

Prof. UŚ dr hab. Tomasz Pietrzykowski  
Wydział Prawa I Administracji  
Uniwersytet Śląski w Katowicach

**Recenzja**  
**rozprawy doktorskiej Pana mgr. Tomasza Zielenkiewicza pt.**  
***Ochrona konkurencji. Aspekty teoretyczne i analiza ekonomiczna,***  
**napisanej pod kierunkiem prof. dr. hab. Bartosza Brożka, Kraków 2018**

**1. Uwagi ogólne**

Przedmiotem recenzowanej rozprawy jest zastosowanie podejścia badawczego wypracowanego na gruncie nurtu ekonomicznej analizy prawa (*Law & Economics*) do analizy prawodawstwa ochrony konkurencji. Z jednej strony ma ona zatem charakter aplikacyjny, nie koncentruje się bowiem na dyskusji samych teoretycznych podstaw ekonomicznej analizy prawa jako podejścia badawczego lecz stara się wykorzystać je do wypracowania narzędzi zrozumienia i ewaluacji interwencji prawnych w sferze antymonopolowej (ochrony konkurencji). Zarazem jednak nie ma na celu przeprowadzenia ekonomicznej analizy aktualnego stanu prawnego, faktycznie istniejących regulacji prawnych w zakresie ochrony konkurencji. Zmierza raczej do budowy teoretycznego modelu ewaluacji takiej interwencji opartego na założeniach i narzędziach ekonomicznej analizy prawa. Jej celem jest zatem niejako poziom pośredni – ani skupienie na teoretycznej analizie koncepcji *Law and Economics* w zakresie prawodawstwa antymonopolowego, ani bezpośrednio zastosowane go do eksplikacji i ewaluacji konkretnego stanu prawnego, w wyodrębnionym obszarze prawodawstwa. Chodzi natomiast o swego rodzaju odniesienie podejścia badawczego *Law and Economics* do problematyki ochrony konkurencji, pozwalające wypracować narzędzia adekwatne do budowy ogólnego modelu teoretycznego interwencji prawnej w sferę konkurencji rynkowej przedsiębiorców.

Uważam tak zakreślony przedmiot rozprawy za oryginalnie i interesująco zarysowane zamierzenie badawcze. Stanowi ono niejako próbę dokonania ekstensji teoretycznych podstaw ekonomicznej analizy prawa poprzez wykorzystanie ich do

zaproprowania modelu ewaluacji interwencji prawnej w obszarze prawodawstwa antymonopolowego. Może on być oceniany zarówno ze względu na spójność z założeniami i koncepcjami *Law and Economics*, jak i praktycznej przydatności do opisu, wyjaśnienia i naświetlenia charakterystyki konkretnych regulacji prawnych w obszarze prawa ochrony konkurencji (tego rodzaju aplikacja nie jest jednak przez autora dokonywana, stąd nie jest łatwo ocenić na ile zaproponowany przez niego model okazałby się użyteczny w praktyce).

Struktura rozprawy i jej strona formalna nie nasuwają większych zastrzeżeń. Autor korzysta obficie z literatury przedmiotu – zarówno prac teoretyczno- i dogmatycznoprawnych, jak i piśmiennictwa innych dyscyplin wiedzy (przede wszystkim ekonomii). W niektórych przypadkach rozważania doktoranta z pewnością zyskałyby na szerszym wykorzystaniu klasycznej literatury teoretycznoprawnej (np. w odniesieniu do pojęcia skuteczności prawa – J. Nowackiego, w odniesieniu do ogólności i szczegółowości norm – Z. Ziemińskiego i J. Wróblewskiego). Pominięcia te nie rzutują jednak na całościową ocenę rozprawy, która skoncentrowana jest na teoriach i pojęciach ekonomicznej analizy prawa, na obszarze której autor posługuje się literaturą w sposób zupełnie wystarczający. Żałować można jedynie, że krótkiej prezentacji podstaw teoretycznych teorii wypracowanych na gruncie *Law and Economics* nie uzupełnił choć krótkim przeglądem sposób, w jakie dotąd były one i są aplikowane (także w literaturze polskiej) do poszczególnych problemów i obszarów prawodawstwa.

## **2. Zawartość rozprawy**

Z uwagi na swój charakter rozprawa zawiera dość pobieżne i wycinkowe omówienie samych podstaw ekonomicznej analizy prawa. Jest to zrozumiałe i zasadne z uwagi na wspomniany już – raczej aplikacyjny (czy też – adaptacyjny) charakter rozważań stanowiących jej punkt ciężkości. Dlatego powielanie w sposób szczegółowy genezy i teoretycznych koncepcji wypracowanych w ramach szkoły *Law and Economics* byłoby niecelowe. Autor przywołuje i rekonstruuje jej trzy podstawowe, z perspektywy jego zamierzeń badawczych, założenia – teorię racjonalnego podmiotu, założenie o celu prawa oraz założenie o mechanizmie wpływu prawa na funkcjonowanie rynku. Zgodnie z pierwszym z nich podmioty rynkowe dokonując wyborów i podejmując działania dążą do

maksymalizacji użyteczności. Zgodnie z drugim, celem prawa powinna być maksymalizacja dobrobytu społecznego (a nie czyjegokolwiek dobrobytu indywidualnego) – i z tego punktu widzenia powinno być oceniane. Zgodnie z trzecim, prawo wpływa na zachowania adresatów poprzez zwiększanie kosztów lub korzyści wynikających z poszczególnych zachowań, będących przedmiotem normowania prawnego, w ten sposób oddziałując na racjonalne podmioty będące adresatami prawa (poprzez nakładanie dodatkowych obciążeń lub korzyści powiązanych z wyborem określonego sposobu postępowania). Dzięki temu może stanowić narzędzie wpływu na podmioty podlegające regulacji kształtując ich sposób działania w sposób prowadzący do maksymalizacji bogactwa społecznego (minimalizacji kosztów społecznych).

Interwencja prawna jest więc uzasadniona wówczas, gdy sytuacja decyzyjna określonych podmiotów jest taka, że dążąc do maksymalizacji subiektywnej użyteczności będą one wybierać postępowanie, którego efekt nie będzie przyczyniał się do maksymalizacji bogactwa społecznego (nie będzie ekonomicznie efektywny w którymś z rozumień przyjmowanych na gruncie ekonomicznej analizy prawa). Interwencja prawna służy tu takiemu przekształceniu sytuacji decyzyjnej tych podmiotów, aby racjonalne dla nich było preferowanie takiego sposobu działania, który jednocześnie prowadzi do maksymalizacji dobrobytu społecznego (a nie tylko ich indywidualnego). Jednakże, każda interwencja prawa wiąże się także z kosztami (zarówno po stronie prawodawcy, jak i adresatów), a tym samym będzie ona uzasadniona jedynie wówczas, gdy ogólna korzyść dla dobrobytu społecznego wynikająca jej dokonania (wpływu na zmiany zachowań adresatów prawa) będzie wyższa niż koszty, jakie za sobą pociąga.

Rekonstruuując teoretyczne podstawy ekonomicznej analizy prawa autor dokonuje interesującego porównania wynikającego z niej modelu z powszechnie już używaną w doktrynie wielu dziedzin prawa zasadą proporcjonalności. Dochodzi do wniosku, że w istocie trzy elementy wyodrębniane w tej zasadzie – tj. konieczność, celowość i proporcjonalność *sensu stricto* odpowiadają podstawowym elementom ekonomicznej analizy prawodawstwa. Także w tej ostatniej występują w istocie podobne kryteria „testu” stosowanego do oceny interwencji prawnej. Należy do nich przede wszystkim pytanie o potrzebę interwencji prawnej w celu rozwiązania określonego problemu – tj. czy jest ona niezbędna dla maksymalizacji dobrobytu społecznego, do której w danych okolicznościach nie wystarczają spontaniczne działania racjonalnych podmiotów dążących do maksymalizacji subiektywnej użyteczności. Odpowiada to pytaniu o

„konieczność” interwencji obejmowanym zasadą proporcjonalności. Ponadto, ocenie podlegać winna skuteczność, a więc pytanie czy dany kształt interwencji prawnej rzeczywiście prowadzi do zamierzonych efektów (faktycznie zdolny jest wpłynąć na zachowania adresatów tak, aby prowadziły one do maksymalizacji dobrobytu społecznego). Jest to odpowiednik kryterium „celowości” wchodzącego w skład zasady proporcjonalności. Po trzecie wreszcie, wymaga rozstrzygnięcia, czy spośród różnych wchodzących w rachubę sposobów interwencji prawnej wybrany został ten, który pozwala oczekiwać maksymalnych efektów przy minimalnych, koniecznych do ich uzyskania, kosztach. To zaś odpowiada rozumieniu „proporcjonalności *sensu stricto*”.

Stwierdzając tego rodzaju podobieństwo pomiędzy zasadą proporcjonalności, a modelem oceny interwencji prawnej z perspektywy *Law and Economics* autor rozważa także ten jej dodatkowy element, jakim jest zakaz naruszania istoty wchodzących w rachubę praw i wolności. Uważa, że może być on traktowany bądź to jako „swego rodzaju zabezpieczenie przed nieograniczonym procesem optymalizacji ekonomicznej” bądź też jako „element tego rachunku” (s. 41), w którym całkowite unicestwienie określonej wolności (np. działalności gospodarczej) byłoby nieopłacalne z perspektywy maksymalizacji dobrobytu społecznego niezależnie od skali innych korzyści, jakie mogłoby ono przynieść.

Poświęcone temu porównaniu rozważania autora uważam za interesujący wątek teoretycznej warstwy jego rozprawy i żałuję, że autor nie rozbudował go o głębsze dociekania zidentyfikowanych przez niego podobieństw i różnic oraz ich genezy.

Część poświęconą ekonomicznej analizie prawa autor zamyka trójparametrowym modelem ekonomizacji prawa, w której relewantnymi parametrami jest obszar optymalizacji (wyznaczony parametrem poziomu straty dla dobrobytu społecznego występującej w braku jakiegokolwiek regulacji prawnej), krzywa skuteczności regulacji (przebiegająca od regulacji najbardziej ogólnej do najbardziej szczególnej) oraz analogiczna do niej krzywa kosztów regulacji. Uwzględnienie tych parametrów nie budzi moich wątpliwości, co najwyżej odnotowałbym, że jest to dla mnie nie tyle model „ekonomizacji”, ile raczej „optymalizacji” prawa czy interwencji prawnej (choć oczywiście optymalizacji rozumianej na modłę ekonomicznej analizy prawa i przez nią przyjmowanego rozumienia efektywności regulacji prawnych).

Na tle opracowanego przez autora modelu rodzi się jednak pytanie, czy w jego ujęciu opracowany i zaprezentowany model stanowić ma narzędzie ewaluacji

optymalizacji prawa ochrony konkurencji (s. 57) czy optymalizacji dowolnej regulacji prawnej (jak zdają się sugerować rozważania wcześniejsze, np. s. 46).

Przechodząc do problematyki konkurencji i jej ochrony prawnej autor przeprowadza analizę samego pojęcia (czy raczej – pojęć) konkurencji w kontekście ekonomiczno-rynkowym, odróżniając w niej rozumienia idealne – spełniające wszystkie teoretyczne warunki konkurencji doskonałej oraz rozumienie praktyczne, w którym spełnia ona jedynie określony zespół warunków cechujących tzw. *workable competition* (autor wymienia – za D. Hildebrandem – pięć takich warunków). Pierwsze z tym rozumień pozostaje przydatne do pewnych celów teoretycznych (jako narzędzie analityczne), drugie zaś – jako punkt odniesienia przy projektowaniu regulacji prawnych mających służyć praktycznej ochronie realnej konkurencji rynkowej. Konkurencja - nawet w sensie odległej od doskonałości *workable competition* – jest jednak znacznie korzystniejszym środowiskiem maksymalizacji dobrobytu społecznego od takich sytuacji rynkowych jak monopol lub oligopol. Te zaś pojawiają się jako nieuchronnie w sytuacji braku regulacji prawnej rynkowej wymiany gospodarczej. Oznacza to, że spełniony jest podstawowy warunek ekonomicznej efektywności interwencji prawnej – tj. konieczność wpływu na zachowania racjonalnych podmiotów rynkowych, których dążenie do maksymalizacji subiektywnej użyteczności prowadzi do wyników nieoptymalnych z punktu widzenia maksymalizacji dobrobytu społecznego. Różnica pomiędzy poziomem dobrobytu społecznego osiągalnym w warunkach konkurencji doskonałej, a poziomem istniejącym w warunkach zupełnego braku regulacji (a więc spontanicznego pojawiania się zjawisk typu monopol, oligopol lub zmowa cenowa, maksymalizujących subiektywną użyteczność konkretnych uczestników obrotu rynkowego ze szkodą dla dobrobytu społecznego) stanowi – w terminologii przyjętej przez doktoranta – obszar optymalizacji osiągalnej interwencją prawną.

Na gruncie tych wniosków autor przeprowadza kluczową dla całości rozprawy analizę sposobu wyboru regulacji z punktu widzenia zaproponowanego przez siebie modelu. Wymaga ona określenia poziomu szczegółowości regulacji prawnej. Powinna ona uwzględniać dwa parametry – koszty takiej regulacji oraz jej skuteczność. Doktorat formułuje tezę, że wraz z przesuwaniem się po skali „od ogólności do szczególność” rosną koszty regulacji i zwiększa się jej efektywność (choć o ile koszty rosną w sposób ciągły, to skuteczność rośnie – jak zakłada autor – jedynie do pewnego poziomu szczegółowości rozważań, a następnie zaczyna spadać). Ta część jego analizy stanowi „wyrażenie

językiem ekonomicznej analizy prawa” dwóch pozostałych elementów zasady proporcjonalności, tj. przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* (s. 187). Poszukując optymalnego rozwiązania należy „zbliżyć się do modelu szczególnego aż do momentu, w którym odległość między wykresem skuteczności, a wykresem kosztów, jest największa”.

Warunkiem akceptowalności regulacji prawnej jest oczywiście przewaga korzyści (skuteczności w zapobieganiu wpływu na dobrobyt społeczny zjawisk zaburzających konkurencję) nad kosztami. Natomiast wśród rozwiązań cechujących się taką przewagą kryterium dalszego wyboru powinna stanowić różnica (bilans) kosztów i efektów, tak aby dążyć do takiego ukształtowania regulacji prawnej, która prowadziłyby do największej różnicy pomiędzy kosztami i korzyściami.

### 3. Uwagi krytyczne

Recenzowana rozprawa stanowi, jak wielokrotnie deklaruje jej autor, swego rodzaju „eksplikację” zasady proporcjonalności w języku ekonomicznej analizy prawa. Jako taka stanowi interesujące osiągnięcie badawcze, które jednak nie zostało przez autora ani w pełni wykorzystane, ani w pełni wyczerpane.

Dokonując (moim zdaniem – udanego) przekładu postulatów ekonomicznej analizy prawa do zasady proporcjonalności autor uzyskał interesujący punkt wyjścia do sformułowania wniosków odnoszących się do jednego z najpopularniejszych i najczęściej podnoszonych zastrzeżeń wobec ekonomicznej analizy prawa – że w istocie proponuje ona jedynie powtórzenie, tyle że w nowym, ekonomiczno-matematyzującym ujęciu, twierdzeń i teorii od dawna znanych i obecnych w różnych dziedzinach prawoznawstwa. Oczywiście, zamierzenie autora podjęte w recenzowanej rozprawie było nieco inne – budowy modelu oceny regulacji antymonopolowej opartego na narzędziach ekonomicznej analizy prawa. Jednakże wnioski, do jakich doprowadziły go jego rozważania byłyby, być może cenniejsze, w odniesieniu do wartości dodanej wynikającej z posłużenia się narzędziami *Law and Economics* do ich budowy. Jeśli bowiem model i wynikające z niego wyznaczniki „akceptowalności” (optymalności) interwencji prawnej w istocie korespondują z zasadą proporcjonalności, to zasadne staje się pytanie o potrzebę i pożytek z odwoływania się do narzędzi ekonomicznych w rodzaju analizy kosztów i korzyści, w porównaniu z klasyczną analizą prawniczą opartą o pojęcia i zasady

wypracowane w doktrynie poszczególnych dziedzin prawa. Choć rozprawa przynosi wiele interesujących i inspirujących przemyśleń prowokujących do tego rodzaju pytań teoretycznych, autor nie zdecydował się ich postawić, poprzestając na skromniejszym zamyśle przedstawienia ekonomicznego modelu optymalizacji regulacji prawnej w prawie ochrony konkurencji i niejako zatrzymując się przed wyciągnięciem ze swoich rozważań dalej sięgających wniosków teoretycznych i krytycznych.

Druga z moich uwag krytycznych dotyczy rozumienia ogólności i szczegółowości regulacji prawnych, a także przyjętego przez autora rozumienia kosztów interwencji prawnej. Ogólność i szczegółowość regulacji autor wydaje się w dużej mierze utożsamiać z posługiwaniem się przez prawodawcę zasadami lub regułami prawnymi (w popularnym rozumieniu norm o realizacji stopniowalnej lub stosowanych na zasadzie „wszystko albo nic”). Budzi to moje wątpliwości, albowiem akurat w tym rozumieniu (w odróżnieniu do klasycznego, rozpowszechnionego we wcześniejszej, polskiej literaturze prawniczej, pojmowania zasad prawnych – właśnie jako „ogólnych” i niejako podstawowych norm danego aktu normatywnego lub gałęzi prawa) w koncepcji odróżnienia zasad od reguł przyjętej przez doktoranta charakter danej normy nie ma – a przynajmniej nie musi mieć - zbyt wiele wspólnego ze stopniem jej ogólności (w sensie zakresu zastosowania – klasy sytuacji, do których powinna znaleźć zastosowanie). Z jednej strony norma „każdy kto przemieszcza się po godzinie 22 w mieście powyżej 500 tys. mieszkańców powinien zachować szczególną ostrożność” będzie zasadą w sensie stopniowalności realizacji. Z drugiej – norma, zgodnie z którą „każdy kto porusza się w przestrzeni publicznej ma obowiązek posiadania dokumentu tożsamości” – będzie regułą, choć regułą o znacznie szerszym (ogólniejszym) zakresie zastosowania niż poprzednia zasada (choć o węższym zakresie normowania – tym odróżnieniem autor nie posługuje się w ogóle). Inaczej mówiąc, rozróżnienie ogólności i szczegółowości regulacji wydaje mi się teoretycznie niedopracowane, w szczególności wobec wypracowanego w polskim prawoznawstwie aparatu pojęciowego oraz znaczenia, jakie autor wiąże z parametrem „ogólność-szczegółowość” w swoim modelu optymalizacji interwencji prawnej.

Podobne wątpliwości budzi przyjęte przez autora rozumienie kosztów regulacji prawnej – rosnących, jego zdaniem, wraz ze szczegółowością regulacji prawnej. W pewnym ich zakresie tezę tę uważam za zasadną. Wydaje się jednak zarazem, że kluczowy dla oceny efektywności regulacji jest ten typ kosztów, który wiąże się z nakładanymi przez nią na adresatów obciążeniami (nakazami i zakazami), które nie są nieodzowne dla

osiągnięcia celu danej regulacji (w tym przypadku – zapobieżeniu ograniczeniom w konkurencji). Ryzyko takich nadmiernych, „ubocznych” obciążeń wydaje się zaś najwyższe w przypadku regulacji najogólniejszych (o najszerszym zakresie zastosowania). Jeśli np. prawodawca w celu zapobieżenia tworzeniu się monopolu zakazuje wszelkiego łączenia się przedsiębiorców (*nota bene*, byłaby to reguła, a nie zasada), byłaby to regulacja o wiele bardziej ogólna, niż przepisy faktycznych unormowań antymonopolowych, wskazujące dokładnie jakie warunki musi spełniać zamiar połączenia, aby podlegał zgłoszeniu, w jakich sytuacjach regulator może dopuścić się interwencji itd. Jednakże koszty - w rozumieniu straty dla dobrobytu społecznego związanej z zakazem połączeń niegroźnych dla konkurencji rynkowej i przyczyniających się *de facto* do maksymalizacji tego dobrobytu – w przypadku regulacji ogólnej byłyby zapewne nieporównanie większe niż w przypadku bardziej szczegółowych unormowań, takich jak obowiązujące w obecnie obowiązujących przepisach prawa ochrony konkurencji.

Innymi słowy regulacje ogólne wiązać mogą się na ogół ze znacznie częstszą interwencją nie tylko w zachowania negatywne, ale także – przy okazji – w zachowania, które stały się przedmiotem tej interwencji tylko wskutek nadmiernie szerokiego zakresu zastosowania normy. Z punktu widzenia zasady proporcjonalności (i jej ekonomicznej wersji rozwijanej przez doktoranta) - interwencja taka nie musi być przy tym wcale niekonieczna (bo problem zachowań wymagających regulacji może być najzupełniej realny i wymagać rozwiązania poprzez interwencję prawną), ani niecelowa (bo ustanowiona w tym celu norma faktycznie problem ten rozwiązuje, choć jednocześnie ingeruje w podobne zachowania, które nie powinny być jej przedmiotem). Jest to zatem kwestia właśnie „proporcjonalności *sensu stricto*”, a więc rachunku kosztów i efektów (skuteczności) regulacji. Dlatego właściwe zdefiniowanie zarówno jednych, jak i drugich, wydaje się mieć dla adekwatności modelu ekonomicznego znaczenie zasadnicze.

#### **4. Konkluzja**

Recenzowana rozprawa bez wątplenia stanowi interesujące i oryginalne rozwiązanie problemu badawczego i dowodzi zarówno wystarczającego opanowania przez doktoranta wiedzy teoretycznej, jak i zdolności do posługiwania się nią w stawianiu i rozstrzygnięciu zagadnień naukowych. Dokonane w recenzowanej rozprawie ustalenia



pogłębiają rozumienie teorii formułowanych na gruncie ekonomicznej analizy prawa i mają znaczenie dla dyskusji nad perspektywami tego podejścia badawczego w oferowaniu narzędzi badawczych rozwijających wiedzę na temat poszczególnych zjawisk prawnych i ich regulacji. Z tych względów wnoszę o przyjęcie przedstawionej mi do recenzji rozprawy oraz dopuszczenie Pana mgr. Tomasza Zielenkiewicza do dalszych etapów przewodu doktorskiego.

Katowice, 6 kwietnia 2019 r.



Prof. UŚ dr hab. Tomasz Pietrzykowski