

UNIwersYTET WARSZAWSKI

**WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI
INSTYTUT NAUK PRAWNO-ADMINISTRACYJNYCH**

mgr Dariusz Aziewicz

**Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy
w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami
przedsiębiorców**

Autoreferat rozprawy doktorskiej

Promotor:

dr hab. Cezary Banasiński

Recenzenci:

dr hab. Agata Jurkowska – Gomułka

Prof. dr hab. Andrzej Wróbel

Warszawa 2017

1. Temat pracy doktorskiej wraz z uzasadnieniem jego wyboru

Praca dotyczy metod dokonywanej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oceny możliwości wystąpienia jednego z antykonkurencyjnych skutków rynkowych horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców – siły rynkowej jednego przedsiębiorcy (tzw. skutki jednostronne koncentracji). Metody oceny zostały zweryfikowane w świetle praktyki wybranych zagranicznych organów ochrony konkurencji (USA, Unii Europejskiej, Niemiec, Francji, Wielkiej Brytanii).

Postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji przedsiębiorców jest postępowaniem administracyjnym (art. 1 KPA¹). W związku z tym organ antymonopolowy ma obowiązek prowadzić je zgodnie z zasadami ogólnymi KPA. Znaczenie dla postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK mają m.in. zasada prawdy obiektywnej (art. 7 KPA) oraz zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa (art. 8 KPA). Zasada prawdy obiektywnej obliguje organ administracji do podjęcia wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy, z uwzględnieniem interesu społecznego i słusznego interesu przedsiębiorców. Zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa ustanawia z kolei obowiązek prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej. W myśl tej zasady istnieje prawny obowiązek organów władzy publicznej do dążenia do stworzenia takiej atmosfery postępowania, w której obywatel będzie przekonany, że stojąc przed urzędem zostanie potraktowany m.in. w sposób sprawny i kompetentny².

Sprawowany przez Prezesa UOKiK nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców jest co do zasady nadzorem prewencyjnym. Inaczej niż w przypadku nadzoru represyjnego nad porozumieniami ograniczającymi konkurencję lub nadużywaniem pozycji dominującej jest on stosowany uprzednio, tj. przed finalnym działaniem rynkowym przedsiębiorcy. Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji lub zakazuje jej dokonania na podstawie oceny tego, czy jej przeprowadzenie istotnie ograniczy konkurencję na rynku (art. 18 i art. 20 ust. 1 uokik³). Prowadzi to do konieczności prognozowania przez organ, jak zamierzona koncentracja przedsiębiorców wpłynie na konkurencję, a w rezultacie na dobrobyt konsumentów, którego ochrona jest głównym celem prawa antymonopolowego. Zasadniczym zagrożeniem wynikającym z dokonania koncentracji horyzontalnych jest utworzenie

¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 1960 nr 30 poz. 168, ze zm.).

² J. Małanowski [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego*, Komentarz, pod red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, 2 wydanie, Warszawa 2013, s. 57. s. 65.

³ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 nr 50 poz. 331, ze zm.).

kolektywnej lub jednostronnej siły rynkowej przedsiębiorcy, która w ekonomicznym ujęciu sprowadza się m.in. do możliwości opłacalnego podniesienia cen po dokonaniu koncentracji przez podmiot powstały w jej wyniku. W ujęciu prawnym odpowiednikiem siły rynkowej jest co do zasady pozycja dominująca. Siła rynkowa prowadząca do istotnego ograniczenia konkurencji może zagrażać dobrobytowi konsumentów.

Koncentracje przedsiębiorców mogą wywoływać zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki dla konsumentów. Błędnie przeprowadzone analizy koncentracji mogą spowodować – w świetle tzw. teorii kosztów błędu (*error costs theory*) - wydanie zgody na dokonanie koncentracji, której skutki okażą się dla rynku negatywne (obniżą dobrobyt konsumentów) - tzw. *falls positives*. Z drugiej strony mogą też spowodować wydanie zakazu dokonania koncentracji, mającej potencjał wygenerowania pozytywnych skutków rynkowych (powiększenia dobrobytu konsumentów) - tzw. *falls negatives*. Inaczej rzecz ujmując, błędnie przeprowadzone analizy skutków koncentracji mogą prowadzić do wydawania rozstrzygnięć sprzecznych z celem stawianym przed prawem ochrony konkurencji – ochroną dobrobytu konsumentów.

Na podstawie praktyki wybranych zagranicznych organów ochrony konkurencji wyróżnić można dwie metody analizy skutków koncentracji horyzontalnych: (i) **metodę analizy pośredniej** oraz (ii) **metodę analizy bezpośredniej**. Metoda analizy pośredniej polega na wyznaczeniu rynku właściwego oraz weryfikacji skutków koncentracji na podstawie głównie wielkości udziałów rynkowych przedsiębiorców, jak i innych przesłanek opartych o wyznaczony rynek właściwy. Metoda analizy bezpośredniej polega na prognozowaniu skutków koncentracji za pomocą specjalnie do tego dedykowanych narzędzi ekonomicznych (np. modeli prognozujących wzrost cen po dokonaniu koncentracji). Dodatkowo większość zagranicznych organów antymonopolowych, w celu uzyskania skutecznych rozstrzygnięć dotyczących skutków koncentracji, bierze pod uwagę charakterystykę rynków właściwych. Stosowany jest podział rynków ze względu na charakter oferowanych produktów i biorące się z tego odmienne parametry presji konkurencyjnej. Podział ten zakłada wyróżnienie dwóch rynków, tj. **rynku produktów zróżnicowanych** i **rynku produktów homogenicznych**. Ze względu na specyfikę oferowania produktów można wyróżnić także **rynek o charakterze przetargowym**.

Praktyka polskiego organu ochrony konkurencji wskazuje, że ocenia on skutki jednostronne koncentracji (możliwość uzyskania jednostronnej siły rynkowej) w zasadzie wyłącznie na podstawie udziałów rynkowych przedsiębiorcy, który ma powstać w wyniku dokonania

koncentracji. Organ sporadycznie stosuje inne przesłanki oparte na strukturze rynku właściwego, na którym ma dokonać się koncentracja. W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK trudno też znaleźć oznaki zróżnicowania prowadzonych analiz ze względu na charakterystykę rynków właściwych. Praktyka Prezesa UOKiK skłania zatem do zrewidowania tego, czy nadzór nad koncentracjami jest przez organ stosowany efektywnie - z punktu widzenia celu prawa antymonopolowego. Jako punkt odniesienia zostaną zastosowane praktyki wybranych organów ochrony konkurencji. Jest to jednocześnie pytanie o prawidłowe zastosowanie przepisów art. 18, 19 oraz 20 ust. 1 uokik. Zagadnienie to jest przedmiotem niniejszej rozprawy.

Uzasadnieniem wybrania tematu pracy jest fakt, że w obszernym piśmiennictwie dotyczącym prawa ochrony konkurencji problematyka nadzoru nad koncentracjami zajmuje najmniej miejsca. W szczególności brak jest kompleksowych badań dotyczących metod oceny antykonkurencyjnych skutków koncentracji. Z drugiej strony nadzór nad koncentracjami jest obszarem, w którym Prezes UOKiK wydaje najwięcej decyzji administracyjnych. Przeprowadzone badania mają, więc niezwykle istotne znaczenie dla praktyki organu antymonopolowego.

2. Hipoteza badawcza i pytania badawcze

U podstaw rozprawy leży weryfikacja hipotezy badawczej, zgodnie z którą **w racjonalnym i optymalnym modelu analizy możliwości powstania lub umocnienia siły rynkowej przedsiębiorcy, w wyniku skonsumowania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców, większe znaczenie ma metoda analizy bezpośredniej niż metoda analizy pośredniej.**

Celem zweryfikowania powyższej hipotezy badawczej postawiono następujące pytania badawcze:

- Jakie są skutki posługiwania się wyłącznie metodą analizy pośredniej w jej ujęciu statycznym, która była stosowana we wczesnym okresie istnienia prawa antymonopolowego w USA?
- Na czym polega i z jakich czynników składa się współczesna metoda pośredniej analizy jednostronnych skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców oraz które z jej składników są uważane za najważniejsze dla końcowego wyniku analizy?

- Na czym polega metoda bezpośredniej analizy jednostronnych skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców?
- Jaka jest relacja pomiędzy wyróżnionymi metodami analiz oraz która z nich ma decydujące znaczenie dla postępowań w sprawach koncentracji o skutku horyzontalnym na:
 - rynkach produktów zróżnicowanych,
 - rynkach produktów homogenicznych,
 - rynkach przetargowych.

3. Cel prowadzonego badania

Każda sprawa antymonopolowa powinna mieć swój ekonomiczny sens. Sens ekonomiczny musi być definiowany w świetle parametrów rynkowych wpływających na dobrobyt konsumentów i wynikających z charakterystyki funkcjonowania rynku właściwego. Nie jest więc satysfakcjonująca obecna w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK generalizacja sposobu oceny zamierzonych koncentracji przedsiębiorców. Sposób ten należy dostosować do ekonomicznych zasad funkcjonowania rynków, na których dokonywane są koncentracje poddane nadzorowi państwa. Przyczyni się to do zwiększenia efektywności nadzoru. Ze względu na odmienną charakterystykę działania każdego z tak wyróżnionych rynków, dla każdego z nich należy stworzyć oddzielny model analizy skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, stosowany przez organ ochrony konkurencji.

Dla zwiększenia efektywności nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców konieczne jest wykreowanie modeli prowadzenia analizy skutków koncentracji, które będą cechowały się, prowadzącą do skuteczności, racjonalnością (tj. modeli opartych na wiedzy ekonomicznej) i optymalnością (tj. modeli pozwalających na skuteczne wykrywanie koncentracji prowadzących do istotnego ograniczenia konkurencji, ale jednocześnie umożliwiających, już na wstępie lub przy zakończeniu każdego kolejnego etapu badania, skuteczne identyfikowanie koncentracji, które takiego zagrożenia nie stwarzają). Wykreowanie takich modeli jest celem niniejszej pracy.

4. Metodologia

W rozprawie, w głównej mierze została zastosowana metoda prawno-porównawcza, która ogniskuje się na komparatystyce funkcjonalnej, polegającej na badaniu podobnych funkcji spełnianych przez podobne instytucje prawne w różnych krajach. W badaniach stanowiących podstawę niniejszej rozprawy posłużono się analizą ponad 250 decyzji organów antymonopolowych USA, Unii Europejskiej, Niemiec, Wielkiej Brytanii, Francji i Polski. W mniejszym stopniu zastosowano także metodę dogmatyczno-prawną oraz metodę historyczno-prawną, jak i ekonomiczną analizę prawa.

5. Konstrukcja pracy

Konstrukcja pracy została podporządkowana hipotezie badawczej oraz stawianym pytaniom badawczym; w związku z tym każdy rozdział pracy podporządkowany jest odpowiedzi na jedno z przedstawionych pytań badawczych.

W pierwszym rozdziale rozprawy zostały przedstawione podstawowe pojęcia prawa ochrony konkurencji, mające znaczenie dla prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców, uzasadnienie przeprowadzanego badania oraz założenia ekonomiczne leżące u podstaw stosowania prawa ochrony konkurencji i wymogi prawne stawiane przed Prezesem UOKiK.

Drugi rozdział pracy dotyczy skutków stosowania analizy pośredniej możliwości powstania antykonkurencyjnych skutków rynkowych zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, w jej statycznym ujęciu. Rozdział oparty jest na analizie wyroków sądów USA oraz wytycznych organu ochrony konkurencji – *U.S. Department of Justice*, z lat 60 XX wieku, traktujących o metodach analizy skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców. Weryfikowane są także ekonomiczna i prawnicza literatura przedmiotu. Taki wybór materiału badawczego podyktowany jest stanem skomplikowania spraw z zakresu kontroli koncentracji przedsiębiorców w latach 60. XX wieku, z którymi mierzyły się sądy USA.

Trzeci rozdział pracy odnosi się do elementów składowych analizy pośredniej skutków koncentracji przedsiębiorców, stosowanych we współczesnym prawie ochrony konkurencji. Weryfikowane jest tu znaczenie poszczególnych elementów dla postępowań toczących się przed wybranymi organami ochrony konkurencji lub sądami.

Czwarty rozdział pracy dotyczy wyróżnienia, zdefiniowania i wskazania składników metody bezpośredniego badania skutków rynkowych zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców (metoda analizy bezpośredniej).

Piąty rozdział pracy ogniskuje się wokół analizy aktualnego podejścia organów antymonopolowych i sądów do zastosowania testu oceny jednostronnych skutków rynkowych koncentracji na rynkach właściwych, których zakres produktowy wyznaczają produkty zróżnicowane (*differentiated products*).

Szósty rozdział pracy dotyczy analizy aktualnego podejścia organów antymonopolowych i właściwych sądów do zastosowania testu oceny jednostronnych skutków rynkowych koncentracji na rynkach właściwych, których zakres produktowy wyznaczają produkty homogeniczne (*homogenous products*).

W rozdziale siódmym przeanalizowano aktualne podejście organów antymonopolowych i sądów do zastosowania testu oceny jednostronnych skutków rynkowych koncentracji na rynkach właściwych, będących tzw. rynkami przetargowymi (*bidding markets*).

W ostatnim rozdziale pracy zweryfikowano hipotezę badawczą, przedstawiono podsumowanie odpowiedzi na pytania badawcze oraz zaproponowano racjonalne i optymalne modele badania jednostronnych skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, ukształtowane na podstawie przeprowadzonego badania.

6. Wnioski

Odpowiadając na postawione w pracy pytania badawcze należy stwierdzić, że:

1. Metoda oceny skutków koncentracji oparta wyłącznie na statycznym podejściu do struktury rynku właściwego składała się z ograniczonego katalogu przesłanek stosowanych przez organy antymonopolowe (udziałów rynkowych, stopnia koncentracji rynku właściwego oraz oceny barier wejścia na rynek). Służyła w głównej mierze badaniu możliwości istnienia kolektywnej siły rynkowej, a nie siły rynkowej jednego przedsiębiorcy (jednostronnej). Jej stosowanie prowadziło do zakazywania transakcji w wyniku, których powstałyby nawet nieznaczne udziały w rynku, czego przykładem jest sprawa *United States przeciwko Von's Grocery Co.*, w której koncentracja miałaby doprowadzić m.in. do osiągnięcia przez jej uczestników jedynie 7,5% udziału w rynku

właściwym⁴. Nie pozwalała także na uwzględnienie wpływu efektywności, pochodzących z koncentracji, na rynek – jak np. w sprawie *Philadelphia National Bank*⁵.

2. Współcześnie stosowana przez zagraniczne organy ochrony konkurencji metoda analizy pośredniej składa się z szerokiego wachlarza czynników. W każdym z badanych porządków prawnych istnieje (ukonstytuowane na poziomie orzecznictwym, ustawowym lub aktów typu *soft law*) domniemanie związane z posiadaniem siły rynkowej przedsiębiorcy, związane z wysoki udziałem rynkowym. Jest powszechnie przyjętym standardem, że niezależnie od wysokości udziału rynkowego, który pozwala na takie domniemanie, jest ono możliwe do obalenia. Osiągnięcie wysokich udziałów rynkowych, które przekraczają próg domniemania istnienia siły rynkowej, nie zwalania organów antymonopolowych z dokonania dokładnej analizy przynajmniej większości pozostałych elementów struktury rynku. Jest to więc jedynie punkt początkowy prowadzonych analiz. Przykładami są chociażby sprawy *Baker Huges*⁶, decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Alcatel/Telettra* (gdzie udział rynkowy po dokonaniu koncentracji wyniósł ok. 81%)⁷, czy też decyzja w sprawie *Mercedes-Benz/Kassboherr* (74% udziału w rynku)⁸.

Odmienne znaczenie (decydujące dla wyniku postępowania) nadaje udziałowi rynkowemu, przekraczającemu próg domniemania posiadania siły rynkowej, dotychczasowa praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK. Potwierdzają to m.in. treści decyzji w sprawach *Real/Auchan*⁹, czy *PGE/Energa*¹⁰, oparte w zasadzie wyłącznie na udziałach rynkowych. W mojej ocenie należy odejść od takiej praktyki, co w pierwszej kolejności powinno obejmować wyeliminowanie ustawowego progu 40% udziału w rynku, kształtującego domniemanie posiadania pozycji dominującej (siły rynkowej) zawartego w art. 4 pkt 10 uokik.

Inne stosowane przez organy ochrony konkurencji elementy metody analizy pośredniej to: (i) badanie poziomu koncentracji wyznaczonego rynku właściwego, który, podobnie jak udziały rynkowe uczestników koncentracji, może pełnić rolę czynnika wskazującego na potrzebę przeprowadzenia dokładniejszego badania skutków rynkowych koncentracji, (ii)

⁴ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.* 384 U.S. 270, 277 (1966).

⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

⁶ Orzeczenie United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, w sprawie *United States v. Baker Huges*, 908 F. 2d 981.

⁷ Decyzja Komisji Europejskiej, z 12.4.1991, w sprawie nr IV/M.042, *Alcatel/Telettra*.

⁸ 387Decyzja Komisji Europejskiej, z 14.2.1995, w sprawie nr IV/M.477, *Mercedes-Benz/Kassboherr*, pkt 61.

⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014, DKK 4/2014, w sprawie *Auchan/Real*.

¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 13.01.2011, nr DKK 1/2011, w sprawie *PGE/Energa*.

udział rynkowy konkurentów uczestników koncentracji, (iii) analiza możliwości wejścia nowych przedsiębiorców na rynek właściwy, (iv) analiza potencjalnej siły nabywczej, (v) uwzględnienie fazy rozwoju, (vi) dane historyczne i sposób działania rynku właściwego.

Wielość czynników, będących składnikami pośredniej metody analizy skutków jednostronnych zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, pokazuje, że jest ona wieloaspektową i złożoną kompozycją. Żaden z czynników w niej występujących samodzielnie nie przesądza w każdej sprawie o wyniku prowadzonej analizy. Nie jest jednak wykluczone, że w indywidualnej sprawie jeden z nich może przeważać wynik prowadzonego postępowania. Uznanie przez organy ochrony konkurencji antykonkurencyjności koncentracji, nawet w przypadku przeprowadzenia jedynie pośredniej analizy możliwości powstania siły rynkowej, powinno więc być zawsze dokonywane dopiero po zweryfikowaniu pełnego wachlarza wykształconych czynników tej metody analizy.

3. Metoda analizy bezpośredniej opiera się na prognozowaniu rzeczywistych skutków rynkowych koncentracji, na podstawie specjalnie ukształtowanych narzędzi ekonomicznych. Narzędzia te są dopasowane do charakterystyki rynków właściwych oraz do badania skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców. Organy ochrony konkurencji mogą za ich pomocą prognozować, czy rzeczywiście, a jeśli tak, to w jaki konkretny sposób konkurencja na rynku zostanie ograniczona po dokonaniu zamierzonej koncentracji przedsiębiorców. Przykładem są tu modele ekonomiczne prognozujące wzrost ceny po dokonaniu koncentracji.
4. Na rynku produktów zróżnicowanych – z ekonomicznego punktu widzenia towary nie konkurują ze sobą w równomierny sposób. Dlatego też przy badaniu możliwości istotnego ograniczenia konkurencji kluczową kwestią jest odpowiedź na pytanie czy eliminacja dotychczasowej presji konkurencyjnej pomiędzy łączącymi się przedsiębiorcami pozwoli na podniesienie cen po dokonaniu koncentracji. Wyznaczenie rynku właściwego nie ma tu kluczowego znaczenia. Obecne są nawet stanowiska, że wyznaczenie rynku właściwego jest w tym przypadku zbędne¹¹.

Wyróżnione metody analizy są tu stosowane komplementarnie, jednak **decydujące znaczenie ma metoda analizy bezpośredniej**. Wyróżnić można trzy wynikające z siebie etapy badania. W pierwszej kolejności, zagraniczne organy ochrony konkurencji dokonują

¹¹ L. Kaplow, *Market Definition: Impossible and Counterproductive*, *Antitrust Law Journal*, vol. 79, no. 1 (2013).

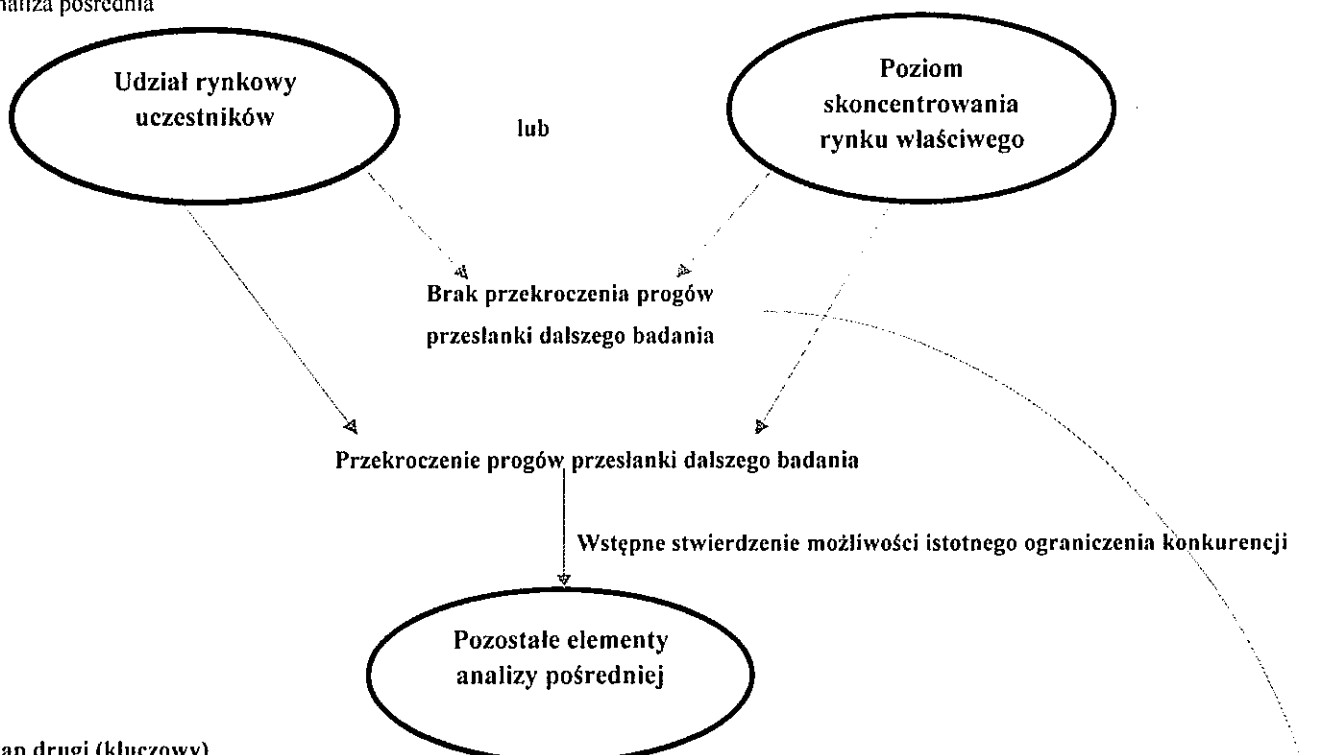
wstępnej analizy potencjału ograniczenia konkurencji za pomocą czynników strukturalnych, tj. udziału rynkowego uczestników koncentracji lub poziomu koncentracji rynku właściwego. Jest to punkt początkowy prowadzonego badania. Jeżeli dojdzie do przekroczenia wstępnych indykatorów skutków antykonkurencyjnych, to w tej części testu następuje ich weryfikacja w świetle udziałów rynkowych pozostałych uczestników rynku oraz w ich dynamicznym ujęciu, tj. fazie rozwoju rynku, dynamiki rynku oraz fluktuacji udziałów rynkowych. Drugim i kluczowym etapem badania jest badanie bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji i wpływu jej eliminacji na dobrobyt konsumentów. Ta część badania odbywa się za pomocą zastosowania narzędzi metody analizy bezpośredniej, tj. ukształtowanych narzędzi analizy ekonomicznej. Trzecim etapem badania jest analiza czynników wyrównawczych, tj. możliwości wejścia na rynek, siły nabywczej, oraz wygenerowanych przez transakcję efektywności. Nawet w przypadku wykazania, że dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji w drugim etapie badania, wyżej wskazane czynniki mogą wykluczyć takie ryzyko.

Praktyka Prezesa UOKiK odnośnie do koncentracji na rynkach produktów zróżnicowanych jest odmienna od stosowanej przez zagraniczne organy ochrony konkurencji. Opiera się w przeważającej mierze na strukturze rynku, tj. jedynie pierwszym etapie badania. Przykładem są decyzje w sprawie *Real/Auchan* czy *UPC/Aster*. Innymi słowy, praktyka Prezesa UOKiK cechuje się dużym poziomem uproszczenia. Brak uwzględnienia charakterystyki rynków właściwych i wyczerpującej weryfikacji stanu faktycznego może prowadzić do wydania błędnych decyzji.

Pożądany model badania możliwości wystąpienia jednostronnej siły rynkowej przedsiębiorcy na rynku produktów zróżnicowanych powinien wyglądać następująco:

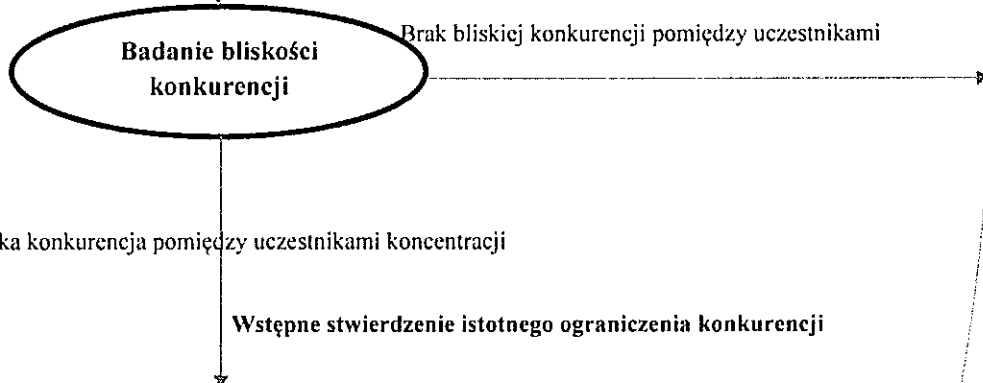
Etap pierwszy (wstępny – po wyznaczeniu rynku właściwego)

Analiza pośrednia



Etap drugi (kluczowy)

Analiza bezpośrednia



Etap trzeci

czynniki wyrównawcze:
analiza pośrednia
i bezpośrednia

Wynik badania:



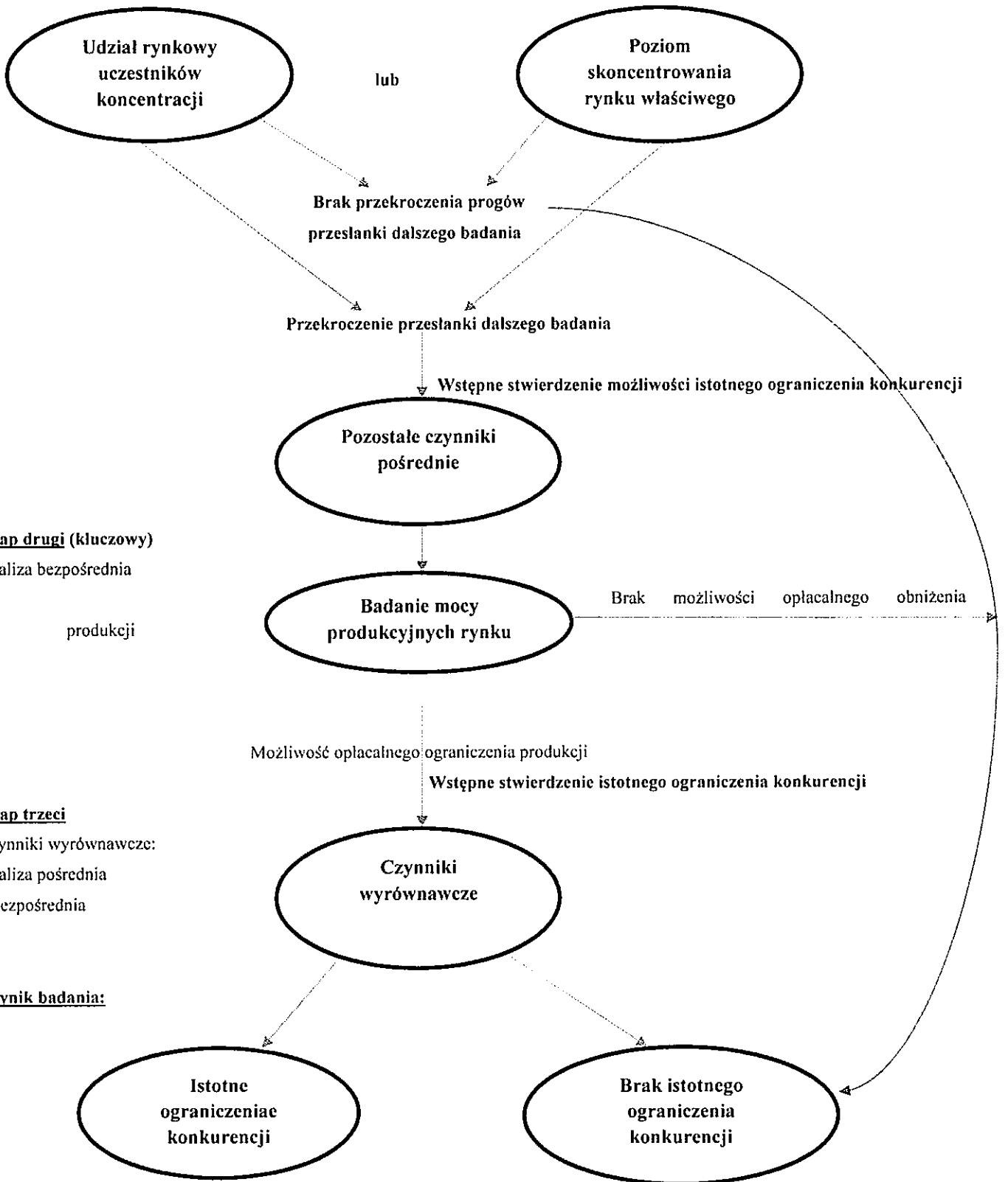
5. Do podobnej sytuacji dochodzi na rynku produktów homogenicznych. W tym przypadku, z ekonomicznego punktu widzenia, przedsiębiorcy konkurują ze sobą głównie ceną oraz wielkością produkcji. Im większe moce produkcyjne danego przedsiębiorcy w stosunku do całego rynku, tym silniejsza jest jego pozycja rynkowa. Wyróżnione metody analizy są tu komplementarne, a **decydujące znaczenie ma metoda analizy bezpośredniej**, gdyż wskazuje na rzeczywistą możliwość ograniczenia konkurencji przez ograniczenie produkcji.

W pierwszej kolejności w praktyce wybranych zagranicznych organów ochrony konkurencji przeprowadza się wstępną analizę potencjału ograniczenia konkurencji za pomocą czynników strukturalnych, tj. udziału rynkowego uczestników koncentracji lub poziomu koncentracji rynku właściwego. W przypadku przekroczenia ustanowionych progów domniemań, organy ochrony konkurencji kontynuują badanie pozostałych czynników analizy pośredniej. Kluczowym etapem badania jest badanie opłacalności ograniczenia produkcji przez nowo powstały podmiot. Ta część badania zawiera analizę mocy produkcyjnych rynku, na którym zamierzona koncentracja może wywrzeć wpływ, jako potencjalnie mitygujących opłacalność podniesienia ceny rynkowej. Trzecim stosowanym etapem badania jest analiza czynników wyrównawczych takich, jak: możliwości wejścia na rynek, siły nabywczej oraz wygenerowanych przez transakcję efektywności.

Także w przypadku rynków produktów homogenicznych praktyka Prezesa UOKiK jest uproszczona i opiera się na udziałach rynkowych przedsiębiorców. Również w tym przypadku dochodzi do pomijania elementów analizy bezpośredniej i charakterystyki rynku właściwego. Przykładem jest decyzja dotycząca koncentracji pomiędzy PGE a Energa. Tego rodzaju praktyka - nieweryfikująca wyczerpująco stanu faktycznego może prowadzić do wydawania błędnych decyzji.

Na podstawie przeprowadzonych badań doszedłem do wniosku, że pożądanym modelem badania możliwości wystąpienia jednostronnej siły rynkowej przedsiębiorcy na rynku produktów homogenicznych powinien wyglądać następująco:

Etap pierwszy (wstępny – po wyznaczeniu rynku właściwego)
 analiza pośrednia



Etap drugi (kluczowy)
 analiza bezpośrednia
 produkcji

Etap trzeci
 czynniki wyrównawcze:
 analiza pośrednia
 i bezpośrednia

Wynik badania:

6. Na rynku przetargowym, z ekonomicznego punktu widzenia, konkurencja nie odbywa się w rzeczywistości „na rynku”, ale „o rynek”. Decydujące znaczenie przy ocenie skutków koncentracji ma metoda analizy bezpośredniej. Struktura rynku ma w tym przypadku znaczenie marginalne.

W pierwszej kolejności organy ochrony konkurencji po wyznaczeniu rynku właściwego biorą jednak pod uwagę udziały rynkowe przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, udziały konkurentów, a czasami również stopień koncentracji rynku. Etapem kluczowym dla wyniku postępowania jest analiza, czy dotychczas uczestnicy koncentracji wpływali skutecznie na konkurencję w odbytych przetargach. Do zakresu badania należy również to, jak wzajemna obecność uczestników transakcji przekształcała się w obniżenie cen oferowanych w przetargach. Jako trzeci element brane są pod uwagę elementy wyrównawcze, a więc możliwe nowe wejścia na rynek, siła nabywcza czy też powstałe efektywności. Jeśli dojdzie do wykazania, że w wyniku skonsumowania koncentracji powstanie lub umocni się siła rynkowa, to wyżej wskazane czynniki mogą mitygować takie ryzyko.

Również w przypadku rynków przetargowych Prezes UOKiK opiera się jednak w głównej mierze na udziałach rynkowych uczestników koncentracji, co potwierdza treść decyzji *Cogifer/Kotram*. Prezes UOKiK pomija charakterystykę rynku właściwego. Tego rodzaju analiza nie weryfikuje wyczerpująco stanu faktycznego i może prowadzić do wydania błędnych decyzji.

Pożądany model badania możliwości wystąpienia jednostronnej siły rynkowej przedsiębiorcy na rynku przetargowym powinien wyglądać następująco:

Etap pierwszy:

(wstępny – po wyznaczeniu rynku właściwego)

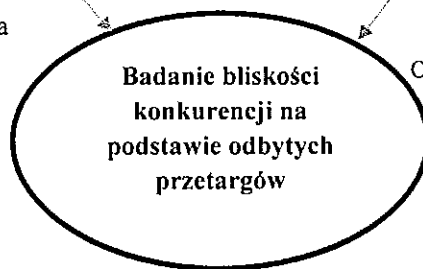
analiza pośrednia



Etap drugi:

(kluczowy) analiza bezpośrednia

koncentracji



Oddalona konkurencja pomiędzy uczestnikami

Bliska konkurencja pomiędzy uczestnikami koncentracji

Wstępne stwierdzenie istotnego ograniczenia konkurencji

Etap trzeci:

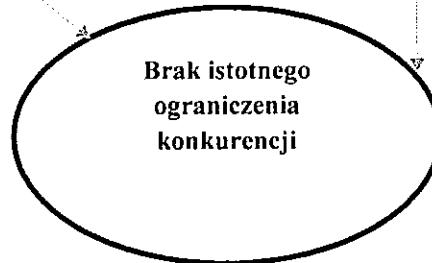
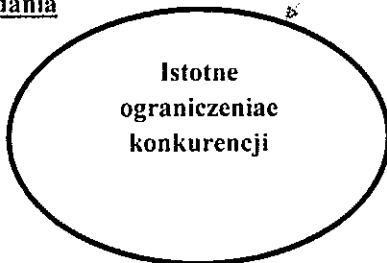
czynniki wyrównawcze:

analiza pośrednia

i bezpośrednia



Wynik badania



Na podstawie przeprowadzonej próby zastosowania zaproponowanych modeli oceny jednostronnych skutków koncentracji przedsiębiorców do wybranych stanów faktycznych, zawartych w decyzjach Prezesa UOKiK, doszedłem do wniosku, że we wszystkich badanych przypadkach przejście do drugiego etapu analizy (opartego na metodzie analizy bezpośredniej) mogłoby spowodować wydanie odmiennego, niż zastosowane przez organ, rozstrzygnięcia. Wydanie decyzji opartej na drugim, (a potencjalnie i trzecim) etapie badania, w każdym z zaproponowanych modeli, oddających charakterystykę ekonomiczną i sposób działania wybranych rynków, przyczyniłoby się do rozstrzygnięcia w większym stopniu odpowiadającego głównemu celowi prawa ochrony konkurencji - ochronie dobrobytu konsumentów. Prowadziłoby do zwiększenia pewności rozstrzygnięć, także efektywności sprawowania nadzoru państwa nad koncentracjami przedsiębiorców. Wzmacniałoby pewność poprawnego zastosowania środków oddziaływania państwa przez Prezesa UOKiK w świetle zasady proporcjonalności.

Działanie organu, generalizujące metodę badania skutków koncentracji oraz cechujące się unikaniem stosowania analiz ekonomicznych i ich doboru do charakterystyki rynku, nie prowadzi do osiągnięcia celu stawianego przed prawem ochrony konkurencji. Nie weryfikuje też stanu faktycznego w sposób wyczerpujący. Na każdym ze wskazanych rynków w inny sposób dochodzi bowiem do uzyskania siły rynkowej.

W przypadku rynków produktów zróżnicowanych oparcie się podczas analizy głównie na strukturze rynku może spowodować, że nie dojdzie do oceny tego, czy w wyniku koncentracji powstanie lub umocni się siła rynkowa, a jedynie do tego, czy struktura rynku będzie rozdrobiona w ten sposób, że zapewni domniemanie pożądanego zakresu wyboru produktów dla konsumentów. Szeroki zakres wyboru konsumentów nie jest jednak wyznacznikiem dobrobytu konsumentów. Organ rozumie bowiem dobrobyt konsumentów jako końcowe korzyści wynikające z konkurencji, takie jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku¹². Przykładowo w przypadku nałożenia na przedsiębiorców środka zaradczego w decyzji *Auchan/Real* mogło więc dojść do rozstrzygnięcia obarczonego błędem *falls negative* (przez nałożenie nieuzasadnionego środka zaradczego). W przypadku koncentracji na rynkach przetargowych - w decyzji *Cogifer/Koltram* Prezes UOKiK także oparł się w głównej mierze na udziałach w rynku. Taka metoda badania koncentracji, oparta na analizie strukturalnej powoduje, że w świetle braku przeanalizowania tego, jak wygląda konkurencja „o rynek”, również mogła

¹² Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 nr RPZ-39/2011.

skutkować wydaniem decyzji obarczonej błędem *falls negative*. Podczas oceny skutków koncentracji *PGE/Energa* na rynku produktów homogenicznych nie przyznano znaczenia mocom wytwórczym rynku, co spowodowało, że uznanie za bezpieczny mały przyrost w udziale rynkowym, mogło przyczynić się do rozstrzygnięcia obciążonego błędem *falls positive*.

W wyniku wydania każdej ze wspomnianych decyzji cel osiągnięty przez organ antymonopolowy mógł być w rzeczywistości inny, niż określony przez praktykę i orzecznictwo. Działanie organu, nieuwzględniające charakterystyki rynków i brak podjęcia niezbędnych analiz, może zostać ocenione jako nienależycie oddające prowadzenie postępowania w myśl zasady prawdy obiektywnej wyrażonej w art. 7 KPA. Może zostać także uznane za sprzeczne z zasadą pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa wyrażoną w art. 8 KPA. Skutkiem jest możliwość nieprawidłowego zastosowania przepisów art. 18, 19 albo 20 ust. 1 uokik.

Wdrożenie stosowania przedstawionych w pracy modeli powinno przyczynić się do wzmocnienia efektywności systemu prewencyjnego nadzoru państwa nad koncentracjami przedsiębiorców w świetle jego głównego celu – ochrony dobrobytu konsumentów, prowadząc do ograniczenia możliwości wydania błędnych decyzji.