

Zbigniew Jurczyk

Wyższa Szkoła Bankowa we Wrocławiu
e-mail: zbjur@op.pl

**TEORIE I MODELE EKONOMICZNE
W POLITYCE KONKURENCJI DOTYCZĄCEJ
POROZUMIEŃ WERTYKALNYCH**

**ECONOMIC THEORIES AND MODELS
IN COMPETITION POLICY REGARDING
VERTICAL AGREEMENTS**

DOI: 10.15611/pn.2017.493.08

JEL Classification: K21, K42, L40

Streszczenie: Ekonomizacja prawa antymonopolowego w sposób istotny zmieniła ocenę szkodliwości porozumień wertykalnych. Analiza ekonomicznych aspektów porozumień wertykalnych w analizie antymonopolowej pozwala bowiem ujawnić ich prokonkurencyjne skutki i korzyści, których beneficjentami są konsumenci. Podstawowym instrumentem tej ekonomizacji jest sięganie przez organy antymonopolowe do określonych modeli ekonomicznych oraz teorii, które mogą być przez nie wykorzystane w praktycznej działalności. W ramach prezentowanego opracowania autor w sposób syntetyczny przedstawia rolę i wpływ tych modeli oraz szkół ekonomii na stosowanie prawa konkurencji w kontekście porozumień wertykalnych. Prezentując kolejne teorie i szkoły ekonomiczne, które zajmują lub zajmowały się polityką konkurencji, autor podkreśla, iż wpływ ten miał charakter mniej lub bardziej bezpośredni. Niektóre z nich pozostają na poziomie ogólnych zasad i aksjologii polityki konkurencji, inne wręcz odwrotnie – wytyczają konkretne kryteria ewaluacji oraz pokazują, jak stosowanie tych kryteriów zmienia obraz antykonkurencyjnych praktyk, czyli dlaczego porozumienia wertykalne wcześniej uznawane za antykonkurencyjne w rzeczywistości takimi nie są.

Słowa kluczowe: ekonomizacja prawa konkurencji, porozumienia wertykalne, wertykalne ograniczenia, modele i szkoły polityki konkurencji.

Summary: Vertical agreements constitute one of the most important areas of competition policy. Nowadays more economic approach is being applied in the assessment of this kind of market practices. Economic standards in competition law oblige antimonopoly agencies to factor in both the pro-competitive and anticompetitive dimensions of any particular vertical restraints. The framework of the economics analysis discloses that most alleged anticompetitive agreements that organize cooperation between enterprises operated on upstream and downstream market are in accordance with the competition law. In consequence, applying the economics analysis has caused a more liberal treatment of vertical restraints. This paper reviews the role and the impact of the more important theory and economic school on the

applications of antimonopoly law to vertical restraints. Models and recommendations of the neoclassical economics, the Harvard School, the Chicago and Post-Chicago School, the ordoliberal school, the Austrian and neo-Austrian school as well as the transaction cost theory are presented one after another.

Keywords: economization of competition law, vertical agreements, vertical restraints, competition policy models and schools.

1. Wstęp

Polityka konkurencji skierowana w stronę porozumień wertykalnych stanowi nieustanne wyzwanie co do zakresu interwencji administracyjnej organów antymonopolowych w tego rodzaju porozumienia. Porozumienia wertykalne obejmują bardzo szeroki wachlarz produktów i usług oraz rodzaj współpracy wertykalnej. Wybierając porozumienia wertykalne, przedsiębiorstwa zastępują transakcje rynkowe ścisłymi długoterminowymi kontraktami wertykalnymi lub formą prawną mniej szczegółową, którą stanowią uzgodnienia pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na dwóch różnych poziomach rynku – wyższym i niższym. Dzielą się one na porozumienia wertykalne typu w górę (*upstream*), które organizują współpracę pomiędzy dostawcami surowców i części zamiennych a producentami produktów gotowych, oraz typu w dół (*downstream*), które tworzą producenci produktów finalnych i ich dystrybutorzy. Porozumienia wertykalne zgodnie z prawem antymonopolowym są oparte nie tylko na umowach cywilnych mniej lub bardziej szczegółowych. W dużej mierze są one również skutkiem pewnych wypracowanych praktyk biznesowych i zachowań przedsiębiorstw wykraczających poza zasady prawa cywilnego. Podstawę takich porozumień w świetle prawa konkurencji mogą stanowić regulaminy, instrukcje, rekomendacje oraz wymiana informacji ekonomicznych.

Teorie ekonomiczne zajmujące się kwestią porozumień wertykalnych rozpatrują je głównie z punktu widzenia niedoskonałości działania mechanizmu rynkowego i usunięcia tych niedoskonałości przez zastosowanie jednej z dostępnych form organizowania działalności gospodarczej, bardziej rynkowej lub opartej na firmie albo formie pośredniej, z wykorzystaniem umów wertykalnych. Porozumienia wertykalne stanowią hybrydową formę organizacji działalności gospodarczej będącą racjonalną alternatywą w stosunku do dwóch pozostałych. Wertykalne porozumienia, a ściślej mówiąc – wertykalne ograniczenia, ze względu na ich możliwy antykonkurencyjny cel lub skutki, stały się w związku z tym ważnym obszarem aktywności organów antymonopolowych stojących na straży wzorca konkurencji wynikającego z prawa antymonopolowego.

Według R. Posnera polityka antymonopolowa skierowana w stronę porozumień wertykalnych stanowi najbardziej istotny problem, z którym muszą się mierzyć dzisiaj organy antymonopolowe [Posner 2005, s. 229]. Wyzwanie to zostało spowodowane dynamiczną ekonomizacją prawa ochrony konkurencji. Zaszczepienie w pracy

organów antymonopolowych reguły odwoływania się do teorii i analizy ekonomicznej, a nie tylko wykładni prawnej zakazów ustanowionych w prawie antymonopolowym spowodowało stopniowe odchodzenie od restrykcyjnego ich traktowania, co było powszechną praktyką obowiązującą do końca lat 80. XX wieku.

W procesie ekonomizacji prawa konkurencji znaczenie znanych z literatury teorii i szkół ekonomicznych jest jednak dość zróżnicowane. Celem niniejszego opracowania jest pokazanie roli oraz stopnia i zakresu wpływu na stosowanie prawa konkurencji odnoszącego się do porozumień wertykalnych ekonomii neoklasycznej, szkoły harwardzkiej, szkoły chicagowskiej i postchicagowskiej, ekonomii ordoliberalnej, ekonomii austriackiej oraz teorii kosztów transakcyjnych.

2. Istota i skutki ekonomizacji prawa konkurencji

Porozumienia wertykalne, jako hybrydowy sposób organizacji działalności gospodarczej, obejmują szeroki wachlarz produktów i usług oraz rodzaje współpracy wertykalnej. Są też preferowaną oraz dominującą formą funkcjonowania współczesnego biznesu. Powodem, dla którego leżą one w centrum zainteresowania organów antymonopolowych, jest to, że, ograniczając wolność gospodarczą słabszych partnerów, uderzają równocześnie w wolną konkurencję. Pozytywną natomiast ich stroną jest to, że podnoszą efektywność ekonomiczną zarówno producentów, jak i dystrybutorów oraz są nośnikiem korzyści konsumenckich zawartych w rozbudowywanych przez dystrybutorów usługach okołosprzedawczych. Bez wielu ograniczeń wertykalnych nakładanych na dystrybutorów efektywność ta byłaby nieosiągalna. I właśnie z tym problemem, który generują porozumienia wertykalne – czy prawo konkurencji ma ochraniać małe i średnie przedsiębiorstwa, stojąc na straży ich wolności gospodarczej i wolnej konkurencji, czy też celem jego egzekwowania jest ocena zachowań przedsiębiorstw od strony efektywności ekonomicznej – muszą się zmagać organy antymonopolowe.

Przepisy prawa antymonopolowego nie dzielą zakazanych porozumień przedsiębiorstw na horyzontalne i wertykalne. Zgodnie z nimi zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Do stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję nie jest więc konieczne wykazanie wystąpienia obu przesłanek łącznie. Pierwszeństwo w ocenie porozumienia ma cel zawartego porozumienia, a dopiero wówczas, gdy cel jest nieznany, badane są skutki, czyli praktyczna (realna) strona porozumienia. Taki sposób ewaluacji, dający pierwszeństwo celowi, bez wymogu odwoływania się do skutków, sprawia, że analiza antymonopolowa porozumienia może mieć charakter czysto abstrakcyjny, być określona wykładnią gramatyczną przepisu prawnego oraz wykreowaną z tej normy hipotezą zachowania antykonkurencyjnego. Rozłączność tych dwóch przesłanek w praktyce orzeczniczej pozostawia organom egzekwującym prawo antymonopolowe duży zakres uznaniowości i subiektywności co do oceny bezprawności rzekomych antykonkurencyjnych porozumień, wypro-

wadzonych z domniemanych intencji, a nie ich wpływu na realną konkurencję. Taka ocena jest bowiem możliwa tylko poprzez zważenie ich rzeczywistych skutków rynkowych, czyli oszacowanie skutków zarówno negatywnych, jak i pozytywnych. Środkiem zaradczym dla tej uznaniowości i pomijania realiów w ocenie danego porozumienia jest pogłębiona ekonomizacja prawa konkurencji.

Ekonomizacja prawa konkurencji sprowadza się do rozwiązywania zagadnień antymonopolowych opisanych przez prawo konkurencji poprzez:

1) odwoływanie się w rozwiązywaniu spraw antymonopolowych do teorii, modeli i kategorii ekonomicznych,

2) stosowanie w analizie antymonopolowej narzędzi i metod właściwych dla ekonomii,

3) badanie rzeczywistych skutków rynkowych ocenianych praktyk.

Zainteresowanie władz antymonopolowych budzą przede wszystkim porozumienia typu *downstream*, czyli segment dystrybucyjny oparty na długoterminowych kontraktach i uzgodnieniach, które organizują współpracę producentów i dystrybutorów detalicznych w ramach zamkniętych sieci dystrybucji selektywnej, wyłącznej bądź franchisingowej oraz umów agencyjnych. Wśród klauzul kontraktów wertykalnych ustanawiających ww. systemy dystrybucji występują klauzule o charakterze zarówno cenowym, i jak pozacenowym. Te, które wchodzą w kolizję z prawem antymonopolowym, ograniczają konkurencję wewnątrzmarkową, tworzą sztuczne bariery wejścia, ułatwiają zawieranie porozumień horyzontalnych. Na liście praktyk zakazanych przez dziesiątki lat figurowały ceny odsprzedaży (*Resale Price Maintenance* – RPM), na które składają się ceny minimalne, maksymalne, sztywne i ceny rekomendowane. Z kolei na liście najważniejszych praktyk nie-cenowych znalazły się porozumienia, których skutkiem są bojkot sprzedaży, reklamy i promocji produktów konkurenta, sprzedaż pakietowa (*bundling*), sprzedaż wiązana (*tying*), umowy o sprzedaży wyłącznej (*exclusive dealing*) oraz klauzule najwyższego uprzywilejowania.

Poglądy na temat korzyści i negatywnych skutków porozumień wertykalnych są zróżnicowane. Wprowadzenie jednak do analizy antymonopolowej w coraz większym stopniu od lat 80. XX wieku rozważań ekonomicznych sprawia, że ujawniane w tej analizie korzyści okazują się większe, niż to uzasadniono wcześniej i, co najważniejsze, często przewyższają skutki negatywne. W związku z tym na obecnym etapie stosowania prawa konkurencji tylko kilka z wcześniej wymienionych praktyk jest jeszcze traktowanych jako ograniczające konkurencję, przy czym zachodzą dość istotne różnice między Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską. Najważniejsza z nich zawiera się w stopniu wyjaśniania ich istoty poprzez pogłębioną analizę ekonomiczną. Podczas gdy w Stanach Zjednoczonych preferowana jest zasada analizy ekonomicznej (*rule of reason*), to w Europie wciąż pierwszeństwo ma zasada *per se illegal*, czyli ocena tych porozumień od strony, czy ich forma i treść odpowiadają hipotezie normy prawnej zakazującej zawierania takich porozumień ze względu na cel lub skutek.

Tym niemniej trwający po obu stronach Oceanu Atlantyckiego od 30 lat proces ekonomizacji prawa konkurencji sprawił, że aktualnie tylko nieliczne przypadki porozumień wertykalnych tworzą jeszcze poważny problem, nad którym pochylają się organy antymonopolowe. Są to przede wszystkim uzgodnienia dotyczące stosowania minimalnych i sztywnych RPM, klauzule lokalizacyjne zawężające rynki sprzedaży dystrybutorom, klauzule zakazujące lub ograniczające sprzedaż *online* oraz klauzule najwyższego uprzywilejowania [Jurczyk 2016, s. 244-253].

3. Wpływy ekonomii neoklasycznej

Ekonomia neoklasyczna nie zajmowała się wprost polityką konkurencji opartą na prawie konkurencji. Do jej modeli jednak nawiązują dwie szkoły ekonomii, które wywarły największy wpływ na realną politykę konkurencji, tj. szkoła harwardzka i szkoła chicagowska. Przywołane zostaną tutaj dwa najbardziej użyteczne modele ekonomii neoklasycznej: model podwójnej marży (*the double marginalization problem*) oraz model jazdy na gapę (*free-rider problem*). Modele te wskazują na istotne korzyści, jakie wynikają z integracji wertykalnej przedsiębiorstw, co może stanowić podstawę wyłączenia ich spod zakazu porozumień.

3.1. Model podwójnej marży

Ekonomia neoklasyczna jest pierwszą, która zajęła się porozumieniami wertykalnymi, lecz nie w kontekście stosowania prawa konkurencji, tylko przyczyn, które skłaniają przedsiębiorstwa do integracji wertykalnej oraz ze względu na skutki wpływu integracji na konkurencję. Model podwójnej marży wyjaśnia, dlaczego przedsiębiorstwa dążą do integracji wertykalnej. Powodem tym jest dążenie przedsiębiorstw do zmniejszenia nieefektywności będącej wynikiem siły rynkowej, którą posiadają przedsiębiorstwa znajdujące się na rynku wyższym lub niższym, lub na obu rynkach jednocześnie. Siła rynkowa pozwala bowiem tym przedsiębiorstwom na naliczanie na każdym z tych szczebli autonomicznej marży, co sprawia, że na rynku o takiej strukturze marża zawarta w cenie jest naliczana podwójnie. Nieefektywność na takim rynku jest szczególnie wysoka, gdy występuje czysty monopol na szczeblu produkcji i odrębny czysty monopol na szczeblu dystrybucji, czyli w sytuacji, gdy na rynku funkcjonują monopole zależne wertykalnie (monopole obustronne). Taka struktura rynku pozwala bowiem każdemu z monopolii oddzielnie ustalać monopolistyczne ceny. Wytwórca monopolistyczny dodaje swoją monopolistyczną marżę do kosztów produkcji, monopolista detaliczny z kolei dodaje swoją monopolistyczną marżę do ceny, którą uiszczył wytwórca. W takiej zdecentralizowanej strukturze wertykalnej cena rynkowa produktu jest więc wyższa od jego kosztu krańcowego, a volumen sprzedaży jest mniejszy. Mniejszy jest też zysk zagregowany w stosunku do zysku, który byłby osiągnięty, gdyby marża była ustalana wspólnie, a nie autonomicznie.

Zjawisko podwójnej marży natomiast zniknie, gdy pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach rynku nastąpi wertykalna integracja przez połączenie (fuzję) i utworzenie jednego przedsiębiorstwa (jednego monopolu). Usunięcie tej nieefektywności może się odbyć także w formie wieloletnich wertykalnych kontraktów, w których przedsiębiorstwa, zgadzając się na ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży, odstępują od naliczania przez każdego z osobna własnej marży. Dzięki tej zgodności maksymalizują swój łączny zysk, zwiększając produkcję i obniżając cenę. W takiej strukturze, jak twierdzi J. Tirole, przy niższych cenach rynkowych i większej produkcji, zintegrowany przemysł osiąga zysk większy od zysku, który osiąga przemysł niezintegrowany [Tirole 2003, s. 174-175]. Zintegrowane przedsiębiorstwa, ustalając monopolistyczną cenę zbytu, odpowiednio bowiem będą uwzględniać koszty produkcji producenta. Ceny po integracji będą zatem niższe, na czym skorzystają także konsumenci. Jest to klasyczny przykład ogólnej zasady, jak twierdzi P. Joskow, według której pojedynczy monopol jest lepszy od łańcucha monopolistów. I dlatego wertykalna integracja i niestandardowe porozumienia wertykalne stanowią substytucyjne mechanizmy rozwiązujące problem podwójnego wliczania w cenę marży zysku [Joskow 2005, s. 323-325].

Problem podwójnej marży zysku jest szerszy i występuje nie tylko w strukturze monopolu dwustronnego, ale również w bardziej realistycznych warunkach rynkowych, gdy na obu wyodrębnionych szczeblach rynku działa konkurencja monopolistyczna, czyli gdy przedsiębiorstwa działające na tych rynkach dysponują znaczną siłą rynkową. W warunkach takiej konkurencji sposobem jej eliminacji lub redukcji pozostaje również wertykalna integracja albo rozwiązanie substytucyjne w postaci wertykalnych porozumień przedsiębiorstw, które to warianty zostały przedstawione wyżej.

Model ekonomiczny podwójnej marży zysku przyczynił się do zaniechania pod koniec XX wieku przez organy antymonopolowe traktowania maksymalnych cen odsprzedaży jako cen monopolistycznych bezwzględnie zakazanych przez prawo konkurencji. Model ten nie odpowiada natomiast na pytanie o zalety minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży w porozumieniach wertykalnych. Poszukiwanie z kolei pozytywnych aspektów tego rodzaju cen należy, zdaniem niektórych ekonomistów, łączyć z zainteresowaniem i dążeniem producentów do zwiększenia popytu, co jednak wymaga wykreowania przez nich bodźców, które skłoniłyby dystrybutorów detalicznych do dodatkowych inwestycji [Marvel, McCafferty 1984, s. 346-359].

3.2. Model „jazdy na gapę”

Najbardziej znanym i użytecznym modelem ekonomicznym opisującym korzyści płynące z posługiwania się sztywnymi i minimalnymi cenami w porozumieniach wertykalnych jest model „jazdy na gapę” (*free riding*), sformułowany przez L. Telsera. Przedstawia on korzyści, jakie uzyskują konsumenci, gdy sprzedawcy detaliczni danego produktu lub usługi, którzy nie konkurują ceną dzięki minimalnym

cenom odsprzedaży, osiągając wyższą marżę, inwestują większe środki w rozwój usług okołosprzedażowych [Font-Galarza, Maier-Rigaud, Figueroa 2013, s. 4].

Model pokazuje, jak ustalone przez organizatora sieci dystrybucyjnej minimalne RPM likwidują wśród dystrybutorów detalicznych nieuczciwą konkurencję będącą skutkiem negatywnej praktyki rynkowej „jazdy na gapę”, a jednocześnie, jak te same minimalne ceny odsprzedaży sprzyjają rozwojowi świadczonych usług okołosprzedażowych dystrybutorów i wzrostowi sprzedaży detalicznej.

Efekt „jazdy na gapę” pojawia się, gdy z wysiłku włożonego przez sprzedawcę w promocję towarów, rozwój usług przedsprzedażowych i szkolenie pracowników korzyści będzie odnosił przede wszystkim rywal, który z tej promocji korzysta, nie ponosząc jednak żadnych dodatkowych kosztów z nią związanych, w związku z czym może przyciągać klientów, oferując im niższe ceny, których nie jest w stanie zaoferować sprzedawca inwestujący. Ten nieuczciwy przejaw konkurencji pociąga za sobą negatywne skutki zarówno dla producenta, jak i dla konsumentów. W sytuacji efektu „jazdy na gapę” bowiem żaden dystrybutor detaliczny nie będzie zainteresowany dostarczaniem niezbędnego z punktu widzenia producenta poziomu usług okołosprzedażowych, jeśli korzyści z ich rozwoju będą zgarniać głównie sprzedawcy nieinwestujący w ich rozwój i promocję. Producent z kolei, widząc w następstwie negatywnych zachowań „jeźdźców na gapę” spadek sprzedaży i idący za tym spadek zysku, będzie zmierzał do podniesienia cen detalicznych.

Według L. Telsera, bez minimalnych RPM różny poziom świadczonych usług przez dystrybutorów będzie zależał od ich indywidualnych kosztów i funkcji popytu. Natomiast przy minimalnych RPM producent może od swoich dystrybutorów wymagać dostarczania konsumentom optymalnego poziomu usług przed- i posprzedażowych. Tym samym, jak twierdzi Telser, minimalne RPM są często najlepszym rozwiązaniem dla rozwoju konkurencji wewnątrzmarkowej pomiędzy dystrybutorami opartej na jakości świadczonych konsumentom usług handlowych. Poziom ceny minimalnej zawiera bowiem wystarczającą marżę, która pozwala na finansowanie rozwoju tych usług. Kreowanie usług okołosprzedażowych dostarczających konsumentom nowych wartości będzie możliwe, dopóki koszty te nie wzrosną do poziomu cen minimalnych lub sztywnych ustalonych przez organizatora sieci dystrybucyjnej [Telser 1960, s. 86-87].

Telser zbudował swój model na przyjęciu hipotezy, że aktualny popyt zależy od szerokiego zakresu okołosprzedażowych usług dystrybutorów detalicznych. Rozwój tych usług zaś zależy od skłonienia dystrybutorów do ponoszenia dodatkowych inwestycji na ich rozwój. Bódcem do ponoszenia przez dystrybutorów dodatkowych wydatków są właśnie minimalne RPM, gwarantujące dystrybutorom dostateczny poziom dochodów, aby mogli się angażować w inwestycje handlowe. Minimalne RPM, poprzez rozwój usług okołosprzedażowych, dostarczają konsumentom nowych wartości, zwiększają ilość informacji konsumenckiej i tym samym zwiększają sprzedaż, konkurencję pozacenową oraz intensyfikują konkurencję międzymarkową. Te pozytywne wyniki ze stosowania cen minimalnych odsprzedaży są możli-

we do osiągnięcia, ponieważ dzięki nim jest eliminowana nieuczciwa konkurencja wewnątrzmarkowa, będąca skutkiem deliktu rynkowego „jazdy na gapę”. Dlatego w skutecznym systemie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży dystrybutor detaliczny, który obniży ceny, musi wiedzieć, że spotka się z ryzykiem, iż dostawy towarów ze strony producenta będą wstrzymane. Groźba ta ma skłaniać dystrybutorów do oferowania optymalnego poziomu usług. Założeniem jest, że kiedy wszyscy sprzedawcy stosują te same ceny, które zawierają koszty dostarczania optymalnego poziomu usług, wtedy są oni zmuszeni do wzajemnej konkurencji niecenowej. W warunkach obowiązywania minimalnych lub sztywnych RPM korzyści odnoszą zarówno producenci, jak i konsumenci. Koncepcja L. Telsera uzasadniająca występowanie cen minimalnych w porozumieniach wertykalnych nie znalazła jednak, jak dotąd, szerszego uznania w praktyce organów antymonopolowych.

4. Porozumienia wertykalne w modelu szkoły harwardzkiej

Szkoła harwardzka zbudowała swój model polityki konkurencji w latach 50. XX wieku, a jego głównymi autorami zostali E. Mason oraz J. Bain. Jej przedstawiciele uważali, że rynki działają w sposób zawodny, w związku z czym prawo antymonopolowe jest ważne i powinno być stosowane przede wszystkim do ochrony małych przedsiębiorstw. W istocie szkoła ta, opracowując założenia i cele amerykańskiej polityki konkurencji, podsumowała wyniki działalności rządowych i sądowych organów antymonopolowych i wyciągnęła z nich wnioski. Tworząc teoretyczne podstawy polityki konkurencji, oparła się na paradygmacie S – Z – W, tj. struktura – zachowanie – wynik¹, będącym wiodącym tematem badawczym teorii organizacji gospodarczej (*The Theory of Industrial Organization*). Do czynników strukturalnych zalicza się m.in. strukturę podmiotową rynku właściwego, bariery wejścia, koszty produkcji, zróżnicowanie produktów kształtujące zachowania i praktyki rynkowe firm, które z kolei mają wpływ na wyniki rynkowe, jak rentowność, wielkość produkcji, ceny, innowacje. Z paradygmatu tego wynika, iż pierwszorzędym czynnikiem, który przesądza o tym, jaki poziom konkurencji rynkowej występuje w danej gałęzi oraz jakie wyniki ekonomiczne dzięki niej osiągają przedsiębiorstwa, jest struktura rynku. I odwrotnie, każda firma poprzez swoje wyniki może wpłynąć w pewnym stopniu na swoją przyszłą pozycję na rynku [Shepherd 1986, s. 23].

Według Masona, termin monopol jest używany jako standard ewaluacji i określenia sytuacji niezgodnej z interesem publicznym. Natomiast konkurencja przeciwnie, jest traktowana jako sytuacja zgodna z tym interesem. W związku z tym ochrona konkurencyjnych elementów rynku i ograniczanie władzy monopolistycznej powinno leżeć w interesie publicznym. Elementy monopolistyczne, takie jak cenowa dyskryminacja, porozumienia, ceny grabieżcze lub nieuczciwa reklama, są bowiem wszechobecne. Stwierdził też, że analizy ekonomiczne monopolistycznych

¹ W oryginalnej wersji: *structure – conduct – performance*.

sytuacji w modelach konkurencji są mało użyteczne dla prawa antymonopolowego z uwagi na to, że mogą one prowadzić do konfliktu z powodu niemożliwości oddzielenia szkody odnoszonej przez konkurenta i natury szkody odnoszonej przez społeczeństwo [Mason 1937, s. 34-49].

Ponieważ szkoła harwardzka nadała strukturze rynku kluczowe znaczenie, a jednocześnie podkreślała niezależność i samodzielność ekonomiczną przedsiębiorstw, która nie powinna być zakłócana przez innych silniejszych konkurentów, porozumienia przedsiębiorstw, w tym również wertykalne, mogą mieć negatywny wpływ na strukturę podmiotową rynku, burząc strukturę właściwą dla funkcjonowania efektywnej konkurencji, tworząc bariery wejścia czy ograniczając samodzielność handlową przedsiębiorstw związanych wertykalnie z silniejszym producentem. Wiele ograniczeń wertykalnych w okresie, kiedy szkoła harwardzka miała decydujący wpływ na prowadzenie polityki konkurencji, było ściganych i uważanych za naruszające reguły konkurencji określone prawem antymonopolowym. W tym czasie, gdy obowiązywały zasady prowadzenia polityki antymonopolowej sformułowane przez szkołę harwardzką, bezprawnymi porozumieniami wertykalnymi były klauzule ustanawiające: transakcje wiązane, narzucające dystrybutorowi zakaz sprzedaży na terenie innego autoryzowanego dystrybutora lub otwieranie dodatkowego punktu sprzedaży na terenie mu wyznaczonym, zakazujące sprzedaży lub promocji produktów firm konkurencyjnych, a także wszystkie przypadki stosowania cen odsprzedaży.

5. Porozumienia wertykalne w modelu szkoły chicagowskiej i postchicagowskiej

Na wstępie warta podkreślenia jest różnica, jaka zachodzi między szkołą chicagowską (*Chicago School*) a innymi szkołami i teoriami ekonomicznymi w kontekście prowadzenia polityki konkurencji i egzekwowania prawa konkurencji. Tą różnicą jest to, że jej teoria i poglądy wskazują wprost, jak powinna być w praktyce realizowana przez państwo polityka konkurencji, jak powinno być interpretowane i stosowane prawo antymonopolowe przez organy antymonopolowe oraz gdzie należy szukać i w jaki sposób rozwiązywać problemy antymonopolowe. W tym modelu polityki konkurencji kluczową rolę, w przeciwieństwie do szkoły harwardzkiej, odgrywa ekonomia.

Jednym z głównych założeń tej szkoły jest to, że konkurencja w przemyśle², nawet o wysokiej stopie koncentracji, funkcjonuje w sposób normalny z powodu samoregulujących stabilnych sił rynków przemysłowych, pod warunkiem że na tych rynkach nie ma żadnych prawnych barier wejścia. Różne stopy koncentracji przemysłów według szkoły Chicago są wynikiem różnic występujących w strukturze kosztów, które z kolei są wynikiem korzyści skali i innowacji, czyli ich źródłem jest wyższa efektywność. W jej założeniach bowiem konkurencja pomiędzy kilkoma

² W polityce konkurencji pojęcie przemysłu można zastąpić pojęciami: branża, gałąź, sektor.

przedsiębiorstwami może być tak samo efektywna jak na rynku, na którym konkuruje wiele firm.

Największym i trwałym osiągnięciem szkoły chicagowskiej jest wprowadzenie ekonomii do analizy antymonopolowej organów ochrony konkurencji oraz przekonanie, że jedynym celem prawa konkurencji, którym te organy powinny się kierować, jest dobrobyt konsumenta (*consumer welfare*), a w związku z tym jedynym kryterium oceny praktyk opisanych przez prawo konkurencji staje się efektywność ekonomiczna. Dzięki temu stosowanie prawa konkurencji jest bardziej spójne oraz bardziej przewidywalne dla biznesu.

Szkoła chicagowska zaleca kierowanie się kryterium efektywności w działaniach organów antymonopolowych, ponieważ stosowane środki strukturalne uznaje za nieadekwatne i nieskuteczne. Koncentracje przedsiębiorstw zatem uważa za neutralne dla procesów konkurencji lub wprost prokonkurencyjne. Jej przedstawiciele podważyli także znaczenie trwałości barier wejścia dla procesów konkurencji. Za godne uwagi władz antymonopolowych uznali tylko praktyki z zakresu ustalania sztywnych cen w kartelu oraz łączenie się dużych firm [Jurczyk 2012, s. 39]. Jak pisze R. Bork, jeśli praktyka nie dotyczy problemu ograniczeń w produkcji, należy przyjąć, że jej celem i zarazem skutkiem są kreowanie efektywności lub jakiegoś neutralnego celu. I w takim przypadku praktyka powinna być uznana za zgodną z prawem [Bork 1993, s. 122].

Organy antymonopolowe powinny więc skupiać swoją pracę na eliminowaniu horyzontalnych porozumień monopolistycznych przedsiębiorstw, w innych przypadkach bowiem siły rynku będą same korygować antykonkurencyjne i nieefektywne zachowania rynkowe przedsiębiorstw, przywracając okresową równowagę rynkową. Ograniczenia wertykalne, które w świetle szkoły harwardzkiej i ekonomii ordoliberalnej są solą prawa i polityki konkurencji, według szkoły chicagowskiej nie tylko nie są problemem antymonopolowym, ale wręcz są wyrazem poszukiwania przez przedsiębiorstwa większej efektywności ekonomicznej, a nie korzyści poprzez ograniczanie konkurencji.

Nie w pełni z tymi poglądami zgadza się wielu reprezentantów tzw. post-Chicago school, uważając je za zbyt naiwne, zwłaszcza że siły rynku są zdolne usuwać wszystkie niedoskonałości [Hildebrand 2002, s. 151]. Niedoskonałości rynku widzą oni przede wszystkim w niedostatecznej informacji rynkowej oraz występujących barierach wejścia, co znacznie ogranicza i hamuje procesy konkurencyjne i stąd wymagana jest znacznie większa liczba interwencji organów antymonopolowych na rynku, niż głosi to szkoła chicagowska [Lande 1994, s. 631-644]. Podzielają jednak pogląd tej szkoły, że wiele porozumień wertykalnych, wcześniej ocenianych jako antykonkurencyjne, było wynikiem podążania za większą efektywnością, zmniejszenia kosztów transakcyjnych czy uniknięcia efektu „jazdy na gapę”. I co ważne, tak jak szkoła chicagowska, w postępowaniu antymonopolowym zaleca organom antymonopolowym przy analizie porozumień wertykalnych kierowanie się nie regułą *per se prohibition*, lecz regułą rozsądku. Porozumienie pierwotnie w świetle za-

sady *per se* oceniane jako antykonkurencyjne, po dalszej i głębszej analizie bowiem może się okazać, iż nie narusza ono reguł konkurencji ani nie pogarsza sytuacji konsumentów lub dostawców, a może je wręcz poprawiać.

6. Porozumienia wertykalne w modelu konkurencji szkoły austriackiej

Przedstawione wyżej najważniejsze założenia i elementy szkoły chicagowskiej na temat działalności organów antymonopolowych są zbliżone do poglądów reprezentantów szkoły austriackiej, a przede wszystkim F. von Hayeka, który stwierdził, iż interwencje państwa w obszar konkurencji są wrogie i bezwartościowe. Najważniejszym zadaniem polityki konkurencji i prawa antymonopolowego powinno być zapewnienie funkcjonowania wolnego rynku. W innych kwestiach co do realizacji samej polityki konkurencji jest nawet jeszcze bardziej radykalny. Według niego państwo powinno uchylać prawo kontraktowe, prawo handlowe i prawo patentowe oraz ochrony własności przemysłowej, w których to konkurencja powinna być naczelną zasadą w każdych okolicznościach i bez wyjątku. Stojąc na takim stanowisku, był przeciwny prawu antymonopolowemu w formie przyjętej w Niemczech oraz przeciwny utworzeniu odrębnego organu antymonopolowego o dyskrecyjnych uprawnieniach. Uważał, że państwo powinno ograniczyć swoją rolę do dostarczenia właściwych, jasnych i zawsze pewnych ram funkcjonowania wolnego rynku bez konieczności ciągłego dokonywania na nim interwencji [Cox, Hübner 1981, s. 30].

Z kolei nowa ekonomia austriacka nawiązująca do szkoły austriackiej, przyjmując że konkurencja (podobnie jak nowa ekonomia klasyczna i teoria monetarna) nie oznacza stanu spraw wynikającego z panującej równowagi na rynku konkurencji doskonałej, lecz jest to dynamiczny proces, tendencja, ruch w kierunku równowagi, twierdzi, iż interwencje rządowe, które wychodzą poza minimalny stan potrzeb, podnoszą jedynie nierównowagę rynkową. Według niej na ochronę prawną zasługują indywidualna wolność ekonomiczna i autonomiczne cele przedsiębiorstw. Wolność jest tutaj rozumiana w dwóch wymiarach: jako relacje między państwem i prywatnymi przedsiębiorstwami oraz wolność pomiędzy samymi prywatnymi przedsiębiorstwami [Hildebrand 2002, s. 157].

Odnosząc przedstawioną koncepcję szkoły austriackiej do roli prawa konkurencji, otrzymamy dwuznaczne wnioski z tej analizy w zakresie porozumień wertykalnych. Z jednej strony bowiem interwencje organów antymonopolowych powinny być rzadkie i pierwszeństwo należy oddać spontanicznym siłom rynku w usuwaniu wszelkich zakłóceń w procesie konkurencji, poza usuwaniem barier, czym powinno zająć się państwo, z drugiej jednak strony, jeśli jej celem ma być ochrona wolności ekonomicznej i autonomii prywatnych przedsiębiorstw, to w wielu przypadkach wolność ta w porozumieniach wertykalnych jest ograniczana. Dotyczy to przede wszystkim przedsiębiorstw funkcjonujących na niższym rynku (dystrybucji). W umowach takich zamieszczone są bowiem liczne klauzule ograniczające ich au-

tonomię, które w świetle prawa konkurencji mogą być potraktowane jako praktyki ograniczające konkurencję. Problem ten nie istnieje natomiast w analizie antymonopolowej prowadzonej zgodnie z kryterium wskazanym przez szkołę chicagowską. Poddanie ich ocenie w ramach reguły *rule of reason* może bowiem wykazać, iż są one proefektywnościowe i korzystne dla konsumentów.

7. Porozumienia wertykalne w ekonomii ordoliberalnej

Według ekonomii ordoliberalnej podstawą ekonomicznego dobrobytu i stabilności gospodarczej jest porządek ekonomiczny oparty na konkurencji. Konkurencja jednak nie będzie mogła spełnić tej konstrukcyjnej funkcji, jeśli nie będzie to konkurencja w odpowiedniej formie. Forma zaś konkurencji, dzięki której system gospodarczy byłby zdolny generować te społeczne cele, wymaga niezbędnej struktury rynkowej. W opinii szkoły ordoliberalnej taką pożądaną strukturę zapewnia konkurencja doskonała, która powinna zostać przywrócona i utrzymana [Eucken 1959, s. 160]. W takiej strukturze siła rynkowa przedsiębiorstw powinna być rozproszona najbardziej, jak to jest możliwe.

Ekonomia ordoliberalna jest w tym wypadku zgodna z poglądami liberalnymi, że tylko gospodarka rynkowa gwarantuje dobrobyt, wolność i sprawiedliwość społeczną. Jej reprezentanci uważają, że realizacja tych celów wymaga dokonania wpisu do konstytucji, że gospodarka rynkowa jest podstawą ustroju gospodarczego. Takie prawne rozwiązanie bowiem zapobiegnie zniekształceniu i degeneracji procesów konkurencyjnych, a rezultaty gospodarki rynkowej będą sprawiedliwie dystrybuowane w społeczeństwie i będą minimalizować interwencję państwa w gospodarkę [Hildebrand 2002, s. 158].

Zadaniem prawa konkurencji w tej koncepcji jest kreowanie i kontrola przestrzegania prawnych reguł konkurencji w celu stworzenia i utrzymania warunków, w których konkurencja będzie mogła się rozwijać [Kohutek 2012, s. 58-59]. Według W. Euckena, konkurencja pozbawiona reguł prowadzi do anarchii, a w konsekwencji do samozagłady. Konkurencja stanowi fundament ładu rynkowego w ramach określonego porządku prawnego i etycznego, kładzie nacisk na tworzenie ram instytucjonalnych do sprawnego funkcjonowania rynku. Prawo konkurencji jest więc niezbędne do przeciwdziałania degeneracji procesów konkurencji. W tym celu powinno ono wymuszać przestrzeganie reguł konkurencji poprzez kreowanie i utrzymywanie warunków, w których może ona skutecznie funkcjonować [Gerber 1994, s. 50]. A tymi warunkami są wolność konkurencji, ochrona indywidualnej wolności ekonomicznej oraz ochrona konkurencyjnej struktury rynku właściwej dla konkurencji doskonałej (kompletnej).

Co do założeń struktury rynkowej, celu i zasad prowadzenia polityki konkurencji, to jest ona zbliżona do szkoły harwardzkiej. Zachowania przedsiębiorstw i wyniki ekonomiczne rynku, w tym korzyści konsumentów, determinowane są przede wszystkim przez strukturę rynku, poziom koncentracji oraz bariery wejścia, które

w ocenie tej szkoły stanowią zasadniczy problem w funkcjonowaniu konkurencji. Jedna i druga szkoła uznaje, że cele polityki konkurencji są w związku z tym wielorakie, a państwo na tym polu powinno być aktywne. Podejście do oceny porozumień wertykalnych, tak jak i szkoły harwardzkiej, jest więc restrykcyjne. Dlatego wedle ekonomii ordoliberalnej wiele ograniczeń i obowiązków, które kontrakty wertykalne nakładają na przedsiębiorstwa działające na niższym rynku, jest sprzecznych z wolnością gospodarczą, autonomią podmiotów i zasadami konkurencji doskonałej, a skoro tak, to muszą być one traktowane jako naganne i ograniczające konkurencję. Poglądy ekonomii ordoliberalnej co do egzekwowania prawa konkurencji i roli organów antymonopolowych wywarły decydujący wpływ na kształt polityki konkurencji odnośnie do porozumień wertykalnych i innych jej obszarów prowadzonej przez Komisję Europejską, a tym samym i państwa członkowskie.

8. Porozumienia wertykalne w teorii kosztów transakcyjnych

W teorii kosztów transakcyjnych podstawową jednostkę analityczną w badaniu nad organizacją gospodarczą stanowią transakcja i jej koszty. W sposób szczególnie w związku z tym akcentuje ona badania nad zarządzaniem w sytuacji, gdy transakcję usunie się z rynku i umieści się ją pod zunifikowanym władaniem, czyli kiedy nastąpią zmiany własnościowe, zmiany bodźców i zmiany struktur zarządzania [Williamson 1998, s. 395-396]. Innymi słowy, gdy zamiast transakcji rynkowych utworzona zostanie organizacja hierarchiczna (przedsiębiorstwo) jako skuteczniejsza w eliminowaniu kosztów transakcyjnych związanych z zawieraniem kontraktów i ich realizacją, rozeznaniem w zakresie informacji rynkowych i oportunistycznym. Ekonomia kosztów transakcyjnych podkreśla jednocześnie, że rozmiary przedsiębiorstwa, poprzez wchłanianie transakcji rynkowych, nie mogą rosnąć nieograniczenie, albowiem procesowi zastępowania rynku przez przedsiębiorstwo towarzyszy również wzrost kosztów transakcyjnych powstających w związku z koordynacją i zarządzaniem. W literaturze koszty te dzieli się nieraz na koszty transakcyjne rynkowe, menedżerskie i publiczne [Staniek 2005, s. 25]. K. Arrow, któremu przypisuje się wprowadzenie terminu koszty transakcyjne, utożsamiał je z kosztami funkcjonowania systemu gospodarczego jako odrębnym rodzajem kosztów w stosunku do kosztów produkcji będących przedmiotem analizy neoklasycznej [Williamson 1998, s. 22, 32]. W sposób bardziej zawężający i oddający istotę kosztów transakcyjnych zdefiniował je H. Demsetz. Określił je jako koszty związane z wymianą tytułów własności [Demsetz 1968, s. 35]. Koszty transakcyjne – zdaniem tych ekonomistów – utrudniają, a w szczególnych sytuacjach blokują informacje rynkowe. Fundamentalna jest tutaj myśl Hayeka, rozwinięta później przez Coase'a, że funkcjonowanie rynku nie jest darmowe. Według tego autora, ułomności rynku wynikają z kosztów transakcyjnych, które K. Arrow przyrównał do tarcia w systemach fizycznych. Stwierdził jednak, że ułomności rynku nie mają charakteru absolutnego, w związku z czym lepiej rozpatrywać szerszą kategorię kosztów transakcyjnych,

które generalnie utrudniają, a w szczególnych przypadkach całkowicie blokują tworzenie rynku [Arrow 1969, s. 48-49]. Koszty transakcyjne, jak się uważa, mogą też utrudniać efektywną realokację zasobów, jeśli pewne transakcje nie zostały zawarte [Colomo 2012, s. 545].

Koszty funkcjonowania rynku wynikają przede wszystkim z poszukiwania informacji związanych z badaniem relacji cenowych. Drugim rodzajem kosztów związanych z transakcjami rynkowymi są koszty zawierania kontraktu. Składają się na nie koszty poszukiwania kontrahenta, negocjowania warunków kontraktu (ceny, terminy dostaw i płatności, ubezpieczenia dostawy, wysokość kar umownych) oraz koszty rozstrzygania sporów na tle wykonywania warunków kontraktu. Trzeci rodzaj kosztów funkcjonowania rynku, który wymienia ekonomia kosztów transakcyjnych wynika z jego niepewności, jako zmiennej stale występującej w różnych jego segmentach. Niepewność ta jest efektem wahań i zmiany cen, niedostatecznej wiedzy co do zachowania konkurentów, kontrahentów i konsumentów, a także asymetrii informacji będących w posiadaniu uczestników rynku. Ten trzeci rodzaj kosztów transakcyjnych obejmuje zatem koszty, które można nazwać kosztami wykonania kontraktu [Cooter, Ulen 2012, s. 88].

W centrum zainteresowania ekonomii kosztów transakcyjnych leży zatem poprawa efektywności ekonomicznej, którą ekonomia ta sprowadza do oszczędności kosztów funkcjonowania rynku. Oszczędności w kosztach transakcyjnych powinny następować na drodze „powiązania transakcji ze strukturami zarządzania (które różnią się zdolnościami adaptacyjnymi i są związane z tymi kosztami w zróżnicowany sposób)” [Williamson 1998, s. 31-32]. Oszczędzanie to więc lokalizuje się w obszarze wymiany produktów oraz zarządzania i polega na tworzeniu struktur rynkowych bardziej zhierarchizowanych i zintegrowanych. Zachowania i decyzje zmierzające do ich oszczędzania muszą zatem prowadzić do zastępowania wymiany rynkowej strukturami i mechanizmami właściwymi dla przedsiębiorstwa. Struktury organizacji gospodarczej bardziej zhierarchizowane i zintegrowane obniżają te koszty poprzez zmniejszenie lub wyeliminowanie niepewności i oportunistycznych zachowań dystrybutorów oraz dostawców materiałów. Te nierynkowe formy organizacji gospodarczej, jako alternatywa oszczędzania na kosztach transakcyjnych, mogą zatem się odbywać poprzez ograniczenie efektywnej konkurencji i na drodze monopolizacji rynku, czyli poprzez zastępowanie rynku strukturą przedsiębiorstwa.

W procesie internalizacji, czyli dokonywania wskazanych transakcji w ramach tego samego przedsiębiorstwa, znikają niebezpieczeństwa związane z rynkiem. Poza tymi granicznymi formami organizacji można jednak znaleźć także formy pośrednie (mieszane) o niepełnej hierarchizacji, w których integracja między dostawcą i nabywcą jest oparta na kontraktach zawierających klauzule ograniczające w mniejszym lub większym stopniu autonomię dostawców materiałów oraz sprzedawców produktów dostarczanych użytkownikom końcowym. Porozumienia te zmniejszają niepewność ekonomiczną i obniżają koszty transakcyjne w stosunku do współpracy wertykalnej opartej na transakcjach rynkowych. Na takich właśnie umowach

oparte jest funkcjonowanie selektywnych sieci dystrybucyjnych i sieci franchisingowych dominujących wspólnie przy sprzedaży odbiorcom końcowym produktów złożonych technicznie, produktów markowych i wartościowych. Oszczędności w kosztach transakcyjnych mogą więc następować za cenę pogorszenia konkurencji. W takich okolicznościach dochodzi wówczas do styczności polityki konkurencji i ekonomii kosztów transakcyjnych. Przy ocenie porozumień, które prowadzą do takich skutków, oszczędności w kosztach transakcyjnych mogą być wówczas powodem ich uzasadnienia i wyłączenia spod prawnego zakazu porozumień.

W tradycyjnej polityce konkurencji wszelkie restrykcje podmiotowe i terytorialne w porozumieniach wertykalnych traktowane były jako praktyki antykonkurencyjne. Ekonomia kosztów transakcyjnych na te ograniczenia spojrzała jednak inaczej. Przyjęła założenie, że celem takich praktyk jest ochrona transakcji i tym samym zmniejszenie kosztów transakcyjnych. Zmniejszenie kosztów transakcyjnych jest zaś jednym ze źródeł potencjalnych korzyści, które może przynosić integracja wertykalna [*Guidelines on the assessment...*].

Pojawienie się ekonomii kosztów transakcyjnych niewątpliwie pozwala poszerzyć analizę antymonopolową porozumień wertykalnych w kierunku poddawania ich ocenie bardziej według reguły rozsądku aniżeli reguły *per se illegal*. Dlatego też w kontekście teorii kosztów transakcyjnych wiele klauzul restrykcyjnych umieszczanych w umowach wertykalnych, jak wyznaczanie terytorium sprzedaży, wskazywanie nabywców, wyznaczanie cen odsprzedaży, stosowanie sprzedaży związanej, zamówień pakietowych z uwagi na mogące przynosić oszczędności w kosztach transakcyjnych, przestało być widzianych i ocenianych wyłącznie w kategoriach monopolizacji rynku, tj. porozumień cenowych, barier wejścia, dyskryminacji.

Polityka konkurencji w odniesieniu do porozumień wertykalnych stała się przez to jednym z obszarów praktycznego wykorzystania dorobku ekonomii kosztów transakcyjnych. Większość przedsięwzięć związanych z poszukiwaniem oszczędności w kosztach transakcyjnych koncentruje się bowiem w sferze dystrybucji. Koszty transakcyjne, jako narzędzie analityczne spraw antymonopolowych, w związku z tym podważyły także negatywne skutki efektu *leveragingu* [Williamson 1998, s. 33], czyli monopolizowania rynku zależnego, wcześniej niezmonopolizowanego, a także dostarczają nowych argumentów, że ceny wertykalne w skutkach nigdy nie są antykonkurencyjne.

9. Podsumowanie

W podsumowaniu trzeba podkreślić, iż najważniejsze szkoły polityki antymonopolowej: harwardzka, Chicago i ordoliberalna pominęły w rozważaniu czynników mających wpływ na funkcjonowanie efektywnej konkurencji oraz wśród przesłanek oceny spraw antymonopolowych dotyczących porozumień wertykalnych dorobek

teorii kosztów transakcyjnych, chociaż teoria ta była dla nich dostępna. Pozostawały one wierne efektywności rozumianej i opisywanej przez ekonomię neoklasyczną, nie włączając wprost do rozważań na temat przejawów efektywności ekonomii kosztów transakcyjnych. A jak zauważa H. Hovenkamp, styczność między szkołą chicagowską a teorią kosztów transakcyjnych co do efektywności porozumień wertykalnych wyraźnie widać w modelu L. Telsera „jazdy na gapę” [Hovenkamp 2010, s. 7]. Wyjaśnienia efektywności stosowania cen odsprzedaży w nim zawarte w istocie są formą analizy kosztów transakcyjnych. Jak twierdzi Hovenkamp, chociaż Telser nie opierał się na teorii Coase’a, jego znany esej dotyczący RPM odnosi się do kosztów alternatywnych, mechanizmów pozwalających dystrybutorowi świadczyć dodatkowe usługi. Na przykład Telser stwierdził, że przedsiębiorstwo mogłoby wybrać własną dystrybucję lub dystrybucję poprzez niezależne przedsiębiorstwa w zależności od relacji kosztów między tymi wyborami [Telser 1960, s. 86-87]. Producent mógłby próbować postanowień umownych, aby wymagać optymalnych usług od dystrybutora, lecz monitoring i koszty dystrybutora z tym związane mogłyby uczynić takie rozwiązania nieatrakcyjne. W związku z tym mechanizm cen odsprzedaży jest często najlepszym rozwiązaniem, pozwalającym dystrybutorom na konkurencję pomiędzy sobą przez wprowadzanie nowych usług, aż ich koszty nie wpłyną na cenę odsprzedaży [Telser 1960, s. 90].

Z powyższych rozważań wynika także, że chociaż poglądy co do szkodliwości wertykalnych porozumień w funkcjonowaniu efektywnej konkurencji są w teorii ekonomii dość zróżnicowane, to łączy je wspólna idea. Ekonomia i analiza ekonomiczna w stosowaniu i egzekwowaniu prawa konkurencji przez organy antymonopolowe powinny odgrywać kluczową rolę, a nawet niektóre z tych teorii, jak szkoła austriacka, uważając prawo konkurencji za błędne czy nawet szkodliwe, sprawy konkurencji pozostawiają wyłącznie ekonomii. Proces ekonomizacji prawa konkurencji, który zapoczątkowała szkoła chicagowska, pomimo oportunistycznego opóźnienia organów antymonopolowych zatem nieustannie trwa. W zakresie porozumień wertykalnych, jak wskazywano w artykule, zminimalizował on w istotny sposób katalog praktyk i klauzul wertykalnych ograniczających, sprzecznych z regułami prawa konkurencji. Aczkolwiek, jeśli weźmie się pod uwagę międzynarodowy uniwersalizm i koherentność międzynarodową polityki konkurencji, prawa konkurencji i orzecznictwa antymonopolowego, to proces ekonomizacji, czyli kierowanie się przez organy antymonopolowe w procesie ewaluacji porozumień wertykalnych efektywnością ekonomiczną, jest bardziej widoczny w praktyce amerykańskich organów antymonopolowych aniżeli Unii Europejskiej, a tym samym i krajów członkowskich, w tym Polski.

Literatura

- Arrow K.J., 1969, *The Organization of Economic Activity: The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*, vol. 1, US Joint Economic Committee, 91 st. Cong., Washington D.C.
- Bork R.H., 1993, *The Antitrust Paradox*, New York.
- Colomo P.I., 2012, *Market failure, transaction costs and Article 101 (1) TFUE case law*, European Law Review, no. 5.
- Cox H., Hübner H., 1981, *Wettbewerb. Eine Einführung in die Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*, [w:] Cox H., Jens U., Markert K., *Handbuch des Wettbewerbs*, München.
- Cooter R., Ulen T., 2012, *Law & Economics*, New York.
- Demsetz H., 1968, *The cost of transacting*, Quarterly Journal of Economics, February, no. 82.
- Eucken W., 1959, *Die Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Rowohlt, Hamburg.
- Font-Galarza A., Maier-Rigaud F.P., Figueroa P., 2013, *RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective*, Competition Policy International, November.
- Gerber D.J., 1994, *Constitutionalizing The Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the „New” Europe*, The American Journal of Comparative Law, vol. 42.
- Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, OJ C 2008, 256/6.
- Hildebrand D., 2002, *The Role of Economics Analysis in The EC Competition Rules*, London, New York.
- Hovenkamp H.J., 2010, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, no. 10-35, December.
- Joskow P.L., 2005, *Chapter XX Vertical Integration*, Ménard C., Shirley M.M. (eds.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands.
- Jurczyk Z., 2012, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa.
- Jurczyk Z., 2016, *Co dalej z minimalnymi cenami odsprzedaży?*, [w:] Fornalczyk A., Skoczny T. (red.), *Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne*, Warszawa.
- Kohutek K., 2012, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowność reguł prawa konkurencji*, Warszawa.
- Lande R.H., 1994, *Beyond Chicago: Will activist antitrust arise again?*, Antitrust Bulletin, vol. 39.
- Marvel H.P., McCafferty S.H., 1984, *Resale price maintenance and quality certification*, The Rand Journal of Economics, vol. 15.
- Mason E.S., 1937, *Monopoly in law and economics*, The Yale Law Journal, 47.
- Posner R., 2005, *Vertical restraints and antitrust policy*, The University of Chicago Law Review, Winter, no. 72.
- Shepherd W.G., 1986, *The twilight of antitrust*, Antitrust Law and Economic Review, vol. 18.
- Staniek Z., 2005, *Uwarunkowania i wyznaczniki efektywności systemu instytucjonalnego*, [w:] Pachon W. (red.), *Szkice ze współczesnej teorii ekonomii*, Warszawa.
- Telser L., 1960, *Why should manufactures want fair trade?*, Journal Law and Economics, no. 3.
- Tirole J., 2003, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Massachusetts, London.
- Williamson O.E., 1998, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu*, Warszawa.