

Konkurencja regulacyjna w prawie spółek

Marek Szydło



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Prawo jest na naszej stronie!

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Konkurencja regulacyjna w prawie spółek

Marek Szydło



Oficyna
a Wolters Kluwer business

Warszawa 2008

Wydawca:
Izabela Dorf

Redakcja:
Paulina Trzmielewska

Korekta:
Sylwia Kozak-Śmiech

Skład, łamanie:
JustLuk, Łukasz Drzewiecki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2008

ISSN: 1897-4392
ISBN: 978-83-7526-871-3

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	11
Wprowadzenie.....	13
Rozdział I	
Konkurencja regulacyjna jako zjawisko ekonomiczne	17
1. Konkurencja gospodarcza (w działalności gospodarczej).....	17
2. Analogie pomiędzy konkurencją gospodarczą a konkurencją regulacyjną	22
Rozdział II	
Konkurencja regulacyjna (konkurencja porządków prawnych) jako paradygmat rozwojowy wspólnotowego porządku prawnego.....	33
1. Dwie płaszczyzny konkurencji we Wspólnocie Europejskiej	33
2. Czy konkurencja pomiędzy przedsiębiorstwami jest domeną wyłącznie wspólnotowego prawa gospodarczego, zaś konkurencja pomiędzy państwami wyłącznie domeną wspólnotowego prawa konstytucyjnego?	36
3. Wzajemne relacje pomiędzy ujednolicaniem i harmonizowaniem prawa państw członkowskich przez wspólnotowy porządek prawny a procesem konkurencji krajowych porządków prawnych	42
3.1. Uwagi wprowadzające.....	42
3.2. Aksjologiczne i prawne podstawy ujednolicania oraz harmonizacji prawa państw członkowskich	43

3.3. Czynniki ograniczające działalność ustawodawcy wspólnotowego i wpływające tym samym na poszerzenie zakresu konkurencji krajowych porządków prawnych.....	48
4. Zasada państwa pochodzenia (zasada wzajemnego uznawania) jako podstawa konkurencji porządków prawnych we Wspólnocie	52
4.1. Znaczenie zasady państwa pochodzenia (zasady wzajemnego uznawania) dla zaistnienia konkurencji krajowych porządków prawnych	52
4.2. Obowiązywanie zasady państwa pochodzenia (zasady wzajemnego uznawania) we wspólnotowym porządku prawnym	57
4.3. Ryzyko obniżania się standardów w następstwie obowiązywania zasady państwa pochodzenia (zasady wzajemnego uznawania).....	60
4.4. Wzajemne uznawanie aktów administracyjnych uprawniających do wykonywania działalności gospodarczej i jego wpływ na konkurencję krajowych porządków prawnych.....	64
5. Istotne zniekształcenia warunków konkurowania pomiędzy państwami członkowskimi, jako następstwo konkurencji krajowych porządków prawnych oraz możliwość podejmowania w związku z tym przez Wspólnotę aktów prawnych, zbliżających prawo państw członkowskich.....	70
6. Brak implementacji lub niewłaściwa implementacja przez państwa członkowskie dyrektyw wspólnotowych, jako przejaw nieuczciwej konkurencji regulacyjnej	76

Rozdział III

Konkurencja regulacyjna w prawie spółek Stanów Zjednoczonych....

1. Konstytucyjne kompetencje do tworzenia prawa spółek przysługujące poszczególnym stanom w USA oraz federacji.....	80
2. Uznawanie przez poszczególne stany spółek inkorporowanych zgodnie z prawem innego stanu. Zakres uprawnień prawodawczych przysługujących stanom w odniesieniu do takich spółek.....	84

3. Konstytucyjne kompetencje stanów w zakresie tworzenia prawa spółek oraz uprawnienia stanów względem spółek obcych a konkurencja regulacyjna w zakresie prawa spółek.....	89
4. Początki (geneza) konkurencji regulacyjnej w zakresie prawa spółek w USA	91
5. Dominacja stanu Delaware na amerykańskim rynku prawa spółek.....	99
6. Podstawowe cechy prawa spółek stanu Delaware oraz podatek koncesyjny za korzystanie z niego	103
7. Konkurencja regulacyjna w USA w zakresie spółek LLC.....	107

Rozdział IV

Wybrane teorie wyjaśniające oraz opisujące fenomen

konkurencji regulacyjnej w prawie spółek	109
1. Teoria rynkowa (neoklasyczna)	109
1.1. Uwagi wprowadzające.....	109
1.2. Wyróżnianie poszczególnych rynków produktowych na rynku regulacji prawnych z zakresu prawa spółek	111
1.3. Krajowe prawo spółek jako dobro publiczne. Problem dyfuzji krajowego prawa spółek oraz ochrona przed jego imitacją przez inne państwa	115
1.4. Strategia różnicowania produktu w postaci krajowego prawa spółek.....	119
1.5. Rola środowisk prawniczych (sędziów i adwokatów) w ramach konkurencji regulacyjnej.....	122
2. Teoria wyboru publicznego	128
2.1. Podstawowe założenia teorii wyboru publicznego oraz możliwość ich zastosowania do konkurencji regulacyjnej w prawie spółek	128
2.2. Podatność krajowego prawodawcy tworzącego prawo spółek na naciski grup interesów a wielkość danego państwa.....	130
2.3. Charakterystyka poszczególnych grup interesów wywierających wpływ na kształt krajowego prawa spółek.....	134
2.4. Występowanie tzw. zewnętrznych negatywnych kosztów konkurencji regulacyjnej w prawie spółek, pod wpływem nacisku menedżerów spółek oraz ich wspólników.....	139
2.4.1. Uwagi wprowadzające.....	139

2.4.2. Hipoteza pierwsza: występujący w warunkach konkurencji regulacyjnej <i>race to the bottom</i> w zakresie ochrony interesów podmiotów trzecich	140
2.4.3. Hipoteza druga: występujący w warunkach konkurencji regulacyjnej <i>race to the top</i> w zakresie ochrony interesów podmiotów trzecich	150
2.5. Wzajemne relacje pomiędzy interesami wspólników (z jednej strony) i menedżerów spółek (z drugiej strony) oraz ich wpływ na konkurencję regulacyjną w prawie spółek.....	158
2.5.1. Zbieżność interesów wspólników i menedżerów spółek oraz hipoteza <i>race to the top</i>	158
2.5.2. Rozbieżność interesów wspólników i menedżerów spółek oraz hipoteza <i>race to the bottom</i>	162
2.5.3. Hipoteza kompromisowa	167
3. Teoria (fenomen) tzw. zależności ścieżki w ramach konkurencji regulacyjnej w prawie spółek.....	173
3.1. Ogólne uwagi na temat fenomenu zależności ścieżki oraz na temat technologicznych paradygmatów i ich stabilności.....	173
3.2. Zastosowanie koncepcji zależności ścieżki oraz koncepcji (stabilnych) technologicznych paradygmatów w odniesieniu do zjawiska konkurencji regulacyjnej w prawie spółek	177

Rozdział V

Konstitutywne elementy metaporządku prawnego warunkujące zaistnienie efektywnej konkurencji regulacyjnej w prawie spółek.....

1. Metaporządek prawny (porządek konkurencyjny).....	188
2. Swoboda prawodawcy krajowego w zakresie tworzenia prawa spółek	189
3. Posiadanie stosownych kompetencji prawotwórczych przez prawodawcę centralnego (federalnego).....	193
4. Podatek koncesyjny (<i>franchise tax</i>) jako bodziec motywujący państwa do uczestniczenia w konkurencji regulacyjnej.....	195
5. Kolizyjnoprawna teoria założenia (inkorporacji)	198
6. Możliwość reinkorporowania się przez spółkę w ramy innego porządku prawnego	202

7. Przysługująca sędziom oraz adwokatom swoboda transgranicznego przemieszczania się i osiedlania w innych państwach w celach zawodowych.....	205
---	-----

Rozdział VI

Konstytucyjne elementy metaporządku prawnego rządzące konkurencją regulacyjną a wspólnotowy porządek prawny	207
--	------------

1. Swoboda państw członkowskich w zakresie tworzenia prawa spółek	207
1.1. Konkurencyjne kompetencje prawodawcze Wspólnoty oraz państw członkowskich w zakresie tworzenia prawa spółek.....	207
1.2. Faktyczny (rzeczywisty) zakres ograniczenia we Wspólnocie konkurencji regulacyjnej w prawie spółek przez akty wspólnotowego prawa spółek	213
2. Kompetencje prawodawcy wspólnotowego w zakresie przeciwdziałania niepożądanemu rozwojowi konkurencji regulacyjnej w prawie spółek.....	219
3. Możliwość pobierania przez państwa członkowskie podatku koncesyjnego (i innych opłat) z tytułu (re)inkorporacji spółek	224
4. Kolidyjnoprawna teoria założenia (inkorporacji) w prawie wspólnotowym	228
5. Możliwość reinkorporowania się przez spółki założone zgodnie z prawem państwa członkowskiego w ramy prawa spółek obowiązującego w innym państwie członkowskim.....	230
6. Przysługująca sędziom oraz adwokatom na podstawie przepisów TWE swoboda transgranicznego przemieszczania się i osiedlania w innych państwach w celach zawodowych	237
7. Perspektywy faktycznego zaistnienia konkurencji regulacyjnej w prawie spółek we Wspólnocie Europejskiej.....	238
7.1. Gwarancja konkurencji regulacyjnej <i>de iure</i> a faktyczne jej zaistnienie	238
7.2. Podejście sceptyczne do perspektywy faktycznego zaistnienia we Wspólnocie konkurencji regulacyjnej	240
7.3. Optymistyczne podejście do perspektywy faktycznego zaistnienia we Wspólnocie konkurencji regulacyjnej	259
7.4. Próba bilansu	274

8. Wertykalna konkurencja regulacyjna w zakresie prawa spółek we Wspólnocie Europejskiej	279
Wykaz literatury	287

Wykaz skrótów

BGB	– (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>) kodeks cywilny niemiecki
Biała Księga	– dokument Unii Europejskiej przygotowywany przez Komisję Europejską, zawierający program realizacji określonego celu Wspólnoty
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz. WE	– Dziennik Urzędowy Wspólnoty Europejskiej
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
LLC	– (<i>Limited Liability Company</i>) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w USA
TUE	– Traktat z dnia 7 lutego 1992 r. o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.)
TWE	– Traktat z dnia 25 marca 1957 r. ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.)
UE	– Unia Europejska
US-GAAP	– (<i>Generally Accepted Accounting Principles</i>) amerykańskie przepisy o prowadzeniu rachunków w spółkach

Wprowadzenie

Konkurencję regulacyjną można by prowizorycznie zdefiniować jako proces, w ramach którego poszczególni krajowi prawodawcy decydują się w sposób świadomy tworzyć coraz bardziej konkurencyjne środowisko regulacyjne, tak aby wzmocnić konkurencyjność krajowych podmiotów gospodarczych i zniechęcić je do prób ewentualnego poszukiwania innego porządku prawnego, względnie też by przyciągnąć do danego państwa (tj. w ramy porządku prawnego tego państwa) podmioty z innych państw. Kreowanie tego rodzaju korzystnych i atrakcyjnych regulacji prawnych, w nadziei, że w spodziewany i pożądany przez krajowego prawodawcę sposób wpłynie to na międzynarodową mobilność czynników produkcji, może prowadzić do takich zachowań po stronie (także potencjalnych) adresatów regulacji prawnych, które określamy mianem regulacyjnego arbitrażu, a które polegają na selekcji wzmiankowanych wyżej regulacji prawnych, motywowanej chęcią znalezienia możliwie najbardziej sprzyjającego środowiska regulacyjnego (tak, aby jak najlepiej wykorzystać istniejące szanse rynkowe).

Zjawisko konkurencji regulacyjnej wywołuje wśród prawników i ekonomistów niezwykle zróżnicowane i skrajne wręcz oceny: od negowania w ogóle istnienia tego zjawiska (z powołaniem się na fakt, że aby zaistniała rzeczywista konkurencja regulacyjna muszą zostać spełnione na tyle idealne warunki czy też przesłanki, że w praktyce nie ma to nigdzie miejsca), po entuzjastyczne zachwyty nad tym fenomenem, który jakoby maksymalnie optymalizuje ekonomiczną efektywność poszczególnych rozwiązań prawnych i prowadzi jednocześnie do rezultatów w pełni pożądanych ze społecznego punktu widzenia.

Przedmiotem niniejszej monografii jest zjawisko konkurencji regulacyjnej w prawie spółek. Autor przyjął w niej założenie, że konkurencja regulacyjna w prawie spółek może rzeczywiście zaistnieć i że – co więcej – może być przy tym konkurencją efektywną, tzn. prowadzącą do efektywnych ekonomicznie (rynkowo) oraz sprawiedliwych społecznie rezultatów (a więc może prowadzić do zwiększania wartości udziałów lub akcji poszczególnych spółek – efektywność ekonomiczna, oraz może nie powodować występowania szkodliwych i negatywnych efektów zewnętrznych w postaci naruszania interesów osób trzecich – sprawiedliwość społeczną), pod tym wszakże warunkiem (i z tym zastrzeżeniem), iż uprzednio zostanie stworzony określony metaporządek prawny, który będzie rządził zarówno postępowaniem poszczególnych państw tworzących prawo spółek, jak też zachowaniami poszczególnych spółek, ich założycieli oraz wspólników, i który będzie tym samym nadawał tejże konkurencji regulacyjnej stosowne ramy prawne (tzw. porządek konkurencyjny). W związku z powyższym, celem autora niniejszej pracy stało się zidentyfikowanie (wskazanie) tych właśnie konstytutywnych elementów metaporządku prawnego, które mogą sprawić, że konkurencja regulacyjna w prawie spółek stanie się konkurencją w pełni efektywną (tzn. efektywną w powyższym rozumieniu). Oprócz zidentyfikowania wspomnianych wyżej konstytutywnych elementów niejako *in abstracto* (tj. w ujęciu modelowym), celem autora pracy była także odpowiedź na pytanie, czy i w jakim zakresie elementy te występują już obecnie we wspólnotowym (unijnym) porządku prawnym i jakich ewentualnie zmian należałoby w tym porządku dokonać, aby zbliżyć się do naszkicowanego uprzednio modelu konkurencji efektywnej.

Wszystkie te rozważania prowadzone są na tle pewnych szerszych – historycznych, ekonomicznych oraz prawnych – zagadnień, takich jak: relacje pomiędzy konkurencją regulacyjną a konkurencją gospodarczą; konkurencja krajowych porządków prawnych jako paradygmat rozwojowy wspólnotowego porządku prawnego; historia i współczesność konkurencji regulacyjnej w zakresie prawa spółek w jej ojczyźnie, czyli w Stanach Zjednoczonych, a także rozmaite podejścia badawcze próbujące w przeszłości i obecnie wyjaśniać fenomen konkurencji regulacyjnej w prawie spółek.

Z uwagi na fakt, że temat poruszany w niniejszej pracy nie był jeszcze przedmiotem szerszych analiz w polskiej literaturze prawniczej, autor wykorzystywał w niej przede wszystkim literaturę anglojęzyczną oraz niemieckojęzyczną.

Wrocław, kwiecień 2008 r.

Marek Szydło

Rozdział I

Konkurencja regulacyjna jako zjawisko ekonomiczne

1. Konkurencja gospodarcza (w działalności gospodarczej)

Konkurencja jako taka jest pewnym złożonym fenomenem¹, który może występować (i występuje) w bardzo różnych dziedzinach życia. Istnieje ona bowiem w gospodarce (tj. w działalności gospodarczej), w sporcie, w kulturze, w nauce, w działalności politycznej, a także – co będzie zasadniczym przedmiotem niniejszego opracowania – w działalności prawodawczej (tj. w działalności poszczególnych krajowych prawodawców). W każdej z tych sfer konkurencja posiada pewne swoje cechy oraz przybiera w jakiejś mierze specyficzny dla danej sfery życia kształt.

Niemniej jednak wydaje się, że pewnym wzorcowym (czy też modelowym) przejawem konkurencji, w kontekście określonego procesu, jest konkurencja zachodząca w gospodarce, a dokładniej w działalności gospodarczej. Konkurencja występująca w innych wymienionych wyżej sferach (dziedzinach) wykazuje bowiem bardzo wiele analogii właśnie do konkurencji gospodarczej. Stąd też co do zasady rozważania poświęcone zostały konkurencji regulacyjnej (tj. konkurencji pomiędzy prawodawcami).

Warto byłoby rozpocząć od ogólnego chociażby naszkicowania zjawiska konkurencji gospodarczej, co pozwoli następnie na wskazanie całego szeregu zbieżnych elementów pomiędzy tą konkurencją a kon-

¹ F. Rittner, *Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Heidelberg 1985, s. 157.

kurencją regulacyjną, przy pełnej, rzecz jasna, świadomości równoczesnego istnienia niemałych różnic oraz cech dywergencyjnych.

Próbując przy tym uchwycić istotę konkurencji gospodarczej oraz przezwyciężając równocześnie sceptycyzm co do możliwości zdefiniowania tego zjawiska², należałoby zacząć od tego, że w sensie etymologicznym wyraz „konkurencja” pochodzi od łacińskiego słowa *concurro*, które oznacza „walczyć, współzawodniczyć, starać się o coś równocześnie z drugim”. Z kolei we współczesnej polszczyźnie określenie „konkurencja” jest synonimem „rywalizacji, współzawodnictwa, współubiegania się danych osób o osiągnięcie określonego celu”. Jest przy tym rzeczą charakterystyczną, że również doktryna prawa (a konkretnie prawa antymonopolowego), próbując zdefiniować istotę konkurencji w działalności gospodarczej, używa takich określeń, jak „walka” („zmaganie się”)³, „spór”⁴ lub też „rywalizacja”⁵ (względnie „współzawodnictwo”). Można zatem powiedzieć, że konkurencja jest zawsze równoznaczna z rywalizacją, ze zmaganiem się z innymi konkurentami.

Ów wzmiankowany wyżej element rywalizacji czy też sporu (walki), jest bez wątpienia punktem wyjścia dla zbudowania pożądanej definicji pojęcia konkurencji. Nie jest to jednak jedyny element charakterystyczny dla procesu konkurencji. Chcąc bowiem skonstruować w miarę pełną i adekwatną definicję omawianego pojęcia, należałoby również wskazać, po pierwsze, podmioty uczestniczące we wspomnianym procesie rywalizacji, po drugie, cele (zamiary), jakimi kierują się te podmioty, po trzecie, cechy (właściwości, znamiona), jakimi charakteryzuje się sam proces rywalizacji, po czwarte, strategie wykorzystywane

² Niektórzy autorzy poważnie bowiem wątpią, czy zdefiniowanie pojęcia „konkurencji” (w działalności gospodarczej) jest w ogóle możliwe. Wątpliwości takie wyraża chociażby V. Emmerich, którego zdaniem zdefiniowanie omawianego tutaj pojęcia najprawdopodobniej jest niewykonalne. Wprawdzie – jak twierdzi autor – niemal każdy ma jakieś wyobrażenie na temat tego, czym jest konkurencja (w działalności gospodarczej), tym niemniej ustalenie w miarę jednolitej jej definicji jest właściwie niemożliwe. Powodem tego jest zaś okoliczność, że we współczesnej gospodarce procesy konkurencji są bardzo zróżnicowane (wielokształtne) i nie dają się precyzyjnie przewidywać. W związku z tym – jak utrzymuje powołany autor – wyjściem z sytuacji byłoby zrezygnowanie z definiowania pojęcia „konkurencji” i podjęcie próby zdefiniowania pojęcia w pewnym sensie przeciwnego – a mianowicie pojęcia „ograniczenie konkurencji”. Jednak i to zadanie, jak przyznaje V. Emmerich, okazuje się być wyjątkowo trudne: V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2001, s. 10.

³ R. Lane, *EC Competition Law*, Pearson Education Limited 2000, s. 6; R. Whish, *Competition Law*, London 2003, s. 2.

⁴ D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s. 8.

⁵ S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 37; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Kraków 2004, s. 29 i n.

przez poszczególne podmioty w walce konkurencyjnej oraz, po piąte, efekty (rezultaty), do jakich ta rywalizacja prowadzi lub też powinna prowadzić (jeżeli odbywa się w sposób niezakłócony).

Jeśli chodzi o podmioty uczestniczące w procesie rywalizacji (konkurencji gospodarczej), to są nimi samodzielne, w znaczeniu prawnym i organizacyjnym, przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwa te mogą działać w bardzo różnych formach organizacyjnoprawnych oraz reprezentować rozmaite formy własności, przy czym ich cechą charakterystyczną jest to, że są one zawsze zaangażowane (choćby tylko ubocznie) w aktywność ekonomiczną (komercyjną)⁶.

Odnosząc się z kolei do celów przyświecających rywalizującym ze sobą podmiotom (przedsiębiorstwom) trzeba zauważyć, że ich podstawowym celem jest zdobycie przewagi nad rywalami (konkurentami)⁷ oraz ugruntowanie swojej pozycji na rynku (przy równoczesnym osłabieniu pozycji rynkowej rywali). Prawdą jest oczywiście, że rywalizujący ze sobą konkurenci zmierzają do osiągnięcia wymiernych korzyści majątkowych, a także do zdobycia rynków zaopatrzenia, zbytu oraz siły roboczej⁸ (jest to ich bezpośredni cel operacyjny). Tym niemniej, tak naprawdę ich długofalowym i niejako ostatecznym celem jest zawsze osiągnięcie supremacji na rynku oraz zdobycie przewagi nad konkurentami. Mówiąc zaś jeszcze precyzyjniej, konkurującym ze sobą przed-

⁶ W prawie konkurencji używa się najczęściej tzw. funkcjonalnego pojęcia „przedsiębiorstwo”. Takie właśnie ujęcie wykorzystuje Europejski Trybunał Sprawiedliwości, definiując „przedsiębiorstwo” na potrzeby przepisów wspólnotowego prawa konkurencji. Zdaniem Trybunału, „przedsiębiorstwem” w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji jest „każda jednostka zaangażowana w działalność gospodarczą (ekonomiczną), bez względu na jej status prawny oraz sposób finansowania”: orzeczenia ETS w sprawach: C-41/90 Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH, Zb. Orz. 1991, s. I-1979, pkt 21; C-159 i 160/91 Christian Poucet przeciwko Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Zb. Orz. 1993, s. I-637, pkt 17; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie i Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs przeciwko Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Zb. Orz. 1995, s. I-4013, pkt 14; C-55/96 Job Centre coop. arl., Zb. Orz. 1997, s. I-7119, pkt 21; C-67/96 Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Zb. Orz. 1999, s. I-5751, pkt 77; C-115–117/97 Brentjens' Handelsonderneming BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds vol. de Handel in Bouwmaterialen, Zb. Orz. 1999, s. I-6025, pkt 77; C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken BV przeciwko Stichting Pensioenfonds vol. de Vervoer- en Havenbedrijven, Zb. Orz. 1999, s. I-6121, pkt 67.

⁷ R. Lane, *op. cit.*, s. 6; R. Whish, *op. cit.*, s. 2; w orzeczeniu z dnia 20 maja 1991 r. polski Sąd Najwyższy stwierdził, iż „konkurencja to rywalizacja co najmniej dwóch partnerów w dążeniu do osiągnięcia tego samego celu, ale z jednoczesnym działaniem zmierzającym do uzyskania przewagi”, II CR 445/90, Orzecznictwo Gospodarcze 1991, nr 4, poz. 78, s. 38.

⁸ S. Gronowski, *op. cit.*, s. 37.

siębiorstwom chodzi o to, aby uzyskać odpowiednio dużą siłę rynkową (bo to ona właśnie gwarantuje przewagę nad rywalami)⁹. Siła rynkowa jest przy tym najczęściej definiowana jako zdolność przedsiębiorstwa do podwyższania poziomu cen (w krótkim czasie – powyżej kosztów krańcowych, natomiast w dłuższej perspektywie – powyżej średnich kosztów całkowitych), chociażby poprzez ograniczenie produkcji, przy równoczesnym zwiększaniu czystych zysków¹⁰. Siła rynkowa jest wartością wymierną, przy czym z reguły na danym rynku poszczególne przedsiębiorstwa posiadają bardzo różną siłę rynkową.

Jeśli chodzi o cechy procesu rywalizacji rynkowej, to należałoby w pierwszym rzędzie zwrócić uwagę na dynamiczny charakter tej rywalizacji, wyrażający się poprzez powtarzalność akcji i reakcji podejmowanych przez przedsiębiorstwa. Akcje te i reakcje ulegają ciągłym zmianom (pod wpływem zachowań rywali), zaś ich przebieg jest bardzo burzliwy i niekiedy trudno przewidywalny. Wszystkiemu temu towarzyszy niepewność co do możliwych zachowań konkurentów¹¹ (a przynajmniej tak być powinno, jeżeli konkurencja funkcjonuje w sposób niezakłócony).

Jeśli chodzi o strategie (metody) wykorzystywane przez przedsiębiorstwa w walce konkurencyjnej, to można w tym zakresie wskazać na dwie najczęściej stosowane: strategia wiodącej pozycji pod względem kosztów całkowitych oraz strategia zróżnicowania.

Strategia wiodącej pozycji pod względem kosztów całkowitych jest ukierunkowana na maksymalne obniżenie kosztów własnych przedsiębiorstwa, w porównaniu z kosztami ponoszonymi przez konkurentów. Zrealizowanie tej strategii nie jest proste, gdyż wymaga ponoszenia (przynajmniej w pierwszej fazie) znacznych nakładów i prowadzenia agresywnej polityki cenowej. Na realizację takiej strategii mogą sobie zazwyczaj pozwolić jedynie duże przedsiębiorstwa, które posiadają relatywnie duży udział w rynku i korzystają z efektu skali.

Z kolei strategia zróżnicowania polega na wytwarzaniu produktów bądź świadczeniu usług, które w unikalny i sposób zaspokajają

⁹ Stąd też można powiedzieć, że konkurencja to w istocie proces zdobywania (osiągania) oraz utrzymywania siły rynkowej: L. Peepkorn, *The Economics of Competition. Static Welfare Analysis of Market Power* (w:) *The EC Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oxford 1999, s. 9.

¹⁰ Por. M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2005, s. 40–41, 115 i n.; L. Peepkorn, *The Economics of Competition. Static Welfare...*, s. 9; R. Lane, *op. cit.*, s. 7.

¹¹ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 166.

określone potrzeby nabywców (klientów). Przedsiębiorstwa stosujące tę strategię zmagają się do zauważalnego wyróżnienia swoich produktów bądź usług od produktów i usług konkurentów (wyróżnienia jakością, technologią, sposobem obsługi itp.), aby przyciągnąć w ten sposób klientów oraz zdobyć ich lojalność¹².

Odnosząc się wreszcie do efektów, jakie przynosi prawidłowo (i bez zakłóceń) funkcjonująca konkurencja, należałoby przede wszystkim wskazać na maksymalizację czy też na zwiększenie się efektywności ekonomicznej (efektywności gospodarowania), a konkretnie efektywności alokacyjnej, efektywności produkcyjnej oraz efektywności dynamicznej.

Efektywność alokacyjna jest to sytuacja, w której zasoby są przez poszczególne przedsiębiorstwa alokowane w kierunku zgodnym z preferencjami konsumentów, tak że ci ostatni mogą nabywać takie dobra, których aktualnie potrzebują (które preferują), przy czym mogą je nabywać w takiej ilości, jakiej potrzebują oraz po takiej cenie, jaką są w stanie zapłacić¹³. Z kolei efektywność produkcyjna jest to sytuacja, gdy określone towary są produkowane bądź usługi są świadczone po jak najniższym koszcie, a więc gdy możliwie jak najmniejsza część bogactwa czy też zasobów społeczeństwa jest wydatkowana na wzmiankowane tutaj procesy produkcji¹⁴. Nie ulega więc wątpliwości, że jeżeli konkurencja funkcjonuje prawidłowo, to wówczas producenci są żywotnie zainteresowani obniżaniem swoich kosztów (a tym samym również cen), gdyż w przeciwnym wypadku odbiorcy mogliby się przenieść do konkurentów¹⁵.

Wreszcie, efektywność dynamiczna jest to stan, w którym przedsiębiorstwa wprowadzają na rynek nowe produkty i technologie oraz stale rozwijają prace badawczo-rozwojowe, zwiększając w ten sposób innowacyjność całej gospodarki¹⁶. Kreowanie nowych rozwiązań technologicznych oraz wprowadzanie nowych lub ulepszonych produktów przyczynia się do wzrostu dobrobytu, gdyż dzięki temu zaspokajane są nowe i stale zwiększające się potrzeby konsumentów. Ci ostatni ocze-

¹² S. Gronowski, *op. cit.*, s. 38.

¹³ O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford 2006, s. 10–11; M. Motta, *op. cit.*, s. 40 i n.; R. Whish, *op. cit.*, s. 3; D.G. Goyder, *op. cit.*, s. 9; D. Miąsik, *op. cit.*, s. 43 i n.

¹⁴ R. Whish, *op. cit.*, s. 3.

¹⁵ D.G. Goyder, *op. cit.*, s. 9.

¹⁶ Por. D. Miąsik, *op. cit.*, s. 46–47.

kują ciągłego postępu technicznego oraz ulepszania oferowanych im produktów, przy czym znaczna część tych odbiorców skłonna jest zaakceptować w zamian nawet wyższe ceny tychże produktów¹⁷.

Zazwyczaj uważa się, że jeżeli na danym rynku funkcjonuje wiele przedsiębiorstw, które ze sobą w ostry sposób rywalizują (współzawodniczą), to z reguły będą one żywotnie zainteresowane wprowadzaniem nowych produktów na rynek lub też ulepszaniem dotychczasowych. Zależy im bowiem na utrzymaniu klientów oraz na zdobyciu nowych źródeł zbytu. Gdyby natomiast zrezygnowali z innowacyjności oraz z kreowania postępu technicznego, ryzykowaliby tym samym utratę klientów oraz ich przeniesienie się do bardziej innowacyjnych konkurentów¹⁸.

2. Analogie pomiędzy konkurencją gospodarczą a konkurencją regulacyjną

Opisany powyżej model konkurencji gospodarczej może być również – przynajmniej w przybliżeniu – odnoszony do konkurencji regulacyjnej, a więc do konkurencji pomiędzy poszczególnymi krajowymi prawodawcami, tworzącymi normy prawne.

W takim układzie, zakładając, że krajowy prawodawca może być w istocie utożsamiany z państwem jako takim, można by poszczególne państwa porównać do przedsiębiorstw¹⁹, mających – tak jak te ostatnie – swoją organizacyjną strukturę, swoje specyficzne reguły podejmowania decyzji, a tym samym wytwarzających i oferujących swoim obywatelom (konsumentom) określone produkty (świadczenia)²⁰. Produktami tymi są m.in. określone regulacje prawne²¹.

Państwo tworzące określone regulacje prawne, przyrównywane do przedsiębiorstwa wytwarzającego na rynku określone produkty, mogłoby być *prima facie* postrzegane w swojej działalności prawotwórczej

¹⁷ K. Mehta, *op. cit.*, s. 39.

¹⁸ R. Whish, *op. cit.*, s. 4; D.G. Goyder, *op. cit.*, s. 9.

¹⁹ R.D. Auster, M. Silver, *The State as a Firm*, Boston 1979 *passim*.

²⁰ K. Heine, *Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht. Zur Funktionsfähigkeit eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im europäischen Gesellschaftsrecht*, Berlin 2003, s. 40–41.

²¹ Por. R. Romano, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1985, vol. 1, s. 225 i n.

jako jeden wielki kartel (jako jedno wielkie antykonkurencyjne porozumienie), gdyż analogicznie jak kartelowa zмова pomiędzy konkurującymi dotychczas producentami prowadzi do zaniku konkurencji cenowej oraz osłabia bodźce do inwestowania w innowacyjność, tak samo ustanowienie jednego centralnego ośrodka prawotwórczego w danym państwie (w postaci krajowego ustawodawcy) prowadzi do zaniku wszelkiej konkurencji oraz osłabia bodźce do przedsiębiorczej innowacyjności²². Patrząc na państwo z innego punktu widzenia, można by je też przyrównać do swoistego monopolisty²³ (przedsiębiorstwa o pozycji monopolistycznej), które w zakresie tworzenia norm prawnych i poddawania swoich obywateli tymże normom nie posiada żadnych konkurentów.

Od razu jednak trzeba powiedzieć, że postrzeganie państwa i państwowego prawodawcy w kategoriach kartelu czy też wyłącznego monopolisty nie jest już dzisiaj uzasadnione. W globalizującej się gospodarce w niebywały bowiem sposób zwiększyła się mobilność czynników produkcji, w tym nie tylko kapitału, lecz także ludzi (przedsiębiorstw). Ta dynamiczna siła w postaci zwiększonego przepływu czynników produkcji w istotny sposób wpłynęła na powstanie i kształt rynku dóbr publicznych, w tym też rynku regulacji prawnych odnoszących się do działalności gospodarczej²⁴. Mianowicie, skoro czynniki produkcji, w tym też poszczególni ludzie i przedsiębiorstwa, mogą przemieszczać się pomiędzy państwami i poszukiwać dla siebie lepszych warunków do życia i do prowadzenia swojej zawodowej (gospodarczej) działalności, to tym samym państwa nie mogą się już dłużej czuć jako niezagrożeni żadną konkurencją monopoliści, lecz muszą rywalizować z innymi państwami o to, by wspomniane czynniki produkcji nie uciekały z obszaru objętego ich jurysdykcją, jak też o to, by przyciągnąć na swoje terytoria czynniki produkcji z innych państw. Stąd też poszczególne państwa są obecnie zmotywowane do tego, by rywalizować z innymi państwami na płaszczyźnie tworzenia możliwie korzystnych i atrakcyjnych dla wspomnianych czynników produkcji regulacji prawnych.

²² W.W. Bratton, J.A. McCahery, *The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World*, Georgetown Law Journal 1997, vol. 86, s. 204.

²³ W.J. Carney, *Business Law: The Impact of Competition on Regulation – Introduction*, Emory Law Journal 2003, vol. 52, s. 1286.

²⁴ W. Schön, *Playing different games? Regulatory competition in tax and company law compared*, Common Market Law Review 2005, vol. 42, s. 333.

W rezultacie możemy mówić o powstaniu (powstawaniu) konkurencyjnego rynku wzmiankowanych regulacji prawnych.

W tym kontekście słusznie się zauważa, że w momencie, gdy gospodarka jest otwarta – a globalizująca się współczesna gospodarka znamionuje się coraz większą otwartością – poszczególne państwa posiadają coraz więcej bodźców do tego, by internalizować na swoim obszarze jak najwięcej korzyści oraz by czynić to nawet kosztem innych państw. W tym sensie poszczególne państwa coraz bardziej ze sobą konkurują, co jest zresztą o tyle zrozumiałe, że każdy racjonalny model zachowań państw zakłada, że państwa troszczą się bardziej o swoje własne interesy niż o interesy innych państw²⁵. Ich rywalizacja, także na polu tworzenia regulacji prawnych, jest więc nieuchronna.

Tak samo więc, jak w modelu konkurencji gospodarczej, rywalizują ze sobą poszczególne przedsiębiorstwa, analogicznie w modelu konkurencji regulacyjnej rywalizują ze sobą poszczególne państwa, czy też – działający w ich ramach – krajowi prawodawcy. Celem tej, realizowanej kosztem innych państw (tj. kosztem interesów innych państw), konkurencyjnej rywalizacji, jest zwłaszcza osiągnięcie dużego stopnia skoncentrowania w danym państwie czynników produkcji i uzyskiwanie dzięki temu dodatkowych dochodów.

Podobnie jak ma to miejsce w przypadku działań będących przejawem konkurencji gospodarczej, również działania stanowiące wyraz konkurencji regulacyjnej charakteryzują się często pewnymi powtarzalnymi akcjami i reakcjami konkurentów²⁶, przy czym nierzadko tym konkurencyjnym działaniom towarzyszy niepewność co do przyszłych zachowań innych (konkurencyjnych) prawodawców²⁷.

Również strategie konkurowania stosowane w ramach konkurencji regulacyjnej mogą do złudzenia przypominać te wykorzystywane w przypadku konkurencji gospodarczej. I tak, strategią taką może być chociażby strategia wiodąca pod względem kosztów całkowitych, która jest przydatna zwłaszcza w ramach międzynarodowej konkurencji

²⁵ A.T. Guzman, *Public Choice and International Regulatory Competition*, Georgetown Law Journal 2002, vol. 90, s. 977.

²⁶ Zob. np. rozważania o przebiegu konkurencji regulacyjnej na amerykańskim rynku prawa spółek zawarte w punktach 4 i 5 rozdziału 3 niniejszej pracy.

²⁷ Por. E. Kamar, *A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law*, Columbia Law Review 1998, vol. 98, s. 1913 i n.

podatkowej²⁸. Konkurując wzajemnie ze sobą na płaszczyźnie możliwie korzystnego dla podatników (przedsiębiorstw, inwestorów) prawa podatkowego, poszczególne państwa starają się obniżyć stawki pobieranych przez siebie podatków dochodowych, czy też przewidywać w ramach swoich systemów podatkowych pewne szczególne zachęty (ulgi, zwolnienia itp.). Jednakże tego rodzaju strategia konkurowania, zdolna przyciągać do danego państwa kapitał oraz przedsiębiorstwa, wiąże się, przynajmniej w pierwszej fazie, z koniecznością ponoszenia przez dane państwo określonych strat po stronie wpływów (dochodów), co z kolei pociąga za sobą konieczność redukcji określonych budżetowych wydatków (kosztów). Tak więc skuteczna międzynarodowa konkurencja w zakresie ustawodawstwa podatkowego nieuchronnie wiąże się z koniecznością redukcji przez dane państwo kosztów swojego funkcjonowania, gdyż dopiero dzięki temu możliwe będzie obniżenie podatków (i przyciągnięcie zagranicznych środków produkcji). Tak samo, zatem, jak poszczególne przedsiębiorstwa (realizujące omawianą tutaj strategię wiodącą pod względem kosztów całkowitych) obniżają swoje koszty oraz stosowane ceny, tak samo też poszczególne państwa redukują swoje wydatki (koszty) oraz obniżają podatki (będące odpowiednikiem cen pobieranych przez przedsiębiorstwa).

Inną strategią konkurowania w ramach działalności gospodarczej wykorzystywaną przez państwa w konkurencji regulacyjnej jest strategia różnicowania. Na polu prawodawczym przejawia się ona poprzez tworzenie takich regulacji prawnych, dotyczących danej dziedziny życia, które wyróżniają się na tle analogicznych regulacji przyjmowanych przez inne państwa pewnymi cechami unikalnymi, sprawiającymi, że w oczach potencjalnych adresatów tychże regulacji zyskują one uznanie jako bardziej atrakcyjne i korzystne (bardziej odpowiadające ich potrzebom) niż regulacje tworzone przez innych prawodawców²⁹.

²⁸ Na temat (regulacyjnej) konkurencji podatkowej pomiędzy państwami zob. np. T. Brown, *Interjurisdictional Tax Competition: An Economic Perspective*, Nebraska Law Review 1989, vol. 68, s. 652 i n.; M.B. Weiss, *International Tax Competition: An Efficient or Inefficient Phenomenon*, Akron Tax Journal 2001, vol. 16, s. 99 i n.; J. Roin, *Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition*, Georgetown Law Journal 2001, vol. 89, s. 543 i n.; M. Littlewood, *Tax Competition: Harmful To Whom?*, Michigan Journal of International Law 2004, vol. 26, s. 411 i n.; A.M. Sassi, *The Regulation of Interstate Fiscal Competition: Defining the Borders of the Concept of Tax Incentives*, Manchester Journal of International Economic Law 2004, vol. 1, s. 36 i n.; D. Rohá, *Evidence and Myths about Tax Competition*, New Perspectives on Political Economy 2006, vol. 2, s. 86 i n.

²⁹ Zob. rozważania w punkcie 1.4 rozdziału 3.

Prawidłowo i bez zakłóceń funkcjonująca konkurencja regulacyjna może prowadzić, analogicznie jak to ma miejsce w przypadku konkurencji gospodarczej, do pozytywnych rezultatów w postaci zwiększania efektywności, a konkretnie efektywności alokacyjnej, produkcyjnej oraz dynamicznej.

Efektywność alokacyjna – która, przypomnijmy, w gospodarce polega na tym, że poszczególne zasoby są alokowane w kierunku zgodnym z preferencjami konsumentów, tak, że ci ostatni mogą nabywać produkty, których potrzebują, i to do tego po takich cenach, na jakie są w stanie sobie pozwolić – w przypadku konkurencji regulacyjnej może być osiągana przez to, że poszczególni, rywalizujący ze sobą prawodawcy będą dostosowywali treść tworzonych przez siebie regulacji prawnych do konkretnych potrzeb i preferencji potencjalnych adresatów tychże regulacji, tak aby zachęcić wspomnianych adresatów do poddania się właśnie tym (a nie konkurencyjnym) regulacjom. W warunkach konkurencji regulacyjnej (tj. w warunkach nacisku konkurencyjnego ze strony innych regulatorów) kreowane przez krajowych prawodawców regulacje prawne mogą zatem w większym stopniu wychodzić naprzeciw konkretnym oczekiwaniom i preferencjom podmiotów regulowanych³⁰. Trzeba przy tym pamiętać, że konkurencja regulacyjna nie tylko dlatego umożliwia lepsze zaspokajanie potrzeb podmiotów regulowanych, że krajowi prawodawcy obawiają się ich ucieczki w ramy innych (bardziej dostosowanych do ich potrzeb) porządków prawnych. To lepsze zaspokajanie potrzeb adresatów norm prawnych jest bowiem możliwe również dzięki temu, że poddany presji konkurencyjnej krajowy prawodawca obserwuje rozwiązania legislacyjne przyjmowane w innych porządkach prawnych oraz śledzi reakcję podmiotów regulowanych zarówno na rozwiązania przyjmowane w tych innych porządkach prawnych, jak też na rozwiązania jurydyczne przyjmowane przez siebie. Widząc pozytywną reakcję ze strony podmiotów regulowanych na niektóre z tych rozwiązań, czy to przyjmowanych przez siebie czy też stosowanych w ramach innych porządków prawnych, dany prawodawca uzyskuje pewność, że właśnie te (a nie inne) rozwiązania w szczególności optymalny sposób zaspokajają potrzeby wspomnianych (regulowanych) osób (i może je następnie utrzymywać lub przyjmować). Faktem jest bowiem, że krajowy prawodawca nie zawsze jest w stanie dobrze

³⁰ K. Heine, *op. cit.*, s. 42; W. Schön, *Playing...*, s. 335.

i prawidłowo rozpoznać potrzeby adresatów tworzonych przez siebie norm i dopiero reakcja na konkretne regulacje prawne (przyjmowane przez niego samego lub przez innych krajowych prawodawców) ze strony ich adresatów może dostarczyć mu empirycznych danych wskazujących na to, które regulacje są optymalne z punktu widzenia oczekiwań podmiotów regulowanych. W oparciu o tak zgromadzone dane – możliwie do uzyskania jedynie w warunkach rzeczywistej konkurencji regulacyjnej – krajowy prawodawca jest w stanie w jeszcze pełniejszy sposób wychodzić naprzeciw oczekiwaniom i preferencjom adresatów tworzonych przez siebie regulacji prawnych³¹.

Biorąc pod uwagę, że poddany presji konkurencyjnej i zagrożony odejściem podmiotów regulowanych w ramy innych porządków prawnych krajowy prawodawca musi się w coraz większym stopniu liczyć z potrzebami tych podmiotów i je coraz lepiej (poprzez tworzone przez siebie regulacje prawne) zaspokajać, można by powiedzieć, że konkurencja regulacyjna wymusza na poszczególnych państwach coraz lepsze wypełnianie ich podstawowego zadania, jakim jest urzeczywistnianie dobra ogółu, poprzez tworzenie możliwie najlepszych warunków życia dla swoich obywateli³².

Również „cena” jaką muszą płacić podmioty regulowane (adresaci norm prawnych) za oferowane im przez krajowych prawodawców regulacje prawne, może być w warunkach konkurencji regulacyjnej znacznie niższa, niż gdyby owego nacisku konkurencyjnego nie było. Owa niska (osiągana w warunkach konkurencji regulacyjnej), konkurencyjna „cena” polega na tym, że korzyści z przyjęcia danej regulacji prawnej dla ich adresatów (osiągane i mierzalne na bardzo wielu różnych polach i płaszczyznach) w istotnym stopniu przekraczają ponoszone przez podmioty regulowane, w związku z daną regulacją, koszty³³. W rezultacie, w warunkach konkurencji regulacyjnej (a więc w sytuacji możliwości wyboru przez podmioty regulowane wielu różnych konkurujących ze sobą ofert legislacyjnych) relacja pomiędzy uzyskiwanymi korzyściami a ponoszonymi kosztami może być dla podmiotów regulowanych szczególnie atrakcyjna i korzystna.

³¹ K. Heine, *op. cit.*, s. 43–44.

³² K. Kern, *Überseering – Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung. Eine Untersuchung zum Wettbewerb der Gesetzgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht*, Berlin 2004, s. 42.

³³ D. Geradin, J.A. McCahery, *Regulatory Co-opetition: Transcending the Regulatory Competition Debate*, Amsterdam Center for Law & Economics. Working Paper No. 2005–06, s. 4.

Konkurencja regulacyjna umożliwia też osiągnięcie stanu efektywności produkcyjnej (w przypadku konkurencji gospodarczej efektywność ta polega na obniżaniu kosztów produkcji). Mianowicie, w warunkach konkurencji regulacyjnej poszczególni krajowi prawodawcy obserwują uważnie oferty legislacyjne innych konkurencyjnych prawodawców i identyfikują szczególnie te spośród nich, które są szeroko rozpowszechnione w wielu różnych państwach i które są najchętniej wybierane przez podmioty regulowane. Naśladując, czy też wręcz kopiując te szczególnie szeroko rozpowszechnione i cenione (konkurencyjne) rozwiązania prawne, dany krajowy prawodawca może oszczędzać swoje zasoby³⁴, które w przeciwnym wypadku musiałby poświęcić na inwestowanie w rozwój własnych oryginalnych regulacji prawnych oraz na (często długotrwałe) eksperymentowanie z bardzo różnymi rozwiązaniami jurydycznymi.

Konkurencja regulacyjna umożliwia też osiągnięcie stanu efektywności dynamicznej, która w działalności gospodarczej przejawia się poprzez rozwój nowych produktów i technologii. Poddany konkurencyjnej presji krajowy prawodawca musi się ciągle starać o ulepszanie swojego pakietu legislacyjnego, tak aby był on w jeszcze większym stopniu niż dotychczas pożądanym przez podmioty regulowane. W warunkach konkurencji regulacyjnej prawodawca ma zatem wiele bodźców do tego, by eksperymentować z różnymi regulacjami (choć może to być kosztowne), by je ulepszać oraz by ciągle wprowadzać w tym zakresie innowacyjne rozwiązania³⁵. Właśnie ta innowacyjna funkcja (innowacyjny skutek) konkurencji jest dość powszechnie uznawana(y) za jeden z najważniejszych argumentów przemawiających za przydatnością konkurencji regulacyjnej³⁶. Konkurencja ta umożliwia niejako globalne eksperymentowanie z bardzo różnymi treściowo regulacjami prawnymi oraz ciągle poszukiwanie coraz „lepszego” prawa (pod wpływem jakościowej presji ze strony różnych konkurencyjnych prawodawców)³⁷.

³⁴ K. Kern, *op. cit.*, s. 41.

³⁵ S.G. Calabresi, *A Government of Limited and Enumerated Powers: In Defense of United States v. Lopez*, Michigan Law Review 1995, vol. 94, s. 777.

³⁶ K. Kern, *op. cit.*, s. 42.

³⁷ W. Schön, *Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1996, Band 160, s. 233.

Z drugiej jednak strony, te wszystkie możliwie do uzyskania pozytywne efekty konkurencji regulacyjnej w postaci zwiększonej efektywności porządków prawnych (alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej), równie dobrze mogą nie zostać osiągnięte, zaś konkurencja ta może wręcz doprowadzić – inaczej niż to założono w dotychczasowych rozważaniach – do wielu bardzo niekorzystnych skutków. Trzeba bowiem pamiętać, że tworzone przez krajowych prawodawców regulacje prawne posiadają wiele cech charakterystycznych dla tzw. dóbr publicznych³⁸ i podlegają w związku z tym rozmaitym uwarunkowaniom charakterystycznym dla tych właśnie dóbr. Jednym z tych uwarunkowań jest chociażby to, że z dóbr tych korzysta bardzo duża liczba osób, w tym też wiele różnych grup interesów. W przypadku regulacji prawnych oznacza to, że posiadają one (jako *quasi*-dobra publiczne) bardzo szerokie i zróżnicowane grono adresatów (tj. podmiotów zobligowanych do ich przestrzegania). Natomiast interesy tych osób nie zawsze są zbieżne. W założeniu (i w postulowanym ujęciu modelowym), państwo poprzez tworzone przez siebie regulacje prawne powinno się starać owe rozbieżne interesy adresatów poszczególnych norm prawnych godzić oraz wzajemnie je ze sobą wyważać, tak aby zostały one wszystkie uwzględnione w możliwie maksymalnym stopniu. Tyle tylko, że państwo nie zawsze jest wzmiankowanym wyważaniem oraz godzeniem zainteresowane, a podlegając konkurencyjnej presji ze strony innych prawodawców może się skupiać na zaspokajaniu potrzeb niektórych tylko grup interesów (tj. wybranych grup adresatów norm prawnych).

W warunkach konkurencji regulacyjnej krajowy prawodawca może zatem wychodzić naprzeciw oczekiwaniom artykułowanym przez niektóre tylko, arbitralnie wybrane i wąsko określone klasy podmiotów (adresatów), pozostawiając interesy innych grup podmiotów poza zakresem swojego zainteresowania³⁹. W ten sposób dana regulacja nie zaspokoi optymalnie potrzeb i oczekiwań swoich adresatów (a mówiąc ściśle – zadowoli tylko niektórych z nich) i nie przyczyni się w związku z tym do uzyskania stanu efektywności alokacyjnej.

Ponadto trzeba pamiętać, że nawet jeżeli w określonych przypadkach przyjęta przez krajowego prawodawcę regulacja prawna będzie

³⁸ Zob. szerzej w rozdziale IV (punkt 1.3).

³⁹ D. Geradin, J.A. McCahery, *op. cit.*, s. 6.

w jak najdalej idącym stopniu zaspokajała potrzeby wszystkich swoich adresatów i będzie je możliwie optymalnie wyważała (a więc z punktu widzenia przyjętych kryteriów efektywności alokacyjnej będzie ona optymalna), to i tak może ona jeszcze wyrządzać określone szkody podmiotom trzecim (tj. osobom stojącym niejako na zewnątrz) i przerzucać na nie określone koszty. Będzie to zatem przejaw wystąpienia tzw. zewnętrznych negatywnych kosztów konkurencji regulacyjnej⁴⁰.

Jeżeli przyjęta przez krajowego prawodawcę regulacja prawna nie zaspokaja optymalnie potrzeb wszystkich swoich adresatów lub też jeżeli powoduje ona przerzucenie na osoby trzecie określonych zewnętrznych kosztów, to wówczas prawdopodobnym tego powodem jest fakt, że na krajowego prawodawcę wywarły wpływ określone grupy interesów (grupy nacisku), z którymi tenże prawodawca musiał się liczyć, gdyż w przeciwnym wypadku mogłyby one przenieść się do innego państwa, które zaoferowałoby im znacznie korzystniejsze i atrakcyjniejsze dla nich regulacje prawne. Twierdzi się niekiedy, że w warunkach konkurencji regulacyjnej ów wpływ niektórych, reprezentujących tzw. postawę szukania renty, grup interesów na krajowego prawodawcę jest mniejszy. Powodem zaś tego ma być okoliczność, że krajowy prawodawca jest w omawianych przypadkach poddany konkurencyjnej presji i jeżeli przyjmie rozwiązania korzystne jedynie dla niektórych adresatów stanowionych regulacji, względnie też jeżeli przerzuci określone zewnętrzne koszty na osoby trzecie, wówczas poszkodowane w ten sposób osoby przeniosą się po prostu do innego państwa, co w rezultacie będzie niekorzystne dla danego prawodawcy⁴¹. Niemniej jednak twierdzenie to nie do końca jest prawdziwe, gdyż nie bierze pod uwagę, że takie przeniesienie się przez poszkodowane grupy osób do innego państwa nie zawsze będzie możliwe (gdyż np. grupy te mogą ce-

⁴⁰ Tego rodzaju zewnętrzne negatywne koszty konkurencji regulacyjnej najłatwiej jest dostrzec na przykładzie regulacji prawnych kreujących określone wymogi związane z ochroną środowiska. Jeżeli zawarte w takich regulacjach wymogi są stosunkowo łagodne i przyjazne dla będących ich adresatami podmiotów gospodarczych (co ma w swoim założeniu przyciągnąć wspomniane podmioty do danego państwa), to wówczas bez wątpienia wychodzą one na przeciw oczekiwaniom tych ostatnich i z tego punktu widzenia można o nich powiedzieć, że tworzą stan efektywności alokacyjnej. Równocześnie jednak obniżenie (złagodzenie) wymogów ochronnych może wywołać określone negatywne następstwa dla środowiska naturalnego w postaci zwiększonych zanieczyszczeń (lub innych zagrożeń), co z kolei będzie w negatywny sposób odczuwane przez całą populację.

⁴¹ K. Heine, *op. cit.*, s. 42-43; D. Geradin, J.A. McCahery, *op. cit.*, s. 4-5.

chować się mniejszą mobilnością lub też mogą być niejako związane z uprzywilejowanymi grupami interesów i od nich uzależnione). Z kolei to właśnie owe uprzywilejowane grupy interesów mogą być bardziej mobilne i w związku z tym to właśnie ich potrzeby krajowy prawodawca może brać pod uwagę w pierwszym rzędzie (traktując je priorytetowo).

Innym potencjalnym zagrożeniem mogącym wynikać z konkurencji regulacyjnej jest niebezpieczeństwo uzyskania w jej wyniku przez określone państwo silnej pozycji dominującej lub też nawet monopolistycznej na danym rynku regulacji prawnych. Wprawdzie twierdzi się niekiedy, że tego rodzaju sytuacja może być nawet korzystna, pozwalając na osiągnięcie tzw. efektów skali⁴², tym niemniej tego rodzaju dominacja lub monopolizacja rynków regulacji prawnych, nie przez wszystkich jest postrzegana jako zjawisko korzystne⁴³.

Należałoby też zauważyć, że omawiana tutaj konkurencja regulacyjna (konkurencja porządków prawnych) milcząco zakłada istnienie wielu różnych koniecznych warunków, które w danym przypadku wcale niekoniecznie muszą zaistnieć⁴⁴. Jednym z takich warunków jest posiadanie przez poszczególnych adresatów regulacji prawnych (tj. przez podmioty regulowane) wyczerpujących i wiarygodnych informacji na temat treści rozmaitych rozwiązań jurydycznych przyjmowanych w ramach poszczególnych porządków prawnych oraz na temat ewentualnych skutków tych rozwiązań dla ich własnej sytuacji (pozycji prawnej). Jeżeli podmioty regulowane w rzeczywistości tego rodzaju informacji nie posiadają (a więc gdy występuje tzw. asymetria informacyjna, spowodowana chociażby barierami językowymi lub kulturowymi), to wówczas ich decyzja o wybraniu określonego porządku prawnego siłą rzeczy będzie zniekształcona⁴⁵.

Innym warunkiem pełnego zaistnienia konkurencji regulacyjnej jest mobilność podmiotów regulowanych, i to zarówno w sensie ist-

⁴² Por. D. Geradin, J.A. McCahery, *op. cit.*, s. 9; podobnie jak zresztą zauważa się, że określone pozytywne następstwa mogą też wynikać z istnienia rynkowej dominacji w ramach działalności gospodarczej, w postaci chociażby efektów skali i związanych z tym większych możliwości inwestowania w badania oraz rozwój: O. Odudu, *op. cit.*, s. 131 i n.

⁴³ M. Dreher, *Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?*, *Juristenzeitung* 1999, nr 3, s. 109–110.

⁴⁴ M. Dreher, *op. cit.*, s. 109.

⁴⁵ K. Heine, *op. cit.*, s. 46 i n.; D. Geradin, J.A. McCahery, *op. cit.*, s. 7–8.