. Pod red. B. Kurcza, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 27–29: „Istota i jakość ochrony konkurencji musi być i jest mierzona przede wszystkim w obszarze nauk ekonomicznych, które badają (empirycznie) i uogólniają (formułują teorie ekonomiczne) zjawiska sfery realnej, w tym mechanizm konkurencji (teorie konkurencji). Celowość używania metod analizy ekonomicznej do badania i oceny zachowań przedsiębiorców z punktu widzenia i rozwoju konkurencji a w konsekwencji zapewniania jak najwyższego poziomu dobrobytu konsumentów nie może być i zapewne nie jest przez nikogo poddawana w wątpliwość. Ekonomia konkurencji jest więc równoprawną z prawem konkurencji dziedziną badań i uogólnień zjawisk realnego świata konkurencji i regulacyjnego świata interwencji prokonkurencyjnej”.

brakiem pogłębionej refleksji nad efektami gospodarczymi, wydaje się uzasadnione¹⁰, to w mojej ocenie minimalnym cenom odsprzedaży w świetle występowania ich prokonkurencyjnych skutków organy antymonopolowe powinny poświęcić odpowiednie zasoby w celu przeprowadzenia analizy skutkowej.

Prawo antytrustowe Stanów Zjednoczonych często, jeśli nie w większości przypadków, jest źródłem innowacyjnych rozwiązań wprowadzanych do innych praw konkurencji. Jego ogromne doświadczenie, mające swoje źródło w najdłuższym okresie stosowania ze wszystkich praw antymonopolowych oraz szczególnie rozwiniętej nauce prawa konkurencji kreowanej przez badania ekonomiczne, analizy rynkowe czy ogromną ilość sporów sądowych generowanych na różnych poziomach rynków, wykorzystywane jest również w przypadku podejścia do opisywanej strategii cenowej¹¹. Dla właściwego odniesienia się do zastosowania analizy ekonomicznej do RPM na przykładzie stosowania jej w systemie prawa antytrustowego USA, należy w pierwszej kolejności przeanalizować, jak prawo to stopniowo dochodziło do aplikacji reguły rozsądku (a więc ważenia pro- i antykonkurencyjnych skutków praktyki) do wertykalnych porozumień cenowych.

II. *Dr. Miles* – nie tak oczywisty zakaz stosowania minimalnych cen odsprzedaży *per se* w prawie antymonopolowym Stanów Zjednoczonych

Kariera minimalnych cen odsprzedaży jako praktyki antymonopolowej rozpoczęła się w 1911 roku, kiedy to Sąd Najwyższy USA wydał wyrok w sprawie *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*¹². Orzeczenie to na 96 lat ustanowiło na poziomie prawa federalnego precedens (*stare decisis*), będący podstawą do oceny RPM według standardu oceny nielegalności *per se* – przez sam fakt ich stosowania¹³. Ze względu na stosunkowo krótki okres obowiązywania prawa antymonopolowego, niedoświadczenie sądów w ocenie praktyk wpływających na cenę produktu¹⁴ oraz bezpośrednie oparcie się na regułach prawa własności *common law*¹⁵ wydano kontrowersyjne orzeczenie, na wiele lat ustalające RPM jako praktykę ograniczającą konkurencję bez konieczności analizy skutków rynkowych¹⁶. Precedens prawa federalnego

¹⁰ Takie podejście po raz pierwszy uformował Sąd Najwyższy USA w sprawie *Northern Pac. Ry. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958), stwierdzając, że aplikacja standardu oceny *per se* do porozumień horyzontalnych zapobiega nieprawdopodobnie skomplikowanemu i przedłużającemu się badaniu ekonomicznemu często bezowocnemu, gdy zostanie ono podjęte. Odzworowaniem tego podejścia jest niewątpliwie brak wymogu przeprowadzenia analizy ekonomicznej porozumień naruszających konkurencję ze względu na cel, z zastrzeżeniem jednak możliwości wyłączenia indywidualnego.

¹¹ Orzeczenie w sprawie *Leegin* doprowadziło pośrednio do zmiany oceny RPM w Kanadzie, gdzie w roku 2009 zniesiono sankcje karne przewidziane w *Competition Act* za stosowanie minimalnych cen odsprzedaży.

¹² *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 378, 31 S. Ct. 376, 377, 55 L. Ed. 502 (1911).

¹³ Federalne prawo antymonopolowe USA zasadniczo rozpoznaje dwa standardy oceny praktyk uważanych za antykonkurencyjne. Pierwszym jest standard nielegalności *per se* („Istnieją pewne porozumienia, które ze względu na swój zgubny wpływ na konkurencję oraz brak jakichkolwiek okoliczności usprawiedliwiających niezbitcie uważane są za niezasadne, a tym samym nielegalne, bez wyszukanego dochodzenia dla sprecyzowania szkody którą powodują lub biznesowego wyłumaczenia ich użycia. Zasada nierozsądnosci *per se* (...) sprawia że można zapobiec przeprowadzeniu niezwykle długiego dochodzenia ekonomicznego...”). *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958). Drugim standardem oceny jest standard *rule of reason*, tzw. reguły rozsądku („Prawdziwy test nielegalności polega na tym czy nałożone ograniczenie jest tego rodzaju, że tylko reguluje i w ten sposób promuje konkurencję, czy też tłumi, a nawet eliminuje konkurencję”). *Chicago Board of Trade v. United States* – 246 U.S. 231 (1918)).

¹⁴ Pomimo uchwalenia ustawy Shermana w roku 1890, pierwsza sprawa przed Sądem Najwyższym USA dotycząca tego aktu rozpatrzona została dopiero w roku 1895 (*United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895)), jednak pierwsza sprawa mająca rzeczywiste znaczenie dla prawa antymonopolowego orzeczona została dopiero dwa lata później w roku 1897 (*United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n* 166 U.S. 290 (1897)), a więc zaledwie 14 lat przed wydaniem wyroku w sprawie *Dr. Miles*; M.D. Bauer, *Whither Dr. Miles?*, „Loyola Consumer Law Review” 2007, vol. 20, nr 1, s. 1.: „napisany na samym początku prawa antytrustowego, odwoływał się do teorii i koncepcji od długiego czasu porzuconych (lub co najmniej ignorowanych) przez główny nurt doktryny”.

¹⁵ Sprawa *Dr. Miles* została oparta o nadużycia prawa zobowiązań oraz prawa własności.

¹⁶ Warto zauważyć również, że orzeczenie *Dr. Miles* zostało wydane w tym samym roku, jednak miesiąc przed orzeczeniem *Standard Oil Co. v. United States* 221 U.S. 1 (1911), jednego z wyroków początkujących stosowanie reguły rozsądku w federalnym prawie antymonopolowym (choć dla reguły rozsądku znaczenie miały również inne orzeczenia, w tym głównie *Addyston Pipe and Steel Company v. United States*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), aplikująca doktrynę *ancillary restraints* określoną w *common law* zasadniczo w sprawie *Mitchell v. Reynolds* (1711) do prawa antymonopolowego).

był również wzorem powielanym przez prawa stanowe, a wraz z ogólnosiwiatowym rozwojem prawa antymonopolowego w drugiej połowie XX wieku, także w innych krajach pośrednio ustalał podejście do RPM¹⁷. Orzeczenie to jednak od samego początku podważane było zarówno w piśmiennictwie, orzecznictwie, jak i przez legislację Kongresu Stanów Zjednoczonych.

Pierwsze przejawy krytyki podejścia do opisywanej praktyki miały miejsce już na początku XX wieku¹⁸. W 1919 roku, zaledwie osiem lat po orzeczeniu *Dr. Miles*, Sąd Najwyższy USA otworzył pierwszą furtkę pozwalającą na stosowanie w pewnych sytuacjach minimalnych cen odsprzedaży. Ukonstytuowanie tzw. doktryny Colgate pozwoliło producentom na uprawnione jednostronne nakładanie RPM¹⁹. Doktryna ta była skutecznym narzędziem obchodzenia zasady nielegalności *per se*, aż do jej częściowego ograniczenia w roku 1960²⁰, następnie została przywrócona w pełnym zakresie w roku 1984 w orzeczeniu *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*²¹ i skutecznie obowiązywała do wydania orzeczenia w sprawie *Leegin* w roku 2007. Otwarcie kolejnego sposobu na ominięcie nielegalności *per se* dla minimalnych cen odsprzedaży nastąpiło w roku 1926, w orzeczeniu *General Electric*²². Sąd Najwyższy USA zezwolił na stosowanie RPM w relacji umowy agencyjnej²³. Możliwość ta została jednak częściowo zablokowana w latach 60. XX wieku, kiedy to w jednej z rozpatrywanych przez Sąd Najwyższy USA spraw²⁴, nie obalając precedensu *GE*, stwierdzono, że pozwany nie uchronił się od odpowiedzialności w myśl reguły *Dr. Miles* poprzez stosowanie umów agencyjnych zgodnie z orzeczeniem *General Electric*. Pogląd ten był jednak jeszcze przedmiotem późniejszych rozważań i korekt sądów²⁵. Ostatnim i najbardziej użytecznym nauce prawa antymonopolowego sposobem na obejście *stare deisis* orzeczenia *Dr. Miles* były tzw. Fair Trade Acts²⁶. Podczas Wielkiego Kryzysu w latach 30. XX wieku Kongres USA uchwalił prawo zezwalające stanom na wprowadzenie wewnętrznych regulacji legalizujących RPM (nazywanych również potocznie *fair trade*). Wydane w roku 1937 prawo (którego zakres poszerzono w 1953 roku)²⁷ zostało aplikowane przez większość stanów. Wewnątrz obszarów, których władze zdecydowały się na wprowadzenie legalności RPM strategia ta była **legalna *per se***²⁸. Poza wspomnianymi wyjątkami w legislacji federalnego prawa antymonopolowego obowiązywał precedens *Dr. Miles*. Fair Trade Acts zostały zniesione po blisko 40 latach stosowania, w roku 1975. Po 1975 roku obowiązywanie precedensu *Dr. Miles* odzyskało poprzednie znaczenie, szczególnie podczas zmniejszonej skuteczności obowiązywania doktryny Colgate.

¹⁷ W tym miejscu warto zauważyć, wypowiadając się w imieniu Sądu Sędziego Huges w samym orzeczeniu *Dr. Miles* ani razu nie wspominał o zakwalifikowaniu opisywanej praktyki jako naruszenia federalnego prawa antytrustowego *per se*. To praktyka następujących po *Dr. Miles* orzeczeń zaczęła kwalifikować standard *per se* jako odpowiedni dla oceny minimalnych cen odsprzedaży. *United States v. Colgate Co.*, 250 U.S. 300 (1919); *FTC v. Beech-Nut Packing Co.*, 257 U.S. 441 (1922).

¹⁸ L.D. Brandeis, *Cutthroat Prices: The Competition that Kills*, „Harper's Weekly”, 15 października 1913; W. Taussing, *Price Maintenance*, „The American Economic Review” 1916, marzec, vol. 6, nr 1, Supplement, Papers and Proceedings of the Twenty-eighth Annual Meeting of the American Economic Association, s. 170.

¹⁹ *United States v. Colgate Co.*, 250 U.S. 300 (1919): „producent może ogłosić z wyprzedzeniem okoliczności w których odmówi sprzedaży”, rezultatem tego była sytuacja, w której jednostronne nałożenie minimalnej ceny odsprzedaży, pochodzące od producenta, który wcześniej ogłosił, że pod pewnymi warunkami nie będzie sprzedawał swojego produktu, nie jest uznawane za minimalną cenę odsprzedaży nielegalną *per se*.

²⁰ *States v. Parke, Davis & Co.* 362 U.S., 29 (1960), orzeczenie to skutecznie zawężyło możliwość stosowania doktryny Colgate: „nielegalna kombinacja nie powstaje tylko na podstawie umowy ustalającej cenę”.

²¹ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 465 U.S. 753 (1984).

²² *United States v. General Electric Co.* 272 U.S. 476 (1926).

²³ Tzw. *consignment agreements*.

²⁴ *Simpson v. Union Oil Co.* 377 U.S. 13 (1964).

²⁵ *Morrison v. Murray Biscuit Co.*, 797 F.2d 1430, 1436 (7th Cir. 1986).

²⁶ Miller-Tydings Fair Trade Act 50 Stat. 693 oraz Mcguire Act, 66 Stat. 631.

²⁷ Mcguire Act, 66 Stat. 631.

²⁸ Wszystkie oprócz trzech stanów aplikowały legalność *per se* minimalnych cen odsprzedaży na pewien okres.

Poza trzema przytoczonymi powyżej przykładami, przez lata uzasadnienie *Dr. Miles* znajdowało się w ogniu krytyki ekonomistów, szczególnie po okresie tzw. rewolucji chicagowskiej. Jednocześnie nacisk na zmianę standardu oceny dla minimalnych cen odsprzedaży był rzadkim przykładem konsensusu pomiędzy dwoma wiodącymi szkołami prawa konkurencji w USA, nazywanymi często szkołą chicagowską oraz szkołą harwardzką²⁹. Przedstawiciele pierwszej z nich wnioskowali nawet o całkowite dozwoleństwo stosowania RPM (tzw. *per se legality*)³⁰. Profesor Herbert Hovenkamp nazwał przedmiotowe orzeczenie „najbardziej niefortunnym dokonaniem praw regulujących minimalne ceny odsprzedaży”³¹, proponując również, wspólnie z twórcą szkoły harwardzkiej profesorem Phillipem Areedą zastosowanie przy ich ocenie tzw. strukturalnej reguły rozsądku³². Należy zauważyć, że rozwiązania orzeczenia *Leegin* uważa się za bliższe szkole harwardzkiej³³.

Analizę słuszności aplikowania przez *Dr. Miles* standardu nielegalności *per se* do minimalnych cen odsprzedaży warto przeprowadzić w świetle cytatu, którym Richard Posner, przedstawiciel szkoły chicagowskiej, rozpoczął swoją książkę *Antitrust law*, cytatu zawartego w sprawie *United States v. Syufy Enterprises*: „Jak wszystkie sprawy antymonopolowe również ta musi mieć ekonomiczny sens”³⁴. Jak bowiem wspomniano wcześniej, prawo konkurencji pozostaje w ścisłym i nierozłącznym związku z regułami ekonomii. Podstawą uzasadnienia orzeczenia *Dr. Miles* było zaś przekonanie, że praktyki wertykalne dotyczące ustalania ceny wywołują takie same efekty rynkowe, jak dotyczące jej praktyki horyzontalne³⁵, które prowadząc do eliminacji konkurencji cenowej, eliminują podstawę konkurencji – cenę produktu. Jak pisze wspomniany już Hovenkamp, istnieją co najmniej dwa powody, dla których porozumieniami horyzontalnymi zajmuje się prawo konkurencji i żaden z nich nie jest stosowany w ten sam sposób do porozumień wertykalnych³⁶. Jest bowiem oczywistym, że np. zwykła umowa sprzedaży ustalająca cenę pomiędzy jej stronami nie ogranicza handlu³⁷. Wskazuje on również, że jednym z powodów zakazania porozumień horyzontalnych jest ich skłonność do wykreowania siły rynkowej, która nie istnieje bez takiego porozumienia. Porozumienia kartelowe kreują bowiem siłę rynkową poprzez skonsolidowanie wyborów cenowo-produkcyjnych przedsiębiorców nieposiadających samodzielnej siły rynkowej (nad ceną lub produkcją rynku)³⁸. Natomiast porozumienia wertykalne zasadniczo nie zwiększają siły rynkowej, chyba że implikowane są przez już ją posiadającego rynkowego dominanta lub kilku konkurentów jednocześnie.

²⁹ E. Elhaug, *Harvard, not Chicago: Which antitrust school drives recent supreme court decisions?*, Harvard School of Law, Cambridge, MA 02138 Discussion Paper No. 594, „Competition Policy International” 2007, vol. 3, nr 2, s. 1: „Jeśli cokolwiek było przedmiotem konsensusu pomiędzy szkołami harwardzką a chicagowską, była to propozycja, że reguła nielegalności *per se* była niefortunna”.

³⁰ R.A. Posner, *The next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, „University of Chicago Law Review” 1986, vol. 48, s. 23–26; R.H. Bork, *The antitrust paradox, the policy at war with itself*, New York 1978, s. 288: „każde porozumienie wertykalne powinno być całkowicie legalne”; L. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade*, „Journal of Law and Economics” 1960, vol. 3, s. 86.

³¹ H. Hovenkamp, *Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2005, s. 186: *The most unfortunate development in the law of RPM*. Autor wyjaśnił, że standard oceny *per se* był niefortunny ponieważ „powstrzymał rozwój ekonomicznego zrozumienia powodów i efektów RPM”.

³² Strukturalna reguła rozsądku proponowana przez profesorów Areedę i Hovenkampa do oceny RPM, zakładała antykonkurencyjność RPM przy obecności jednego z czynników, którymi były m.in.: koncentracja producentów, koncentracja sprzedawców, RPM obejmujący silną markę, RPM zainicjowany przez sprzedawcę lub ich grupę, RPM stosowany dla produktów homogenicznych. P.E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2004, 1633c1 i 1633e.

³³ Einer Elhaug, *Harvard, not Chicago...*, s. 2.

³⁴ R.A. Posner, *Antitrust law*, University of Chicago Press, 2nd ed. 2001, s. 1: *Like all antitrust cases, this one must make economic sense*.

³⁵ *Leegin, Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S. 888, 891.

³⁶ H. Hovenkamp, *Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement*, University of Iowa Legal Studies Research Paper Number 10-4, grudzień 2010; dostępne na: <http://ssrn.com/abstract=1673519>.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

Obok powyższego głównym zarzutem podnoszonym przez lata był brak jakiegokolwiek racjonalności w uzasadnieniu orzeczenia, która dawałaby możliwość wykazania antykonkurencyjnych skutków praktyki. *Dr. Miles*, w odróżnieniu od innych orzeczeń uznawanych za *stare decisis*, nie zawierał bowiem jakiegokolwiek analizy ekonomicznej, która uzasadniałaby wprowadzenie standardu nielegalności *per se*³⁹. Ponadto podstawą do wprowadzenia przedmiotowego standardu oceny była pochodząca z 1628 roku, reguła prawa własności *common law*: „*generalne ograniczenie zbycia jest zazwyczaj nieważne*”⁴⁰. Jak wskazał, piszący opinię Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin*, Sędzia Anthony Kennedy, reguła ta nie może być podstawą dla uzasadniania reguł wolnego rynku w środowisku XXI wieku⁴¹.

III. Orzeczenie w sprawie *Leegin* i zmiana standardu oceny minimalnych cen odsprzedaży

Cytowana powyżej krytyka oceny minimalnych cen odsprzedaży, jako praktyki zawsze naruszającej konkurencję, pozostała w użytku aż do 2007 roku i orzeczenia związanego z działalnością sklepu Kay's Kloset, sprzedającego paski marki Brighton 20% poniżej ceny narzuconej przez ich producenta *Leegin Creative Leather Products Inc.*

Federalne prawo antymonopolowe USA, co do zasady uznaje horyzontalne porozumienia cenowe za najcięższe ograniczenia konkurencji⁴². Jak wynika z poprzedniej części tekstu, podejście do minimalnych cen odsprzedaży znajdowało się w ciągłej ewolucji od samego początku stosowania prawa antymonopolowego, będąc jednym z jego najszerzej komentowanych aspektów. Ze względu na zasadniczo odmienne podejście do porozumień wertykalnych oraz ich wpływ na rynek poprzez wpływ na konkurencję międzymarkową, w sprawie *Leegin* dokonano zmiany standardu oceny RPM na regułę rozsądku.

Badając zmianę w podejściu do RPM, należy rozpocząć od roku 1977 i orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *GTE Sylvania*⁴³. Odchodzący od formalizmu ery tzw. *Warren Courts* i będący pod silnym wpływem rewolucji chicagowskiej Sąd Najwyższy USA zmienił standard oceny nielegalności *per se* na regułę rozsądku dla porozumień wertykalnych innych niż cenowe. Taki podział utrzymał się przez kolejne 20 lat, aż do roku 1997, kiedy to w sprawie *State Oil Co. v. Khan*⁴⁴ standard oceny reguły rozsądku po raz pierwszy został zaaplikowany również do wertykalnych porozumień cenowych (maksymalnych cen odsprzedaży). Cały nurt zmiany w podejściu do relacji wertykalnych w USA trwa do dziś⁴⁵, a jedną z jego części było opisywane orzeczenie

³⁹ Analiza ekonomiczna praktyk antykonkurencyjnych obecna jest w prawie antymonopolowym USA od długiego czasu, np. w sprawie *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441 (1964).

⁴⁰ *John D. Park & Sons Co. v. Hartman*, 153 F. 24: „Prawo do zbycia jest jednym z podstawowych założeń prawa własności ruchomości i ograniczenia co do ich zbycia były generalnie rozpoznawane za nieznośne dla interesu publicznego, któremu najlepiej asystuje wolność przepływu, jak przepływ rzeczy z ręki do ręki. Generalne ograniczenie zbycia produktów lub rzeczy, takich jak ruchomości poza tymi bardzo specjalnego rodzaju, jak niewolnik lub klejnot rodowy, uznawane są za nieważne. Jak mówił Lord Coke, w *Coke Littleton* sekcja 360, jeśli człowiek posiada konia lub jakąś inną ruchomość i wyzbędzie się wszystkich posiadanych w niej praw pod warunkiem, że kupujący nie wyzbędzie się tej rzeczy, to takie postanowienie jest nieważne, ponieważ wszelkie prawa do rzeczy nie należą już do niego, jeśli nie ma już możliwości powrotu, a jest to przeciwko handlowi, przepływowi, kontraktowaniu i targowaniu pomiędzy osobą a osobą”.

⁴¹ *Leegin, Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S., 888.

⁴² *United States v. Saccony Vacuum Oil Co. Inc.*, 310 U.S. 150 (1940).

⁴³ *Cont'l T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 50, 97 S. Ct. 2549, 2552, 53 L. Ed. 2d 568 (1977).

⁴⁴ *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

⁴⁵ W maju 2012 r. Sąd Najwyższy stanu Kansas orzekł w sprawie *O'Brien v. Leegin Creative Leather Products, Inc.*, No. 101,000, 2012 WL 1563976 (Kan. 4 May 2012) o nielegalności RPM *per se* w świetle stanowych reguł prawa konkurencji (Kansas Restraint of Trade Act 50-101, 50-112), niezależnie od traktowania tej praktyki przez federalne prawo konkurencji. Stan ten został zmieniony 18 kwietnia 2013 r., kiedy to Kongres Stanu Kansas ustanowił standard *rule of reason* odpowiednim dla oceny RPM. Ponadto stany, takie jak Maryland (Maryland Annotated Code § 11-204(b)) oraz Kalifornia (California Business and Professions Code § 16720(b)) aplikowały do swoich wewnętrznych regulacji prawa konkurencji przepisy statutowe określające praktyki

w sprawie *Leegin*. Nie jest więc ono niespodziewaną zmianą w prawie antytrustowym, a raczej wynikiem ewolucji tegoż prawa rozumiejącego, że relacje wertykalne, będące przecież podstawą obrotu gospodarczego, (w tym również dotyczące ceny), mogą kreować efekty prokonkurencyjne.

Podstawą prokonkurencyjnego skutku stosowania RPM jest zrozumienie, że popyt na produkty homogeniczne zależy nie tylko od ceny produktu⁴⁶, lecz także innych czynników pozostających w zakresie działania jego sprzedawców, a nie producentów⁴⁷. Popyt na produkty, oprócz ceny, zależy również od czynników, takich jak jakość, wzór czy usługi sprzedażowe⁴⁸. Prokonkurencyjność stosowania RPM objawia się w wyeliminowaniu wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej na rzecz pobudzenia wewnątrzmarkowej konkurencji na poziomie usług, co w konsekwencji prowadzi do zwiększenia popytu oraz wzmocnienia konkurencji cenowej pomiędzy producentami produktu. W związku z tym, minimalne ceny odsprzedaży nie eliminują z rynku konkurencji na poziomie ceny zupełnie, tak jak ich horyzontalne odpowiedniki, które jednocześnie poprzez tę eliminację generują siłę rynkową, gdyż konkurencja cenowa stale odbywa się pomiędzy producentami produktów (przy założeniu konkurencyjności obu poziomów rynku).

W przedstawionym założeniu sprzedawcy, wobec wyeliminowania możliwości konkurowania na poziomie ceny, zostają zmuszeni do poszukiwania innych obszarów konkurowania o klienta końcowego. Konsekwentnie, uzyskując ochronę marży sprzedażowej w postaci RPM, zaczynają konkurować na poziomie usług po- i przedsprzedażowych. Takie zachowanie powoduje wzrost liczby usług, czego konsekwencją jest wzrost sprzedaży produktu⁴⁹. Wskazuje się, że wyższy standard obsługi konsumentów, zawierający lepszą przedsprzedażową ekspozycję, dłuższe godziny otwarcia sklepów, pomoc personelu, posprzedażowe usługi (jak możliwość zwrotu towaru), wzmagają popyt na produkty⁵⁰. Niektórzy ekonomiści, rozwijając powyższe podejście, podają dodatkowe czynniki zwiększania popytu, są nimi m.in.: ilość sklepów, dostępność produktu, przystępność lokalizacji sklepów czy informacje na temat jakości produktu⁵¹. Zatem, pomimo że niektóre dowody empiryczne wskazują na wzrost cen na rynkach, gdzie stosowane są minimalne ceny odsprzedaży (o czym dokładniej w dalszej części tekstu), cena nie jest jedynym czynnikiem determinującym dobrobyt konsumentów⁵². Efekt potencjalnego wzrostu ceny jest rekompensowany lub nawet przewyższany czynnikami wskazanymi powyżej. W przedstawionym poniżej wykresie, trójkąt ABC przedstawia dobrobyt konsumentów przed wprowadzeniem minimalnych cen odsprzedaży. Trójkąt DEC przedstawia natomiast sytuację po wprowadzeniu dolnej granicy cenowej, gdzie widoczne jest, że pomimo wzrostu ceny z poziomu C_p do poziomu RPM_p , krzywa popytu (CB) przesunięta w prawo (CF) w wyniku zwiększenia popytu na dany produkt po wprowadzeniu dodatkowych

RPM jako nielegalne *per se*. Podobne zapisy statutowe sugerujące nielegalność *per se* przedmiotowej praktyki posiada kilka innych stanów, jak: Alabama, Ohio, Nevada czy Minnesota. Natomiast również w maju 2012 r. Wydział Apelacyjny Sądu Najwyższego stanu Nowy Jork w sprawie *People v. Tempur-Pedic International, Inc.*, 2012 WL 1583575 (N.Y. App. Div. 8 May 2012), odrzucił twierdzenie Prokuratora Generalnego Stanu Nowy Jork, że praktyki RPM są nielegalne w świetle prawa stanu Nowy Jork (New York General Business Law § 369-a). Na ciągłość zmian dotyczących relacji wertykalnych w USA wskazuje również: Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies U.S. Department of Justice, Antitrust Division, czerwiec 2011, s. 5,13.

⁴⁶ Protokół z posiedzenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007), s.15: „Sędzia Scalia: Więc sam fakt, że to podniesie ceny nie udowadnia niczego. Nie udowadnia to, że służy do dobrobytowi konsumentów. Jeśli właściwie daje to konsumentom większy wybór usług za nieco wyższą cenę, to powiększy to dobrobyt konsumentów, tak długo jak istnieją konkurencyjne produkty za niższą cenę tak? Olson (pełnomocnik Leegin Creative Leather Products): tak jest to absolutnie racja. Sędzia Scalia: więc nie wiem czemu powinniśmy całą uwagę skupiać na tym, czy powoduje to wyższą cenę czy nie...”, dostępne na: http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/06-480.pdf.

⁴⁷ K.G. Elzinga, D.E. Mills, *Leegin and Procompetitive Resale Price Maintenance*, „The Antitrust Bulletin” 2010, vol. 55, nr. 2, s. 7.

⁴⁸ Ibidem.

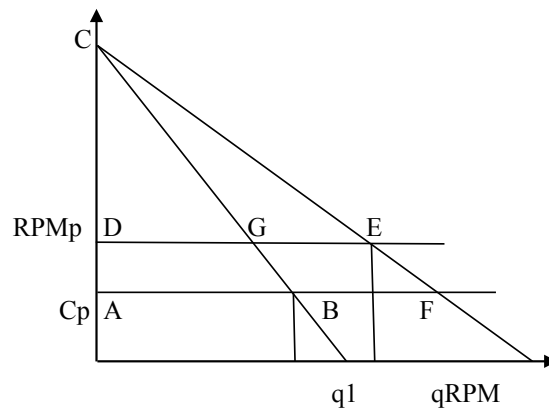
⁴⁹ L. Telser, *Why Should Manufacturers...*, s. 86–105.

⁵⁰ K.G. Elzinga, D.E. Mills, *Leegin and...*, s. 55.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

usług przez sprzedawców, może jak w przedstawionej sytuacji zwiększyć dobrobyt konsumentów. Przekazywana do producentów część trójkąta ABC (część przedstawiona jako trapez ABGD) jest rekompensowana lub przewyższana w trójkącie DEC poprzez obszar określony trójkątem CGE.



Ekonomiczne uzasadnienie prokonkurencyjności minimalnych cen odsprzedaży oparte jest więc na założeniu, że nawet w przypadku, gdy RPM mogą prowadzić do wyższych cen, nie musi to koniecznie wskazywać na ich negatywny wpływ na dobrobyt konsumentów, ponieważ właściwy rezultat zastosowania RPM powinien zostać oceniony jako wykładnia ich pro- i antykonkurencyjnych skutków⁵³. Założenie to, – tzw. *service hypothesis*, wskazuje zatem możliwość, że „wzrost popytu będący efektem poprawionej jakości usług, uzyskany poprzez ochronę marży sprzedażowej, bardziej niż wyrówna negatywny wpływ na popyt wynikający z wyższych cen odsprzedaży”⁵⁴.

Podsumowując, możliwe jest więc, że użycie RPM i eliminacja konkurencji wewnątrzmarkowej na poziomie ceny oraz wytworzona w ten sposób ochrona marży sprzedażowej zachęcają sprzedawców do inwestowania w materialne lub niematerialne usługi lub nakłady promocyjne, które w konsekwencji zwiększają pozycję producentów w stosunku do ich konkurentów. Sprzedaż produktów wzrasta, kiedy jakość usług wzrasta, a konsumenci uzyskują dostęp do produktów lepszej jakości. Producenci mogą zaoferować produkty lepszej jakości w związku ze zwiększonym popytem, gdyż przychody umożliwiają dodatkowe inwestycje. Jeśli więc wzrost sprzedaży produktów spowoduje, jak na przedstawionym wykresie, przesunięcie się krzywej popytu w prawo do tego stopnia by wykazać, że dobrobyt konsumentów jest większy (nawet pomimo wzrostu ceny) niż był przed zastosowaniem praktyki, to takie działanie powinno zostać uznane za prokonkurencyjne⁵⁵. Jednakże malejący lub taki sam popyt przy wzroście ceny (lub przy takiej samej cenie) może być dowodem na skutek antykonkurencyjny. Taki efekt jest najbardziej prawdopodobny dla produktów, dla których usługi po- i przedsprzedażowe mają rzeczywiste znaczenie, np. sprzętu elektronicznego. Nie należy również zapominać o produktach budujących swoją markę na podstawie utrzymania odpowiednio wysokiej ceny sprzedaży, tzw. *allure of high prices*⁵⁶.

⁵³ *Leegin, Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S. 895, 127 S. Ct. 2705, 168 L. Ed. 2d 623 (2007).

⁵⁴ F. Mathewson, R. Winter, *The law and economics of resale price maintenance*, „Review of Industrial Organization” 1998, vol. 13, s. 67: „Wzrost popytu, który wynika z polepszenia usług, uzyskanych przez ochronę marży detalicznej, więcej niż rozliczy negatywny wpływ na popyt wyższej ceny detalicznej” oraz wskazanie przez Sędziego Scalię podczas słownej argumentacji procesu *Leegin*, że: „Nie wydaje mi się, że konsumenci chcą tylko tego co jest tanie. Wydaje mi się, że chcą również innych rzeczy poza niską ceną produktu”. Oral Argument Transcript, *Leegin Creative Leather Products, Inc v PSKS, Inc*, No 06-480, s. 28 (26 marca, 2007).

⁵⁵ K.G. Elzinga, D.E. Mills, *Leegin and...*, s. 36.

⁵⁶ Przykładami stosowania takiej polityki cenowej są m.in. zachowania klientów domów mody; R. La Ferla, *When High Price is the Allure*, „N.Y. Times”, 9 sierpnia 2007, s. G1.; G. Simmel, *Fashion*, „International Quarterly” 1904, vol. 10, s. 133; Bardzo ciekawym przykładem jest również zmniejszenie aplikacji studentów po obniżeniu czesnego na kilku amerykańskich uczelniach; zob. J.D. Glater, A. Finder, *In New Twist on Tuition Games, Popularity*

Ekonomiczna analiza skutków minimalnych cen odsprzedaży na podstawie *service hypothesis* L. Telsera⁵⁷ daje więc możliwość, zgodnie z zasadami gospodarki wolnorynkowej, podjęcia decyzji czy dana strategia rynkowa ma efekt prokonkurencyjny, czy też dla niej szkodliwy na podstawie zachowań samych konsumentów. Analiza zachowania konsumentów względem aplikowanej strategii, jest tu podstawą do właściwej oceny czy rozpoznają oni produkt jako lepszy niż przed wprowadzeniem RPM. Efektem zastosowania *service hypothesis* jest więc ocena niwelowania zakładanego głównego efektu antykonkurencyjnego RPM – wzrostu cen produktu w wyniku braku konkurencji cenowej na poziomie sprzedaży⁵⁸.

Drugim efektem prokonkurencyjnym RPM jest obrona przeciwko tzw. efektowi gapowicza – *free riders effect*⁵⁹. *Free riders* to podmioty, które mogą osiągnąć większą sprzedaż, bazując na wykorzystaniu usług sprzedażowych innych uczestników rynku, ponieważ same nie oferując takich, są w stanie obniżyć cenę produktu⁶⁰. Takie działanie doprowadzi w efekcie do zmniejszenia ilości sprzedaży w sklepie oferującym usługi przedsprzedażowe⁶¹, a w konsekwencji nieopłacalności ich prowadzenia. W konsekwencji zmniejszy to dobrobyt konsumentów, ponieważ sprzedawcy przestaną oferować przedmiotowe usługi właśnie z powodu ich nieopłacalności. Wprowadzenie dolnej granicy sprzedaży zapobiegnie więc sprzedawaniu produktu poniżej pewnego poziomu ceny, chroniąc marżę sprzedawców, a jednocześnie powinno zapewnić konsumentom dodatkowe usługi sprzedażowe⁶².

W pewnych okolicznościach *free riders effect* może również naruszyć wizerunek producenta produktu, a w konsekwencji jego efektywność⁶³. Niektórzy producenci pragną bowiem by przy sprzedaży ich produktów, zachowana była bardzo wysoka jakość usług sprzedażowych, z tego powodu chcą chronić sprzedawców o dobrej reputacji rynkowej. Tacy sprzedawcy *de facto* pomagają utrzymać wizerunek marki, np. jako marki luksusowej. Dla producentów luksusowych marek utrzymanie wysokiej ceny sprzedaży jest fundamentem działalności, kreuje jej wizerunek i zapewnia określony poziom usług, co dla poszczególnych klientów końcowych może mieć większe znaczenie niż sama cena produktu. Pomimo że efekt *free rider* jest często krytykowany w związku z jego zastosowaniem do RPM⁶⁴, należy zauważyć, że orzeczenie wydane w roku 2007 nie oddawało pełnego obrazu rynków, jaki wykształcił się w ostatnich latach. Wydaje się bowiem, że np. w środowisku rynku sprzedaży przez Internet RPM może służyć ochronie marży sprzedawców prowadzących zwykle sklepy, zachęcając ich do inwestycji w usługi.

Ostatnim prokonkurencyjnym efektem wymienionym przez sąd jest ułatwienie wejścia na rynek nowym producentom, jako element agresywnej dystrybucji produktu. W tej sytuacji RPM

Rises With the Price, „N.Y. Times”, 12 grudnia 2006, s. A1; podobne wnioski również: G.R. Ackert, *An Argument for Exempting Prestige Goods from the Per Se Ban on Resale Price Maintenance*, „Texas Law Review” 1995, vol. 73, s. 1185.

⁵⁷ L. Telsler, *Why Should Manufacturers...*, s. 89; jako jeden z pierwszych określił to jako tzw. *Service Argument*.

⁵⁸ Minimalne ceny odsprzedaży mają również potencjał do oferowania konsumentom większej ilości opcji, by mogli wybrać pomiędzy niskimi cenami i niską jakością usług a wysokimi cenami i wysoką jakością usługi, Leegin, *Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S. 890.

⁵⁹ H.P. Marvel, S. McCafferty, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, „The RAND Journal of Economics” 1984, vol. 15, s. 346.

⁶⁰ Dla zobrazowania przedmiotowego efektu najczęściej podaje się przykład sprzedawcy sprzętu komputerowego. Konsument przychodząc do sklepu dobrze wyposażonego sprzedawcy, który wyjaśni, wyposaży go w całą wiedzę na temat produktu poprzez swoją kadrę dobrze wykwalifikowanych sprzedawców, nabydzie niezbędną wiedzę dotyczącą produktu. Następnie jednak ten sam konsument kupi dany produkt w sklepie oferującym niższą cenę, lecz bez usług przedsprzedażowych, gdzie żadne wyjaśnienia nie będą mu już potrzebne.

⁶¹ R. Bork, *The antitrust paradox...*, s. 290.

⁶² Leegin, *Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S. 891.

⁶³ H. Hovenkamp, *Federal antitrust policy the law of competition and its practice*, ed. 3, s. 456 (WEST PUBLISHING CO. 2005).

⁶⁴ M. Lao *Free Riding, An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance how the Chicago school overshot the mark the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust 196*, dostępne na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024221.

upewnia nowych graczy rynkowych, że cena nie zostanie obniżona poniżej opłacalnego poziomu, umożliwiając poprzez ochronę marży sprzedażowej w odpowiednim czasie odzyskanie strat związanych z wejściem na rynek⁶⁵.

Opisywane przez ekonomistów efekty antykonkurencyjne RPM to: kartel sprzedawców, kartel producentów, zamknięcie rywali rynkowych przez silnego producenta oraz zamknięcie rywali rynkowych przez dominującego odsprzedawcę. W pierwszych dwóch przypadkach wskazuje się na możliwość ułatwienia działalności porozumień horyzontalnych poprzez kartele *hub and spoke*. Pierwszy z nich zakłada pozycję producenta jako strażnika porozumienia horyzontalnego, nakładającego RPM dla uniemożliwienia wzajemnego oszukiwania się uczestników kartelu na poziomie odsprzedaży. W drugim przypadku RPM pomaga kartelowi producentów monitorować ceny na poziomie odsprzedaży, a taka transparentność cen również zapobiega działaniom uczestników kartelu mających na celu oszukanie jego członków. W trzecim scenariuszu RPM zapewnia odsprzedawcom atrakcyjną marżę w zamian za odmowę sprzedaży produktów konkurenta. Ostatni przypadek może doprowadzić do nałożenia RPM w celu zapobiegania obniżającym koszty innowacjom w dystrybucji.

IV. Zdanie odrębne w orzeczeniu *Leegin*

Poza wspomnianymi efektami pro i antykonkurencyjnymi w związku z orzeczeniem w sprawie *Leegin* warto wspomnieć również o zdaniu odrębnym, napisanym przez Sędziego Stephena Breyera⁶⁶. Zostało ono oparte głównie na założeniu, że orzeczenie *Dr. Miles* powinno pozostać obowiązującym precedensem ze względu na niezwykle długi okres jego obowiązywania⁶⁷. Sędzia przyznaje w nim, że RPM może przynosić zarówno pro-, jak i antykonkurencyjne efekty⁶⁸, podważając częstotliwość występowania tych pierwszych. Głównym zarzutem w kwestii antykonkurencyjności praktyki jest wzrost ceny oparty na dowodach empirycznych związanych ze stosowaniem Fair Trade Acts. Dowody empiryczne uzyskane na podstawie badań dokonanych podczas stosowania przedmiotowej legislacji wykazały bowiem, że ceny produktów kształtowały się na poziomie od 19 do 27% większym niż w stanach, gdzie RPM były zakazane⁶⁹. Przykład Fair Trade Acts niesie za sobą jednak zasadniczy błąd i nie powinien być relewantnym w odniesieniu do analizy praktyki pod standardem oceny reguły rozsądku. Fair Trade Acts całkowicie dozwalały bowiem na stosowanie RPM bez żadnej możliwości ich penalizowania, nawet w przypadku, gdy służyły one do celów *strictly* antykonkurencyjnych⁷⁰. Porównanie standardów legalności *per se* i nielegalności *per se* nie jest zatem tym samym, co porównanie standardu nielegalności *per se*

⁶⁵ *Leegin Creative Leather Products, Inc.*, 551 U.S. 891.

⁶⁶ L.A. Graglia, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.: The Strange Career of the Law of Resale Price Maintenance*, The University of Texas School of Law, Law and Economics Research Paper No. 115, (2007): „Co zaskakujące w świetle jego tła, orzeczenie sądu wydane zostało tylko większością 5–4, z Sędzią Breyerem piszącym długie namiętnie, ale wyjątkowo nieprzekonywujące zdanie odrębne”, s. 31.

⁶⁷ W zdaniu odrębnym opowiedziano się za długim 96-letnim okresem obowiązywania precedensu *Dr. Miles*, nie uwzględniając, że RPM były legalne w wielu stanach podczas obowiązywania tzw. Fair Trade Acts.

⁶⁸ *Leegin Creative Leather Products, Inc.*, (J. Breyer, zdanie odrębne, również z Stevens, Souter i Ginsburg): „Jeśli miałbym być przymuszony do zdecydowania teraz, najwyżej mogę się zgodzić, że reguła *per se* powinna być nieco zmodyfikowana, by zezwolić na wyjątek dla łatwiejszego identyfikowania oraz czasowych warunków dla nowych wejść”.

⁶⁹ E. Elhaug *Harvard, not Chicago...*, s. 3; T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, s. 112 (październik 1983) oraz cytowana na s. 1 niepublikowana praca A. McLaughlin, „*An Economic Analysis of Resale Price Maintenance*”; W.S. Comanor, F.M. Scherer, R. L. Steiner, *Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference: The Response of the American Antitrust Institute*, AAI Working Paper No. 05-04, s. 8 (2005), wskazuje, że po odebraniu możliwości stosowania RPM w latach 70. konsumenci zaoszczędzili 200 milionów dolarów w 18 miesięcy na niższych cenach spodni.

⁷⁰ E. Elhaug, *Harvard, not Chicago...*, s. 2.

i reguły rozsądku, gdyż tylko ten ostatni pozwala na uznanie praktyki za legalną lub nielegalną, a zatem na ważenie skutków stosowanej strategii. Standard reguły rozsądku nie był nigdy wcześniej aplikowany do oceny RPM⁷¹.

V. Leegin a stosowanie podejścia ekonomicznego do minimalnych cen odsprzedaży w prawie polskim

Wydaje się, że po 5 latach stosowania reguły rozsądku w prawie antytrustowym USA można wyciągnąć pierwsze wnioski oraz podjąć próbę oceny zasadności stosowania analizy ekonomicznej RPM w innych porządkach prawnych, w tym w polskim prawie antymonopolowym.

Niewątpliwie istnieją zasadnicze różnice pomiędzy prawem antytrustowym USA oraz prawami konkurencji przyjętymi przez państwa europejskie. Na różnice te składają się m.in. system obli-gatoryjnych potrójnych odszkodowań, silnie rozwinięty system pozwów zbiorowych i tzw. *private enforcement* w USA oraz fakt oparcia systemu antytrustowego na orzecznictwie sądów względem przyjętych w Europie systemów bardziej opartych na decyzjach organów administracji⁷². Zarówno polskie prawo konkurencji, jak i jego europejski odpowiednik dzielą porozumienia antykonkurencyjne na dwa rodzaje: niewymagające wykazania skutków porozumienia zabronione ze względu na cel⁷³ oraz wymagające przeprowadzenia obszernej analizy rzeczywistych i potencjalnych skutków gospodarczych przez organ antymonopolowy porozumienia zabronione ze względu na skutek. RPM uznawane są za pierwsze z nich. Prawa konkurencji aplikowane w Europie pozwalają jednak każdemu z dwóch wymienionych rodzajów, na skorzystanie z dobrodziejstwa indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, co sprawia, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel nie jest lustrzanym odbiciem standardu oceny nielegalności *per se*.

W cytowanym już wyroku Sądu Najwyższego III SK 21/11 wskazano trzy przykłady prokonkurencyjności RPM: zapewnienie odpowiedniej marży przy wejściu nowego gracza na rynek, zapobieganie efektowi *gapowicza* pozwalające na utrzymanie optymalnego poziomu usług oraz, gdy podyktowane jest to potrzebą zapewnienia jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci sprzedaży, a także skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie. Jak więc można zauważyć, przykłady zasadniczo odpowiadają *telserowskim* założeniom *service hypothesis* i innym użytym przez Sąd Najwyższy USA zakładającym, że niska cena nie jest jedynym wyznacznikiem dobrobytu konsumentów.

By rzetelnie opowiedzieć się za stosowaniem analizy skutków ekonomicznych RPM, należy jednak najpierw odnieść się do krytyki orzeczenia *Leegin* w USA oraz zasadniczo wątpliwej próby jego zmiany na poziomie ustawowym. O ile moim zdaniem w Stanach Zjednoczonych istnieje generalny pogląd o słuszności aplikowania reguły rozsądku do RPM ze względu na istnienie zarówno ich anty-, jak i prokonkurencyjnych skutków, o tyle powodem pojawiającej się krytyki są kwestie proceduralne wynikające ze zmiany standardu oceny na zastosowaną przez Sąd Najwyższy USA tzw. pełną regułę rozsądku. Największym wynikającym z tego problemem jest alokowanie

⁷¹ W jednym z przeprowadzonych badań dotyczących skutków RPM po orzeczeniu *Leegin*, w stanie Maryland gdzie stosowanie RPM jest zabronione *per se* nie wykazano żadnego wpływu takiego zakazu na cenę produktu. Według autorów badania taki stan może świadczyć o tym, że RPM nie zawsze ogranicza konkurencję cenową; zob. http://www.nera.com/nera-files/PUB_Maryland_Feb2010.pdf.

⁷² D. Sokol, R. Blair, *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, „Antitrust Law Journal” 2012, vol. 78, nr 2.

⁷³ Wyr. TS z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *Beef Industry Development Society Ltd.*; wyr. TS w połączonych sprawach 56 i 58/64 *Costen and Grundig v. Komisja*.

ciężaru dowodu antykonkurencyjności praktyki na powoda dochodzącego odszkodowania za szkodę wyrządzoną przez RPM. Fakt ten skutkuje zwiększonymi kosztami prowadzenia postępowań, a zauważyć należy, że w systemie amerykańskim z powodu zastosowania tzw. *Tripartite approach* sprawy sądowe o roszczenia wynikające z porozumień wertykalnych są najczęściej podnoszone przez odsprzedawców, osoby prywatne – a więc domagające się odszkodowania w zakresie tzw. *private enforcement*⁷⁴. Praktyka pokazuje, że zastosowanie pełnej reguły rozsądku w USA prowadzi do zasadniczego utrudnienia udowodnienia nielegalności działań, m.in. zwiększając koszty postępowania⁷⁵. Niektórzy komentatorzy nazywają zmianę standardu oceny na pełną regułę rozsądku aplikowaniem tzw. *de facto legalności per se*⁷⁶. Takie podejście wiąże się z faktem, że w systemie opartym na orzecznictwie sądów, strony muszą udowodnić szereg czynników zanim dojdą do właściwej praktyce analizy ekonomicznej⁷⁷. Przykładowo, jednym z decydujących kroków w udowodnieniu antykonkurencyjności jakiegokolwiek porozumienia jest poprawne wyznaczenie przez powoda rynku właściwego (co już wymaga użycia narzędzi ekonomicznych)⁷⁸. Przeprowadzone badania pokazują ponadto trudności w dokonaniu skutecznej analizy ekonomicznej. Co więcej, ponad połowa spraw dotyczących porozumień wertykalnych w Stanach Zjednoczonych jest przegrywana przez osoby zaskarżające praktykę, przez niemożność wykazania istnienia siły rynkowej lub szkody dla konkurencji międzymarkowej⁷⁹. Jednak jak zauważono na początku, zasadniczym dla oceny tych informacji jest fakt, że prywatne pozwy wnoszone w procedurze cywilno-prawnej (*private enforcement*) są w prawie antymonopolowym USA, w odróżnieniu do europejskich porządków prawnych, narzędziem bardzo istotnym i nieporównywalnie częściej stosowanym. Tak więc postulat zwiększenia kosztów postępowań dotyczy ponoszenia ich głównie przez podmioty prywatne – konsumentów. Fakt ten powinien być brany pod uwagę przy każdej próbie przełożenia tej krytyki na jej odpowiednie zastosowania w prawie państw europejskich. Odwrotnie bowiem można zauważyć, że nie jest uznawana za generującą za wysokie koszty działalności kontrola koncentracji przedsiębiorców (mogąca generować pro- lub antykonkurencyjne skutki), przeprowadzana co do zasady w pełni przez organy antymonopolowe (gdyż te wyposażone są w odpowiednie zasoby do jej analizy), a wymagająca (szczególnie w USA) zdecydowanie większej ilości dowodów ekonomicznych i badań rynkowych pochłaniających nieporównywalnie większe koszty i zasoby zarówno organów, jak i uczestniczących w nich (a czasami też innych) przedsiębiorców.

⁷⁴ E. Elhaug, *Harvard, not Chicago...*, s. 5; chociaż do takich spraw na podstawie Clayton Act mogą dołączyć prokuratorzy stanowi.

⁷⁵ H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2005, s. 105: reguła rozsądku jest „jedną z najbardziej kosztownych procedur w praktyce antytrustowej”. Pomimo że Sąd Najwyższy USA w sprawie *Leegin* podał kilka wskazówek, kiedy szczególnie RPM prowadzą do efektów antykonkurencyjnych, uważa się, że w tym przypadku aplikowana została tzw. otwarta/pełna reguła rozsądku zamiast jej ustrukturyzowanej odmiany czy też tzw. analizy *quick look*. Strukturalna reguła rozsądku została opisana w przypisie 33.

⁷⁶ D.A. Crane, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, „University of Chicago Law Review” 2009, vol. 76, s. 1911.

⁷⁷ St. Calkins, *California Dental Association: Not a Quick Look But Not the Full Monty*, „Antitrust Law Journal” 2000, vol. 67, s. 521: „Poniżej powierzchni leży prawda, którą powód oraz oskarżyciel rozumieją aż za dobrze: kiedy pełna, formalna reguła rozsądku jest obowiązującym standardem, powód prawie nigdy nie wygrywa”; A.I. Gavil, *Burden of proof in U.S. Antitrust law*, „Issues in Competition Law and Policy” 2008, vol. I, s. 141 (ABA).

⁷⁸ *Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc.*, 626 F.3d 1327 (11th Cir. 2010), gdzie Sąd Apelacyjny, cytując inną sprawę, stwierdził: „W normalnej sprawie dotyczącej reguły rozsądku, by udowodnić naruszenie art. 1 Ustawy Shermana powód musi udowodnić, że kombinacja lub zмова wytworzyła niekorzystne, antykonkurencyjne skutki na rynku właściwym produktowo i geograficznie”, *Rossi v. Standard Roofing, Inc.* 156 F. 3d 452, s. 464 (3d Cir. 1998).

⁷⁹ D.H. Ginsburg, *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, „Antitrust Law Journal” 1991, vol. 60, s. 71; P.E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust law...*, 16633b; M.A. Carrier, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, „George Mason Law Review” 2009, vol. 16, s. 828; pokazuje, że od lat 1999–2009 z 221 spraw przegranych przez powodów 215 (96,8%) zostało przegranych, ponieważ w takcie postępowania nie wykazano rzeczywistych efektów antykonkurencyjnych (będących pierwszym etapem oceny *rule of reason*) całość analizy podaje, że z 222 spraw powodów przegrał aż 221 (99,6%).

W europejskiej oraz polskiej doktrynie prawa konkurencji pojawia się natomiast krytyka wprowadzenia *effect based approach* do analizy RPM z powodu zwiększenia z tego powodu kosztów regulacyjnych organów antymonopolowych czy przedsiębiorców⁸⁰. W mojej ocenie takie podejście nie zasługuje na aprobatę. Po pierwsze, warto wspomnieć stwierdzenie Sędziego Kennedy mówiące o zwiększeniu kosztów stosowania całego prawa antytrustowego poprzez pozostawienie standardu oceny nielegalności *per se* dla porozumień generujących również prokonkurencyjne efekty⁸¹. Po drugie, warto zadać pytanie: czy nie ważniejsze dla prawa konkurencji są, nakreślone przez ustawodawcę, jego cele od zwiększonych kosztów działań organu, który z samego założenia powinien być przez państwo (zakładając, że państwo rozumie, że prawo konkurencji jest podstawą właściwie działającej gospodarki wolnorynkowej) wyposażony w najwłaściwsze ze wszystkich podmiotów zasoby i narzędzia do analizy zachowań antykonkurencyjnych? Odpowiedź na to pytanie wydaje się jednoznaczna, tym bardziej, że zasadniczo, jak wynika z przeprowadzonej przez amerykański sąd analizy, dowodem na antykonkurencyjność RPM winien być test popytu⁸². Podobne uwagi można odnieść do zwiększenia kosztów przedsiębiorców. Wydaje się, że bazując na założeniu opłacalności *service hypothesis* – zwiększeniu jakości i innowacyjności w sytuacji większych przychodów spowodowanych RPM, bardziej opłacalnym może okazać się ponoszenie przez przedsiębiorcę np. kosztów monitoringu. W końcu jeśli zmiana w systemie prawa jest efektywna, to efektywna doktryna w większym stopniu powinna wymagać od podmiotów ryzyka takiej zmiany, niż sprawiać, że opierają się one na powodach by takiej zmiany nie wprowadzić⁸³.

Analiza słuszności zastosowania analizy ekonomicznej wymaga również określenia właściwości takiego rozwiązania ze względu na (różniące się w systemach prawnych) cele stawiane przed prawami konkurencji. Cele polskiego ustawodawstwa antymonopolowego zostały określone w art. 1 ust. 1 Ustawy. Jest nimi ochrona i rozwój konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Jak twierdzi Prezes UOKiK, głównym i nadrzędnym celem polityki konkurencji jest zapewnienie warunków do funkcjonowania konkurencji w gospodarce wszędzie tam, gdzie może ona wpływać na zwiększenie efektywności gospodarowania i innowacyjności, a co za tym idzie – dobrobytu konsumentów⁸⁴. Jest to zgodne z poglądami doktryny dotyczącymi ochrony konkurencji jako jednego z celów Ustawy określonych w jej art. 1. Podkreśla się bowiem, że Ustawa powinna chronić mechanizm, na którym opiera się gospodarka, co odpowiada postulatowi kierowania się standardem *consumer welfare*⁸⁵. Jak dodatkowo wskazuje Sąd Najwyższy „W tym ujęciu konkurencja jest procesem rywalizacji, który podlega

⁸⁰ F. van Doorn, *Resale price maintenance in EC Competition law: the need for standardized approach*, 6 listopada 2009) s. 20, dostępne na: <http://ssrn.com/abstract=1501070> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1501070>.

⁸¹ Podobnie Sędzia Breyer w: *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1st Cir. 1983): „Poza teoretyczną możliwością znalezienia sytuacji, w których horyzontalne lub wertykalne ustalanie cen jest ekonomicznie uzasadnione, sądy uważają je za nielegalne *per se*, uważając, że podstawy administracyjnej prostoty przeważają okazjonalne straty ekonomiczne. Odwrotnie jednak powinniśmy uważać, aby reguła lub precedens upoważniająca poszukiwanie niepożądanego zachowania cenowego nie doprowadziły do zniechęcenia uprawnionej konkurencji cenowej”.

⁸² Zmniejszenia popytu i wzrost lub nawet brak wzrostu ceny jest dowodem antykonkurencyjności. Zwiększenie popytu – nawet przy wzroście ceny – może być natomiast co do zasady dowodem prokonkurencyjności, (choć popyt może również wzrastać z innych przyczyn), albowiem świadczy o tym, że konsumenci odbierają taki produkt jako lepszy a więc zwiększający ich dobrobyt.

⁸³ E. Elhauge, *Harvard, not Chicago...*, s. 6.

⁸⁴ UOKiK, *Polityka Konkurencji na lata 2011-2013*, s. 6; Podobnie stwierdził Prezes UOKiK w decyzji z 26.04.2010 DOK – 3/2010 „ostatycznym celem ochrony konkurencji, o którym mowa w art. 1 uokik, jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów (tzw. *consumer welfare*)”.

⁸⁵ A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH 2003, nr 1, s. 17; D. Miąski, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 431; K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, LEX a Wolter Kluwer business, 2008, s. 42; T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012: „Także w naszym przekonaniu, ułtymatywnym celem ochrony konkurencji (podstawowym – materialnoprawnym – interesem publicznym tej ochrony) jest zaspokojenie dobrobytu konsumentów poprzez przeciwdziałanie strategiom przedsiębiorców, które nie są oparte na efektywności ekonomicznej (alokacyjnej, produkcyjnej, dynamicznej)”.

ochronie wyłączenie w zakresie, w jakim wiąże się z wywołaniem określonych, pozytywnych dla konsumentów skutków⁸⁶ oraz „tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane...”⁸⁷. Winno się ponadto wskazać, że dobrobyt konsumentów jest zwykle rozumiany w jego ujęciu dynamicznym, w związku z czym prawo konkurencji służy maksymalizacji nadwyżki (*maximization of surplus*)⁸⁸. Prezes UOKiK przedstawia rozumienie dobrobytu konsumentów jako „końcowe korzyści wynikające z konkurencji, takie jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku”⁸⁹. Nakierowanie więc celów Ustawy na dobrobyt konsumentów odpowiada prokonkurencyjnym skutkom przedstawionym w orzeczeniu Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin*, a więc uzyskaniu przez konsumentów jak najlepszych produktów poprzez możliwość ich lepszego wyboru, lepszą jakość wynikającą również z pobudzenia innowacyjności⁹⁰.

W świetle rozpoznawania przez orzecznictwo prokonkurencyjności i antykonkurencyjności RPM, braku poparcia w argumentach generowania wysokich kosztów postępowań oraz wątpliwości co do dowodów empirycznych wzrostu cen, zasadnym pytaniem jest: czy jest właściwym, by w takiej sytuacji prawo konkurencji, ciężar udowodnienia prokonkurencyjności RPM przy domniemaniu ich nielegalności nakładało na przedsiębiorcę w myśl art. 8 ust. 1 Ustawy? Na przeszkodzie zmianie na zastosowanie analizy skutkowej stanąć może jednak przeciwne jej prawo unijne i jego równoległe stosowanie z zasadami polskiego prawa konkurencji. Choć unijne prawo konkurencji również kieruje się zasadą ochrony interesu konsumentów⁹¹, to ograniczeniem mogą okazać się jego inne cele, jak np. wspólny rynek (który jednak nie musi być przeszkodą w przypadku RPM)⁹². Komisja Europejska wskazuje również na duże przywiązanie do ochrony struktury rynku i rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami na wszystkich jego poziomach, co jak widać, może pozostawać w sprzeczności z ochroną dobrobytu konsumentów w jego dynamicznym ujęciu.

Uważam jednak, że ze względu na pro- i antykonkurencyjne efekty, zastosowanie analizy skutkowej wobec RPM jest odpowiednie w świetle celów polskiego prawa konkurencji. W takim przypadku z przedsiębiorcy zdjęta bowiem zostanie wysoce niepewna możliwość udowodnienia prokonkurencyjności w świetle przesłanek art. 8 ust. 1 Ustawy⁹³. Podkreślić należy, że niepewności tej nie przeciwdziałają również wytyczne w sprawie zastosowania art. 101 ust. 3 TFEU⁹⁴, niedające żadnych wskazówek, jak odnieść wyłączenie do RPM (tym bardziej, że największy problem

⁸⁶ Wyr. SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06; OSNP 2007, Nr 21-22, poz. 337.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku*, iKAR 2012, nr 1(1).

⁸⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011r., RPZ-39/2011 oraz decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2011r., DOK-10/2011, w której stwierdza podobnie, że istotą konkurencji jest: „współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach”.

⁹⁰ Podkreślić jednak należy, że nie jest zasadną z tego powodu próba odniesienia zastosowań prawa antytrustowego USA do całości polskiego prawa konkurencji. Prawo antytrustowe nie definiuje bowiem jednoznacznie swoich celów, a większość jego komentatorów twierdzi, że celem tym jest opisany przez R. Borka *total welfare* błędnie jednak określony przez niego jako *consumer welfare* i w taki sposób cytowany przez amerykańskie sądy (bliżej: D. Sokol, R. Blair, *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust...*). Orzeczenie *Leegin* uznać więc należy za wyjątkowy przykład zbieżności obu systemów prawnych ze względu znajdujące się u ich podstaw reguły ekonomii prawa konkurencji.

⁹¹ Wyr. ETS z 27.03.2012 w sprawie C209/10, *Post Danmark A/S* przeciwko Konkurrenterådet pkt 42; wyrok SPI z 27.09.2006 w sprawie T-168/01, w sprawie *GlaxoSmithKline Services Unlimited* przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 118.

⁹² Chociaż w tym przypadku, odnosząc się do o zróżnicowania oceny RPM przez stany w USA, można zauważyć, że RPM nie jest praktyką znacząco wpływającą na istnienie wspólnego rynku. Część przedsiębiorców w USA stosuje bowiem krajową politykę cenową, uwzględniając zakazy *per se* stanów, jak Maryland, a część stosuje polityki cenowe *state-by-state*, co jest chyba przykładem bliższym Unii Europejskiej.

⁹³ Według wiedzy autora jedyną taką decyzją w związku z RPM jest decyzja Prezesa UOKiK z 04.11.2011 r., RKT-33/2011.

⁹⁴ Wytyczne dotyczące stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (Dz.U. C 101 z 27.4.2004).

pojawia się przy przesłance niezbędności ograniczenia, co w praktyce często czyni analizę skutków prokonkurencyjnych nieskuteczną). Wątpliwym jest więc by w takiej sytuacji przedsiębiorca podjął ryzyko zastosowania potencjalnie prokonkurencyjnych RPM (która to prokonkurencyjność jest dla niego opłacalna przy wzroście popytu). Obowiązek udowodnienia antykonkurencyjności na podstawie analizy skutkowej przeniesiony zostałby na organ antymonopolowy posiadający narzędzia do takiej analizy. Takie rozwiązanie byłoby zgodnym z art. 8 kodeksu postępowania administracyjnego – wymogiem praworządnego i sprawiedliwego prowadzenia postępowania. Zastosowanie samej praktyki przez przedsiębiorcę sprowadziłoby się natomiast do indywidualnej decyzji gospodarczej podmiotu działającego na rynku właściwym, znającym jego realia, a wobec tego będącego najodpowiedniejszym do oceny *a priori* czy taka strategia może przynieść wymierne prokonkurencyjne efekty (np. oceniającego potencjalną antykonkurencyjność według przesłanek przedstawionej wyżej strukturalnej reguły rozsądku) oraz jej monitorowania. Ocena RPM jako ograniczeń konkurencji ze względu na skutek prawdopodobnie doprowadzi również w wielu przypadkach, na rynkach produktowych wrażliwych na efekty *service hypothesis*, do wzrostu dobrobytu konsumentów.