

Jan Polański*

Neobrandeisianizm i polityczność ochrony konkurencji

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Prawo i polityka
 1. Big Tech
 2. Korzenie ideowe amerykańskiego prawa konkurencji
 3. Praktyka prawa konkurencji przed rewolucją chicagowską
 4. Polityczna rola prawa konkurencji
- III. Rewolucja chicagowska, „śmierć prawa antymonopolowego” i nowy ruch brandeisiański
 1. Szkoła chicagowska
 2. Postulaty nowego ruchu brandeisiańskiego
 3. Ordoliberalizm
- IV. Krytyka neobrandeisianizmu
- V. Istota dyskusji, konsekwencje i możliwość oddziaływania na percepcję ochrony konkurencji w Polsce
 1. Dyskusja w Stanach Zjednoczonych a stosowanie prawa w Polsce
 2. „Wolnościowe” i „dobrobytowe” prawo konkurencji
 3. Ramy dyskusji z polskiego punktu widzenia
 4. Dominująca narracja a odbicia w praktyce
- VI. Wnioski

Streszczenie

Wzrost znaczenia tzw. *Big Tech* doprowadził do wznowienia debat nad rolą prawa ochrony konkurencji. Podczas gdy w Europie dyskusje te przebiegają najczęściej w kontekście konkretnych spraw rozpatrywanych przez organy ochrony konkurencji, w Stanach Zjednoczonych w większym stopniu koncentrują się one na szerszym spojrzeniu na filozofię polityki antymonopolowej. W tym kontekście dominujący – jak się wydaje – pogląd, że prawo konkurencji powinno być coraz bardziej ekonomiczne i coraz mniej „polityczne” jest w ostatnim czasie kwestionowany przez zwolenników tzw. nowego ruchu brandeisiańskiego. Zwolennicy tego ruchu wskazują, że współczesne prawo konkurencji jest w istocie „martwe” i że dla jego odrodzenia konieczne jest przededefiniowanie sposobu jego postrzegania. W artykule omówiona zostaje istota toczącej się obecnie w Stanach Zjednoczonych debaty oraz jej potencjalny wpływ na stosowanie prawa konkurencji w Polsce. W artykule wskazano, że chociaż w prawie polskim tzw. chicagowska rewolucja nigdy nie została w pełni zrealizowana, to polskie prawo może wykazywać tendencję do dalszego dryfowania w kierunku „dobrobytowych” celów prawa konkurencji, które – podobnie jak w Stanach

* Radca Prezesa w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), Departament Ochrony Konkurencji. Wszystkie opinie i oceny wyrażone w niniejszym artykule stanowią opinie i oceny autora i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; <https://orcid.org/0000-0002-4048-1860>.

Zjednoczonych – nie muszą przystawać do faktycznej roli, jaka przypada temu prawu. Mając na względzie powyższe, w artykule zasugerowano potrzebę dalszej dyskusji nad celami ochrony konkurencji w Polsce, w tym ordoliberalnych podstaw dla tych działań. W artykule ponadto wskazano, że trudne do przesądzenia jest, na ile prawdopodobny jest długoterminowo sukces zwolenników neobrandeisianizmu, a także że dalszy kształt prawa konkurencji może być determinowany przez czynniki zewnętrzne, które nadają bieg ogólnej dyskusji na temat roli państwa w gospodarce.

Słowa kluczowe: Big Tech; brandeisianizm; cele; deregulacja; ekonomiczna analiza prawa; neobrandeisianizm; neoliberalizm; ochrona konkurencji; ordoliberalizm; prawo antymonopolowe; prawo konkurencji; strukturalizm; szkoła chicagowska.

JEL: K21

I. Wstęp

Określenie „polityczne prawo konkurencji” może jawić się jednoznacznie negatywnie, a ekonomizacja prawa konkurencji jako stałe źródło poprawy jego kształtu. Można zaryzykować stwierdzenie, że wyzwanie z prawa konkurencji elementów „politycznych” zaczęło przybierać na przestrzeni ostatnich lat podobny kształt do swego rodzaju „końca historii”, w którym „ekonomiczne prawo konkurencji” jest ostatecznym i szczytowym osiągnięciem. Niemniej obserwując toczące się w ostatnim czasie dyskusje, trudno nie zapytać: „czy leopold może zmienić swoje cętki?” – czy prawo konkurencji może stracić swoją polityczną naturę, którą miało u początku swoich dziejów? W kontekście wzrostu znaczenia tzw. Big Tech debata nad celami i kształtem prawa konkurencji odżyła bowiem ponownie i chociaż początkowo głosy krytyki względem dominującego (ekonomicznego) podejścia do prawa konkurencji były wykpiwane, chociażby już w samym określaniu tych głosów jako tzw. hipsterskiej ochrony konkurencji, to można odnieść wrażenie, że podejście to się zmienia.

W niniejszym artykule staram się prześledzić niektóre z wątków pojawiających się w toczącej się głównie w Stanach Zjednoczonych (aczkolwiek znajdującej odbicie również w Europie) debacie nad tzw. nowym ruchem brandeisiańskim, który odrzuca w znacznej mierze dorobek szkoły chicagowskiej i zmierza do odtworzenia „politycznej” roli prawa konkurencji. W tym celu w pierwszej kolejności wyjaśniam genezę debaty nad „nowym ruchem brandeisiańskim” oraz istotę pierwotnego, politycznego wymiaru prawa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych (Sekcja II). Następnie wskazuję, co oznaczała dla prawa antymonopolowego tzw. rewolucja chicagowska i jakie są główne postulaty neobrandeisianizmu (Sekcja III). W końcu wskazuję na zastrzeżenia względem neobrandeisianizmu (Sekcja IV) i staram się całość tej debaty odnieść do tendencji, jakie w mojej ocenie można dostrzec w postrzeganiu prawa konkurencji, a zarazem odnieść powyższe do stosowania prawa w Polsce (Sekcja V).

II. Prawo i polityka

Jakkolwiek trudno byłoby wskazać na pojedyncze zdarzenie związane z wykształceniem się nurtu argumentacyjnego, który określany jest jako „nowy ruch brandeisiański”, to zasadne wydaje się przypisanie istotnej roli w tym zakresie dwóm tekstom. Po pierwsze, artykułowi L. Khan

„Amazon Antitrust Paradox”, którego tytuł stanowił nawiązanie do wyznaczającej ekonomiczną transformację prawa konkurencji książki R. Borka z 1978 roku¹. Po drugie, opublikowanej w 2018 r. książce T. Wu „The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age”, która pierwszym członem tytułu nawiązuje do osławionego eseju L. Brandeisa „The Curse of Bigness”².

1. Big Tech

Wzrost znaczenia dużych przedsiębiorstw technologicznych, tzw. Big Tech, stał się przyczynkiem do wzmożonych dyskusji nad tym, czy współczesne prawo konkurencji jest w stanie dostarczyć odpowiedniej odpowiedzi na gwałtowny wzrost znaczenia tych podmiotów i uzależnienia sytuacji rynkowej od ich działań.

W powyższym kontekście L. Khan analizowała w swoim artykule rozwój i praktyki biznesowe Amazon, dochodząc do wniosku, że jego wpływ na funkcjonowanie szeroko pojętego systemu politycznego jest negatywny, a prawo konkurencji ukształtowane w wyniku „chicagowskiej rewolucji” nie jest zdolne ograniczyć lub wyeliminować tego negatywnego oddziaływania. „Chicagowską rewolucję” w prawie konkurencji L. Khan łączyła przede wszystkim z dwoma elementami. Po pierwsze, odejściem od strukturalizmu rynkowego na rzecz koncentracji na badaniu efektów cenowych praktyk podejmowanych przez przedsiębiorstwa (Khan, 2017, s. 719). Po drugie, odejściem od przypisywania prawu konkurencji wielu celów, w szczególności celów politycznych, na rzecz celu w postaci kreowania dobrobytu konsumentów (Khan, 2017, s. 720)³.

Znaczna część problemów, o których pisała L. Khan, była de facto dostrzegana w dyskursie amerykańskim już wcześniej, w szczególności w związku z kilka lat wcześniej toczoną dyskusją na temat tzw. neutralności sieci (*network neutrality*). W tym zakresie T. Wu jeszcze w 2010 r. opisywał zagrożenia związane z powstaniem monopolu technologicznych, rozwijając swoje poglądy w kolejnych tekstach, a w końcu podsumowując je w 2018 r. wprost wskazując na potrzebę powrotu do tzw. brandeisianizmu, tj. do korzeni amerykańskiego prawa antymonopolowego (Wu, 2011, s. 300 i n.; Wu, 2018a, s. 127 i n.). W tym zakresie, podobnie jak L. Khan, argumentował on, że zasadne jest porzucenie koncepcji dobrobytu konsumentów jako *idée fixe* prawa konkurencji.

2. Korzenie ideowe amerykańskiego prawa konkurencji

Dla zrozumienia powodów krytyki przedstawianej przez zwolenników nowego ruchu brandeisiańskiego, istotne jest wzięcie w pierwszej kolejności pod uwagę kontekstu, w jakim przyjmowane było amerykańskie ustawodawstwo antymonopolowe, a także roli jaką mu przypisywano.

Pewne zręby prawa konkurencji funkcjonowały w amerykańskim *common law* jeszcze przed wprowadzeniem go na poziom ustawy w 1890 roku (Amato, 1997, s. 8–9). Za niezgodne z prawem uznawano umowy, które w nieuzasadniony sposób (*unreasonably*) ograniczały swobodę handlu. W *common law* zakaz antykonkurencyjnych porozumień miał zatem pierwotnie wymiar bardziej wolnościowy, a nie efektywnościowy. Istotą zakazu było nie zwiększanie dobrobytu konsumentów,

¹ Khan, 2017. Lina Khan swój artykuł publikowała jeszcze jako studentka Uniwersytetu Yale, a w chwili pisania niniejszego artykułu jest wykładowcą na Uniwersytecie Columbia.

² Wu, 2018a; Brandeis, 1914/2009. Tim Wu jest profesorem Uniwersytetu Columbia, a zarazem byłym doradcą w Federalnej Komisji Handlu, a później w administracji Baracka Obamy.

³ W klasycznym chicagowskim ujęciu dobrobyt konsumentów odnosił się w istocie do tzw. dobrobytu społecznego, tj. wynikającego z osiągnięcia efektywności alokacyjnej. Niemniej kwestia dokładnej koncepcji dobrobytu konsumentów w opisywanym wyżej kontekście nie wpływała w istotny sposób na ramy dyskusji.

ale eliminowanie umów, które uznawano za nieuczciwe (niestanowiące realizacji wolności kontraktowej). Powyższe można, według mnie, przyrównać do sytuacji, w której w Locke'owskim stanie natury zawarta zostaje umowa np. zlecenia kradzieży. Umowa taka stanowi formę zobowiązania, ale nie stanowi ona formy realizacji wolności, ponieważ wykracza poza to, o co można się „uczciwie” umówić. Podobnie porozumienia ograniczające konkurencję – z uwagi na fakt, że porozumienia takie ograniczają wolność handlu, są niezgodne z prawem. Należy jednak zwrócić uwagę, że w tym pierwotnym rozumieniu określonym w *common law* faktyczny katalog umów ograniczających konkurencję, które były zakazane, był ograniczony, ponieważ rzadko spełniały one test ograniczenia wolności (Amato, 1997, s. 10).

Sam okres sprzed przyjęcia ustawy Shermana, tj. szczyt tzw. ery poślacanej (*Gilded Age*), stanowił czas wzrostu znaczenia trustów jako sposobu organizowania życia gospodarczego, a także promowania monopolizacji rynków przez niektóre grupy interesów. Na okres ten przypadał też wzrost nierówności oraz napięć społecznych prowadzących do wzmocnienia w Europie ruchów socjalistycznych, komunistycznych i anarchistycznych, a w Stanach Zjednoczonych do manifestowania niezadowolenia poprzez zwiększanie aktywności związków zawodowych i grup farmerów, a także do utworzenia Partii Anty-Monopolowej (*Anti-Monopoly Party*) i wzrostu widoczności populistycznych kandydatów na urząd prezydenta (Wu, 2018, s. 30).⁴

Ustawa Shermana przyjmowana była zatem z jednej strony w kontekście istnienia pewnej tradycji prawnej odnoszącej się do oceny budzących wątpliwości praktyk rynkowych, a zarazem zaostrzającej się dyskusji politycznej co do roli trustów. Niemniej, chociaż ustawa Shermana wykazywała związek z wywodzącym się z *common law* zakazem, rozszerzała go. Literalnie bowiem ustawa ta zakazywała „wszelkich umów ograniczającym obrót i handel”.

W swoim osławionym i przypominanym przez zwolenników Nowego Ruchu Brandeisiańskiego przemówieniu John Sherman, od którego nazwiska nazwę zyskała pierwsza amerykańska ustawa o charakterze antymonopolowym, mówił, że monopole są: „niezgodne z naszą formą rządów (...) Jeżeli nie jesteśmy w stanie znieść króla jako siły politycznej, to nie powinniśmy znosić królów w produkcji, transporcie i sprzedaży czegokolwiek potrzebnego do życia. Jeżeli nie oddajemy się pod władzę cesarzy, nie powinniśmy oddawać się pod władzę autokratów handlu”.⁵

⁴ W amerykańskim dyskursie „populizm” nie zawsze ma tak negatywne konotacje, jak w europejskim rozumieniu. „Populizm”, w szczególności w prawie ochrony konkurencji, wiązany jest z sympatyzowaniem ze „zwykłymi ludźmi” (*populus*), ale niekoniecznie musi być równoznaczny z agresywną i wewnętrznie sprzeczną retoryką. Samo uchwalenie ustawodawstwa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych jest silnie związane z ruchem populistycznym. Szerzej na temat populizmu: Orbach (2017), a także Stoller (2019), który zagadnienie populizmu przedstawia w kontekście sporów między hamiltonowską a jeffersonowską wizją demokracji, a do samych tendencji populistycznych odnosi się pozytywnie. Zob. również ogólne uwagi przykładowo: Zingales (2014, s. 108), ale także: Albright (2019, s. 226–228), która stwierdza wręcz: „Jeżeli populisci są (...) „tymi złymi” w debacie nad przyszłością demokracji, to kto dokładnie jest „tymi dobrymi”? Elitaryści? Nie wydaje mi się. Tak naprawdę, to elitaryści tworzą bardziej śmiertelne zagrożenie dla wolności niż populisci”.

⁵ *If the concentrated powers of this combination are intrusted to a single man, it is a kingly prerogative, inconsistent with our form of government, and should be subject to the strong resistance of the State and national authorities. If anything is wrong this is wrong. If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with the power to prevent competition and to fix the price of any commodity* (za: Bork, 1966, s. 39). Dla porównania Ludwig von Mises w jednym ze swoich esejów pisał: „Mówiąc o współczesnych przywódcach przemysłowych i liderach dużego biznesu, nazywają osobę „królem czekolady”, albo „królem bawełny”, albo „królem samochodów”. Używanie przez nich takiej terminologii wskazuje, że nie widzą w zasadzie żadnej różnicy między nowoczesnymi liderami przemysłu a feudalnymi królami, księżętami i lordami dawnych czasów. Tymczasem różnica jest znacząca, bo król czekolady wcale nie rządzi, on służy. Nie panuje nad podbitym terytorium, niezależny od rynku, niezależny od swoich klientów. Król czekolady – albo król stali, albo król samochodów, albo król jakiegokolwiek branży współczesnej gospodarki – polega na branży, w której działa i na klientach, którym służy. Ten „król” musi pozostawać na łasce swoich poddanych, na łasce klientów; traci swoje „królestwo”, gdy tylko przestaje być w stanie dostarczyć swoim klientom lepsze usługi po niższych kosztach niż inni, z którymi musi konkurować” (*In talking about modern captains of industry and leaders of big business ... they call a man a “chocolate king” or a “cotton king” or an “automobile king.” Their use of such terminology implies that they see practically no difference between the modern heads of industry and those feudal kings, dukes or lords of earlier days. But the difference is in fact very great, for a chocolate king does not rule at all, he serves. He does not reign over conquered territory, independent of the market, independent of his customers. The chocolate king — or the steel king or the automobile king or any other king of modern industry — depends on the industry he operates and on the customers he serves. This “king” must stay in the good graces of his subjects, the consumers; he loses his “kingdom” as soon as he is no longer in a position to give his customers better service and provide it at lower cost than others with whom he must compete*) (zob. Von Mises,

Jak zauważają zwolennicy nowego ruchu brandeisiańskiego również pierwsze istotne działania podejmowane przez administrację Theodore'a Roosevelta, służące wdrażaniu przyjętego ustawodawstwa antymonopolowego, miały jasny rys polityczny. Ten polityczny wymiar przejawiał się w podporządkowywaniu trustów uchwalonemu prawu i obejmowaniu ich polityczną kontrolą (Wu, 2018a, s. 53–54).

Dalsza dynamika rozwoju amerykańskiego ustawodawstwa antymonopolowego związana była z wyborem w 1912 r. na urząd prezydenta sprzyjającego temu ustawodawstwu Woodrowa Wilsona (Wu, 2018a, s. 74–76; zob. również: Kolasky, 2010; Orbach, 2017, s. 18). Powyższe oznaczało odrzucenie przez amerykańskich wyborców oferty nacjonalizmu gospodarczego proponowanego w późniejszym okresie kariery politycznej przez Theodore'a Roosevelta oraz oferty Eugene'a Debsa sprzyjającego rozwiązaniom socjalistycznym⁶. Na okres urzędowania Wilsona przypadło przyjęcie ustawy o Federalnej Komisji Handlu, a zarazem nominacja na urząd sędziego Sądu Najwyższego Louisa Brandeisa, doradcy Wilsona, a jednocześnie wieloletniej krytyka trustów, który brał udział w pracach nad wskazaną wyżej ustawą o Federalnej Komisji Handlu⁷. Sam Brandeis zasłynął również m.in. zbiorem esejów: „Other People's Money and How the Bankers Use It”, obejmującym tekst „A Curse of Bigness”, który stanowi jeden z punktów odniesienia dla zwolenników przededefiniowania podejścia do prawa konkurencji (Brandeis, 1914/2009).

Brandeis występował przeciwko trustom jeszcze nim zmaterializowały się pierwsze skutki uchwalenia ustawy Shermana w postaci rozbicia monopolu kolejowych oraz Standard Oil. Istnienie ustawodawstwa antymonopolowego Brandeis wiązał z realizacją ideałów wolności i demokracji, które w jego ocenie obejmować powinny nie tylko wolność polityczną i religijną, ale i gospodarczą (Brandeis, 1912). Powyższe wpisywało się w Wilsonowską platformę wyborczą określaną jako „Nowa Wolność” (*The New Freedom*). W tym, czy po uchwaleniu ustawy Shermana powinno promować się konkurencyjne rynki, czy pod naciskiem wąskich grup interesu akceptować funkcjonowanie monopolu, Brandeis dostrzegał zagrożenie dla demokracji i równości wobec prawa z uwagi na dopuszczenie do sytuacji, w której określone grupy obywateli stają ponad prawem (Brandeis, 1912). Brandeis wskazywał przy tym, że argumentuje się, że sama wielkość przedsiębiorstw nie jest „przestępstwem”, niemniej zauważał, że rozmiar przedsiębiorstw może wiązać się ze szkodą z uwagi na środki, które służą ich powiększaniu lub sposób wykorzystywania ich wielkości⁸. Brandeis dopuszczał przy tym, że monopol może przynosić większą efektywność, a konkurencja straty ekonomiczne, ale konkludował przy tym, że mało które działanie nie przynosi jakichś strat i że: „straty związane z funkcjonowaniem demokracji są jednymi z największych

1979/2006, s. 1). Nie oceniając poprawności ostatecznego wniosku Misesa, warto jednak zwrócić uwagę, że dokonane przez niego porównanie jest błędne w tym sensie, że feudalni władcy, wbrew zawartej w porównaniu sugestii, również nigdy nie działali w oderwaniu od woli swoich poddanych, o czym przekonali się dotkliwie niektórzy władcy zarówno angielscy, jak i francuscy, a w ujęciu teoretycznym filmerem ustępujący tradycji politycznej wyrażonej w sposób kompleksowy przez Locke'a.

Zob. jednak Orbach (2013, s. 2257–2268), który przestrzega przed przypisywaniem zbyt dużej wagi wypowiedziom poszczególnych senatorów głoszącym za przyjęciem ustawy Shermana (która w przyjętym kształcie odbiegała dodatkowo od oczekiwań samego senatora Shermana), do czego skłonni byli zarówno zwolennicy brandeisianizmu (np. sędzia Learned Hand), jak i przedstawiciele szkoły chicagowskiej (np. R. Bork).

⁶ Mimo że Theodore Roosevelt jest znany jako pierwszy „pogromca trustów”, jego podejście do trustów było złożone, a zwalczanie ich w większym stopniu wiązało się z samym sprzeciwem Theodore'a Roosevelta względem braku ich podporządkowania władzy politycznej – w późniejszym okresie kariery politycznej Theodore'a Roosevelta bardziej widoczne stawało się jego zainteresowanie hamiltonowską wizją systemu politycznego oraz koncepcją porządku gospodarczego, w ramach którego „duży biznes” współpracuje z rządem (zob. Stoller, 2019, s. 1–24).

⁷ Na temat wpływu L. Brandeisa na W. Wilsona, a także niechęci elit politycznych i prawniczych względem objęcia przez L. Brandeisa urzędu sędziego Sądu Najwyższego, zob. Stoller, 2019, s. 19–24.

⁸ *Size, we are told, is not a crime. But size may, at least, become noxious by reason of the means through which it was attained or the uses to which it is put* (zob. Brandeis, 1914/2009, s. 163).

oczywistych marnotrawstw, ale mamy w demokracji zalety, które istotnie przeważają nad tymi stratami i czynią ją bardziej wydajną niż absolutyzm”⁹.

Wilson z kolei wskazywał przykładowo: „(...) jest różnica między dużymi przedsiębiorstwami a trustami. Trust jest formą układu zmierzającego do pozbycia się konkurencji, a duże przedsiębiorstwa, to przedsiębiorstwa, które przetrwały konkurencję dzięki wygrywaniu na polu rozumienia i ekonomii (...) Jestem za dużymi przedsiębiorstwami, ale jestem też przeciwny trustom. Każdemu, kto jest w stanie przetrwać dzięki swojemu rozumowi, każdemu, kto jest w stanie pozbyć się konkurencji poprzez oferowanie konsumentowi produktów taniej, podczas gdy jednocześnie podnosi ich wewnętrzną wartość i jakość, mówię: „czapki z głów” i mówię: „Jesteś człowiekiem, który tworzy Stany Zjednoczone i chciałbym, żeby było więcej takich, jak ty”¹⁰. Wilson zauważał jednocześnie, że czym innym jest wzrost organiczny przedsiębiorstw i konkurencja uczciwymi metodami, a czym innym działania ukierunkowane na wykupywanie potencjalnych konkurentów i zamykanie dostępu do rynku.

Mimo że wygraną w wyborach prezydenckich Wilsona i nominację Brandeisa do Sądu Najwyższego można uznać za swego rodzaju triumf wizji stosunków społecznych wyznaczanych przez politykę antymonopolową, nie oznacza to bynajmniej, że „przekleństwo wielkości”, o którym pisał Brandeis, było konsekwentnie zwalczane. Jak się zauważa, rozpoczęcie polityki New Deal stwarzało wręcz zagrożenie przedwczesnej śmierci polityki antymonopolowej na rzecz bezpośredniej regulacji gospodarki (Wu, 2018a, s. 78–79)¹¹. W istocie również polityka gospodarcza rządu federalnego nigdy nie przyjęła charakteru konsekwentnie nieprzychylnego dominowaniu rynków przez duże przedsiębiorstwa. Przykładowo, monopol AT&T od swoich wczesnych lat był konsekwentnie wspierany, jeżeli nie przez całość władzy wykonawczej, to przynajmniej przez na tyle istotną jej część, aby przeciwstawiać się próbom ograniczania jego pozycji.¹²

Thurman Arnold jeszcze w 1937 r. wypowiadał się o roli prawa antymonopolowego w sposób dosadny¹³. W swoim „The Folklore of Capitalism” wskazywał, że mimo reputacji „pogromcy trustów” Theodore Roosevelt w istocie nie wskórał wiele w zakresie zwalczania monopolu, a amerykańska gospodarka nadal doświadczała wzrastającej koncentracji siły rynkowej (Arnold, 1937, s. 211). Na powyższym Arnold jednak nie poprzestawał i porównywał uchwalenie prawa antymonopolowego do ustaw zakazujących prostytucji, stwierdzając, że podobnie jak w przypadku tych ostatnich, ustawodawstwo antymonopolowe miało raczej służyć moralnemu oczyszczeniu, a nie konsekwentnemu zwalczaniu monopolu. W konsekwencji podobnie jak w amerykańskich miastach

⁹ *The wastes of democracy are among the greatest obvious wastes, but we have compensations in democracy which far outweigh that waste and make it more efficient than absolutism* (zob. Hamilton, 1914, s. 325).

¹⁰ *That is the difference between a big business and a trust. A trust is an arrangement to get rid of competition, and a big business is a business that has survived competition by conquering in the field of intelligence and economy. A trust does not bring efficiency to the aid of business; it buys efficiency out of business. I am for big business, and I am against the trusts. Any man who can survive by his brains, any man who can put the others out of the business by making the thing cheaper to the consumer at the same time that he is increasing its intrinsic value and quality, I take off my hat to, and I say: “You are the man who can build up the United States, and I wish there were more of you.”* (zob. Wilson, 1913/2005).

¹¹ Zob. jednak również Stoller (2019, s. 25–51), który przedstawiając historię amerykańskiej tradycji antymonopolowej i populistycznej odnosi się pozytywnie do okresu New Dealu, a w sposób bardziej negatywny zarysowuje okres bezpośrednio go poprzedzający, tj. tzw. mellonizm.

¹² Pierwsze próby rozbicia AT&T miały miejsce w latach 50., niemniej nie powiodły się one. AT&T przez długi czas cieszyło się poparciem ze strony Federalnej Komisji Komunikacji (FCC), a także Departamentu Obrony (AT&T odgrywało istotną rolę w przemyśle zbrojeniowym Stanów Zjednoczonych). AT&T rozbite zostało dopiero w latach 80. w związku ze swoimi antykonkurencyjnymi praktykami. Należy przy tym pamiętać, że monopol AT&T nie był prostym monopolem odnoszącym się do linii komunikacyjnych, ale całości systemu telekomunikacyjnego. Oznaczało to np. że AT&T zamykało możliwość rozwoju konkurencji na rynkach powiązanych z rynkiem telekomunikacyjnym takich jak m.in. akcesoria do telefonów (zob. szerzej Wu, 2011, s. 101–114 i 188–195).

¹³ Thurman Arnold był profesorem Uniwersytetu Yale, a zarazem późniejszym Zastępcą Prokuratora Generalnego (Assistant Attorney General) odpowiadającym za sprawy antymonopolowe w latach 1938–1943.

prostyucja nadal była obecna, tak władze federalne wykazywały dużą tolerancję dla funkcjonowania monopoli i ich praktyk (Arnold, 1937, s. 208). Gdy Thurman Arnold objął urząd w Departamencie Sprawiedliwości, przystąpił do energicznego wdrażania ustawodawstwa antymonopolowego.¹⁴

Polityczna rola prawa antymonopolowego zyskała na znaczeniu wraz z wygraną przez Stany Zjednoczone II Wojny Światowej, a jednocześnie z wejściem w okres zimnej wojny. Gdy w latach 50. Kongres rozważał przyjęcie nowelizacji ustawy Claytona, tak aby w większym stopniu zabezpieczała ona przed koncentrowaniem się rynków, jeden z senatorów popierających te zmiany, Estes Kefauver, wskazywał np.: „Nie jestem alarmistą, ale historia tego, co wydarzyło się w innych krajach, gdzie fuzje i koncentracje uplasowały kontrolę gospodarczą w rękach bardzo niewielu ludzi, jest zbyt jasna, żeby przejść nad nią obojętnie. Osiągany jest w pewnym momencie punkt, a my szybko zmierzamy do tego punktu w tym kraju, że społeczeństwo podejmuje działania służące przejściu kontroli, gdy koncentracja i monopole zyskują zbyt wiele władzy. Przejęcie kontroli przez społeczeństwo poprzez jego rząd zawsze podąża jedną lub dwoma metodami i ma jeden lub dwa polityczne skutki. Albo skutkuje wyłonieniem się państwa faszystowskiego, albo nacjonalizacją gospodarki i następnie państwem socjalistycznym lub komunistycznym”¹⁵.

Sąd Najwyższy w tym samym okresie podnosił natomiast ustawodawstwo antymonopolowe do rangi „konstytucji gospodarczej gwarantującej wolność” (karty praw gwarantujących tę wolność), stwierdzając, że: „ustawa Shermana została ukształtowana do pełnienia roli wyczerpującej karty praw gwarantujących wolność gospodarczą i ukierunkowanej na zapewnienie wolnej i nieograniczonej konkurencji jako reguły handlu. Opiera się ona na założeniu, że nieograniczana interakcja konkurencyjnych sił przyniesie najlepszą alokację naszych gospodarczych zasobów, najniższe ceny, najwyższą jakość, a także największy postęp materialny, **a zarazem zapewni środowisko sprzyjające zachowaniu naszych demokratycznych instytucji politycznych i społecznych**”¹⁶.

Jeszcze pod koniec lat 70., R. Pitofsky opublikował z kolei swój wpływowy tekst: „The Political Content of Antitrust”, w którym m.in. wskazywał, że: „Jest złą historią, złą polityką i złym prawem wyłączenie pewnych celów politycznych przy interpretacji prawa antymonopolowego”¹⁷. W artykule wskazywał na zagrożenia dla systemów demokratycznych związane z koncentracją siły rynkowej, w tym również na to, że wzrost „prywatnej” siły rynkowej może ostatecznie sprzyjać

¹⁴ Powyższe dotyczyło między innymi przemysłu filmowego (zob. Wu, 2011, s. 164), niemniej nie ograniczały się do niego i do 1939 r. objęło kilkadziesiąt branż (zob. Wu, 2020b, s. 12–13). Działanie Thurmana Arnolda nie było w tym zakresie odosobnione. Chociaż okres Nowego Ładu wdrażanego przez Franklina Roosevelta może być postrzegany jako okres wzrostu regulacji, a zarazem współpracy między „dużym biznesem” i rządem, to w końcu lat 30. polityka ta zaczęła się zmieniać, a w 1938 r. Roosevelt wskazywał Kongresowi na zagrożenia związane ze wzrostem prywatnej „władzy” (zob. Steinbaum i Stucke, 2018, s. 5). Ta zmiana w polityce administracji Franklina Roosevelta wiązana jest również z faktem, że obóz demokratyczny popierający New Deal obejmował zwolenników polityki kooperacji z „dużym biznesem”, jednak na zasadach określonych przez władzę polityczną (tj. realizujących również wcześniejsze koncepcje Theodore’a Roosevelta), a także „populistów” sprzyjających polityce antymonopolowej. Jednocześnie Sąd Najwyższy, w tym L. Brandeis, sprzeciwiał się bezpośredniej regulacji gospodarki, pozostawiając jednak możliwość korzystania z ustawodawstwa antymonopolowego (zob. Stoller, 2019, s. 125 i 134; Wu, 2020b, s. 8–9).

¹⁵ *I am not an alarmist, but the history of what has taken place in other nations where mergers and concentrations have placed economic control in the hands of very few people is too clear to pass over easily. A point is eventually reached, and we are rapidly reaching that point in this country, where the public steps in to take over when concentration and monopoly gain too much power. The taking over by the public through its government always follows one or two methods and has one or two political results. It either results in a Fascist state or the nationalization of industries and thereafter a Socialist or Communist state* (za: Pitofsky, 1979, s. 1063).

¹⁶ *The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality, and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions* (356 U.S. 1 (1958), *Northern Pacific R. Co. v. United States*).

¹⁷ *It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws* (zob. Pitofsky, 1979, s. 1051). Robert Pitofsky był dwukrotnym komisarzem Federalnej Komisji Handlu, pełniąc w latach 90. również funkcję jej przewodniczącego, co dodatkowo sprawia, że jego słynny tekst stanowi swego rodzaju świadectwo sposobu postrzegania prawa antymonopolowego w Stanach Zjednoczonych.

interwencjonizmowi, służącemu poddaniu tej siły rynkowej bezpośredniej kontroli politycznej¹⁸. Jednocześnie jednak wskazywał, że do politycznych celów prawa konkurencji nie powinna należeć ochrona konkurentów (zamiast konkurencji), ochrona kontrahentów w dostępie do produktów ani redystrybucja dochodów na potrzeby społeczne. Polityczne cele ochrony konkurencji powinny być raczej realizowane, np. poprzez przyjmowanie domniemań, że określone działania rynkowe, np. koncentracje prowadzące do zbyt daleko idącej akumulacji udziałów rynkowych, są zabronione.

3. Praktyka prawa konkurencji przed rewolucją chicagowską

Z perspektywy czasu przedchicagowska praktyka prawa konkurencji jest znana przede wszystkim z dwóch typów spraw: tych, które można określić jako „duże sprawy”, kończące się przyjęciem strukturalnych środków zaradczych oraz takich, które w późniejszym okresie stały się przedmiotem krytyki ze strony zwolenników szkoły chicagowskiej.

Za „duże sprawy” można uznać w szczególności sprawy, które jako pierwsze wyznaczały dynamikę rozwoju amerykańskiego prawa konkurencji, takie jak postępowanie dotyczące *Northern Securities* (kolej) i *Standard Oil* (przemysł naftowy) – obie zakończone przyjęciem strukturalnych środków zaradczych¹⁹. Jak wskazano wcześniej, okres New Deal wytworzył sytuację, tworzącą ryzyko „śmierci” prawa antymonopolowego. Niemniej wraz z ograniczaniem natężenia działań podejmowanych w ramach New Deal można mówić o drugiej generacji dużych spraw, do których można zaliczyć np. sprawy *Alcoa* i *Columbia Steel*²⁰.

I tak przykładowo w sprawie *Alcoa* sędzia Learned Hand wskazywał m.in.: „Jest możliwe, z uwagi na swoje pośrednie społeczne i moralne skutki, preferowanie systemu małych producentów, każdego zależnego w swoim sukcesie od jego własnych umiejętności i charakteru, względem systemu, w którym wielkie masy tych zaangażowanych, muszą akceptować uznaniowość niewielu”²¹.

Z kolei w sprawie *Columbia Steel*, rozstrzygniętej na niekorzyść Departamentu Sprawiedliwości, w swojej opinii krytykującej przyjęte rozstrzygnięcie, sędzia Douglas wskazywał, że amerykańska gospodarka ma problem z „wielkością” (przedsiębiorstw) i że ta wielkość może stanowić zagrożenie zarówno gospodarcze, jak i społeczne. Douglas wskazywał również, że wielkość ta stanowi wyznacznik władzy grupy osób nad całą gospodarką i że filozofia ustawy Shermana polega na tym, że taka władza nie powinna istnieć, bo ma ona tendencję do przekształcania się w swego rodzaju formę „rządu”. Ponadto argumentował on, że: „Władza, która kontroluje gospodarkę, powinna być w rękach wybieralnych przedstawicieli narodu, nie rękach przemysłowej oligarchii”²².

¹⁸ Warto odnotować, że chociaż R. Pitofsky występował tym samym przeciwko koncepcji prawa antymonopolowego prezentowanego przez szkołę chicagowską oddziałującą silnie na politykę konserwatywnej administracji R. Reagana, to w tym wymiarze jego poglądy nie były zupełnie obce niektórym przedstawicielom amerykańskiej myśli konserwatywnej. Podobne co do istoty, aczkolwiek przedstawiane w innym kontekście, poglądy dotyczące niebezpieczeństw związanych z wzrostem przedsiębiorstw prezentował przykładowo R. Weaver (por. Weaver, 1948/2010, s. 143).

¹⁹ 193 U.S. 197 (1904), *Northern Securities Co. v. United States*; 221 U.S. 1 (1911), *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*.

²⁰ 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), *United States v. Aluminum Co. of America*; 334 U.S. 495 (1948), *United States v. Columbia Steel Co.* Na temat złożonego tła historycznego sprawy *Alcoa* (której przebieg pokrywał się częściowo z okresem II Wojny Światowej), w tym sporów w samej administracji federalnej, a także napięć między administracją federalną a sądami, zob. Stoller, 2019, s. 135–152; Wu, 2020b, s. 20–26.

²¹ *It is possible, because of its indirect social or moral effect, to prefer a system of small producers, each dependent for his success upon his own skill and character, to one in which the great mass of those engaged must accept the discretion of a few. These considerations, which we have suggested only as possible purposes of the Act, we think the decisions prove to have been in fact its purposes.*

²² „Mamy problem wielkości. Lekcja z niej powinna być już odcisnięta w naszej pamięci przez Brandeisa. Przekleństwo wielkości pokazuje, jak wielkość może stać się zagrożeniem – zarówno gospodarczym, jak i społecznym. Może być zagrożeniem gospodarczym, bo kreuje duże nierówności względem obecnych lub przyszłych konkurentów. Może być zagrożeniem społecznym, bo kontroluje ceny. Kontrola nad cenami w sektorze stali stanowi potężny lewar na naszej gospodarce. Cena stali wpływa bowiem na ceny setek innych produktów. Nasze ceny wpływają w dużym stopniu na to, czy znajdujemy się w okresie rozwoju czy kryzysu – gospodarkę obfitości czy niedostatku. Wielkość w sektorze stali powinna być zatem uważnie monitorowana. Ostatecznie, wielkość w sektorze stali jest wyznacznikiem władzy grupy osób nad naszą gospodarką. Ta władza może być błyskawicznie wykorzystana. Może być ona łagodna, ale może być niebezpieczna. Filozofia ustawy Shermana jest taka, że ta władza nie powinna istnieć. Każda władza ma bowiem

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego w sprawie *Columbia Steel* dało dodatkowy impuls do nowelizacji ustawy Claytona w postaci ustawy Celler–Kefauvera z 1950 r., której założeniem było wyeliminowanie luk, które w ocenie projektodawców stwarzały pole do koncentracji siły rynkowej (por. Pitofsky, 1979, s. 1070).

Uchwalenie ustawy Celler–Kefauvera stworzyło przestrzeń dla przyjęcia jednego z najbardziej kontrowersyjnych w późniejszym czasie rozstrzygnięć – *Brown Shoe*²³. W sprawie tej, mimo niskich udziałów koncentrujących się przedsiębiorstw, sąd uznał, że koncentracja nie powinna mieć miejsca, stwierdzając m.in.: „Nie możemy pozwolić sobie na pominięcie chęci Kongresu co do promowania konkurencji poprzez ochronę opłacalnych, małych, posiadanych lokalnie biznesów. Kongres wziął pod uwagę, że okazyjne wyższe koszty i ceny mogą wynikać z utrzymania branż i rynków o rozbitej strukturze. Kongres rozstrzygnął te sprzeczne interesy na rzecz decentralizacji”²⁴. Orzeczenie o podobnej wymowie zapadło w innej głośnej sprawie, *Philadelphia National Bank*²⁵.

W celu odtworzenia atmosfery orzecznictwa okresu przedchicagowskiego warto również zwrócić uwagę na orzeczenia, które odnosiły się do konkretnych zagadnień z zakresu praktyk ograniczających konkurencję. I tak przykładowo, w skrajnych przypadkach sądy były skłonne uznać, że oferowanie produktu po niskich cenach było antykonkurencyjne (drapieźnictwo cenowe), nawet jeżeli prowadziło do wejścia na rynek monopolisty nowego gracza. Innymi słowy, poprzez przyjęcie sztywnej reguły oceny działań mogły de facto pośrednio chronić monopolistę (Khan, 2017, s. 725–726). W odniesieniu do ograniczeń wertykalnych prawo konkurencji było podejrzliwe i tak np. wertykalne ustalanie cen odsprzedaży szybko stało się zakazane *per se*²⁶. Z kolei w sprawie *Schwinn*, Sąd Najwyższy uznał, że umowa zamkniętego systemu dystrybucji rowerów prowadzonego przez producenta o silnej (ale nie dominującej) pozycji rynkowej stanowiła naruszenie *per se*, ponieważ ograniczała wolność dystrybutora, poddając go woli producenta i sprawiając, że dystrybutor ten stawał się niejako „pracownikiem” producenta²⁷.

tendencję do przekształcania się w formę rządu. Władza, która kontroluje gospodarkę powinna być w rękach wybieralnych przedstawicieli narodu, nie rękach przemysłowej oligarchii. Władza gospodarcza powinna być zdecentralizowana. Powinna być rozbita między wiele rąk, tak aby los ludzi nie zależał od zachcianek lub kaprysu, uprzedzeń politycznych, ani stabilności emocjonalnej kilku wyznaczonych przez samych siebie osób. Fakt, że te osoby nie są złymi ludźmi, ale szanowanymi i wykazującymi wrażliwość społeczną, jest pozbawiony znaczenia. Taka jest filozofia i nakazy ustawy Shermana. Ustawa ta opiera się na koncepcji wrogości względem koncentracji w prywatnych rękach władzy tak wielkiej, że tylko rząd powołany przez obywateli powinien ją mieć” (*We have here the problem of bigness. Its lesson should by now have been burned into our memory by Brandeis. The Curse of Bigness shows how size can become a menace -- both industrial and social. It can be an industrial menace because it creates gross inequalities against existing or putative competitors. It can be a social menace -- because of its control of prices. Control of prices in the steel industry is powerful leverage on our economy. For the price of steel determines the price of hundreds of other articles. Our price level determines in large measure whether we have prosperity or depression -- an economy of abundance or scarcity. Size in steel should therefore be jealously watched. In final analysis, size in steel is the measure of the power of a handful of men over our economy. That power can be utilized with lightning speed. It can be benign, or it can be dangerous. The philosophy of the Sherman Act is that it should not exist. For all power tends to develop into a government in itself. Power that controls the economy should be in the hands of elected representatives of the people, not in the hands of an industrial oligarchy. Industrial power should be decentralized. It should be scattered into many hands, so that the fortunes of the people will not be dependent on the whim or caprice, the political prejudices, the emotional stability of a few self-appointed men. The fact that they are not vicious men, but respectable and social-minded, is irrelevant. That is the philosophy and the command of the Sherman Act. It is founded on a theory of hostility to the concentration in private hands of power so great that only a government of the people should have it.*)

²³ 370 U.S. 294, 344 (1962), *Brown Shoe Co. v. United States*. Zob. również uwagi dotyczące tej sprawy w: Amato, 1997, s. 18; Pitofsky, 1979, s. 1070.

²⁴ *We cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned businesses. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved these competing considerations in favor of decentralization.*

²⁵ 374 U.S. 321 (1963), *United States v. Philadelphia National Bank*. Warto przy tym odnotować, że (faktycznym) autorem opinii w przedmiotowej sprawie był R. Posner, w tamtym czasie asystent sędziego Brennana. Ponad pół wieku później R. Posner odniósł się negatywnie do sporządzonej przez siebie opinii (zob. Witts, 2017).

²⁶ Czego nie należy jednak mylić ze znanym w Europie zakazem „ze względu na cel”. Sam zakaz RPM *per se* budził jednak kontrowersje od samego początku i tak np. sam Brandeis krytykował Sąd Najwyższy za jego podejście do stosowania RPM (zob. Hovenkamp, 2019, s. 121). Wśród zwolenników neobrandeisianizmu RPM również bywa postrzegany jako praktyka, która powinna być w niektórych przypadkach dozwolona, ponieważ może sprzyjać zachowywaniu niezależności mniejszych przedsiębiorców i tym samym sprzyjać budowaniu zdrowego systemu demokratycznego i gospodarczego, który nie jest uzależniony od struktur oligopolistycznych i oligarchicznych (zob. Stoller, 2019, s. 349 i 384–385, który opisuje zmianę percepcji w latach 80. (zarówno w obozie demokratycznym, jak i republikańskim) tzw. *fair trade laws*, pozwalających na wertykalne ustalanie cen).

²⁷ 388 U.S. 365 (1967), *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* Zob. również: Amato, 1997, s. 25.

Poza wskazanymi wyżej rozstrzygnięciami można również wskazać na sprawy, w których ujawniały się pewne elementy szerszego spojrzenia na działania przedsiębiorstw. Za przykład takiej sprawy można uznać postępowanie dotyczące *Associated Press* z 1945 roku²⁸. W sprawie tej Sąd Najwyższy w sposób uproszczony przyjął, że *Associated Press* posiadało wystarczająco silną pozycję na rynku, żeby jego praktyki poddać pod rozważenie. Ponadto rozpatrując sprawę, sąd odnosił się do argumentów *Associated Press*, które swoje antykonkurencyjne praktyki chciało bronić, domagając się ochrony w ramach przysługującej mu wolności słowa. Sąd jednak tych argumentów nie przyjął, stwierdzając pośrednio, że praktyki *Associated Press* nie tylko ograniczały handel, lecz także stanowiły ograniczenie wolności słowa, na którą powoływało się samo *Associated Press*²⁹. Sędzia Frankfurter w swojej opinii popierającej wyrok Sądu Najwyższego szedł w tych stwierdzeniach dalej, wskazując, że prasa jako typ działalności gospodarczej ma charakter szczególny, a „prawda”, której dotyczy działalność prasy, to dobro zupełnie inne niż „orzeczki lub ziemniaki”. W konsekwencji jakiegokolwiek ograniczenia dotyczące tego mającego szczególne znaczenie dla funkcjonowania demokracji rynku wymagają dużo większej uwagi niż na innych rynkach³⁰.

4. Polityczna rola prawa konkurencji

Podejście do prawa konkurencji w pierwszych kilku dekadach funkcjonowania amerykańskiego ustawodawstwa antymonopolowego może ze współczesnego punktu widzenia budzić wątpliwości. Tym, co może szczególnie razić w dawnych amerykańskich dyskusjach antymonopolowych, są naznaczone swego rodzaju patosem ostrzeżenia przed tym, że koncentracja siły rynkowej może prowadzić do przekształcenia się gospodarki kapitalistycznej w socjalistyczną, a demokracji w faszyzm lub socjalizm.

W mojej ocenie powyższe nie powinno jednak przesłaniać istotniejszych wniosków, które wynikają z refleksji na temat „dawnego” prawa konkurencji. Za istotne należy uznać, według mnie, odwołania – zarówno w debatach nad prawem antymonopolowym, jak i w niektórych z omówionych orzeczeń – do prywatnej „władzy”. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na ciekawą interpretację powyższego zagadnienia, którą przedstawia G. Amato. Zwraca on uwagę, że w prawie konkurencji odbija się odwieczny spór o to, jaka powinna być relacja między władzą publiczną a „władzą” prywatną (Amato, 1997, s. 110 i n.; por. Wu, 2020a, s. 66–68)³¹. W tym ujęciu prawo konkurencji

²⁸ 326 U.S. 1 (1945), *Associated Press v. United States*.

²⁹ Sąd Najwyższy stwierdził w tym zakresie: „Niewątpliwie dyspozycja, że rząd sam nie powinien hamować wolnego przepływu myśli nie daje schronienia nie-rządowym ustaleniom, które nakładają ograniczenia na tę konstytucyjną wolność. Wolność publikowania oznacza wolność dla wszystkich, a nie dla niektórych. Wolność publikowania jest zagwarantowana przez Konstytucję, ale wolność do czynienia ustaleń, powstrzymujących innych przed publikowaniem nie jest. Wolność prasy od ingerencji rządu w ramach Pierwszej Poprawki [do Konstytucji] nie sankcjonuje ograniczania tej wolności przez podmioty prywatne” (*Surely a command that the government itself shall not impede the free flow of ideas does not afford nongovernmental combinations a refuge if they impose restraints upon that constitutionally guaranteed freedom. Freedom to publish means freedom for all, and not for some. Freedom to publish is guaranteed by the Constitution, but freedom to combine to keep others from publishing is not. Freedom of the press from governmental interference under the First Amendment does not sanction repression of that freedom by private interests*).

³⁰ „Wolna prasa jest niezbędna dla funkcjonowania naszego demokratycznego społeczeństwa. Działalność prasy, a przez to i działalność *Associated Press*, polega na promowaniu prawdy w odniesieniu do spraw publicznych poprzez dostarczanie podstawy do zrozumienia tych spraw. Prawda i zrozumienie nie są dobrami takimi jak orzeszki lub ziemniaki. W konsekwencji doniosłość ograniczeń w promowaniu prawdy poprzez odmowę dostępu do podstaw dla rozumienia [tych spraw] wymaga rozważenia okoliczności bardzo odmiennych od podobnych ograniczeń wynikających ze wspólnego przedsięwzięcia mającego jedynie wymiar gospodarczy.” (*A free press is indispensable to the workings of our democratic society. The business of the press, and therefore the business of the Associated Press, is the promotion of truth regarding public matters by furnishing the basis for an understanding of them. Truth and understanding are not wares like peanuts or potatoes. And so, the incidence of restraints upon the promotion of truth through denial of access to the basis for understanding calls into play considerations very different from comparable restraints in a cooperative enterprise having merely a commercial aspect.*)

³¹ W podobny, aczkolwiek nieco inny niż G. Amato, sposób Stoller (2019, s. 3), który problem ten odnosi do sporu między hamiltonowską i jeffersonowską wizją systemu politycznego oraz tego, czy „władza” powinna być skoncentrowana w rękach elity, banków i monopolii (Hamilton), czy powinna być rozproszona między obywateli (Jefferson).

jest nie tyle prawem służącym maksymalizowaniu dobrobytu ekonomicznego konsumentów, ile wyznacznikiem i ogranicznikiem dla akumulacji władzy prywatnej wynikającej z budowania i niewłaściwego wykorzystywania pozycji ekonomicznej.

Prawo konkurencji nie było zatem „polityczne” w tym sensie, że w swym założeniu miało służyć realizowaniu doraźnych celów politycznych lub kształtowaniu polityki gospodarczej prowadzonej przez władzę wykonawczą. Wręcz przeciwnie, jego polityczna rola (polityczna zawartość) sprowadzała się do tego, że w systemie politycznym, który tworzy zarazem ramy wyznaczające pole działalności gospodarczej, prawo antymonopolowe pełniło funkcję „bezpiecznika”. Jakkolwiek w indywidualnych sprawach funkcjonowanie tego bezpiecznika wiązało się z oceną działania podmiotów gospodarczych i w tym sensie miało charakter „ekonomiczny” (gospodarczy), to posiadało ono również bardziej doniosłą „polityczną” rolę.

Tą polityczną rolą było zabezpieczanie demokratycznych instytucji politycznych i społecznych przed ewentualnym negatywnym wpływem „władzy” prywatnej wynikającej ze wzrostu znaczenia podmiotów gospodarczych dla funkcjonowania wspólnoty politycznej (*civitas*). Negatywny wpływ na instytucje demokratyczne mógł przejawiać się przykładowo w korumpowaniu systemu politycznego (jak przez XIX-wieczne trusty) lub oddziaływaniu na demokratyczny charakter stosunków społecznych w sposób sprzyjający wykształceniu się tendencji autorytarnych lub skłaniających rządy do bezpośredniej ingerencji w gospodarkę w celu uzyskania poparcia na fali niezadowolonia społecznego wynikającego z poczucia uzależnienia od przedsiębiorstw dominujących gospodarczo.

W tym ujęciu „polityczna rola” prawa antymonopolowego nie musiała stawać się głównym wyznacznikiem ocen w poszczególnych sprawach (np. w formie: „ta praktyka musi być potępiona, bo bezpośrednio zagraża systemowi politycznemu”), ale raczej stanowiła uzasadnienie dla określania bardziej abstrakcyjnych wzorców działania (np. w duchu: „uznajemy, że nadmierna koncentracja siły rynkowej nie sprzyja optymalnemu kształtowaniu stosunków społecznych, a jej wykorzystanie w niewłaściwy sposób narusza wolność gospodarczą innych, dlatego określamy pewne abstrakcyjne reguły, które będziemy egzekwować”). W konsekwencji zatem w sprawie *Brown Shoe* sąd mógł być skłonny przychylić się do zakazania koncentracji, ponieważ naruszała ona zbiór reguł, które finalnie służyły zabezpieczeniu wartości uznanych za istotne przez ustawodawcę. Z kolei w sprawie *Associated Press*, dla sędziów Sądu Najwyższego kwestia tego, że sprawa miała szczególne znaczenie dla zapewnienia zdrowego funkcjonowania systemu politycznego nie musiała pozostawać bez znaczenia dla oceny działań rynkowych i mogła skłaniać do większej ostrożności.

W tym ujęciu prawo antymonopolowe było zatem bardziej „prawem”, a nie jednostkowymi przypadkami regulacji. Ochrona konkurencji w istocie mogła odznaczać się pewną formalnością (*form-based approach*), jednak podejście to posiadało swoje głębsze uzasadnienie. W mojej ocenie dobrym podsumowaniem powyższego jest stwierdzenie Brandeisa, że w poszczególnych przypadkach monopol może być bardziej efektywny, a konkurencja rynkowa przynosić straty, ale podobnie demokracja przynosi liczne straty. W konsekwencji możliwe jest preferowanie określonych kategorii działań, a zwalczanie innych, niezależnie od tego, jakie są ich konkretne skutki w danej sprawie. Wynika to natomiast ostatecznie z faktu, że centralnym problemem prawa antymonopolowego w powyższym rozumieniu jest sprzyjanie systemowi politycznemu promującemu

wolność (w tym gospodarczą), a nie po prostu maksymalizację dobrobytu ekonomicznego w ujęciu określonej szkoły rozumowania ekonomicznego.

III. Rewolucja chicagowska, „śmierć prawa antymonopolowego” i nowy ruch brandeisiański

1. Szkoła chicagowska

Wraz z rozwojem orzecznictwa prawo konkurencji poddawane było coraz głębszej analizie z punktu widzenia ekonomii. Szkoła chicagowska, która zrewolucjonizowała ostatecznie podejście do prawa antymonopolowego, początkowo w rozwoju tej analizy miała jednak marginalne znaczenie. Jej początki należy wiązać z koncepcjami tworzonymi przez Aarona Directora, wykładowcę Uniwersytetu w Chicago. Koncepcje te opierały się na ocenie spraw antymonopolowych przez pryzmat teorii cen (Posner, 1978, s. 925–926; por. Amato, 1997, s. 20–21; Wu, 2018a, s. 83–85). W tym ujęciu dominujące do lat 60. podejście do prawa konkurencji budziło wątpliwości. Powyższe dotyczyło w szczególności restrykcyjnego podejścia do wertykalnych porozumień i koncentracji, oceny drapieżnictwa cenowego, praktyk polegających na wiązaniu i przenoszeniu pozycji rynkowej z jednego rynku na drugi. Zasadniczo w pierwotnym chicagowskim ujęciu jedynym typem praktyk, które utrzymały jakiś zakres domniemania szkodliwości, a przez to nielegalności, były porozumienia horyzontalne (Amato, 1997, s. 22). Szkoła chicagowska postulowała, wbrew wcześniejszym interpretacjom, że prawo konkurencji za nielegalne powinno uznawać jedynie te praktyki, które prowadzą do szkód w dobrobycie konsumentów.

Powyższa interpretacja znalazła poparcie w argumentach przedstawionych przez R. Borka, zgodnie z którymi to ochrona tego dobrobytu była pierwotnym i jedynym zamiarem amerykańskiego ustawodawcy (Bork, 1966; Wu, 2018a, s. 87)³². Przez dobrobyt konsumentów R. Bork rozumiał dobrobyt społeczny, co zarazem stwarzało podstawy zastosowania teorii cen. Należy jednak zwrócić uwagę, że antymonopolowa rewolucja proponowana przez szkołę chicagowską zbiegała się z innymi istotnymi wydarzeniami w Stanach Zjednoczonych. Po pierwsze, w latach 70. Stany Zjednoczone zaczynały odczuwać presję konkurencyjną ze strony przedsiębiorstw japońskich i europejskich (Amato, 1997, s. 38). Po drugie, w samym prawie konkurencji przedstawiciele szkoły harwardzkiej wywierali presję na ekonomizację prawa konkurencji (Wu, 2018, s. 103; Stoller, 2019, s. 252–253). Po trzecie, lata 70. to początek kryzysu naftowego oddziałującego na całość gospodarki Stanów Zjednoczonych (Amato, 1997, s. 24). Po czwarte, lata 70. to początek presji na deregulację, która w końcu znalazła najpełniejszy wyraz w programie wyborczym Ronalda Reagana (Wu, 2011, s. 242; Crane, 2014, s. 835)³³. Po piąte, zarówno w obozie republikańskim, jak i demokratycznym już od końca lat 50. zachodziły istotne zmiany ideologiczne³⁴. Zwrócić można również uwagę na wzrost znaczenia oryginalizmu w amerykańskim dyskursie prawnym,

³² R. Bork, mimo początkowo socjalistycznych przekonań, stał się jednym z najbardziej wpływowych uczniów A. Directora (w młodości również ideowego socjalisty), znanym jako zwolennik ograniczania roli państwa w gospodarce, co do poglądów R. Borka zobacz przykładowo: *Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the United States Supreme Court: Hearings Before the Committee on the Judiciary, United States Senate, One Hundredth Congress, First Session, on the Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, Tom 1, s. 294 i 437; Wu, 2018a, s. 85 i 87; Stoller, 2019, s. 230 i 241–250.

³³ Zob. również: Orbach (2017, s. 19), który zwraca uwagę, że począwszy od lat 60. „populizm” na rzecz działań państwa w gospodarce zaczął wygasać, a działania sądów z czasem przystosowały się do nowej narracji społecznej, wykazującej skłonność do „populizmu” antyregulacyjnego.

³⁴ Zmiany te związane były z jednej strony z faktem, że w polityce amerykańskiej doszło do „zmiany pokoleniowej” polegającej na tym, że zarówno wyborcy, jak i ich reprezentanci w coraz mniejszym stopniu posiadali własne doświadczenie gospodarki amerykańskiej sprzed New Deal, a także na spadku znaczenia populizmu i wzroście znaczenia tendencji technokratycznych, a w końcu presji związanej z poszukiwaniem nowych formuł prowadze-

do którego przychylił się sam R. Bork (niedoszły sędzia Sądu Najwyższego) i Antonin Scalia (sędzia Sądu Najwyższego)³⁵.

Ujęcie prawa antymonopolowego promowane przez R. Borka było podchwytywane przez federalne sądy – dotyczyło to przykładowo sprawy *Sylvania*³⁶. W sprawie tej jeden z sądów apelacyjnych rozpatrywał przypadek podobny do wertykalnego porozumienia w sprawie *Schwinn*, o którym mowa była wcześniej. Sąd ten odmówił jednak uznania praktyki za antykonkurencyjną, czyniąc przy tym uwagi, że celem ustawy Shermana jest promowanie dobrobytu konsumentów. Sąd Najwyższy, rozpatrując sprawę *Sylvania*, zdecydował się na odrzucenie swojego dawnego podejścia ze sprawy *Schwinn*, aczkolwiek nie bez kontrowersji wśród orzekających sędziów. Zauważano bowiem, że przyjęcie w sprawie *Sylvania* założenia, że rozpatrywana praktyka nie miała charakteru naruszenia *per se* otwierało drogę do utraty charakteru naruszenia *per se* również przez wertykalne ustalanie cen. Ponadto niektórzy sędziowie zwracali uwagę, że cele prawa konkurencji są bardziej złożone (Ginsburg, 2014, s. 944). Sąd Najwyższy jakkolwiek nie odniósł się do kwestii dobrobytu konsumentów jako celu prawa konkurencji, to w swojej analizie skoncentrował się na badaniu kwestii efektywności ekonomicznej. Dwa lata później w sprawie *Reiter* Sąd Najwyższy wprost czynił już odwołanie do R. Borka i jego tezy, że Kongres uchwalił ustawę Shermana jako „przepis na dobrobyt konsumentów”³⁷.

Podsumowując w połowie lat 90. obraz amerykańskiego prawa antymonopolowego, G. Amato stwierdził, że jakkolwiek przeszło ono duże zmiany, zostało okrojone, a z uwagi na swoją techniczność również coraz bardziej nieprzeniknione dla szerszego kręgu odbiorców, to: „w żadnym razie nie jest martwe” (Amato, 1997, s. 33). G. Amato wskazywał m.in., że amerykańskie prawo antymonopolowe pokazało to tym, że mimo wszystko „przetrawało (...) kampanię masowej sterylizacji, w którą zaangażowała się przez wszystkie z ośmiu lat swojego funkcjonowania administracja prezydenta Reagana”. W tym zakresie można przyznać G. Amato rację, ostatecznie w latach 80. doszło np. do podziału AT&T³⁸. Z kolei próby podważania przed sądami przez sam reaganowski Departament Sprawiedliwości (w formie *amicus curiae*) stanowiska, zgodnie z którym wertykalne ustalanie cen stanowi naruszenie *per se*, spotkało się z silną reakcją Kongresu polegającą na zakazaniu administracji federalnej wydatkowania swojego budżetu na próby podważenia tej interpretacji (Amato, 1997, s. 35; First i Waller, 2013, s. 2557)³⁹. Szkoła chicagowska nie zyskała pełnej akceptacji i jeszcze pod koniec lat 80. poddawana była silnej krytyce za wypaczenie celów i historii ustawodawstwa antymonopolowego (zob. przykładowo: Fox, 1987). Szkoła chicagowska spotkała się również z krytyką z punktu widzenia ekonomicznego, w szczególności

nia polityki po aferze Watergate i związanym z nią wstrząsami politycznym zarówno w obozie republikańskim, jak i demokratycznym (zob. Stoller, 2019, s. 196–223, 312–331).

³⁵ Zob. również Wu (2018a, s. 90) w zakresie znaczenia oryginalizmu prawnego dla szkoły chicagowskiej. Warto przy tym odnotować, że R. Bork i A. Scalia przed uzyskaniem nominacji do Sądu Najwyższego obaj orzekali, w podobnym czasie, jako sędziowie federalni w sądzie apelacyjnym dla obwodu dystryktu Kolumbii – obaj zostali nominowani do tego sądu przez R. Reagana i objęli swoje urzędy w 1982 roku.

³⁶ 433 U.S. 36, 49–50 (1977), *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* Amato, 1997, s. 25 i kolejne; Ginsburg, 2014, s. 944.

³⁷ 442 U.S. 330 (1979), *Reiter v. Sonotone Corp.* Ginsburg, 2014, s. 945.

³⁸ Aczkolwiek należy zwrócić uwagę, że samo rozbitcie AT&T można postrzegać nie tylko jako emanację funkcjonowania prawa antymonopolowego, lecz także w znacznej mierze formę deregulacji. AT&T utrzymywało monopol również dzięki regulacjom federalnym, a podważanie przez nie polityki deregulacji spotkało się ze sprzeciwem władz federalnych (por. Wu, 2011, s. 192–193).

³⁹ Zob. jednak wyr. Sądu Najwyższego w sprawie *Leegin*, 551 U.S. 877 (2007), w którym sąd odnosi się do stanowiska przedstawianego w odniesieniu do RPM przez federalne organy ochrony konkurencji, a także samo stanowisko przedstawione przez Federalną Komisję Handlu w postaci *amicus curiae* w tej sprawie (No. 06-480).

w kontekście czynionych przez nią uproszczeń (Wu, 2018b, s. 3; zob. również Jurczyk, 2012, s. 97–98; Khan, 2020, s. 1666–1671).

Można jednak zwrócić uwagę na spostrzeżenia R. Posnera, który w rozmowie z 2017 r. wspominał swoją karierę sędziego w ten sposób, że gdy rozpoczął orzekać w 1981 r. to przez kilka lat spotykał się z ciekawymi sprawami antymonopolowymi, jednak z czasem wszystkie one znikły, a w końcu podsumował: „bo przecież prawo antymonopolowe jest martwe, czyż nie?”⁴⁰. W okresie funkcjonowania administracji Billa Clintona przedmiotem zainteresowania stały się praktyki Microsoft, niemniej mimo zwycięstw sądowych po zmianie administracji na republikańską sprawa została zamknięta ugodą (Wu, 2018a, 101)⁴¹. Sama administracja George’a Busha nie inicjowała nowych spraw dotyczących monopolizacji (Wu, 2018a, 108)⁴². Kierunek rozwoju amerykańskiego prawa antymonopolowego również się nie zmienił⁴³. I tak przykładowo w głośnej sprawie *Verizon* Sąd Najwyższy przyznawał możliwości zaistnienia monopolu istotną rolę⁴⁴. Z kolei samo AT&T, podzielone jeszcze w latach 80., w ciągu kolejnych dwudziestu lat w znacznej mierze, w drodze kolejnych koncentracji, odbudowało swoją pozycję⁴⁵. Wybiegając natomiast kolejne lata naprzód, w 2020 r., mimo prób zablokowania kontrowersyjnej transakcji *T-Mobile/Sprint*, sąd zezwolił na dalszą koncentrację amerykańskiego rynku telekomunikacyjnego (zob. Wu, 2019).

Zasadne wydaje się przyjęcie, że gdyby amerykańskie prawo antymonopolowe mogło mówić, to zapewne powiedziałoby, że: „pogłoski o mojej śmierci są mocno przesadzone”. Niemniej w świetle z jednej strony genezy tego prawa i jego ewolucji, z drugiej zaś – rozrostu przedsiębiorstw w sektorach m.in. technologicznym, telekomunikacyjnym, żywnościowym i farmaceutycznym, zmniejszenia operatywności tego prawa i jego utechnicznienia do poziomu obcego laikowi, tezy o śmierci prawa antymonopolowego można uznać za zrozumiałe – prawo to w coraz większym stopniu może być bowiem postrzegane jako „przeciwdziałające ewentualnym negatywnym skutkom monopolu (które same w sobie są jednak wątpliwe i z których zwalczaniem należy uważać, aby przypadkiem nie schłodzić konkurencji)”. W tym ujęciu „śmierć prawa antymonopolowego” nie oznacza braku jakiegokolwiek działania, raczej zasygnalizowanie, że prawo to mogło zboczyć ze swojego pierwotnego toru⁴⁶.

2. Postulaty nowego ruchu brandeisiańskiego

Mając na względzie przedstawiony wyżej kontekst, podstawowym postulatem przedstawicieli nowego ruchu brandeisiańskiego jest przywrócenie operatywności prawa konkurencji. Drogę do powyższego zwolennicy tych ujęć widzą w odejściu od założenia, że celem prawa konkurencji jest ochrona dobrobytu konsumentów. Zmiana ta jest ściśle powiązana z tym, że z punktu widzenia

⁴⁰ Rozmowa między R. Posnerem i L. Zingalesem, konferencja Stigler Center for the Study of the Economy and the State: *Is There a Concentration Problem in America?* (27–29 marca 2017 r.). Samo podsumowanie wypowiedzi przez R. Posnera należy jednak uznać za ironiczne.

⁴¹ Zob. jednak krytyczne uwagi w odniesieniu do administracji Billa Clintona w zakresie stosowania prawa antymonopolowego (Stoller, 2019, s. 422).

⁴² Zob. również szerszy przegląd statystyk dotyczących antymonopolowych działań amerykańskich organów federalnych w: Steinbaum i Stucke (2018, s. 8–10).

⁴³ Aczkolwiek szkoła chicagowska spotkała się z krytyką i na przestrzeni lat przedstawiane były argumenty podważające niektóre z twierdzeń przedstawicieli szkoły chicagowskiej (argumenty postchicagowskie).

⁴⁴ 540 U.S. 398 (2004), *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*.

⁴⁵ Aczkolwiek można zauważyć, że pozycja AT&T latach 80. i po odrodzeniu różniła się z uwagi na same zmiany technologiczne, które pojawiły się na rynku m.in. w wyniku rozbicia monopolu AT&T.

⁴⁶ Por. jednak First i Waller (2013, s. 2543), którzy zwracają uwagę, że pierwsze głosy związane ze „śmiercią” prawa konkurencji można datować jeszcze na połowę lat 60., gdy R. Hofstadter wskazywał, że: „kiedyś Stany Zjednoczone miały ruch antymonopolowy bez postępowań antymonopolowych, a teraz mają postępowania antymonopolowe, ale nie mają ruchu antymonopolowego” (zob. także: Hovenkamp, 2018, s. 583–585; por. również: Stoller, 2019, s. 207–210 i 219–223 w zakresie działalności samego R. Hofstadtera).

neobrandeisiańskiego podstawowa oś krytyki obecnego kształtu prawa konkurencji opiera się na wskazaniu, że „dobrobytowa” teoria prawa konkurencji wynika z błędnego przedstawienia pierwotnej intencji związanej z uchwaleniem ustawodawstwa antymonopolowego⁴⁷. Przedstawiciele neobrandeisianizmu wskazują, że równoważenie różnych interesów jest naturalnym elementem sądenia, a dostarczając sądom jedyny akceptowalny wyznacznik ocen w postaci dobrobytu konsumentów, szkoła chicagowska dała w istocie sądom „wymówkę do niewykonywania swojej pracy” (Wu, 2018b, s. 6)⁴⁸. Samo kryterium ocen w postaci dobrobytu konsumentów wbrew swojemu pierwotnemu założeniu nie dostarczyło jednoznacznego testu tego co dozwolone i zabronione, a raczej forum dla przedstawiania wielu technicznych interpretacji w zasadzie w dowolnej sprawie poza sprawami najbardziej oczywistymi (Wu, 2018b, s. 6)⁴⁹. Zwolennicy neobrandeisianizmu odnoszą się krytycznie zarówno do formuły prawa konkurencji zaproponowanej przez szkołę chicagowską, jak i względem ujęć postchicagowskich jako niezdolnych do odpowiedniej korekty niedoskonałości interpretacji chicagowskiej (Khan, 2020, s. 1676).

Zamiast „dobrobytowego” podejścia do prawa, przedstawiciele neobrandeisianizmu uznają za pożądane powrót do ochrony konkurencji jako procesu rynkowego (Wu, 2018a, s. 136; Wu, 2018b, s. 2)⁵⁰. Istotą takiego testu miałyby być określenie, czy dane działanie stanowi jedynie element zwykłej konkurencji, czy jego założeniem jest zmniejszenie lub zniszczenie konkurencji (Wu, 2018b, s. 9). I tak, przykładowo, w sprawie *Actavis* Sąd Najwyższy miał zastosować ten właśnie test, odnosząc się do tego, że praktyka stwarzała „potencjał dla rzeczywistych negatywnych skutków dla konkurencji”, a nie odnosząc się do dobrobytu konsumentów⁵¹.

Chociaż na pierwszy rzut oka taka zmiana może nie wydawać się znacząca albo wręcz może nie pozwalać na zidentyfikowanie, w czym przejawia się różnica takiego podejścia względem ochrony dobrobytu konsumentów, to wydaje się, że jej znaczenie jest istotne. W szerszej perspektywie należy przyjąć, że konsekwencją tego ogólnego postulatu byłoby odejście od dyrektywy kwantyfikowania lub estymacji szkód w postaci spadku dobrobytu na rzecz uznania, że określone praktyki są po prostu zakazane lub domniemywa się, że ich wpływ na stan konkurencji jest negatywny. Za przykład powyższego działania w przeszłości można uznać uchwalenie ustawy Claytona, która wskazywała na konkretne typy zakazanych praktyk, doprecyzowując tym samym dużo bardziej ogólną formułę znaną z ustawy Shermana, którą z kolei sądy zwężyły, stwierdzając, że ustanowiony zakaz odnosi się do ograniczeń nadmiernych (*unreasonable*) (por. Khan, 2020, s. 1680). Zmiany ukierunkowane na zachowanie szerokiego charakteru zakazów określonych przez ustawodawstwo antymonopolowe można zatem uznać za wpisujące się w postulaty przedstawicieli neobrandeisianizmu.

⁴⁷ Zob. tło historyczne przedstawione przez Baraka Orbacha, cytowanego przez zwolenników neobrandeisianizmu (Orbach, 2013). Podobnie H. Hovenkamp stwierdzał, że analiza R. Borka była „naciągana i silnie kierowana jego własną ideologiczną agendą” (za: Crane, 2014, s. 841). Por. jednak szersze uwagi tego autora przedstawiane w obronie sposobu argumentacji R. Borka (Crane, 2014, s. 841–844).

⁴⁸ Pół wieku wcześniej H. Blake i W. Jones problem ograniczenia wymiaru prawa antymonopolowego porównywali do: „mierzenia trójwymiarowego świata jednowymiarową linijką” (zob. Blake i Jones, 1965, s. 422).

⁴⁹ Por. również: Hovenkamp (2018, s. 590), który zwraca uwagę, że np. amerykański Sąd Najwyższy nigdy nie określił, którą definicję „dobrobytu konsumentów” przyjmuje w swoich orzeczeniach, a także: Melamed i Petit (2019, s. 757), którzy omawiając zagadnienie dobrobytu konsumentów w innym kontekście pośrednio przyznają, że różne organy ochrony konkurencji bazując na standardzie dobrobytu konsumentów mogą dojść w podobnej sprawie do zupełnie innych wniosków (a także: Orbach, 2013, s. 2272–2277; podobnie Khan, 2020, s. 1675–1676).

⁵⁰ Zob. również inne propozycje abstrahujące od dobrobytu konsumentów Steinbaum i Stucke (2018, s. 11–12) i podobnie, aczkolwiek w nieco innym ujęciu Orbach (2013).

⁵¹ 570 U.S. 136 (2013), *Federal Trade Commission v. Actavis*. Opinia przygotowana przez sędziego S. Breyera (uważany za liberała, nominowany przez B. Clintona). Warto przy tym odnotować, że opinię krytykującą zgłosił w sprawie A. Scalia (zob. również Wu, 2018b, s. 8).

Za inny przykład takiej zmiany można, według mnie, uznać również propozycję L. Khan przedstawioną w kontekście specyfiki rynków cyfrowych i dotyczącą podejścia do drapieżnictwa cenowego. Zmiana ta polegałaby na tym, że w prawie amerykańskim porzucony zostałby wymóg wykazania, że podmiot zaangażowany potencjalnie w drapieżnictwo cenowe będzie miał możliwość podniesienia w przyszłości cen i odrobienia strat (Khan, 2017, s. 791). Należy przy tym podkreślić, że ta konkretna zmiana w sposobie dowodzenia nie jest bezrefleksyjna – opiera się ona na założeniu, że występują powody do założenia, że na rynkach cyfrowych strategie stosowania drapieżnictwa cenowego mogą być bardziej złożone niż przewidywali to przedstawiciele szkoły chicagowskiej i powyższe – w połączeniu z chronieniem konkurencji jako procesu – miałyby uzasadniać zmianę sposobu dowodzenia praktyki.

Ochrona konkurencji jako procesu w szerszej perspektywie zmierzałaby natomiast do tego, aby wyznaczyć pewne ogólne wzorce zachowania i oceniać te zachowania, a nie zmierzać do maksymalizowania ilości określonego dobra, co dodatkowo jest utrudnione, ponieważ sam „dobrobyt konsumentów” nie jest pojęciem jednoznacznym. Powyższe porównywane jest do sytuacji, w której sędzia na boisku ma za zadanie oceniać proces konkurowania między zawodnikami, a nie to czy wynik współzawodnictwa prowadzi do maksymalizacji „dobrobytu fanów dyscypliny” (Wu, 2018b, s. 9; por. podobne ujęcie tematu przedstawione z punktu widzenia teorii prawa: Andriychuk, 2009, s. 14).

W obszarze kontroli koncentracji przedstawiciele neobrandeisianizmu również widzieliby zasadność powrotu do przedchicagowskiego podejścia, a częściowo reformy tego systemu. Zauważają bowiem, że samo przyjęcie, że kontrola koncentracji wymaga badania efektów cenowych stanowiło odejście od testu „istotnego ograniczenia konkurencji” sformułowanego przez Kongres (Wu, 2018a, s. 128). Za pewne minimum w tym zakresie uznają np. przyjęcie domniemania, że redukcja liczby konkurentów poniżej czterech prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji (Wu, 2018a, s. 129). W wymiarze samego sposobu prowadzenia analizy zwracają przy tym uwagę na zbyt niechętnie uwzględnianie możliwości, że przejmowane przedsiębiorstwa mogą w przyszłości stać się źródłem presji konkurencyjnej, co w praktyce wiązało się ze stosunkowo łatwym przyzwoleniem np. na koncentracje dokonywane w ostatnich latach przez Facebook i Google (Wu, 2018a, s. 128). Przedstawiciele neobrandeisianizmu byłiby również skłonni do zachowywania większej uwagi w zapewnianiu rozdziału w prowadzeniu działalności na powiązanych wertykalnie rynkach, w szczególności w sektorach, w których integracja wertykalna może tworzyć szczególnie istotne konflikty interesów (por. Khan, 2017, s. 792–796; zob. również: Wu, 2011, s. 311–313).

W zakresie samego sposobu prowadzenia polityki konkurencji przedstawiciele neobrandeisianizmu dostrzegają potrzebę powrotu w Stanach Zjednoczonych do tradycji „dużych spraw”, tj. prowadzenia nawet wieloletnich i złożonych postępowań przeciwko dużym przedsiębiorstwom, jeżeli powstaje podejrzenie, że działają one niezgodnie z prawem (Wu, 2018a, s. 131). Wskazują także, że wraz z prowadzeniem tego rodzaju spraw przywrócone powinno zostać stosowanie strukturalnych środków zaradczych jako sposobu rozwiązywania problemu ograniczeń konkurencji (Wu, 2018a, s. 132). W tym zakresie zwracają uwagę, że bez ryzyka rozbicia naruszającego prawo przedsiębiorstwa, środki mniej dolegliwe tracą na znaczeniu (Wu, 2011, s. 315). Zwolennicy neobrandeisianizmu pozytywnie odnoszą się też do prób wzmocnienia kompetencji organów ochrony konkurencji poprzez np. przyznanie im uprawnień do prowadzenia badań rynkowych,

w wyniku których możliwe byłoby przyjęcie środków *ex ante* wspierających konkurencję na rynku (Wu, 2018a, s. 133–134; Khan, 2020, s.1680-1681)⁵². W warunkach amerykańskich ten ostatni postulat może być też postrzegany jako zmierzający do nadania Federalnej Komisji Handlu bardziej jednoznacznej roli instytucjonalnej⁵³.

3. Ordoliberalizm

W swojej krytyce współczesnego kształtu prawa konkurencji przedstawiciele neobrandeisianizmu nie ograniczają się do odniesień do amerykańskiej tradycji antymonopolowej i zwracają uwagę na związki między brandeisianizmem a europejskim ordoliberalizmem (Wu, 2018a, s. 82; Wu, 2020a, s. 67–73)⁵⁴. Ordoliberalizm przypisuje prawu konkurencji rolę jako elementowi służącemu ochronie wolności, czyniąc z niego „konstytucję gospodarczą” (zob. szerzej: Gerbrandy, 2019; Deutscher, E. i Makris, 2016). W powyższym kontekście tradycja ordoliberalna wskazywana jest jako potencjalna europejska baza ideowa dla przeformułowywania prawa konkurencji.

W mojej ocenie powiązanie tych dwóch nurtów wydaje się uzasadnione, aczkolwiek można odnotować, że brandeisianizm w warstwie pojęciowej w większym stopniu koncentrował się na wielkości podmiotów gospodarczych (*the curse of bigness*), podczas gdy ostatecznym produktem ordoliberalizmu było ustawodawstwo, które w warstwie pojęciowej koncentruje się na zachowaniach (np. „nadużycia”). Należy jednak stwierdzić, że w praktyce te różnice wydają się mniej znaczące z uwagi na to, że z jednej strony poglądy samego Brandeisa były bardziej złożone, a w samym ordoliberalizmie, który rozwijał się znacznie później, w początkowym okresie również funkcjonowały różne nurty myślenia.

IV. Krytyka neobrandeisianizmu

Krytycy wskazują, że podważanie postulatów neobrandeisianizmu nie jest łatwym zadaniem, co wynika jednak nie z samych argumentów przedstawianych przez zwolenników tego nurtu, ale braku klarownego obrazu koncepcji, na których się on opiera (Crane, 2019, s. 1. Zob. również: Portuese i Wright, 2020, s. 18). Tej klarowności nie sprzyja również to, że wszelkie odwołania do „nowego ruchu” lub „nurtu neo-” sugerują pole do unowocześnienia podejścia postulowanego przez samego Brandeisa i pierwszych zwolenników postrzegania prawa antymonopolowego w podobny sposób.

Należy jednak przyznać, że powyższe braki wynikają z faktu, że podczas gdy szkoła chicagowska stała się przedmiotem dyskusji, gdy wykrystalizowały się już w niej główne przesłanki proponowanego podejścia oraz określona literatura opisująca proponowany kierunek zmian, neobrandeisianizm zyskał uwagę nim zaistniał w większym stopniu jako kierunek orzeczniczy lub przedmiot dyskusji akademickich. Szkoła chicagowska zbudowała swoją pozycję poprzez przechylenie szali orzeczniczej i przekonania środowiska antymonopolowego, z kolei uwaga wywalczona przez neobrandeisianizm wynika przede wszystkim z zainteresowania środowisk luźniej

⁵² Powyższe odpowiadałoby narzędziu zaproponowanemu w 2020 r. przez Komisję Europejską (*New Competition Tool*).

⁵³ Co do nie w pełni jednoznacznej roli Federalnej Komisji Handlu, zob. przykładowo: Wu (2018a, s. 77). Zob. również Stoller (2019, s. 26 i 67) w przedmiocie krytyki Federalnej Komisji Handlu przedstawianej w początkowym okresie jej działalności, a zarazem w kontekście jej szeroko zakrojonych kompetencji.

⁵⁴ Zob. również Stoller (2019, s. 226), który odnosi się pozytywnie zarówno do ordoliberalizmu, jak i poglądów Friedricha von Hayeka, doszukując się w nich podobieństwa z poglądami L. Brandeisa (podobnie: Wu, 2020b, s. 10).

związanych z prawem antymonopolowym⁵⁵. Z drugiej strony zwraca się jednak uwagę, że powyższa różnica w sposobie budowania poparcia nie powinna być ignorowana, bo nie można wykluczać, że „korekta kursu” wyznaczonego przez szkołę chicagowską nastąpi nie przez podobny proces zmiany przeświadczeń środowiska antymonopolowego, lecz przez presję polityczną i społeczną (Jones i Kovacic, 2020, s. 4).

Naturalnym punktem krytyki neobrandeisianizmu jest jego niechęć względem ochrony wąsko pojętego dobrobytu konsumentów. Ostatecznie bowiem to koncepcja dobrobytu konsumentów stała się motorem zmian dla wdrożenia postulatów szkoły chicagowskiej. W tym zakresie wskazuje się, że odejście od koncepcji dobrobytu konsumentów niesie za sobą przywrócenie tych problemów, które szkoła chicagowska chciała zniwelować, tj. w pierwszej kolejności niejednoznaczność prawa konkurencji (Dorsey, Klick, Rybnicek i Wright, 2019, s. 352–353, 364–365; Hovenkamp, 2018, s. 589)⁵⁶. Prawo antymonopolowe, którego przedmiotem zainteresowania jest jedynie efektywność ekonomiczna, nie wymaga ważenia jakichkolwiek wartości, a „jedynie” dokonania rachunku ekonomicznego.

Z powyższego zagadnienia wynikają również inne kontrargumenty względem neobrandeisianizmu. Przede wszystkim, w ocenie krytyków, odejście od dobrobytu konsumentów stwarza pole dla działania grup interesów i mniejszego obiektywizmu prawa antymonopolowego⁵⁷,⁵⁸. „Przejęcie” prawa konkurencji przez różnego rodzaju grupy interesów może sprawiać, że zamiast realizować ono swoje postulowane cele (jakiegokolwiek by one dokładnie nie były) zaczęłoby ono realizować partykularne cele tych grup⁵⁹.

Krytyce poddawane jest również to, że odejście od maksymalizowania dobrobytu konsumentów wiązałoby się z akceptacją faktu, że w określonych przypadkach ceny mogłyby wzrosnąć (Crane, 2019, s. 9). To z kolei, w ocenie krytyków, może stawiać istotne problemy przed zwolennikami neobrandeisianizmu, w szczególności, gdy powyższe zostanie dostrzeżone przez środowiska polityczne oraz samych konsumentów (Crane, 2019, s. 13–14; zob. również: Hovenkamp, 2018, s. 591–592). W tym kontekście krytyce poddawane są przykładowo poglądy L. Khan, która pozytywnie odnosiła się do sprawy *Utah Pie*, w przypadku której nieobecność standardu dobrobytu konsumentów jako jedynego wyznacznika dla ocen antymonopolowych skutkowałą możliwością wywalczenia przed sądem przez monopolistę odszkodowania za to, że w wyniku stosowania ni-

⁵⁵ Można przy tym zauważyć, że to skupienie się zwolenników neobrandeisianizmu na budowaniu politycznego poparcia de facto wpisuje się w sposób działania tego, co H. Hovenkamp nazywa nurtem *antitrust movement* jako przeciwwagi dla nurtu *technical antitrust* (zob. Hovenkamp, 2018).

⁵⁶ Por. również Ginsburg (2014), który wskazuje na problem wyboru między wieloma, często sprzecznymi wartościami. Można jednak zwrócić uwagę, że przedstawiane są również argumenty, że to sam standard dobrobytu konsumentów wprowadza do prawa konkurencji niejednoznaczność, a wręcz zagraża rządowi prawa (*rule of law*) (zob. Steinbaum i Stucke, 2018, s. 13–17).

⁵⁷ Hovenkamp (2019, s. 126–127). Dorsey i in. (2019, s. 365–366, 361–362), gdzie autorzy wskazują na możliwe większe pole do prowadzenia protekcyjnej polityki gospodarczej, co samo w sobie może być uznane za działanie w interesie określonych grup interesów, niemniej autorzy ci wskazują jako przykład protekcyjizmu np. działania europejskich organów ochrony konkurencji w odniesieniu do *Big Tech*, co może być uznane za dyskusyjne (zob. również uwagi niżej co do powiązań tych autorów).

⁵⁸ Za element powyższego można uznać wykorzystywanie prawa antymonopolowego do realizowania doraźnych interesów politycznych, zob. w tym zakresie przykłady przedstawiane przez Morse i Waller (2020), którzy opisując powyższe zagadnienie w innym kontekście dokonują jednak rozróżnienia na sytuacje jednoznacznie negatywne i mniej związane z kształtem prawa (np. korupcyjne), sprawy „polityczne”, ale o neutralnym wymiarze (np. decyzja o nieścigananiu spółek realizujących politykę OPEC), a także sprawy silniej związane z doraźną polityką. Por. jednak Remaly (2020), który w kontekście doniesień o upolitycznieniu działań amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości przywołuje spreczne opinie osób opowiadających się za obecnym podejściem do prawa konkurencji i za podejściem bliższym neobrandeisianizmowi, gdzie obie strony podnoszą, że to prezentowany przez nie punkt widzenia ogranicza ryzyko motywowanych politycznie (w negatywnym rozumieniu tego słowa) działań organów ochrony konkurencji.

⁵⁹ Można jednak zwrócić uwagę, że powyższe nie uwzględnia, że sam współczesny kształt prawa konkurencji, tj. ograniczenie jego roli, może wynikać z tego, że taki właśnie jego kształt najlepiej służy określonym grupom interesu, tj. tym, które oczekują jak najmniejszego wpływu państwa na stosunki gospodarcze i potrafią w tym zakresie wykorzystać retorykę samonaprawiającego się rynku i nieograniczonej konkurencji do realizacji swoich partykularnych interesów, por. Ezrachi i Stucke (2020, s. 155–157), którzy omawiają zagadnienie lobbingu antyregulacyjnego, a także Wakabayashi (2020), który opisuje przykład tego, jak *Big Tech* mogą wpływać na stan debaty nad prawem konkurencji.

skich cen przez jednego z konkurentów stanął w obliczu konkurencji na wcześniej zdominowanym przez siebie rynku (Hovenkamp, 2019, s. 127).

Za bardziej techniczną uwagę, ale niekoniecznie krytykę, można uznać odnotowanie, że zmiany, które chcieliby wywołać przedstawiciele neobrandeisianizmu, aby osiągnąć zakładany skutek, powinny pociągać za sobą zwiększenie zasobów organów ochrony konkurencji (Jones i Kovacic, 2020, s. 23). Wynika to z faktu, że ponowna ekspansja działań związanych z ochroną konkurencji doprowadziłaby zarówno do zwiększenia liczby spraw, jak i silnego oporu ze strony dużych i zasobnych ekonomicznie przedsiębiorstw, mających z jednej strony naturalny interes w tym, aby prawo konkurencji miało jak najwęższy charakter, a z drugiej – posiadających możliwość pozyskania do obrony swoich interesów szerokich kręgów prawników, ekonomistów, konsultantów i przedstawicieli świata nauki (Jones i Kovacic, 2020, s. 23)⁶⁰.

Za powiązany z powyższą uwagą można uznać kontrargument dla neobrandeisiańskiego podejścia w postaci wskazania, że sam Brandeis uważał, że „przekleństwo wielkości” dotyka nie tylko przedsiębiorstwa i trawi nie tylko życie gospodarcze, lecz także rządy i życie polityczne (Crane, 2018, s. 5–6). Postawę Brandeisa uznaje się w tym zakresie za niechętną „dużemu biznesowi”, ale również „dużemu rządowi federalnemu”. Należy jednak uznać, że powyższy argument wydaje się mieć przede wszystkim wymiar retoryczny, ostatecznie bowiem Brandeis był zwolennikiem zarówno istnienia Federalnej Komisji Handlu, jak i federalnego ustawodawstwa antymonopolowego. Przyjęcie, że niechęć Brandeisa względem powierzania rządowi funkcji wdrażania prawa miała charakter bezwarunkowy, prowadziłaby do wniosku, że Brandeis powinien być pierwszym orędownikiem zwalczania federalnego prawa antymonopolowego, a historia dowodzi, że jego poglądy były inne.

V. Istota dyskusji, konsekwencje i możliwość oddziaływania na percepcję ochrony konkurencji w Polsce

1. Dyskusja w Stanach Zjednoczonych a stosowanie prawa w Polsce

W kontekście dyskusji toczących się w Stanach Zjednoczonych istotne pozostaje pytanie, jakie mają one znaczenie dla stosowania prawa w Polsce. Na wstępie tych rozważań warto odnotować wypowiedź polskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Suchej Beskidzkiej*, w której sąd ten zwrócił uwagę, że przenoszenie do polskiego prawa aksjologii obcych systemów prawnych może nie być pożądane⁶¹. Powyższa sprawa dobrze jednak ilustruje, że dyskusje w Stanach Zjednoczonych nie pozostają bez znaczenia dla praktyki stosowania prawa w Polsce – ostatecznie Sąd Apelacyjny w Warszawie, którego orzeczenie skłoniło Sąd Najwyższy do refleksji nad aksjologią prawa antymonopolowego, inspirował się w rozstrzyganej przez siebie sprawie właśnie wynikami amerykańskich debat antymonopolowych. Podobnie prawo Unii Europejskiej nie jest odizolowane od wydarzeń poza Unią Europejską, co znajduje odzwierciedlenie np. w oddziaływaniu na prawo

⁶⁰ Powyższy problem może dotyczyć nie tylko kwestii samego stosowania prawa, ale również wpływania na bieg dyskusji, percepcję społeczną polityki antymonopolowej i działania lobbujące ukierunkowane na osoby zarówno sprawujące funkcje polityczne, jak i tworzące aparat państwowy. Zob. przykładowo Wakabayashi (2020), który opisuje ustalenia dziennikarzy co do przenikania się wpływów *Big Tech* i świata nauki (przykładowo przywoływane wcześniej poglądy J. Wirghta), w tym przywołane tam opinie T. Valletiego (były główny ekonomista DG COMP), wskazującego na jednostronność pozornie akademickiego przekazu na temat pożądanego kształtu polityki konkurencji. Zob. również ogólne uwagi na temat tego, jak lobbging prokonkurencyjny może być wykorzystywany do zbyt daleko posuniętej deregulacji (Ezrachi i Stucke, 2020, s. 155–157).

⁶¹ Wyr. SN z 20 marca 2018 r. w sprawie III SK 5/17 (*SuCha Beskidzka*).

unijne szkoły chicagowskiej – wpływ prawa unijnego na prawo polskie jest natomiast trudny do podważenia.

W drugiej kolejności trudno nie powtórzyć wyrażonej dawniej obserwacji, że w prawie konkurencji panuje „permanentny zamęt aksjologiczny” (Kolasiński, 2007, s. 231). Jak zresztą pokazuje samo pobieżne omówienie początków amerykańskiego prawa konkurencji, znaczenia rewolucji chicagowskiej, ale zarazem i stałego oporu względem chicagowskiej interpretacji prawa antymonopolowego, ochrona konkurencji stanowi obszar, w którym spory o to, czemu ta ochrona ma służyć, są trudne do zażegnania. W powyższym kontekście realizm nakazuje przyjąć, że szansa na przedstawienie jednej i definitywnej interpretacji roli prawa antymonopolowego, która zyskałaby powszechną aprobatę, jest istotnie ograniczona. Niemniej warto jednak w mojej ocenie dokonywać reasumpcji podnoszonych argumentów, ponieważ może ona pomagać w uchwyceniu kierunków rozwoju prawa antymonopolowego, a zarazem weryfikacji czy obrany kurs jest w istocie prawidłowy, a w każdym razie może ułatwiać określenie, jakie mogą być długoterminowe konsekwencje obrania określonego kursu.

Dla uporządkowania stanowisk w – jak to określiła E. Fox – „walce o duszę prawa antymonopolowego” zasadne wydaje się wskazanie następujących stanowisk. Po pierwsze, można wskazać na poglądy związane z poparciem dla bardziej intensywnego wdrażania prawa (*pro-enforcement*) i mniej intensywnego działania organów ochrony konkurencji (*anti-enforcement*)⁶². Po drugie, różnice między stanowiskami można określić jako większą tolerancję dla władzy publicznej albo większą tolerancję dla władzy prywatnej (Amato, 1997, s. 109). Po trzecie, można wskazać na interpretacje opierające się na dużej wierze w nieograniczone działania na rynku, jak i interpretacje otwarte na akceptację faktu, że działania przedsiębiorstw wcale nie muszą sprzyjać wolnemu rynkowi (Fox, 1987, s. 917–918). Można również wskazać na zwolenników jednolitego prawa antymonopolowego oraz wielocelowego prawa antymonopolowego, na zwolenników standardu dobrobytu konsumentów i przeciwników tego standardu, a także antymonopolowych technokratów i populistów (w tym ostatnim zakresie, zob. Hovenkmap, 2018, który odnosi się do tych nurtów również jako „technical antitrust” i „movement antitrust”; por. również: Stoller, 2019). Za naturalną linię podziału można również uznać zwolenników bardziej formalnego podejścia do prawa konkurencji (*form-based*) i „bardziej ekonomicznego” podejścia do prawa konkurencji (*more economic approach*), a także legalistów i dyskrecjonalistów (w tym drugim zakresie, zob. Colomo, 2018). W końcu w obrębie samych nurtów akceptujących prymat dobrobytu konsumentów można również wskazać na nurty bardziej skłonne do akceptacji błędów fałszywie pozytywnych (praktyka zwiększająca dobrobyt konsumentów zostaje zakazana), jak i nurty bardziej skłonne do akceptacji błędów fałszywie negatywnych (Whish, 2009, s. 190; zob. również: First i Waller, 2013, s. 2570–2572).

Te ogólne stanowiska i tendencje w dyskusji pozostają podobne zarówno w Stanach Zjednoczonych, Europie, jak i Polsce, co sprawia, że dyskusja o celach prawa konkurencji staje się w znacznej mierze uniwersalna⁶³.

Niemniej, w mojej ocenie, wśród różnych podziałów, jakie zwykło się wymieniać w kontekście dyskusji nad prawem antymonopolowym, zbyt słabo odnotowywany jest inny podział – między

⁶² Przy czym niektórzy zwracają uwagę, że takie rozróżnienie nie jest korzystne dla jakości debaty, bo sprzyja „futbolizacji” dyskusji w sytuacji, gdy większość przedstawicieli środowiska antymonopolowego jest „za” wdrażaniem prawa, przy czym inaczej postrzega samo prawo (zob. Colomo, 2019).

⁶³ Zob. również Khan (2018, s. 131), która przykładowo dyskusje nad neobrandeisianizmem w Stanach Zjednoczonych i częstsze pojawianie się w dyskursie europejskim wątków „uczciwości” (*fairness*) postrzega jako ideowo powiązane.

zwolennikami „wolnościowego” i „dobrobytowego” prawa antymonopolowego⁶⁴. Można zaryzykować hipotezę, że niedostatek ten może wynikać z tego, że znaczna część dyskusji nad prawem antymonopolowym prowadzona jest nie tylko przez prawników, lecz także przez ekonomistów, a dodatkowo rozwinęła się w Stanach Zjednoczonych, w których realizm prawny posiada silną pozycję. Powyższe rozróżnienie znajduje według mnie wyraz np. w pytaniu, które stało się swego rodzaju podsumowaniem dyskusji między R. Dworkinem a R. Posnerem: „Czy dobrobyt jest wartością?” (Dworkin, 1980). Duże skoncentrowanie na dobrobycie konsumentów i efektywności ekonomicznej może sugerować, że celem prawa konkurencji nie jest nic innego jak zwiększanie dobrobytu, w sytuacji gdy rolą prawa jest raczej ochrona wartości (np. „wolność”, „sprawiedliwość”).

2. „Wolnościowe” i „dobrobytowe” prawo konkurencji

Rozróżnienie na nurty „wolnościowe” i „dobrobytowe” w toczonych obecnie debatach może się wydawać abstrakcyjne i pozbawione praktycznego znaczenia, jednak według mnie nadaje ono dyskusji nad celami prawa antymonopolowego określoną dynamikę. Przyjęcie założenia, że prawo antymonopolowe ma służyć zwiększaniu dobrobytu wymagałoby docelowo dostosowania wszelkich reguł dowodowych i wyniku poszczególnych spraw od kalkulacji ekonomicznej. Jeżeli praktyka zwiększa lub nie wpływa na dobrobyt konsumentów, to powinna być dozwolona. Granicą dla powyższego jest w zasadzie jedynie zwiększenie kosztów społecznych wynikających z niepewności prawnej do tego stopnia, że bardziej opłacalne staje się przyjęcie domniemania szkodliwości praktyki i jej arbitralne zakazanie.

Przy całym balaście niejednoznaczności pojęć „wolność” i „sprawiedliwość” należy zwrócić uwagę, że pozostawiają one pole do ustalenia pewnych wzorców zachowania i oceny ich w odezwaniu od wpływu określonych działań na dobrobyt ekonomiczny. Po pierwsze, z tego względu, że ujęcia takie z natury rzeczy nie koncentrują się na (teoretycznie) mierzalnym dobrobycie. Po drugie, ponieważ w konsekwencji reguły dowodowe nie muszą pozostawać w ścisłym związku z analizą skutków dla dobrobytu gospodarczego. Powyższe nie musi jednak wykluczać zastosowania narzędzi ekonomicznych ani samej koncepcji dobrobytu konsumentów, niemniej w formie instrumentalnej względem prawa, a nie wyznaczającej ducha tego prawa^{65, 66}.

W mojej ocenie brandeisianizm wpisuje się w tę „wolnościową”, „sprawiedliwościową” wizję prawa antymonopolowego – należy przyjąć, że z niej wywodzi się sprzeciw względem nadużyć trustów połączonej ery, pojęcie „nowej wolności gospodarczej”, istotna część retoryki kongresmenów i sądów w połowie XX wieku, a w końcu przypisywanie przez przedstawicieli neobrandeisianizmu większej roli procesowi konkurencji, a nie dobrobytowi samemu w sobie. Należy jednak odnotować, że jest to oczywiście jedna z możliwych interpretacji „wol-

⁶⁴ Aczkolwiek należy zwrócić uwagę, że w niektórych ujęciach wyróżnia się stanowiska „dobrobytowe” i stanowiska związane z „intereselem publicznym” (zob. Colomo, 2018). Por. również Andriychuk (2009) i wskazywany przez niego klasyczny podział na ujęcia deontologiczne i utylitarne.

⁶⁵ Przykładowo zatem, jeżeli przyjmie się, że wartością chronioną przez prawo antymonopolowe jest „sprawiedliwość”, a elementem tej sprawiedliwości jest – jak u J. Rawlsa – określona forma dystrybucji dóbr, a dana praktyka rynkowa powoduje zniekształcenie alokacji tych dóbr i dlatego jest „niesprawiedliwa”, to standard „dobrobytu konsumentów” może służyć określeniu takiego zniekształcenia alokacji dóbr. Należy jednak zauważyć, że tym, co w takiej sytuacji chroni prawo antymonopolowe, jest w istocie „sprawiedliwość” nie „dobrobyt konsumentów” sam w sobie (ponadto jest to sprawiedliwość w ujęciu rawlsowskim). Wartość w postaci „sprawiedliwości” może w innej sprawie nakazywać „blankietowe” zakazanie określonych praktyk jako fundamentalnie niedopuszczalnych (np. rozmontowania przez monopolistę określonej infrastruktury w celu zmuszenia kontrahentów do korzystania z innej infrastruktury, którą monopolista wskazuje jednostronnie, zob. *kazus Orlen Lietuva i kolei litewskich*).

⁶⁶ I w tym duchu jak się wydaje E. Fox stwierdza: „prawo jest fundamentalnie różne od ekonomii; ekonomia jest jednym z narzędzi służących wdrożeniu ducha prawa” (*law is essentially different from economics; economics is one of the tools used to carry out the spirit of the law*) (zob. Fox, 1987, s. 917).

ności” i „sprawiedliwości”, która dla np. libertarian z nurtu anarchokapitalistycznego byłaby aberracją⁶⁷.

Praktyczną różnicą między powyższymi podejściami jest według mnie otwartość prawa konkurencji ukierunkowanego na ochronę wartości do wyznaczania uniwersalnych reguł i wzorców zachowania, a zarazem skłonność dobrobytowego prawa konkurencji do mikro-regulacji. Różnica ta przekłada się ostatecznie na to, co G. Amato i T. Wu nazywają wzrostem znaczenia technikaliiów w prawie. Za uboczny skutek tej technicyzacji uznawać można przy tym wyjęcie prawa antymonopolowego spod demokratycznej kontroli i powiększający się deficyt demokracji (First i Waller, 2013, s. 2544)⁶⁸.

Jak wyjaśniono wcześniej, w Stanach Zjednoczonych dynamika rozwoju prawa antymonopolowego, tj. jego technicyzacja połączona z regresem aktywności organów ochrony konkurencji, doprowadziła do wykształcenia się i rozwoju dyskusji nad neobrandeisianizmem, w tym do większego zainteresowania prawem antymonopolowym przez polityków głównego nurtu oraz szersze kręgi społeczne. W tym ujęciu można przyjmować, że obranie podobnego kierunku w Europie lub Polsce długofalowo mogłoby prowadzić do podobnego skutku. Abstrahując od bardziej szczegółowej oceny kierunku rozwoju debat unijnych, z polskiego punktu widzenia istotne pozostaje pytanie, jaka jest relacja między wnioskami wynikającymi z dyskusji w Stanach Zjednoczonych a stosowaniem prawa w Polsce, o czym mowa niżej.

3. Ramy dyskusji z polskiego punktu widzenia

Myśląc nad prawem polskim warto się w pierwszej kolejności zastanowić, czy w ogóle daje ono podstawy do dyskusji (ponownej lub dalszej) nad celami prawa antymonopolowego – ostatecznie znaczna część dyskusji w Stanach Zjednoczonych opiera się na założeniu, że prawo to pierwotnie służyło szerszej zakrojonym celom.

Patrząc na polskie prawo antymonopolowe w perspektywie historycznej, można w pierwszej kolejności wskazać, że jest ono prawem stosunkowo „późnym” – powstało na długo po amerykańskim ustawodawstwie antymonopolowym, po dyskursie ordoliberalnym w Niemczech, a także po sformowaniu wspólnotowego prawa konkurencji. W tym kontekście można wyrazić wątpliwość, na ile „cele” polskiego prawa antymonopolowego były w pełni uświadomione, a na ile stanowiły pragmatyczną recepcję zachodnich rozwiązań gospodarczych jako elementu nowoczesnego systemu gospodarczego⁶⁹.

Opisując prace nad ustawodawstwem antymonopolowym na początku lat 80., I. Wiszniewska wskazywała, że wraz z przekształcaniem socjalistycznej gospodarki, „w nowym systemie konkurencja staje się niezbędną”, a także, że: „zdolność monopolu do kontrolowania cen, warunków handlu, produkcji oraz rynków sprzedaży wydaje się niebezpieczna dla gospodarki narodowej oraz

⁶⁷ W powyższym kontekście można również zauważyć, że szkoła chicagowska dostarczyła osobliwego sposobu zmniejszania ingerencji państwa w gospodarkę i realizowania ideałów libertarian. „Libertarianizm” Borka w prawie antymonopolowym opiera się bowiem nie na ograniczaniu roli państwa poprzez odniesienia do ochrony „wolności” lub innej wartości, ale do zwiększania dobrobytu w podobny sposób, jak dobrobyt ten miało zwiększać centralne planowanie, mające w założeniu eliminować straty wynikające z konkurencji i „nieracjonalności” działających na własną rękę przedsiębiorców. Gdyby w ramach ochrony dobrobytu konsumentów konieczne okazało się zwiększenie ingerencji państwa w gospodarkę, to należałoby przyjąć, że R. Bork przestałby być zwolennikiem nieograniczonego działania na rynku na rzecz aktywności państwa. Borkowska droga do wolności szybko mogłaby się zatem stać z libertarianiejskiego punktu widzenia hayekowską drogą do zniewolenia.

⁶⁸ Por. jednak Hovenkamp (2018, s. 596), który dostrzega zalety związane z technicyzacją prawa i zwraca uwagę na różnice między dążeniem do demokratyzacji rządu a rządem republikańskim.

⁶⁹ Por. jednak Bernatt i Martyniszyn (2020, s. 8), którzy wskazują, że przyjęcie ustawodawstwa antymonopolowego w Polsce nie stanowiło prostej recepcji obcych rozwiązań.

dobrobytu konsumentów” (Wiszniewska, 1984, s. 8). Powyższe interpretowane literalnie sugerowałyby wyłącznie dobrobytową wizję prawa antymonopolowego. Niemniej można według mnie wyrazić wątpliwość, czy intencją autorki było sformułowanie takiej właśnie myśli i czy opis ten nie stanowił raczej skrótu myślowego. Zagłębiając się bowiem w opis celów pierwszych projektów prawa antymonopolowego I. Wiszniewska stwierdza, że podstawowym celem tego prawa miało być zwalczanie wykorzystywania pozycji dominującej w „nieuczciwy” (niesprawiedliwy) sposób, który zagraża interesom innych uczestników rynku, „w szczególności konsumentów” (Wiszniewska, 1984, s. 9). Innymi słowy konkurencja jest tu postrzegana nie przez pryzmat wzrostu produkcji i dobrobytu, ale „interesów” uczestników rynku (i to dodatkowo również innych niż konsumenci)⁷⁰.

Odnosząc się do tych problemów szerzej, D. Miąsik przedstawiając w 2008 r. przegląd sposobu argumentacji w polskich sprawach antymonopolowych, konkludował, że stanowi on de facto zbiór chaotycznych i wielorakich interpretacji celów prawa konkurencji, które obejmują zarówno argumenty dobrobytowe (przy czym raczej postchicagowskie), jak i wolnościowe, które jednak ostatecznie tworzą względnie sprawnie funkcjonujący system (Miąsik, 2008). Mimo upływu ponad dekady od czasu przeglądu dokonanego przez D. Miąsika, nie wydaje się uzasadniony wniosek, aby polska praktyka antymonopolowa w warstwie językowej uległa istotnemu ujednoczeniu. Trudno jednak nie zwrócić uwagi na orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Suchej Beskidzkiej*, gdzie kwestia aksjologii prawa konkurencji stała się przedmiotem szczególnej uwagi. W sprawie tej Sąd Najwyższy wskazał na konieczność oceny aksjologii prawa antymonopolowego przez pryzmat określonego w konstytucji z 1997 r. modelu społecznej gospodarki rynkowej.

Jakkolwiek pojęcie społecznej gospodarki rynkowej pozostaje niedookreślone, to należy uznać, że ma ono silny związek z ordoliberalizmem (Banasiński, 2015, s. 26–28). Jak wskazano wcześniej, centralną rolę w tym ujęciu zajmował nie dobrobyt sam w sobie, ale ochrona wolności, dla której zagrożeniem jest nie tylko działanie podmiotów posiadających władzę publiczną, lecz także „władzę” prywatną. W mojej ocenie w kontekście ogólnej dynamiki rozwoju europejskiego prawa konkurencji, wzorowania polskiego prawa konkurencji na prawie unijnym, potwierdzenia w konstytucji z 1997 r., że polski model ustrojowy opiera się na społecznej gospodarce rynkowej, występują istotne przesłanki do przyjęcia, że prawo antymonopolowe w Polsce ma chronić wartość w postaci „wolności”⁷¹. W powyższym kontekście można jednak odnieść wrażenie, że w polskich dyskusjach nad prawem antymonopolowym panuje przeświadczenie, że stanowi ono nie zbiór reguł służących zabezpieczeniu wolności, ale wręcz przeciwnie ograniczenie wolności⁷². W mojej ocenie taka interpretacja może budzić wątpliwości.

Z jednej strony do pewnego stopnia trafnie wskazuje, według mnie, C. Banasiński, że pytanie o to, czy prawo antymonopolowe ogranicza czy wzmacnia wolność jest: „(...) mało płodne metodologicznie, nie prowadząc do żadnych konstruktywnych wniosków. Konflikt zawarty w tym pytaniu, jeśli sprowadzi się go do czystego sporu o wartości, jest z samej swojej istoty nierozwiązywalny; jest refleksem niedającej się uzgodnić rozbieżności poglądów między zwolennikami filozofii libertariańskiej a zwolennikami komunitaryzmu; o ile zwolennicy pierwszego nurtu

⁷⁰ Należy przy tym zwrócić uwagę, że znaczna część uwag czynionych przez I. Wiszniewską stanowi uwagi do kwestii zdolności monopolu do stosowania praktyk eksploatacyjnych względem konsumentów i jak się wydaje powyższe stanowi też powód dla szczególnego eksponowania interesów konsumentów.

⁷¹ Zob. również wyjątkowe obszerne omówienie C. Banasińskiego na ten temat, które jednak może przyjmować inną interpretację w niektórych zakresach (Banasiński, 2015, s. 15–98).

⁷² Zob. przykładowo Bernatt (2011, s. 23), przy czym należy odnotować, że M. Bernatt przedstawia powyższe zagadnienie w formie wstępu do swoich badań, które dotyczyły innego obszaru, tj. wydaje się, że powyższe zagadnienie nie stanowiło głównego przedmiotu jego zainteresowań.

(libertarianie) traktują każdą ingerencję w wolność, w tym wolność gospodarczą, jako pozbawienie wolności, o tyle komunitarianie zakładają, że wolność jest pochodną jej uznania przez wspólnotę” (Banasiński, 2015, s. 43–44).

W moim odczuciu C. Banasiński trafnie uchwytuje podstawowy problem związany z postrzeganiem wolności, tj. wielość interpretacji tego pojęcia⁷³. Mam jednak wrażenie, że C. Banasiński dokonuje pewnego uproszczenia. Wynika to z faktu, że już sama filozofia libertariańska obejmuje wiele nurtów i samo sformułowanie „każda ingerencja w wolność stanowi ograniczenie wolności” może budzić wątpliwości. Przykładowo, czy zakaz sprzedaży samego siebie w niewolę stanowi ograniczenie wolności (kontraktowania)? Niewątpliwie zakaz takich umów ograniczałby „możliwość” zawarcia wiążącej umowy tego rodzaju, niemniej niektórzy libertarianie uznają zakaz takich umów za naruszający wolność kontraktowania, a inni stwierdzają, że taka umowa nie wchodzi w zakres korzystania z wolności, a wręcz przeciwnie stanowi niedopuszczalne ograniczenie wolności (zob. Nozick, 1974/2013, s. 58; Block, 2003, s. 41)⁷⁴. Upraszczając powyższe na potrzeby prawa konkurencji można zapytać (tak jak to miało miejsce w przedshermanowskim *common law*), czy określone typy umów nie tworzą ograniczeń wolności albo czy np. tajny kartel tworzący po stronie innych wrażenie, że się konkuruje nie stanowi formy oszustwa, które również w Locke’owskim stanie natury mogłoby tworzyć wrażenie naruszenia wolności innych (podobnie jak inne rodzaje oszustw naruszałaby tę wolność).

Istotne, według mnie jest to, że w ujęciach komunitarystycznych trudno z gruntu argumentować, że prawo antymonopolowe stanowi ograniczenie wolności (skoro samo ma służyć zabezpieczeniu wolności). W ujęciu bardziej libertariańskim kwestia ta może być bardziej kontrowersyjna⁷⁵. Niemniej trudno również nie stwierdzić, że obraz współczesnych państw sugeruje raczej, że znacząca większość ludzi jest komunitarystami, co sugeruje, że prawo antymonopolowe stanowi ograniczenie wolności gospodarczej czyni według mnie pewnym nieporozumieniem, o ile nie przyjmuje się pozycji z gruntu anachrokapitalistycznych⁷⁶. W obowiązującym paradygmacie systemu prawnego (państwo może, a nawet powinno podejmować działania w odniesieniu do zjawisk gospodarczych) trudno odmawiać prawu antymonopolowemu jego roli w ochronie wolności. Jeżeli z kolei przyjmuje się stanowisko libertariańskie w nurcie anarchokapitalistycznym, to z konkluzją, że prawo antymonopolowe stanowi ograniczenie wolności, wiąże się również konkluzja, że całe państwo to „nic więcej niż gang bandytów na wielką skalę”, co zasadniczo zamyka jakąkolwiek dyskusję na temat samego istnienia państwa⁷⁷. Natomiast w ujęciu minarchistycznym ochrona konkurencji przez państwo minimalne albo w ogóle nie mogłaby mieć miejsca, albo mogłaby przyjmować jakąś formę, ale wtedy nie mogłaby stanowić ograniczenia wolności, bo minarchistyczne państwo nie ma kompetencji do zmieniania naturalnych granic wolności.

⁷³ W zakresie problemów z definiowaniem wolności zob. przekrojowe uwagi np. Balcerowicz (2012).

⁷⁴ Podobne dylematy obecne są w myśli libertariańskiej na wielu innych polach np. stosunku do aborcji, której zakaz niewątpliwie ogranicza „możliwość” określonego działania, ale niekoniecznie ogranicza „wolność”.

⁷⁵ Przy czym prawdopodobnie znacząca większość libertarian (np. anarchokapitaliści albo obiektywiści, z zastrzeżeniem, że ci drudzy sami siebie nie zawsze uznają za libertarian) uzna, że prawo antymonopolowe to jawne ograniczenie wolności.

⁷⁶ Powyższe omówienie nie dotyczy sytuacji błędnego zastosowania prawidłowo uchwalonego prawa poprzez błędne wyważenie wartości w postaci dwóch różnych wolności – to wydaje się jednak stanowić odrębne zagadnienie.

⁷⁷ *For if the bulk of the public were really convinced of the illegitimacy of the State, if it were convinced that the State is nothing more nor less than a bandit gang writ large, then the State would soon collapse to take on no more status or breadth of existence than another Mafia gang* (zob. Rothbard, 1982/2016, s. 169).

Konkludując, powyższe nie powinno według mnie pozostawać bez znaczenia, ponieważ wpływa ostatecznie na narrację działań antymonopolowych oraz na percepcję samego prawa antymonopolowego. Jeżeli prawo antymonopolowe stanowi „ograniczenie wolności”, a nie ochronę wolności, to dyskusja nad prawem antymonopolowym jest dość jednokierunkowa – prawa antymonopolowego i działań antymonopolowych powinno być jak najmniej. Jednocześnie jeżeli za cel prawa antymonopolowego przyjmuje się maksymalizację dobrobytu, to powstaje ryzyko, że wśród różnych form rozumienia sposobów tej maksymalizacji wiodącą rolę zyskają interpretacje najprostsze, a takim dla szerokiego kręgu odbiorców stały się postulaty szkoły chicagowskiej (zob. Wu, 2018a, s. 91; Leslie, 2014, s. 918)⁷⁸.

4. Dominująca narracja a odbicia w praktyce

Mając na względzie problemy odnotowywane przez neobrandeisian, w mojej ocenie są trzy powody, dla których zasadna jest ponowna refleksja nad celami ochrony konkurencji w Polsce, w tym być może rozwinięcie wątków zasygnalizowanych przez Sąd Najwyższy w sprawie *Suchej Beskidzkiej*.

Po pierwsze, praktyka prawa ma to do siebie, że będąc kształtowana przez szerokie kręgi dyskutantów jest wystawiona na niebezpieczeństwo powtarzania argumentów tak długo, aż zyskają one uwagę i poparcie tych ośrodków, które posiadają faktyczną możliwość kształtowania prawa – „kropla draży skałę”. I tak chociaż trudno wskazać na szczególne uzasadnienie dla nagłego pojawienia się w orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Warszawie silnych inspiracji szkołą chicagowską, to trudno nie odnieść wrażenia, że stanowią one wzmocnienie na gruncie orzecznictwem dobrobytowej wizji prawa konkurencji⁷⁹. Jakkolwiek tendencje te spotykały się dotychczas ze sprzeciwem ze strony Sądu Najwyższego, można wyrazić wątpliwość, czy bez ponownego przeanalizowania fundamentów ochrony konkurencji, powody dotychczasowego zachowawczego podejścia Sądu Najwyższego (tj. preferującego przynajmniej wymieszaną „dobrobytowo-wolnościową” względem czysto dobrobytowej wizji prawa konkurencji) będą w dłuższej perspektywie czasu pozostawały zrozumiałe i akceptowane.

Po drugie, należy mieć na uwadze, że rozwój prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji w Polsce będzie z natury rzeczy zwiększał liczbę sytuacji, w których sądy będą musiały stykać się ze sprawami dotyczącymi ewentualnych przypadków naruszeń prawa konkurencji. W tym zakresie należy mieć na względzie, że w sprawach inicjowanych przez podmioty inne niż organy ochrony konkurencji (których zasoby pozostają istotnie ograniczone i które dokonują pewnej selekcji spraw), szkoła chicagowska dostarcza prostego sposobu rozstrzygnięcia sporów prawnych, który jednak niekoniecznie musi się pokrywać z faktycznymi lub pożądanymi celami prawa konkurencji.

Po trzecie, wzrost znaczenia tzw. *Big Tech* i rozwój na świecie dyskusji o celach i formie prawa konkurencji sprawia, że dla prawidłowego rozpoznania formuły i możliwości istniejących w prawie polskim, pożądana wydaje się należyta percepcja celów ochrony konkurencji przez samo państwo. W tym kontekście ponowne odkrywanie w polskiej praktyce koncepcji formułowanych przez szkołę chicagowską i nurty związane z ekonomizacją prawa stanowi oczywiście możliwy sposób

⁷⁸ Zob. również uwagi przedstawiane w szerszym kontekście Ezrachi i Stucke (2020, s. 126–130), którzy odnoszą się do kwestii tego, jak uproszczone narracje mogą przekładać się na tendencje deregulacyjne.

⁷⁹ Poza przywoływaną wcześniej sprawą *Sucha Beskidzka*, zob. przykładowo również wyr. SA w Warszawie z 30 sierpnia 2018 r., VII AGa 1114/18 (*Ski Team*), dotyczący wertykalnego ustalania cen.

kierunkowania dyskusji, jednak warto mieć obraz powodów, dla których dokładnie te same nurty i poglądy są obecnie poddawane silnej krytyce w miejscu, w którym się narodziły.

Wydaje się, że wnioskiem, jaki powinien być na potrzeby polskie wyciągnięty z przebiegu dyskusji nad prawem antymonopolowym w Stanach Zjednoczonych, jest przede wszystkim ostrożność co do zawężania pola oddziaływania prawa antymonopolowego. Powyższe może przekładać się na trzy postulaty.

Po pierwsze, utrzymanie pewnej dozy sceptycyzmu co do podporządkowania prawa ekonomii – prawo posiada swoją własną naturę, cele i specyfikę, a ekonomia może stanowić narzędzie ułatwiające realizowanie jego zadań, ale nie blokujące je lub determinujące jego rozwój.

Po drugie, zasadne jest przyjęcie i przypomnienie, że prawo antymonopolowe odgrywa istotną rolę polityczną. „Polityczna rola” nie oznacza, że prawo konkurencji służy doraźnym i partykularnym interesom politycznym, ale że istotnie wpływa na funkcjonowanie wspólnoty politycznej, stanowiąc *check and balance* w odniesieniu do siły ekonomicznej gromadzonej w wyniku działań na rynku. Prawo antymonopolowe nie powinno być postrzegane jako ograniczenie wolności gospodarczej, ale instrument służący zapewnianiu możliwości korzystania z tej wolności. Powyższe nie wyklucza oczywiście, że w określonych ujęciach, np. libertariańskim, prawo antymonopolowe może stanowić jawne ograniczenie wolności. W takiej sytuacji należałoby jednak być konsekwentnym: trudno za libertariańskie uzasadnienie niwelowania roli prawa antymonopolowego uznać chicagowskie postulaty związane z dobrobytem konsumentów – jakkolwiek prowadzą one do ograniczenia oddziaływania prawa antymonopolowego, to nie odnoszą się do argumentacji wolnościowej, a dobrobytowej i dodatkowo jednoznacznie akceptują to prawo, o ile tylko zwiększa ono dobrobyt konsumentów.

Po trzecie, w związku ze wskazanym powyżej sceptycyzmem względem zdolności ekonomii do stanowienia panaceum na niejednoznaczności i trudne wybory związane ze stosowaniem prawa antymonopolowego, a zarazem rozpoznaniem, że dobrobyt konsumentów nie może stanowić sam w sobie „wartości” chronionej przez prawo (tą może być np. wolność albo sprawiedliwość), warte rozważenia i dalszego badania jest chronienie konkurencji w formie przyjęcia reguł, które nie zawsze muszą prowadzić do niwelowania jednoznacznych strat dla dobrobytu konsumentów, ale przyczyniają się do zapewnienia otwartości rynków i utrzymania „atmosfery konkurencji”. Przykładowo zatem, warto wykazać wyrozumiałość dla bardziej blankietowych zakazów, np. zmów między konkurentami, wertykalnego ustalania cen, ograniczania dystrybutorom możliwości sprzedaży, stosowania dyskryminacyjnych cen, klauzul wyłączności współpracy oraz koncentracji określonych rodzajów⁸⁰. Prawo ma to do siebie, że identyfikując sytuacje związane z ryzykiem, może blankietowo zakazać określonego typu aktywności i ta funkcja prawa nie powinna być z gruntu podważana⁸¹.

Niezależnie od powyższego wciąż można jednak zapytać, w szczególności z ekonomicznego punktu widzenia: „ale dlaczego i po co – czy dotychczasowe podejście nie dostarczyło prawidłowego spojrzenia na ochronę konkurencji i nie wystarczy go po prostu rozwinąć?”.

⁸⁰ Por. Hovenkamp (2018, s. 636–637), który co do zasady występuje w obronie *status quo* i uznaje, że dowody empiryczne przemawiają za utrzymaniem ścisłych zakazów kartelizacji, ale dostrzega także problematyczność wertykalnego ustalania cen i tego, że wiele koncentracji dopuszczanych na przestrzeni lat mogło prowadzić do wzrostu cen – w tym ostatnim zakresie stwierdza, że standardy analizy koncentracji rynkowych powinny zostać zmienione i stale poddawane ponownej analizie.

⁸¹ Por. opinię Rzecznik Generalnej J. Kokott z 19.02.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:110, pkt 47 i przedstawione tam porównanie co do naruszeń prawa związanych z ryzykiem. Zob. również Polański (2019, s. 125).

Wydaje mi się, że odpowiedź na to pytanie może nie być satysfakcjonująca naukowo. Procesy społeczne mają zwykle złożony charakter, niemniej presja na zmiany w prawie antymonopolowym wydaje się wynikać co najmniej z trzech elementów. Po pierwsze, niedostatków prawa konkurencji w paradygmacie chicagowskim, tj. niekoniecznie przekonującej interpretacji celów tego prawa. Po drugie, silnego powiązania chicagowskiego ujęcia prawa konkurencji z neoliberalizmem, które uzależnia poziom atrakcyjności paradygmatu chicagowskiego od postrzegania atrakcyjności neoliberalizmu jako formuły polityki gospodarczej. Po trzecie, nie bez znaczenia wydają się napięcia gospodarcze na świecie, w tym wzrost znaczenia Chin i presja wywierana na gospodarkę amerykańską⁸². W tym ujęciu redefinicja kształtu polityki antymonopolowej może być postrzegana jako element prób nadania gospodarce amerykańskiej nowej dynamiki. Przykładowo, T. Wu w powrocie do silniejszej aktywności antymonopolowej dostrzega pole do wyzwiania innowacyjności, która w przeszłości była możliwa dzięki takim działaniom, jak np. rozbitcie monopolu AT&T (Wu, 2018a, s. 96–98 i 110; Wu, 2011, s. 195). Z drugiej strony wzrost pozycji rynkowej chińskich przedsiębiorstw technologicznych może skłaniać do traktowania amerykańskich *Big Tech* jak czempionów narodowych wymagających ochrony. O ile zatem od dekad w prawie konkurencji zaszyty był problem celów, o tyle wydaje się, że obecnie presja na zmiany w prawie konkurencji może wynikać także z czynników zewnętrznych, mniej uchwytnych niż w ramach ograniczonej refleksji na temat tego czy koncepcja dobrobytu konsumentów udoskonaliła, czy wypaczyła prawo antymonopolowe.

Jeżeli chodzi o kierunek zmian z kolei, to w mojej ocenie jego istotę należy odczytywać na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, zwiększenie operatywności tego prawa, w szczególności w kontekście innego niż dobrobytowe postrzegania jego celów. Po drugie, zabezpieczenie tego prawa przed ewentualnym dalszym spadkiem jego znaczenia w wyniku występującej obecnie tendencji do zawyżania standardów dowodzenia – zabezpieczenie to miałyby być możliwe dzięki skoncentrowaniu na analizie procesów konkurencji zamiast skutków rynkowych. Po trzecie, budowanie poparcia dla prowadzenia polityki antymonopolowej poprzez zmniejszenie jej technicyzacji, co jednak tworzy ryzyko rozwoju „populistycznego” prawa konkurencji⁸³. W tym zakresie można wskazać, zgodnie z sugestią przedstawioną przez W. Kovacica i A. Jones, że w przypadku zapoczątkowanej obecnie debaty nad prawem antymonopolowym o jej wyniku wcale nie musi zdecydować zmiana konsensu w środowisku zajmującym się tym prawem, ale czynniki zewnętrzne. Niewykluczone, że podstawową odpowiedzią na wątpliwości co do prób podważenia chicagowskiego „konsensusu” jest w tym przypadku po prostu stwierdzenie, że debata nad kształtem prawa antymonopolowego stanowi refleks szerszej debaty nad kształtem neoliberalnej gospodarki oraz demokracji liberalnej i że odpowiedzią na pytanie: „gdzie dokładnie?”, na obecnym etapie dyskusji jest: „gdzieś indziej”. W tym ujęciu istotne wydaje się w Polsce śledzenie, gdzie ta debata zmierza, tak aby w razie potrzeby dokonywać korekty kursu obranego w praktyce stosowania prawa w Polsce.

⁸² Co do napięć gospodarczych, abstrahujących od sytuacji geopolitycznej Stanów Zjednoczonych, zob. również Orbach (2017, s. 15 i n.), gdzie autor ten przedstawia ciekawe uwagi na temat percepcji prawa w okresach rewolucji gospodarczych.

⁸³ Zob. jednak wcześniejsze uwagi na temat populizmu. Por. również Orbach (2017), który zwraca uwagę, że populizm może przyjmować zarówno formę argumentowania przeciwko „dużemu biznesowi” (*anti-big business*), jak i przeciwko wdrażaniu prawa (*anti-enforcement*) i wskazuje, że skłonność do populizmu wykazywali zarówno L. Brandeis, jak i R. Bork.

VI. Wnioski

Trudno przesądzać o szansach powodzenia postulatów neobrandeisianizmu. Z jednej strony, z punktu widzenia sympatyków tego ruchu niewątpliwie motywujący może być przykład początków szkoły chicagowskiej, która w chwili formowania była oderwana od głównego nurtu dyskusji, ale ostatecznie wytworzyła ona paradygmat obecnie funkcjonującej wizji prawa konkurencji. Z drugiej strony, można zwrócić uwagę, że jakkolwiek ogólna sytuacja polityczna daje zwolennikom neobrandeisianizmu platformę do formułowania postulatów zmian w prawie konkurencji, to ta sama sytuacja gospodarcza może ostatecznie wytworzyć presję na obranie innej wizji projektu modernizacyjnego gospodarek, np. takiego, w którym rola prawa antymonopolowego jest marginalizowana, a ideą przewodnią kształtowania stosunków gospodarczych jest promowanie czempionów narodowych i jednocześnie różne formy regulacji. W tym ostatnim przypadku, mając na względzie omówiony rys historyczny amerykańskiego podejścia do polityki antymonopolowej, można formułować analogie względem sytuacji, w której na początku XX wieku przewagę zyskałyby nie brandeisowska wizja stosunków gospodarczych, ale wizja progresywna, w ramach której duże przedsiębiorstwa stawałyby się naturalnym sojusznikiem państwa, ale w zamian za koncesje w postaci bezpośrednich form regulacji i nadzoru.

Patrząc na postulaty neobrandeisiańskie w węższej perspektywie, tj. przez sam pryzmat prawa konkurencji, wytworzenie się tego ruchu jest, według mnie, korzystne dla dyskusji nad prawem antymonopolowym. Przede wszystkim skłania on do refleksji nad poprawnością antymonopolowego „konsensusu” powstałego wraz z rewolucją chicagowską. Abstrahując od tego, czy neobrandeisianizm dostarcza pełnej odpowiedzi na poruszane zagadnienia, istotne wydaje się odnotowanie niedostatków chicagowskiej odpowiedzi na pytanie: „dlaczego chronić konkurencję?”.

Za dający największe pole do refleksji skutek formowania się agendy neobrandeisiańskiej należy w mojej ocenie uznać powrót do dyskusji nad polityczną rolą prawa antymonopolowego. „Polityczność” prawa konkurencji wydaje się zagadnieniem najbardziej kontrowersyjnym dla środowiska zajmującego się prawem konkurencji, w szczególności dla kręgów ekonomicznych. „Polityczność” ta wydaje się wręcz być postrzegana jako fundamentalna skaza, uniemożliwiająca funkcjonowanie technokratycznego, obiektywnego i dzięki temu sprawiedliwego prawa konkurencji, wolnego od nacisków sił politycznych i grup interesów. Wątek ten jest w mojej ocenie najciekawszym w toczącej się dyskusji, bo wydaje się w nim odbijać szerszy problem obniżenia satysfakcji społecznej związanej z funkcjonowaniem systemów politycznych, w szczególności poczuciem ich oderwania od realnych problemów i spadającą – rzeczywistą lub wyobrażoną – zdolnością do dostarczenia rozwiązania napięć społecznych.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że „polityczność” prawa konkurencji jest silnie związana z jego naturą i odnosić ją raczej należy do tego, że prawu temu przypisywana była istotna rola w systemie politycznym w formie mechanizmu *check and balance* skierowanego względem „władzy” prywatnej. Trudno również nie zauważyć, że „polityczne” prawo konkurencji funkcjonowało w pełnej formie aż do czasu rewolucji chicagowskiej i nie dostarczało ani ruiny gospodarczej, ani wypaczenia systemu politycznego.

Z polskiego punktu widzenia debata tocząca się wokół neobrandeisianizmu pozostaje, według mnie, istotna m.in. ze względu na przenikanie się koncepcji formułowanych w ramach tego

ruchu z ordoliberalizmem. W tym zakresie prawo polskie, podobnie jak amerykańskie, pozostawia pole do refleksji czy silna penetracja prawa konkurencji przez koncepcje szkoły chicagowskiej i interpretacje postchicagowskie posiada wystarczające uzasadnienie. Należy podkreślić, że powyższe nie wyklucza sięgania po dorobek ekonomii w celu oceny zjawisk rynkowych, niemniej może wpływać na sposób stosowania prawa konkurencji (np. ochrona procesów rynkowych, a nie badanie skutków poszczególnych praktyk), określanie standardów i reguł dowodowych (np. zmiany w ciężarze dowodowym przy wykazywaniu naruszeń), a także jego percepcję (prawo konkurencji jako ochrona, a nie ograniczanie wolności).

Można również zauważyć, że praktyka orzecznicza sądów wskazuje, że inspiracje określonymi sposobami myślenia o prawie antymonopolowym nie pozostają bez znaczenia dla sposobu orzekania. Należy jednocześnie przyjąć, że mając na względzie usytuowanie ustrojowe sądów rozszerzenie lub ograniczenie przez nie roli prawa antymonopolowego przekłada się ostatecznie na politykę organu ochrony konkurencji, co z kolei w dalszej kolejności musi wpływać na ogólny obraz stosunków gospodarczych.

W szerszym ujęciu, na potrzeby refleksji nad polskimi stosunkami gospodarczymi debata nad ruchem neobrandeizjańskim oraz korzeniami amerykańskiego prawa konkurencji daje też podstawy do refleksji, że „antymonopolowa próżnia” może przyczyniać się do poszukiwania innych form organizacji życia gospodarczego. Należy podkreślić, że powyższy wniosek nie zmierza jednak do przesądzenia czy optymalnym sposobem organizacji życia gospodarczego jest żywa polityka antymonopolowa, regulacyjna lub nacjonalizacyjna, niemniej przypomina, że idee mają konsekwencje, a abdykacja prawa konkurencji z pełnienia bardziej doniosłej funkcji politycznej może stanowić ostatecznie „złą historię, złą politykę i złe prawo”.

Bibliografia

- Albright, M. (2019). *Fascism: A Warning*. Londyn: William Collins.
- Andriychuk, O. (2009). Does Competition Matter? An Attempt of Analytical ‘Unbundling’ of Competition from Consumer Welfare: A Response to Miąsik. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2(2).
- Amato, G. (1997). *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Oxford: Hart Publishing, <https://doi.org/10.5040/9781472558749>.
- Arnold, T. (1937). *The Folklore of Capitalism*. New Haven: Yale University Press.
- Balcerowicz, L. (2012). Wstęp. W: L. Balcerowicz (red.), *Odkrywając wolność: przeciw zniewoleniu umysłów*. Poznań: Zysk i S-ka Wydawnictwo.
- Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Bernatt, M. i Martyniszyn, M. (2020). Implementing a Competition Law System – Three Decades of Polish Experience. *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(1), 165–215. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3391298> (12.09.2020), <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz016>.
- Blake, H. i Jones, W. (1965). Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy. *Columbia Law Review*, 65(3) (1965), 422–466, <https://doi.org/10.2307/1120384>.
- Block, W. (2003). Toward a Libertarian Theory of Inalienability: A Critique of Rothbard, Barnett, Smith, Kinsella, Gordon, and Epstein. *Journal of Libertarian Studies*, 17(2), 39–85.

- Bork, R. (1966). Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *The Journal of Law & Economics*, 9, s. 7–48, <https://doi.org/10.1086/466617>.
- Brandeis, L. (1912). *The Regulation of Competition Versus the Regulation of Monopoly*. Brandeis School of Law. Pozyskano z: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-regulation-of-competition-versus-the-regulation-of-monopoly-by-louis-d.-brandeis> (30.07.2020).
- Brandeis, L. (1914/2009). *Other People's Money: And how the Bankers Use it*. Mansfield Center: Martino Publishing.
- Colomo, P. (2018). *Discretionists vs Legalists: the true divide in the competition law community?* 28 May. Chillingcompetition.com. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2018/05/28/discretionists-vs-legalists-the-true-divide-in-the-competition-law-community> (30.07.2020).
- Colomo, P. (2019). *Against the footballisation of competition policy: how to advance the general interest and avoid polarisation*. 18 September. Chillingcompetition.com. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2019/09/18/against-the-footballisation-of-competition-policy-how-to-advance-the-general-interest-and-avoid-polarisation> (30.07.2020).
- Crane, D. (2014). The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy. *Antitrust Law Journal*, 79(3), 835–853
- Crane, D. (2019). How Much Brandeis Do the Neo-Brandeisians Want? *The Antitrust Bulletin*, 64(4), 531–539, <https://doi.org/10.1177/0003603x19875039>
- Deutscher, E. i Makris, S. (2016). Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus. *The Competition Law Review*, 11(2), 181–214.
- Dorsey, E., Klick, J., Rybnicek, J. i Wright, J. (2019). Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust. *Arizona State Law Journal*, 51, 0293, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3249524>.
- Dworkin, R. (1980). Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, 9(2), 191–226, <https://doi.org/10.1086/467636>.
- Ezrachi, A. i Stucke, M. (2020). *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*. New York, NY: Harper Business.
- First, H. i Waller, S. (2013). Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review*, 81, 2543.
- Fox, E. (1987). The Battle for the Soul of Antitrust. *California Law Review*, 75(3), 917, <https://doi.org/10.15779/Z38QJ0B>
- Gerbrandy, A. (2019). Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution. *Journal of Common Market Studies*, 57(1), 127–142, <https://doi.org/10.1111/jcms.12814>.
- Ginsburg, D. (2014). Bork's 'Legislative Intent' and the Courts. *Antitrust Law Journal*, 79(3), 941–951.
- Hamilton, W. (red.) (1914). *Readings in Current Economic Problems*. Ann Arbor: The University of Michigan.
- Hovenkamp, H. (2018). Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? *Notre Dame Law Review*, 94(2), 583–637, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3097452>.
- Hovenkamp, H. (2019). Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperilled? *Journal of Corporation Law*, 45, 101.
- Jones, A., Kovacic W. (2020). Antitrust's Implementation Blind Side: Challenges to Major Expansion of U.S. Competition Policy. *The Antitrust Bulletin*, <https://doi.org/10.1177/0003603x20912884>.
- Jurczyk, Z. (2012). *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Khan, L. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, 126, 710.
- Khan, L. (2018). The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3), <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy020>.
- Khan, L. (2020). The End of Antitrust History Revisited. *Harvard Law Review*, 133, 1655.

- Kolasiński, M. (2007). Aksjologia wspólnotowego prawa konkurencji. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, 7(3), 231–241.
- Kolasky, W. (2010). The Election of 1912: A Pivotal Moment in Antitrust History. *Antitrust Magazine*, 25.
- Leslie, C. (2014). Antitrust made (too) simple. *Antitrust Law Journal*, 79, 917–940.
- Miąsik, D. (2008). Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 1(1).
- Melamed, A. i Petit, N. (2019). The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets. *Review of Industrial Organization*, 54, 741–774, <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09688-4>.
- Morse, J. i Waller, S. (2020). The Political Misuse of Antitrust. *Competition Policy International*, Antitrust Chronicle, July 2020.
- Nozick, R. (1974/2013). *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books.
- Orbach, B. (2013). How Antitrust Lost its Goal. *Fordham Law Review*, 81, 2253.
- Orbach, B. (2017). Antitrust Populism. *New York University Journal of Law & Business*, 14, 1.
- Pitofsky, R. (1979). The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 1051, <https://doi.org/10.2307/3311791>
- Polański, J. (2019). O ramach analitycznych przy badaniu naruszeń „ze względu na cel”. Komentarz do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 sierpnia 2018 r., VII AGa 1114/18 (Ski Team). *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(8), <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.4.8.8>.
- Portuese, A. i Wright, J. (2020). Antitrust Populism: Towards a Taxonomy. *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, 21(1), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3400274>.
- Posner, R. (1978). The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4), 925, <https://doi.org/10.2307/3311787>.
- Remaly, B. (2020). DOJ whistleblower says agency misused investigative powers. *Global Competition Review*, 25 June. Pozyskano z: <https://globalcompetitionreview.com/article/usa/1228237/doj-whistleblower-says-agency-misused-investigative-powers> (30.07.2020).
- Rothbard, M. (1982/2016). *The Ethics of Liberty*. Nowy Jork: New York University Press.
- Steinbaum, M. i Stucke, M. (2018). *The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust*. 25 September. Roosevelt Institute.
- Stoller, M. (2019). *Goliath: The 100-Year War Between Monopoly Power and Democracy*. Nowy Jork: Simon & Schuster.
- Von Mises, L. (1979/2006). *Economic Policy: Thoughts for Today and Tomorrow*. Auburn: Ludwig von Mises Institute.
- Wakabayashi, D. (2020). Big Tech Funds a Think Tank Pushing for Fewer Rules. For Big Tech. *The New York Times*, 24 July. Pozyskano z: <https://www.nytimes.com/2020/07/24/technology/global-antitrust-institute-google-amazon-qualcomm.html> (31.07.2020).
- Weaver, R. (1948/2010). *Idee mają konsekwencje*. Gdańsk: Prohibita.
- Whish, R. (2009). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Wilson, W. (1913/2005). *The New Freedom: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People*. The Project Gutenberg Ebook. Pozyskano z: <https://www.gutenberg.org/ebooks/14811> (30.07.2020).
- Wiszniewska, I. (1984). On the Draft of Antimonopoly Legislation in Poland. *World Competition*, 8(3).
- Witts, A. (2017). Posner criticises Philadelphia National Bank. *Global Competition Review*, 30 March. Pozyskano z: <https://globalcompetitionreview.com/article/usa/1138758/posner-criticises-philadelphia-national-bank>
- Wu, T. (2011). *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. New York, NY: Vintage Books.

- Wu, T. (2018a). *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York, NY: Columbia Global Reports.
- Wu, T. (2018b). After Consumer Welfare, Now What? The “Protection of Competition” Standard in Practice. *The Journal of the Competition Policy International*, 18 April.
- Wu, T. (2019). With One Move, New York Cuts Sprint and T-Mobile Down to Size. *The New York Times*, 12 June. Pozyskano z: <https://www.nytimes.com/2019/06/12/opinion/sprint-tmobile.html> (31.07.2020).
- Wu, T. (2020a). *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World*. Londyn: Atlantic Books.
- Wu, T. (2020b). The Curse of Bigness: New Deal Supplement. 8 July. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3646258> (12.09.2020), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3646258>.
- Zingales, L. (2014). *A Capitalism for the People: Recapturing the Lost Genius of American Prosperity*. New York, NY: Basic Books.