

Dariusz Aziewicz LL.M

Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców

Warszawa 2017



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

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



Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Osiemdziesiąta szósta publikacja Programu Wydawniczego CARS

Seria: Podręczniki i Monografie (26)

Redaktor serii: prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS)

www.cars.wz.uw.edu.pl

CARS powstało w 2007 r. jako grupa badawcza, w skład której wchodziły pracownicy nauki Wydziału Zarządzania UW, innych wydziałów UW i innych uczelni polskich. W dorobku CARS szczególne miejsce zajmują publikacje książkowe (łącznie 15) oraz periodyki. Od 2008 r. CARS wydaje anglojęzyczne czasopismo naukowe pn. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* (YARS) (www.yars.wz.uw.edu.pl), którego cztery ostatnie numery są już w pełni międzynarodowe. Od 2013 r. wydajemy także polskojęzyczny internetowy periodyk pn. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* (iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl), wychodzący od 2015 r. w dwóch seriach – „Serii Antymonopolowej” i „Serii Regulacyjnej”. Poza działalnością wydawniczą, CARS prowadzi także badania naukowe i świadczy usług doradcze w formie ekspertyz zleconych przez władze publiczne lub przedsiębiorców, ale dostępnych publicznie ze strony www.cars.wz.uw.edu.pl/ekspertyzy. CARS organizuje także konferencje naukowe o wymiarze międzynarodowym (np. ASCOLA Conference Warsaw 2014 (www.ascola-conference-warsaw.2014.wz.uw.edu.pl) lub krajowym (np. 1. Polski Kongres Prawa Konkurencji 2015 (www.1pkpk.wz.uw.edu.pl)). CARS prowadzi również działalność edukacyjną i szkoleniową, oferuje m.in. studia podyplomowe (www.aris.wz.uw.edu.pl) i Otwarte Seminarium Doktoranckie. Współpracuje też z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) oraz polskimi organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK, ULC i KRRiT).

W uznaniu dorobku z lat 2007–2014, z dniem 1.10.2014 r. CARS zostało przekształcone w odrębną – podległą bezpośrednio Dziekanowi – jednostkę organizacyjną o charakterze naukowo-badawczym, zajmującą się ekonomią i prawem ochrony konkurencji i regulacji sektorowych. CARS kontynuuje i intensyfikuje działalność na wszystkich ww. polach badawczych i doradczych w obszarze ochrony konkurencji i konsumentów oraz w sektorach infrastrukturalnych.

Dariusz Aziewicz LL.M

Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców

Warszawa 2017



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Recenzenci: Prof. nadzw. dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka – kierownik
Katedry Prawa Administracyjnego Wyższej Szkoły Informatyki
i Zarządzania w Rzeszowie
Dr hab. Cezary Banasiński – Wydział Prawa i Administracji UW

Korekta i redakcja: Hanna Januszewska

Projekt okładki: Dariusz Kondefefer

© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego and Dariusz Aziewicz, Warszawa 2017

ISBN: 978-83-65402-66-0

ISBN: 978-83-65402-67-7 (e-book)

DOI: 10.7172/978-83-65402-67-7.2017.wwz.7



WYDAWCA:

Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego
02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 1/3
Tel. (+48-22) 55-34-164
E-mail: jjagodzincki@mail.wz.uw.edu.pl
www.wz.uw.edu.pl



SKŁAD I ŁAMANIE:

Dom Wydawniczy ELIPSA,
00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198
Tel./faks (+48-22) 635-03-01; (+48-22) 635-17-85
E-mail: elipsa@elipsa.pl; www.elipsa.pl

DYSTRYBUCJA

Księgarnia Wydziałowa Tomasz Biel
Pl – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3
Tel. (+48-22) 55 34 146; kom.: (48) 501 367 976
E-mail: tbiel@wz.uw.edu.pl

Spis treści

Od autora	9
Wykaz skrótów	11
Rozdział 1. Uzasadnienie przeprowadzonego badania	13
1.1. Prewencyjny charakter nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców – skutki praktyczne	13
1.2. Bodźce prowadzące do koncentracji przedsiębiorców	20
1.3. Kryteria dopuszczalności nadzoru państwa i horyzontalne koncentracje przedsiębiorców	22
1.4. Istotne ograniczenie konkurencji jako wyjątkowy przypadek skutków rynkowych koncentracji – potwierdzenie statystyczne	30
1.5. Główny cel prawa ochrony konkurencji	31
1.6. Siła rynkowa a istotne ograniczenie konkurencji w wyniku dokonania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców	38
1.7. Spójność zakresu ekonomicznych testów oceny skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców	43
1.8. Bardziej ekonomiczne podejście do prawa ochrony konkurencji?	46
1.9. Główny cel prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców	50
1.10. Dwie metody analizy zamierzonych koncentracji przedsiębiorców	51
1.11. Hipoteza badawcza, pytania badawcze	52
1.12. Cel przeprowadzanego badania	52
1.13. Założenia metodologiczne/materiał badawczy/metody badawcze	55
Rozdział 2. Statyczna analiza pośrednia – struktura rynku jako przesłanka antykonkurencyjności koncentracji horyzontalnych w początkach stosowania prawa antymonopolowego	60
2.1. Założenia ekonomiczne i poglądy doktryny	60
2.2. Orzecznictwo sądów w USA	68
2.3. Polityka organów ochrony konkurencji w USA	76
2.4. Wnioski	79

Rozdział 3. Metoda analizy pośredniej	81
3.1. Podstawy ekonomiczne	81
3.2. Udział w rynku uczestników koncentracji	83
3.2.1. Wstęp	83
3.2.2. Kalkulacja udziału w rynku.....	85
3.2.3. Znaczenie udziałów rynkowych dla stwierdzenia posiadania lub umocnienia siły rynkowej w poszczególnych porządkach prawnych	86
3.2.4. Udział rynkowy konkurentów	102
3.3. Poziom koncentracji rynku	104
3.3.1. Wstęp	104
3.3.2. Praktyka decyzyjna i polityka organów ochrony konkurencji	106
3.4. Czynniki wpływające na skuteczne wejście na rynek właściwy	110
3.4.1. Uwagi ogólne	110
3.4.2. Praktyka organów ochrony konkurencji dotycząca oceny wejścia na rynek.....	118
3.5. Siła nabywcza odbiorców.....	126
3.6. Faza rozwoju rynku	131
3.7. Dane historyczne i sposób funkcjonowania rynku.....	133
3.8. Wnioski	135
Rozdział 4. Metoda analizy bezpośredniej	142
4.1. Czynniki analizy bezpośredniej	142
4.1.1. Wskaźnik (stopa) substytucji.....	144
4.1.2. Analiza presji cenowej.....	146
4.1.3. Symulacja koncentracji	150
4.1.4. Efektywności (<i>efficiencies</i>).....	151
4.1.5. Wnioski	158
Rozdział 5. Horyzontalne koncentracje przedsiębiorców na rynkach produktów zróżnicowanych	159
5.1. Zróżnicowanie produktów – cecha charakterystyczna rynku właściwego	159
5.2. Polityka organów ochrony konkurencji.....	162
5.3. Praktyka decyzyjna i orzecznicza	164
5.3.1. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej.....	164
5.3.1.1. Koncentracja Volvo/Scania	164
5.3.1.2. Koncentracja Volvo/Renault VI.	165
5.3.1.3. Koncentracja Unilever/Sarah Lee Body Care	167
5.3.1.4. Koncentracja Philip Morris/Papastratos	172
5.3.1.5. Koncentracja Johnson & Johnson/Synthes	173
5.3.1.6. Koncentracja Universal Music Group/Emi Music	177

5.3.1.7. Koncentracja Hutchison 3G Austria/Orange Austria ...	179
5.3.1.8. Koncentracja T-Mobile Austria/Tele.ring	184
5.3.1.9. Koncentracja Ryanair/Aer Lingus III	187
5.3.2. Praktyka orzecznicza sądów USA	191
5.3.2.1. Sprawa FTC przeciwko Staples i Office Depot.....	192
5.3.2.2. Sprawa Nowy Jork przeciwko Kraft General Foods	196
5.3.2.3. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Oracle.....	199
5.3.2.4. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko CCC Holdings ..	202
5.3.2.5. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko H & R Block ...	203
5.3.3. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK	207
5.3.3.1. Koncentracja Empik/Merlin	207
5.3.3.2. Koncentracja Auchan/Real	209
5.3.3.3. Koncentracja Rieber Foods Polska/FoodCare	210
5.3.3.4. Koncentracja UPC/Aster	211
5.4. Wnioski	213
Rozdział 6. Horyzontalne koncentracje przedsiębiorców na rynkach	
produktów homogenicznych	224
6.1. Homogeniczność produktu jako cecha charakterystyczna rynku właściwego	224
6.2. Polityka organów ochrony konkurencji	225
6.3. Praktyka decyzyjna i orzecznicza	228
6.3.1. Praktyka decyzyjna brytyjskich organów ochrony konkurencji ...	228
6.3.1.1. Koncentracja ANGLO American/Lafarge	228
6.3.1.2. Koncentracja Kingspan Group/CRH Insulation Europe .	231
6.3.2. Praktyka orzecznicza sądów USA	233
6.3.2.1. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko International Paper Company	233
6.3.2.2. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Altivity Packaging	234
6.3.2.3. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Georgia Pacific Corporation	235
6.3.2.4. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Abitibi Consolidated	236
6.3.3. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej.....	237
6.3.3.1. Koncentracja UPM/Myllykovski and Rhein Paper	237
6.3.3.2. Koncentracja HOLCIM/CEMEX WEST	239
6.3.3.3. Koncentracja EDF/British Energy	239
6.3.4. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK	240
6.3.4.1. Koncentracja PGE/Energa	240
6.4. Wnioski	243

Rozdział 7. Horyzontalne koncentracje przedsiębiorców na rynkach przetargowych	246
7.1. Rynek przetargowy – założenia ekonomiczne i polityka organów ochrony konkurencji.....	246
7.1.1. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej.....	248
7.1.1.1. Koncentracja General Electric/Instrumentarium	248
7.1.1.2. Koncentracja Caterpillar/MWM	250
7.1.1.3. Koncentracja Phillips/Agilent Health Care Solution.....	251
7.1.2. Praktyka orzecznicza sądów USA	252
7.1.2.1. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Cargill	252
7.1.3. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK	253
7.1.3.1. Koncentracja Cogifer/Koltram	253
7.2. Wnioski	254
Rozdział 8. Racjonalne i optymalne modele analizy skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców – wnioski końcowe	255
8.1. Weryfikacja hipotezy i pytań badawczych.....	255
8.2. Stworzenie racjonalnych i optymalnych modeli analizy możliwości powstania lub umocnienia siły rynkowej przedsiębiorcy w wyniku skonsumowania koncentracji przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK	262
8.3. Proponowany model analizy dla koncentracji przedsiębiorców o skutku horyzontalnym na rynku produktów zróżnicowanych.....	268
8.4. Proponowany model analizy dla koncentracji przedsiębiorców o skutku horyzontalnym na rynku produktów homogenicznych	273
8.5. Proponowany model analizy dla koncentracji przedsiębiorców o skutku horyzontalnym na rynku przetargowym	276
8.6. Podsumowanie zastosowania proponowanych modeli.....	278
Bibliografia	281
Dotychczasowe publikacje Programu Wydawniczego CARS	303

Od autora

Oddawana do Państwa rąk monografia stanowi zmodyfikowaną wersję rozprawy doktorskiej, którą obroniłem z wyróżnieniem w maju 2017 roku w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Doktorat napisałem po przeprowadzeniu kilkuletnich badań rozpoczętych w roku 2011 na University of Florida G. Levin College of Law podczas studiów LL.M. in Comparative law, które pomogły zrozumieć ekonomiczne podstawy stosowania prawa antymonopolowego. Dalsze badania prowadziłem w trakcie studiów doktoranckich w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, a zakończyłem obroną we wspomnianym Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych. Każdy z etapów badań, czy to zagraniczne studia o charakterze prawno-porównawczym, czy studia doktoranckie dotyczące nauk o zarządzaniu i ekonomii, odcisnął swoje piętno na przygotowanej książce. Pisząc rozprawę korzystałem m.in. z bogatych zbiorów bibliotek University of Florida pozwalających dotrzeć do najistotniejszych spraw amerykańskiego prawa antymonopolowego jak i szerokiej literatury ekonomicznej, Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego, Biblioteki Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych oraz Biblioteki College of Europe.

Impulsem do napisania niniejszej monografii było dostrzeżenie deficytu w stosowaniu ukształtowanych już w innych systemach prawnych narzędzi ekonomicznych przez krajowy organ ochrony konkurencji podczas postępowań antymonopolowych w sprawach koncentracji przedsiębiorców. Istnienie takiego deficytu może w moim przekonaniu prowadzić do wydawania decyzji administracyjnych sprzecznie z celami stawianymi przed stosowaniem prawa antymonopolowego. Mniejszego znaczenia nie miał także fakt, że przedmiot niniejszej monografii – będący jednym z trzech filarów prawa antymonopolowego, nie doczekał się jak dotąd kompleksowego badania lub opracowania w krajowej doktrynie prawa ochrony konkurencji. Warto przy tym przypomnieć, że najwięcej decyzji administracyjnych Prezes UOKiK wydaje właśnie w zakresie prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami i że

tego typu decyzje mają wpływ na przeprowadzanie największych procesów transakcyjnych. Wypełnienie wspomnianych luk i zaproponowanie odpowiednich rozwiązań mających swoje uzasadnienie nie tylko w przepisach prawa, ale i zasadach prawd ekonomicznych oraz połączenie tych dwóch nierozłącznych aspektów stosowania prawa antymonopolowego jest celem niniejszej książki. Praktyczne aplikowanie zaproponowanych modeli oceny skutków rynkowych koncentracji powinno w mojej ocenie prowadzić do skuteczniejszego stosowania przepisów prawa ochrony konkurencji w zakresie prewencyjnej kontroli nad koncentracjami, co ma niewątpliwy wpływ na rozwój gospodarczy, wolny rynek, a finalnie na Nas wszystkich – konsumentów.

Oddawana do Państwa rąk monografia bez wątpienia nie powstałaby bez niezwykle cennych merytorycznych wskazówek dr hab. Cezarego Banasińskiego, promotora mojej rozprawy doktorskiej. Szczególne podziękowania w wydaniu książki oraz organizacyjną i merytoryczną pomoc na etapie pisania doktoratu należą się także profesorowi Tadeuszowi Skocznemu – dyrektorowi Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych. Kolejne podziękowania kieruję wobec recenzentów mojej rozprawy doktorskiej dr hab. Agaty Jurkowskiej-Gomułki oraz profesora Andrzeja Wróbla, za bardzo słuszne spostrzeżenia wskazane w recenzjach, pozwalające na wzbogacenie treści doktoratu, które pomogły mi przygotować niniejszą monografię.

dr Dariusz Aziewicz LL.M.

Wykaz skrótów

- CMA – Competition and Markets Authority
DOJ – the United States Department of Justice Antitrust Division
FTC – Federal Trade Commission
OECD – Europejska Organizacja Współpracy i Rozwoju (European Organization of Cooperation and Development)
Komisja – Komisja Europejska
Konstytucja – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.)
KPA – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 1960 nr 30 poz. 168, ze zm.)
Rozporządzenie 139/2004 – Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r., w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE I. 24 z 2004 r.)
Prezes UOKiK – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
OFT – Office of Fair Trading
SOKiK – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI – Sąd (dawny Sąd Pierwszej Instancji WE)
TFUE – Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej
uokik – ustawa z dnia 17 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50 poz. 331 ze zm.)
Wyjaśnienia Prezesa UOKiK – Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji
Wytyczne Komisji – Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw [Dz.U. C 31 z 5.2.2004]

Rozdział 1.

Uzasadnienie przeprowadzonego badania

1.1. Prewencyjny charakter nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców – skutki praktyczne

Nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców jest jednym z trzech filarów (sfer) sprawowanej przez państwo (publicznoprawnej) ochrony konkurencji¹. Na dwa pozostałe filary składają się interwencja w kolektywne oraz interwencja w jednostronne zachowania przedsiębiorców, mogące ograniczyć konkurencję².

Instytucja nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców tworzy materialno-prawne podstawy interwencji państwa w procesy gospodarczych przekształceń strukturalnych (kształt strukturalny przedsiębiorców). W polskim systemie prawnym nadzór ten jest sprawowany przez organ administracji rządowej – Prezesa UOKiK³ – w trybie uregulowanym przepisami uokik⁴. Jest to nadzór administracyjnoprawny – środek oddziaływania merytorycznego polegający na

¹ Literatura przedmiotu wskazuje na prawidłowość określenia „nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców” zamiast „kontroli” koncentracji przedsiębiorców, por. T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, s.16; J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej kontroli koncentracji*, Wyd. Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2004, s. 56 i nast.; M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Verba, Lublin 2005, s. 244–245; R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców w regulacji antymonopolowej*, rozprawa doktorska Wydział Prawa i Administracji Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych, s. 37; T. Skoczny, w: T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, redaktor naukowy prof. T. Skoczny, wyd. 2, Warszawa 2014, Nb 1, s. 579.

² T. Skoczny, w: T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 576; por. art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z dnia 16 lutego 2007 r (Dz.U. Nr 50, poz. 331).

³ Por. art. 29 ust. 1 uokik; Prezes UOKiK jest jednoosobowym organem administracji rządowej, zaliczanym do kategorii organów centralnych, nazywanych samodzielными, co podyktowane jest bezpośrednim podporządkowaniem Prezesowi Rady Ministrów.

⁴ Wraz z kontrolą sądową decyzji administracyjnych przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

wydawaniu władczych rozstrzygnięć przez organ administracji państwa. Nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców różni się od pozostałych filarów ochrony konkurencji, tj. od zakazu stosowania kolektywnych lub jednostronnych praktyk naruszających konkurencję tym, że jest stosowany uprzednio (*ex ante*) – przed finalnym działaniem rynkowym przedsiębiorcy. Jest więc wykonywany prewencyjnie, a nie represyjnie⁵. Z kolei interwencja w naruszające konkurencję zachowania rynkowe (praktyki) przedsiębiorców ma charakter następczy – represyjny (*ex post*), odbywając się po działaniu przedsiębiorcy. W doktrynie wskazano na wzajemne uzupełnianie się istniejących filarów ochrony konkurencji⁶.

Działaniem objętym nadzorem prewencyjnym jest dokonanie procesu gospodarczego (przez podmioty prawa prywatnego) mającego na celu zewnętrzny wzrost przedsiębiorcy (najczęściej przez transakcję kapitałową)⁷.

W zdecydowanej większości istniejących systemów nadzoru nad koncentracjami na świecie przedsiębiorcy zgłaszają **zamiar koncentracji**. Co do zasady, w różnych systemach prawnych, normy prawa ochrony konkurencji, wymagają również wstrzymania dokonania planowanego procesu gospodarczego i uzależniają je od pozytywnej (bezwarunkowej albo warunkowej) decyzji organu ochrony konkurencji (tzw. *stand still/hold-separate obligation*)⁸. W doktrynie polskiego prawa ochrony konkurencji przyjmuje się stanowisko, że metoda następczej (represyjnej) ingerencji państwa jest w przypadku nadzoru nad koncentracjami mniej skuteczna. W szczególności kłopoty sprawia podjęcie próby „naprawy” sytuacji rynkowej po przeprowadzeniu koncentracji generującej antykonkurencyjne skutki⁹.

W związku z powyższym analiza zamierzonych koncentracji przedsiębiorców ma **charakter prospektywnego** (przyszłościowego) **badania potencjalnego wystą-**

⁵ Należy jednak zauważyć, że w wyjątkowych przypadkach odnośnie do koncentracji przedsiębiorców, w zakresie uznania administracyjnego, może zostać zastosowany nadzór represyjny. Jest tak w przypadku oparcia decyzji na nierzetelnych informacjach lub dokonania koncentracji bez zgody organu (art. 21 i 99 uokik).

⁶ *Ibidem*, s. 1024.

⁷ Trzeba przy tym zauważyć, że przepisy prawa ochrony konkurencji nie dotyczą nadzoru nad wewnętrznym wzrostem przedsiębiorców tj. takiego, który odbywa się poprzez samodzielne uzyskanie przewag technologicznych, strategicznych, finansowych, nawet jeśli prowadzi on do uzyskania siły rynkowej. W związku z tym należy uznać wewnętrzny wzrost przedsiębiorcy za pożądany jak i za przejaw pozytywnej umiejętności prowadzenia działalności gospodarczej w gospodarce wolnorynkowej. Organy ochrony konkurencji wychodzą z założenia, że siła rynkowa uzyskana w ten sposób nie może być sankcjonowana, dopóki nie wykorzystuje się jej w sposób negatywny wobec konsumentów (zob.: art. 9 uokik).

⁸ Por. art. 97 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 331).

⁹ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, LexisNexis, 2009, s. 322.

pienia (antykonkurencyjnych) skutków, jakie planowany proces gospodarczy, mający na celu wzrost zewnętrzny przedsiębiorcy (w przypadku jego skonsumowania), wywrze na rynku. Stawianym przed nią zadaniem jest ochrona rynku przed zaistnieniem skutków ograniczających konkurencję w świetle celów prawa antymonopolowego¹⁰, nie zaś eliminowanie już istniejących stanów faktycznych.

Decyzja organu antymonopolowego podejmowana jest po przeanalizowaniu skutków, jakie badana koncentracja dopiero wywrze na odpowiednim rynku (rynkach) właściwym¹¹. Takie podejście – eliminowania antykonkurencyjnych skutków koncentracji w ich zarodku (*in its incipency*), co do zasady nie uległo zmianie od początku stosowania prawa antymonopolowego na świecie¹².

Uprzedni charakter procesu nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców sprawia, że w ramach prowadzonej analizy organ antymonopolowy ma do czynienia z założeniami i prawdopodobieństwami (*probabilities*), a nie pewnikami (*certainties*)¹³.

¹⁰ Zob. pkt. 1.5 książki.

¹¹ Ze względu na zawężoną tematykę monografii oraz złożoność pojęcia rynek właściwy świadomie pomijam rozważania nad tą instytucją prawa ochrony konkurencji. Wskazuję jednak, że zgodnie z definicją zawartą w uokik rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji zob. art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dla definiowania rynku właściwego zob: T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 147–166; B. Turno, *Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych*, w: *Prawo Konkurencji 25 Lat*, red. naukowa T. Skoczny, Warszawa 2016, s. 405; E. Stawicki, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, LEX, Warszawa 2011, s. 141 i nast.; K. Kohutek, w: M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, wyd. 2, LEX, 2014.

¹² Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963); orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 19.03.1974, w sprawie *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486, 505 & n. 13, 94 S. Ct. 1186, 1197 & n. 13, 39 L.Ed.2d 530 (1974). Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 317 (1962): “*authority for arresting mergers at a time when the trend to a lessening of competition in a line of commerce was still in its incipency.*”; orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 277 (1966): “*Congress sought to . . . arrest a trend toward concentration in its incipency before that trend developed to the point that a market was left in the grip of a few big companies.*”; orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, 577 (1967): “*Section 7 of the Clayton Act was intended to arrest the anticompetitive effects of market power in their incipency.*”

¹³ Zob. przykładowo orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Genral Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486, 505, 94 S.Ct. 1186, 39 L.Ed.2d 530 (1974).

Na organie ochrony konkurencji ciąży więc specyficzna i istotna – nie tylko z punktu prawnego, ale także społecznego¹⁴ – odpowiedzialność. Polega ona na dokonaniu poprawnej oceny nie obecnych, ale dopiero spodziewanych skutków rynkowych (mających oddziaływanie społeczne, tj. na konsumentów) działań przedsiębiorców przed ich zmaterializowaniem się. Ocena ta jest dokonywana w ramach luzu normatywnego oraz szerokiej dyskrecjonalności przyznanej organowi ochrony konkurencji¹⁵.

Badanie przez organy antymonopolowe skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców zostało w praktyce ukształtowane jako badanie porównawcze sytuacji (stanu napięcia konkurencji na danym rynku właściwym) sprzed dokonania koncentracji (*pre-merger scenario*) z sytuacją po jej dokonaniu (*post-merger scenario*). Zastosowanie znajduje tutaj m.in. tzw. test *counterfactual*. Jest to narzędzie analityczne używane do przedstawienia odpowiedzi na pytanie, czy zamierzona koncentracja doprowadzi do skutków antykonkurencyjnych, biorąc pod uwagę jak rozwijałaby się sytuacja rynkowa w przypadku dokonania oraz niedokonania koncentracji¹⁶. Za właściwy do stosowania w takiej sytuacji należy uznać dodatkowy wymóg poszukiwania związku przyczynowego pomiędzy mogącymi się pojawić (antykonkurencyjnymi) skutkami a zamierzoną koncentracją¹⁷. Według powyższego założenia istotne ograniczenie konkurencji w wyniku dokonania koncentracji powinno zostać stwierdzone nawet wtedy, gdy koncentracja jest tylko jedną z przyczyn wystąpienia negatywnych skutków dla konkurencji. Wspomniany wymóg poszukiwania związku przyczynowego został ukształtowany głównie w prawie niemieckim¹⁸.

Ocena skutków koncentracji jest dokonywana w świetle ukształtowanych przesłanek ekonomicznych. Cechuje je wielość i współzależność, w doktrynie wskazuje się, że ich zakres nie jest sformalizowany lub też zamknięty¹⁹.

¹⁴ Zob. pkt. 1.5. niniejszej książki.

¹⁵ Tak: C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 419.

¹⁶ Zob. przykładowo: Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment Guidelines*, wrzesień 2010, s. 21, pkt 4.3.1., dostępne na: Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, 29 marzec 2012, courtesy translation, pkt 12. Dostępne na: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

¹⁷ M. Rosenthal, S. Thomas, *European Merger Control*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Monachium 2010, s. 195; A. Lindsay, A. Berridge, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 3rd Edition, Sweet&Maxwell 2009, s. 242.

¹⁸ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 182, oraz wskazana tam decyzja Bundeskartellamt z 15.10.1991, nr WuW/E BGH 2743/2748, w sprawie *Stormamer Tageblatt*.

¹⁹ E. Jantoń-Drozdowska, *Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej oceny koncentracji*, w: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, s. 269.

Ukształtowanie skomplikowanej struktury prawno-analitycznej oceny skutków koncentracji przedsiębiorców sprawia, że błędnie przeprowadzone analizy tego typu operacji gospodarczych mogą (w świetle teorii tzw. kosztów błędu – *error costs*²⁰) spowodować wydanie zgody na dokonanie koncentracji, której skutki okażą się dla rynku negatywne (w rzeczywistości obniżą dobrobyt konsumentów) – tzw. *false negatives* (błąd drugiego rodzaju). Z drugiej strony mogą też spowodować wydanie zakazu dokonania koncentracji, mającej potencjał wygenerowania pozytywnych skutków rynkowych (powiększenia dobrobytu konsumentów) – tzw. *false positives* (błąd pierwszego rodzaju)²¹.

Z tego powodu najistotniejszym punktem stosowania prewencyjnego nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców jest przeprowadzenie takiej analizy spodziewanych skutków koncentracji, która pozwoli określić je (przewidzieć/zaprognozować) jak najdokładniej. Jak najdokładniejsze określenie skutków koncentracji prowadzi zaś do zwiększenia efektywności (skuteczności) nadzoru państwa nad koncentracjami przedsiębiorców. Obniża prawdopodobieństwo wystąpienia błędów w ocenie koncentracji. Skuteczność prawa ochrony konkurencji pozostaje natomiast we wzajemnej korelacji z jego jakością i tworzy jeden z elementów dobrej administracji²². W praktyce musi dochodzić do kojarzenia teorii prawa z teorią funkcjonowania wolnego rynku²³.

Z punktu widzenia przedsiębiorców istotne jest także, że upływający czas postępowania dotyczącego weryfikacji przed sądami, decyzji administracyjnej wydanej przez organ antymonopolowy, może doprowadzić do nieaktualności (np. nieopłacalności lub utraty środków inwestycyjnych) przeprowadzenia koncentracji (utrata uzasadnienia rynkowego). Istnieje tzw. *czasowa sensytywność* koncentracji, a ewentualny wyrok sądu może mieć dla przedsiębiorcy jedynie znaczenie „historyczne” lub „psychologiczne”²⁴. Słusznie twierdzi R. Posner, że czas egzekwowania prawa często nie jest czasem realnym (*law time is not a real time*)²⁵. W mojej ocenie z samego faktu ukonstytuowania nadzoru nad koncentracjami w prawie polskim, jako oceny prospektywnej i uprzedniej (administracyjnoprawnego nadzoru prewencyjnego), wynika

²⁰ J.B. Baker, *Taking the Error out of 'Error Costs' Analysis: What's Wrong With Antitrust's Right*, *Antitrust Law Journal*, vol. 80, s. 1–39.

²¹ Zob. przykładowo: A. Christiansen, W. Kerber, *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of „per se Rulesm vs. Rule of Reason”*, dostępne na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=872694.

²² C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym...*, s. 492.

²³ Zob. punkty 1.6.–1.9. książki.

²⁴ *Ibidem*, s. 381.

²⁵ R. Posner, *Antitrust in the New Economy*, John M. Olin Law & Economics Working Paper, nr 106, s. 9.

wola ustawodawcy, by w tym przypadku skuteczne egzekwowanie prawa odbywało się w czasie (z punktu widzenia operacji gospodarczej) rzeczywistym (realnym), nie prowadząc do utraty aktualności zamierzonego wzrostu zewnętrznego. Wzmacnia to potrzebę przeprowadzenia jak najdokładniejszej analizy spodziewanych skutków koncentracji na etapie postępowania administracyjnego przez Prezesa UOKiK.

Wymóg prowadzenia jak najdokładniejszej analizy skutków koncentracji przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK wynika też z zasad ogólnych KPA. Postępowanie przed Prezesem UOKiK jest postępowaniem administracyjnym (art. 1 KPA). Art. 83 uokik stanowi, że „w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, z zastrzeżeniem art. 84”²⁶. Przepisy KPA znajdują więc wprost zastosowanie w sytuacjach nieuregulowanych w uokik. Wskazuje się, że zakres swobody organu administracji wynikający z przepisów prawa materialnego, jest ograniczony ogólnymi zasadami postępowania administracyjnego²⁷. Uwagę zwrócić należy w szczególności na dwie zasady ogólne.

Art. 7 KPA statuuje tzw. zasadę prawdy obiektywnej (tj. podjęcia przez organ administracji wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli). Jest to naczelna zasada postępowania administracyjnego²⁸. W doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się, że realizacja zasady prawdy obiektywnej następuje przede wszystkim przez przeprowadzenie stosowanych dowodów w danej sprawie²⁹. Organ prowadzący postępowanie ma jednak obowiązek nie tylko rozpatrzenia materiału dowodowego ale też jego zbierania, aby ustalić stan faktyczny sprawy zgodny z rzeczywistością³⁰. Ze wskazanej zasady ogólnej wynika obowiązek organu administracji do „wyczerpującego zbadania wszystkich okoliczności faktycznych związanych z określoną sprawą w ten sposób by stworzyć jej rzeczywisty obraz i uzyskać podstawę do trafnego zastosowania

²⁶ Art. 84 uokik: „W sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu w zakresie nieuregulowanym w niniejszym rozdziale stosuje się odpowiednio art. 227–315 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.”

²⁷ M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego*, Komentarz, Wydanie II, Zakamycze 2005, s. 143.

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10.06.1987r., P 1/87 (Pal. 1987, Nr 12, s. 113).

²⁹ F. Elżanowski, w: *Kodeks postępowania administracyjnego*, Komentarz, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), 2 wydanie, Warszawa 2013, s. 57.

³⁰ M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania...*, s. 150.

przepisu prawa”³¹. Realizacja zasady prawdy obiektywnej ma więc ścisły związek z zasadą praworządności (art. 6 KPA), bowiem „prawidłowe ustalenie stanu faktycznego jest niezbędnym elementem prawidłowego zastosowania normy prawa materialnego”³². Obowiązek realizacji zasady prawdy obiektywnej jest widoczny także w treści art. 12 KPA – ustanawiającego obowiązek działania organu „wnikliwie i szybko” (art. 12 KPA)³³. W doktrynie podkreśla się, że przepis ten tworzy: „nakaz możliwie szybkiego działania organów, jednak bez uszczerbku dla wnikliwości postępowania, tj. bez uszczerbku dla realizacji zasady prawdy materialnej” (tj. obiektywnej – dod. autor)³⁴. W kontekście art. 12 KPA wskazuje się w końcu, że „szybkość (...) nie jest celem samym w sobie, lecz metodą poszukiwania prawdy obiektywnej. Postępowanie powinno przebiegać szybko, ale tylko do momentu, do którego szybkość nie będzie kolidowała z wnikliwością organu, polegającą na konieczności wyjaśnienia wszystkich okoliczności w sprawie”³⁵. W doktrynie prawa ochrony konkurencji podkreśla się, że z uwagi na fakt działania Prezesa UOKiK w interesie publicznym, uzasadniony jest obowiązek dochodzenia prawdy obiektywnej i podjęcia wszelkich kroków dla wyjaśnienia stanu faktycznego³⁶.

Art. 8 KPA statuuje natomiast zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa (prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej). W doktrynie prawa administracyjnego przyjmuje się m.in., że *władza ma prawny obowiązek dążyć do stworzenia takiej atmosfery postępowania, w której obywatel ma zaufanie i jest przekonany, że stojąc przed urzędem – reprezentacją władzy, będzie potraktowany w sposób sprawny, kompetentny, zgodny z prawem oraz maksymalnie uwzględniający jego interesy*³⁷. Z interpretacji zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa bierze się postulat przewidywalności działań administracji publicznej. W państwie praworządnym standardem

³¹ B. Adamiak, w: *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, B. Adamiak, J. Borkowski, 11 wyd., s. 57, cytowane za: Dawidowicz, *ogólne postępowanie administracyjne* s. 108.

³² B. Adamiak, w: *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, B. Adamiak, J. Borkowski, 11 wyd. s. 57.

³³ Organy administracji publicznej powinny działać w sprawie wnikliwie i szybko, posługując się możliwie najprostszymi środkami prowadzącymi do jej załatwienia.

³⁴ J. Malanowski, w: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), 2 wydanie, Warszawa 2013.

³⁵ M. Kotulska, *Czas a postępowanie administracyjne*, w: J. Niczyporuk (red.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie K.P.A.*, Lublin 2010, s. 424

³⁶ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 721.

³⁷ J. Malanowski, w: *Kodeks postępowania administracyjnego...*, s. 65.

powinna być możliwość przewidzenia, jakiego rozstrzygnięcia dokona władza wydająca akt administracyjny w określonych warunkach prawnych³⁸. Nowelą KPA z 9 marca 2017 roku zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa została uzupełniona m.in. o zasadę proporcjonalności. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że w myśl tej zasady organy powinny podejmować działania miarkujące cele i wymierzone obywatelom dolegliwości, tak by były współmierne do wyznaczonego celu. *Z zasady tej wynika dążenie do stosowania w stosunku do obywateli środków, które nie są nadmiernie dolegliwe, a zatem są przydatne do realizacji danego celu, konieczne w danej sytuacji i proporcjonalnie w ścisłym tego słowa znaczeniu*³⁹. W uzasadnieniu wskazano dodatkowo, że zasada proporcjonalności znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy organ administracji dysponuje pewnym zakresem luzu decyzyjnego⁴⁰.

1.2. Bodźce prowadzące do koncentracji przedsiębiorców

Za główny bodziec prowadzący do zewnętrznego wzrostu przedsiębiorcy przez dokonanie operacji gospodarczej spełniającej przesłanki koncentracji uważa się powiększenie zysków (*profits*) z działalności rynkowej. Poprzez zwiększenie zysków dochodzi do zwiększenia wartości przedsiębiorcy. R. Blair zauważa, że ponieważ zyskowość to różnica pomiędzy osiąganym całkowitym przychodem (*total revenue*), a kosztami całkowitymi (*total costs*), zyski wzrastają wraz ze wzrostem przychodów lub spadkiem kosztów⁴¹. Dlatego też już na początku należy zauważyć, że koncentracje przedsiębiorców prowadzić mogą do powstania dwóch przeciwstawnych stanów:

- (i) podnoszącego zyski w wyniku uzyskania (ewentualnie korzystania z) siły rynkowej; lub
- (ii) obniżającego koszty w wyniku tzw. efektywności pochodzących z dokonania zamierzonej koncentracji przedsiębiorców.

M. Lewandowski podaje klasyfikację motywów zamierzonego zewnętrznego wzrostu przedsiębiorców, dzieląc je na cztery grupy:

³⁸ *Ibidem*, s. 66.

³⁹ Uzasadnienie projektu ustawy s. 13, dostępne na: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1183>.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 13–14.

⁴¹ R.D. Blair, D.L. Kaserman, *Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2009, 2 wydanie, s. 256.

- (i) motywy techniczne i operacyjne (zwiększenie efektywności zarządzania – efekt synergii operacyjnej polegającej m.in. na uzyskaniu korzyści skali, komplementarność zasobów i umiejętności);
- (ii) motywy rynkowe i marketingowe (zwiększenie udziału w rynku i wyeliminowanie konkurencji, dywersyfikację będącą efektem wejścia na nowy rynek);
- (iii) motywy finansowe (wykorzystanie nadmiernych funduszy, zwiększenie możliwości pozyskiwania kapitałów obcych, niedoszacowanie wartości firmy);
- (iv) motywy menedżerskie (motywy kierujące menedżerami w związku z teorią agencji, polegające m.in. na prestiżu osobistym, zakresie władzy, zmniejszeniu ryzyka kierowania przedsiębiorstwem (dywersyfikacji ryzyka kierowania firmą), zwiększeniu swobody działania)⁴².

Dodatkowo w literaturze odnaleźć można motyw szeroko rozumianego postępu technicznego⁴³.

Indywidualne operacje/procesy koncentracyjne mogą też kreować skutki zagrażające konkurencji, a w konsekwencji dobrobytowi konsumentów. Może tak być, nawet jeśli nie jest to głównym celem planowanego wzrostu zewnętrznego. Tęgo rodzaju skutki powoduje powstanie siły rynkowej.

Koncentracje mogą także prowadzić do nieefektywności rozwijających się organizacji, tj. ich wzrostu poza optymalną strukturę (tzw. *empire building*)⁴⁴. Pozostaje to jednak poza zakresem zainteresowania organu ochrony konkurencji.

Antykonkurencyjność zamierzonych koncentracji przedsiębiorców jest zatem przypadkiem szczególnym (wyjątkowym), jeżeli chodzi o motywację do generowania wzrostu zewnętrznego przedsiębiorców. Operacje gospodarcze w większości przypadków biorą się z woli uzyskania korzyści efektywnościowych, skutkujących m.in. wzrostem dobrobytu konsumentów. Umożliwiają efektywniejszą działalność przedsiębiorców i (co do zasady) są prokonkurencyjne (jak np. korzyść skali – przykładowo jedna duża fabryka jest bardziej efektywna niż dwie mniejsze). Mogą prowadzić też do zwiększenia innowacyjności czy ograniczenia ryzyka⁴⁵.

⁴² M. Lewandowski, *Fuzje i przejęcia jako metody wzrostu przedsiębiorstw*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 1998, s. 80.

⁴³ E. Jantóń-Drozdowska, *Ekonomiczne przesłanki...*, s. 269.

⁴⁴ R. Duchin, B. Schmidt, *Riding the Merger Wave, Uncertainty, reduced monitoring, and bad acquisitions*, *Journal of Financial Economics* 107 (2013) 69–88.

⁴⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r., w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE I. 24 z 2004 r.), pkt 4.

1.3. Kryteria dopuszczalności nadzoru państwa i horyzontalne koncentracje przedsiębiorców

Z ekonomicznego punktu widzenia operacja gospodarcza mogąca spełnić przesłanki koncentracji oznacza łączenie aktywów lub pasywów dwóch lub większej liczby niezależnych od siebie przedsiębiorców, skutkując zmianami strukturalnymi w gospodarce. Operacje (procesy) gospodarcze, powodujące wzrost zewnętrzny przedsiębiorców, są bez wątpienia jednym z podstawowych przejawów gry rynkowej. Prowadzą jednocześnie do koncentracji majątku i kapitału w rękach coraz mniejszej liczby przedsiębiorców⁴⁶.

Podstawę ustroju Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie art. 20 Konstytucji stanowi społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. W polskim porządku prawnym, na poziomie ustawy zasadniczej zagwarantowana została przedsiębiorcom nie tylko wolność gospodarowania (art. 20 i 22), ale i zrzeszania się (art. 11–13, 58, 59), a także gwarancja własności (art. 20, 21, 64). Wyrażona w Konstytucji wolność działalności gospodarczej ma fundamentalne znaczenie dla stosowania prawa ochrony konkurencji. Z jednej strony przejawem wolności gospodarczej jest zapewnienie swobody decyzyjnej kształtowania organizacji przedsiębiorców biorących udział w grze rynkowej. Z drugiej strony wolność gospodarcza nie posiada wymiaru absolutnego i nie jest całkowicie wolna od ingerencji państwa. Tworzone przez państwo prawo musi bowiem uczestniczyć w jej urzeczywistnianiu⁴⁷.

Słuszne są twierdzenia, że rolą państwa jest zakreślanie granic wolności gospodarczej – wskazywanie ograniczeń i sposobów korzystania z wolności, a także ustanawianie prawnych granic korzystania z wolności⁴⁸. Społeczna gospodarka rynkowa zakłada dla państwa rolę arbitra, interweniującego w odpowiednich, uzasadnionych sytuacjach. W takim systemie gospodarczym państwo przyjmuje współodpowiedzialność za stan gospodarki, czego przejawem jest podejmowanie działań łagodzących skutki społeczne funkcjonowania wolnego rynku⁴⁹. Ograniczenie wolności gospodarczej, zgodnie z art. 22 Konstytucji, jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze

⁴⁶ T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s.13.

⁴⁷ K. Strzyczkowski, *Rola współczesnej administracji w gospodarce (zagadnienia prawne)*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1992, s. 59.

⁴⁸ C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1995, s. 67.

⁴⁹ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 98.

względu na ważny interes publiczny⁵⁰. Jednocześnie za niekwestionowany kanon gospodarki rynkowej uważa się wolną konkurencję i podstawowe reguły jej ochrony⁵¹. B. Banaszak stwierdza, że *prawne ograniczenie swobody działalności gospodarczej związane jest z interwencjonizmem państwowym. Ma on na celu przeciwdziałanie powstaniu monopolu, będących zaprzeczeniem gospodarki wolnorynkowej*⁵².

Należy też wskazać na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji⁵³, statuującą (wspomnianą już i znajdującą się w treści zasady zaufania obywateli do organów Państwa KPA) tzw. zasadę proporcjonalności⁵⁴. Jest to przepis określający na poziomie ustawy zasadniczej, w sposób generalny przesłanki dopuszczalności ograniczania konstytucyjnych praw i wolności. Wynika z kolizji między gwarancją ochrony konstytucyjnych praw obywatela w sferze gospodarczej, a koniecznością ograniczenia w imię interesu publicznego swobodnego dysponowania prawem⁵⁵. Zasada proporcjonalności sprowadza się w praktyce do zakreślenia nieprzekraczalnych granic ingerencji państwa w sferę gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności jednostki, w tym wolności gospodarczej i wolności majątkowej⁵⁶. W związku z brzmieniem art. 8 Konstytucji nakazującym bezpośrednio stosowanie postanowień ustawy zasadniczej, dotyczy m.in. wydawania indywidualnych aktów prawnych (w tym decyzji administracyjnych) ustanawiających ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności⁵⁷. W doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się, że szczególnie istotną kwestią jest przestrzeganie zasady proporcjonalności przez organy administracji rozstrzygające sprawy indywidualne⁵⁸. Określa ona bowiem relację stosowanych środków do osiągnięcia określonego celu, będąc standardem działania m.in. dla organów

⁵⁰ Art. 22 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.

⁵¹ T. Skoczny, *Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym w świetle orzecznictwa*, Centrum Polityki i Prawa Konkurencji Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa 1994, s.11.

⁵² B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 244.

⁵³ „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

⁵⁴ C. Banasiński, w: H. Grokiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo Gospodarcze. Zagadnienia Administracyjnoprawne*, Warszawa 2011, s. 82.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym...*, s. 524.

⁵⁷ M. Szydło, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, Komentarz*, Warszawa 2016, s. 791 i nast.

⁵⁸ *Ibidem*.

administracji⁵⁹. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje odnośnie do zasady proporcjonalności stanowisko, że: 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów (kryterium przydatności); 2) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane (kryterium niezbędności); 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela⁶⁰. Zgodnie z zasadą proporcjonalności z charakteru celu powinien więc wynikać środek jego realizacji. Referowane – kryterium przydatności – polega na racjonalnym uzasadnieniu rozstrzygnięcia w stosunku do celu. Druga z przesłanek określa niezbędność – istniejącą gdy zastosowanie żadnego innego środka nie jest wystarczające do osiągnięcia celu. Odnośnie do trzeciej z przedstawionych przesłanek Trybunał Konstytucyjny staje na stanowisku, że „spośród możliwych środków działania należy wybierać możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu”⁶¹. W doktrynie prawa ochrony konkurencji obecne jest stanowisko, że zasada proporcjonalności otwiera m.in. drogę do szerszych analiz ekonomicznych skutków zachowań rynkowych przedsiębiorców⁶².

Ustawodawca przepisami uokik wprowadza ograniczenia dla wolności gospodarczej⁶³. Jednym z takich ograniczeń jest niewątpliwie ustanowiona w art. 20 ust. 1 uokik kompetencja Prezesa UOKiK do zablokowania dokonania operacji gospodarczej (wydania decyzji zakazującej dokonania koncentracji przedsiębiorców). Jednocześnie podejmowanie przez państwo działań w stosunku do operacji gospodarczych jest ściśle uwarunkowane. Ustawodawca kreuje chociażby przesłanki możliwości podjęcia takiej interwencji, określając w pierwszej kolejności, jakie procesy gospodarcze mogą w ogóle zostać poddane ocenie organu antymonopolowego – z punktu widzenia ich wpływu na konkurencję.

⁵⁹ M. Wyrzykowski, *Legislacja – demokratyczne państwo prawa – radykalne reformy polityczne i gospodarcze*, w: H. Suchocka (red.), *Tworzenie prawa w demokratycznym państwie prawnym*, Warszawa 1992, s. 50 i nast.

⁶⁰ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 9.6.1998 r., K 28/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 50; 26.4.1999 r., K 33/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 71; 2.6.1999 r., K 34/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 94; 21.4.2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, Nr 4, poz. 31.

⁶¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25.2.1999 r., K 23/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 25.

⁶² C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym...*, s. 535.

⁶³ Podstawy stosowania ustawodawstwa antymonopolowego wskazują w pkt. 1.9. niniejszej książki.

Ingerencja organów administracji w sferę wolności i praw odnoszących się do działalności gospodarczej jest nazywana nadzorem gospodarczym⁶⁴. Jedną z klasycznych postaci nadzoru gospodarczego jest nadzór reglamentacyjny – zapewniający obowiązywanie systemu nakazów i zakazów m.in. w celu ochrony interesów ekonomicznych konsumentów. Nadzór reglamentacyjny jest sprawowany m.in. przez Prezesa UOKiK⁶⁵.

Ustawodawcy determinują materialno-prawne kryteria interwencjonizmu państwa⁶⁶ w decyzje niezależnych podmiotów gospodarczych generujące ich zewnętrzny wzrost. Zarówno ustawodawca polski, jak i inni ustawodawcy kreują w szczególności kryteria jurysdykcyjne takiej ingerencji – po spełnieniu których dochodzi do nawiązania relacji nadzoru pomiędzy organem antymonopolowym a przedsiębiorcą (tzw. kryteria dopuszczalności nadzoru)⁶⁷.

Organy ochrony konkurencji sprawują nadzór nad operacjami gospodarczymi będącymi tzw. koncentracjami przedsiębiorców. W zależności od porządku prawnego **za koncentrację uważa się odpowiednio zdefiniowane formy operacji/procesów gospodarczych (przesłanka typu koncentracji)**. W przypadku systemów nadzoru prewencyjnego zgłoszeniu podlega zamiar dokonania koncentracji, lecz tylko wtedy, gdy ściśle określone podmioty (przedsiębiorcy⁶⁸), uznane za uczestników zamierzonej koncentracji, spełniają tzw. **przesłankę obrotu/notyfikacyjną** (*merger thresholds/tournover test*). Przesłankę typu koncentracji oraz przesłankę obrotu/notyfikacyjną proces gospodarczy musi spełnić kumulatywnie, by możliwość jego przeprowadzenia (skonsumowania) musiała zostać poddana prewencyjnemu nadzorowi państwa.

Polski ustawodawca ustalił, że za koncentrację uznawane są cztery formy procesów gospodarczych: (i) połączenie dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców (połączenie), (ii) przejęcie, przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób

⁶⁴ K. Kocowski, w: *System Prawa Administracyjnego*, R. Hausner, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *Publiczne prawo gospodarcze*, Tom 8a, C.H. Beck, INP PAN, Warszawa 2013, s. 373.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 379.

⁶⁶ Zob: K. Kliczka, *Wolność gospodarza a interwencjonizm państwowy*, w: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 105; C. Banasiński, w: H. Grokiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo Gospodarcze. Zagadnienia Administracyjnoprawne*, Warszawa 2011, s. 32; C. Kosikowski, *Konstytucyjna regulacja zasad ustroju gospodarczego*, w: A. Łopatka (red.), *Ku konstytucji społeczeństwa obywatelskiego*, Warszawa 1995, s. 62 i nast.

⁶⁷ T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 16–17.

⁶⁸ Zob. s. 74 poniżej i wskazane tam odwołanie.

bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców (przejęcie kontroli), (iii) utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (utworzenie joint venture), (iv) nabycie przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeśli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10 000 000 euro⁶⁹.

Nie należy zgodzić się z poglądem przedstawionym w doktrynie, że czynnikiem kwalifikującym daną operację gospodarczą jako koncentrację w prawie polskim jest zmiana kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami bez względu na to, czy dokonana jest ona na skutek przejęcia kontroli czy też połączenia⁷⁰. Trudno sobie wyobrazić, że w przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dochodzi do *zmiany kontroli nad przedsiębiorcą*. W praktyce gospodarczej, w większości przypadków, do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dochodzi przez utworzenie zupełnie nowej spółki kapitałowej (nowego przedsiębiorcy w rozumieniu uokik). Może do tego dojść także w wyniku przystąpienia przez przedsiębiorcę do już istniejącej tzw. spółki półkowej (*shelf-company*), która dotychczas nie prowadziła działalności gospodarczej. W tym drugim przypadku do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dochodzi także, jeśli przystępujący do spółki nie przejmuje nad nią kontroli lub nawet (w wyniku przystąpienia) nie dochodzi do ukształtowania wspólnej kontroli⁷¹. Jest tak, ponieważ polskie prawo ochrony konkurencji nie konstytuuje przesłanki wspólnej kontroli dla utworzenia wspólnego przedsiębiorcy⁷². Do zmiany kontroli nad przedsiębiorcą nie dojdzie także, w przypadku koncentracji polegającej na nabyciu przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy.

Trudno jest jednocześnie znaleźć wspólny aspekt prawny pozwalający na stworzenie definicji legalnej, obejmującej wszystkie ustawowo zdefiniowane formy koncentracji⁷³. W mojej ocenie za wspólną cechę dla wszystkich form

⁶⁹ Art. 13 ust. 2 uokik.

⁷⁰ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2012, s. 28.

⁷¹ Na temat wspólnej kontroli zob: M. Dyl, R. Stankiewicz, *Przejęcie wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą jako przesłanka zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, Przegląd Prawa Handlowego, Tom 3, (2013), s. 8–17.

⁷² Więcej na ten temat zob.: P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2015.

⁷³ M. Wierzbowski, wskazuje w tym zakresie dość szeroką definicję pozaustawową: *wszelkie sposoby aktywności przedsiębiorców zmierzające do przyrostu zewnętrznego, prowadzące do*

koncentracji należy uznać czynnik ekonomiczny. Jest nim doprowadzanie, przez zamierzone połączenie dotychczas niezależnych od siebie składników majątku (generującego odpowiedniej wielkości obrót), do zwiększenia lub powstania siły ekonomicznej podmiotu ukształtowanego w wyniku przeprowadzenia procesu gospodarczego.

Rozporządzenie 139/2004, regulujące przesłanki obligatoryjnego zgłoszenia operacji gospodarczych Komisji, wskazuje na dwie główne formy koncentracji: połączenie (*merger*) (art. 3 pkt 1 a), przejęcie kontroli (*acquisition of control*), w tym wspólnej kontroli (*joint control*) (art. 3 pkt 1 b). Koncentracją w rozumieniu prawa unijnego jest także utworzenie wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji (*full function joint venture*) (art. 3 pkt 4). Komisja rozważa też wprowadzenie w niektórych przypadkach nadzoru nad przejmowaniem mniejszościowych udziałów kapitałowych przedsiębiorców⁷⁴.

Zgodnie z niemieckim prawem ochrony konkurencji, koncentracje polegają natomiast na: (i) przejęciu kontroli, (ii) nabyciu całości lub części aktywów innego przedsiębiorcy, (iii) nabyciu pakietu mniejszościowego spełniającego ustawowo określone kryteria, (iv) przeprowadzeniu innej operacji umożliwiającej bezpośredni lub pośredni wpływ na innego przedsiębiorcę⁷⁵.

W USA jako koncentracje kwalifikuje się takie operacje gospodarcze, których przedmiotem są: *voting securities, non-corporate interests* oraz *assets*, według definicji wskazanych we właściwych aktach prawnych⁷⁶. Z kolei we Francji koncentracjami są operacje gospodarcze polegające na: (i) połączeniu dwóch niezależnych przedsiębiorców, (ii) nabyciu kontroli nad całym lub częścią przedsiębiorcy, (iii) utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji⁷⁷.

Spełnienie drugiej z przesłanek jurysdykcyjnych, tj. **przesłanki obrotu**, oznacza przekroczenie przez określone podmioty gospodarcze wyznaczo-

bardziej lub mniej trwałych zmian strukturalnych, podkreślając zróżnicowany charakter owych procesów oraz to, że u ich podstaw leżą efekty synergetyczne, konieczność restrukturyzacji pozwalającej na ograniczenie kosztów produkcji lub dystrybucji, czy też wymóg sprostania konkurencji na rynku, zob. w: M. Kępiński, Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego tom 15, C.H. Beck, Warszawa s. 1030.

⁷⁴ Zob.: D. Aziewicz, *Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejską w planowanej reformie rozporządzenia 139/2004*, iKAR 9(3) 2014.

⁷⁵ Zob.: art. 37 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066).

⁷⁶ Zob.: Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a.

⁷⁷ Autorite de la concurrence, *Merger Control Guidelines*, wersja angielska, pkt 18. Dostępne na: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ld_mergers_final.pdf.

nych przez każde prawo antymonopolowe progów obrotów⁷⁸, kwalifikujących koncentrację do objęcia obowiązkiem zgłoszenia zamiaru jej dokonania organowi antymonopolowemu. Należałoby uznać, że przesłanka obrotu pełni m.in. w polskim systemie prawnym rolę pozwalającą na uchwycenie obecności interesu publicznego, będącego przesłanką interwencji państwa w wolność działalności gospodarczej⁷⁹.

Warto zauważyć, że prawo unijne konstytuuje także przesłankę „trwałości” dla kwalifikacji operacji gospodarczej jako koncentracji objętej wymogiem notyfikacji⁸⁰. Przesłanki takiej nie zawiera polskie prawo ochrony konkurencji, co zostało niejednokrotnie podniesione w rodzimej doktrynie prawa antymonopolowego, jak i orzecznictwie⁸¹. Z drugiej strony niektóre (choć z pewnością nie wszystkie) rodzaje operacji gospodarczych, którym brakuje cechy „trwałości”, wskazane zostały w ustawowym wyłączeniu spod obowiązku notyfikacji (art. 14 pkt 2 i 3 uokik). Wyłączenia te wynikają jednak ze specyfiki rynków, na których dochodzi do przeprowadzenia operacji gospodarczej i dążenia do ułatwienia płynności prowadzonej na nich (specyficznej) działalności ekonomicznej. W mojej ocenie należy dążyć do implementacji przesłanki „trwałości” koncentracji do prawa polskiego. Podstawy takiej tezy należy poszukiwać w zasadności wydania zakazu dokonania koncentracji. Organ ochrony konkurencji nie wydaje bowiem decyzji zakazujących dokonania koncentracji, jeśli te trwale nie wpływają na konkurencję (a przez to na dobrobyt konsumentów) w sposób negatywny. Świadczy o tym chociażby uwzględnianie w teście, za pomocą którego oceniane są skutki koncentracji, przesłanki możliwości nowych wejść na rynek, wpływającej na brak możliwości utrzymania siły rynkowej po dokonaniu koncentracji⁸². Taką samą tezę można postawić analizując oceny koncentracji przedsiębiorców, do których dochodzi na rynkach właściwych znajdujących się we wczesnej

⁷⁸ Zasady obliczania obrotu na potrzeby postępowań w sprawach koncentracji zostały określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 roku w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz.U. z 15 stycznia 2015 rok. Poz 79).

⁷⁹ T. Skoczny, D. Miąsik, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 27.

⁸⁰ Pkt 20 preambuły Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, *op. cit.*

⁸¹ Zob.: A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa UOKiK z 2007 r.: Krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, PUG 2007, Nr 5., s. 17; Opinia Grupy Roboczej ds. nowelizacji uokik z 2007 r. przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS UW) *Proponowane przez UOKiK i inne pożądane zmiany w ustawie o ochronie konkurencji z 2007 r.*, czerwiec 2012 r., s. 15; zob. również: wyr. SA w Warszawie z 13.10.2011 r., VI ACa 381/11, niepubl.

⁸² Zob. pkt. 3.4 niniejszej książki.

fazie rozwoju lub posiadających krótki cykl innowacyjności⁸³. Nie ma więc w mojej ocenie podstawy do kwalifikacji operacji gospodarczych nieposiadających cechy „trwałości” jako objętych obowiązkiem nadzoru państwa, gdyż te w praktyce nie mogą zostać zakazane w świetle testu zawartego w przepisie art. 20 ust. 1 uokik.

Dodatkowo warto zaznaczyć, że niektóre z ustaw antymonopolowych stosują przesłankę wysokich udziałów rynkowych dla zakwalifikowania koncentracji do obligatoryjnej oceny przez organy ochrony konkurencji⁸⁴. W świetle podstaw stosowania ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji, jak i głównego celu prawa ochrony konkurencji, jest to niewątpliwie przesłanka godna uwagi⁸⁵. Udziały rynkowe wstępnie wskazują bowiem na zagrożenie wystąpienia skutków antykonkurencyjnych koncentracji (posiadania siły rynkowej)⁸⁶. Z punktu widzenia dobrobytu konsumentów nie ma natomiast znaczenia, czy zdolność do istotnego ograniczenia konkurencji posiada przedsiębiorca generujący duży czy mały obrót pieniężny. Niemniej jednak ma to znaczenie z punktu widzenia przesłanki interesu publicznego, pełniącej w prawie polskim rolę kryterium interwencji państwa w procesy gospodarcze. Jego odzwierciedleniem w nadzorze nad koncentracjami są bowiem ustawowo określone progi obrotowe. Innymi słowy, ustawodawca musiałby przyjąć, że interwencja państwa w interesie publicznym jest uzasadniona nie tylko w przypadku przekroczenia ustalonych progów obrotowych, ale także w każdym przypadku zagrożenia powstania siły rynkowej. W świetle zagrożeń płynących z przeprowadzenia koncentracji horyzontalnych oraz powodów stosowania ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji, takie rozwiązanie można uznać za słuszne⁸⁷. Należy też zauważyć, że przedsiębiorcy już w obecnym stanie prawnym muszą mieć świadomość posiadania wysokiego udziału w rynku, chociażby w celu oceny działania potencjalnie niezgodnego z przepisem art. 9 uokik.

Będące przedmiotem prowadzonych w niniejszej pracy rozważań koncentracje horyzontalne (inaczej: koncentracje o skutku horyzontalnym)

⁸³ Zob. pkt 3.6. niniejszej publikacji.

⁸⁴ Przykładowo, zobacz: W. Podlasin, *Proceduralne aspekty nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców w Singapurze*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, nr 5(4) 2015; Czyni tak również ustawodawca hiszpański (wyznaczając, jako przesłankę zgłoszeniową przekroczenie przez konkurentów udziału 30% w rynku właściwym), zob. <https://www.cnmec.es/es-es/inicio.aspx>.

⁸⁵ Zob. pkt. 1.8. niniejszej książki.

⁸⁶ Zob. pkt 3.2. niniejszej książki.

⁸⁷ Również Komisja rozważa weryfikację przesłanek zgłoszeniowych: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

to, w odróżnieniu od innych typów koncentracji (wertykalnych⁸⁸ i konglomeratowych⁸⁹), koncentracje, których uczestnikami (przedsiębiorcami uczestniczącymi w koncentracji) są konkurenci. Za konkurentów uważa się przedsiębiorców oferujących (lub potencjalnie mogących zaoferować) produkty substytucyjne (wymienialne), na tym samym obszarze geograficznym, a więc na rynku właściwym w rozumieniu prawa ochrony konkurencji.

Wyłącznie na potrzeby niniejszej monografii i dla potrzeb porządkowych przyjmuję, niezależnie od terminologii stosowanej w różnych systemach prawnych, że **koncentracji dokonują przedsiębiorcy**. Rozumiem przez to zarówno osoby fizyczne, jak i prawne, ale też inne jednostki organizacyjne, niezależnie od porządku prawnego, który będzie analizowany we właściwym miejscu niniejszej pracy, mogące zostać uznane za adresata norm prawa ochrony konkurencji⁹⁰.

1.4. Istotne ograniczenie konkurencji jako wyjątkowy przypadek skutków rynkowych koncentracji – potwierdzenie statystyczne

Postępowania w sprawach zamierzonych koncentracji przedsiębiorców tylko wyjątkowo prowadzą do uznania operacji gospodarczych za szkodliwe dla konkurencji, a w rezultacie dla konsumentów⁹¹.

Analiza decyzji wydawanych przez Komisję pokazuje, że w latach 1990–2015, podczas badania blisko 6 tys. spraw, aż 5131 zamierzonych koncentracji zostało uznanych za zgodne z regułami konkurencji już w pierwszej fazie postępowania. W 247 przypadkach Komisja wydała w tej fazie tzw. zgody warunkowe. Natomiast po wszczęciu drugiej fazy postępowania 56 zamierzonych koncentracji uzyskało bezwarunkową aprobatę Komisji. W 111 przypadkach Komisja wydała

⁸⁸ Koncentracja wertykalnym to koncentracje, których dokonują przedsiębiorcy znajdujący się na różnych poziomach rynku, np. producent i dystrybutor.

⁸⁹ Koncentracje konglomeratowe polegają na połączeniu przedsiębiorców, których relacje rynkowe nie mają charakteru wertykalnego ani horyzontalnego, jednak ze względu na produkcję komplementarnych towarów lub zakupywanych przez tę samą grupę klientów do tego samego użytku końcowego mogące wyrzucić skutki antykonkurencyjne.

⁹⁰ Na temat pojęcia „przedsiębiorca” w polskim prawie ochrony konkurencji zobacz: G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2009; por. też: M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 11.

⁹¹ Przewagę tzw. zgód bezwarunkowych na dokonanie koncentracji wydawanych przez organy ochrony konkurencji zauważa w swoich badaniach T. Skoczny, zob. T. Skoczny, *Zgody szczególnie...*, s. 34.

zgodę na dokonanie koncentracji pod warunkiem zastosowania przez uczestników koncentracji środków zaradczych. Jedynie w 24 przypadkach zakazała dokonania koncentracji⁹². Podobne statystyki podaje brytyjski organ ochrony konkurencji. W latach 2004–2015 rocznie oceniał on od 65 do 210 zgłoszeń zamierzonych koncentracji, wydając w tym okresie jedynie 9 decyzji zakazujących dokonania koncentracji. W 27 przypadkach zastosował środki zaradcze⁹³. Prezes UOKiK w latach 2000–2015, wydając 2776 decyzji administracyjnych, zakazał dokonania jedynie 5 koncentracji⁹⁴.

Organy ochrony konkurencji w USA zmierzyły się natomiast jedynie w roku 2010 z 1166 zgłoszeniami zamiarów koncentracji przedsiębiorców, z czego tylko 46 zostało skierowanych do drugiej fazy postępowania (*second request*), do której kierowane są koncentracje generujące potencjalne skutki antykonkurencyjne⁹⁵.

Biorąc pod uwagę powyższe dane ważne jest, by tak minimalna liczba koncentracji o skutku negatywnym dla konkurencji, była skutecznie identyfikowana. Zwiększy to efektywność systemu nadzoru państwa nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców.

1.5. Główny cel prawa ochrony konkurencji

F. Hayek twierdził, że *wyższość konkurencji wynika nie tylko stąd, że jest ona najskuteczniejszą ze znanych metod realizacji własnych zamierzeń, ale także, a może nawet bardziej, z tego, że jest jedyną metodą, dzięki której nasze działania mogą się do siebie wzajemnie dostosowywać, bez przymusu ze strony władzy i bez jej arbitralnej interwencji*⁹⁶.

Skuteczną (efektywną) konkurencję uznaje się za stan pożądany z punktu widzenia wolnego rynku⁹⁷. Konkurencja w danym sektorze zawsze działa w kierunku obniżenia stopy zysku, aż do dolnej granicy tego wskaźnika, czyli stopy uzyskiwanej w sektorze doskonale konkurencyjnym w rozu-

⁹² Źródło: <http://ec.europa.eu/competition/>.

⁹³ Źródło: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/432364/Web_stats_-_31_May_15.pdf.

⁹⁴ Źródło: www.uokik.gov.pl.

⁹⁵ D. Sokol, J.A. Fishikin, *Response Antitrust Merger Efficiencies in the Shadow of the Law*, Vanderbilt Law Review 2011, vol. 64, University of Florida Legal Studies Research Paper No. 2011-12, s. 48.

⁹⁶ F. von Hayek, *Droga do zniewolenia*, Wyd. Arcana, 1998, s. 27.

⁹⁷ Zob. przykładowo: B. Banaszak, *Konstytucja RP*, Legalis: „Jednym z najważniejszych gwarantów wolności gospodarczej jest wolna konkurencja”.

mieniu ekonomii⁹⁸. Jednocześnie w systemach państw stosujących model gospodarki wolnorynkowej nie chodzi o ochronę mechanizmu konkurencji o centralnie rozdzielane zasoby czy też konkurencji wśród nabywców, ale o ochronę konkurencji wśród zbywców. Konkurencja wśród zbywców występuje, gdy istnieją łącznie: (i) popyt⁹⁹ (swobodny przepływ pieniądza między ofertami dostawców), (ii) konkurencyjność dostawców (zdolność i skłonność do działania przyciągającego popyt) oraz (iii) skutki motywacyjne dla dostawców wynikające z przesunięcia się popytu (tzw. wyrok rynku)¹⁰⁰. Sama konkurencja może być uważana za proces dynamicznej rywalizacji o odkrycie przez zbywców informacji na temat pragnień konsumentów¹⁰¹. Taki energiczny proces rywalizacji jest niekiedy uznawany za siłę napędową (*lifeblood*) skutecznie działającego wolnego rynku¹⁰².

Zachowanie energicznej konkurencji¹⁰³ nie jest jednak celem samym w sobie¹⁰⁴. Co do zasady energiczna konkurencja (jej utrzymanie) służy bowiem głównemu celowi prawa ochrony konkurencji jakim jest ochrona dobrobytu konsumentów¹⁰⁵.

Cele (aksjologia) polskiego ustawodawstwa antymonopolowego określone zostały w art. 1 ust. 1 uokik. Są nimi: ochrona i rozwój konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Badając politykę Prezesa UOKiK, odnajduję

⁹⁸ M.E. Porter, *Strategia konkurencyjna, metody analizy sektorów i konkurentów*, przeł. Andrzej Ehrlich, Wydawnictwo MT Biznes, Warszawa 2006, s. 23.

⁹⁹ W świetle nauki ekonomii popyt to ilość dobra (produktu/usługi) jaką nabywcy (konsumenty/klienci) nabeżdą przy różnych poziomach ceny rynkowej danego produktu albo usługi, (zob.: Agnieszka Kwarciańska w: *Mikroekonomia*, pojęcia, przedmiot, ewolucja, red. Naukowa G. Wolska, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2014, s. 62).

¹⁰⁰ L. Balcerowicz, *Konkurencja – wynalazek Zachodu*, w: *Ochrona Konkurencji i Konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (Studia prawno-ekonomiczne)*, C. Banasiński (red.), Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów 2005, s. 67.

¹⁰¹ P. Behrens, *The ordoliberal concept of „abuse” of dominant position and its impact on article 102 TFEU*, s. 12, dostępny na: http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%201/Peter_Behrens_The_ordoliberal_concept_of_abuse.pdf; F. von Hayek, *The Meaning of Competition, reproduced*, w: *Individualism and Economic Order*, 1963, s. 92.

¹⁰² Zob. przykładowo Department of Trade and Industry, *Productivity and enterprise: A World Wide Competition Regime*, CM 5233.

¹⁰³ W prawie unijnym nazywanej też „skuteczną” konkurencją (*effective competition*) pojawia się np. w orzeczeniu Sądu w sprawie 2/76, *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, para. 65; orzeczeniu Sądu w sprawie 85/76, z 13.02.1979, w sprawie nr 85/79, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, *op. cit.* para. 38.

¹⁰⁴ R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji...*, s. 25.

¹⁰⁵ Zob. przykładowo: S. Bishop, M. Walker, *The economics of EC Competition law*, Sweet & Maxwell 2002, 2 wydanie, s. 16.

stwierdzenie, że głównym i nadrzędnym celem polityki konkurencji jest zapewnienie warunków do funkcjonowania konkurencji w gospodarce wszędzie tam, gdzie może ona wpływać na zwiększenie efektywności gospodarowania i innowacyjności, a co za tym idzie dobrobytu konsumentów¹⁰⁶. W jednej z decyzji Prezes UOKiK stwierdził wprost, że ostatecznym celem ochrony konkurencji, o którym mowa w art. 1 uokik, jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*)¹⁰⁷. Organ rozumie dobrobyt konsumentów jako końcowe korzyści wynikające z konkurencji, takie jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku¹⁰⁸. Nie utożsamia więc z nim jedynie ceny oferowanych produktów. Podobnie artykułuje cele ustawodawstwa antymonopolowego Sąd Najwyższy, stając na stanowisku, że: *w tym ujęciu konkurencja jest procesem rywalizacji, który podlega ochronie wyłącznie w zakresie w jakim wiąże się z wywołaniem określonych, pozytywnych dla konsumentów skutków*¹⁰⁹. Sąd Najwyższy wskazuje również, że: *tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane...*¹¹⁰. Przyjęcie ochrony dobrobytu konsumentów za główny cel prawa ochrony konkurencji jest poparte rozważaniami doktryny rodzimego prawa antymonopolowego. Przykładowo D. Miąsik i T. Skoczny uważają, że: *Także w naszym przekonaniu, ultymatywnym celem ochrony konkurencji (podstawowym – materialnoprawnym-interesem publicznym tej ochrony) jest zaspokojenie dobrobytu konsumentów poprzez przeciwdziałanie strategiom przedsiębiorców, które nie są oparte na efektywności ekonomicznej (alokacyjnej, produkcyjnej, ekonomicznej)*¹¹¹.

Przyjmuję zatem poprawność tezy, że głównym (nadrzędnym) celem polskiego prawa antymonopolowego jest ochrona dobrobytu konsumentów (*consumare welfare*).

Zadaniem organu ochrony konkurencji, w ramach stosowania wszystkich trzech filarów prawa ochrony konkurencji, jest więc ingerowanie w ściśle określone zachowania rynkowe w celu ochrony dobrobytu konsumentów

¹⁰⁶ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Polityka konkurencji na lata 2014–2018*, s. 18.

¹⁰⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 nr DOK-3/2010.

¹⁰⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 nr RPZ-39/2011 oraz decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2011 Nr DOK-10/2011, zgodnie z którą istotą konkurencji jest: *współzawodnictwo niezależnych podmiotów w celu uzyskania przewagi pozwalającej na osiągnięcie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług oraz maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów na możliwie najkorzystniejszych warunkach*.

¹⁰⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z 19.10.2006, III SK 15/06; OSNP 2007, Nr 21–22, poz. 337.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ D. Miąsik, T. Skoczny, w: T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 53.

przed zachowaniami przedsiębiorców ograniczającymi konkurencję. Nie jest nim natomiast regulowanie wszelkich stosunków gospodarczych w danym obszarze czy struktury rynku jako takiej. Mamy tu zatem do czynienia z ochroną zasad gry rynkowej (*rules of the game*), sprawowania funkcji moderatora procesów pożądaných w gospodarce, łagodzenia skutków wynikających z obiektywnych praw ekonomicznych, wykonywaną przez interwencję mającą na celu ich korektę w sposób racjonalny, w imię „subiektywizmu społecznego”¹¹². W przypadku prawa ochrony konkurencji za miernik subiektywizmu społecznego należy uznać dobrobyt konsumentów.

Prewencyjny nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców bez wątpienia wyraża się wyższym poziomem oddziaływania państwa na prowadzenie działalności gospodarczej niż nadzór nad w kolektywnymi czy jednostronnymi praktykami rynkowymi. Nadzór nad koncentracjami dotyczy bowiem kształtu strukturalnego przedsiębiorców a nie, przyjętych przez nich strategii rynkowych¹¹³. U podstaw jego wprowadzenia leży jednak wola ograniczenia sytuacji, w których zasady gry rynkowej będą przekraczane – w ściśle określony sposób i ze względu na ściśle określone uwarunkowania danego rynku właściwego¹¹⁴. Dochodzi więc tutaj do pośredniej (zapobiegawczej) ochrony zasad gry na wolnym rynku, w celu ochrony dobrobytu konsumentów.

Również unijne prawo ochrony konkurencji wydaje się w ostatnim czasie skupiać nad ochroną dobrobytu konsumentów, jako głównym celem sprawowanego nadzoru nad rynkiem w zakresie odbywającej się na nim skutecznej konkurencji. Cel ten został doprecyzowany w szczególności po krytyce sądowniczej, jaka spadła na Komisję na początku XXI wieku. Dotyczyło to wyroków SPI z 2002 roku w sprawach *Tetra Laval*¹¹⁵ oraz *Airtours*¹¹⁶. O kluczowym miejscu dobrobytu konsumentów świadczą m.in. słowa byłej

¹¹² T. Kocowski, *Reglamentacja...*, *op. cit.*, s. 98.; A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001, s. 108.

¹¹³ Warto też zwrócić uwagę na fakt, że w przypadku zastosowania wobec koncentracji nadzoru represyjnego Prezes UOKiK w ramach uznania administracyjnego może w drodze decyzji dokonać podziału przedsiębiorcy, tym przypadku przysługują mu kompetencje organów spółek uczestniczących w podziale (zob. art. 99 uokik).

¹¹⁴ Zob. pkt. 1.6. książki.

¹¹⁵ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 25.10.2002, w sprawie nr T-5/02 *Tetra Laval v. Commission*, dostępne na: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deeb31f16654624e62b50dd5a6c6d5ff98.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObN0Pe0?text=&docid=47829&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=110019>.

¹¹⁶ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 6.06.2002, w sprawie nr T-342/99, w sprawie *Airtours v. Commission*, dostępne na: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47383&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=110177>.

Komisarz ds. konkurencji N. Kroes z roku 2005¹¹⁷, jak i twierdzenie Komisji: *skuteczna konkurencja daje konsumentom korzyści, np. niskie ceny, wysokie jakości produkty, duży wybór produktów i usług oraz innowacje*¹¹⁸. Nie oznacza to jednak podejmowania interwencji tylko w przypadku bezpośredniego zagrożenia dla konsumentów. R. Whish zauważa bowiem, że dobrobyt konsumentów może zostać pomniejszony także pośrednio przez działania szkodzące strukturze rynku¹¹⁹. Najnowsza praktyka decyzyjna Komisji zajmuje jednocześnie stanowisko, że: *przez kontrolę koncentracji Komisja zapobiega koncentracjom, które umożliwiłyby pozbawienie konsumentów korzyści przynoszonych przez efektywną konkurencję przez znaczne zwiększenie siły rynkowej przedsiębiorców*¹²⁰. Komisja sytuuje więc siłę rynkową w centrum zagrożeń dobrobytu konsumentów.

Faktem jest co prawda, że na stosowanie unijnego prawa ochrony konkurencji przez lata wpływały różnego rodzaju polityki kształtujące podejście do niektórych jego aspektów. Pośród nich znajdowały się również te związane z konsolidacją rynku wewnętrznego. Wskazuje się, że niektóre z tych polityk mogą stać w sprzeczności z dzisiejszym postrzeganiem głównego celu unijnego prawa antymonopolowego¹²¹.

Na ochronę dobrobytu konsumentów wskazuje także francuskie prawo antymonopolowe¹²². Niemiecki Federalny Urząd Kartelowy wskazuje zaś, że celem jego działalności jest ochrona skutecznej konkurencji, która jednocześnie służy konsumentom¹²³. Prawo ochrony konkurencji Wielkiej Brytanii wskazuje z kolei, że koncentracja, która powoduje istotne ograniczenie konkurencji prowadzi do negatywnych skutków dla konsumentów¹²⁴.

Mogłoby się wydawać, że najdokładniejsze zdefiniowanie celów stawianych przed organami ochrony konkurencji zostało poczynione w prawie antytrustowym USA. Jak na ironię jednak cele tego ustawodawstwa nie

¹¹⁷ Zob. przemówienie Neelie Kroes z 15.09.2005, SPEECH/05/512, dostępne na www.ec.europa.eu/competition.

¹¹⁸ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw* (2004/C 31/03), pkt. 8.

¹¹⁹ R. Whish D. Bailey, *Competition Law*, OXFORD University Press, 7 wydanie, s. 19.

¹²⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 21.09.2012, w sprawie nr COMP/M.6458, *Universal Music Group/ EMI Music*, pkt 271. dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6458_20120921_20600_3188150_EN.pdf.

¹²¹ R. Whish D. Bailey, *op. cit.*, s. 19–25.

¹²² Autorite de la concurrence, *Merger Control Guidelines*, wersja angielska, pkt 1–2. Dostępne na: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_mergers_final.pdf.

¹²³ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 6.

¹²⁴ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 19, pkt 4.1.3.

zostały właściwie do dziś jednoznacznie określone. Jest tak głównie z powodu posłużenia się błędną definicją dobrobytu konsumentów przez R. Borka. Problem bierze się z tego, że to, co R. Bork w dziele *Antitrust Paradox a Policy at War with Itself* nazwał dobrobytem konsumentów (*consumer welfare*), jest tak naprawdę definicją dobrobytu ogólnego (*total welfare*) w rozumieniu efektywności alokacyjnej (*allocative efficiency*)¹²⁵. Doktryna prawa antymonopolowego USA wskazuje nierzadko, że Sąd Najwyższy USA nie wyartykułował jasno celów amerykańskiego prawa antytrustowego¹²⁶. W związku z tym, kiedy judykatura posługuje się terminem „dobrobyt konsumentów”, nie zawsze wiadomo, czy odwołuje się do pełnej definicji określonej przez R. Borka. Przeanalizowany na potrzeby prowadzonego badania materiał pokazuje, że Sąd Najwyższy USA w 18 orzeczeniach bezpośrednio powołał się na pracę R. Borka *Antitrust Paradox a policy at war with itself*, odnosząc się do celów stawianych przed prawem ochrony konkurencji w USA. W mojej ocenie, należy zgodzić się ze wskazaniami najnowszej literatury traktującej o celach prawa antymonopolowego USA, że to raczej całkowity dobrobyt (*total welfare*) jest celem amerykańskiego prawa ochrony konkurencji (szeroko rozumianego *antitrust law*)¹²⁷.

Formułując definicję dobrobytu konsumentów, OECD odwołuje się do indywidualnych korzyści pochodzących z konsumpcji dóbr i usług. W teorii, indywidualny dobrobyt jest zdefiniowany jako indywidualna ocena konsumenta, dotycząca satysfakcji, biorąc pod uwagę cenę oraz dochód. Miara dobrobytu konsumentów wymaga więc informacji na temat preferencji indywidualnych¹²⁸. Kluczową definicją dla pojęcia dobrobytu konsumentów, w szczególności w zakresie mikroekonomii, jest także nadwyżka (renta) konsumentów (*consumer surplus*). Jest to miara dobrobytu konsumentów zdefiniowana jako przewaga społecznej oceny produktu nad ceną, która została za niego zapłacona¹²⁹.

¹²⁵ R.H. Bork, *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*, Nowy Jork 1978, s. 50.; R.D. Blair, D. Sokol, *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, *Antitrust Law Journal*, vol. 78 (2012), dostępne na: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/292>.

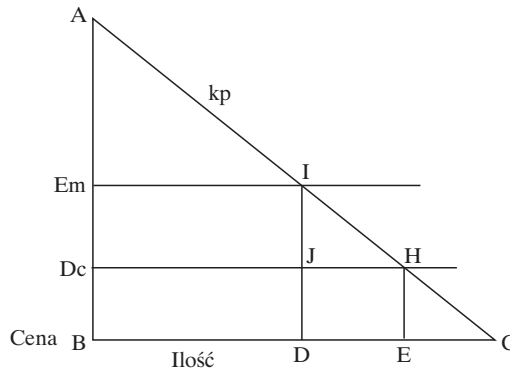
¹²⁶ R.D. Blair, D. Sokol, *op. cit.*

¹²⁷ *Ibidem*; inaczej: H. Hovenkamp, *Implementing Antitrust's Welfare Goals*, *U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12–39*.

¹²⁸ Zob.: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3177>.

¹²⁹ Zob.: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3176>.

Rysunek 1.



Utratę dobrobytu konsumentów wskutek działania siły rynkowej przedsiębiorcy obrazuje Rysunek 1. W sytuacji istnienia konkurencji na rynku (efektywnej równowagi wielokonkurencyjnej) i ceny konkurencyjnej na poziomie D_c , dobrobyt konsumentów zakreślony jest w obszarze 'A-Dc-H'. Natomiast w wyniku podwyższenia ceny, np. w wyniku posiadania siły rynkowej, do poziomu E_m , dobrobyt konsumentów zmniejsza się przez ruch po krzywej popytu (kp)¹³⁰ do zakresu określonego w ramach trójkąta 'A-Em-I', ulegając pomniejszeniu o obszar 'Em-Dc-H-I'. O ile można zauważyć, że utracony obszar dobrobytu 'Em-Dc-J-I' zostaje przechwycony przez producentów dyktujących wyższą cenę produktu (a w konsekwencji np. do akcjonariuszy przedsiębiorców), to obszar oznaczony trójkątem 'I-J-H' jest utraconym kosztem społecznym, pochodzącym z niezdolności siły rynkowej do zmaksymalizowania dobrobytu konsumentów.

Na to, że ochrona konkurencji rynkowej przeznaczona jest zapobieganiu ograniczania dobrobytu konsumentów, wskazuje też M. Friedeman, który stwierdza, że: *konkurencja nie zapewni pełnej ochrony. Jednakże konkurencja stanowi najlepszą lub, co na jedno wychodzi, najmniej złą ochronę największej liczby ludzi, jaką dotąd wynaleziono*¹³¹.

¹³⁰ Krzywa popytu ilustruje zależność między ceną, a wielkością zapotrzebowania konsumentów (popytu) przy założeniu, że inne czynniki rynkowe są stałe (zob.: David Begg, Stanley Fischer, Rudiger Dornbusch, *Mikroekonomia*, Wydanie IV zmienione, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2007, s. 83).

¹³¹ M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, New York, s. 246.

1.6. Siła rynkowa a istotne ograniczenie konkurencji w wyniku dokonania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców

Wywodzące się z nauki ekonomii pojęcie siły rynkowej znajduje się w centralnym punkcie zainteresowania prawa ochrony konkurencji. W każdym z trzech filarów (sfer) prawa antymonopolowego wykorzystywanie siły rynkowej przez pojedynczego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców jest (co do zasady) główną sytuacją zagrażającą dobrobytowi konsumentów, której starają się przeciwstawić organy ochrony konkurencji.

Siła rynkowa może wstępnie kojarzyć się z dwoma stanami rynku, które należy od siebie odróżnić.

Pierwszym z nich jest **monopol**, którego zdefiniowania podjął się po raz pierwszy Arystoteles. Odwoływał się on do *wylączyłości* zobrazowanej jako (i) sytuacja posiadania *wszystkich pras do oliwek w Milecie i na Chios* przez Talesa z Miletu, prowadząca do wynajmowania ich *za cenę, jaką zechciał*, a także (ii) wykupu przez inną osobę *w hutach żelaznych wszelkich zapasów żelaza*, co doprowadziło do tego, że *sam jeden je sprzedawał z niewielką podwyżką ceny*¹³². Jest to więc sytuacja, w której po stronie podażowej rynku znajduje się tylko jeden przedsiębiorca, napotykający opadającą krzywą popytu i będący w stanie samodzielnie dokonać wyboru punktu (na tej krzywej) oferowanej ceny lub ilości podaży¹³³. Przedsiębiorca ma w takiej sytuacji istotną władzę nad ceną rynkową¹³⁴. Należy zauważyć, że wskazuje się również, iż monopolista nie musi być zawsze niezależny od konsumentów¹³⁵.

Drugim stanem rynku jest istnienie **firmy dominującej** (*dominant firm*). Jest ona blisko związana z monopolem, lecz polega na tym, że na rynku istnieje jeden duży przedsiębiorca, również napotykający opadającą krzywą popytu, zdolny do dyktowania ceny. Jest on jednak otoczony przez mniejszych (skrajnych) przedsiębiorców (tzw. *fring firms*), często niezdolnych do

¹³² Arystoteles, *Polityka*, Edycja Komputerowa, s. 17. Dostępne na: http://katedra.uksw.edu.pl/biblioteka/arystoteles_polityka.pdf.

¹³³ Podaż odzwierciedla relację pomiędzy ilością dobra, jaką producenci są skłonni zaoferować do sprzedaży w określonym czasie, a ceną, przy założeniu, że pozostałe czynniki rynkowe są stałe (*ceteris paribus*) (zob.: Zofia Dach, *Mikroekonomia*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Krakowie, Kraków 2002, Wydanie II poprawione i uzupełnione, s. 57).

¹³⁴ Zobacz: OECD, *Glosary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, s. 59.

¹³⁵ U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, OXFORD University Press 2009, s. 17.

dyktowania własnych cen (tzw. *price takers*)¹³⁶. Firma dominująca musi często brać pod uwagę decyzje o cenach i poziomie produkcji innych graczy rynkowych. Często rynek, na którym istnieje firma dominująca, będzie posiadał strukturę asymetrycznego oligopolu¹³⁷.

Dodatkowo siła rynkowa może powstać także w przypadku innych stanów rynku, takich jak oligopol (w ujęciu kolektywnym) lub konkurencja monopolistyczna¹³⁸.

Głównym zagrożeniem płynącym z dokonania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców jest **utworzenie siły (władzy) rynkowej**. Jest tak dlatego, że może ona być wykorzystywana w celach szkodzących konsumentom.

W zakresie prawa ochrony konkurencji co do zasady panuje zgodność poglądów odnośnie do definicji siły rynkowej. Przeprowadzone badanie pozwala wstępnie określić siłę rynkową jako **zdolność do opłacalnego podniesienia cen lub do zachowań analogicznych (negatywnych dla konsumentów), np. obniżenia poziomu produkcji**¹³⁹.

Teoria ekonomii przyjmuje najczęściej, że siła rynkowa ujawnia się w zdolności przedsiębiorcy do ustalania cen powyżej długookresowych kosztów krańcowych¹⁴⁰. Wskazuje się na szczególne znaczenie możliwości ustalenia ceny powyżej kosztów produkcji dodatkowej jednostki¹⁴¹.

S. Bishop i M. Walker stoją na stanowisku, że siła rynkowa to zdolność przedsiębiorcy lub grupy przedsiębiorców do podniesienia cen przez ograniczenie produkcji powyżej poziomu, na którym cena pozostałaby w warunkach konkurencyjnych i czerpanie przychodów z takiego działania¹⁴². Definiują oni dodatkowo trzy elementy siły rynkowej:

- (i) korzystanie z niej prowadzi do obniżenia produkcji;
- (ii) wzrost cen musi prowadzić do wzrostu opłacalności;
- (iii) jest ona wykorzystywana relatywnie w odniesieniu do warunków panującej skutecznej konkurencji.

¹³⁶ *Ibidem*, s. 23.

¹³⁷ OECD, *Glosary of...*, s. 37.

¹³⁸ Zob.: E. Chamberlain, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Harvard University Press, 1933.

¹³⁹ Por. R.A. Posner, W.M. Landes, *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law Review, vol. 94 (1980); J. Vickers, *Market power in competition cases*, European Competition Journal 2006, vol. 2, iss. 3.

¹⁴⁰ Por. J. Church, R. Ware, *Industrial Organization. A Strategic Approach*, Boston 2000.

¹⁴¹ Por. L.M.B. Cabral, *Introduction to Industrial Organization*, Cambridge, Mass. 2000.

¹⁴² S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 44.

Analogiczną definicję – zdolność do podniesienia cen przez redukcję produkcji – podają T. Sullivan, H. Shelanski i H. Hovenkamp¹⁴³. W końcu M. Peeperkorn staje na stanowisku, że definicja konstruowana przez ekonomistów koncentruje się na zdolności (*power*) do podniesienia cen powyżej ich konkurencyjnego poziomu¹⁴⁴.

Według OECD siła rynkowa to posiadanie przez przedsiębiorcę (lub grupę przedsiębiorców) możliwości podniesienia i zachowania cen ponad poziomem konkurencyjnym¹⁴⁵. Komisja Europejska uważa natomiast szerzej, że *Poprzez »wzmocnioną siłę rynkową« rozumie się zdolność jednego lub więcej przedsiębiorstw do opłacalnego podnoszenia cen, zmniejszania produkcji, wyboru lub jakości produktów i usług, zmniejszenie innowacyjności lub wpływanie w inny sposób na parametry konkurencji*¹⁴⁶.

Precyzując, siła rynkowa polega na zdolności (ujawniająca się w kategoriach opłacalności) ingerowania (zmniejszenia) w dobrobyt konsumentów w różny sposób. Dla jej zobrazowania podaje się najczęściej niezależne i opłacalne podniesienie ceny oferowanego produktu.

Dla obliczania siły rynkowej przedsiębiorcy zasadniczo stosuje się tzw. Indeks Lerner'a:

$$L = (P - MC) / P$$

gdzie:

P – to cena rynkowa

MC – to koszt krańcowy

Z powyższego równania można wywieść m.in. następujące zależności:

- (i) w przypadku konkurencji doskonałej, gdzie przedsiębiorcy są tzw. *price takers*, Indeks Lerner'a wyniesie 0;
- (ii) przedsiębiorca niebędący w stanie dyktować ceny powyżej kosztów krańcowych nie posiada siły rynkowej;
- (iii) im większa różnica pomiędzy ceną a kosztami krańcowymi, tym większa jest siła rynkowa przedsiębiorcy.

Stworzone przez prawo ochrony konkurencji na potrzeby nadzoru nad koncentracjami pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” jest weryfikowane na podstawie stosowanych testów oceny skutków rynkowych zamierzonych koncentracji – z punktu widzenia powstania lub umocnienia siły rynkowej.

¹⁴³ E.T. Sullivan, H. Hovenkamp, H.A. Shelanski, *Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems*, LexisNexis 2009, 6 wydanie, s. 592.

¹⁴⁴ Zob.: M. Peeperkorn, w: *The Economics of Competition w The EC Law of Competition*, ed. Faull, Nickpay, 1999.

¹⁴⁵ OECD, *Glosary of...*, s. 57.

¹⁴⁶ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt. 8.

Przykładowo Komisja stwierdza, że: *Poprzez kontrolę połączeń Komisja zapobiega takim połączeniom, które mogłyby pozbawić klientów tych korzyści poprzez znaczne wzmocnienie siły rynkowej przedsiębiorstw*¹⁴⁷.

W przypadku **koncentracji przedsiębiorców do powstania siły rynkowej** nie dochodzi przez rozwój wewnętrzny przedsiębiorcy. Siła rynkowa powstaje w tym przypadku w wyniku skonsumowania procesu gospodarczego, tj. przez zewnętrzny rozwój przedsiębiorcy. Do powstania siły rynkowej w związku z rozwojem zewnętrznym w układzie horyzontalnym może dojść na dwa sposoby. Tymi sposobami są skutki antykonkurencyjne, które w swoich wytycznych zgodnie przedstawiają organy ochrony konkurencji, których praktyka i polityki zostały poddane badaniu¹⁴⁸. Powstanie tych skutków organy antymonopolowe weryfikują stosując **ekonomiczny test oceny skutków rynkowych koncentracji**.

Po pierwsze: każda koncentracja horyzontalna powoduje zanik konkurencji, która dotychczas odbywała się na rynku pomiędzy uczestnikami koncentracji. W pierwszej kolejności skutkuje więc obniżeniem stopnia (natężenia) konkurencji na rynku. W niektórych przypadkach, w rezultacie zaniku konkurencji odbywającej się dotychczas pomiędzy uczestnikami koncentracji, przedsiębiorca powstały w wyniku koncentracji może uzyskać możliwość podniesienia cen powyżej poziomu konkurencyjnego (lub innego zachowania antykonkurencyjnego), do czego nie był zdolny przed dokonaniem koncentracji¹⁴⁹. Jest to tzw. **skutek nieskoordynowany/jednostronny** (*non-coordinated, unilateral effect*)¹⁵⁰.

Skutek jednostronny wywodzi się z tendencji horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców do prowadzenia do wyższych cen z uwagi na fakt, że koncentracja wyeliminuje bezpośrednią (*direct*) konkurencję pomiędzy uczestnikami koncentracji, nawet jeśli inni przedsiębiorcy na rynku będą kontynuowali konkurowanie w sposób niezależny¹⁵¹.

¹⁴⁷ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt. 8.

¹⁴⁸ Przykładowo zob. Komisja Europejska, *Komunikat Komisji Europejskiej — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, tekst mający znaczenie dla EOG*, (2009/C 45/02), pkt. IV i nast.

¹⁴⁹ B. Starek III, S. Stockum, *What makes mergers anticompetitive?: “unilateral effects” analysis under the 1992 Merger Guidelines*, *Antitrust Law Journal* 1995, vol. 63, nr 3, s. 801–821.

¹⁵⁰ N. Levy, *European Merger Control Law: A Guide to The Merger Regulation*, Vol. 1, LexisNexis, 2013, para 11.01.11-2.

¹⁵¹ Zob.: C. Shapiro, *Mergers with Differentiated Products*, *Antitrust* 1996, vol. 10, s. 23. dostępne na: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/diversion.pdf>.

Skutek nieskoordynowany prowadzi więc do powstania przedsiębiorcy posiadającego siłę rynkową (*single firm market power*) i uzależniony jest głównie od natężenia „bezpośredniej” konkurencji, odbywającej się dotychczas (zlokalizowanej) pomiędzy uczestnikami koncentracji, eliminowanej w wyniku dokonania koncentracji. Skutek nieskoordynowany nie wpływa jednak na możliwość działań niekorzystnych dla konsumentów tylko ze strony nowo powstałego podmiotu. Pozostali gracze rynkowi mogą bowiem także np. podnieść swoje ceny w wyniku podniesienia ich przez dominującego przedsiębiorcę¹⁵².

Należy zauważyć, że wynikiem powstania skutku jednostronnego nie jest tylko i wyłącznie możliwość podniesienia cen. Może być nim także zmiana pozostałych parametrów konkurencji (parametrów niecenowych) w sposób niekorzystny dla konsumentów. Parametrami tymi mogą być chociażby: wielkość produkcji, poziom usług, zakres produktów, jakość produktu, pozycja geograficzna, innowacyjność¹⁵³.

Niejednokrotnie podejmuje się próbę wyróżnienia skutków nieskoordynowanych: (i) polegających na możliwości wykorzystywania siły rynkowej względem całego rynku (*single dominance*) oraz (ii) polegających na możliwości wykorzystywania siły rynkowej względem odpowiedniej grupy konsumentów. Ten drugi przypadek zachodzi, jeśli mamy do czynienia z rynkiem produktów zróżnicowanych.

Drugim ze skutków antykonkurencyjnych, do których może dojść w wyniku skonsumowania zamierzonej koncentracji horyzontalnej, jest tzw. **skutek skoordynowany (*coordinated effect*)**. Prowadzi on do zmiany charakteru konkurencji w ten sposób, że przedsiębiorcy stają się bardziej skłonni do wspólnego prowadzenia działań antykonkurencyjnych – siła rynkowa grupy przedsiębiorców (*colective dominance*)¹⁵⁴.

Skutki rynkowe koncentracji należy oceniać mając na uwadze rodzaje rynków właściwych, na których dokonywane są koncentracje. Dla prowadzonego badania wyróżniam **dwa najważniejsze rodzaje rynków**.

¹⁵² I. Kokkoris, H. Shelanski, *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, OXFORD 2014, s. 224.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Zob. bliżej: Kai-uwe Kuhn, *Closing Pandora's box? Joint dominance after the „Airtours” Judgement*, University of Michigan, John M. Olin Center for law and economics Paper #02-13. Czerwiec 2002; S.D. Gurrea, B.M. Owen, *Coordinated Interaction and Clayton §7 Enforcement*, Stanford Institute For Economic Policy Research, SIEPR Discussion Paper No. 02-26, Marzec 2003; J. Ordovery, *Coordinated Effects*, w: *Issues in Competition law and Policy*, s. 1359 (ABA Section of Antitrust Law 2008).

Pierwszym rodzajem rynku jest **rynek produktów zróżnicowanych**, a więc takich, które nie są swoimi idealnymi substytutami (*imperfect substitutes*), jako że prezentują inne cechy lub charakterystyki, które w sposób odmienny zachęcają różnych konsumentów do wyboru poszczególnych produktów. Na takim rynku, co do zasady, to nie cena, ale inne zmienne decydują o wyborze danego produktu przez konsumentów. Produkty nie konkurują zaś pomiędzy sobą jednorodnie.

Drugim jest rynek **produktów homogenicznych**, będących swoimi idealnymi substytutami. Na takim rynku cena jest jedyną zmienną interesującą konsumentów (zmienną decyzyjną). Przedsiębiorca dominujący na takim rynku ma przewagę kosztową nad resztą konkurentów i może ograniczyć swoją podaż, by osiągnąć wyższe ceny rynkowe oferowanego produktu¹⁵⁵. Zależy to od potencjału produkcyjnego.

Na potrzeby niniejszej monografii wyróżniam także dodatkowo tzw. **rynek przetargowy**. Specyfika jego działania wynika z faktu, że konkurencja w tym przypadku odbywa się nie „na rynku” ale „o rynek”, a więc o konkretne zamówienie.

Ocena przez organy antymonopolowe możliwości powstania pierwszego ze wspomnianych skutków antykonkurencyjnych (jednostronnych/nieskoordynowanych), tj. siły rynkowej przedsiębiorcy, na rynkach właściwych o wskazanej wyżej charakterystyce jest przedmiotem badania prowadzonego w niniejszej monografii.

1.7. Spójność zakresu ekonomicznych testów oceny skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców

Ustawodawcy nie przyjmują generalnego założenia bezprawności przeprowadzenia koncentracji, a jedynie bezprawność takich koncentracji, dla których wynik ekonomicznego testu skutków rynkowych koncentracji okaże się negatywny. W większości badanych porządków prawnych podstawowym testem oceny skutków koncentracji jest test mający za zadanie ocenić, czy koncentracja spowoduje istotne ograniczenie (obniżenie natężenia) konkurencji na rynku, w efekcie powstania siły rynkowej.

Tego rodzaju test odnajduję zarówno w art. 7 Ustawy Clayтона, według którego DOJ i FTC badają, czy skutkiem akwizycji (*aquisition*) nie będzie istotne osłabienie konkurencji (*substantially to lessen*) lub powstanie siły

¹⁵⁵ Orzeczenie United States District Court N.D. California, w sprawie *United States v. Oracle Corporation*, 331 F.Supp.2d 1098, s. 1115.

rynkowej w rozumieniu rynkowego dominanta (*tends to create monopoly*). Taki test ukształtowany został też w aktach prawnych regulujących notyfikowanie koncentracji organowi ochrony konkurencji w Wielkiej Brytanii¹⁵⁶. Od 2004 roku również prawo unijne, Rozporządzeniem 139/2004, nakazuje uznanie za zgodną ze wspólnym rynkiem koncentrację, która nie ograniczy istotnie (*significantly impede*) efektywnej/skutecznej (*effective*) konkurencji na wspólnym rynku lub jego znacznej części, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej (art. 8 ust 2 i 3). Wprowadzenie przez unijnego prawodawcę testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji było podyktowane odejściem od testu dominacji (*dominance test*). Spowodowane było to głównie wolą uchwycenia przez organ antymonopolowy nieskoordynowanych skutków koncentracji horyzontalnych na rynkach oligopolistycznych¹⁵⁷. W praktyce ma on jednak również duże znaczenie dla oceny skutków koncentracji na rynkach produktów zróżnicowanych. Również w Niemczech, po niezwykle długim (od roku 1973) okresie obowiązywania testu dominacji (*Dominanztest*), w 2013 roku wprowadzono test istotnego ograniczenia konkurencji (*Erwartung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs*)¹⁵⁸. Polski ustawodawca także stosuje test istotnego ograniczenia konkurencji zawarty w art. 18 i art. 20 ust. 1 uokik.

W mojej ocenie użyte przez amerykańskiego, brytyjskiego, niemieckiego, polskiego czy unijnego ustawodawcę słowa „ograniczy” (*impede*) i „osłabi” (*lessen*) są z punktu widzenia przeprowadzenia testu oceny skutków koncentracji tożsame. Testy polegają bowiem w rzeczywistości na badaniu, czy w wyniku dokonania zamierzonych koncentracji powstanie jednostronna (skutki jednostronne) lub kolektywna (skutki skoordynowane) siła rynkowa, a więc stan rynku (co do zasady), z punktu widzenia intensywności prowadzonej walki konkurencyjnej, niepożądany.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na dwa zagadnienia. Po pierwsze, treść aktów prawnych lub aktów typu *soft law* wskazuje, iż stosujące ekonomiczny test skutków rynkowych koncentracji, organy antymonopolowe badają wpływ zamierzonej koncentracji na stan konkurencji na odpowiednich rynkach, nie utożsamiając literalnie negatywnego stanu konkurencji ze strukturą rynku właściwego. Utożsamiają go natomiast z siłą rynkową.

¹⁵⁶ Enterprise Act 2002, chapter 40, part 3.

¹⁵⁷ Pkt 25 preambuły Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, *op. cit.*

¹⁵⁸ Z tego powodu większość spraw z zakresu jurysdykcji niemieckiego Federalnego Urzędu Kartelowego analizowanych w niniejszej pracy są to decyzje wydane na podstawie testu dominacji.

Po drugie, stosowanie podwójnego ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji¹⁵⁹ (a więc zawierającego elementy testu istotnego ograniczenia konkurencji i testu dominacji) wydaje się obecnie zbędne. Stwierdzenie istotnego ograniczenia konkurencji poprzez skutek jednostronny już samo w sobie zawiera orzeczenie o powstaniu siły rynkowej, z którą prawo ochrony konkurencji często utożsamia pojęcie pozycji dominującej¹⁶⁰. Mogłoby się wydawać, że różnica pomiędzy tymi dwoma pojęciami (przynajmniej na potrzeby oceny nadużywania pozycji dominującej), polega na zdolności do utrzymania siły rynkowej przez odpowiednio długi czas. Tak definiuje pozycję dominującą Komisja¹⁶¹. Taką różnicę dla odpowiednika pozycji dominującej (siła monopolistyczna – *monopoly power*) podkreślają również organy ochrony konkurencji w USA¹⁶². W mojej ocenie podobna sytuacja zachodzi jednak podczas weryfikacji siły rynkowej podczas stosowania nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. W świetle czynników weryfikujących możliwość posiadania siły rynkowej zawartych w ekonomicznym teście skutków rynkowych koncentracji znajdują się bowiem również takie, które wskazują na stwierdzenie antykonkurencyjnego skutku tylko wtedy, gdy prognozowane jest utrzymanie siły rynkowej przez odpowiednio długi czas. Takim czynnikiem w szczególności jest badanie możliwości nowych wejść na rynek¹⁶³. Należy dodatkowo zauważyć, że ekonomiczne testy skutków rynkowych koncentracji zawierają nie tylko przesłankę powstania siły rynkowej, ale także jej umocnienia.

¹⁵⁹ Zob. T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 25.

¹⁶⁰ Komisja Europejska, *Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów...*, pkt 10 stanowi, że: *Dominacja wiąże się z tym, że presja konkurencyjna nie jest wystarczająco skuteczna i w związku z tym dane przedsiębiorstwo posiada przez pewien czas istotną i trwałą władzę rynkową. Oznacza to, że na decyzje podejmowane przez takie przedsiębiorstwo nie mają wpływu ani działania, ani reakcje konkurentów, klientów, ani też konsumentów*”, a kolejny punkt 11 stanowi, że: *przedsiębiorstwo, które przez wystarczająco długi czas zachowuje zdolność do podwyższania w sposób opłacalny cen powyżej poziomu konkurencyjnego nie stoi w obliczu wystarczająco skutecznej presji konkurencyjnej, a wobec tego może być na ogół uznane za dominujące*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Zob.: U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly, Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act, s. 20. dost. na: <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/05/11/236681.pdf>.

¹⁶³ Zob. pkt 3.4 niniejszej książki.

1.8. Bardziej ekonomiczne podejście do prawa ochrony konkurencji?

Biorąc pod uwagę poglądy doktryny publicznego prawa gospodarczego, gospodarka ma charakter pierwotny wobec regulacji prawnej, a prawo tworzy się na bazie istniejących stosunków gospodarczych¹⁶⁴. Wskazuje się również na wtórną rolę prawa w sferze zarządzania gospodarką¹⁶⁵.

W sferze związku pomiędzy gospodarką a przepisami prawa ochrony konkurencji mamy do czynienia z sytuacją szczególną. Trudno jest uciec od stwierdzenia, że główny cel stawiany przez poszczególnych ustawodawców przed organami ochrony konkurencji jest oparty na teoriach stworzonych nie przez przedstawicieli nauki prawa, ale przez przedstawicieli nauk ekonomicznych. Wystarczy przytoczyć chociażby stworzoną przez Alfreda Marshalla tzw. ekonomię dobrobytu (*welfare economics*), zajmującą się oceną prawidłowego działania gospodarki¹⁶⁶. Można wskazać na teorię popytu i podaży czy też pojęcie równowagi rynkowej, a w końcu renty konsumenta. Nie ma właściwie sporu co do tego, że w dzisiejszym prawie antymonopolowym przeważa zastosowanie podejścia opartego na zasadach *industrial organization economics* (organizacji przemysłu). Podejście to przeważa nad trendami osiągnięcia celów politycznych (zwanych często populistycznymi) utworzonymi zarówno w Unii Europejskiej, jak i w USA we wcześniejszym okresie stosowania prawa ochrony konkurencji¹⁶⁷. Takie też stanowisko zostało przyjęte przez zdecydowaną większość organów antymonopolowych. Przytoczyć warto tutaj chociażby słowa M. Montiego, stwierdzającego, że prawo konkurencji jest jasno osadzone na gruncie mikroekonomicznym¹⁶⁸. Można wskazać też na stwierdzenie jednego z amerykańskich sądów, że prawo antymonopolowe jest kartą swobód wolnorynkowego przedsiębiorcy (*magna carta of free enterprise*)¹⁶⁹.

¹⁶⁴ M. Sieradzka, w: M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, Komentarz, komentarz do art. 2; zobacz również: R. Posner, *The Economic Analysis of Law*, Fourth edition, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Nowy Jork 1992, s. 23, wskazujący na ukształtowanie doktryn prawnych w świetle teorii ekonomicznych.

¹⁶⁵ C. Banasiński, *Miejsce i Rola Parametrów Ekonomicznych w Kierowaniu Gospodarką Państwową (Zagadnienia Administracyjnoprawne)*, Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych, s. 4, Warszawa 1986.

¹⁶⁶ Zob: A. Marshall, *Zasady ekonomiki*, t. 1, Wydawnictwo M. Arcta, Warszawa 1925.

¹⁶⁷ R.D. Atkinson, D.B Audretsch, *Economic Doctrines and Approach to Antitrust*, The Information Technology & Innovation Foundation, Styczeń 2011.

¹⁶⁸ M. Monti, *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Competition Policy Newsletter, nr 3, jesień 2004, s. 2.

¹⁶⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972).

Im bardziej państwo ingeruje w sferę działalności gospodarczej, tym bardziej stosunki i zjawiska ekonomiczne stają się przedmiotem regulacji prawnej¹⁷⁰. Ma to także wpływ na wybór tematyki, której poświęcona została niniejsza monografia. Jeśli bowiem prawo ochrony konkurencji obrało za swój główny cel ochronę zjawiska zdefiniowanego przez naukę ekonomii, a jednocześnie jego stosowanie usadowione zostało w centralnym punkcie skutecznego działania gospodarki wolnorynkowej, a nawet jest jedną z podstaw skutecznego i poprawnego działania takiego (przyjętego konstytucyjnie) systemu gospodarczego, to na potrzeby niniejszej pracy zastanowić należy się także nad aktualnym celem posługiwania się zwrotem *bardziej ekonomiczne podejście* (*more economic approach*) do prawa ochrony konkurencji.

Ratio legis jakiegokolwiek ustawodawstwa antymonopolowego będzie posiadać korzenie ekonomiczne. Prawo ochrony konkurencji będzie stosowane w ich świetle, jak i w środowisku gospodarczym (ekonomicznym). Większość problemów stawianych przed organem antymonopolowym lub sądem powinno więc być badanych zgodnie z teorią ekonomii, by uzyskać ich efektywne rozwiązanie. W zakresie nadzoru nad koncentracjami sprawiłoby to, że będzie on cechował się wysokim stopniem efektywności rozstrzygnięć¹⁷¹. Jest tak, ponieważ ekonomia jest podstawą, by przy obecnym stanie wiedzy w ogóle prawo antymonopolowe miało rację bytu w jakimkolwiek porządku prawnym. Tak też dzieje się nie tylko w zakresie poddanych badaniu w niniejszej pracy zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców. Jest tak na przykład w, ulegającym liberalnej ewolucji w wielu porządkach prawnych, podejściu do praktyki ustalania minimalnych cen odsprzedaży¹⁷². Zasadnym w mojej ocenie jest więc wskazać na nieodzowne mierzenie się z zagadnieniami wolnego rynku przez organy antymonopolowe przez przyłożenie do nich shumpeteriańskiego *chłodnego metalu teorii ekonomicznej*¹⁷³.

W świetle teorii kosztów błędu oraz określonego przez doktrynę i orzecznictwo głównego celu prawa ochrony konkurencji (dobrobytu konsumentów) nie powinno być zatem innego prawidłowego podejścia do oceny stosowa-

¹⁷⁰ C. Banasiński, *Miejsce i Rola Parametrów Ekonomicznych...*, s. 4.

¹⁷¹ Wykluczam spod tego zakresu szkodzące konkurencji praktyki uznawane za niedozwolone *per se*. Jak i zgody na dokonanie koncentracji wydane na podstawie art. 20 ust. 1 uokik.

¹⁷² Zob: D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, iKAR 3(2).

¹⁷³ Zob. J. Schumpeter, *Socjalizm, Kapitalizm, Demokracja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009, s. 21.

nia tej gałęzi prawa niż opartego na zasadach ekonomii¹⁷⁴. Brak takiego podejścia wiązałby się z oczywistym brakiem efektywnego stosowania tej gałęzi prawa. Wydane przez organ rozstrzygnięcie mogłoby bowiem w rzeczywistości nie odpowiadać głównemu celowi prawa ochrony konkurencji¹⁷⁵.

Chociaż główny cel prawa antymonopolowego USA może być odmienny (ale jest również celem o podłożu ekonomicznym), to trend ekonomizacji jest widoczny najbardziej właśnie w tym systemie prawnym. Z pewnością jest to spowodowane bardzo bogatym rozwojem tzw. ekonomii prawa ochrony konkurencji (*antitrust economics*) oraz bogatą historią stosowania w USA prawa antytrustowego – już od roku 1890. Posiłkując się danymi zebranymi na podstawie analizy wytycznych dotyczących oceny zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, wydanych przez organy ochrony konkurencji USA, należy zauważyć, że DOJ, wydając pierwsze takie wytyczne w roku 1968, aż w 53% słów odwoływał się do struktury rynku, a w 8% do bezpośrednich ekonomicznych skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców dla konkurencji. W najnowszych zaś wytycznych z 2010 roku stanowi to już odpowiednio 39% i 42%¹⁷⁶.

W mojej ocenie należy stwierdzić, że określenie bardziej ekonomicznego podejścia do prawa antymonopolowego, prowadzące na początku do obecnego już usadowienia dobrobytu konsumentów jako centralnego aspektu ochrony konkurencji, należy w chwili obecnej odczytywać jako wymóg prowadzenia (tam gdzie to ekonomicznie zasadne) dokładnej analizy skutków rynkowych dokonanego lub zamierzonego działania rynkowego poddanego nadzorowi organu antymonopolowego. Immanentnym składnikiem powyższego wymogu musi być wprowadzenie wyższych standardów dowodowych (polegających na prowadzeniu dokładnych analiz ekonomicznych) stawianych przed organami ochrony konkurencji czy sądami. Dokładniejsze analizy ekonomiczne mogą jasno i przekonująco wykazać skutki rynkowe analizowanych zachowań przedsiębiorców, prowadząc do zmniejszenia ilości błędnych decyzji. U podstaw stosowania prawa zawsze znajduje się bowiem wiedza przyjętych naukowo prawd¹⁷⁷. Dotyczy to w szczególności oceny zamierzo-

¹⁷⁴ W tym miejscu nie biorę pod uwagę tzw. zgód szczególnych, które w mojej ocenie wykraczają poza obszar stosowania prawa ochrony konkurencji w świetle jego głównego celu.

¹⁷⁵ Inaczej: W. Szpringer, *Regulacja konkurencji a konkurencja regulacyjne. Ujęcie instytucjonalne*, Warszawa 2010, s. 126; zobacz też polemikę z tym poglądem w: C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym...*, s. 552–554.

¹⁷⁶ M.G. Cowie and P.T. Denis, *The Fall of Structural Evidence in FTC and DOJ Merger Review*, the antitrust source, luty 2013, s. 8.

¹⁷⁷ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym...*, s. 554; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1998, s. 225.

nych koncentracji przedsiębiorców. Co zostanie wykazane w niniejszej pracy, w niektórych krajach ocena skutków koncentracji wymaga bardzo wysokiego standardu dowodowego. W innych zaś porządkach prawnych standard ten może okazać się zaniżony, a niektóre narzędzia oceny skutków zamierzonych koncentracji mogą być stosowane w sposób nie do końca przemyślany.

Wprowadzenie powszechnego stosowania dostępnych narzędzi analizy ekonomicznej do oceny skutków koncentracji mogłoby z pewnością pozwolić na skuteczne wdrożenie hasła bardziej ekonomicznego podejścia do prawa ochrony konkurencji, jako wymogu podwyższonego (a zatem i dokładniejszego) standardu dowodu niezbędnego dla wykazania, że skutki danego procesu gospodarczego będą dla konsumentów negatywne.

Podstawy do prowadzenia przez Prezesa UOKiK dokładnych analiz ekonomicznych należy poszukiwać nie tylko w zasadach ogólnych KPA (tj. art. 7 oraz art. 8 KPA) ale także w zasadzie proporcjonalności¹⁷⁸.

Jednocześnie stosowanie zwiększonego wymogu dowodowego po stronie organów antymonopolowych niesie za sobą doniosłe dla nich skutki. Mają one postać chociażby zwiększonego obciążenia zasobów tych organów. Z drugiej strony mogą prowadzić *de facto* do obniżenia pewności prawnej przedsiębiorców, co w rezultacie może powodować umniejszenie ogólnego dobrobytu. To nie ochrona ogólnego dobrobytu jest jednak celem stawianym przed prawem ochrony konkurencji. Istotność takiego założenia jest tym poważniejsza, jeśli uświadomimy sobie, że wprowadzenie podwyższonych standardów udowodnienia antykonkurencyjności koncentracji pozwoli na obniżenie intensywności błędów popełnianych przez organy ochrony konkurencji. Do takich błędów, w przypadku nadzoru nad koncentracjami, dochodzić może głównie w wyniku niewystarczającego oparcia się w rozstrzygnięciach na analizie rzeczywistych skutków rynkowych koncentracji. W końcu **główny cel prawa ochrony konkurencji nie może okazać się kosztem alternatywnym w prowadzonym postępowaniu**. Nie można jednak całkowicie pominąć kosztów zwiększenia obciążenia zasobów organu ochrony konkurencji. Nie pomijając założeń bardziej ekonomicznego podejścia, powinno się stworzyć określone wskazówki kiedy organ ochrony konkurencji (podczas oceny skutków koncentracji) może poprzestać na badaniu ograniczonego zakresu elementów ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji (nie przechodzić do prowadzenia skomplikowanej analizy). Można też wskazać, że zwiększenie efektywności wykorzystywania zasobów organu mogłoby zostać osiągnięte w przypadku nadzoru nad koncentracjami również w inny sposób. Mogłoby się tak stać przykładowo

¹⁷⁸ *Ibidem*, s. 535.

za pomocą częściowego odejścia od oceny koncentracji, których uczestnicy nie działają na tych samych lub powiązanych rynkach właściwych. Takie podejście można wdrożyć, wprowadzając wzorem Komisji tzw. procedurę uproszczoną oceny skutków koncentracji, i wykorzystać otrzymane w ten sposób zasoby organu do prowadzenia dokładniejszej analizy rzeczywiście skomplikowanych spraw¹⁷⁹. Takie prowadzenie postępowań wzmocniłoby działanie organu zgodnie z zasadą szybkości postępowania (art. 12 KPA), nie umniejszając znaczenia zasadzie prawdy obiektywnej.

1.9. Główny cel prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców

Mając na uwadze zarówno przedstawione powyżej cele prawa ochrony konkurencji, jak i testy, według których organy antymonopolowe badają, czy zamierzona koncentracja skutkować będzie szkodą dla konsumentów, należy zdefiniować główny cel stosowania prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. Jest nim **identyfikacja oraz zapobieganie lub uprzednie zaradzenie skutkom antykonkurencyjnym koncentracji, polegającym na powstaniu kolektywnej albo samodzielnej siły rynkowej**. Siła rynkowa tożsama z pojęciem „istotnego ograniczenia konkurencji” zawartym w normie art. 18 i art. 20 ust. 1 uokik.

Jednocześnie organ ochrony konkurencji nie jest uprawniony do wydania decyzji zakazującej dokonania koncentracji, jeżeli konkurencja zostanie ograniczona, lecz w sposób nieistotny, lub nie zostanie ograniczona w ogóle. W takich przypadkach nie dochodzi bowiem do powstania siły rynkowej przedsiębiorcy. W związku z literalną treścią ustawy organ ochrony konkurencji nie jest także uprawniony do nakładania środków zaradczych w przypadku braku stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji¹⁸⁰.

By podnieść efektywność stosowania nadzoru nad koncentracjami, zapobieganie antykonkurencyjnym skutkom koncentracji musi odbywać się z zastosowaniem ustalonych i ukształtowanych narzędzi ekonomicznych. Narzędzia te muszą być zgodne z aktualną wiedzą ekonomiczną.

¹⁷⁹ Zob.: Art. 3 Rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Tekst mający znaczenie dla EOG) Dz.U. UE. L 133/1 z 30.04.2004; S. Dudzik, *Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, nr 2(4), s. 32.

¹⁸⁰ Zob. Art 19 uokik.

1.10. Dwie metody analizy zamierzonych koncentracji przedsiębiorców

W praktyce organów ochrony konkurencji należy wyróżnić dwie metody analizy skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców.

Pierwszą z nich jest metoda analizy pośredniej skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców. Jest ona oparta na weryfikacji możliwości powstania siły rynkowej przedsiębiorcy (skutków jednostronnych) w wyniku spowodowania przez zamierzoną koncentrację zmian w strukturze rynku, na którym koncentracja ma zostać dokonana¹⁸¹. Jest to pierwsza metoda oceny skutków koncentracji stosowana przez organy ochrony konkurencji. Najczęściej stosowanymi elementami metody analizy pośredniej są: (i) udział rynkowy uczestników koncentracji, w rynku właściwym na którym ma dojść do koncentracji (ii) udział rynkowy konkurentów, w rynku właściwym na którym ma dojść do koncentracji (iii) poziom koncentracji rynku właściwego, na którym ma dojść do koncentracji, (iv) analiza możliwości/łatwości wejścia na rynek właściwy, na którym ma dojść do koncentracji, (v) siła nabywca odbiorców, (vi) faza rozwoju rynku, na którym ma dojść do koncentracji, (vii) dane historyczne i sposób funkcjonowania rynku, na którym ma dojść do koncentracji, (viii) faza rozwoju rynku, na którym ma dojść do koncentracji. Wszystkie z tych czynników w mniejszym lub większym stopniu są więc oparte na definicji rynku właściwego.

Metoda pośredniej analizy nie pozwala na dokonanie badania rzeczywistych (bezpośrednich) skutków, jakie zamierzona koncentracja wywrze na dobrobyt konsumentów. Nie prognozuje np. wielkości podwyżek cenowych czy możliwości ograniczenia innowacyjności. Dokonuje jedynie analizy zmian w strukturze rynku, które pośrednio mają wpłynąć na skalę renty konsumentów.

Drugą metodą jest metoda analizy bezpośredniej skutków rynkowych zamierzonej koncentracji. Polega ona na mierzeniu przez adekwatne narzędzia ekonomiczne rzeczywistych skutków zamierzonej koncentracji, tj. prognozowaniu np. poziomu wzrostu cen po dokonaniu procesu gospodarczego. Narzędziami ekonomicznymi, pozwalającymi na dokonanie takiego mierzenia, są: (i) wskaźnik substytucji produktów oferowanych przez uczestników koncentracji, (ii) analiza presji cenowej, (iii) modele symulacji koncentracji, a także (iv) kalkulacje dotyczące korzyści efektywnościowych pochodzących z przeprowadzenia koncentracji.

¹⁸¹ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 191.

1.11. Hipoteza badawcza, pytania badawcze

U podstaw prowadzonego w niniejszej monografii badania 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.**

Aby zweryfikować hipotezę badawczą dokonam oceny zastosowania metody analizy bezpośredniej oraz metody analizy pośredniej na podstawie przedstawionych niżej pytań badawczych, w świetle praktyki orzeczniczej organów ochrony konkurencji i sądów dotyczącej oceny horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców. Stawianymi pytaniami badawczymi są:

1. Jakie są skutki posługiwania się wyłącznie metodą analizy pośredniej w jej ujęciu statycznym?
2. 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?
3. Na czym polega metoda bezpośredniej analizy jednostronnych skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców?
4. 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?
5. 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 homogenicznych?
6. 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 przetargowych?

1.12. Cel przeprowadzanego badania

Celem (zadaniem badawczym) prowadzonego badania, któremu służy weryfikacja hipotezy badawczej oraz przedstawienie odpowiedzi na pytania badawcze, jest **skonstruowanie racjonalnych i optymalnych dla polskiego prawa ochrony konkurencji (w świetle jego głównego celu) modeli analizy możliwości powstania skutków jednostronnych (tj. powstania lub umocnie-**

nia siły rynkowej przedsiębiorcy) w wyniku skonsumowania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców. Modele mają z kolei na celu podniesienie efektywności nadzoru państwa nad koncentracjami.

Każdy podnoszący skuteczność stosowania prawa ochrony konkurencji model analizy skutków koncentracji powinien cechować się racjonalnością. Racjonalny to „rozsądny, uzasadniony, oparty na wiedzy, przemyślany”¹⁸², jak i „rozumowny, rozumny, oparty na rozumie, wyrozumowany, uzasadniony”¹⁸³, nie zaś oparty na intuicji, czyli irracjonalny. Efektywność, do której zwiększenia dążyć ma zaproponowany model jest związana z racjonalnością w ten sposób, że racjonalność odnosi się do decyzji, czyli ekonomicznego wyboru, zaś efektywność do rezultatów tej decyzji¹⁸⁴. T. Kotarbiński przedstawia dwa rodzaje racjonalności¹⁸⁵. Racjonalność rzeczowa istniejąca, gdy dobór środków odpowiada prawdziwej, obiektywnie istniejącej sytuacji (rzeczywiście istniejącym faktom, prawom i stosunkom). Racjonalność metodologiczna istnieje, natomiast gdy dobór środków jest właściwy w świetle posiadanej przez podejmującego decyzję wiedzy (gdy wnioskowanie logiczne, decydujące o wyborze środków jest poprawne w ramach posiadanej wiedzy). M. Weber wskazuje m.in., że w aspekcie prawnym racjonalność to skuteczność, która umożliwi realizację zamierzonych skutków¹⁸⁶. L. Petrażycki staje zaś na stanowisku, że racjonalność stosowania prawa zakłada konieczność zapewnienia odpowiednio dobieranych środków do precyzyjnie określonych celów¹⁸⁷.

Wymóg racjonalności proponowanych modeli sprawia, że każdy model analizy spodziewanych skutków koncentracji, jako oparty na wiedzy, będzie musiał wziąć pod uwagę wiedzę ekonomiczną. Każda sprawa antymonopolowa musi bowiem mieć ekonomiczny sens¹⁸⁸. Racjonalność zaproponowanego modelu ma również prowadzić do realizacji zamierzonych celów (skutków) stawianych przed prawem ochrony konkurencji, przez dobranie odpowiednich środków (narzędzi) analizy skutków koncentracji.

¹⁸² *Słownik Języka Polskiego*, Tom III, PWN, Warszawa 1999, s. 7.

¹⁸³ J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki, *Słownik języka Polskiego*, Tom V, PWN, Warszawa 1912.

¹⁸⁴ J. Senda, *Podstawowe aspekty racjonalności zachowań konsumenckich*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1998, 2, s. 159; zob. także E. Kieźel, *Zachowania konsumentów – determinanty, racjonalność*, Katowice 2004, s. 46–48.

¹⁸⁵ T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1982, s. 137–139.

¹⁸⁶ M. Weber, *On Law in Economy and Society*, Nowy Jork 1967, s. 63–64.

¹⁸⁷ L. Petrażycki, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, s. 13.

¹⁸⁸ Por. R. Posner, *Antitrust law*, University of Chicago Press, 2 wydanie 2001, s. 1: „Like all antitrust cases, this one must make economic sense”; zob. także pkt 1.6.–1.9. niniejszej książki.

Wykreowane modele prowadzenia analizy skutków koncentracji powinny cechować się także optymalnością, tzn. być najlepszymi i najbardziej sprzyjającymi¹⁸⁹. Oznacza to m.in., że pomimo, iż należałoby wymagać od państwa wyposażenia organu nadzoru we wszelkie środki i zasoby umożliwiające skuteczne stosowanie prawa antymonopolowego, to nie można uznać, że zasoby organu administracji są nieograniczone. Należy więc w taki sposób skonstruować modele analizy skutków koncentracji, by skutecznie wykrywały one koncentracje prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji ale jednocześnie pozwalały już na wstępie prowadzonej analizy identyfikować koncentracje, które takiego potencjału nie zawierają (ograniczając zbędne, dalsze działania organu).

Modele zostaną podzielone ze względu na rodzaj oraz charakter rynków właściwych, na których planowana jest koncentracja przedsiębiorców: (i) rynek produktów zróżnicowanych, (ii) rynek produktów homogenicznych, (iii) rynek przetargowy. Ze względu na rodzaj i charakter rynku właściwego, każdy skonstruowany model powinien natomiast rozróżniać adekwatne narzędzia pomiaru prognozowanego istotnego ograniczenia konkurencji lub jego braku.

W niniejszej monografii poddaję więc weryfikacji praktyczne zastosowanie wzorca normatywnego, według którego oceniane są horyzontalne koncentracje przedsiębiorców.

Jednocześnie świadomie ograniczam prowadzone badanie do oceny możliwości powstania siły rynkowej jednego przedsiębiorcy (skutków jednostronnych). Wykluczam z niego badanie możliwości powstania kolektywnej siły rynkowej, a więc tzw. skutków skoordynowanych (*coordinated effects*) koncentracji przedsiębiorców.

Niniejszej monografii przyświeca przekonanie, że wymóg przedstawienia odpowiednich modeli analizy horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców jest pożądanym dla prawidłowego funkcjonowania prewencyjnego nadzoru państwa nad procesami gospodarczymi generującymi zewnętrzny wzrost przedsiębiorców. Modele są wymagane dla osiągnięcia w jak najwyższym stopniu głównego celu rodzimego prawa ochrony konkurencji – ochrony dobrobytu konsumentów. Jest tak, ponieważ przeprowadzenie błędnej analizy może okazać się kosztowne dla społeczeństwa. A to dlatego, że istnieje możliwość wydania zakazu dokonania koncentracji, która mogłaby zwiększyć dobrobyt konsumentów lub wydania zgody na dokonanie koncentracji, której rzeczywistym skutkiem będzie ograniczenie tego dobrobytu.

¹⁸⁹ *Słownik Języka Polskiego*, PWN, Tom II, Warszawa 1998, s. 513.

1.13. Założenia metodologiczne/materiał badawczy/metody badawcze

Jest charakterystycznym dla prawa antymonopolowego, że ze stosowaniem każdego z jego filarów wiąże się nieustanne zapożyczanie rozwiązań instytucjonalnych oraz metod prowadzonych analiz skutków działań rynkowych z innych porządków prawnych. Powodem takiego stanu rzeczy jest oparcie reguł ochrony konkurencji przez państwa stosujące zasady gospodarki wolnorynkowej na uniwersalnych zasadach (nieograniczonej granicami państw) nauki ekonomii. Bierze się to również z faktu postępującego procesu globalizacji gospodarczej. Słusznie zauważa się, że brak spójności w stosowaniu prawa ochrony konkurencji przez organy z różnych jurysdykcji stanowi poważną barierę rozwoju gospodarczego, a tym samym ogranicza wzrost dobrobytu społeczeństw wielu państw¹⁹⁰.

Skuteczność zapożyczanych rozwiązań jest uprzednio sprawdzana (potwierdzana) w praktyce innych organów ochrony konkurencji czy sądów. Dotyczy to w szczególności prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców i stosowanych metod analiz skutków tego typu operacji gospodarczych. Przykładem jest chociażby ogólnosiwiatowa próba ujednoczenia testów prewencyjnej oceny koncentracji przedsiębiorców. Dlatego też, aby uznać podjęte tu badanie za przeprowadzone w sposób wyczerpujący, powinno ono uwzględniać trendy i narzędzia analiz, którymi posługują się organy antymonopolowe w innych krajach. W szczególności te stosowane w najbardziej rozwiniętych i doświadczonych porządkach prawa ochrony konkurencji.

Takie założenie przyjmuję w niniejszej pracy. Wskazuję jednocześnie, że w tym ujęciu, dla nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców sprawowanego przez Prezesa UOKiK najistotniejsze znaczenie ma unijne prawo ochrony konkurencji, a w szczególności Rozporządzenie nr 139/2004. Znaczenie ma również praktyka decyzyjna Komisji, praktyka orzecznicza unijnego sądownictwa oraz akty typu *soft law* wydawane przez Komisję. Jest tak ponieważ praktyka stosowania prawa unijnego jest uznawana za punkt odniesienia dla praktyki stosowania prawa antymonopolowego w Polsce¹⁹¹.

Prawo unijne często korzysta natomiast z rozwiązań i metod analizy wdrożonych uprzednio w USA – nadzoru nad koncentracjami prowa-

¹⁹⁰ S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Oficyna Wolters Kluwer, 2010, s. 16.

¹⁹¹ Zob. T. Skoczny, w: T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 5; A. Jurkowska, T. Skoczny, *Doktryny orzecznicze sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1962–2004*, w: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych*, s. 64–66, Warszawa 2007.

dzionego przez DOJ oraz FTC na podstawie przepisów ustawy Claytona z 1914 roku¹⁹². Przykładem jest chociażby „amerykanizacja” testu ustanawiającego materialnoprawne kryteria oceny skutków koncentracji przedsiębiorców w rozumieniu prawa ochrony konkurencji. Prawo unijne korzysta także z niezwykle bogatej praktyki tych organów i sądów federalnych USA¹⁹³. Komisja posiłkuje się również rozwiązaniami ukształtowanymi w niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej, w szczególności w Wielkiej Brytanii, Niemczech czy Francji. Dodatkowo nie bez znaczenia jest działalność Międzynarodowej Sieci Prawa Konkurencji (*International Competition Network*). Jej działania niejednokrotnie dążą do ujednoczenia metod analiz aplikowanych w poszczególnych systemach prawnych, o czym świadczy tematyka przeprowadzanych corocznie konferencji sieci.

Przeprowadzenie badania uwzględniającego metody analiz stosowane w innych porządkach prawnych jest więc nieodłącznym substratem każdej analizy adekwatnego elementu prawa ochrony konkurencji. Dodatkowo należy podkreślić znaczący dorobek światowej doktryny prawa ochrony konkurencji w obszarze nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców i jego istotne znaczenie dla prowadzonego tu badania.

Przeprowadzone badanie oparte zostało na następującym materiale badawczym:

- (i) decyzjach organów ochrony konkurencji;
- (ii) orzeczeniach sądów w sprawach dotyczących prawa ochrony konkurencji;
- (iii) wytycznych organów ochrony konkurencji;
- (iv) publicznych stanowiskach i wypowiedziach organów ochrony konkurencji lub ich pracowników;
- (v) obowiązujących przepisach prawa;
- (vi) literaturze przedmiotu w języku angielskim, polskim.

Na potrzeby prowadzonego badania wykorzystałem łącznie ok. 250 decyzji organów ochrony konkurencji oraz wyroków sądów dotyczących stosowania prawa ochrony konkurencji. W badaniu wykorzystałem także ok. 200 pozycji literatury przedmiotu w języku polskim i angielskim. Z uwagi na dostępność materiału badawczego w niektórych rozdziałach i podrozdziałach monografii posługuję się jedynie analizą wybranych porządków prawnych m.in. prawa ochrony konkurencji USA albo prawa unijnego.

¹⁹² The Clayton Antitrust Act 15 U.S.C. §§ 12–27.

¹⁹³ M. Monti. *Antitrust in the US and Europe: a History of convergence*, General Counsel Roundtable American Bar Association Washington DC, 14 November 2001, SPEECH 1/540: “The influence of US antitrust law was profound during the early years of the development of competition policy in Europe and has continued ever since”.

Dla przeprowadzenia niniejszego badania zostały zastosowane następujące metody badawcze.

W głównej mierze stosuję **metodę ekonomicznej analizy prawa**. Jest tak głównie ze względu na cel prowadzonego badania przedstawiony w pkt. 1.12. (którego dotyczą rozdziały 5, 6, 7 oraz 8). W niniejszej monografii podejmuję bowiem próbę wskazania racjonalnych i optymalnych (mając na uwadze przedstawione założenia ekonomiczne) sposobów (modeli) stosowania testu zawartego w przepisie art. 18 i art. 20 ust. 1 uokik (tj. testu istotnego ograniczenia konkurencji) przez Prezesa UOKiK. Celem ekonomicznej analizy prawa jest dążenie do efektywnych rozwiązań (w tym do efektywności jako maksymalizacji dobrobytu społecznego), dlatego też podjęcie próby przedstawienia modeli zastosowania testu istotnego ograniczenia konkurencji, które mają w jak największym stopniu umożliwić osiągnięcie głównego celu prawa antymonopolowego, pozwala na przyjęcie tej metody badawczej.

W niniejszej pracy stosuję także metodę **dogmatyczno-prawną**. Istotą metody dogmatyczno-prawnej jest analiza tekstów prawnych, którą przeprowadzam m.in. w pierwszej części książki. Monografia zawiera także elementy metody **historyczno-prawnej**. Zastosowanie metody historyczno-prawnej pozwala zrozumieć ewolucję poddanych badaniu zagadnień, jak i stosowane w związku z nimi rozwiązania funkcjonalne, a także ich podłoże dogmatyczne. Zastosowanie metody historyczno-prawnej dotyczy federalnego prawa ochrony konkurencji USA.

W drugiej części pracy skupiam się na analizie decyzji organów antymonopolowych, wyroków sądów, aktów typu *soft law* wydanych przez organy ochrony konkurencji oraz literatury, dotyczących przedmiotu prowadzonego badania. W tej części pracy stosuję m.in. **metodę prawnoporównawczą**. Metoda prawnoporównawcza ogniskuje się w niniejszej monografii na komparatystyce funkcjonalnej, tj. takiej, która opiera się na badaniu podobnych funkcji spełnianych przez podobne prawa w różnych krajach¹⁹⁴. W monografii analizuję bowiem dorobek innych systemów prawnych w ten sposób, by wyciągnąć wnioski dla nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców sprawowanego przez Prezesa UOKiK, mając na uwadze rolę prawa ochrony konkurencji w państwach opierających systemy gospodarcze na gospodarce wolnorynkowej. Podstawą zastosowania takiej metody badawczej jest podobne usytuowanie celów prawa antymonopolowego w analizowanych systemach prawnych, a przynajmniej wzięcie za jego podstawę założeń *stricte* ekonomicznych.

¹⁹⁴ R. Tokarczuk, *Komparatystyka prawnicza*, 9 wydanie, Warszawa 2008, s. 77.

Niniejsza monografia została podzielona na osiem rozdziałów. W siedmiu z nich przeprowadzam badanie zgodnie ze wskazaną wyżej kolejnością przedstawionych pytań badawczych.

W **drugim rozdziale** monografii definiuję oraz zajmuję się skutkami stosowania analizy pośredniej możliwości powstania antykonkurencyjnych skutków rynkowych zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, w jej statycznym ujęciu. Prowadzone tam badanie prowadzi do odpowiedzi na pytanie badawcze nr 1. Rozdział oparty jest na analizie wyroków sądów USA oraz wytycznych organu ochrony konkurencji – DOJ, z lat 60 XX wieku, traktujących o metodach analizy skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców. Posiłkuję się także badaniem ówczesnej ekonomicznej i prawniczej literatury 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, jak i ówczesnym rozwojem prawa antymonopolowego mającym miejsce w przeważającej mierze w tym porządku prawnym.

W **trzecim rozdziale** monografii zajmuję się badaniem elementów składowych analizy pośredniej koncentracji przedsiębiorców stosowanych we współczesnym prawie ochrony konkurencji. Weryfikuję znaczenie poszczególnych elementów dla postępowań toczących się przed wybranymi organami ochrony konkurencji lub sądami. Przeprowadzone w tej części monografii badanie bierze pod uwagę decyzje organów ochrony konkurencji, orzeczenia sądów oraz wytyczne wydane przez organy antymonopolowe USA, Wielkiej Brytanii, Niemiec, Francji, Unii Europejskiej i Polski. Ma ono na celu przedstawienie odpowiedzi na pytanie badawcze nr 2.

W **czwartym rozdziale** monografii wyróżniam i definiuję, jak i wskazuję składniki metody bezpośredniego badania skutków rynkowych zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców (metoda analizy bezpośredniej). W prowadzonym w tej części pracy badaniu odpowiadam na pytanie badawcze nr 3.

W **piątym rozdziale** monografii poddaję analizie aktualne podejście organów antymonopolowych i sądów do zastosowania ekonomicznego testu oceny jednostronnych skutków rynkowych koncentracji na rynkach właściwych, których zakres produktowy wyznaczają produkty zróżnicowane (*differentiated products*). O ile rozdziały 3 oraz 4 mają głównie na celu zdefiniowanie elementów dwóch wyodrębnionych metod analizy koncentracji oraz ich znaczenia dla prowadzonych postępowań, rozdział piąty dotyczy użyteczności tych elementów w praktyce. Dlatego w celu dokonania badania przeprowadzam analizę oficjalnych stanowisk, a w szczególności też praktyki decyzyjnej wybranych

organów ochrony konkurencji i praktyki orzeczniczej sądów. Przeprowadzone tam badanie ma za zadanie wskazać, jakie elementy analizy pośredniej lub analizy bezpośredniej zostały uwzględnione w poszczególnych sprawach dotyczących nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców. Pozwoli to na odpowiedź na pytanie badawcze nr 4.

W rozdziale szóstym poddaję analizie aktualne podejście organów antymonopolowych i właściwych sądów do zastosowania ekonomicznego testu oceny jednostronnych skutków rynkowych koncentracji na rynkach właściwych, których zakres produktowy wyznaczają produkty homogeniczne (*homogenous products*). Podobnie jak w rozdziale piątym, badanie dotyczy użyteczności elementów ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji w praktyce. Przeprowadzone tam badanie ma za zadanie wskazać, jakie elementy analizy pośredniej lub analizy bezpośredniej zostały uwzględnione w poszczególnych sprawach dotyczących nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców, co pozwoli na uzyskanie odpowiedzi na pytanie badawcze nr 5.

W rozdziale siódmym poddaję analizie aktualne podejście organów antymonopolowych i sądów do zastosowania ekonomicznego testu oceny jednostronnych skutków rynkowych koncentracji na rynkach właściwych, będących tzw. rynkami przetargowymi (*bidding markets*). Podobnie jak w rozdziale 5 i 6 przeprowadzam analizę oficjalnych stanowisk, a w szczególności praktyki decyzyjnej wybranych organów ochrony konkurencji i praktyki orzeczniczej sądów. Przeprowadzone tam badanie ma za zadanie wskazać, jakie elementy analizy pośredniej lub analizy bezpośredniej zostały uwzględnione w poszczególnych sprawach dotyczących nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców, co pozwoli na uzyskanie odpowiedzi na pytanie badawcze nr 6.

W ostatnim rozdziale pracy weryfikuję hipotezę badawczą, przedstawiam podsumowanie odpowiedzi na pytania badawcze oraz proponuję racjonalne i optymalne modele badania jednostronnych skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, ukształtowane na podstawie przeprowadzonego badania. W tym celu pomocne będzie przeprowadzone w rozdziałach 5, 6 i 7 odtworzenie i wskazanie elementów metod analiz skutków jednostronnych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców.

W tym rozdziale podejmuję również próbę zastosowania wskazanych modeli do wybranych stanów faktycznych, z którymi zmierzył się Prezes UOKiK, wskazując czy ich użycie mogłoby doprowadzić do wydania przez organ innego rozstrzygnięcia.

Rozdział 2.

Statyczna analiza pośrednia – struktura rynku jako przesłanka antykonkurencyjności koncentracji horyzontalnych w początkach stosowania prawa antymonopolowego

2.1. Założenia ekonomiczne i poglądy doktryny

Metoda statycznej analizy pośredniej skutków koncentracji przedsiębiorców, skupiająca się na badaniu struktury rynku właściwego, jest immanentnie związana z tzw. harwardzką szkołą prawa ochrony konkurencji (*harvard school of antitrust*)¹. Rezultatem stosowania poglądów szkoły harwardzkiej była wola aplikowania do prawa ochrony konkurencji **sztynnych zasad** rządzących oceną zjawisk rynkowych. Zasady te stosowane były zarówno do oceny *ex post* praktyk ograniczających konkurencję, jak i oceny *ex ante* zamiarów koncentracji przedsiębiorców. Działo się to kosztem prowadzenia wieloaspektowej analizy ekonomicznej, rzeczywistych skutków koncentracji czy praktyk potencjalnie ograniczających konkurencję.

Preferowano zatem ustalenie zauważalnych granic, których przekroczenie skutkowałoby orzeczeniem o praktyce lub koncentracji niedozwolonej, a więc zaburzającej konkurencję na rynku właściwym do tego stopnia, by organ antymonopolowy przeciwstawił się jej w ramach przyznanych kompetencji nadzorczych.

Harwardzka szkoła prawa antymonopolowego jest pierwszym ze znaczących nurtów ekonomicznych wpływających na prawo ochrony konkurencji. Została zapoczątkowana na przełomie lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych

¹ J. Farrell, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The B.E. Journal of Theoretical Economics, vol. 10, iss. 1 (Policies perspectives), s. 3.

XX wieku przez Edwarda Masona² oraz Joe Baina³. Z prac tych ekonomistów zaczerpnięto podstawy podejścia do ówczesnej polityki konkurencji w USA. Jej zasadniczym założeniem było uzależnienie efektywności (konkurencyjności) sektora gospodarki od jego struktury. Strukturę rynku oceniano przez pryzmat liczby przedsiębiorców działających na rynku właściwym i ich rozmiaru mierzalnego posiadaniem udziałem w rynku. Przedstawiona zależność dla prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców skutkuje pośrednim charakterem badania skutków koncentracji. Zakłada się, że skutki negatywne dla konkurencji (ograniczenie natężenia walki konkurencyjnej) wynikają z niepożądanego struktury rynku właściwego. Wynikiem takiego założenia było ustawienie w centralnym punkcie oceny koncentracji horyzontalnych, stopnia koncentracji rynku właściwego.

Można nawet poczynić stwierdzenie, iż w rozumieniu szkoły harwardzkiej **głównym zadaniem stawianym przed prewencyjnym nadzorem nad koncentracjami przedsiębiorców było kontrolowanie struktur sektorów gospodarki (rynków właściwych) w celu zapobiegania ich nadmiernej koncentracji**. Nadmierny poziom koncentracji rynku miał bowiem zawsze doprowadzać do powstania unilateralnej siły rynkowej lub oligopolu⁴.

Historia stosowania prawa ochrony konkurencji potwierdza przedstawione twierdzenie. Zapoczątkowane tzw. ustawą Shermana w 1890 roku prawo⁵ powstało m.in. w celu przeciwstawienia się zagrożeniom wynikającym ze znacznego skoncentrowania amerykańskiego przemysłu opartego na strukturze trustów⁶. Artykułowaną tezę potwierdza też wynik badania uzasad-

² E.S. Mason, *Economic Concentration and the oligopoly problem*, Harvard University Press, 1957.

³ J.S. Bain, *Industrial Organization*, John Wiley and Sons Inc., New York 1959; J.S. Bain, *Barriers to new competition, Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* Harvard University Press, 1956.

⁴ Np. J. Szczodrowski wskazuje, że: *Oligopolistyczna struktura charakteryzuje się obecnością niewielkiej liczby przedsiębiorców na rynku, z których każdy zajmuje na nim pewną znaczącą pozycję, jednak samodzielna pozycja żadnego z nich nie jest wystarczająco silna, by mógł on działać niezależnie, tj. w sposób zbliżony do monopolisty. Niewielka liczba podmiotów gospodarczych o podobnych cechach w połączeniu z odpowiednią charakterystyką rynku oraz produktu mogą sprawić, że przedsiębiorcy będą w stanie uznać swoją współzależność i odpowiednio dostosowywać wzajemnie swoje postępowanie*. J. Szczodrowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, LEX, Warszawa 2015.

⁵ The Sherman Antitrust Act of July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. W tym miejscu pomijam ustawę kanadyjską, gdyż w mojej ocenie nie ma ona tak istotnego wpływu na rozwój prawa antymonopolowego na świecie jak prawo antytrustowe USA.

⁶ J. Moody, *The truth about the trusts, A description and Analysis of the American Trust Movement*, Moody's Publishing, New York 1904; G. Gutin, *The economic and social aspects of trusts*, Political Science Quarterly, vol. 3, s. 390: *Jakiegokolwiek zalety mogą wynikać z koncentracji*

nień wprowadzenia kolejnych ustaw reformujących prawo antymonopolowe w USA. W pierwszej kolejności trzeba zwrócić uwagę na nowelizację ustawy Claytona z 1950 (tzw. *Celler-Kefauver Act* lub *Celler Antimerger Act*)⁷. Stanowiła ona wprost, że zadaniem prawa antymonopolowego jest, po pierwsze, sprawowanie opieki nad mniejszymi przedsiębiorcami, co w latach sześćdziesiątych XX wieku wysuwało się na jeden z najważniejszych celów prawa ochrony konkurencji w USA⁸. Po drugie, filar prawa antymonopolowego, zajmujący się prewencyjnym nadzorem nad koncentracjami, miał zapobiegać tzw. *wzbierającej fali (rising tide)* koncentracji w amerykańskiej gospodarce.

Założenia leżące u podstaw stosowania samego już, statycznego pośredniego (strukturalnego) podejścia do nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców, w jednym zdaniu oddaje fragment zdania odrębnego orzeczenia *Stany Zjednoczone przeciwko E.I. DuPont: sektor gospodarki, który nie posiada konkurencyjnej struktury, nie będzie zachowywał się konkurencyjnie*⁹. Analogiczne rozumienie podejścia do kontroli zamierzonych koncentracji przedsiębiorców wyrażone zostało w innych orzeczeniach. W orzeczeniu w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Provident National Bank* orzekający sąd stwierdził, że mając określoną strukturę przemysłu, można racjonalnie przewidzieć końcowy wynik ekonomiczny sektora (rynku

kapitału przemyślowego, jeśli powoduje to wzrost cen towarów, będzie to złem wystarczającym, by nakazać jego aresztowanie; W. H. Page, *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law*, w: *Issues in Competition law and Policy* (ABA Section of Antitrust Law 2008), s. 4.

⁷ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 277 (1966), s. 384: *Podobnie jak Ustawa Shermana w roku 1890 oraz Ustawa Claytona w roku 1914, podstawowym celem Ustawy Celler – Kefauver było zapobieżenie koncentracji w amerykańskiej gospodarce przez utrzymanie dużej ilości konkurentów na rynku. Przedstawiając założenia swojej ustawy, obydwaj jej sponsorzy, Reprezentant Celler i Senator Kefauver, podkreślili powszechną u innych członków Kongresu obawę, że koncentracja ta w szybkim tempie eliminuje małych przedsiębiorców z rynku; orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Brown Shoe Co. v. United States*, *op. cit.*: *Dominującym tematem przenikającym rozważania kongresu nad nowelizacją w roku 1950 była obawa o to, co było uważane za wzrastającą falę koncentracji w amerykańskiej gospodarce.**

⁸ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.*, *op. cit.*, s. 384 (1966): *Na podstawie tej obawy Kongres w roku 1890, kiedy wiele sektorów gospodarki było już skoncentrowanych w zbyt niewielu rękach, uchwalił Ustawę Shremana, usiłując zapobiec dalszej koncentracji, by zachować konkurencję pomiędzy wieloma sprzedawcami. Kilka lat później, w roku 1897, niniejszy sąd wskazał politykę Ustawy Sharmana, kierując uwagę ku tendencji kombinacji silnych przedsiębiorców do ograniczania konkurencji przez wykluczenie z rynku małych przedsiębiorców oraz godnych ludzi, których życie zostało tu spędzone oraz którzy mogą być niezdolni do zaadaptowania się do zmienionych warunków.*

⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *United States v. E.I. DuPont Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 426 (1956) (zdanie odrębne): *“an industry which does not have a competitive structure will not have competitive behavior”.*

właściwego)¹⁰. W końcu na podejście do prawa ochrony konkurencji, jako przyjmującego nieekonomiczne cele *zachowania demokratycznych instytucji i organizacji gospodarki w formie małych jednostek i wspierania równych możliwości konkurencyjnych*, wskazują P. Areeda i H. Hovenkamp¹¹.

Pomimo że założenia szkoły harwardzkiej nazywane są niekiedy założeniami populistycznymi¹², to błędem byłoby postrzeganie statycznego podejścia strukturalnego jako zupełnie niespójnego z jakimkolwiek regułami ekonomii. Wskazuje się, że kreujący pierwsze założenia harwardzkiej szkoły prawa ochrony konkurencji pozostawali pod silnym wpływem, zarówno klasycznej teorii strukturalizmu, ukształtowanej przez A. Cournota, w rozważanej przez niego teorii duopolu¹³, jak i przedstawionej przez E. Chamberlaina teorii *konkurencji monopolistycznej*¹⁴.

A. Cournot przedstawił założenia rynku oligopolistycznego (duopolu) twierdząc, że dupolisci oferujący produkty homogeniczne zdolni są do wzajemnego obliczenia swoich poziomów produkcji. Prowadzi to do takiego stanu, że uczestnicy rynku potrafią wspólnie dyktować cenę monopolistyczną¹⁵. W opracowanym przez francuskiego matematyka i ekonomistę modelu oligopolu występowały dwa przedsiębiorstwa produkujące towar homogeniczny. Ponościły one takie same koszty produkcji. Każde z przedsiębiorstw ustalało poziom produkcji (jako zmienną decyzyjną), dążąc do maksymalizacji swojego zysku. Cena towaru zależała natomiast od łącznej podaży towarów obydwu przedsiębiorców. Samo ustalanie ilości produkcji polega, zdaniem francuskiego uczonego, *de facto* na wzajemnym dostosowaniu się do reakcji uczestników oligopolu. Każdy z oligopolistów zawsze weźmie pod uwagę prawdopodobne wielkości produkcji swojego rywala. Określenie produkcji w celu maksymalizacji zysku przy określonym poziomie produkcji drugiego

¹⁰ Orzeczenie U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania w sprawie *United States v. Provident National Bank*, 280 F. Supp. 1 (E.D. Pa. 1968) – 280 F. Supp. 1 (1968), 1.02.1968.

¹¹ E.T. Sullivan, H. Hovenkamp, H.A. Shelanski, *Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems*, 6 wydanie, LexisNexis, 2009, s. 3.

¹² R.D. Atkinson, D.B. Audretsch, *Economic Doctrines and Approchase to Antitrust*, The Information Technology & Innovation Foundation, Styczeń 2011.

¹³ T.A. Piraino Jr., *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*, Indiana Law Journal, vol. 82 issue 2, s. 348.

¹⁴ Zob: E. Chamberlain, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Harvard University Press, 1933.

¹⁵ A. Cournot, *Researches into the mathematical principles of the theory of wealth* (Nathaniel T. Bacon trans., Macmillan Publishers 1897) (1838). A. Cournot jako pierwszy ekonomista wprowadził do przedstawianego modelu drugiego sprzedawcę, zakładając, że sprzedawcy sprzedają produkty homogeniczne.

oligopolisty pozwala na uzyskanie tzw. równowagi cournota (*cournot equilibrium*). Każdy z przedsiębiorców zaspokaja ilość produktów odpowiadającą popytowi części klientów, która nie nabyła produktu od konkurenta.

E. Chamberlain przedstawił poglądy w latach 30. XX wieku w pracy pt. *The theory of monopolistic competition*. W jego założeniach istotną cechą działania przedsiębiorców było jednak *usiłowanie zbudowania swego własnego monopolu przez każdego przedsiębiorcę, rozszerzenie go wszędzie tam, gdzie tylko możliwe i jego obrona przed usiłowaniami rozszerzenia swoich monopolu przez innych*¹⁶. Model konkurencji monopolistycznej E. Chamberlaina zakładał różnicowanie produktów oferowanych przez oligopolistów (posiadających monopol w zakresie każdego z tych produktów). E. Chamberlain wprowadził to pojęcie do nauki ekonomii. Określił różnicowanie produktów jako: *różnice smaku, pragnień, dochodów i lokalizacji nabywców, jak też użytku, jaki nabywcy chcieliby zrobić z towarów, wszystko, co wskazuje na potrzebę różnorodności*¹⁷, będących cały czas substytutami. Zasadniczo każdy z graczy rynkowych funkcjonuje w takim stanie rynku ze świadomością, że jego zachowanie nie wpływa na działania pozostałych graczy rynkowych. Odróżnienie konkurencji monopolistycznej od konkurencji doskonałej polega głównie na spotykaniu w pierwszej z nich, przez każdego gracza rynkowego z opadającą krzywą popytu¹⁸.

Pierwsza z przedstawionych teorii uwzględnia więc zachowania konkurentów i zakłada dostosowanie do ich zachowań, a druga zakłada fałszywe przekonanie o własnej niezależności w kształtowaniu strategii rynkowych¹⁹. Harwardzka szkoła prawa ochrony konkurencji jest zatem oparta na dostępnej w czasach jej kształtowania wiedzy ekonomicznej²⁰.

Kluczowym, z punktu widzenia badanego w tym rozdziale statycznego pośredniego (strukturalnego) podejścia do prawa antymonopolowego, założeniem jest tzw. **paradygmat SCP *structure-conduct-performance*** (*struktura-zachowanie-wynik*). Precyzując, zakłada on, że efektywność działania sektora gospodarki (ryнку właściwego) wywodzi się z następującego ciągu kausal-

¹⁶ E.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 213–214, cytat za H. Ladreth, D.C. Colander, *Historia Myśli Ekonomicznej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, przekład Adam Szeworski, Wydanie II uzupełnione, Warszawa 2005, s. 457.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Konkurencję doskonałą określa się jako stan, w którym każdy, kto stwierdza, że wielkość jego sprzedaży lub zakupów są nieistotną częścią całego rynku, działa, kierując się założeniem, iż jego decyzje nie wpłyną na poziom ceny rynkowej. Każdy przedsiębiorca napotyka tam poziomą krzywą popytu i uzyskuje dokładnie cenę rynkową.

¹⁹ W. Stankiewicz, *Historia Myśli Ekonomicznej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Wydanie II rozszerzone, Warszawa 2000, s. 273.

²⁰ Zob.: F.M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand McNally 1970.

nego: wynik działalności rynku właściwego (*performance*) zależy od zachowań przedsiębiorców (*conduct*), które to z kolei zależne są od struktury rynku (*structure*). Piśmiennictwo traktujące o powyższym paradygmacie wyróżnia dwa zasadnicze składniki statycznego podejścia pośredniego do oceny koncentracji horyzontalnych. Są to **stopień koncentracji rynku** (w tym rozkład wielkości udziałów rynkowych przedsiębiorców) oraz **bariery wejścia na rynek**²¹.

Po pierwsze – przy zastosowaniu paradygmatu SCP niepożądany stopień koncentracji rynku uważany jest za czynnik eliminujący bodźce do podejmowania przez graczy rynkowych niezależnych decyzji, dotyczących cen i poziomu produkcji. Doprowadza on do powstania tzw. *zależności oligopolistycznej* (*oligopolistic interdependance*). Polega ona na posiadaniu przez graczy rynkowych świadomości, że zyski każdego z nich zależne są od decyzji podejmowanych przez konkurentów²². Świadomość ta pozwala przedsiębiorcom uczestniczącym w rynku właściwym na rozpoznanie, jakich zachowań należy unikać, by nie obniżyć swoich indywidualnych, jak i wspólnych zysków.

C.E. Muller zwraca uwagę na zależności występujące odnośnie do poziomu produkcji na rynkach o skoncentrowanej strukturze²³. Na rynku, na którym działa wielu przedsiębiorców nieposiadających znacznych udziałów rynkowych (tzw. rynek atomistyczny), zwiększenie poziomu produkcji lub wyjście z rynku przez któregokolwiek z przedsiębiorców jest rynkowo niezauważalne (nieodczuwalne). Pozostaje bez wpływu na zmianę ceny rynkowej oferowanego produktu. Duża liczba przedsiębiorców powinna być wystarczająca do uzyskania wzmożonej, wewnątrz-sektorowej (*intra-industry*) konkurencji. Będzie to prowadzić do uzyskania cen i ilości produkcji na konkurencyjnych poziomach, bez konieczności badania zagrożeń ze strony potencjalnych wejść na rynek²⁴. Natomiast na rynku o strukturze skoncentrowanej zachowania graczy rynkowych są rynkowo odczuwalne. Każdy z graczy rynkowych przez swój poziom produkcji wpływa na całkowitą sprzedaż na rynku. Każde podniesienie lub obniżenie przez niego poziomu produkcji będzie miało przełożenie na wzrost lub obniżenie ceny rynkowej²⁵. Zwiększenie poziomu produkcji na takim rynku nie musi też oznaczać wzrostu przychodów płynących ze sprzedaży dodatkowych produktów. Wpłyne ono bowiem na obniżenie ceny rynkowej

²¹ C.E. Muller, *The New Antitrust: A Structural Approach*, Villanova Law Review 1967, vol. 12, iss. 4, s. 783.

²² *Ibidem*, s. 784.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, s. 785.

²⁵ *Ibidem*; podobnie: R.B. Heflebower, *Corporate Mergers: Policy and Economic Analysis*, The Quarterly Journal of Economics 1963, Vol. 77, Nr. 4, s. 537, Oxford University Press, definiując to jako „percentage effect”.

produktu i może spowodować obniżenie zyskowności prowadzonej działalności gospodarczej²⁶. **Sprawia to, że jedną z podstaw podejścia strukturalnego jest uznanie, że na rynkach o strukturze skoncentrowanej nie istnieje (lub jest bardzo ograniczona) niezależność przedsiębiorców co do wyboru strategii rynkowych.** Wręcz przeciwnie, przychody graczy na tego rodzaju rynku zależą od poziomu produkcji oferowanych przez konkurentów²⁷.

Podobna zależność, jak przy ustalaniu poziomu produkcji, występuje na rynku o strukturze skoncentrowanej przy ustalaniu przez przedsiębiorców cen sprzedaży produktów. Każda zmiana ceny zostanie bowiem zauważona i spowoduje reakcję rywali rynkowych. Ich dopasowanie spowoduje brak zwiększenia klienteli przedsiębiorcy obniżającego cenę, a w konsekwencji może spowodować nieopłacalność zastosowanej strategii przez obniżenie przychodów. Każda podwyżka lub obniżka ceny będzie więc finalnie obniżką lub podwyżką ceny całego rynku²⁸.

C.E. Muller wyróżnia kilka rodzajów zależności oligopolistycznych (luźny oligopol i wąski oligopol). Stwierdza generalnie, że im mniejsza liczba przedsiębiorców i im większy udział rynkowy każdego z nich, tym większy wzajemny wpływ wywierają oni na siebie przez indywidualne zachowania. Wpływ maksymalny zachodzi natomiast przy strukturze duopolistycznej²⁹.

Drugim podstawowym czynnikiem podejścia strukturalnego są bariery wejścia na rynek. Osłabiają one możliwość wejścia na rynek potencjalnych (nowych) przedsiębiorców, przyciągniętych atrakcyjnością zysków osiąganym przez aktualnie obecnych na nim konkurentów. Istnienie barier wysokich (trudnych do pokonania przez potencjalnych konkurentów) pozwala aktualnym uczestnikom rynku na osiąganie cen powyżej poziomu konkurencyjnego. Dzieje się tak z powodu braku zagrożenia ze strony potencjalnej konkurencji. Brak barier wejścia pozwala natomiast na rynkowe ukaranie przez nowe wejścia na rynek, stosowania zawyżonych cen lub ograniczonej produkcji. Bariery wejścia uważane były zasadniczo za niezbędne dla osiągnięcia zysków monopolistycznych³⁰.

Taki dwustopniowy test strukturalny przedstawiony został przez C.E. Mullera, podkreślającego zależność obydwu czynników za pracą P.R. Dixona, stwierdzeniem, że *co daje poziom koncentracji łatwe wejście może bardzo szybko odebrać*³¹.

²⁶ C.E. Muller, *op. cit.*, s. 785.

²⁷ P.R. Dixon, *Antitrust Policy: Some „legal” and „Economic” Considerations*, U.C.L.A. Rev. 1967, vol. 14, s. 989. Autor był Komisarzem FTC w latach 1961–1969.

²⁸ C.E. Muller, *op. cit.*, s. 786.

²⁹ *Ibidem*, s. 789.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ P.R. Dixon, *op. cit.*, s. 979.

Praktyczne zastosowanie, a także skutki przedstawionych wyżej założeń ekonomicznych widoczne są w szczególności w transakcjach kapitałowych, którym sprzeciwiały się amerykańskie organy ochrony konkurencji w latach sześćdziesiątych XX wieku. Poprzedzając jednak przejście do analizy tych orzeczeń, należy na chwilę pochylić się nad dodatkową literaturą ekonomiczną, leżącą u podstaw ich wydania³². Literatura ta w zasadzie zgodnie traktowała stopień koncentracji, wysokie udziały rynkowe oraz liczbę graczy rynkowych, jako determinanty przesądzające o antykonkurencyjności koncentracji o skutku horyzontalnym³³. J. W. Markham w ówczesnych pracach twierdził, że logika ekonomiczna każe twierdzić, iż im więcej jest niezależnych konkurentów, tym większe jest prawdopodobieństwo występowania energicznej konkurencji. Oznaczać miało to, że w każdym sektorze (rynku właściwym) dość licznie powinni występować niezależni konkurenci³⁴. Stał on także na stanowisku, że o ile intensywność konkurencji zależy od szerokiego wachlarza czynników ekonomicznych, to prawdopodobnie najbardziej istotnym determinantem natężenia konkurencji jest liczba i rozmiar niezależnych firm (przedsiębiorców) na rynku³⁵. G. Stigler wskazał natomiast, że każda koncentracja dokonana przez przedsiębiorcę posiadającego jedną piątą lub więcej produkcji danej gałęzi przemysłu powinna zostać uznana za nielegalną³⁶. Niemniej jednak ten sam autor już wtedy zauważył, że niektóre koncentracje podwyższające poziom koncentracji lub zmniejszające już niewielką liczbę konkurentów, mogą zwiększyć konkurencję³⁷. Podobne poziomy koncentracji determinujące niezgodność z prawem zamierzonej koncentracji przedsiębiorców w rozumieniu prawa antymonopolowego przedstawiali Keysen

³² W.H. Page, *The Ideological...*, w: Issues in Competition law and Policy (ABA Section of Antitrust Law 2008), s. 9.

³³ G. Stigler, *A theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy 1964, vol. 72, iss. 1, s. 44–61; G Stigler, *Introduction w Business Concentration and Price Policy*, Princeton University Press, National Bureau of Economic Research, 1955, s. 3–14.

³⁴ J.W. Markham, *Merger Policy Under the new section 7: a six year appraisal*, Virginia Law Review 1957, vol. 43, nr. 4, s. 493.

³⁵ *Ibidem*, s. 492: *Kiedy wigor konkurencji w poszczególnych sektorach przemysłu zależy od szerokiego spectrum czynników biznesowych (takich jak skala zmian technologicznych, substytucyjności innych produktów, geograficznego zakresu dystrybucji popytu i podaży), prawdopodobnie najważniejszym determinantem jest liczba i wielkość dystrybucji niezależnych przedsiębiorców na rynkach.*

³⁶ G.J. Stigler, *Mergers and Preventive Antitrust Policy*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 104, s. 182.

³⁷ *Ibidem*, s. 181, według autora sytuacja taka miała mieć miejsce, gdy małe firmy są nieefektywne i nie mogą przetrwać jako niezależne przedsiębiorstwa, ich koncentracja zwiększa, według autora, liczbę efektywnych konkurentów na rynku, wskazując, że koncentracje na rynku produkcji samochodów w latach 50. były dozwolone właśnie na zasadzie takiej teorii; zobacz także: *The Report of the Attorney General's National Committee to Study The Antitrust Laws*, 1955.

i Turner³⁸. D. Bok sugerował uznanie za indikator antykonkurencyjności wzrost wskaźnika koncentracji rynku o 7–8%³⁹. Dodatkowo J.W. Markham stał na stanowisku, że analiza organów antymonopolowych może precyzyjnie stwierdzić, iż koncentracja doprowadzi do obniżenia liczby konkurentów lub zwiększenia poziomu koncentracji, jednak nie może *ex ante* przewidzieć, wykorzystując inne narzędzia, w jakim stopniu wpłynie to na konkurencję lub nawet czy wpłynie to na konkurencję znacząco⁴⁰.

Podobne podejście do prawa ochrony konkurencji, sytuujące w centralnym punkcie zainteresowania czynniki strukturalne przedstawia tzw. szkoła ordoliberalna (fryburska)⁴¹. P. Behrens zauważa, że stanowi ona, iż konkurencja powinna być chroniona jako system, w którym konsumenci są niezależni w dokonywaniu wyborów rynkowych. Umieszczenie wyboru konsumentów na tak ważnym miejscu sprawia, że w kwestii nadzoru nad koncentracjami najważniejsza jest struktura rynków właściwych. Optymalną strukturą jest zaś taka, na którą składa się wielu konkurentów, dając jak największy wybór konsumentom, pomiędzy alternatywnymi produktami lub usługami. Im wyższy poziom koncentracji rynku, tym mniejsza jest liczba alternatywnych produktów dla konsumentów i ich wybór jest ograniczony. Ograniczenie liczby konkurentów (alternatyw dla konsumentów) na rynku właściwym może więc oznaczać ograniczenie konkurencji⁴². Możliwość badania praktycznego zastosowania referowanego podejścia np. przez organy Unii Europejskiej jest ograniczona chociażby ze względu na to, że nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców powstał w Unii Europejskiej dopiero w roku 1989, wcześniej jego zakres był zasadniczo ograniczony i regulowany jedynie w art. 66 Traktatu Paryskiego⁴³.

2.2. Orzecznictwo sądów w USA

Pierwszym z orzeczeń traktujących o sile rynkowej przedsiębiorców, pozwalającym na analizę skutków statycznej pośredniej (strukturalnej) metody oceny jej powstania lub umocnienia, jest wydane w roku 1945 na podstawie art. 2

³⁸ Zob.: C. Kaysen, D.F. Turner, *Antitrust Policy*, Cambridge: Harvard University Press, 1959.

³⁹ D. Bok, *Section 7 of the Clayton Act and the merging of law and economics*, Harvard Law Review 1960, vol. 74, nr 2, s. 226.

⁴⁰ J.W. Markham, *op. cit.*

⁴¹ Dla przybliżenia głównych założeń szkoły ordoliberalnej, zwanej też szkołą freiburską, zobacz: P. Behrens, *op. cit.*, s. 2–4 oraz cytowana tam literatura.

⁴² P. Behrens, *op. cit.*, s. 11.

⁴³ Zob. art. 66 Traktatu Ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z 18 kwietnia 1951 roku.

ustawy Shermana⁴⁴ orzeczenie w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Aluminium Co. of America*⁴⁵. Orzekający sąd uznał bowiem Aluminium Co. of America za winną monopolizacji rynku produkcji aluminium, chociaż ta wskazywała na argumenty dotyczące ekonomii skali. Spółka zwiększała bowiem systematycznie produkcję, by sprostać wzrastającemu popytowi⁴⁶.

W roku 1962 wydano orzeczenie w sprawie *Brown Shoe Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym*⁴⁷. Dotyczyło ono zablokowania przejęcia w roku 1955 przez Brown Shoe Co. (trzeciego największego sprzedawcę butów w USA⁴⁸ i czwartego największego producenta butów w USA⁴⁹) spółki Kinney (ósmego największego gracza na rynku sprzedaży butów w USA⁵⁰ i dwunastego największego producenta butów w USA⁵¹). W badanej sytuacji przed-koncentracyjnej, czterech największych producentów butów w USA: International, Endicott-Johnson, Brown (razem z Kinney) i General Shoe, posiadało wspólnie udział rynkowy w wysokości 23%⁵². Stan pokoncentracyjny doprowadziłby do uzyskania przez uczestników koncentracji na niektórych rynkach geograficznych (generalnie stanowiących obszary miast powyżej 10.000 mieszkańców) 20% udziału w rynku sprzedaży butów damskich (w 32 miastach). W sześciu miastach doszłoby do uzyskania 40% udziału w rynku w sprzedaży butów dziecięcych, w Kansas i Dodge City 57% udziału rynkowego w rynku butów damskich, a także 49% w rynku butów dziecięcych w samym Kansas⁵³. W 118 miastach udział rynkowy w jednym z rynków właściwych produktowo (butów męskich, żeńskich lub dziecięcych) przekroczył 5%, a w 47 miastach taki udział został przekroczony na wszystkich trzech rynkach⁵⁴. Z holistycznego punktu widzenia zamierzona koncentracja doprowadziłaby do osiągnięcia przez jej uczestników drugiej pozycji rynkowej na terytorium Stanów Zjednoczonych w liczbie sklepów, z udziałem rynkowym 7,2%, a całkowitej ilości sprzedaży w wielkości 2,3%⁵⁵.

⁴⁴ The Sherman Antitrust Act.

⁴⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, *op. cit.*

⁴⁸ *Ibidem*, s.297.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 304.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 297.

⁵¹ *Ibidem*, s. 304.

⁵² *Ibidem*, s 301.

⁵³ *Ibidem*, s. 343.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 343.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 345.

Drugą z głośnych spraw tamtego okresu jest orzeczenie *Stany Zjednoczone przeciwko Philadelphia National Bank*, dotyczące zamierzonej koncentracji banków Philadelphia National Bank i Girard Trust Exchange Bank⁵⁶. Koncentracja miała polegać na połączeniu drugiego i trzeciego największego spośród 42 banków mających siedzibę w Filadelfii⁵⁷. Uczestnicy transakcji, stając się największym graczem rynkowym, uzyskaliby udział w rynku właściwym w wysokości 36% aktywów, 36% depozytów oraz 34% pożyczek netto⁵⁸. Zastosowane odpowiednio wskaźniki koncentracji CR2 i CR4⁵⁹ wskazywały m.in. na doprowadzenie do ich pokoncentracyjnych wielkości 59% aktywów, 58% depozytów, 58% pożyczek netto oraz 78% aktywów, 77% depozytów oraz 78% pożyczek netto (także przyrostu wskaźnika CR3 m.in. o 33%)⁶⁰. Zauważony został także tzw. rynkowy trend w kierunku koncentracji (*trend towards concentration*) oraz zmniejszenie liczby banków z 108 od roku 1947, do 42 na chwilę orzekania w sprawie⁶¹. Pomimo że koncentracja została zatwierdzona przez Kontrolera Waluty, stwierdzającego pozytywne (efektywnościowe) skutki dla konkurencji oraz możliwość lepszego służenia *dogodnościom i potrzebom społeczeństwa*, przez możliwość przyciągnięcia nowych inwestycji i utrzymania obecnych⁶², Sąd Najwyższy USA uznał ją za antykonkurencyjną.

Sprawą najwyraźniej obrazującą skutki statycznego pośredniego (strukturalnego) podejścia do oceny zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców jest orzeczenie w sprawie *United States przeciwko Von's Grocery Co.*⁶³ Orzekający w tej sprawie sąd uznał antykonkurencyjność koncentracji polegającej na nabyciu przez Von's Grocery Company, konkurującej na rynku sklepów spożywczych w Los Angeles, spółki Shopping Bag Food Stores. Przeanalizowany scenariusz pokoncentracyjny przewidywał, że rezultatem transakcji byłoby utworzenie podmiotu osiągającego udział w rynku właściwym w wysokości 1,4% liczonym w liczbie sklepów oraz 7,5% liczonym w ilości sprzedaży. Przed dokonaniem koncentracji Von's Grocery był trzecim co do wielkości przedsiębiorcą w ilości sprzedaży produktów spożywczych, a liczba jego sklepów w latach 1948–1958 uległa podwojeniu.

⁵⁶ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, *op. cit.*

⁵⁷ *Ibidem*, s. 330.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 331.

⁵⁹ Wskaźniki te zakładają zsumowanie udziałów rynkowych odpowiedniej liczby największych graczy rynkowych (CR2 – dwóch, CR4 – czterech itp.).

⁶⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, *op. cit.*

⁶¹ *Ibidem*, s. 331.

⁶² *Ibidem*, s. 333.

⁶³ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.*, *op. cit.*

Shopping Bag był natomiast szóstym pod względem wielkości sprzedaży produktów przedsiębiorcą, przy wzroście liczby sklepów z 15 do 34 w tym samym okresie. Planowana koncentracja doprowadziłaby do powstania drugiego największego przedsiębiorcy na wyznaczonym rynku właściwym, doprowadzając również do przyrostu 1,1% wskaźnika CR2 oraz 3,3% wskaźnika CR6⁶⁴. Wszystko to działo się w sytuacji ilości sklepów na terenie Los Angeles sięgającej liczby 150, lecz także całego rynku właściwego skłaniającego się ku coraz większej koncentracji⁶⁵. Po dokonaniu koncentracji czterech największych przedsiębiorców według wybranych form wskaźnika CR kontrolowałyby 28,8% rynku, ośmiu największych 44%, a dwunastu 50%.

W sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Koppers Company*⁶⁶ uznano natomiast, że przejęcie przez Koppers Company Inc. kontroli nad Thomas Flexible Coupling Company, doprowadzające do nabycia przez Koppers 5,8% udziału rynkowego i kontrolowania po dokonaniu koncentracji 28,8% rynku produkcji sprzęgieł samochodowych w USA w istotny sposób osłabi konkurencję⁶⁷. Po dokonaniu koncentracji czterech największych przedsiębiorców na tym rynku kontrolowałyby 54,6% rynku sprzedaży sprzęgieł, dwudziestu największych 94,5%, a pozostałych 41 przedsiębiorców 5,5%⁶⁸. Orzekający w tej sprawie sąd uznał, że jeśli Koppers dokona przejęcia nad istotnym konkurentem, to mniejsze firmy nie będą w stanie konkurować z połączonym podmiotem, który już posiada pozycję dominującą⁶⁹.

W innej badanej transakcji i sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Aluminum Co. Of America*⁷⁰ stwierdzono natomiast, że na rynku oligopolistycznym przy zmniejszającej się liczbie niezależnych przedsiębiorców, istotne jest zapobieganie wzrostowi koncentracji⁷¹. Nabycie przez Aluminum Co. Of America lidera rynkowego posiadającego 27,8% w rynku właściwym przewodników aluminium, spółki Rome Cable Corporation, ósmego gracza rynkowego posiadającego 1,3% rynku, przy strukturze w której pięciu największych graczy rynkowych kontrolowało 65,4% rynku, zostało uznane za istotnie osłabiające konkurencję⁷².

⁶⁴ *Ibidem*, s. 273.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 274.

⁶⁶ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 31.12.1955, w sprawie *United States v. Koppers Company*, 202 F. Supp. 437 (W.D. Pa. 1962).

⁶⁷ *Ibidem*, s. 448.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 454.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 448.

⁷⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 1.06.1964, w sprawie *United States v. Aluminum Co. of America*, 377 U.S. 271 (1964).

⁷¹ *Ibidem*, s. 272.

⁷² *Ibidem*, s. 278.

Na podstawie powyższych wyroków można wyróżnić podstawowe determinanty, jakimi kierowały się sądy w USA stosując metodę statycznej analizy pośredniej (strukturalnej) skutków koncentracji przedsiębiorców w latach 60. XX wieku.

Zgodnie z obowiązującymi wówczas założeniami ekonomicznymi przyjmowano stanowisko, że prewencyjny nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców ma za zadanie **zapobiegać doprowadzeniu do zbytniego skoncentrowania rynku właściwego**. Stopień koncentracji obliczany był poprzez zastosowanie modyfikowanego wskaźnika koncentracji CRx.

W sprawie *Brown Shoe* odnajdujemy stwierdzenia Sądu Najwyższego USA wskazujące, że wolą Kongresu USA ustanawiającego prawo ochrony konkurencji było zachowanie decentralizacji przemysłu⁷³. W sprawie *Von's Grocery's* odnajdujemy natomiast stwierdzenie, że celem zarówno ustawy Shermana, ustawy Claytona, jak i *Keller-Cefauver Act* było przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji w gospodarce amerykańskiej, polegające na utrzymaniu na rynku dużej liczby małych przedsiębiorców⁷⁴. W końcu w tym ostatnim orzeczeniu wyrokujący sąd wspomniał sprawę *Stany Zjednoczone przeciwko Trans-Missouri Freight Assn*, referując, że: *od początku istnienia tego państwa, istniał trwały i rozpowszechniony strach przed złem, które pochodzi od monopoli – którym jest koncentracja siły ekonomicznej w rękach niewielu*⁷⁵.

Utrzymanie zdekoncentrowanej struktury dotyczyło w szczególności rynków wykazujących **tzw. tendencję ku koncentracji**. **Organy antymonopolowe miały za zadanie ograniczać ową tendencję w jej zarodku (tzw. incipieny doctrine)**⁷⁶. Koncentracje mające miejsce na rynkach, które kreowały w latach poprzedzających dokonanie transakcji coraz mniejszą liczbę konkurentów, traktowane były z większą ostrożnością⁷⁷. W tym zakresie w sprawie *Von's Grocery's* znajduje się kolejne istotne stwierdzenie, że *gdzie koncentracja rynku nabiera rozpędu, należy wykonywać zamierzenie Kongresu ochrony konkurencji przed zwiększeniem tej koncentracji poprzez (kolejną) koncentrację przedsiębiorców*⁷⁸.

Stosowano także interesującą z punktu widzenia dzisiejszej wiedzy ekonomicznej **teorię domina koncentracji rynku**. Teoria ta zaprzeczała pro-

⁷³ Orzeczenie *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, *op. cit.*, s. 244.

⁷⁴ Orzeczenie *United States v. Von's Grocery Co.*, *op. cit.*, s. 276.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 275.

⁷⁶ Orzeczenie *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, *op. cit.*, s. 346.

⁷⁷ Zobacz: orzeczenie Sądu Najwyższego USA, z 26.06.1976, w sprawie *United States v. Marine Bancorporation Inc. Grunman Corp.* 418 U.S. 602 (1974); orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit, z 17.10.197, w sprawie *Stanley Works v. FTC*, No. 11, Docket 71-1742.

⁷⁸ Orzeczenie w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.*, *op. cit.*, s. 278; orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 13.06.1966, w sprawie *United States v. Pabst Brewing Co.* 384 U.S. 546 (1966).

konkurencyjnym skutkiem efektywnościowym koncentracji horyzontalnych. Priorytet dla podzielonej struktury rynku właściwego uzasadniany był obroną przed obawą, że koncentracja kreująca znaczny udział rynkowy przedsiębiorcy doprowadzi do kolejnych połączeń będących odpowiedzią na rozmiar powstałego podmiotu⁷⁹. Konsekwencją takiego ciągu przyczynowo-skutkowego miało być wykreowanie oligopolu niedopuszczalnego z punktu widzenia podejścia strukturalnego. Wolą uniknięcia oligopolistycznych struktur rynków kierował się bowiem Kongres USA stanowiący prawa antymonopolowe⁸⁰. W związku z tym, chociażby w sprawie *Brown Shoe*, orzekający sąd zaprzeczył przedstawianym przez uczestników koncentracji argumentom efektywnościowym (niższe ceny, wyższa jakość oferowanych produktów)⁸¹. Wyraził wręcz aprobatę w stosunku do poglądu, że okazjonalne wyższe koszty czy ceny mogą być związane z pofragmentowanym sektorem gospodarki⁸². Takie stanowisko zostało potwierdzone w sprawie *FTC przeciwko Procter & Gamble Co*⁸³. Sąd Najwyższy USA stwierdził tam, że efektywności (*possible economics*) nie mogą służyć za obronę przed antykonkurencyjnością koncentracji⁸⁴. Także w sprawie *Philadelphia National Bank* odrzucono argumenty efektywnościowe polegające np. na możliwości świadczenia wyższego poziomu usług konsumentom⁸⁵. Podobne podejście zastosowano w cytowanej sprawie *Koppers*. Zauważono, że koncentracja doprowadzić może do kolejnych połączeń w celu sprostania konkurencji ze strony uczestników transakcji⁸⁶. Orzekający w tej sprawie sąd uznał też, że posiadane przez Koppers zasoby, pozwalające na dalszy rozwój i innowacje czy też spowo-

⁷⁹ E.T. Sullivan, H. Hovenkamp, H.A. Shelanski, *op. cit.*, s. 809; J.L. Paterman, *The Brown Shoe Case*, Journal of Law and Economics 1975, vol. 18, s. 344.

⁸⁰ Orzeczenie w sprawie *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, *op. cit.*, s. 344.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Zobacz też orzeczenie w sprawie *United States v. Aluminum Co. of America: W trakcie historii ustawy było stale zakładane, że jedną z przyczyn jej powstania była wola zachowania, dla jej własnego dobra i bez względu na możliwe koszty, organizacji przemysłu w postaci małych jednostek, które efektywnie konkurowałyby pomiędzy sobą.*

⁸³ Orzeczenie, w sprawie *FTC v. Procter & Gamble Co.*, *op. cit.*

⁸⁴ *Ibidem*, s. 579: Sąd Najwyższy USA stwierdził np., że koncentracja, która może w istotnym stopniu ograniczyć konkurencję, nie może być dozwolona z tego powodu, że na podstawie obliczeń społecznych lub ekonomicznych zysków i strat może przynieść zyski.

⁸⁵ Orzeczenie w sprawie *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, *op. cit.*, s. 370: w tym możliwości konkurowania z większymi bankami z innych stanów, w tym w szczególności Nowy Jork, oraz zdolność do przyciągnięcia inwestycji i stymulowanie wzrostu gospodarczego, ponieważ zdaniem sądu istotne ograniczenie konkurencji nie może zostać usprawiedliwione tym, że w ostatecznym rozrachunku pozytywnych i negatywnych efektów socjalnych i ekonomicznych może okazać się korzystne.

⁸⁶ Orzeczenie w sprawie *United States v. Koppers Company*, *op. cit.*, s. 449.

dowane połączeniem zmniejszenie wewnętrznych kosztów przedsiębiorcy, są zagrożeniem dla konkurencji i będą prowadzić do *nieuniknionego wycisnięcia* konkurentów z rynku⁸⁷.

W końcu utrzymanie odpowiednio podzielonej struktury rynków następowo przez **sprzeciwianie się koncentracjom kreującym zbyt wysoki udział rynkowy**. Widać to m.in. po stwierdzeniu sądu orzekającego w sprawie *Brown Shoe*, że *udział rynkowy, który przedsiębiorcy będą kontrolowali w wyniku połączenia jest jednym z najistotniejszych czynników wymagających rozważenia przy determinowaniu potencjalnych skutków transakcji, na skuteczną konkurencję na rynku właściwym*⁸⁸. Co prawda sąd zwrócił uwagę na inne czynniki – jak struktura, historia i prawdopodobna przyszłość rynku⁸⁹. Niemniej jednak już rok później w innej sprawie **nadał właściwie priorytet udziałowi rynkowemu i strukturze rynku**. W sprawie *Philadelphia National Bank* Sąd Najwyższy USA stwierdził, że koncentracja kreująca ponad 30% udziału rynkowego (przy odpowiednim skoncentrowaniu rynku) doprowadzi do powstania przedsiębiorcy posiadającego nadmierny (*udue*), z punktu widzenia ochrony konkurencji, udział rynkowy⁹⁰. Wspólnie ze znacznym wzrostem poziomu koncentracji rynku, wskazano na nieodłączne prawdopodobieństwo (*inherently likely*) osłabienia konkurencji. Osłabienie to powinno zostać zakazane, jeśli nie ma innych dowodów jasno wykazujących (*clearly showing*), że koncentracja nie kreuje skutków antykonkurencyjnych⁹¹. Wprowadzenie takiego testu antykonkurencyjności zamierzonych koncentracji oparte zostało na jego *zgodności z teorią ekonomii*. Traktowała ona, że konkurencja jest największa tam, gdzie jest wielu sprzedających, a żaden z nich nie ma znaczącego udziału rynkowego. Taki pogląd został przez orzekający sąd uznany za wspólną i spójną płaszczyznę dla ekonomistów⁹². Sąd Najwyższy USA powołał się w tym miejscu na wspomnianych już wyżej ówczesnych ekonomistów, w tym prace Keyseya i Turnera⁹³, Baina⁹⁴, Masona⁹⁵, Markhama⁹⁶ czy G. Stiglera⁹⁷.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Orzeczenie w sprawie *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, *op. cit.*, s. 343.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 322.

⁹⁰ Orzeczenie w sprawie *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, *op. cit.*, s. 322.

⁹¹ *Ibidem*, s. 363; zob. również: J.W. Markham, *op. cit.*, s. 492.

⁹² Orzeczenie w sprawie *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, *op. cit.*, s. 263.

⁹³ C. Kaysen, D.F. Turner, *op. cit.*, s. 133.

⁹⁴ J. Bain, *Barriers to new competition...*, s. 27.

⁹⁵ J. Mason, *Market Power and Business Conduct: Some Comments*, *American Economic Review* 1956, vol. 47, nr 2, s. 471.

⁹⁶ J.W. Markham, *op. cit.*, s. 491.

⁹⁷ G.J. Stigler, *Mergers and...*

Sprawa *Philadelphia National Bank* pokazuje jednocześnie dążenie ówczesnych organów ochrony konkurencji do wykreowania jak najbardziej klarownych metod rozgraniczenia legalności i nielegalności zachowań rynkowych. Takie podejście dążyło do ukształtowania dla oceny koncentracji horyzontalnych, standardu oceny według stosowanej w federalnym prawie ochrony konkurencji USA reguły nielegalności *per-se* praktyk antykonkurencyjnych⁹⁸. Z wolą do ukształtowania takiego standardu oceny należy wiązać opieranie się organów ochrony konkurencji wyłącznie na udziałach rynkowych lub stopniu koncentracji rynku. Warto przy tym zauważyć, że wprowadzone domniemanie nadmiernego udziału rynkowego⁹⁹ jest po dzień dzisiejszy pierwszym krokiem analizy koncentracji horyzontalnych w USA. Istnieje ono jednak, jako domniemanie obalalne, uważane raczej za wstęp do przeprowadzenia tzw. analizy *quick look*¹⁰⁰ antykonkurencyjności koncentracji¹⁰¹. Wskazane domniemanie stanowi więc w chwili obecnej *de facto* przyczynę do analizy koncentracji według szeroko rozumianej reguły rozsądku (*rule of reason*)¹⁰². Taką możliwość zauważył już w latach siedemdziesiątych Sąd Najwyższy USA, orzekając w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko General Dynamics Corp.* z 1974 roku¹⁰³.

Podsumowując myśl ekonomiczna wywodząca się ze szkoły harwardzkiej, przenikając do świadomości Sądu Najwyższego USA, doprowadziła do wydania kluczowych orzeczeń dotyczących koncentracji horyzontalnych.

⁹⁸ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958); W.H. Page, *The Ideological Origins...*, s. 3; W.H. Page, *Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust*, Emory Law Journal 1995, vol. 44, iss. 1.

⁹⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 6.04.1966, w sprawie *United States v. First National Bank and Trusts*, 376 U.S. s. 676 (1964).

¹⁰⁰ Dla analizy *quick look* dla porozumień zobacz: orzeczenia Sadu Najwyższego USA w sprawach *Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 441 U.S. 1 (1979), *Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Bd. of Regents of Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984), a także treść orzeczenia United States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945): „jeśli istniałaby wymówka, to Alcoa nie nadużyłaby władzy rynkowej, ale to na Alcoa leży ciężar udowodnienia, że tego nie zrobiła”.

¹⁰¹ S. Salop, *The Evolution and Vitality of Merger Presumptions*, draft 6/22/2015, s. 2, dostępne na: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=facpub>.

¹⁰² Co ciekawe treść uzasadnienia została napisana przez sędziego R. Posnera pracującego wtedy w roli clerk dla sędziego Brennana. Posner wskazywał, że jego podejście było głównie zainspirowane artykułem Dereka Bok cytowanym w uzasadnieniu, zobacz: http://3197d6d14b5f19f2f4405e13d29c4c016cf96cbbfd197c579b45.r81.cf1.rackcdn.com/collection/orallhistories/20110125_Posner_Richard_T.pdf

¹⁰³ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. General Dynamics Corp.*, *op. cit.*

W uzasadnieniach tych orzeczeń nieodpowiednia **struktura rynku, na którym dokonywana była zamierzona koncentracja, była głównym determinantem stwierdzenia jej antykonkurencyjnych skutków.**

2.3. Polityka organów ochrony konkurencji w USA

Wynikiem wydania analizowanych wyżej orzeczeń była również wola uporządkowania polityki organów antymonopolowych USA wobec nadzoru koncentracji przedsiębiorców. Doszło do tego poprzez pełne odzwierciedlenie przedstawianego wyżej podejścia sądów w pierwszych wyjaśnieniach dotyczących oceny koncentracji horyzontalnych wydanych przez DOJ w roku 1968. Odwołując się do ustawy Claytona, konstytuującej w Artykule 7 test istotnego osłabienia konkurencji (SLC)¹⁰⁴, w wytycznych przedstawiono stanowisko, że zasadniczą rolą jego stosowania, było *zachowanie i promocja struktur rynkowych pozwalających zachować konkurencję*¹⁰⁵. W analizowanym dokumencie znajduje się także stwierdzenie, że badając koncentracje horyzontalne, w pierwszej kolejności DOJ przywiązywał wagę do udziałów rynkowych przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (*merging firms*). W dalszej części DOJ wskazał, że struktura rynku jest istotna z punktu widzenia polityki ochrony konkurencji. Miało tak być głównie dlatego, że zachowanie indywidualnych przedsiębiorców na rynku bywa kontrolowane przez strukturę rynku, przez co należy rozumieć czynniki zasadniczo stałe, których zmiany zachodzą powoli¹⁰⁶. Za takie czynniki w szczególności uznawano: liczbę przedsiębiorców na rynku (*number of substantial firms*), wielkość posiadanych przez nich udziałów rynkowych (*market shares*), a także solidność (*substantiality*) barier wejścia na rynek (*barriers of entry*)¹⁰⁷. Również charakterystycznie dla statycznej analizy pośredniej (strukturalnej) DOJ zaznaczył, że skoncentrowana struktura rynku zniechęca do prowadzenia energicznej (*vigorous*) konkurencji, a zachęca do stosowania zachowań nieefektywnych i ekonomicznie niepożądanych. Podsumowując, w wydanych wytycznych DOJ stwierdził, że celem nadzoru nad koncentracjami jest zapobieganie takim koncentracjom, które zmienią strukturę rynku w ten sposób, że pozwoli to na, lub zachęci do zachowań antykonkurencyjnych¹⁰⁸. W wyjątkowych wypadkach

¹⁰⁴ Clayton Antitrust Act §7, 15 U.S.C. §§ 12–27.

¹⁰⁵ United States Department of Justice, *Merger Guidelines 1968*, s. 1, dostępne na: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf>

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 2.

czynniki strukturalne mogły jednak nie być przesądzającymi o wyniku prowadzonej analizy¹⁰⁹.

W celu oceny struktury rynku właściwego Wytyczne DOJ z 1968 stosowały tzw. wskaźnik koncentracji CR4.

Co do zasady, za zamierzone koncentracje przedsiębiorców które powinny zostać uznane za nielegalne, uznawano transakcje na rynku, na którym czterech największych przedsiębiorców posiadało więcej niż 75% udziału rynkowego. Dodatkowo spełnione musiały zostać alternatywne przesłanki:

- (i) przedsiębiorca nabywający posiadał 4% udziału rynkowego, a nabywany 4% lub więcej,
- (ii) przedsiębiorca nabywający posiadał 10% udziału rynkowego, a nabywany 2% lub więcej,
- (iii) przedsiębiorca nabywający posiadał 15% udziału rynkowego, a nabywany 1% lub więcej¹¹⁰.

Koncentracje uznawane były także za antykonkurencyjne jeśli czterej najwięksi przedsiębiorcy na rynku właściwym osiągnęli poniżej 75% udziału rynkowego przy jednoczesnym posiadaniu:

- (i) przez przedsiębiorcę nabywającego co najmniej 5% udziału rynkowego, a przez przedsiębiorcę nabywanego 5% lub większej ilości udziału rynkowego albo
- (ii) przez przedsiębiorcę nabywającego 10% udziału rynkowego, a przez przedsiębiorcę nabywanego 4% udziału rynkowego lub więcej albo
- (iii) przez przedsiębiorcę nabywającego 15% udziału rynkowego, a przez przedsiębiorcę nabywanego 3% udziału rynkowego lub więcej albo
- (iv) przez przedsiębiorcę nabywającego 20% udziału rynkowego, a przez przedsiębiorcę nabywanego 2% udziału rynkowego lub więcej albo
- (v) przez przedsiębiorcę nabywającego 25% udziału rynkowego lub więcej, a przez przedsiębiorcę nabywanego 1% udziału rynkowego lub więcej¹¹¹.

DOJ zastrzegł jednocześnie pomocnicze stosowanie wskaźników koncentracji CR2 do CR8 w sytuacji wystąpienia zacierpniętego z orzecznictwa tzw. *trendu w kierunku koncentracji (trend toward concentratio)*. Występował on, gdy udział rynkowy grupy największych przedsiębiorców (składającej się z dwóch do ośmiu największych przedsiębiorców) zwiększył się w ciągu ostatnich 5–10 lat o 7% lub więcej¹¹². W Wytycznych DOJ z 1968 roku sugerowano też możliwość zakazania dokonania koncentracji, jeśli wielkość udziału w rynku wynosiła powyżej 15% przy przyroście 1%. DOJ zgodnie

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 2.

¹¹⁰ *Ibidem*, s. 6.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*, s. 7.

z analizowanym orzecznictwem pozostał również sceptyczny co do oceny efektywności powstałych w wyniku koncentracji¹¹³.

Styczne podejście pośrednie (strukturalne) zostało w zasadzie podtrzymane w kolejnych wydanych przez DOJ wytycznych koncentracyjnych w roku 1982¹¹⁴. Wszakże mogłoby się wydawać, że ich głównym założeniem nie było już promowanie odpowiednich struktur rynkowych, ale niedoprowadzenie przez organy ochrony konkurencji do *powstania lub wzmocnienia siły rynkowej lub ułatwienia jej wykorzystywania*¹¹⁵. Z pewnością łączyło się to z artykułowymi już w tym okresie poglądami tzw. chicagowskiej szkoły prawa ochrony konkurencji¹¹⁶. Siła rynkowa została nawet zdefiniowana w tym dokumencie jako możliwość opłacalnego podniesienia cen ponad poziom konkurencyjny na znaczący okres czasu¹¹⁷. Zmiany mogą wskazywać na początek uelastycznienia analizy zamierzonych koncentracji horyzontalnych z powodu obecnych już liberalnych poglądów chicagowskich¹¹⁸. Niemniej jednak pomimo zreferowanych zmian, **utrzymano priorytet udziałów rynkowych łączących się przedsiębiorców oraz stopnia koncentracji rynku dla wyniku analizy skutków koncentracji**¹¹⁹. Wskazano, iż przy natężeniu tych czynników organ będzie badać także inne aspekty. Tymi aspektami była jednak głównie łatwość wejścia na rynek (bariery wejścia). DOJ zwrócił także uwagę na *pozostałe czynniki* (np. natura produktów i warunki sprzedaży czy funkcjonowanie rynku), ale ich ocena dokonywana była jedynie w perspektywie ułatwienia i opłacalności zmony¹²⁰. Wytyczne DOJ z roku 1982 wskazywały również zasadniczy sceptycyzm, co do efektywności pochodzących z zamierzonych koncentracji przedsiębiorców. W zakresie siły rynkowej przedsiębiorcy, przyjmowano stanowisko, że im mniejszy procent całości rynku kontroluje dany podmiot, tym bardziej surowo (*severely*) musi ograniczać swój poziom produkcji, by wygenerować wzrost cen¹²¹.

Istotną zmianą było natomiast zastosowanie dla mierzenia stopnia koncentracji rynku wskaźnika *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI). Wskaźnik ten nadaje większe znaczenie dużym udziałom rynkowym niż stosowany wcześniej wskaźnik CR. Zwiększa też precyzję w obliczeniu poziomu skoncentrowania

¹¹³ *Ibidem*, s. 8.

¹¹⁴ United States Department of Justice, *1982 Merger Guidelines*, dostępne na: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm>.

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 2.

¹¹⁶ Zob. pkt 4.2 poniżej.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Zobacz, pkt 2.2 niniejszej książki.

¹¹⁹ United States Department of Justice, *1982 Merger Guidelines*, s. 11.

¹²⁰ *Ibidem*, s. 16.

¹²¹ *Ibidem*, s. 12.

rynku¹²². Według wskaźnika HHI za rynki nieskoncentrowane uznawano takie, których współczynnik HHI wynosił mniej niż 1000 pkt., za rynki nisko (*moderately*) skoncentrowane, takie, których współczynnik wynosił 1000–1800 pkt. wraz ze wzrostem o 100 pkt, a za rynki wysoce skoncentrowane, takie, których współczynnik HHI wynosił powyżej 1800 pkt.¹²³ wraz z jego wzrostem powyżej 100 pkt. Należy jednak zauważyć, że **Wytyczne DOJ z 1982 roku traktowały poziom skoncentrowania rynku w dalszym ciągu głównie jako przesłankę doprowadzenia do ułatwienia zмовы czy też zależności oligopolistycznej pomiędzy przedsiębiorcami. Były to jednocześnie nadal główne zagrożenia pochodzące z ukształtowania się nieodpowiedniej struktury (oligopolistycznej) rynku.** Wytyczne zwracały także *explicite* uwagę na słusność blokowania koncentracji dokonywanych przez przedsiębiorców posiadających więcej niż 35% udziału rynkowego i będącego dwukrotnie większym od udziału rynkowego kolejnego gracza rynkowego (nawet w wyniku przyrostu o 1%)¹²⁴.

Należy zauważyć, że odejście od statycznego podejścia pośredniego – jeśli chodzi o praktykę orzecniczą, rozpoczęło się wraz z wydaniem wyroku w sprawie *United States przeciwko General Dynamics Corp*¹²⁵. To przełomowe, także z punktu widzenia prowadzonego w niniejszej monografii badania, orzeczenie wskazało bowiem, że statyczna mierzalność udziału rynkowego może być niewystarczająca do wykazania faktycznej pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Wyrokujący w tej sprawie sąd, podczas oceny skutków rynkowych zamierzonej koncentracji, wziął pod uwagę wyczerpywanie zasobów produktowych biernego uczestnika koncentracji, które obniżało jego potencjał do konkurencyjności w przyszłości¹²⁶. Większość z tych zasobów była wyczerpana lub zakontraktowana na długoterminowe umowy. Obniżało to ich wpływ na cenę rynkową, a tym samym na ocenę istotności posiadanego udziału rynkowego.

2.4. Wnioski

Podsumowując powyższe rozważania i odpowiadając na pytanie badawcze nr 1, w mojej ocenie należy wskazać następujące skutki dotyczące stosowania statycznej pośredniej (strukturalnej) metody analizy zamierzonych koncentracji przedsiębiorców:

¹²² *Ibidem*, s. 13.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*, s. 15.

¹²⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. General Dynamics Corp.* 415 U.S. 486, (1974).

¹²⁶ *Ibidem*, s. 501.

Po pierwsze katalog narzędzi stosowanych przez organy antymonopolowe ograniczony był w zasadzie do udziałów rynkowych, stopnia koncentracji rynku właściwego oraz oceny barier wejścia na rynek.

Po drugie, podstawą stosowania tej metody była dostępna na początku drugiej połowy XX wieku wiedza ekonomiczna. Stanowiła ona, że głównym zagrożeniem dla konkurencji jest oligopolistyczna struktura rynku. Struktura tego typu prowadzić miała do utraty niezależności graczy rynkowych (*oligopolistic interdependance*) i porzucenia skutecznej konkurencji na rzecz współzależności rynkowej. Miało to skutkować to *de facto* powstaniem **kolektywnej siły rynkowej**.

Po trzecie, konsekwentnie to **kolektywna siła rynkowa** była uważana za główne zagrożenie, wynikające z dokonania zamierzonej koncentracji przedsiębiorców.

Po czwarte, jeżeli organy antymonopolowe lub sądy badały zamierzone utworzenie gracza rynkowego o dużym udziale rynkowym, to u podstaw stwierdzenia antykonkurencyjności takiej koncentracji znajdowała się **teoria domina rynku**. Prowadzi ona w końcowym efekcie również do osiągnięcia oligopolistycznej struktury rynku.

Po piąte, referowane podejście eliminowało możliwość skutecznego przedstawiania w postępowaniach dotyczących zamierzonych koncentracji przedsiębiorców argumentów dotyczących efektywności, pochodzących z dokonania zamierzonych koncentracji przedsiębiorców.

Po szóste, oparcie analizy horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców jedynie na ograniczonych statycznych czynnikach pośrednich (strukturalnych), w tym w szczególności na poziomie koncentracji rynku, prowadziło do blokowania nawet takich transakcji, w wyniku których powstałyby nieznacznie wyższe od przedkoncentracyjnych – udziały rynkowe.

W mojej ocenie nadanie strukturze rynku miana czynnika decydującego o ocenie skutków koncentracji horyzontalnej jest immanentnie związane z powszechną w latach 60. XX wieku niechęcią organów ochrony konkurencji do oligopolistycznych struktur rynkowych.

Rozdział 3.

Metoda analizy pośredniej

3.1. Podstawy ekonomiczne

Wraz z rozwojem nauki ekonomii, a także wraz z coraz większym doświadczeniem w ocenie koncentracji przedsiębiorców, organy antymonopolowe zaczęły stosować dodatkowe kryteria pośredniej analizy ich skutków. Zaczęły także weryfikować i modyfikować stosowane już narzędzia.

Z punktu widzenia graczy rynkowych, kluczowym elementem otoczenia przedsiębiorcy jest sektor, w którym konkurują¹. Sektor ten (jego budowa i zachowanie) jest poddawany badaniu przez organ ochrony konkurencji podczas postępowań w sprawach koncentracji przedsiębiorców. Obecnie organy ochrony konkurencji zdają się w coraz mniejszym stopniu polegać na statycznych wskaźnikach pośrednich (strukturalnych). Starają się w pierwszej kolejności zrozumieć funkcjonowanie danej gałęzi przemysłu (rynku właściwego) i wpływu zamierzonych koncentracji na zachowania rynkowe przedsiębiorców². Wiąże się to z odejściem od założeń harwardzkiej szkoły prawa ochrony konkurencji w kierunku tzw. szkoły chicagowskiej, a w późniejszym okresie szkoły postchicagowskiej.

Według założeń przedstawicieli chicagowskiej szkoły prawa antymonopolowego, polityka konkurencji powinna promować lub tolerować zachowania uczestników rynków, które generują efektywność alokacyjną, zwiększając dobrobyt konsumentów³. Polityka konkurencji powinna równocześnie zabraniać zachowań ekonomicznie nieefektywnych.

Najważniejsze poglądy przedstawicieli tego nurtu, wpływającego na stosowanie prawa antymonopolowego, to: (i) wskazanie efektywności ekonomicz-

¹ M.E. Porter, *Strategia konkurencyjna, metody analizy sektorów i konkurentów*, przeł. Andrzej Ehrlich, Wydawnictwo MT Biznes, Warszawa 2006, s. 23.

² J. Farrell, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 2010, Vol. 10, s. 3.

³ Zob.: A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law, text, cases, and materials*, third edition, OXFORD University Press, 2008, s. 23.

nej, jako podstawowego celu polityki konkurencji, (ii) przyjęcie, że rynki co do zasady są konkurencyjne nawet w przypadku nieznacznej liczby graczy rynkowych, (iii) niewielkie znaczenie istnienia barier wejścia na rynek oraz (iv) duże znaczenie istnienia efektów skali⁴. W zakresie polityki konkurencji przedstawiciele szkoły chicagowskiej zakładali też, że rynki ulegają samoczynnej naprawie, a interwencja publiczna w działalność przedsiębiorców powinna być maksymalnie ograniczona. Zaprzeczali również temu, że polityka konkurencji służy ochronie małych przedsiębiorców⁵.

Wyłącznym celem polityki konkurencji, według przedstawicieli szkoły chicagowskiej, powinno być podniesienie efektywności gospodarki. Poprzez tą efektywność rozumiano głównie efektywność alokacyjną. Jak stwierdzał jeden z najwybitniejszych przedstawicieli *chicago school of antitrust* R. Bork: *misją prawa konkurencji jest ochrona, ulepszenie i umocnienie mechanizmów ekonomicznych, które nakazują przedsiębiorcom odpowiadać na potrzeby konsumentów*⁶.

Przedstawiciele szkoły chicagowskiej uważali, że efektywność ekonomiczna jest tym, do czego powinna dążyć polityka konkurencji. Zasadniczo efektywność można podzielić na efektywność alokacyjną⁷ oraz efektywność produkcyjną⁸. Zadaniem polityki konkurencji było m.in. dążenie do osiągnięcia jak najlepszych relacji pomiędzy tymi efektywnościami.

Opisywana szkoła prawa ochrony konkurencji przywiązywała mniejszą wagę do barier wejścia na rynek. Jej przedstawiciele uważali bowiem, że przedsiębiorcy będą dokonywać inwestycji, nawet w przypadku wysokich barier wejścia, jeśli inwestycje przyniosą odpowiednią stopę zwrotu. Za szkodliwe dla konkurencji przedstawiciele szkoły chicagowskiej uznawali jedynie administracyjne bariery wejścia na rynek. Wejścia na rynek, w ich ocenie, nie powinny być przedmiotem regulacji państwa⁹.

Zdaniem przedstawicieli szkoły chicagowskiej, dużą wagę należy przywiązywać do ekonomii skali. Odgrywa ona większą rolę w stosunkach gospodarczych niż dotychczas uważano. Dzieje się tak w szczególności w zakresie dystrybucji.

Konsekwencją poglądów szkoły chicagowskiej dla prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami jest m.in. to, że niektóre rynki mogą być bardziej efektywne

⁴ Zob.: H. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, Michigan Law Review 1985, Vol. 84, s. 226–229.

⁵ Zob.: A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Law, text, cases, and materials, third edition*, OXFORD University Press, 2008, s. 23 i nast.

⁶ R. Bork, *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*, Nowy Jork 1978.

⁷ Polegającej na jak najefektywniejszej alokacji (wykorzystaniu) zasobów ekonomicznych.

⁸ Polegającej na jak najefektywniejszej produkcji np. przez wykorzystanie jak najmniejszych zasobów lub produkcji maksymalizującej wydajność.

⁹ Zob.: A. Jones, B. Sufirin, *op. cit.*, s. 30.

tylko na odpowiednio wysokim poziomie koncentracji. W związku z tym rynki oligopolistyczne nie stanowią aż tak dużych problemów z punktu widzenia celów polityki konkurencji, jak uważali przedstawiciele szkoły harwardzkiej. Udział w rynku przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji także nie powinien zajmować centralnego miejsca w ocenie koncentracji horyzontalnych. Powinien on być rozważany w świetle pozostałych parametrów rynkowych¹⁰.

3.2. Udział w rynku uczestników koncentracji

3.2.1. Wstęp

Organy antymonopolowe podczas analizy skutków rynkowych koncentracji horyzontalnych **w pierwszej kolejności (po zdefiniowaniu rynku właściwego) przeprowadzają obliczenie udziałów w rynku, jakie w wyniku dokonania koncentracji osiągną koncentrujący się przedsiębiorcy**. Pierwszeństwo podliczenia udziałów rynkowych bierze się z powiązania całościowego udziału rynkowego (100%) z posiadaniem monopolu lub też znacznego udziału w rynku z istnieniem firmy dominującej (*dominant firm*)¹¹.

Związek wysokości udziału rynkowego z konkurencyjnością rynków wskazał jeden z sądów w USA. Stał on na stanowisku, że jeżeli przedsiębiorca posiadający 50% udziału rynkowego w celu podwyższenia ceny obniży poziom swojej produkcji o 20%, to inni przedsiębiorcy uczestniczący w rynku będą musieli podwyższyć swój poziom produkcji o ok. 20%, by wyrównać straty rynkowe. Działanie konkurentów może jednak okazać się niemożliwe z różnych powodów. Dlatego też przedsiębiorca dominujący, niebędący monopolistą, może być w stanie podnieść cenę rynkową produktu (jako następstwo obniżenia podaży)¹².

Fakt przywiązania organów antymonopolowych do dużego udziału rynkowego w kwestii decydowania o antykonkurencyjności koncentracji lub posiadania siły rynkowej przez przedsiębiorcę potwierdza A. Jones. Autorka zauważa, że im wyższy udział rynkowy, tym bardziej prawdopodobne jest

¹⁰ T.A. Piraino Jr., *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*, Indiana Law Journal 2007, vol. 82, issue 2, s. 359.

¹¹ Zob. pkt 1.6. książki.

¹² Zob: G.J. Stigler, *The Dominant Firm and the Inverted Umbrella*, Journal of Law and Economics 1965; G. Stigler, *The Organization of Industry*, Homewood, III Richard Irwin, 1968. Orzeczenie United States Court of Appeals, w sprawie *Blue Cross & Blue Shield United of Wis. v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1411 (7th Cir. 1995).

stwierdzenie posiadania pozycji dominującej¹³. Jednocześnie przeprowadzone badania empiryczne praktyki decyzyjnej Komisji świadczą o praktycznym związku wysokości (i przyrostu) udziałów rynkowych z rozstrzygnięciami wydanymi przez ten organ antymonopolowy. Okazuje się bowiem, że jeżeli w wyniku koncentracji nie powstaną bariery wejścia, a wzrost udziału rynkowego wyniesie 10%, to prawdopodobieństwo wydania decyzji zakazującej dokonania koncentracji wynosi 14%. Przy wzroście o 27% prawdopodobieństwo wynosi już 75%, a przy wzroście o 38% aż 95%¹⁴.

W praktyce, będąc ważnym elementem ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji, udział rynkowy może być niekiedy niesłusznie czynnikiem samodzielnie decydującym o wyniku prowadzonej analizy. Takie podejście poddaje w wątpliwość chociażby stan dzisiejszej wiedzy ekonomicznej. Argumentując to twierdzenie, należy w pierwszej kolejności zastanowić się, **czy właściwą odpowiedzią na pytanie stawiane przed organami antymonopolowymi w zakresie skutków jednostronnych: „ile siły rynkowej” lub „czy zaistnieje siła rynkowa”, powinna być np. odpowiedź „60% udziału rynkowego”?** Taką odpowiedź L. Kaplow określa mianem błędu kategorycznego¹⁵. Prawidłową odpowiedzią, w świetle definicji siły rynkowej, powinno być bowiem wskazanie stopnia możliwości podniesienia ceny utożsamiającej parametr konkurencji mogący obniżyć dobrobyt konsumentów¹⁶. I. Kokkoris i H. Shelanski wykazują dodatkowo, że błędnym założeniem jest takie, iż każdy procent udziału w rynku wywiera taką samą presję na każdy inny procent udziału w rynku (pozostałych graczy rynkowych), a także, że na udziały w rynku nie wpływają siły znajdujące się poza rynkiem¹⁷. U. Schwalbe i D. Zimmer zwracają natomiast uwagę, że po dokonaniu koncentracji udziały powstałego w jej wyniku przedsiębiorcy będą w rzeczywistości mniejsze niż udziały przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Udziały ich konkurentów ulegną zaś zwiększeniu¹⁸.

¹³ A. Jones, B. Sufrin, *op. cit.*, s. 397.

¹⁴ Zobacz: B.M. Fernandez, I. Hashi, M. Jegers, *The implementation of the European Commission's Merger Regulation 2004: An empirical analysis*.

¹⁵ L. Kaplow, *Market Share Thresholds: On the Conflation of empirical Assessment and Legal Policy Judgments*, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 692, s. 8. Dostępne na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1873431; zobacz także: R. Posner, *The Economic Analysis of Law*, Fourth edition, Little, Brown and Company, Boston–Toronto–Nowy Jork 1992, s. 303.

¹⁶ *Ibidem*, s. 10.

¹⁷ I. Kokkoris, H. Shelanski, *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, OXFORD, 2014, s. 221.

¹⁸ U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, OXFORD University Press, 2009, s. 198.

Mimo, że nawet 100% udział rynkowy uczestników koncentracji może w pewnych okolicznościach nie wyposażać przedsiębiorcy w siłę rynkową, jest on jednak, moim zdaniem, słusznie stosowany, jako pierwszy krok przeprowadzenia analizy utworzenia władzy nad rynkiem. Wysoki udział w rynku powinien pełnić rolę podstawy (przesłanki) przeprowadzenia dalszej analizy ekonomicznej skutków zamierzonej koncentracji przedsiębiorców.

3.2.2. Kalkulacja udziału w rynku

Już sama kalkulacja udziałów rynkowych może wprowadzić konfuzję podczas analizy skutków zamierzonej koncentracji przedsiębiorców. Obliczenie udziału rynkowego może mieć różne podstawy, a co za tym idzie można podawać w wątpliwość zasadność przedstawienia odpowiednich obliczeń w indywidualnej sprawie.

Po pierwsze, udział rynkowy może zostać obliczony na podstawie **wartości sprzedaży na danym rynku właściwym**. Tak czyni Komisja, w przypadku gdy rynek właściwy bierze za swój wymiar produktowy **produkty zróżnicowane**. W sprawie *Du Pont/ICI* Komisja stwierdziła, że *na rynku, na którym produkty są zróżnicowane (...) właściwa metoda obliczania udziałów rynkowych musi być oparta na wartości, a nie na ilości. (...) Obliczenia oparte na wielkości nie odzwierciedlą rzeczywistej pozycji graczy rynkowych*¹⁹. W sprawie *Procter & Gamble/ Schickedanz II* Komisja stwierdziła również, że zdolność do dyktowania wyższej ceny, spowodowana zróżnicowaniem produktów, jest *ważnym czynnikiem wskazującym na właściwą siłę rynkową tego przedsiębiorcy w stosunku do jego konkurentów i że zdolność ta jest odzwierciedlona w wartości sprzedaży, lecz nie w jej ilości*.²⁰ Organy antymonopolowe USA w większości przypadków stosują natomiast wielkość obecnego lub planowanego przychodu (*revenue*). Ich zdaniem jest to najlepszy wskaźnik atrakcyjności produktów danego przedsiębiorcy²¹.

Po drugie, co do zasady udział rynkowy oblicza się przez **wielkość sprzedaży** w danym rynku, jeśli produkt, którego dotyczy analiza, jest **produktem homogenicznym**. W takim przypadku bardzo często udział rynkowy jest obliczany **również na podstawie mocy produkcyjnych**. Ma to swoją

¹⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 30.09.1992, w sprawie nr IV/M.214, *Du Pont / ICI*, pkt 113.

²⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 21.06.1994, w sprawie nr IV/M.430, *Procter & Gamble/ VP Schickedanz (II)*, O. J. UE nr L 354/32, z 31.12.94, pkt. 115/116.

²¹ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, sierpień 2010, s. 17.

podstawę w dalszej analizie możliwości powstania skutków antykonkurencyjnych na tego typu rynkach właściwych²². Tak dzieje się m.in., gdy konsumenci mogliby natychmiastowo przestawić się na produkty konkurenta, lecz dostawcy mają problemy z mocami produkcyjnymi (*capacity constraints*). Tak zdarzyło się przykładowo w sprawie *UPM Kymmene/Haindl*, gdzie Komisja stwierdziła, że *udziały rynkowe (...) są silnie zdeterminowane przez udział mocy produkcyjnych*²³. Obliczenia tego typu miały miejsce również w sprawach dotyczących nowych rynków w fazie ekspansji²⁴. Wytyczne amerykańskich organów antymonopolowych wskazują, że znaczenie danego przedsiębiorcy na rynku produktów homogenicznych może zależeć od zdolności i bodźców do szybkiego wzrostu produkcji w odpowiedzi na wzrost ceny lub obniżenie poziomu produkcji innych graczy rynkowych²⁵.

Przeprowadzone w niniejszej monografii badanie pozwala ponadto stwierdzić, że zostały wydane decyzje, w których Komisja dokonywała kalkulacji udziałów rynkowych na podstawie innych czynników, jak np. **wygranych przetargów**²⁶ czy **kilku czynników jednocześnie**²⁷.

3.2.3. Znaczenie udziałów rynkowych dla stwierdzenia posiadania lub umocnienia siły rynkowej w poszczególnych porządkach prawnych

Obecne Wytyczne DOJ i FTC stwierdzają kilka zależności występujących między natężeniem konkurencji na rynku a wielkością udziału rynkowego posiadanego przez uczestników zamierzonej koncentracji. Po pierwsze, duży udział rynkowy może wpłynąć na bodźce konkurencyjne, a przedsiębiorca go posiadający może być niechętny do obniżenia cen oferowanych produktów²⁸. Po drugie, przedsiębiorcy o mniejszych udziałach rynkowych mają utrudnione zadanie wpływu swoimi zachowaniami (wywarcia presji konkurencyjnej) na przedsiębiorcę o udziale dominującym (np. do obniżenia ceny)²⁹. Po trze-

²² Zob. rozdział 6 niniejszej książki.

²³ Decyzja Komisji Europejskiej z 21.11.2001, w sprawie nr COMP/M2498, *UPM-Kymmene/Haindl*, pkt 80.

²⁴ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji, w sprawie T-5/02, *Tetra Laval BV v. Commission of the European Communities*, *op. cit.*, pkt 240.

²⁵ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 17.

²⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 30.03.2001, w sprawie nr COMP/M.2079, *Raytheon/Thales/JV*, pkt 39.

²⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 11.07.2001, w sprawie nr COMP/M.2314, *Basf/Eurodiol/Pantochim*, pkt. 84/103.

²⁸ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 15.

²⁹ *Ibidem*.

cie, uczestnik rynku o dużym udziale rynkowym może w szybszym i większym stopniu zwiększyć produkcję, wpływając na ogólną cenę rynkową³⁰. Wydane w 2010 roku wspólne wytyczne FTC i DOJ po raz pierwszy w prawie anty-trustowym USA nie określają jednak poziomu udziału rynkowego, z jakim należy wiązać domniemanie posiadania siły rynkowej przedsiębiorcy.

Nie zmienia to faktu, że w praktyce pierwszym krokiem do zablokowania przez DOJ lub FTC zamierzonej koncentracji przedsiębiorców jest wykazanie tzw. *prima facie case*. Polega to na udowodnieniu osiągnięcia w wyniku dokonania koncentracji nadmiernego udziału w rynku (przez uczestników koncentracji) lub nadmiernego wzrostu w jego poziomie koncentracji. Co do udziału rynkowego czynione jest to według poziomu określonego w orzeczeniu *Philadelphia National Bank*³¹. Wykazanie potencjalnie antykonkurencyjnej struktury rynku powoduje przeniesienie ciężaru dowodu na koncentrujących się przedsiębiorców. Na podstawie odpowiednich testów dotyczących skutków antykonkurencyjnych (w tym skutków jednostronnych) muszą oni wykazać, że „tradycyjne teorie ekonomiczne” (udział rynkowy/poziom koncentracji) nie są właściwym miernikiem stanu konkurencji na rynku. Alternatywnie uczestnicy koncentracji mogą wykazać, że skutki pro-konkurencyjne wykreowane w wyniku koncentracji będą przeważać nad skutkami antykonkurencyjnymi³².

Wykazanie odpowiednio wysokiego udziału rynkowego jest więc pierwszym krokiem dla udowodnienia antykonkurencyjności zamierzonej koncentracji w federalnym prawie ochrony konkurencji USA.

Badając praktykę orzeczniczą sądów USA, można stwierdzić, że bardzo wysokie udziały rynkowe są w tym porządku prawnym nierozłącznym elementem posiadania siły rynkowej. Pierwszym znanym mi przypadkiem potwierdzającym takie stanowisko jest orzeczenie *Stany Zjednoczone przeciwko Aluminum Co. of America*. Wyrokujący w tej sprawie sąd uznał, że 90% udziału w rynku wystarczy, by orzec o istnieniu siły rynkowej³³. Jednocześnie w tym samym orzeczeniu sformułowano stanowisko, według którego udział rynkowy bliski 60% nie jest już tak oczywistym dowodem na posiadanie siły rynkowej. Z pewnością nie ma natomiast świadczyć o jej posiadaniu udział w wysokości 30%³⁴. Ten ostatni próg został skorygowany w późniejszym okresie stosowanym do dzisiaj domniemaniem zagrożeń dla konkurencji,

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Zob. Pkt 2.2. powyżej.

³² Orzeczenie United States District Court District of Columbia, w sprawie *Federal Trade Commission v. CCC Holdings Inc.*, 605 F.Supp.2d 26, 46.

³³ Orzeczenie w sprawie *United States v. Alcoa*, *op. cit.*

³⁴ *Ibidem*.

w wyniku dokonania koncentracji, której uczestnicy osiągną udział rynkowy w wysokości 33% – określony w sprawie *Philadelphia National Bank*³⁵.

Na podstawie przeprowadzonego badania można podjąć próbę sprecyzowania progów udziału w rynku, które świadczą o stopniu zagrożenia siłą rynkową w USA. W mojej ocenie pierwszym z określonych w ten sposób progów, generujących największe niebezpieczeństwo negatywnej oceny skutków koncentracji, jest próg **70% udziału w rynku**. W sprawie *Exxon Corp. przeciwko Berwick Bay Real Estates Partners* stwierdzono, że do powstania siły rynkowej (monopolizacji) poniżej 70% udziału w rynku dojdzie w rzadkich przypadkach³⁶. Podobnie traktuje orzeczenie w sprawie *Colo. Interstate Gas Co. przeciwko Natural Gas Pipeline Co. of America*³⁷. Podkreśla się w nim jednocześnie, że tamtejsze orzecznictwo nie konstytuuje minimalnego poziomu udziału rynkowego, z jakim wiązywałoby się posiadanie siły rynkowej. Warto również zwrócić uwagę na orzeczenie w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Densply International*, gdzie co prawda wskazano możliwość posiadania siły rynkowej *wyraźnie powyżej udziału 55%*, lecz to udział pomiędzy 75% a 80% zakwalifikowany został jako *więcej niż adekwatny dla stwierdzenia „prima facie” siły rynkowej*³⁸.

Drugim progiem, który można wyróżnić, również generującym wysokie niebezpieczeństwo negatywnej oceny skutków koncentracji jest udział rynkowy w **wysokości 50%**. Taka wysokość określona została jako punkt odniesienia (*benchmark*), powyżej którego można wywodzić powstanie władzy nad rynkiem. W sprawie *Blue Cross & Blue Shield United of Wis. przeciwko Marshfield Clinic, a contrario* stwierdzono, że 50% udziału rynkowego jest poniżej jakiegokolwiek akceptowalnego punktu odniesienia dla wnioskowania siły monopolistycznej z udziału rynkowego³⁹. W tym zakresie w orzecznictwie sądów USA natrafiam

³⁵ Zob. pkt 2.2. powyżej.

³⁶ Orzeczenie United States Court of Appeals, Fifth Circuit, z 3.12.1984, w sprawie *Exxon Corp. v. Berwick Bay Real Estates Partners*, 748 F.2d 937, 940 (5th Cir. 1984) (*per curiam*); orzeczenie United States Court of Appeals, Fifth Circuit, w sprawie *Dimmit Agri Industries, Inc. v. CPC International, Inc.*, 679 F.2d 516, 529 nn. 11 & 12 (5th Cir.1982), cert. denied, 460 U.S. 1082, 103 S.Ct. 1770, 76 L.Ed.2d 344 (1983); orzeczenie United States Court of Appeals, Fifth Circuit, w sprawie *Clifford Food Stores, Inc. v. Kroger, Inc.*, 417 F.2d 203, 207 n. 2 (5th Cir.1969).

³⁷ Orzeczenie United States Court of Appeals, Tenth Circuit, w sprawie *Colo. Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am.*, 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989).

³⁸ Orzeczenie United States Court of Appeals, Third Circuit, w sprawie *United States v. Densply Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181, 187-8 (3d Cir. 2005).

³⁹ Orzeczenie United States Court of Appeals, Seven Circuit, w sprawie *Blue Cross & Blue Shield United of Wis. v. Marshfield Clinic, op. cit.*, stwierdził, że *pięćdziesiąt procent jest poniżej jakiegokolwiek akceptowalnego progu uznania siły rynkowej z udziału rynkowego*; zobacz też orzeczenia: United States Court of Appeals, Seven Circuit, w sprawie *United States v. Rockford Memorial Corp.*, 898 F.2d 1278, 1285 (7th Cir.1990); United States Court

jednak również na odmienne poglądy. Wydane zostały bowiem takie orzeczenia, które stwierdzają istnienie siły rynkowej poniżej poziomu 50% udziału rynkowego. Tylko jako przykłady należy podać sprawy *Hayden Publishing Co., Inc. przeciwko Cox Broad. Corp.*⁴⁰ czy sprawę *Yoder Brothers, Inc. przeciwko California-Florida Plant Corp.*⁴¹. Z drugiej strony, istnieje wiele orzeczeń nie stwierdzających władzy rynkowej poniżej udziału 50%⁴².

W mojej ocenie, m.in. na podstawie takiej rozbieżności stanowisk, można uznać udział w rynku za wstępny (a z pewnością nieprzesądający) element analizy skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców prowadzonej przez organy ochrony konkurencji w USA. Sugeruje to również decydujące znaczenie holistycznego charakteru przeprowadzanego badania, w którego skład wchodzi pozostałe przesłanki ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji.

Pomimo że udział rynkowy przedsiębiorcy powstałego w wyniku zamierzonej koncentracji przedsiębiorców ma istotne znaczenie dla stwierdzenia posiadania przez niego siły rynkowej, to w mojej ocenie obowiązujące w prawie ochrony konkurencji USA jest twierdzenie, iż jest on *jedynie punktem*

of Appeals, Third Circuit, w sprawie *Fineman v. Armstrong World Industries, Inc.*, 980 F.2d 171, 201-02 (3d Cir.1992); United States Court of Appeals, Tenth Circuit, w sprawie *Colorado Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co.*, 885 F.2d 683, 694 n. 18 (10th Cir.1989); *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir.1945).

⁴⁰ Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *Hayden Publishing Co. INC v. Cox Broadcasting Corp.*, 730 F.2d 64 (2nd Cir 1984).

⁴¹ Zobacz orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *Hayden Publ'g Co., Inc. v. Cox Broad. Corp.*, 730 F.2d 64, 69 n.7 (2d Cir. 1984) (*przedsiębiorca może posiadać siłę rynkową na odpowiednim rynku, nawet jeśli jej udział w tym rynku wynosi mniej niż 50%*; *Broadway Delivery Corp. v. UPS*, 651 F.2d 122, 129 (2d Cir. 1981) *Kiedy dowody na istnienie siły rynkowej są przedstawiane ławie przysięgłych, nie może mu zostać polecone, że nie istnieje siła rynkowa poniżej określonego udziału w rynku*; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, w sprawie *Yoder Bros., Inc. v. Cal.-Fla. Plant Corp.*, 537 F.2d, 1347, 1367 n.19 (5th Cir. 1976).

⁴² Orzeczenie United States Court of Appeals, Seven Circuit, w sprawie *Indiana Grocery, Inc., v. Super Valu Stores, Inc.*, 864 F.2d 1409 (7th Cir.1989) (*50% udziału w rynku jest niewystarczające dla wykazania groźnego prawdopodobieństwa skutecznej monopolizacji.*); orzeczenie United States Court of Appeals, Sixth Circuit, w sprawie *Richter Concrete Corp. v. Hilltop Concrete Corp.*, 691 F.2d 818, 827 (6th Cir.1982) (*prawdziwy test polega na tym, czy przedsiębiorca posiada siłę rynkową, by osiągnąć swoje cele*); orzeczenie United States Court of Appeals, Eight Circuit, w sprawie *United States v. Empire Gas Corp.*, 537 F.2d 296, 305 (8th Cir.1976), cert. denied, 429 U.S. 1122, 97 S.Ct. 1158, 51 L.Ed.2d 572 (1977).

*startowym dla określenia, czy siła rynkowa istnieje, a jej istnienie nie pochodzi automatycznie z posiadania „władczego” (commanding) udziału rynkowego*⁴³.

W praktyce najistotniejszy jest próg udziału rynkowego przedstawiony przez Sąd Najwyższy USA w sprawie *Philadelphia National Bank*⁴⁴. Doprecyzowanie jego znaczenia, również w świetle konieczności przeprowadzenia analizy innych czynników składających się na wynik testu istotnego osłabienia konkurencji (SLC), zostało dokonane w orzeczeniu *Baker Huges*. Określono je tam mianem **dogodnego (convenient) punktu początkowego (starting point) dla przeprowadzenia szerszego badania (broader inquiry) stwierdzenia anty-konkurencyjności** zamierzonej koncentracji przedsiębiorców⁴⁵.

Stanowisko uznające wysoki udział w rynku za punkt początkowy analizy przyjmuje, opierając się również na sprawie *Tops Markets, Inc. przeciwko Quality Markets, Inc.*, gdzie wyrokujący sąd orzekł, że stwierdzi istnienie siły rynkowej jedynie po pełnym rozważeniu związków pomiędzy udziałem rynkowym a innymi cechami rynku⁴⁶. Przedstawioną tezę wspiera także treść orzeczenia w sprawie *General Dynamics Corp.*, wskazująca, że badanie udziałów rynkowych nie jest jedynie analizą statyczną, ale też dynamiczną i pod uwagę brana jest ich fluktuacja, a także dynamika rozwoju danego rynku właściwego⁴⁷.

Komisja Europejska, podczas analizy skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, podobnie jak organy ochrony konkurencji w USA, uznaje udział w rynku za pierwszy krok badania ewentualnego powstania jednostronnej siły rynkowej.

Kluczowe dla prawa unijnego jest orzeczenie w sprawie *Hoffmann-La Roche & Co. AG przeciwko Komisji*⁴⁸. W pewnym stopniu pokazuje ono, że od samego początku stosowania prawa ochrony konkurencji Komisja nie nadawała do końca decydującej wagi udziałom rynkowym przedsiębiorcy, w kwestii posiadania pozycji dominującej. W treści rozstrzygnięcia pojawia się stwierdzenie, że istnienie pozycji dominującej może pochodzić od róż-

⁴³ Orzeczenie United States Court of Appeals, Sixth Circuit, w sprawie *Am. Council of Certified Podiatric Physicians & Surgeons v. Am. Bd. of Podiatric Surgery, Inc.*, 185 F.3d 606, 623 (6th Cir. 1999).

⁴⁴ Zob. pkt 2.2. powyżej

⁴⁵ Zob. także orzeczenie: States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *Stanley Works v. F.T.C.*, 469 F.2d 469, 503 (1972).

⁴⁶ Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *Tops Mkts., Inc. v. Quality Mkts., Inc.*, 142 F.3d 90, 98 (2d Cir. 1998).

⁴⁷ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *United States v. General Dynamics Corp.* *op. cit.*

⁴⁸ Orzeczenie Sądu, w sprawie nr 85/79, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, *op. cit.*

nych czynników, które brane pod uwagę każdy z osobna, niekoniecznie determinują wynik badania. Pośród nich najważniejsze jest istnienie bardzo wysokiego udziału rynkowego⁴⁹. Przeprowadzając w tej sprawie dalszą analizę, orzekający sąd stwierdził również, że **znaczący (*substantial*) udział rynkowy, jako dowód na istnienie pozycji dominującej, nie jest czynnikiem stałym i jego znaczenie różni się z rynku na rynek w zależności od struktury rynku**, w szczególności kiedy oceniane są produkcja, zaopatrzenie i popyt⁵⁰. Niemniej jednak, w tym przypadku sąd stanął na stanowisku, że jest uzasadnionym podejście określające, iż bardzo wysokie udziały w rynku mogą same w sobie, poza wyjątkowymi przypadkami, być dowodem na istnienie pozycji dominującej⁵¹. W tej sprawie dokonano następujących ustaleń:

- (i) w grupie witamin B udział w rynku wynosił 80,6%⁵² i uznany został za tak duży, że wystarczający dla stwierdzenia, iż sam w sobie jest dowodem na posiadanie pozycji dominującej⁵³;
- (ii) w grupie witamin B6 udział w wysokości 83,9%⁵⁴ podobnie został uznany za tak duży, że samodzielnie wystarczył do stwierdzenia pozycji dominującej;
- (iii) w grupie witamin H 93-100 stwierdzono tzw. faktyczny monopol⁵⁵;
- (iv) przy wysokości 47% udziału rynkowego w grupie witamin E sąd przeanalizował inne czynniki, jak np. udziały pozostałych graczy rynkowych⁵⁶.

Podobne badanie zostało powtórzone w sprawie *Hilti*. Za bardzo duże udziały rynkowe zostały tam uznane udziały w wysokości 70–80% europejskiego rynku gwoździarek⁵⁷.

Wyznaczenie górnej granicy *bardzo wysokiego udziału* zostało dokonane w sprawie *AKZO*, gdzie został on określony na poziomie powyżej 50%⁵⁸.

⁴⁹ *Ibidem*, pkt 39.

⁵⁰ *Ibidem*, pkt 40.

⁵¹ *Ibidem*, 41.

⁵² *Ibidem*, 53.

⁵³ *Ibidem*, 56.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, 67.

⁵⁶ *Ibidem*, 63–66.

⁵⁷ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 12.12.1991, w sprawie nr T-30/89, *Hilti AG v Commission*, pkt 91.

⁵⁸ Orzeczenie ETS z 3.07.1991, w sprawie C 62/86 *AKZO Chemie BV v. Commission*, pkt. 60; Podobnie zobacz: Decyzja Komisji z 19 lipca 2000 w sprawie nr COMP/M.1882 *Pirelli/BICC*; Decyzja Komisji z 18 stycznia 2002 w sprawie nr COMP/M.2502 *Cargil/Cerestar*; Decyzja Komisji z 15 listopada 2004 w sprawie nr COMP/M.3464 *Kesko/ICA/JV*; Decyzja Komisji z 27 kwietnia 2006 w sprawie COMP/M.4100 *Seagate/Maxtor*.

Potwierdzenia takiego stanowiska należy szukać chociażby w Wytycznych Komisji⁵⁹ czy w orzecznictwie SPI (np. w sprawie *France Telecom*⁶⁰).

Badając podejście Komisji do progu 50%, należy jednak stwierdzić, że **świadczy on o powstaniu domniemania posiadania siły rynkowej, a nie jest czynnikiem ją determinującym i zawsze o takiej sile przesądającym**⁶¹. Tak wyraźnie stwierdziła Komisja np. w sprawie *Blokker/Toys 'R' Us*, gdzie udział rynkowy 55–65% sam w sobie kreował *domniemanie dominacji*⁶². Analogicznie Komisja stwierdziła w sprawie *Kesko/Tuko: łączny udział rynkowy Kesko i Tuko wynoszący co najmniej 55%*” stwarza „*domniemanie dominacji*”⁶³, czy w innej sprawie, w przypadku posiadania udziału rynkowego w wysokości powyżej 60%⁶⁴. Analogiczne stanowiska Komisja zajmowała niejednokrotnie⁶⁵.

Nawet o wiele większe udziały rynkowe samodzielnie w praktyce Komisji nie decydują o istnieniu czy też powstaniu siły rynkowej. Komisja wielokrotnie zezwalała na dokonanie koncentracji powodujących przekroczenie 60% udziału w rynku lub nawet wyższych⁶⁶.

To, że nawet najwyższy udział rynkowy nie jest dla Komisji czynnikiem zawsze przesądającym o istnieniu pozycji dominującej, wskazuje m.in. sprawa *Alcatel/Telettra*. W tym przypadku obalono domniemanie wysokiego udziału rynkowego, pomimo aż **81% i 83%** udziałów rynkowych generowanych przez uczestników zamierzonej koncentracji⁶⁷. Analogicznie stało się w decyzji *Mercedes-Benz/Kassboherr* (pomimo 74% udziału w niemieckim rynku autobusów

⁵⁹ *Ibidem*, pkt 17.

⁶⁰ Orzeczenie SPI z 30.01.2007, w sprawie T-340/03 *France Telecom v. Commission*, pkt. 100.

⁶¹ Zob. np. decyzja Komisji Europejskiej z 25.6.2008, w sprawie COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*, pkt 70.

⁶² Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.1997, w sprawie nr IV/M.890, *Blokker/Toys 'R' Us*, pkt 59.

⁶³ Decyzja Komisji Europejskiej z 20.11.1996, w sprawie nr IV/M.784, *Kesko/Tuko*, pkt 106.

⁶⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.10.2004, w sprawie nr COMP/M.3436, *Continental/Phoenix*.

⁶⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 22.02.2006, w sprawie nr No COMP/M.3946 – *RENOLIT/SOLVAY*, par. 49; Decyzja Komisji Europejskiej z 26.10.2007, w sprawie nr No COMP/M.4828 – *OWENS CORNING/SAINT GOBAIN VETROTEX*, par. 74; Decyzja Komisji Europejskiej z 30.10.2001, w sprawie No COMP/M.2420 – *Mitsui/CVRD/Caemi*, par. 172; Decyzja Komisji Europejskiej z 23.11.2013, w sprawie nr COMP/M.6203 – *Western Digital Irland/ Viviti Technologies*, par. 402–1039.

⁶⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 8.08.2001, w sprawie nr COMP/M.2399 – *FRIESLAND COBERCO/NUTRICIA*, par. 30–38; Decyzja Komisji Europejskiej z 29.03.2006, w sprawie nr COMP/M.3975 – *CARGILL/DEGUSSA FOOD INGREDIENTS*, par. 115–144; Decyzja Komisji Europejskiej z 5.09.2007, w sprawie nr COMP/M.4533 – *SCA/P&G (European tissue business)*, par. 152–170; Decyzja Komisji Europejskiej z 30.03.2012, w sprawie nr COMP/M.6447 – *LAG / BMI*, par. 551.

⁶⁷ Decyzja Komisji Europejskiej, z 12.4.1991, w sprawie nr IV/M.042, *Alcatel/Telettra*.

międzymiastowych)⁶⁸. W tej ostatniej decyzji Komisja posłużyła się stwierdzeniem, które należy uznać za jedno z najistotniejszych w jej całym dorobku decyzyjnym. Organ określił, opartą wtedy na pośredniej metodzie analizy, politykę badania skutków koncentracji horyzontalnych w sposób następujący: *Wysokie udziały w rynku nie są same w sobie uzasadnieniem dla założenia istnienia pozycji dominującej. W każdym razie nie pozwalają, by zakładać istnienie pozycji dominującej, jeśli inne czynniki strukturalne są możliwe do wykrycia, które w dającej się przewidzieć przyszłości mogą zmienić warunki konkurencji oraz uzasadnić bardziej zrelatywizowane podejście do znaczenia udziałów rynkowych łączących się przedsiębiorców*⁶⁹. Komisja wskazuje więc na wymóg prowadzenia pełnej analizy pośredniej w jej dynamicznym ujęciu. Podobnie stwierdzono w sprawie *Carnival/P O Princess: Jasnym jest, że transakcja wykreuje podmiot o relatywnie wysokim udziale rynkowym... Jednak to samodzielnie nie przyznaje dominacji w świetle licznych czynników charakterystycznych dla rynków przewozów oceanicznych, które pozwalają wskazać, że nie będzie ograniczeń konkurencji*⁷⁰. Należy uznać, że referowane podejście jest analogicznie do stosowanego przez organy ochrony konkurencji w USA.

Polityka unijnego organu ochrony konkurencji odnośnie do znaczenia **niższych niż „bardzo wysokie”** udziałów rynkowych znajduje się w dokumentach wydanych przez Komisję. Wytyczne Komisji zwracają uwagę, że połączenie obejmujące konkurentów, którzy wygenerują po dokonaniu koncentracji udział rynkowy **niższy niż 50%**, może być *przyczyną troski o konkurencję, biorąc pod uwagę czynniki takie, jak siła i liczba konkurentów, obecność czynników ograniczających zdolność produkcyjną oraz stopień, w jakim produkty łączących się przedsiębiorstw są dla siebie bliskimi substytutami*⁷¹. W decyzjach Komisja rozważa niejednokrotnie, czy konkurencja nie zostanie ograniczona zarówno poniżej wspomnianego poziomu 50%⁷², jak i poniżej poziomu

⁶⁸ Decyzja Komisji Europejskiej, z 14.2.1995, w sprawie nr IV/M.477, *Mercedes-Benz/Kassbohrer*, pkt 61; podobnie Decyzja Komisji Europejskiej z 12.11.1992, w sprawie nr IV/M.222, *Mannesmann/Hoesch*, pkt. 91.

⁶⁹ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Mercedes-Benz/Kassbohrer*, *op. cit.*, pkt 65.

⁷⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 24.07.2002, w sprawie nr COMP/M.2706, *CARNIVAL CORPORATION/P&O PRINCESS*, pkt 196.

⁷¹ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw* (2004/C 31/03), pkt 17.

⁷² Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 28.04.1999, w sprawie nr T-221/95, *Endemol v. Commission*, [1999] ECR II-1299, ust. 134; orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 25.03.1999, w sprawie nr T-102/96, *Gencor v. Commission*, [1999] ECR II-753, ust. 205; Odłąbną kwestią jest to, czy pozycja dominująca jest tworzona czy umacniana w wyniku połączenia.

40%⁷³. Tak było przykładowo w decyzji *AGFA-Gevaert/Lastra*, dotyczącej rynku klisz. Uczestnicy zamierzonej koncentracji posiadali tam przykładowo 40–50% udziału rynku właściwego terytorium EOG⁷⁴, a udziały pozostałych graczy rynkowych wyglądały w sposób następujący:

Tabela 1

Europejski Obszar Gospodarczy	Agfa	Lastera	Razem	KPG	Fuji	inni
Klische analogowe	20–30	10–20	40–50	30–40	10–20	0–10

By stwierdzić powstanie siły rynkowej na rynku właściwym, niezbędne jest więc przeprowadzenie przez Komisję analizy innych czynników zawierających się w teście istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji. Potwierdzenie takiego stanowiska można odnaleźć analizując zakres badania przeprowadzanego przez Komisję w decyzjach *Allied Lyons/HWE-Pedro Domecq*⁷⁵ oraz *Krupp/Thyssen/Rival/AST*⁷⁶.

Nie sposób podsumować badania polityki Komisji bez odniesienia się do tzw. *safe harbour* dla udziałów rynkowych. Komisja stoi bowiem na stanowisku, że zasadniczo udział **poniżej 25%** nie powinien pozwalać na uznanie posiadania pozycji dominującej⁷⁷. W doktrynie przyjmuje się stanowisko, że jest to domniemanie braku posiadania siły rynkowej⁷⁸. Odniesienie się do takiego progu miało niejednokrotnie miejsce w praktyce. Przykładowo w sprawie *Sovion/HMG* łączny udział rynkowy uczestników koncentracji wyniósł pomiędzy 20% a 30%. Pomimo, że dotyczył utworzenia największego wielkościami przedsiębiorcy na badanym rynku właściwym, wielkość ta była zbyt mała, by świadczyć o utworzeniu rynkowego dominanta⁷⁹. Warto też zwrócić uwagę na sprawę *WPP/Cordiant*, gdzie stwierdzono, że udziały w wysokości 15–25% są *dużo poniżej poziomu dominacji*⁸⁰. W sprawie *Ineos/*

⁷³ Decyzja Komisji Europejskiej z 27.07.2001, w sprawie nr COMP/M.2337, *Nestle/Ralston Purina*, pkt. 48–50.

⁷⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z 9.08.2004, w sprawie nr COMP/M.3439, *AGFA-Gevaert/Lastra*, pkt 99.

⁷⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 28.04.1994, w sprawie No IV/M.40, *Allied Lyons/HWE-Pedro Domecq*, pkt. 27 i kolejne.

⁷⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 21.12.1994, w sprawie nr IV/M.484, *Krupp/Thyssen/Rival/AST*, gdzie mowa o 41% udziału rynkowego.

⁷⁷ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 18.

⁷⁸ N. Levy, *op. cit.*, para 9.06.9–36.

⁷⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 21.12.2004, w sprawie nr COMP/M.3605, *Sovion/HMG*.

⁸⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 25.07.2003, w sprawie nr COMP/M.3209, *WPP/Cordiant*, pkt 33.

Kerlin, w której uczestnicy koncentracji posiadaliby niski udział w wysokości 20–30%, poziom ten uznany został przez Komisję za taki, przy którym *przy absencji innych czynników organ normalnie nie przewiduje* powstania skutków antykonkurencyjnych⁸¹. Podobne stwierdzenia padają w decyzjach *Continental/Phoenix*, w której miał zaistnieć nieznacznie wyższy udział rynkowy w wysokości 25–30%⁸², a także decyzji *Bayer Healthcare/Roche* w wysokości 30–35%⁸³.

Nie oznacza to jednak, że Komisja całkowicie wyklucza stwierdzenie posiadania siły rynkowej przedsiębiorców posiadających poniżej 25% (lub nieznaczenie wyższego) udziału rynkowego. Wręcz przeciwnie, w najnowszej praktyce decyzyjnej Komisja wskazuje, wprost, że **nie istnieje w prawie unijnym jakiegokolwiek domniemanie prawne odnoszące się do niskiego udziału rynkowego (poniżej 25%), świadczące o braku antykonkurencyjnych skutków**, do których powstania może dojść w wyniku dokonania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców⁸⁴. W tym stwierdzeniu także upatruję brak bezwzględnego oparcia się Komisji na udziałach rynkowych w ramach stosowania testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji. W praktyce, w sprawie *Promodes/Carrefour* pozycja dominująca została stwierdzona mimo udziału rynkowego na poziomie 25–30%⁸⁵. Obawy o skutki koncentracji dla konkurencji podniesiono też sprawie *Pfizer/Warner-Lambert*, gdzie uczestnicy transakcji wygenerowaliby porównywalnie niski udział w rynku⁸⁶.

Konkludując, praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej wskazuje jednoznacznie, że pomimo, iż udziały rynkowe są bardzo ważnym i zawsze obecnym składnikiem przeprowadzanego testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji, to nie jest to czynnik samodzielnie determinujący prognozę skutków rynkowych zamierzonych koncentracji. **Udziały w rynku są raczej pierwszą wskazówką do potrzeby przeprowadzenia kompleksowej analizy pozostałych czynników rynkowych**. Ich ocena ma miejsce m.in. w świetle dynamiki rynku, fluktuacji udziałów i stabilności ze względu na innowacyjność⁸⁷.

⁸¹ Decyzja Komisji Europejskiej z 30.01.2008, w sprawie nr COMP/M.4734, *INEOS/KERLING*, pkt 174.

⁸² Decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie *Continental/Phoenix*, *op. cit.*, pkt 155.

⁸³ Decyzja Komisji Europejskiej z 19.11.2004, w sprawie nr COMP/M.3544, *BAYER HEALTHCARE/ROCHE (OTC BUSINESS)*, pkt 37.

⁸⁴ *Ibidem*, pkt 92.

⁸⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 25.01.2000, w sprawie COMP/M. 1684, *Carrefour/Promodes*.

⁸⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 22.05.2000, w sprawie COMP/M.1878, *Pfizer/Warner-Lambert*.

⁸⁷ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt. 15.

Podejście zgodne ze przedstawionym powyżej przedstawia **niemiecki Federalny Urząd Kartelowy**. Organ ten twierdzi, że udział rynkowy jest w normalnych warunkach pierwszym krokiem przeprowadzanej analizy jako jej punkt startowy (*starting point*)⁸⁸.

Bundeskartellamt stoi też na stanowisku, że istotność udziału rynkowego przejawia się chociażby w tym, że pokazuje zakres popytu, jaki mógłby być zaspokojony przez danego przedsiębiorcę na odpowiednim rynku właściwym⁸⁹. Istotne z punktu analizowanego problemu badawczego jest natomiast to, że w niemieckim prawie antymonopolowym, pomimo istnienia domniemania posiadania pozycji dominującej związanego z przekroczeniem określonego udziału rynkowego (obecnie 40% udziału rynku), siła rynkowa nie może być stwierdzona wyłącznie na podstawie samej wielkości tego udziału⁹⁰. Niemiecka judykatura jasno określa bowiem, że by stwierdzić taką pozycję rynkową, pod uwagę muszą być wzięte wszystkie czynniki wpływające na posiadanie władzy nad rynkiem⁹¹. Oznacza to, że osiągnięcie udziału rynkowego, implikowanego w domniemaniu **nigdy nie zwalnia organu ochrony konkurencji z przeprowadzenia całościowej analizy sytuacji na rynku właściwym, w celu udowodnienia posiadania siły rynkowej**⁹².

Przykładowo w sprawie koncentracji *Amadeus/TravelTainment* Bundeskartellamt dopuścił do przeprowadzenia koncentracji, pomimo udziału rynkowego w wysokości 65–70%⁹³. W pewnych, lecz tylko wyjątkowych okolicznościach domniemanie to może być przesądzające. Nadaje mu się takie znaczenie jedynie, jeśli po przeprowadzeniu całościowego badania ani posiadanie siły rynkowej, ani jej brak, nie mogą zostać stwierdzone⁹⁴. Holistyczne podejście do oceny siły rynkowej, konieczność analizy wszystkich przesłanek jej posiadania sprawia, że chociaż udział rynkowy jest istotnym czynnikiem badania⁹⁵, to posiadanie pozycji dominującej zostało też stwierdzone w jednej ze spraw

⁸⁸ Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, 29 marzec 2012, courtesy translation, pkt 25.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 28. Wskazując na decyzję Bundeskartellamt z 29.06.1982, nr WuW/E BGH 1949, 1951f, w sprawie *Baun/Almo*, pkt. 15.

⁹¹ Wyrok Sądu Federalnego (bundesgerichtshof) z 13.07.2004, WUW/E DE-R 1302, 1303, *Sanacorp/AMZAG*.

⁹² Decyzja Bundeskartellamt z 2.12.1980, nr WuW/E BGH 1749, 1753, w sprawie *Klockner/Becorit*, pkt 32, oraz decyzja Bundeskartellamt z 19.12.1995, nr WuW/E BGH 3037/3039, w sprawie *Raiffeisen*, pkt 11 oraz kolejne.

⁹³ Decyzja Bundeskartellamt, sprawa B9–55/06 (*Amadeus/TravelTainment*) s. 27.

⁹⁴ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 26.

⁹⁵ Wyrok Sądu Federalnego (bundesgerichtshof) z 28.04.1992, WUW/E BGH 2771, 2774, *Kaufhof/Saturn*.

przy dzierżeniu przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji jedynie 12% udziału w rynku⁹⁶. Bundeskartellamt wskazuje też, że na rynkach produktów zróżnicowanych udziały rynkowe nie określają jasno skutków koncentracji w zakresie siły rynkowej⁹⁷. W takim przypadku za ważniejszą uważa się bliskość konkurencji pomiędzy łączącymi się podmiotami⁹⁸.

W prawie francuskim ukonstytuowane zostało domniemanie posiadania siły rynkowej w przypadku osiągnięcia udziału 50% w rynku właściwym. Jest to jednak domniemanie możliwe do obalenia⁹⁹.

Natomiast **brytyjski organ ochrony konkurencji** w wytycznych przytacza jedynie stosowny próg dla udziałów rynkowych na rynkach produktów niezróżnicowanych. Wynosi on 40%, a organ antymonopolowy sugeruje, że poniżej wskazanego progu koncentracje nie powinny prowadzić do skutków nieskoordynowanych (jednostronnych)¹⁰⁰.

Zdecydowanie większe przywiązanie do znaczenia udziału rynkowego jako czynnika badania skutków zamierzonych koncentracji, przedstawia praktyka decyzyjna **Prezesa UOKiK**. Wyjaśnienia Prezesa UOKiK wskazują, że wysoki udział rynkowy jest, co do zasady, niezbędny dla stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji. Wskazują również, że bardzo wysoki udział w rynku nowo powstałego podmiotu, związany z jego dużym przyrostem, może w dużej mierze przesądzać o negatywnej ocenie wpływu koncentracji na rynek¹⁰¹. Za próg takiego udziału Prezes UOKiK przyjmuje związany z obalalnym domniemaniem posiadania pozycji dominującej próg 40% udziału w rynku. Poniżej referowanej wielkości udziału, podobnie jak w praktyce Komisji, wymaga się *szczególnych okoliczności*, by stwierdzić zagrożenie dla konkurencji (w tym *istotnego zróżnicowania produktów*)¹⁰².

⁹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Berlinie z 22.03.1983, WUW/E OLG 2862, 2863, *Rewel Florimex*.

⁹⁷ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 37.

⁹⁸ *Ibidem*; zobacz także: cytowane tam sprawy decyzja Bundeskartellamt z 30.06.2008, B2-333/07, w sprawie *EDEKA/Tangelmann*, s. 38; decyzja Bundeskartellamt z 21.10.2010, nr B4-45/10, w sprawie *Sparkasse Karlsruhe/Sparkasse Ettlingen*, pkt. 125.

⁹⁹ *Authorite de la concurrence, Merger Control Guidelines*, pkt 335.

¹⁰⁰ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 40, pkt 5.3.5.

¹⁰¹ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 35.

¹⁰² Przeprowadzone badanie praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK skłania ku konkluzji, że wydaje on decyzje stwierdzające brak istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, w szczególności gdy stwierdzi, że udział łączących się przedsiębiorców w rynku właściwym *jest daleki od udziału, z którym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej* (dec. Prezesa UOKiK Nr DKK-52/2008, w sprawie *Richter Geneon Nyrtr./Polpharma*, dec. Prezesa UOKiK Nr DKK-20/2013, w sprawie *BASF Polska/Ciech* lub *daleki od poziomu domniemania*. Prezes UOKiK stwierdził tak w stosunku do udziału w wysokości 31,2%

W dalszej kolejności zarówno praktyka, jak i Wyjaśnienia Prezesa UOKiK wykazują następującą zależność:

- (i) tzw. *merger to monopoly* (100% rynku), ma co do zasady zawsze prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji¹⁰³;
- (ii) udział w wysokości 70% uznawany jest za szczególnie silne domniemanie wystąpienia skutków antykonkurencyjnych¹⁰⁴;
- (iii) udział w wysokości 50% stanowi silną przesłankę niekorzystnego wpływu koncentracji na konkurencję. Wskazuje się, że w takiej sytuacji niezbędne są okoliczności świadczące o tym, iż pomimo wysokiego udziału w rynku nowo powstały podmiot nie będzie mógł po dokonaniu transakcji działać niezależnie od konkurentów i kontrahentów¹⁰⁵.

Częstą praktyką Prezesa UOKiK jest udzielenie zgody na dokonanie koncentracji, ponieważ udział w rynku, który powstanie w wyniku jej dokonania, *jest daleki od udziału, z którym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej*¹⁰⁶. Jednocześnie według stanowiska SOKiK, ustawowe domniemanie nie rozróżnia sytuacji *znacznego* lub *nieznacznego* przekroczenia ustalonej wielkości udziału w rynku¹⁰⁷.

Rozstrzygnięcie o wydaniu zgody na dokonanie koncentracji lub o jej braku, oparte na osiągnięciu określonego udziału rynkowego, jest dokony-

w decyzji z 22.04.2008 r., Nr DKK-37/08, w sprawie *EDSA Holdings Sweden/Ditel*. Podobne stanowisko zajął w dec. Prezesa UOKiK z 4.8.2008 r., Nr DKK-5/08 w sprawie *Kompania Piwowarska/Browar Belgia*; dec. Prezesa UOKiK Nr DKK-66/2008, w sprawie *INVOPTIC/JZO*, dec. Prezesa UOKiK z 28.08.2007 r., Nr DKK-29/2007, w sprawie *Złomrex/Stalexport*, dec. Prezesa UOKiK z 28.7.2007 r., Nr DKK-28/2007 w sprawie *Kompania Węglowa/Haldex*, czy dec. Prezesa UOKiK z 25.03.2004 r., Nr DOK-18/2004, w sprawie *Elektrownia Belchatów/BOT Górnictwo i Energetyka JV*. Na rynku właściwym obrotu hurtowego energią elektryczną, gdzie łączący się przedsiębiorcy osiągnęliby udział 27,4% (udział PGE w wysokości ok. 24,5% oraz Energa w wysokości ok. 2,9%) decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK 1/2012, w sprawie *PGE/Energa*; zob. więcej: T. Skoczny, D. Aziewicz w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 622.

¹⁰³ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 37; decyzja Prezesa UOKiK z 05.03.2009, nr DKK – 10/09, w sprawie *Orzeł Biały/Baterpol*; Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 13.04.2011 XVII AmA 78/09, niepubl.: *kumulacja udziału rynkowego do stopnia świadczącego o monopolu wskazuje na możliwość działania w znacznym stopniu niezależnie od kontrahentów, prowadząc do zdolności narzucenia dostawcom mniej korzystnych warunków umów, co świadczy o istotnym ograniczeniu konkurencji*.

¹⁰⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009, nr DKK – 67/09, w sprawie *Cogifer/Koltram*.

¹⁰⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011, nr DKK – 101/11, w sprawie *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010, nr DKK-64/2010, w sprawie *Unibail Rodamco/Simon Ivanhoe*.

¹⁰⁶ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Richter Geneon Nyrt./Polpharma*, *op. cit.*; decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *BASF Polska/Ciech*, *op. cit.*

¹⁰⁷ Orzeczenie SOKiK, z 14.05.2012, XVII AmA 41/11.

wane przez Prezesa UOKiK mającego pełną świadomość stosowania metody analizy pośredniej. Prezes UOKiK stwierdza w jednej z decyzji chociażby, że: *struktura tego rynku po dokonaniu koncentracji nie ulegnie istotnej zmianie*¹⁰⁸.

Kluczowe jest jednak to, że podczas weryfikacji decyzji administracyjnych przez SOKiK to nie na organie ochrony konkurencji ciąży obowiązek dostarczenia holistycznej analizy wszystkich czynników rynkowych, jeżeli dojdzie do przekroczenia ustawowego progu domniemania posiadania pozycji dominującej. W wyroku dotyczącym odwołania od decyzji w sprawie PGE oraz Energa SOKiK przyjmuje stanowisko, że *domniemanie to można obalić poprzez wykazanie, że (...) nie ma on możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji*, jednocześnie stwierdzając, że to powód (uczestnik koncentracji) *nie wskazał okoliczności faktycznych, że po przeprowadzonej koncentracji nie będzie miał możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji*¹⁰⁹. Wystarczy więc, by organ wydał decyzję, opierając się na wielkości udziału rynkowego, a ciężar udowodnienia (że nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji) – w tym przedstawienia wieloaspektowej analizy ekonomicznej – zostanie przerzucony na przedsiębiorcę w postępowaniu odwoławczym. Praktyka opierania się w decydującej mierze na udziałach rynkowych nie jest w mojej ocenie zgodna z literalną treścią art. 18 oraz art. 20 ust. 1 uokik i może nakładać nieproporcjonalne obciążenia na przedsiębiorców ze strony państwa. Przepisy uokik wymagają od organu antymonopolowego stwierdzenia lub braku stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji, a nie wysokiego lub niskiego udziału rynkowego. Dlatego też wymagać należy (w przypadku wysokich udziałów rynkowych uczestników koncentracji) przeprowadzenia holistycznej analizy okoliczności rynkowych przez Prezesa UOKiK na etapie postępowania administracyjnego.

Oparcie się na udziałach rynkowych do stopnia decydującego o treści decyzji administracyjnej widać w praktyce Prezesa UOKiK, w szczególności w przypadku wydawania zgód warunkowych na podstawie 19 ust. 1 uokik. Przykładowo, rozstrzygając w decyzji *Real/Auchan*, Prezes UOKiK oparł się prawie wyłącznie na udziałach rynkowych przedsiębiorców. Organ stwierdził w pierwszej kolejności, że w wyniku dokonania koncentracji dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. I tak przykładowo, kiedy na jednym z badanych rynków lokalnych hipermarketów udział uczestników koncentracji wyniósłby 50%, Prezes UOKiK nakazał zbycie przez wnioskodawcę praw do sklepu Real w Białymstoku przy ul. Miłosza 2, co w jego ocenie: *spo-*

¹⁰⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.01.2012, nr DKK 1/2012, w sprawie *GPW/TGE*; decyzja Prezesa UOKiK z 13.01.2011, nr DKK 1/2011, w sprawie *PGE/Energa*.

¹⁰⁹ Orzeczenie SOKiK XVII AmA 41/11, *op. cit.*

woduje zmniejszenie udziału Auchan w lokalnym rynku hipermarketów. Dalej Prezes UOKiK stwierdza, że w wyniku zrealizowania przez wnioskodawcę nałożonego na niego warunku dojdzie do osłabienia siły rynkowej Auchan do poziomu sprzed dokonania koncentracji¹¹⁰. Udział rynkowy uczestników koncentracji w zupełności wystarczył więc Prezesowi UOKiK do stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji na badanym rynku właściwym (wymaganego przez ustawodawcę do zastosowania normy z art. 19 ust. 1 uokik). Jednocześnie obniżenie tego udziału, poprzez zastosowanie strukturalnego środka zaradczego, w zupełności wystarczyło do uznania, że do takiego ograniczenia nie dojdzie.

Nie traktuje więc Prezes UOKiK wysokiego udziału rynkowego (lub przewyższającego próg, z którym ustawa wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej) jako przesłanki dalszego badania skutków rynkowych koncentracji. W praktyce polskiego organu ochrony konkurencji jest to czynnik niejednokrotnie samodzielnie przesądzający o doprowadzeniu do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Trudno jest uznać taką praktykę za zbieżną ze stosowaną przez inne organy ochrony konkurencji, jak i obecną wiedzą ekonomiczną. Można ją natomiast uznać za uproszczoną metodę analizy, mogącą implikować błędy w ocenie skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców dla dobrobytu konsumentów. Powstawanie błędnych ocen skutkuje natomiast obniżeniem efektywności całego systemu prewencyjnego nadzoru państwa nad koncentracjami przedsiębiorców.

Dodatkowo należy również zwrócić uwagę, że polski ustawodawca zarówno w art. 19 ust. 1, jak i 20 ust. 1 uokik nakłada wymóg udowodnienia przez organ istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Nie konstytuuje on np. dwóch standardów oceny na potrzeby zakazu dokonania zamierzonej koncentracji i na potrzeby wydania tzw. decyzji warunkowej. Literalna treść uokik świadczy o tym, że wydanie decyzji warunkowej wymaga wykazania przez organ istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, tak samo jak wydanie decyzji zakazującej dokonania koncentracji. Przepis ten nie konstytuuje przesłanki „uprawdopodobnienia”, jak czyni to przepis art. 12 uokik dotyczący decyzji zobowiązaniowej w zakresie praktyk ograniczających konkurencję. Nie wydaje się, że w przypadku wydawania w postępowaniach dotyczących koncentracji tzw. decyzji warunkowej, powodem przeprowadzenia uproszczonej analizy (uprawdopodobnienia) mogłoby być dążenie do przyspieszenia postępowania antymonopolowego. Jest tak przynajmniej z punktu widzenia celowości rozstrzygnięć dotyczących zamierzonych koncentracji. O ile jest to uzasadnione odnośnie do postępowań w sprawie prak-

¹¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014, DKK 4/2014, w sprawie *Auchan/Real*, s. 85.

tyk ograniczających konkurencje – prowadząc do szybszego wyeliminowania stanu zakłócenia konkurencji z rynku *ex post* – to w przypadku nadzoru nad koncentracjami oceny dokonuje się przed ewentualnym wystąpieniem takich skutków *ex ante* – tj. przed końcowym działaniem przedsiębiorcy. Wtedy żadne zakłócenia z punktu widzenia celów prawa antymonopolowego jeszcze nie zachodzą. Nie ma więc powodu, dla którego pełna analiza skutków koncentracji, a także zasadność nałożenia środków zaradczych musiałyby zostać pominięte. Jest tak tym bardziej, jeśli dochodzi do ukonstytuowania się znacznego udziału w rynku. Organ ochrony konkurencji jest więc w obecnym stanie prawnym obowiązany, by w pierwszym rzędzie dokładnie rozstrzygnąć, czy jest w ogóle zasadne rozważanie zastosowania środka zaradczego. Jest tak nawet w przypadku, gdy z inicjatywą zastosowania takiego środka występuje sam przedsiębiorca. W mojej ocenie konieczność ta podyktowana jest możliwością wydania błędnej decyzji zobowiązaniowej (nałożenia niepotrzebnego zobowiązania w świetle celów prawa ochrony konkurencji) przez Prezesa UOKiK¹¹¹.

W końcu w polskim systemie prawnym ustawodawca nie konstytuuje, że przesłanką istotnego ograniczenia konkurencji (a jedynie domniemaniem posiadania pozycji dominującej) jest osiągnięcie przez uczestników zamierzonej koncentracji wysokiego udziału rynkowego. Należy przyjąć, że gdyby wolą racjonalnego ustawodawcy była ochrona rynku przed jego zbyt skoncentrowaną strukturą, takie stwierdzenie z pewnością wprost zawarte byłoby w treści uokik. Skutki używania udziału rynkowego przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji, jako czynnika decydującego o wyniku analizy koncentracji horyzontalnych, zostały przedstawione w rozdziale 2 niniejszej monografii.

Należy przyjąć stanowisko, że by nie stosować skomplikowanej analizy całości okoliczności rynkowych przy każdej zamierzonej koncentracji, wzorem praktyki innych organów, Prezes UOKiK powinien także ustanowić punkt początkowy (alarmowy) badania skutków koncentracji, oparty na odpowiedniej wielkości udziału w rynku uczestników zamierzonej koncentracji. Ich wysoki udział rynkowy powinien być jedną z **przesłanek dalszego badania**, uzasadniającą analizę pozostałych czynników wchodzących w skład testu istotnego ograniczenia konkurencji.

¹¹¹ W ocenie autora konieczna jest jednak szersza dyskusja nad wprowadzeniem przesłanki „uprawdopodobnienia” do treści normy prawnej zwartej w przepisie art. 19 ust. 1 uokik, w której pod uwagę wzięte zostaną także interesy przedsiębiorców oraz zasada szybkości i prostoty postępowania (art. 12 KPA).

3.2.4. Udział rynkowy konkurentów

Drugim krokiem analizy pośredniej jest porównanie udziałów rynkowych przedsiębiorcy mającego powstać w wyniku koncentracji z udziałami rynkowymi jego konkurentów. Jest to także element badania strony podażowej wyznaczonego rynku właściwego. Ten rodzaj analizy widoczny jest w szczególności w praktyce unijnego prawa ochrony konkurencji. Jest o nim mowa w wyrokach w sprawie *Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji*¹¹² czy też *Gencor przeciwko Komisji*. Szczególnie w tej drugiej sprawie zwrócić uwagę należy na stwierdzenie, że *związek pomiędzy udziałami rynkowymi uczestników koncentracji oraz ich konkurentów, szczególnie tych największych, jest właściwym dowodem na powstanie pozycji dominującej*¹¹³. W niektórych decyzjach już sama rozbieżność w udziałach rynkowych przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji i ich konkurentów pozwalała przesądzić o istotnym ograniczeniu konkurencji. Było tak np. w sprawie *Metso/Svedala*¹¹⁴. Odmienne decyzje podejmowano, jeżeli konkurenci posiadali silną pozycję rynkową, jak np. w sprawie *Mannesmann/Vallourec/Ilva*¹¹⁵. Z drugiej strony przeprowadzone badanie zaprzecza absolutnemu podejściu do uznania relacji pomiędzy udziałami rynkowymi uczestników koncentracji a ich konkurentów, za decydującą przesłankę ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji. W sprawie *Continental/Phoenix* uczestnicy koncentracji osiągnęliby udział rynkowy w przedziale 55–65% – np. 11–13 razy większy od największego konkurenta. Komisja stwierdziła jednak, że nie jest to wystarczające do uznania powstania pozycji dominującej. Na badanym rynku właściwym istniała bowiem wzajemna zależność producentów co do zaopatrzenia w poszczególne komponenty oraz wzajemna komplementarność portfolio produktów graczy rynkowych¹¹⁶.

¹¹² Orzeczenie Sądu, w sprawie 85/79, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, *op. cit.*

¹¹³ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Gencor v. Commission*, *op. cit.*, ust. 202; Zobacz również: decyzja Komisji Europejskiej z 17.10.2001 COMP/M.2187, w sprawie *CVC/Lenzing* (OJ 2004 L82), pkt. 20.

¹¹⁴ Decyzja Komisji Europejskiej, z 24.01.2001, nr COMP/M.2033, w sprawie *Metso/Svedala* (OJ 2004 L88, p 31) pkt. 197; Decyzja Komisji Europejskiej z 28.05.2004, w sprawie nr COMP/M.3396, 4 *Flack/Securicor*, pkt 105; Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Renolit/Solvay*, *op. cit.*, pkt 49; Decyzja Komisji Europejskiej z 2.06.2006, w sprawie nr COMP/M.4137, *Mittal/Arcelor*, pkt 111; Decyzja Komisji Europejskiej z 14.03.2006, w sprawie nr COMP/M.3868, *DONG/Elsam/Energi E2*, pkt 564.

¹¹⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 31.01.1994, w sprawie IV/M.315 *Mannesmann/Vallourec/Ilva*.

¹¹⁶ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Continental Pheonix*, *op. cit.*, pkt 491.

Także w stanowiskach niemieckiego organu antymonopolowego odnajduję stwierdzenia, dotyczące analizy rozdystrybuowania struktury strony podaźowej rynku właściwego. W szczególności dotyczy to tego, jak duże są różnice pomiędzy udziałami rynkowymi uczestników koncentracji a ich największym konkurentem¹¹⁷. Analiza udziałów rynkowych konkurentów jest również elementem badania prowadzonego zgodnie z przepisami prawa ochrony konkurencji USA czy prawa francuskiego. Drugie z nich wskazuje na dokonywanie analizy możliwości absorpcji popytu w przypadku podniesienia cen przez dominanta. Odnosi się to do rynków produktów niezróżnicowanych¹¹⁸.

Analogiczne podejście przedstawia Prezes UOKiK, twierdząc w swoich wyjaśnieniach, że przeciwwaga ze strony silnych konkurentów stanowi *silną przesłankę do uznania, iż koncentracja nie ograniczy konkurencji*¹¹⁹. Istnienie konkurenta o bardzo zbliżonym lub większym udziale rynkowym *praktycznie przesądza o niestwierdzeniu negatywnych skutków jednostronnych transakcji*¹²⁰. Prezes UOKiK zajmuje jednocześnie stanowisko, według którego za silnego konkurenta *zazwyczaj* uważani są przedsiębiorcy posiadający więcej niż 10% udziału w rynku. Ponownie skupia się więc jedynie na wielkości ich udziałów rynkowych. Nie bierze pod uwagę istotności takiego przedsiębiorcy dla konkurencji na rynku¹²¹. Oparcie się na wielkości udziałów rynkowych implikuje również Prezes UOKiK, stwierdzając, że udział konkurentów musi być tym wyższy, im wyższy jest udział rynkowy przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji. Wtedy będzie on brany pod uwagę jako tzw. przeciwwaga konkurencyjna¹²². Ograniczeniem w przeprowadzeniu badania analizowanego aspektu stosowania testu istotnego ograniczenia konkurencji jest jednak dotychczasowy brak ujawniania przez Prezesa UOKiK w decyzjach chociażby przedziału udziałów rynkowych osiągniętych przez uczestników koncentracji i ich konkurentów¹²³.

Co do zasady badanie udziałów rynkowych konkurentów zajmuje ważne miejsce w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK. Chociażby w decyzji dotyczącej koncentracji pomiędzy Spółdzielnią Mleczarską Mlekovita oraz Spółdzielnią Mleczarską Ostrołęka, organ antymonopolowy zwrócił uwagę

¹¹⁷ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 31.

¹¹⁸ Autorite de la concurrence, *Merger Control...*, pkt 368.

¹¹⁹ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 38.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*, s. 39.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Należy zaznaczyć pozytywną zmianę tej praktyki, chociażby w decyzji Prezesa UOKiK z 13.10.2015, nr DKK 176/2015, w sprawie *Góraźdże/Duda Kruszywa*.

na udział konkurenta powstającego podmiotu w wysokości przewyższającej 40% w rynku właściwym¹²⁴. Odwrotnie natomiast przy planowanym przejściu *Cogifer/Koltram*, powstały udział rynkowy byłby większy dwukrotnie od udziału jedyne go konkurenta pozostającego na rynku właściwym¹²⁵. Skłoniło to, orzekający w odwołaniu od decyzji administracyjnej SOKiK do stwierdzenia o *braku istotnej przeciwwagi*” rynkowej¹²⁶. Prezes UOKiK w praktyce stwierdzał także, niekorzystne z punktu widzenia uczestników koncentracji, *rozproszenie konkurencji*¹²⁷, jak i *niewielkie udziały rynkowe konkurentów*¹²⁸. Podejście Prezesa UOKiK jest więc zasadniczo zgodne z przedstawianymi przez inne organy antymonopolowe.

3.3. Poziom koncentracji rynku

3.3.1. Wstęp

Kolejnym elementem metody analizy pośredniej powstania siły rynkowej przedsiębiorcy w wyniku dokonania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców jest badanie wzrostu w poziomie koncentracji rynku (jego strony podażowej).

Organy antymonopolowe zgodnie uznają, iż poziom koncentracji może dostarczyć przydatnych informacji o sytuacji natężenia konkurencji na rynku, na którym ma dokonać się zamierzona koncentracja¹²⁹. Komisja podkreśla, że każdy ze wskazanych przez nią poziomów wskaźnika koncentracji, w połączeniu z właściwymi deltami, może, podobnie jak udział rynkowy łączących się przedsiębiorców, zostać użyty jako **początkowy wskaźnik braku problemów związanych z konkurencją**. Jednocześnie przyjmuje się, że obydwie z nich nie dają podstaw do zupełnego założenia istnienia lub braku istnienia takich problemów¹³⁰.

Jak wskazałem w rozdziale drugim niniejszej monografii, na początkowym etapie stosowania prawa antymonopolowego, w zakresie stopnia

¹²⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.09.2008, nr DKK-73/2008, w sprawie *Mlekovita/Spółdzielnia Mleczarska Ostrołęka*, s. 9.

¹²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Cogifer/Koltram*, *op. cit.*

¹²⁶ Orzeczenie SOKiK z 5.04.2011 XVII AmA 213/09.

¹²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011, nr DKK-12/2011, w sprawie *Empik/Merlin*.

¹²⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009, nr DKK-68/2009, w sprawie *Rieber/FoodCare*.

¹²⁹ Przykładowo: Komisja Europejska, *Wtyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 16; U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, pkt. 5.3, s. 18.

¹³⁰ *Ibidem*; D. Zimmer nazywa to natomiast tzw. *soft safe harbour*, zobacz: U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 198.

koncentracji rynku, brano pod uwagę jedynie udziały rynkowe największych graczy (wskaźnik CRx). W literaturze zwraca się uwagę na mankamenty wskaźnika CRx. Są nimi: brak odzwierciedlenia różnic w wielkości podmiotów badanej grupy przedsiębiorców oraz brak analizowania udziałów wszystkich graczy rynkowych¹³¹. Od zmiany wprowadzonej w Wytycznych DOJ z 1982 roku organy antymonopolowe zaczęły stosować wskaźnik koncentracji HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*)¹³². Wskaźnik, zawdzięczający nazwę dwóm niezależnie kształtującym go ekonomistom, obecnie dominuje w analizie stanu koncentracji rynków właściwych¹³³.

Wskaźnik HHI oblicza się jako sumę kwadratów udziałów w rynku posiadanych przez wszystkich uczestniczących w nim przedsiębiorców. Decydującą rolę podczas tej kalkulacji odgrywają zatem udziały rynkowe oraz definicja rynku właściwego. Od ich poprawnego wyliczenia i wyznaczenia zależy wynik tej części analizy skutków zamierzonych koncentracji. Organy antymonopolowe ustalają odpowiednie przedziały wskaźnika HHI decydujące o uznaniu rynku za nieskoncentrowany, skoncentrowany lub wysoce skoncentrowany. Dodatkowo znaczenie dla oceny zamierzonych koncentracji ma przyrost wielkości wskaźnika, określane jako jego delta.

W związku z przeprowadzonym już badaniem wstępnych założeń, jakie przyświecały organom antymonopolowym podczas początków stosowania prewencyjnego nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców, należy jednak zadać pytanie o zasadność stosowania wskaźnika koncentracji rynku do obliczenia siły rynkowej jednego przedsiębiorcy. Powinien on mieć przecież głównie znaczenie przy ocenie efektów skoordynowanych (tworzenia tzw. *oligopolistic interdependence*), a nie przy stwierdzeniu powstania siły rynkowej pojedynczego przedsiębiorcy.

J. Ordovery i O. Williamson uważają, że istnieje należycie argumentowane i akceptowane wśród ekonomistów domniemanie, iż *ceteris paribus*, im bardziej skoncentrowany jest rynek właściwy, tym większa jest zdolność do korzysta-

¹³¹ Zob.: N.B. Cohen, C.A. Sullivan, *The Herfindahl-Hirschman Index and the new antitrust Merger Guidelines: Concentrating on Concentration*, Texas Law Review 1983, vol. 62, nr 3, s. 474-475.

¹³² Zauważyć należy jednak, że pierwsze orzeczenie odwołujące się do wskaźnika HHI zostało wydane w roku 1976 w orzeczeniu U.S. District Court for the District of Maryland w sprawie *United States v. Black & Decker Mfg. Co.*, 430 F. Supp. 729, 748 n. 38 (D. Md. 1976), a także wspomniana, ale nie uznana w decyzji FTC w sprawie *Litton Industries Inc.* 83 F.T.C. 793, 906-10 (1973).

¹³³ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 17, wskazuje, że: W stosownych przypadkach Komisja może również posłużyć się innymi miernikami koncentracji, np. współczynnikami koncentracji, które mierzą wspólny udział w rynku niewielkiej liczby (zwykle trzy lub cztery) wiodących przedsiębiorstw na rynku.

nia z siły rynkowej¹³⁴. U. Schwable i D. Zimmer wskazują, że teoretyczną podstawą do takiego podejścia jest to, iż w modelu konkurencji popytowej Cournota istnieje bezpośredni związek pomiędzy siłą rynkową (obliczoną na podstawie wskaźnika Lenera) a koncentracją rynku¹³⁵. Zastosowanie tej zależności do każdego rodzaju rynku właściwego może być jednak zwodne. Jest tak według tych samych ekonomistów chociażby na rynkach przetargowych¹³⁶.

O niezawodności omawianego wskaźnika nie rozstrzygają organy antymonopolowe. Stosują one różne progi wielkości świadczące o stopniu skoncentrowania rynku. Dodatkowo wskazuje się na studia empiryczne, które potwierdzają, iż w niektórych przypadkach nawet na rynkach oligopolistycznych konkurencja może być równie efektywna, co na rynkach rozdrobnionych¹³⁷.

Należy więc przychylić się do twierdzenia, że wysoki poziom koncentracji rynku, jako element analizy pośredniej, **nie powinien być zawsze utożsamiany z osiągnięciem władzy nad rynkiem przez jednego bądź też nawet kilku przedsiębiorców**. Jest on jednak użytecznym elementem analizy możliwości powstania jednostronnej siły rynkowej w wyniku dokonania koncentracji.

3.3.2. Praktyka decyzyjna i polityka organów ochrony konkurencji

Komisja Europejska przyjmuje, że *bezwzględny poziom wskaźnika może być zwiastunem presji konkurencyjnej na rynku po połączeniu, zmiana wskaźnika (»delta«) jest przydatnym czynnikiem zapowiadającym zmianę koncentracji spowodowaną bezpośrednio przez połączenie*¹³⁸. Według Komisji nie jest możliwe, by zidentyfikować problemy związane z koncentracją horyzontalną, kiedy wskaźnik koncentracji HHI wynosi poniżej 1000 pkt.¹³⁹ Nie wydaje się także możliwe, aby Komisja zidentyfikowała problemy związane z koncentracją horyzontalną, kiedy wskaźnik koncentracji HHI wynosi po połączeniu od 1000 do 2000 pkt., zaś delta wynosi mniej niż 250 pkt.¹⁴⁰ Tak jest również w przypadku, kiedy wskaźnik koncentracji HHI po połączeniu wynosi powyżej 2000 pkt., z deltą poniżej 150 pkt., z wyjątkiem szczególnych okoliczności¹⁴¹.

¹³⁴ J. Ordovery, R. Willing, *The 1982 Department of Justice Merger Guidelines: An Economic Assessment*, California Law Review 1983, vol. 71, nr 2, s. 535–574; zobacz też: M. Utton, *Market Dominance and Antitrust Policy*, 2nd ed, Cheltenham: Edward Elgar, 2003.

¹³⁵ U. Schwable, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 196.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 16.

¹³⁹ *Ibidem*, pkt 19.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pkt 20.

¹⁴¹ *Ibidem*.

FTC i DOJ wprowadziły natomiast w swoich wytycznych podział na rynki nieskoncentrowane – poniżej 1500 pkt. (mało prawdopodobne by koncentracja zakłóciła konkurencję), średnio skoncentrowane – 1500–2500 pkt. (budzące obawy, jeśli ich rezultatem jest przyrost powyżej 100 pkt.), potencjalnie oraz wysoce skoncentrowane – powyżej 2500 pkt. (budzące obawy przy delcie 100–200 pkt., a powyżej 200 pkt. implikujące domniemanie wzmocnienia siły rynkowej). Organy te dodają jednocześnie, że w wyniku niewielkiego przyrostu koncentracji rynku, tj. o np. 100 pkt., jest mało prawdopodobne, by spowodował on skutki antykonkurencyjne¹⁴². Warto zwrócić uwagę, że FTC i DOJ przeprowadziły w ostatnim czasie liberalizację podejścia do stopnia koncentracji rynku, istotnie podwyższając stosowane progi wskaźnika HHI. Dokonano tego w roku 2010, zwiększając o np. 500 pkt. próg rynku skoncentrowanego. Świadczy to (w świetle braku przedstawienia w Wytycznych FTC i DOJ, progę udziału rynkowego domniemania siły rynkowej) o zmniejszaniu znaczenia czynników strukturalnych.

Analogiczne do wskaźników Komisji, wielkości wskaźnika HHI stosują w prowadzonych postępowaniach francuski organ ochrony konkurencji¹⁴³ oraz organ brytyjski. Drugi z nich stoi na stanowisku, iż wskaźnik HHI jest bardziej przydatny przy badaniu koncentracji na rynkach produktów homogenicznych¹⁴⁴. Niemiecki organ antymonopolowy wskazuje natomiast, że chociaż koncentracja rynku może zostać wyrażona za pomocą wskaźnika HHI i jego zmiana oddaje zmianę stanu koncentracji rynku właściwego, to w prawie niemieckim nie istnieje żadne domniemanie związane z naruszeniem konkurencji przez osiągnięcie odpowiedniego poziomu wskaźnika HHI rynku. W niektórych sprawach niemiecki Federalny Urząd Kartelowy może jednak skorzystać z wskaźnika HHI jako pomocnego w ocenie skutków koncentracji¹⁴⁵.

Ocena stopnia koncentracji na potrzeby nadzoru nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców sprawowanego przez Prezesa UOKiK nie jest natomiast jednoznaczna. Po pierwsze, w praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK stosuje niekiedy wskaźnik CRx. Taką metodę zastosował podczas oceny zamierzonej koncentracji, której uczestnikami były Kompania Piwowarska i Browar Belgia. Prezes UOKiK wydał zgodę na jej dokonanie, ponieważ wskaźnik CRx praktycznie nie wzrósł w wyniku dokonania transakcji zarówno w przypadku wskaźnika CR3 (pozostał on na poziomie 87%), jak i wskaźnika CR5 (pozostał na poziomie 92%),

¹⁴² U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*

¹⁴³ Autorite de la concurrence, *Merger Control...*, pkt 345.

¹⁴⁴ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 40, pkt 5.3.5.

¹⁴⁵ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 33.

a rynek nie wykazał innych cech oligopolu¹⁴⁶. Wskaźnik CR_x znalazł zastosowanie także podczas oceny koncentracji *PPG Industries/Dyrup A/S* w roku 2011¹⁴⁷.

Z drugiej strony w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK organ zajmuje stanowisko, że wskaźnik HHI, analogicznie do bardzo wysokiego udziału nowo powstałego podmiotu, **może przesądzać** o negatywnej ocenie wpływu koncentracji na rynek¹⁴⁸. Nie jest jednak do końca jasne, jakie poziomy wskaźnika HHI są przez Prezesa UOKiK uznawane za dany stopień skoncentrowania rynku. Poziomy te nie zostały wyartykułowane w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK. Pomocna mogłaby okazać się analiza praktyki decyzyjnej organu. Jednak w decyzjach Prezesa UOKiK z jednej strony zauważyć można powoływanie miary wskaźnika HHI wzorowanej na nieaktualnych już rozwiązaniach organów antymonopolowych USA z wytycznych wydanych w 1992 roku¹⁴⁹. Z drugiej strony niejednokrotnie, nawet w tych samych decyzjach, Prezes UOKiK wskazuje na miary wskaźnika stosowane przez Komisję¹⁵⁰. W jednej z decyzji polski organ ochrony konkurencji uznał, że przekroczenie 2000 pkt. wskaźnika HHI oraz delta powyżej 150 pkt. pozwalają stwierdzić, iż: *Istnieje zatem bardzo duże prawdopodobieństwo umocnienia siły rynkowej połączonych przedsiębiorców*¹⁵¹. Takie postępowanie, a w szczególności używanie przez Prezesa UOKiK nieaktualnych już wytycznych innego organu ochrony konkurencji, jest wyjątkowo problematyczne dla całkowitej oceny sprawowanego procesu nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców. Tym bardziej, że organ ochrony konkurencji twierdzi, iż im wskaźnik HHI jest niższy, tym większa jest szansa, że dokonująca się koncentracja nie będzie istotnie ograniczać konkurencji. Wydaje się, że w świetle tego, iż praktyka stosowania prawa unijnego jest uznawana za punkt odniesienia dla praktyki stosowania prawa antymonopolowego w Polsce – należy opowiedzieć się za wielkościami używanymi przez Komisję. Odejść należy od bezpodstawnego używania (nieaktualnych) wytycznych organów ochrony konkurencji USA.

Badając na potrzeby niniejszej monografii praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK, doszedłem do następujących wniosków:

¹⁴⁶ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Kompania Piwowarska/Browar Belgia*, *op. cit.*

¹⁴⁷ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 82/2011, w sprawie *PPG Industries/ Dyrup A/S*.

¹⁴⁸ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 37.

¹⁴⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 1.03.2013, nr DKK-39/2013, w sprawie *Impel Security Polska/ Brink's*, przypis 10 s. 14.

¹⁵⁰ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Impel Security Polska/Brink's*, *op. cit.*; decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *UPC/Aster*, *op. cit.*

¹⁵¹ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *UPC/Aster*, *op. cit.*

- (i) niski lub średni stopień skoncentrowania rynku i niski poziom współczynnika delta, co do zasady, jest podstawą zgody Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji horyzontalnych¹⁵²;
- (ii) wysoki stopień koncentracji przed dokonaniem zamierzonej koncentracji wraz z jego niewielkim wzrostem może zdaniem organu nie zakłócić istotnie konkurencji na rynku¹⁵³;
- (iii) tak samo jest, gdy wysoki stopień skoncentrowania rynku powodowany jest wysokim udziałem w rynku przedsiębiorcy, nad którym przejmowana jest kontrola, podczas gdy przejmujący kontrolę posiada w nim udział marginalny¹⁵⁴;
- (iv) również, gdy wskaźnik HHI wskazuje na istnienie wysoko i bardzo wysoko skoncentrowanych rynków, nie musi to zawsze oznaczać, że Prezes UOKiK nie udzieli zgody na dokonanie koncentracji, jeżeli za zgodą taką przemawiać będą inne czynniki¹⁵⁵.

Konkludując, wskaźnik koncentracji rynku dotyczy analizy struktury rynku, będąc elementem analizy pośredniej, który może świadczyć o skutkach zamierzonych koncentracji przedsiębiorców. Zarówno poddane badaniu praktyka jak i polityki organów ochrony konkurencji nie pozwalają by stwierdzić, że jest on czynnikiem przesądzającym samodzielnie o wyniku analizy skutków koncentracji. Jest to jednak czynnik istotny. Należy zauważyć rozbieżność w aplikowaniu wielkości wskaźnika koncentracji przez różne organy ochrony konkurencji w ramach sprawowanego przez nie nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców. W końcu, podobnie jak udziały rynkowe, należy go traktować jako możliwy **punkt początkowy** (przesłankę dalszej analizy) badania skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców (wskazania potencjalnie antykonkurencyjnej struktury rynku).

¹⁵² Przykładowo na rynku internetowych katalogów teledresowych typu „business to consumer” oraz sprzedaży powierzchni reklamowej w tych katalogach, gdzie HHI w 2006 r. wynosił 1678; dec. Prezesa UOKiK Nr DKK-37/2008, w sprawie *EDSA Holdings Sweden/Ditel*.

¹⁵³ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK-98/2008, w sprawie *Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz/PREMA Invest*, decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Kompania Piwowarska/Browar Belgia*, *op. cit.*; decyzja Prezesa UOKiK Nr RKT-43/2008, w sprawie *NEWAG/Zakłady Naprawcze Lokomotyw Elektrycznych*.

¹⁵⁴ Decyzja Prezesa UOKiK Nr RKT-43/2008, w sprawie *NEWAG/Zakłady Naprawcze Lokomotyw Elektrycznych*; decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *PGE/Energa*, *op. cit.*

¹⁵⁵ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *EDSA Holdings Sweden/Ditel*, *op. cit.*

3.4. Czynniki wpływające na skuteczne wejście na rynek właściwy

3.4.1. Uwagi ogólne

Jednym z najistotniejszych zadań stawianych przed prawem ochrony konkurencji jest zapobieganie powstaniu lub umocnieniu siły rynkowej, polegającej co do zasady na możliwości opłacalnego utrzymania przez przedsiębiorcę ceny towarów wyższej niż cena konkurencyjna¹⁵⁶. Kluczowym elementem analizy posiadania siły rynkowej, jest **badanie możliwości wejścia na rynek nowych przedsiębiorców (zagrożenie nowym wejściem)**. Nowe wejście powoduje bowiem np. obniżenie niekonkurencyjnie dyktowanego poziomu cen¹⁵⁷. Inaczej mówiąc, nowe wejście na rynek może skutecznie zapobiec lub przeciwstawić się (*deter or counteract*) nadużywaniu siły rynkowej przez posiadającego ją przedsiębiorcę. Analiza możliwości wejścia na rynek może w ekonomicznym teście oceny skutków rynkowych koncentracji pojawić się w trzech sytuacjach:

- (i) wspierając twierdzenie o konkurencyjności rynku, na którym inne czynniki również nie wskazują posiadania siły rynkowej;
- (ii) świadcząc o ograniczeniu konkurencji przez eliminację istotnego bodźca do konkurowania w postaci potencjalnego konkurenta;
- (iii) służąc jako obrona przed stwierdzeniem istotnego ograniczenia konkurencji.

Z ekonomicznego punktu widzenia nawet wąski oligopol (wysoce skoncentrowana struktura rynku) lub posiadanie bardzo wysokiego udziału rynkowego przez jednego przedsiębiorcę mogą okazać się niewystarczające do stosowania działań obniżających dobrobyt konsumentów. Będzie tak, jeśli nie istnieje możliwość ochrony opłacalności zachowań przedsiębiorców za pomocą barier stawianych przed potencjalnymi graczami rynkowymi. W wielu przypadkach celem przedsiębiorców jest bowiem poszukiwanie nowych rynków zbytu, na których mogliby uzyskać wysoki wzrost z przeprowadzanych inwestycji, np. przez uzyskanie wysokiego poziomu sprzedaży swoich produktów. Do ekspansji na nowy rynek może zachęcać możliwość uzyskania popytu na towary oferowane dotychczas przez przedsiębiorcę posiadającego i korzystającego z siły rynkowej. Chodzi więc o oferowanie ich

¹⁵⁶ Zob. rozdział 1. niniejszej książki.

¹⁵⁷ Związek pomiędzy barierami wejścia a poziomem koncentracji i zyskownością został przedstawiony na podstawie badań empirycznych przez J. Suttona w: *Sunk Cost and Market Structure. Price Competition and Advertising and the Evolution of Concentration*, Cambridge Mass (1991) oraz w: *Technology and Market Structure*, Cambridge Mass 1999.

po cenie niższej niż obecna tam cena „monopolistyczna”¹⁵⁸. Z drugiej strony możliwe jest także wejście na taki rynek bez oferowania niższej ceny¹⁵⁹. Taka strategia również wpłynie na zyski aktualnych konkurentów. Wobec zwiększonej podaży będą oni musieli obniżyć swoje poziomy produkcji¹⁶⁰. **Posiadanie przez przedsiębiorcę siły rynkowej jest więc w dużej mierze uzależnione od skutecznej „ochrony” rynku właściwego przez skuteczne przeszkody wejścia na ten rynek.**

Analiza wejścia na rynek właściwy jest immanentnie związana z tzw. teorią rynków spornych (*contestable markets*)¹⁶¹. Teoria ta zakłada istnienie rynków, na których wejście oraz wyjście odbywają się bez ponoszenia kosztów (w szczególności kosztów utopionych). Istnienie takiej sytuacji rynkowej sprawia, że każde podniesienie ceny ponad cenę konkurencyjną doprowadzi do nowego wejścia na rynek przez potencjalnego konkurenta. Nowy gracz będzie w stanie osiągnąć zysk, oferując cenę niższą niż aktualna cena rynkowa. Generowanie zysku przez wchodzącego będzie kontynuowane aż do przywrócenia ceny do poziomu konkurencyjnego, co doprowadzi do jego wyjścia z rynku. Mamy tu więc do czynienia z tzw. wejściem *hit-and-run*. Istotnym elementem podjęcia decyzji wejścia na taki rynek jest brak możliwości natychmiastowej reakcji ze strony aktualnych graczy rynkowych.

Chociaż wątpliwy jest szeroki zakres zastosowania teorii rynków spornych, to przeprowadzone na potrzeby niniejszej monografii badanie pokazuje, że w praktyce stosowania prawa ochrony konkurencji założenie „sporności” rynków zostało przyjęte dość optymistycznie. Jest ono często automatycznie (niekoniecznie słusznie w świetle przedstawionej w definicji), aplikowane do rynków, na których istnieją niskie bariery wejścia i na których działanie presję wywierają konkurenci potencjalni¹⁶².

Potencjalnymi konkurentami są przedsiębiorcy nieuczestniczący bezpośrednio w rynku właściwym (nieoferujący na nim obecnie produktów substytucyjnych), lecz **posiadający realną możliwość w miarę szybkiego zaoferowania ich konsumentom w odpowiedzi na niewielki, ale istotny i stały wzrost cen** (tzw. test SSNIP) dokonany przez konkurentów aktu-

¹⁵⁸ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 255.

¹⁵⁹ M.P. Donsimoni, *Stable Heterogenous Cartels*, International Journal of Industrial Organization 1985, vol. 3, 451–467.

¹⁶⁰ J.P. Formbly, W.J. Smith, *Collusion, Entry, and Market Shares*, Revier of Industrial Organization 1984, vol. 1, 15–25.

¹⁶¹ W.J. Baumol, J. Panzar, R. Willing, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, Nowy Jork 1982.

¹⁶² Decyzja Komisji Europejskiej z 27.02.2013, nr COMP/M.6663, w sprawie *Ryanair/AER Lingus III*.

alnych¹⁶³. Potencjalna konkurencja może mieć znaczenie dla uczestników koncentracji w ten sposób, że samo zagrożenie wejściem na rynek skłaniać będzie do zachowań obwarowanych presją konkurencyjną.

Poszukując początków stosowania zjawiska potencjalnej konkurencji w prawie antymonopolowym, odnajduję je już w pierwszej fazie stosowania prawa antytrustowego w USA. Przytoczyć należy tu sprawę *Standard Oil Co. of N.J. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, gdzie rurociągi zostały przedstawione jako potencjalna konkurencja przewozów towarowych pociągami¹⁶⁴.

Pierwszy przypadek, kiedy potencjalna konkurencja zdecydowała o wyniku postępowania dotyczącego zamierzonej koncentracji przedsiębiorców, dotyczy natomiast próby nabycia potencjalnego konkurenta Pacific Northwest Pipeline Corporation przez El Paso Natural Gas w roku 1964. Było to więc na długo przed powstaniem teorii rynków spornych. W tej sprawie wyrokujący sąd stwierdził, że *musielibyśmy nosić zastony na oczy, by nie zauważyć, że starania Pacific Northwest wejścia na rynek Kalifornii, co prawda bez sukcesu, ale miały silny wpływ na zachowania biznesowe El Paso*¹⁶⁵. W kolejnej sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Penn-Oil Chemical Co.* stwierdzono, że potencjalna konkurencja, jako substytut konkurencji aktualnej, może ograniczać producentów w pobieraniu nadmiernych opłat. Może także w części zrekompensować niedoskonałości konkurencji aktualnej¹⁶⁶. W dalszej części referowanego orzeczenia odnajduję także stwierdzenie, że *istnienie agresywnego, dobrze wykwapowanego oraz dobrze finansowanego przedsiębiorcy, prowadzącego taką samą lub zbliżoną działalność gospodarczą, niespokojnie oczekującego na wejście na rynek oligopolistyczny, będzie istotnym bodźcem dla konkurencji, który nie może zostać niedoceniony*¹⁶⁷. Analogiczne podejście do potencjalnych konkurentów znalazło miejsce w sprawie dotyczącej połączenia *Procter & Gamble i Chlorox: na zachowania rynkowe przemysłu na rynku wybielaczy miały wpływ*

¹⁶³ T. Skoczny, D. Aziewicz, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, komentarz do art. 18; zob. także: R. Posner, *The Economic Analysis...*, s. 303, wskazujący także na rozróżnienie pomiędzy potencjalnymi konkurentami a przyszłymi konkurentami (*future competitors*) jako przedsiębiorcami, którzy planują wejście na rynek właściwy bez względu na opłacalność dla nich wzrost cen na takim rynku. Autor sugeruje również zaliczenie potencjalnych konkurentów do rynku właściwego i związany z tym brak konstytuowania takiej samodzielnej doktryny zob. na s. 304.

¹⁶⁴ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁶⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 6.04.1964, w sprawie *United States v. El Paso Natural Gas Co.* 376 U.S. 651, 659 (1964).

¹⁶⁶ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Penn-Oil Chemicals Co.* 378 U.S. 158, 174 (1964).

¹⁶⁷ *Ibidem*.

przewidywania zachowań rynkowych zarówno aktualnych, jak i potencjalnych konkurentów¹⁶⁸. Natomiast w praktyce decyzyjnej Komisji zdarzało się, że presja ze strony potencjalnych konkurentów była tak silna, iż nawet udział w wysokości 100% nie generował zagrożenia dla konkurencji¹⁶⁹.

Poszukując ekonomicznej definicji wspomnianych **przeszkód, które napotyka konkurenci potencjalni przy wejściu na rynek**, nazywanych w nauce ekonomii **barierami wejścia na rynek** (*barriers of entry*), należy w pierwszej kolejności wskazać poglądy J. Baina¹⁷⁰. Zdefiniował on owe bariery jako przewagi (*advantages*), które posiadają przedsiębiorcy działający na rynku właściwym (*incubents*), nad przedsiębiorcami zamierzającymi wejść na taki rynek. Mają one zezwalać na utrzymanie cen, powyżej poziomu konkurencyjnego. Przedstawiona definicja koncentruje się na **możliwości osiągnięcia przez przedsiębiorcę posiadającego siłę rynkową zysków pochodzących z wykorzystywania władzy rynkowej**. Definicja powstała przy założeniu poprawności paradygmatu *structure-conduct-performance*. Przedstawiała bariery wejścia, jako ograniczające liczbę konkurentów na rynku właściwym, pozwalając na utrzymanie mniej konkurencyjnej struktury rynku. Bariery wejścia w tym ujęciu jest np. ekonomia skali, wysokie wymogi kapitałowe¹⁷¹ czy zróżnicowanie produktów¹⁷². Spośród współczesnych ekonomistów podejście bliskie tej definicji adoptuje np. Jean Tirole¹⁷³.

Odminną, węższą i zaadoptowaną przez chicagowską szkołę prawa ochrony konkurencji definicję barier wejścia zaproponował natomiast G. Stigler¹⁷⁴, definiując je **przez pryzmat analizy kosztów, a nie zysków**. G. Stigler uważał, że barierami wejścia są koszty produkcji liczone w długim okresie, które muszą zostać poniesione przez przedsiębiorców wchodzących na rynek. Są to jednak koszty, które nie zostały wcześniej poniesione

¹⁶⁸ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *FTC v. Procter & Gamble Co.*, *op. cit.*

¹⁶⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 18.03.1998, w sprawie IV/M.1113 – NORTEL par. 25.

¹⁷⁰ J.S. Bain, *Barriers to new competition...*, s. 3.

¹⁷¹ J. Culbertson, R. Weinstein, *Antitrust Aspects of Barriers to Entry*, UCLA Law First Annual Institute on US and EU Antitrust Aspects of Mergers and Acquisitions, Luty 27/28 2008, wskazują na kapitałochłonny oraz wymagający efektu skali przykład rynku papierosów w USA, na którym ceny zostały podniesione w latach dziewięćdziesiątych, co spowodowało dużą liczbę nowych wejść na ten rynek. s. 5.

¹⁷² *Ibidem*, wskazuje się natomiast, że zróżnicowanie produktów może ułatwić wejście, ponieważ wchodzący mogą zidentyfikować obszary w zakresie danego produktu, które nie są obsługiwane przez aktualnych konkurentów, wejść z produktem zróżnicowanym i zaspokoić zapotrzebowania konsumentów, jako przykład podając sprzedaż piw z mniejszych browarów lub piw importowanych.

¹⁷³ Richard Schmalensee, *Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry*, s. 1, powołując się na Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge: MIT 1988.

¹⁷⁴ G. Stigler, *The Organization...*, s. 67.

przez przedsiębiorców już obecnych na rynku. Następstwem takiej definicji jest to, że ponieważ większość kosztów ponoszonych przez przedsiębiorców wchodzących na rynek, została poniesiona przez przedsiębiorców, którzy aktualnie prowadzą na nim działalność gospodarczą, to bariery wejścia w zdecydowanej większości przypadków w ogóle nie istnieją. Według definicji G. Stiglera, barierami wejścia nie były np. ekonomia skali, a w wielu przypadkach także koszty kapitałowe.

Rozbieżność w podejściu do definicji omawianego czynnika metody analizy pośredniej zauważalna jest również w definicjach przedstawianych przez kolejnych ekonomistów. R. Schmalensee wskazywał na zbyt szerokie ujęcie barier wejścia przez J. Baina¹⁷⁵. H. Demsetz zaproponował zaś definicję szerszą niż definicje J. Baina i G. Stiglera, obrazując ją na przykładzie rynku taksówek, gdzie każdy z taksówkarzy musi otrzymać licencję, których to dostępna liczba jest mniejsza niż liczba potencjalnych taksówkarzy¹⁷⁶. J. Ferguson przedstawił z kolei definicję zbliżoną do J. Baina, sugerując, że za bariery wejścia należy uznać cokolwiek, co sprawia, że wejście jest nieopłacalne, jednocześnie pozwalając aktualnym konkurentom na ustalanie ceny powyżej kosztów marginalnych i ciągle osiąganie zysków monopolistycznych¹⁷⁷. F. Fisher zdefiniował bariery wejścia jako cokolwiek, co powstrzyma wejście na rynek, gdy byłoby ono społecznie korzystne¹⁷⁸. Zbliżoną, lecz węższą definicję od G. Stiglera przedstawił natomiast C. von Weizsacker, określając bariery wejścia jako koszt, który musi zostać poniesiony przez wchodzącego, ale nieponoszony przez aktualnych graczy rynkowych, który jednocześnie powoduje zniekształcenie w alokacji zasobów społeczeństwa¹⁷⁹. Definicje zbliżone do G. Stiglera przedstawili także D. Carlton¹⁸⁰ i J. Perloff¹⁸¹. Natomiast R. McAfee, H. Mialon i M. Williams, starając się podsumować dotychczasowe ekonomiczne definicje barier wejścia, wskazali na dychotomię składającą się z definicji ekonomicznej (koszt, który musi zostać poniesiony przez wchodzącego, a nie jest lub nie został poniesiony przez aktualnych konkurentów) oraz definicji właściwej dla prawa antymonopolowego (koszt, który opóźnia wejście i przez to obniża dobrobyt spo-

¹⁷⁵ R. Schmalensee *Sunk Costs...*, s. 473.

¹⁷⁶ H. Demsetz, *Barriers to Entry*, *American Economic Review*, vol. 72, s. 48 (1982).

¹⁷⁷ J. Ferguson, *Advertising and Competition: Theory, Measurement*, Fact 10 (1974).

¹⁷⁸ F. Fisher, *Diagnosing Monopoly*, *Quarterly Review Of Economics and Business*, vol. 19, s. 23 (1979).

¹⁷⁹ C. Weizsacker, *A Welfare Analysis of Barriers of Entry*, *Bell Journal of Economics*, vol. 11, s. 399 (1980).

¹⁸⁰ D. Carlton, *Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding?*, *American Economic Review Papers and Proceedings* May 2004, s. 94.

¹⁸¹ P. Jeffrey, *Modern Industrial Organization*, 3rd ed. Reading, MA: Addison-Wesley, 2000.

teczny¹⁸²). Taki podział zaadoptował też w końcu R. Schmalensee. Dodając, że składnikiem definicji jest zdolność potencjalnych konkurentów do działania zgodnego z celami prawa ochrony konkurencji, a więc powiększenia dobrobytu konsumentów¹⁸³. Najbardziej wypośrodkowaną definicją barier wejścia wydaje się być jednak przedstawiona przez M. Watersona, określająca je, jako cokolwiek, co powstrzymuje przedsiębiorców przed wejściem na rynek, na którym osiągane są zyski ekonomiczne¹⁸⁴.

Wobec widocznego sporu pomiędzy ekonomistami, zgody odnośnie do jednoznacznego zdefiniowania barier wejścia nie mogły osiągnąć także organy antymonopolowe i sądy. W wyroku w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Waste Management* zauważyć można podejście bliższe definicji aplikowanej przez szkołę harwardzką¹⁸⁵. Wpływ podejścia chicagowskiego można zaobserwować natomiast w decyzji FTC w sprawie *Echlin Manufacturing*. Stwierdzono tam, że barierami wejścia są dodatkowe koszty długookresowe, które muszą zostać poniesione przez wchodzących, w stosunku do kosztów poniesionych przez firmy będące już na rynku¹⁸⁶. W latach 90. XX wieku, po tzw. *rewolucji chicagowskiej*¹⁸⁷, w wytycznych w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, wydanych wspólnie przez FTC i DOJ w roku 1992, zastosowano jednak podejście J. Baina, charakterystyczne dla szkoły harwardzkiej i paradygmatu SCP. Według tego dokumentu bariery wejścia były mierzalne przez stopień, w jakim potencjalne wejście będzie odpowiedzialną za mały, lecz znaczący wzrost ceny (*small but significant nontransitory increase in price*, tzw. test SSNIP). Z kolei w sprawie *Los Angeles Land Co. v. Brunswick* wyrokujący sąd podaje właściwie dwie rozbieżne definicje barier wejścia, oparte na podejściach bliskich G. Stiglerowi i J. Bainowi¹⁸⁸. Niemniej jednak sugestię w kierunku podejścia bliższego szkole harwardzkiej wyraża brak zmiany definicji barier wejścia w Wytycznych Horyzontalnych DOJ i FTC z 2010 roku. Należy w końcu zauważyć, że M. Coate wskazuje, iż bariery wejścia powinny być definiowane w świetle ekonomicznego modelu

¹⁸² R. Preston McAfee, H. Mialon, M. Williams, *What is Barrier to Entry?*, 94 *American Economic Review*, Papers and Proceedings. s. 463 (2004).

¹⁸³ R. Schmalensee *Sunk Costs...*, s. 471.

¹⁸⁴ R. Blair, D. Kaserman, *op. cit.*, s. 114.

¹⁸⁵ Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit z 6.09.1984 *United States v. Waste Management Inc.* 743 F2d 976.

¹⁸⁶ *Echlin Mfg. Co.*, 105 F.T.C. 410, 485 (1985).

¹⁸⁷ Mam tu na myśli uwidocznienie się poglądów chicagowskiej szkoły prawa ochrony konkurencji.

¹⁸⁸ Orzeczenie United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Los Angeles Land Co. v. Brunswick*, 6 F.3d 1422.

konkurencji, aplikowanego do danej analizy zamierzonej koncentracji przedsiębiorców, a łatwość wejścia jest pytaniem empirycznym¹⁸⁹.

W unijnym prawie ochrony konkurencji Komisja zdefiniowała bariery wejścia jako: **specyficzne cechy rynku, które dają przedsiębiorstwom obecnym na rynku przewagę nad potencjalnymi konkurentami**¹⁹⁰. Sądy unijne odwołują się do kosztów: *Sąd po pierwsze i w ogólności uważa, że różnorakie elementy stanowią takie bariery, w szczególności gospodarczy, handlowy lub finansowy i sprawiają, że potencjalny konkurent przedsiębiorstw prowadzących już działalność na tym rynku, który również zamierza wejść na ten rynek, musi ponieść duże ryzyko i koszty, co wystarcza do zniechęcenia go do dokonania tego w rozsądnym terminie lub szczególnie utrudnia mu to wejście na rynek i w ten sposób pozbawia to przedsiębiorstwo możliwości ograniczania zachowania przedsiębiorstw już działających na tym rynku poprzez konkurowanie z nimi*¹⁹¹.

Podobną definicję dotyczącą omawianych przeszkód zapożycza polska doktryna prawa ochrony konkurencji¹⁹². Prawo francuskie definiuje natomiast bariery wejścia jako przeszkody, które muszą pokonać potencjalni konkurenci w celu penetracji rynku¹⁹³.

Należy też zwrócić uwagę na przykłady barier wejścia, pojawiające się w praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych i właściwych sądów. Zauważyć tu można rozbieżności w nazewnictwie typów barier wejścia.

Przykładami podawanymi przez amerykańskie organy antymonopolowe są: planowanie, projektowanie i zarządzanie, otrzymanie licencji, otrzymanie innych zgód, budowanie, promocja, marketing¹⁹⁴. Orzecznictwo sądów USA zwraca natomiast uwagę na: licencje prawne, kontrolę nad niezbędnymi zasobami, zakorzenione preferencje kupujących dotyczące reputacji czy koszty kapitałowe związane z wejściem¹⁹⁵.

¹⁸⁹ M.B. Coate, A.J. Del Buono, *Modeling the Ease of Entry in Merger Analysis: Can Financial Analysis Move the Ball?*, Dostępne na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412202.

¹⁹⁰ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt. 70.

¹⁹¹ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 23.02.2006, w sprawie nr T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV v. Commission*.

¹⁹² T. Skoczny, D. Aziewicz w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 666.

¹⁹³ *Authotite de la concurrence, Merger Control...*, pkt 290.

¹⁹⁴ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 28.

¹⁹⁵ Orzeczenie United States Court of Appeals, Ninth Circuit, w sprawie *Los Angeles Land Co. v. Brunswick*, 6 F.3d 1422 s. 1428.

Komisja dokonuje natomiast bardziej ustrukturyzowanego podziału barier wejścia na bariery: **prawne**¹⁹⁶, **techniczne**¹⁹⁷ (w skład których wchodzi preferencyjny dostęp do sprzętu lub zasobów naturalnych¹⁹⁸, innowacje, badania i rozwój¹⁹⁹, prawa własności intelektualnej²⁰⁰, korzyść skali i zakresu, sieci dystrybucji lub sprzedaży²⁰¹) lub **wynikające z ustalonej pozycji przedsiębiorstw obecnych na rynku** (lojalność klienta wobec marki²⁰², bliskość stosunków pomiędzy dostawcami a klientami czy znaczenie promocji lub reklamy, a także inne korzyści wynikające z dobrej opinii²⁰³), a także koszty zmiany dostawcy lub zobowiązania do stworzenia dużej nadwyżki mocy produkcyjnych²⁰⁴, koszty utopione (np. koszty reklamy)²⁰⁵.

Niemiecki Federalny Urząd Kartelowy dzieli zaś bariery wejścia na: **prawne, strukturalne** (wynikające z charakterystyki rynku) oraz **strategiczne** (wynikające np. z możliwości podniesienia kosztów przez konkurentów sprawiające, że wejście jest bardziej utrudnione i ryzykowne). Zwraca on też uwagę, że barierą wejścia mogą być koszty wyjścia z rynku²⁰⁶. Ku analogicznemu podejściu skłaniają się organy brytyjskie²⁰⁷.

Polska doktryna antymonopolowa dzieli natomiast bariery wejścia na **prawne** (konieczność uzyskania zezwoleń) i **ekonomiczne** (związane z ponie-

¹⁹⁶ Komisja Europejska, *Wytoczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 71, zobacz także: decyzja Komisji Europejskiej z 21.05.1999, nr IV/M.1430, w sprawie *Vodafone/Airtouch*, punkt 27; decyzja Komisji Europejskiej z 11.08.2001, nr IV/M.2016, w sprawie *France Telecom/Orange*, punkt 33, decyzja Komisji Europejskiej z 3.05.2000, nr COMP/M.1693, w sprawie *Alcoa/Reynolds*, pkt 87.

¹⁹⁷ Komisja Europejska, *Wytoczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 71 b.

¹⁹⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z 20.05.1998, nr IV/M.754, w sprawie *Anglo American Corp./Lonrho*, punkty 118–119.

¹⁹⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 10.09.1997, nr IV/M.774, w sprawie *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, punkty 184–187.

²⁰⁰ Decyzja Komisji z 22.12.1994, nr IV/M.269, w sprawie *Shell/Montecatini*, punkt 32. Decyzja Komisji IV/M.68 [1991] OJ L290/35, punkt 3.4.

²⁰¹ Decyzja Komisji z 15.05.1998, nr IV/M.833, w sprawie *Coca Cola Company/Carlsberg*, punkt 74.

²⁰² *Ibidem*, punkty 72–73.

²⁰³ Decyzja Komisji z 27.02.2002, nr COMP/M.2097, w sprawie *SCA/Metsa Tissue*, punkty 83–84.

²⁰⁴ Decyzja Komisji z 9.06.2001, nr IV/M.1813, w sprawie *Industri Kapital Nordkem/Dyno*, punkt 100.

²⁰⁵ Zobacz: decyzja Komisji Europejskiej z 2.10.1991, nr IV/M.53, w sprawie *Aerospatiale/Alenia/de Havilland*.

²⁰⁶ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 62–72

²⁰⁷ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 59, pkt 5.8.5: są nimi: przewagi prawne, przewagi techniczne, przewagi strategiczne, przewagi strukturalne, ekonomia skali.

sienie wydatków niezbędnych z funkcjonowaniem na rynku)²⁰⁸. W doktrynie zaznacza się potrzebę zindywidualizowanej oceny barier ekonomicznych, dla każdego przedsiębiorcy, głównie z punktu widzenia jego potencjału ekonomicznego, a także opłacalności zwrotu inwestycji²⁰⁹. Innym podziałem przedstawionym w polskiej doktrynie są bariery prawne i bariery pozaprawne.²¹⁰ Wyjaśnienia Prezesa UOKiK określają natomiast podział barier wejścia na bariery administracyjne, „kosztowne” i inne²¹¹. Prezes UOKiK w decyzjach stwierdza m.in. brak jakichkolwiek barier wejścia na rynek leków generycznych²¹² lub brak *istotnych barier dla ekspansji lub wejścia nowych podmiotów, zarówno przedstawicieli handlowych producentów soczewek, jak też niezależnych dystrybutorów/importerów*²¹³.

3.4.2. Praktyka organów ochrony konkurencji dotycząca oceny wejścia na rynek

Kluczowe jest, by zwrócić uwagę na miejsce umieszczenia definicji barier wejścia w dokumentach przedstawiających politykę organów ochrony konkurencji. Komisja umieszcza je w swoich wytycznych dotyczących oceny koncentracji horyzontalnych dopiero przy czynnikach mających wpływ na **opłacalność** (prawdopodobieństwo) wejścia na rynek²¹⁴. Niemiecki Federalny Urząd Kartelowy sytuuje bariery wejścia przy analizie **prawdopodobieństwa** wejścia²¹⁵. Brytyjskie organy ochrony konkurencji wskazują zaś, że bariery wejścia mogą wpłynąć zarówno na prawdopodobieństwo, czasowość, jak i fakt że wejście jest wystarczające²¹⁶. Organ francuski odnosi się wyłącznie do potencjalnej konkurencji i możliwości jej wejścia na rynek właściwy²¹⁷.

²⁰⁸ T. Skoczny, D. Aziewicz w: T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 667.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*, s. 666 i nast.; Jeszcze inny podział proponują Schwallbe i Zimmer w: U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics...*: bariery absolutne (dające aktualnym konkurentom przewagę w kosztach) oraz bariery strategiczne (wynikające z przewagi przedsiębiorców zasiedziałych, skutkujące nadużywaniem siły rynkowej, pochodzące z ograniczeń wertykalnych), s. 145–146.

²¹¹ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji*, s. 48.

²¹² Decyzja Prezesa UOKiK z 3.07.2008, nr DKK-52/2008, w sprawie *Richter Gedeon Nyrt./Polpharma*.

²¹³ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *INVOPTIC/JZO*, *op. cit.*

²¹⁴ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt. 70; zob. też M. Rosenthal, S. Thomas, *European Merger Control...*, s. 209.

²¹⁵ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 61.

²¹⁶ OFT guidelines pkt 5.8.4

²¹⁷ Autorite de la concurrence, *Merger Control Guidelines*, wersja angielska, pkt 337.

Zarówno w Wytycznych Komisji, wytycznych niemieckiego Federalnego Urzędu Kartelowego, jak i Wytycznych DOJ i FTC czy organu francuskiego brakuje osobnego rozdziału poświęconego barierom wejścia jako elementowi analizy zamierzonych koncentracji przedsiębiorców. Rozdział taki jest co prawda zawarty w wytycznych brytyjskiego organu ochrony konkurencji, jednak jego analiza pozwala na stwierdzenie podejścia analogicznego do przedstawianych przez inne organy antymonopolowe. Świadczy to o tym, że wobec wskazanych na początku niniejszego podrozdziału, trzech sytuacji analizy wejścia, **organy antymonopolowe koncentrują się raczej na badaniu możliwości wejścia na rynek, a czynnikiem składowym tej analizy są bariery wejścia.** Ma to szczególne znaczenie w przypadku obrony uczestników koncentracji przed zarzutem istotnego ograniczenia konkurencji, a więc w sytuacji nr (iii) przedstawionej na początku niniejszego podrozdziału.

Genezy takiego podejścia należy poszukiwać w prawie antytrustowym USA. DOJ i FTC wskazują, że prawdopodobieństwo i skuteczność wejścia oceniane są w świetle „wysiłku wejścia”, jaki podejmowany jest przez przedsiębiorcę (*entry effort*). Wysiłkiem tym są działania, jakie dany przedsiębiorca musi podjąć, by uczestniczyć w walce konkurencyjnej na danym rynku właściwym. Podejście do oceny *wysiłku wejścia* ewoluowało na przestrzeni lat. W sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Baker Hughes* połączenie spółek Tamrock AG i Eimco Secoma SA wygenerowało udział rynkowy w wysokości 76%, rynku wiertel służących do poszukiwania ropy i gazu²¹⁸. Wyrokujący w pierwszej instancji sąd potwierdził łatwość wejścia na rynek właściwy, obalając domniemanie posiadania siły rynkowej opartej na wysokim udziale rynkowym (co uczynił na podstawie dwóch niedawnych wejść, liczby przedsiębiorców zagranicznych będących potencjalnymi konkurentami, wywierania presji przez tych przedsiębiorców na aktualnych konkurentów oraz fluktuacji udziałów rynkowych). DOJ zaskarżył wyrok sądu, twierdząc, że wejście nie będzie wystarczająco szybkie i skuteczne, by obniżyć cenę rynkową. Apelacja została jednak odrzucona. Analizując przedstawiony wyrok, sąd stwierdził, że nie jest realistyczne, by wymagać od pozwanego, by udowodnił szybkość i skuteczność wejścia. Odmienne podejście zostało zaprezentowane w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko United Tote Inc.*²¹⁹. Wyrokujący sąd dokonał dokładnej analizy, czy potencjalny konkurent będzie w stanie przeciwdziałać antykonkurencyjnym skutkom koncentracji. Podobną analizę przeprowadzono w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Franklin Electric*

²¹⁸ Orzeczenie United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, w sprawie *United States v. Baker Hughes*, 908 F. 2d 981.

²¹⁹ Orzeczenie U.S. District Court for the District of Delaware, w sprawie *United States v. United Tote, Co.* 768 F. Supp. 1064 (D. Del. 1991).

*Co.*²²⁰, gdzie koncentracja przedsiębiorców doprowadziłaby do utworzenia monopolu, a uczestnicy zaproponowali zastosowanie środka zaradczego polegającego na udzieleniu licencji potencjalnemu konkurentowi. Wyrzekający w tym przypadku sąd stwierdził, że posiadane przez potencjalnego konkurenta zasoby są ograniczone. Doprowadziło to do uznania m.in., że skuteczność wejścia byłaby minimalna, a samo wejście, które zajęłoby ok. 2 lat, byłoby zbyt odległe. Sąd przeanalizował w tej sprawie zarówno bodźce wejścia, jego prawdopodobieństwo, jak i okres.

Wyżej wskazany test został w praktyce uznany przez organy antymonopolowe. Weryfikowany element analizy pośredniej jest badany w świetle tego, czy wejście:

- (i) może nastąpić w wystarczająco krótkim okresie, by zapobiec szkodzie wyrządzonej konsumentom przez wykorzystywanie siły rynkowej (*timely*);
- (ii) jest prawdopodobne (*likely*); oraz
- (iii) będzie wystarczające (skuteczne), by zapobiec takiej szkodzie (*sufficient*)²²¹.

Na ocenę wszystkich trzech powyższych czynników mają natomiast wpływ istniejące bariery wejścia na rynek. W tej części testu bariery wejścia jako element statyczny zajmują istotne miejsce, mogące świadczyć o spełnieniu jednej z przesłanek istotnego ograniczenia konkurencji. Podstawę referowanego twierdzenia odnajduję m.in. w decyzji Komisji w sprawie *Ryanair*, gdzie stwierdzono, że: *postępowanie wykazało, że w rezultacie tych barier wejście nie jest prawdopodobne, a nawet nieprawdopodobne na prawie wszystkich pokrywających się trasach*²²².

Trzeba zauważyć, że uznanie samych barier wejścia za czynniki antykonkurencyjne *per-se* byłoby o tyle utrudnione, że niektóre z nich, jak np. korzyść skali, mogą generować czynniki efektywnościowe koncentracji, a więc skutki prokonkurencyjne. S. Bishop i M. Walker podkreślają, że nawet przy wysokich barierach wejścia konkurencja może okazać się intensywna²²³. Podobne stanowisko zajęła Komisja w sprawie *Pilkington/SIV* stwierdzając, że nawet niska liczba graczy rynkowych oraz wysokie bariery

²²⁰ Orzeczenie United States District Court, W.D. Wisconsin, w sprawie *United States v. Franklin Electric Co.* 130 F. Supp 2d 1025 (W.D. Wis. 2000).

²²¹ S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 298; U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 28; Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 68, Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt. 61–74; Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 59, pkt 5.8.3.

²²² Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie nr COMP/M.4439 *Ryanair/Air Lingus*, pkt. 784.

²²³ S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 298.

wejścia nie muszą oznaczać obniżenia intensywności konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji²²⁴. Niektórzy ekonomiści stoją zaś na stanowisku, że wejście na każdy rynek zajmuje czas oraz wymaga inwestycji, poniesienia kosztów opóźnienia, zatrudniania personelu. Na każdym rynku bariery wejścia występują, a wejście eliminuje zysk monopolowy w dłuższym okresie, a nie natychmiastowo przy zerowych kosztach²²⁵.

Komisja w Wytycznych Komisji posługuje się tytułem elementu testu istotnego ograniczenia konkurencji: „Wejście na Rynek” (*Entry*). W pierwszej kolejności przyjmuje, że jeżeli wejście na rynek jest wystarczająco łatwe, to nie jest prawdopodobne, aby połączenie niesło za sobą znaczące ryzyko antykonkurencyjności²²⁶. Analogicznie stwierdza niemiecki Federalny Urząd Kartelowy²²⁷. Na podobnym stanowisku stoją też amerykańskie organy ochrony konkurencji. Stwierdzają, że jeżeli wejście na rynek będzie tak łatwe, że aktualni konkurenci nie będą mogli opłacalnie podnieść cen, to koncentracja nie doprowadzi do powstania czy umocnienia siły rynkowej²²⁸.

Takie ukształtowanie przez organy ochrony konkurencji wytycznych sugeruje więc traktowanie możliwości wejścia głównie jako elementu obrony (*shield*) przed zarzutem istotnego ograniczenia konkurencji. Znajduje to oparcie w badanym orzecznictwie. Przykładowo w sprawie *Los Angeles Land Co. v. Brunswick*, gdzie pomimo posiadania 100% rynku kręgielni nie stwierdzono posiadania siły rynkowej, z uwagi na możliwość nowych wejść²²⁹. Podobnie orzeczono w sprawie *United States v. Waste Management Inc.*, gdzie udział koncentrujących się przedsiębiorców wynosił 48% rynku gospodarowania odpadów²³⁰. Było tak również w decyzji Komisji w sprawie *HP/Compaq*, dotyczącej koncentracji kreującej m.in. 90% udział w jednym z rynków właściwych²³¹.

²²⁴ Decyzja Komisji Europejskiej, z 21.12.1993, nr IV/M.358, w sprawie *Pilkington-Techint/SIV*.

²²⁵ J. Culbertson, R. Weinstein, *op. cit.*, s. 5.

²²⁶ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 68; Decyzje Komisji Europejskiej w sprawie IV/M.477, *Mercedes-Benz/Krassbohrer* [1995], oraz w sprawie IV/M.774, *Saint-Gobain/Wacker-Chemie*.

²²⁷ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 58.

²²⁸ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 28.

²²⁹ Orzeczenie United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Los Angeles Land Co. v. Brunswick*, 6 F.3d 1422.

²³⁰ Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit z 6.09.1984 *United States v. Waste Management Inc.* 743 F2d, s. 983, zob. również: M. Coate, A.J. Del Buono, *Modeling the Ease of Entry in Merger Analysis: Can Financial Analysis Move the Ball?*, s. 2. Dostępne na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412202.

²³¹ Decyzja Komisji Europejskiej z 31.01.2002, nr COMP/M.2609, w sprawie *HP/Compaq*.

Komisja posługuje się stanowiskiem, że wejście może stanowić *barierę konkurencyjną dla łączących się stron*. Aby ją wykazać, należy udowodnić, iż można zapobiec lub pokonać potencjalne skutki antykonkurencyjne połączenia na czas i w odpowiednim stopniu²³².

W praktyce centralnym punktem przeprowadzanej przez organy antymonopolowej analizy wejść na rynek jest więc łatwość wejścia, na którą składają się jego **prawdopodobieństwo, czas i skuteczność**²³³.

(i) Według Komisji Europejskiej – **prawdopodobieństwo** wejścia na rynek – zależy od jego opłacalności, biorąc pod uwagę wymóg uruchomienia dodatkowej produkcji oraz inne odpowiedzi aktualnych konkurentów. Organ niemiecki dodaje w tym zakresie spodziewane koszty inwestycji oraz że na bodziec do wejścia wpływają istniejące bariery wejścia²³⁴. Opłacalność wejścia ograniczają: (i) wymóg wejścia na dużą skalę, (ii) istnienie sytuacji, gdy aktualni konkurenci mogą utrzymać długoterminowe kontrakty, (iii) wysokie koszty i ryzyko, w tym koszty utopione. Powyższe czynniki zmniejszają prawdopodobieństwo wejścia²³⁵.

Amerykańskie organy ochrony konkurencji wskazują na czynniki czysto ekonomiczne. Prawdopodobieństwo zależy tam od opłacalności wejścia liczonej z uwzględnieniem aktywów, możliwości, kapitału oraz ryzyka, w tym kosztów utopionych. Podaje się jednocześnie trzy czynniki: (i) poziom produkcji, który wchodzący może uzyskać, (ii) cenę, jaką może uzyskać, (iii) koszty, jakie jest zdecydowany ponieść, które mogą być uzależnione od skali w jakiej działa. M. Coate uważa, że prawdopodobieństwo wejścia jest zależne głównie od jego opłacalności i organ ochrony konkurencji powinien dokonywać jego badania tak jak członek zarządu przedsiębiorcy²³⁶. Według Komisji prawdopodobieństwo wiąże się także z przewidywanym rozwojem rynku oraz fazą, w której się on znajduje²³⁷.

Organy antymonopolowe zgodnie uważają, że przykłady wejść na rynek dokonanych w przeszłości (a także wyjść) mogą dostarczyć informacji o skali barier wejścia. Traktują zazwyczaj odpowiednią liczbę skutecznych już wejść jako dowód na brak barier. Tak oceniają amerykańskie sądy, co widoczne

²³² Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 68.

²³³ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 28.

²³⁴ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 61.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ M.B. Coate and A.J. Del Buono, *Modeling the Ease of Entry in Merger Analysis: Can Financial Analysis Move the Ball?* Dostępne na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412202.

²³⁷ Zobacz np. decyzja Komisji Europejskiej z 29.07.1998, w sprawie nr IV/M.986, *Agfa-Gevaert/Dupont*, punkty 84–85; orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Gencor v Commission*, *op. cit.*, ust. 237.

było chociażby w sprawie *Fieldturf v. Southwest Recreational Industries*²³⁸. Możliwość łatwego wejścia została tam stwierdzona na podstawie zidentyfikowania jedenastu wejść na badany rynek właściwy. Analogiczne rozumowanie odnajdziemy także w decyzji Prezesa UOKiK *BSH/Zelmer*²³⁹. Stosowanie przedstawionego podejścia z ekonomicznego punktu widzenia może jednak wprowadzać w błąd. Ekonomiści twierdzą bowiem, że brak wejść może po prostu świadczyć o nienadużywaniu siły rynkowej i braku związanych z tym bodźców do nowych wejść²⁴⁰. Z drugiej strony istnienie skutecznych wejść z pewnością będzie świadectwem braku barier dostępu do rynku²⁴¹. Jednocześnie **prawdopodobieństwo wejścia jest w praktyce najbardziej istotnym czynnikiem oceny łatwości potencjalnych wejść na rynek**²⁴².

(ii) **Okres** wejścia – oznaczający działanie we właściwym czasie – w następnej kolejności organy antymonopolowe badają, czy wejście będzie wystarczająco szybkie, by zapobiegać wykorzystywaniu siły rynkowej ze szkodą dla konsumentów²⁴³. W tym aspekcie widać rozbieżności. Komisja wskazuje, że odpowiedni okres badania to okres dwóch lat, ale i na to, że przy analizie należy brać pod uwagę cechy charakterystyczne oraz dynamikę rynku²⁴⁴. Organy amerykańskie, pomimo treści chociażby wskazanego już orzeczenia *Stany Zjednoczone przeciwko Franklin Electric Co*, w wytycznych w ogóle zrezygnowały z określania przedziału czasowego kosztem analizy historii wejść. Organ niemiecki twierdzi natomiast, że okres jest uzależniony od charakterystyki i dynamiki rynku, podając za punkt odniesienia zwyczajny czas trwania umów z konsumentami²⁴⁵.

(iii) **Wielkość i zakres** wejścia są niezbędne, by określić, czy jest ono wystarczające, by zapobiec (przeciwważyc) antykonkurencyjnym skutkom koncentracji. Nie zostanie za takie uznane wejście, które zostałyby dokonane na niskie udziały rynkowe²⁴⁶. Nie będzie takim również wejście, które dotyczyć będzie produktów będących dalszymi substytutami na rynku

²³⁸ Orzeczenie United States Court of Appeals, Federal Circuit, w sprawie *Fieldturf v. Southwest Recreational Industries*, 235 F. Supp 2d 708.

²³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 11.03.2013, Nr DKK-42/2013, w sprawie *BSH/Zelmer*.

²⁴⁰ J. Culbertson, R. Weinstein, *op. cit.*, s. 6.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² M.B. Coate and A.J. Del Buono, *op. cit.*

²⁴³ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. pkt 9.1, s. 29.

²⁴⁴ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 74.

²⁴⁵ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 73.

²⁴⁶ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 75.

produktów zróżnicowanych²⁴⁷. Jest tak także, gdy zajdzie brak możliwości pokonania barier reputacji²⁴⁸. Przykładowo organy antymonopolowe USA wskazują, że wejście będzie wystarczające, jeżeli wchodzący będzie w stanie replikować skalę i siłę jednego z przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji²⁴⁹.

Na końcu należy wskazać rozbudowany wachlarz dodatkowych czynników badania stosowany przez brytyjskie organy antymonopolowe. Składają się na niego: historia wejść na rynek, dowody planowanych wejść, obserwacje bezpośrednie i statystyczne na temat barier wejść oraz wyjść z rynku, koszty wejścia, okres odzyskania kosztów wejścia, istnienie umów długookresowych, potencjalny skutek zmian technologicznych oraz innowacji, zdolność i bodźce do sponsorowania wejścia przez klientów, możliwości ograniczeń importowych oraz odpowiedź strony podaźowej aktualnych konkurentów²⁵⁰.

Podejście Prezesa UOKiK oraz polskich sądów do oceny wejścia na rynek wymaga systematyzacji. Z jednej strony Prezes UOKiK w wyjaśnieniach stwierdza, że: *wysokie bariery wejścia na rynek powodują, że nowe wejścia nie będą stanowić istotnego zagrożenia dla ewentualnej siły rynkowej uzyskanej w wyniku koncentracji. Z kolei w przypadku niskich barier wejścia możliwość nowych wejść na rynek może być istotnym czynnikiem ograniczającym zdolność do ewentualnego podnoszenia cen przez uczestników koncentracji*²⁵¹. Jednocześnie w sprawie *Gogifer/Kolfram* Prezes UOKiK przeprowadził *ocenę barier wejścia na polski rynek rozjazdów torowych i prawdopodobieństwa wejścia przedsiębiorców zagranicznych w ciągu najbliższych 2 lat*²⁵².

Trudno jednak dojść w zakresie oceny barier wejścia do jednolitej konkluzji, gdyż wspomniana decyzja zawiera wewnętrzne sprzeczności. Z jednej strony zgłaszający koncentrację, wskazał za *zupełnie nieprawdopodobne i nieopłacalne ekonomicznie uruchomienie produkcji rozjazdów torowych przez przedsiębiorcę niedziałającego do tej pory na tym rynku, ze względu na trudne do oszacowania koszty wdrożenia produkcji rozjazdów, bez posiadania jakiegokolwiek uprzedniego doświadczenia i zaplecza organizacyjno-technicznego*²⁵³. Z drugiej strony Prezes UOKiK odnośnie do kosztu wejścia twierdził, że *zgłaszający oszacował na kwotę 5–7 mln złotych, stwierdzając*

²⁴⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. p. 9.3, s. 29.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 62, pkt 5.8.12.

²⁵¹ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 41.

²⁵² Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Cogifer/Koltram*, *op. cit.*

²⁵³ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 27

jednocześnie, iż koszty te nie stanowią istotnej bariery wejścia na rynek polski dla dużych graczy zagranicznych, takich jak np. VAE. W dalszej części stwierdzając, że grupa VAE nie planuje uruchomienia ani zakładu produkcyjnego, ani linii montażowej w Polsce w ciągu najbliższych pięciu lat. Dalej jednak Prezes UOKiK zauważył, że opłacalne jest powołanie spółki joint venture, jakby ta zupełnie nie oznaczała wejścia na dany rynek właściwy. Jednocześnie wątpliwości powoduje to, że przy podejmowaniu decyzji Prezes UOKiK oparł się w dużej mierze na stanowisku potencjalnego konkurenta, jakby nie zauważając jego interesu gospodarczego, którym niewątpliwie mogłoby być niedopuszczenie do powstania silnego gracza rynkowego²⁵⁴.

O ile można zadać pytanie o zasadność powyższych stwierdzeń, to sam schemat, w jakim Prezes UOKiK przeanalizował możliwość wejścia, wydaje się w tym konkretnym przypadku odpowiadać stosowanemu przez zagraniczne organy antymonopolowe. Niemniej jednak w tej samej sprawie, już w postępowaniu przed SOKiK, brakuje przeprowadzenia samej analizy łatwości wejścia na rynek, a obecna jest jedynie analiza barier i ich wysokości, jak i wskazanie na przesłankę wielkości wejścia. Odnajduję tam stwierdzenie SOKiK, że: *Jednocześnie istniejące na krajowym rynku silne bariery wejścia uniemożliwiają powstanie lub rozwój innego przedsiębiorcy i osiągnięcie przez niego pozycji rynkowej równoważącej siłę rynkową połączonych przedsiębiorców w stopniu gwarantującym utrzymanie konkurencji na niezagrożonym poziomie²⁵⁵.*

W innych decyzjach Prezes UOKiK ogranicza się często do stwierdzenia *wysokich (silnych) lub niskich (nie istotnych, minimalnych)²⁵⁶ barier wejścia, wielokrotnie nie dokonując analizy samej możliwości wejścia na rynek właściwy, tak jak czynią to inne organy ochrony konkurencji. Kontrowersyjne w świetle poczynionych badań wydaje się to, że już sama wysokość barier wejścia może być czynnikiem wpływającym na wynik testu istotnego ograniczenia konkurencji (ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji).*

Wyjaśnienia Prezesa UOKiK przedstawiają podział barier wejścia na: administracyjne (do których zalicza się zezwolenia, atesty utrudniające wejście i konkurencję z aktualnymi konkurentami)²⁵⁷, kosztowe (wiążące się z wybudowaniem infrastruktury lub zbudowaniem marki, oceniane w stosunku do

²⁵⁴ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Cogifer/Koltram, *op. cit.*

²⁵⁵ Orzeczenie SOKiK, XVII AmA 213/09, *op. cit.*

²⁵⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2015, nr DKK – 23/2015, w sprawie *Platform Specialty Products Corporation/Arysta LifeScience Limited*, s. 14; decyzja Prezesa UOKiK z 1.10.2014, nr DKK – 128/2014, w sprawie *Eurocash/Inmedio*, s. 8.

²⁵⁷ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 47.

spodziewanych przychodów z działalności na rynku²⁵⁸), a także *inne bariery wejścia*²⁵⁹ (biorąc pod uwagę np. rzeczywiste zachowania konkurentów). Wyjaśnienia są sformułowane w sposób niepozwalający na ocenę *wysokości* barier wejścia z punktu widzenia potencjału ekonomicznego danego potencjalnego konkurenta, a są traktowane w taki sam sposób dla każdego z nich.

Można przychylić się do stwierdzenia, że usystematyzowany i najbardziej odpowiedni test możliwości (łatwości) wejścia na rynek przez potencjalnych konkurentów, będący jednym z istotniejszych elementów analizy pośredniej, powinien zawierać badanie trzech przesłanek:

- (i) istnienie barier wejścia;
- (ii) okres i zakres wejścia w świetle obecnych barier i indywidualnych potencjałów gospodarczych potencjalnych konkurentów (jako czynniki niezbędne do oceny kolejnej przesłanki);
- (iii) prawdopodobieństwo (oparte m.in. o opłacalność) jako czynnik decydujący o możliwości nowego wejścia²⁶⁰.

Prowadzone badanie wskazuje również, że organy ochrony konkurencji w zdecydowanej większości stosują test możliwości wejścia po wskazaniu możliwości wystąpienia skutków antykonkurencyjnych.

3.5. Siła nabywczą odbiorców

Siła nabywczą odbiorców jest elementem metody analizy pośredniej skupionym na badaniu potencjału strony popytowej rynku właściwego. Jest to drugi po analizie potencjalnych wejść na rynek tzw. wyrównawczy element prowadzonego badania. Siłę nabywczą definiuje się jako **zdolność nabywcy do wpływania na zasady i warunki, na jakich nabywa on towary**²⁶¹. Jest ona immanentnie związana z ekonomiczną teorią monopsonu, a więc sytuacją, w której to, odwrotnie od sytuacji monopolu, istnieje tylko jeden odbiorca produktu, decydujący ile go zakupi, a także za jaką cenę²⁶². Wyróżnić można

²⁵⁸ *Ibidem*, s. 48.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Malcolm B. Coate and Arthur J. Del Buono, *op. cit.*

²⁶¹ Zobacz: OECD Policy Roundtables, *Roundtable on Buying Power of Multiproduct Retailers*. Dostępne na: <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379299.pdf>; J.K. Galbraith, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Boston, MA: Houghton Mifflin, chapter 9, 1952.

²⁶² Zobacz bliżej: Blair, Roger D. and Jeffrey L. Harrison, *Monopsony: Antitrust Law and Economics*, Princeton: Princeton University Press, 1993.

również strukturę oligopsonu, a więc sytuację, gdy na rynku prowadzi działalność tylko kilku nabywców²⁶³.

W doktrynie precyzuje się, że posiadanie siły nabywczej polega na możliwości zmiany źródła zaopatrzenia w odpowiedzi na nadużywanie pozycji rynkowej przez innego przedsiębiorcę²⁶⁴. Ten element testu istotnego ograniczenia konkurencji zakłada dokonanie badania skuteczności relacji działania rynkowego dwóch szczebli obrotu – szczebla dostawców (*upstream market*) oraz szczebla odbiorców (*downstream market*). Zakłada badanie zdolności uniemożliwienia przez przedsiębiorców, działających na niższym z nich, nadużywania siły rynkowej przez przedsiębiorcę powstałego w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji na wyższym szczeblu²⁶⁵.

Jednocześnie możliwe jest istnienie tzw. monopolu bilateralnego (*bilateral monopoly*). Polega on na ukształtowaniu struktury rynku z jednym producentem i jednym nabywcą. Niektórzy ekonomiści uważają go za lepszą strukturę rynku niż sam monopson lub sam monopol, ale równocześnie gorszą od rynku konkurencyjnego²⁶⁶.

Z punktu widzenia nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców siła nabywców może być rozpatrywana w dwóch aspektach.

Po pierwsze, jej uzyskanie może być czynnikiem korzyści efektywnościowych (w sytuacji, gdy do koncentracji dochodzi na rynku niższego szczebla) (*mergers of competing buyers*). Uzyskana efektywność polega na możliwości wywierania większej presji na producentów. W przypadku takiej koncentracji siła nabywczą może również prowadzić do ograniczenia konkurencji na rynku.

Po drugie, istnienie siły nabywczej może zostać uznane za wywierającą presję na dokonujących koncentracji producentów o bardzo istotnym wspólnym udziale rynkowym (potencjalnej sile rynkowej), w ten sposób, że nie będą oni mogli działać niezależnie od nabywców (wyrównawcza siła nabywczą – *countervailing buyer power*).

Nie bez powodu więc siła nabywców jest uważana w doktrynie za dar (*boon*) lub groźbę (*meance*) dla rynku, w zależności od kontekstu w jakim wystąpi²⁶⁷. Z punktu widzenia prowadzonego badania istotny jest drugi ze wskazanych przypadków.

²⁶³ OCED słownik: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3265>.

²⁶⁴ S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 297.

²⁶⁵ R.G. Noll, “Buyer Power” and Economic Policy. *Antitrust Law Journal*, vol. 72, (2005), s. 589–624.

²⁶⁶ Zobacz: T. Campbell, *Bilateral Monopoly in Merger*, *Antitrust Law Journal* 2007, vol. 74, s. 521–536.

²⁶⁷ I. Kokkoris, H. Shelanski, *op. cit.*, s. 409.

Prezes UOKiK w wyjaśnieniach twierdzi, że *fakt, iż odbiorcy łączących się przedsiębiorców dysponują równoważącą siłą nabywczą zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji*²⁶⁸. Tak też wskazuje niemiecki Federalny Urząd Kartelowy²⁶⁹ czy organy francuski²⁷⁰ i brytyjski²⁷¹. Organy ochrony konkurencji w USA definiują taką sytuację jako istnienie tzw. silnych nabywców (*powerful buyers*)²⁷².

Powstanie producenta o dużym udziale rynkowym może spowodować dla odbiorców, zawężenie wyboru spośród dotychczasowych konkurentów. Znaczący odbiorcy mogą uznać za opłacalne poszukiwanie nowego dostawcy. Opłacalnym może okazać się możliwość substytucji, np. jeśli mogą dywersyfikować źródło dostaw²⁷³. Większy nabywca może również sprawić, że opłacalne stanie się wejście na rynek wyższego szczebla przez potencjalnego konkurenta uczestników koncentracji.

S. Bishop i M. Walker wskazują, że nie jest wystarczające, by wskazać na skoncentrowanie rynku po stronie zakupowej²⁷⁴. Komisja definiuje wyrównawczą siłą nabywczą jako **siłę przetargową** posiadaną przez nabywcę wobec sprzedawcy w negocjacjach handlowych, ze względu na (i) **wielkość**, (ii) **znaczenie handlowe dla sprzedawcy**, a także (iii) **możliwość zmiany dostawcy**²⁷⁵. Zdaniem tego organu, że badanie istnienia siły nabywczej dzieli się na analizę zaistnienia trzech strategii nabywców:

(iv) odbiorca może zagrozić **skorzystaniem w rozsądnym okresie czasu z alternatywnych źródeł dostawy** w odpowiedzi na podniesienie cen przez dostawcę czy też pogorszenie warunków dostawy albo ich jakości (w tym jakości produktów). Alternatywne źródła dostawy muszą być jednak wiarygodne. W tym celu Komisja przeprowadza m.in. analizę mocy produkcyjnych konkurentów. Miało to miejsce, chociażby w decyzji *Enso/Stora*²⁷⁶. Jednocześnie Komisja bierze pod uwagę nie tylko utratę całości zamówień, ale także ich części, jeżeli jej utrata

²⁶⁸ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 53.

²⁶⁹ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 79.

²⁷⁰ Autorite de la concurrence, *Merger Control...*, pkt 374.

²⁷¹ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 79.

²⁷² U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 27, pkt 8.

²⁷³ R. Inderst G. Shaffer, *Buyer Power in Merger Control*, w: *Issues in Competition law and Policy 1* (ABA Section of Antitrust Law 2008), s. 18.

²⁷⁴ S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 297.

²⁷⁵ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt. 64.

²⁷⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 25.11.1998, nr IV/M.1225, w sprawie *Enso/Stora*, pkt 94.

będzie skutkowała wywarciem presji na dotychczasowego dostawcę²⁷⁷. Uważa się, że skuteczność takiej strategii jest tym większa, im większa jest zależność kosztów przedsiębiorcy na wyższym szczeblu rynku, od wykorzystywanych mocy produkcyjnych²⁷⁸;

- (v) odbiorca może zagrozić **integracją pionową** z konkurentem na rynku wyższego szczebla lub patronować ekspansji czy też wejściu na rynek poprzez zobowiązanie się do składania dużych zamówień²⁷⁹. Próba ekspansji może zależeć od poniesionych kosztów potencjalnego konkurenta;
- (vi) odbiorca może **odmówić zakupu innych produktów** wytwarzanych przez dostawcę lub, szczególnie w przypadku nietrwałych produktów, opóźnić ich zakup.

Dodatkowym kryterium ukształtowanym przez Komisję jest wykazanie woli do ograniczenia siły rynkowej dostawcy²⁸⁰. Taki bodziec nie zaistnieje, jeżeli podwyżkę ceny można będzie przenieść na odbiorców końcowych. Przeniesienie mogłoby nawet zwiększyć zyski przedsiębiorcy działającego na rynku niższego szczebla²⁸¹. Przedsiębiorca może nie mieć również ochoty inwestować w sponsorowanie przedsiębiorcy wchodzącego na rynek, jeśli korzyści z wejścia, w postaci obniżenia kosztów, mogłyby objąć jego konkurentów²⁸².

Niemiecki organ antymonopolowy również wskazuje, iż oprócz możliwości szybkiej zmiany dostawcy, nabywca musi być wystarczająco ważnym partnerem gospodarczym. Oznacza to, że jego utrata nie może być zrekompensowana w krótkim okresie, przez znalezienie innych miejsc zbytu²⁸³. Brytyjski organ ochrony konkurencji twierdzi zaś, że siła nabywca musi być obecna po dokonaniu koncentracji. Jest ona większa, jeżeli kupujący i dostawca negocjują bilateralnie warunki umów, a **wielkość kupującego wcale nie musi świadczyć o jego sile jako nabywcy**, jeżeli nie zostaną spełnione przesłanki łatwości zmiany oraz istnienia innych dostawców²⁸⁴.

Ważnym aspektem dla wyniku analiz prowadzonych przez organy ochrony konkurencji jest **zakres siły nabywczej**²⁸⁵. W decyzji *Enso/Stora* Komisja

²⁷⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 10.08.2006, nr COMP/M.4094, w sprawie *Ineos/BP Dormagen* pkt 149.

²⁷⁸ S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 297.

²⁷⁹ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt. 65.

²⁸⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 25.11.1998, nr IV/M.1225, w sprawie *Enso/Stora*, pkt 91.

²⁸¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 23.07.1996, nr IV/M.623, w sprawie *Kimberly-Clark/Scott*, pkt 196.

²⁸² Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 66.

²⁸³ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 80.

²⁸⁴ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 63, pkt 5.9.2–5.9.8.

²⁸⁵ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 67.

oparła się na symetryczności rynku dostawców i nabywców (po obu stronach istniały po 3 podmioty, w tym jeden duży i dwa mniejsze)²⁸⁶. Znaczenie dla istnienia siły nabywczej ma ponadto liczba odbiorców siłę tę posiadających. W decyzji *SCA/Metsa Tissue* stwierdzono, że nawet jeśli największy odbiorca będzie mógł wykorzystywać w jakimś zakresie siłę nabywczą, nie ochroni to mniejszych odbiorców przed tym, by nowy podmiot podniósł ceny²⁸⁷.

Decyzją, w której siła nabywcza wywarła największy wpływ na dokonanie koncentracji, jest decyzja w sprawie *Alcatel/Telettra*, w której to omawiany czynnik wyrównawczy sprawił, że Komisja zezwoliła na dokonanie koncentracji, pomimo posiadania przez uczestników koncentracji bardzo wysokich udziałów w rynku²⁸⁸. Siła nabywcza może występować w szczególności na tzw. rynkach przetargowych, gdzie to odbiorca narzuca warunki sprzedaży produktu (warunki przetargu)²⁸⁹. Tak było np. w sprawie *Magna/New Venture Gear*²⁹⁰. Większą zdolność do walki rynkowej nabywcy powinni także posiadać na rynkach, na których łączący się przedsiębiorcy są uzależnieni od tzw. efektu skali²⁹¹. Warto też zauważyć, że w praktyce Komisji pojawia się wskazanie co do korelacji pomiędzy istnieniem siły nabywczej a niskimi barierami wejścia na rynek wyższego szczebla²⁹².

Podejście do siły nabywczej przez Prezesa UOKiK nie jest natomiast usystematyzowane. Wyjaśnienia Prezesa UOKiK nie przedstawiają bowiem ani definicji siły nabywczej, ani też ekonomicznych możliwości skorzystania z niej²⁹³. Prezes UOKiK wskazuje jedynie, że siła rynkowa odbiorców będzie istniała w szczególności wtedy, gdy: (i) odbiorcy są duzi i dysponują specjalistyczną wiedzą, zaś koncentracja ich udziałów jest relatywnie wysoka, (ii) zakupy produktu dokonywane są na skalę światową w scentralizowanym procesie, (iii) odbiorcy posiadają możliwość wytworzenia określonych produk-

²⁸⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 25.11.1998, w sprawie nr IV/M.1225, *Enso/Stora*.

²⁸⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 31.01.2001, w sprawie nr COMP/M.2097, *SCA/Metsa Tissue* pkt 88; podobnie chociażby decyzja Komisji Europejskiej z 30.07.2003, w sprawie nr COMP /M.3149, *Procter & Gamble/Wella*, pkt 57.

²⁸⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z 12.04.1991, w sprawie nr IV/M042 – *Alcatel/Telettra*, par. 8.

²⁸⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 6.12.2001, w sprawie nr COMP/M.2645 – *SAAB / WM-DATA AB / SAAB CARAN JV*, par. 57.

²⁹⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 24.09.2004, w sprawie COMP/M.3489, *Magna/New Venture Gear*.

²⁹¹ Decyzja Komisji Europejskiej z w sprawie z 20.08.2008, w sprawie nr COMP/M.5155 – *MONDI / LOPAREX ASSETS*, par. 61.

²⁹² Decyzja Komisji Europejskiej z 19.12.2007, w sprawie nr COMP/M.4912 – *CALYON / SOCIETE GENERALE / NEWEDGE*, par. 47.

²⁹³ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 53.

tów we własnym zakresie, (iv) istnieje potencjalna możliwość zwiększenia siły przetargowej kontrahentów w stosunku do uczestników koncentracji poprzez zrzeczenie się (utworzenie grup producenckich). Prezes UOKiK stwierdza też, że rozproszeni odbiorcy nie są postrzegani jako istotna przeciwwaga. Z drugiej strony, przeprowadzone badanie praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK pokazuje, że w jednej ze spraw nawet istnienie monopsonistycznego odbiorcy nie doprowadziło do wniosku o braku istotnego ograniczenia konkurencji. Stało się tak w przypadku koncentracji, która prowadziła do uzyskania przez dostawcę udziału na poziomie ok. 50% na niektórych rynkach właściwych²⁹⁴. Pozwala to powątpiewać w rzeczywiste znaczenie siły nabywczej dla wyniku analiz zamierzonych koncentracji prowadzonych przez Prezesa UOKiK.

Podsumowując siła nabywcza, przez którą należy rozumieć posiadanie przez istotnego nabywcę możliwości skutecznego wpływania na warunki transakcyjne, jest elementem wyrównującym ewentualne antykonkurencyjne skutki zamierzonej koncentracji. Jej znaczenie dla testu istotnego ograniczenia konkurencji ujawnia się na dalszym etapie postępowania, tj. po stwierdzeniu wygenerowania skutków antykonkurencyjnych, które może równoważyć.

3.6. Faza rozwoju rynku

Faza rozwoju rynku jest niekiedy bardzo istotnym elementem analizy antymonopolowej skutków koncentracji. Ma ona wpływ na dalszy rozwój rynku i niejednokrotnie kształtuje panujące na nim warunki. Ten element metody analizy pośredniej występuje w postępowaniach prowadzonych przez organy ochrony konkurencji, jako aspekt dynamicznej analizy zmienności warunków rynkowych.

Faza rozwoju rynku powinna być w szczególności brana pod uwagę podczas oceny koncentracji na tzw. rynkach dynamicznych. Każdy istniejący udział rynkowy może zostać tam w bardzo szybkim czasie zniwelowany lub znacznie powiększony przez wprowadzenie innowacyjnego produktu (zaspokajającego w lepszy sposób potrzeby konsumentów).

Wpływ dynamiki rynku na ocenę zamierzonych koncentracji przedsiębiorców jest związany z teorią twórczej destrukcji (*creative destruction*) J. Shumpetera. Teoria austriackiego ekonomisty zakłada, że w gospodarce wolnorynkowej największy wpływ na postęp ekonomiczny ma innowacyjność. J. Shumpeter wskazywał, że: *podstawowy bodziec, który uruchamia i podtrzymuje ruch kapitalistycznej maszynierii, wychodzi od nowych dóbr konsump-*

²⁹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK, nr DKK 70/11, w sprawie *Fresenius Medical Care/Eurodial*.

cyjnych, nowych rynków, nowych form przemysłowej organizacji, tworzonych przez kapitalistyczne przedsiębiorstwo (...) Ten proces „twórczego burzenia” jest faktem o zasadniczym znaczeniu dla kapitalizmu. W tym się ostatecznie zawiera jego istota i to jest czynnik określający warunki funkcjonowania każdego koncernu kapitalistycznego²⁹⁵.

Do rynków dynamicznych Komisja zalicza rynki, na których bardzo prawdopodobne jest nowe wejście, jak np. rynek ubezpieczeń typu *delcredere* wyznaczony w decyzji *Gerling/NCM*²⁹⁶. Analogiczne podejście stosowane jest odnośnie do rynków, dla których zasadnicze znaczenie mają szybko rozwijające się technologie (wpływające na krótkie okresy innowacyjności). W sprawie *HP/Compaq* odnajduję następujące stwierdzenie: *badanie rynku wykazało, że wysoki udział rynkowy nie upoważnia do wskazania siły rynkowej na rynku o tak szybko rozwijającej się technologii...*²⁹⁷ Analogiczne wnioski można wywieść z decyzji *Vivendi/Activision*²⁹⁸. To, że bardzo duże aktualne udziały rynkowe mogą zostać szybko utracone na rzecz przedsiębiorcy oferującego bardziej innowacyjny produkt, potwierdza także treść wyroku Sądu w sprawie *Cisco Systems i Messagenet przeciwko Komisji*²⁹⁹.

Znaczenie fazy rozwoju rynku dla wyniku postępowań dotyczących zamierzonych koncentracji przedsiębiorców odnajduję też w wytycznych niemieckiego Federalnego Urzędu Kartelowego. Wskazuje on, że faza rozwoju rynku wpływa na warunki rynkowe, a udział w rynku ma na rynku dynamicznym mniejsze znaczenie i nie musi wskazywać posiadania siły rynkowej³⁰⁰. *A contrario* organ ten twierdzi, że jeżeli rynki już są w fazie schodzącej, to mniej prawdopodobne jest wejście na rynek³⁰¹.

Analogiczne podejście do oceny znaczenia udziałów rynkowych, jak i innych czynników strukturalnych podczas stosowania prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców, znajduje się również w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK i orzecznictwie SOKiK³⁰². W szczególności warto zwrócić uwagę na stanowisko Prezesa UOKiK, że *faza rozwoju rynku może*

²⁹⁵ J. Schumpeter, *Kapitalizm, socjalizm,...*

²⁹⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 11.12.2001, w sprawie nr COMP/M.2602, *GERLING/NCM*, pkt 44.

²⁹⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 31.01.2002, w sprawie nr COMP/M.2609, *HP/Compaq*.

²⁹⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z 16.04.2008, w sprawie COMP/M.5008 – *VIVENDI/ACTIVISION*, par. 67.

²⁹⁹ Zobacz np. wyrok Sądu z 11.12.2013, w sprawie T-79/12 – *Cisco Systems i Messagenet v. Commission*.

³⁰⁰ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 48.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Wyrok SAMop z 8.10.1997 r., XVII AMA 33/97, Wok. 1998, Nr 2, s. 46.

w wielu przypadkach być skorelowana z jego konkurencyjnością”³⁰³. Zgody na koncentracje wydawane są na rynkach znajdujących się we wczesnej fazie rozwoju³⁰⁴. Są też wydawane, jeśli w ocenie organu antymonopolowego rynek jest wciąż rynkiem rozwijającym się³⁰⁵ czy też *jest nowym, powstającym rynkiem*³⁰⁶. Wczesnorozwojowa faza rynku umożliwia bowiem m.in. nowe wejścia lub rozwój nowych modeli biznesowych³⁰⁷. Prezes UOKiK łączy więc fazę, w której znajduje się dany rynek właściwy, z analizą presji wywieranej przez potencjalną konkurencję³⁰⁸. Według stanowiska polskiego organu ochrony konkurencji spowodowane jest to tym, że przedsiębiorcy *chcą przyciągnąć nowych uczestników muszą zaoferować konkurencyjne warunki*³⁰⁹.

W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK za udzieleniem zgody na dokonanie zamierzonej koncentracji przedsiębiorców może również przemawiać fakt, że rynek znajduje się w fazie schyłkowej³¹⁰. Podczas prowadzonych analiz pod uwagę brany był też fakt, że rynek kurczy się kosztem innego rynku. Tak było przykładowo w przypadku rynku soczewek mineralnych, kurczącego się kosztem rynku soczewek organicznych³¹¹. W innej decyzji Prezes UOKiK z kolei, że: *wejście na rynek przez nowych graczy jest bowiem korzystniejsze w przypadku rynku, dla którego w przyszłości przewiduje się duży rozwój, niż na rynku, który jest dojrzały lub przewiduje się wręcz jego schyłek*³¹².

3.7. Dane historyczne i sposób funkcjonowania rynku

Kolejnym elementem analizy pośredniej, przynoszącym informacje dotyczące badanego rynku właściwego, są dane historyczne dotyczące jego funkcjonowania. Wskazują na to zarówno Wytoczne Komisji³¹³, jak i orzecznictwo.

³⁰³ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 49.

³⁰⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 23.2.2005, DKK-9/2009, w sprawie *Medicover Holding/Centrum Medyczne Damiana*.

³⁰⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.07.2008, DKK-52/2008, w sprawie *Richter Gedeon Nyrt./Polpharma*; decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *INVOPTIC/IJZO*, *op. cit.*

³⁰⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z z 28.10.2005, nr DOK-134/2005, w sprawie *TVN/Telewizja Polsat*.

³⁰⁷ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia...*, s. 49.

³⁰⁸ „bardzo silnie rosnącym i stosunkowo nisko nasyconym” rynku ekspresów do kawy – decyzja Prezesa UOKiK z 11.03.2013, nr DKK-42/2013, w sprawie *BSH/Zelmer*.

³⁰⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.01.2012, nr DKK 1/2012, w sprawie *GPW/TGE*.

³¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Pojazdy Szynowe PESA/PREMA Invest*, *op. cit.*

³¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *INVOPTIC/IJZO*, *op. cit.*

³¹² Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Medicover Holding/Centrum Medyczne Damiana*, *op. cit.*

³¹³ Komisja Europejska, *Wytoczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 15.

W praktyce decyzyjnej Komisji najklarowniejszym przykładem wpływu danych historycznych na ocenę horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców jest sprawa *GE/Honeywell*, gdzie zwrócono uwagę na tendencję wzrostu udziału GE na przestrzeni kilku lat przed zgłoszeniem zamiaru koncentracji³¹⁴. Także w sprawie *Office Depot/Guilbert* Komisja stwierdziła, że małe udziały rynkowe muszą być oceniane w świetle faktu, że Office Depot niedawno wszedł na rynek, na którym ma dokonać się zamierzona koncentracja. Wobec tego udział przedsiębiorcy nie odzwierciedlał jego rzeczywistej pozycji rynkowej. Zebrany materiał wskazywał bowiem, iż uzyskanie właściwej pozycji zajmowało na badanym rynku odpowiednią ilość czasu³¹⁵.

Komisja w praktyce decyzyjnej przywiązuje bardzo dużą uwagę do warunków rynkowych. W sprawie *Alstom UK/Balfour Beatty/JV* udział rynkowy (90–100%) został oceniony w świetle tego, że największy konkurent przechodzi trudności technologiczne. W związku z tym stwierdzono, że nie oddaje on w pełni pozycji rynkowej przedsiębiorców³¹⁶.

Praktyka Komisji wskazuje również, że fluktuacja udziałów rynkowych, brak stabilności (nawet w przypadku wzrostu), zmienność/lotność (*volatile*), np. na specyficznych rynkach, na których znaczenie mają długoterminowe kontrakty, obniża ich znaczenie dla wyniku testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji³¹⁷. W sprawie *Sampol.Varma Smapo/IF Holding/JV* zależność posiadania wysokiego udziału rynkowego od jednego zasadniczo krótkiego kontraktu nie pozwoliła na odzwierciedlenie pozycji rynkowej przedsiębiorców³¹⁸.

Prezes UOKiK stosuje analogiczne podejście do przedstawianego czynnika analizy pośredniej. Znaczenie mają dla niego tendencje zmian udziałów rynkowych³¹⁹. Przykładowo udział rynkowy uczestników koncentracji, według Prezesa UOKiK, nie jest wyznacznikiem pozycji rynkowej, gdy *jest stabilny z pewną tendencją malejącą*³²⁰. Wysokie udziały w rynku nie są głównym kryterium oceny siły rynkowej w sytuacji, gdy dany rynek charakteryzuje

³¹⁴ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *GE/Honeywell*, *op. cit.*, pkt 83.

³¹⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 32.05.2003, w sprawie nr COMP/M.3108, *Office Depot/Guilbert*, pkt 23.

³¹⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 30.03.2007, w sprawie nr COMP/M.4508, *ALSTOM UK/BALFOUR BEATTY/JV*, pkt. 35 i 36.

³¹⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 22.05.2007, w sprawie nr COMP/M.4404, *Universal/BMG Music Publishing*, pkt. 114–116.

³¹⁸ Decyzja Komisji Europejskiej, z 18.12.2001, w sprawie nr COMP/M.2676, *SAMPO/VARMA SAMPO/IF HOLDING/JV*, pkt 26.

³¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.12.2012, nr DKK-134/2012, w sprawie *Asseco Poland/Centrum Informatyki „Zeto”*.

³²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Richter Gedeon Nyrt./Polpharma*, *op. cit.*

się znaczną fluktuacją zmian udziałów, wynikającą z przetargowego charakteru zakupów³²¹. W ocenie polskiego organu antymonopolowego, im jednak większy jest udział w rynku, tym mniejsze znaczenie ma tendencja malejąca, a większe może mieć tendencja wzrostowa³²².

3.8. Wnioski

Przeprowadzone w niniejszym rozdziale badanie miało na celu wskazanie elementów metody analizy pośredniej skutków jednostronnych, horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców. Miało także na celu zbadanie ich indywidualnego znaczenia dla sprawowanego przez wybrane organy ochrony konkurencji nadzoru nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców.

Elementy analizy pośredniej można podzielić na: (i) trzy elementy wstępne, świadczące o potencjalnie antykonkurencyjnej strukturze rynku właściwego oraz (ii) pozostałe elementy eliminujące (wyrównawcze) albo potwierdzające takie stwierdzenie.

Kluczowym elementem pośredniej metody analizy horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców jest **wspólny udział rynkowy uczestników koncentracji**. Wynik przeprowadzonego badania wskazuje, że obliczenie udziałów rynkowych odbywa się po prawidłowym wyznaczeniu rynku właściwego, na którym mają ujawnić się skutki koncentracji. Jest to więc *de facto* drugi krok analizy prowadzonej przez organy ochrony konkurencji, w ramach prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. W zdecydowanej większości poddanych badaniu porządków prawnych jest to też element rozpoczynający analizę rzeczywistego wpływu zamierzonej transakcji na konkurencję (w konsekwencji dobrobyt konsumentów). Jest to tzw. **punkt początkowy** (*staring point*) tej analizy.

W każdym z badanych porządków prawnych istnieje (ukonstytuowane na poziomie orzecznictwym, ustawowym lub aktów typu *soft law*) domniemanie związane z posiadaniem unilateralnej (samodzielnej) siły rynkowej przedsiębiorcy. Jest ono uzależnione od przekroczenia określonego pułapu udziału w rynku. W badanych porządkach prawnych zgodnie przyjmuje się możliwość obalenia wskazywanego domniemania. **Jest powszechnie przyjętym standardem, że niezależnie od wysokości udziału rynkowego wskazanego przez orzecznictwo, ustawodawstwo czy też akty *soft law* jako taki, który pozwala na domniemywanie posiadania siły rynkowej, jest to domniemanie możliwe do obalenia.**

³²¹ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Pojazdy Szynowe PESA/PREMA Invest*, *op. cit.*

³²² Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *UPC/Aster*, *op. cit.*

Przeprowadzone badanie pozwala także stanąć na stanowisku, że osiągnięcie wysokich udziałów rynkowych, nawet przekraczających próg domniemania istnienia siły rynkowej, nie zwalania organów antymonopolowych lub sądów z dokonania dokładnej analizy przynajmniej większości pozostałych elementów ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji. Jest to z pewnością pochodna faktu, że siła rynkowa nie zawsze zależy od wielkości przedsiębiorcy. Jej wyznacznikiem jest bowiem zdolności do działania na rynku w sposób niezależny od innych uczestników.

Za ukonstytuowany przez zagraniczne organy ochrony konkurencji standard oceny skutków rynkowych zamierzonych koncentracji przedsiębiorców należy uznać to, że **udział rynkowy**, pomimo iż jest czynnikiem istotnym dla wyniku prowadzonej analizy, to jest jedynie jej **punktem początkowym (alarmowym)**. Udział w rynku nie przesądza bezwzględnie, a także samodzielnie nie stanowi, o uznaniu koncentracji za istotnie ograniczającą konkurencję. Słuszne są stanowiska, że nie istnieje w praktyce organów ochrony konkurencji jakiś „magiczny” poziom udziału rynkowego, z którym bezspornie, w każdej sytuacji, należy wiązać posiadanie siły rynkowej³²³.

Wobec powyższego powinno uznawać się odpowiednio ustalony, wysoki udział w rynku za **przesłankę prowadzenia dalszego badania, zasadności potencjalnej interwencji** organu ochrony konkurencji w swobodę wzrostu zewnętrznego przedsiębiorców.

Odmienne znaczenie nadaje udziałowi rynkowemu dotychczasowa praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK. W praktyce polskiego organu ochrony konkurencji jest to bowiem często czynnik przesądzający o wyniku analiz skutków zamierzonych koncentracji. Należy postulować o zwiększenie spójności tej praktyki, zarówno z obowiązującymi standardami, ukształtowanymi przez inne organy ochrony konkurencji, jak i wobec dotyczącej tego zagadnienia wiedzy ekonomicznej. Postulat ten w pierwszej kolejności powinien obejmować odejście od ustawowego progu 40% udziału w rynku, który dotyczy możliwego do obalenia domniemania posiadania pozycji dominującej, zawartego w art. 4 pkt 10 uokik. Wzorem ustawodawstw antymonopolowych USA oraz Unii Europejskiej domniemanie to powinno zostać przeniesione na poziom orzecznicy lub aktów typu *soft-law*³²⁴. Może to ograniczyć jego wykorzystywanie w celu przeprowadzenia niezasadnie ograniczonej analizy skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców. Ważne jest, by przeniesienie

³²³ M. Oinonen, *Does EU Merger Control Discriminate against Small Market Companies? Diagnosing the Argument with Conclusions*, Kluwer Law International, 2010, s. 172.

³²⁴ Art. 31 a uokik: Prezes Urzędu może wydać i ogłosić wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa Urzędu.

domniemania na poziom orzecznicy implikowało wprowadzenie (zgodnie z postulatem bardziej ekonomicznego podejścia do prawa ochrony konkurencji) nakazu badania całości okoliczności rynkowych, mogących świadczyć, o utworzeniu lub umocnieniu siły rynkowej tak, jak czyni to przykładowo praktyka niemieckiego prawa antymonopolowego. Wymóg ten powinien dotyczyć tylko sytuacji, w których udział w rynku lub poziom koncentracji rynku wstępnie świadczą o możliwości wystąpienia skutków antykonkurencyjnych. Takie prowadzenie postępowania przez Prezesa UOKiK należałoby uznać za podyktowane obowiązkiem stosowania zasady prawdy obiektywnej (art. 7 KPA), tj. obowiązku podjęcia przez organ administracji wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy³²⁵, jak i zawartej w art. 12 KPA zasady szybkości i wnikliwości prowadzenia postępowania. Będzie to także przyczyniać się prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa (art. 8 KPA) wymagającej m.in. stworzenia atmosfery zaufania, co do kompetentnego potraktowania strony postępowania przez organ administracji.

Podsumowując, należy wymagać, by dla zwiększenia efektywności nadzoru nad koncentracjami – tj. uniknięcia m.in. nieuzasadnionych zakazów dokonania koncentracji albo nieuzasadnionego nakładania warunków (środków zaradczych), także w polskiej praktyce, określony pułap udziału rynkowego był jedynie tzw. punktem początkowym (alarmowym) dalszej analizy skutków koncentracji. Konstytuowałby on wówczas przesłankę dalszego badania, w celu ewentualnej interwencji państwa w swobodę wzrostu zewnętrznego przedsiębiorców.

Drugim elementem metody analizy pośredniej skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców jest **udział rynkowy konkurentów uczestników koncentracji**. Przeprowadzone badanie pozwala na stwierdzenie, że jest to również jeden z zawsze obecnych elementów analizy pośredniej.

Rozmiar konkurentów, w tym również ich mocy produkcyjnych oraz różnica pomiędzy ich udziałem rynkowym a udziałem rynkowym przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji, jest niejednokrotnie przesłanką oceny, czy konkurenci będą w stanie skutecznie zareagować na zachowania podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. Przykładowo,

³²⁵ Pomimo, że także w obecnym stanie prawnym możliwe do obalenia domniemanie nie zwalnia organu administracji z prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej, to zdaniem autora wskazywane rozwiązanie może przyczynić się do pełniejszego stosowania tej zasady ogólnej prawa administracyjnego procesowego przez Prezesa UOKiK.

reakcja może polegać na zwiększeniu własnej produkcji. Ma to wykluczać możliwość niezależnego działania rynkowego przedsiębiorcy powstałego w wyniku skonsumowania koncentracji. W tym zakresie zbieżne dla praktyki organów antymonopolowych jest podejście do przedstawionego aspektu analizy pośredniej. Jest to część składowa badania, w niektórych sytuacjach niwelująca argumenty dotyczące wysokiego udziału rynkowego uczestników koncentracji.

Kolejnym elementem metody analizy pośredniej możliwości powstania siły rynkowej w wyniku horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców jest **badanie poziomu koncentracji wyznaczonego rynku właściwego**. Pierwotna rola wskaźnika koncentracji rynku dotyczyła oceny możliwości powstania wąskiego oligopolu oraz związanych z tym paralelnych działań konkurentów. Nie skupiała się zaś na tym, czy w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji przedsiębiorców powstanie siła rynkowa jednego przedsiębiorcy. Związek wskaźnika koncentracji z siłą rynkową pojedynczego przedsiębiorcy podkreślają jednak niektórzy ekonomiści. Przeprowadzone badanie pozwala na postawienie tezy, że **wskaźnik koncentracji rynku, podobnie jak udziały rynkowe uczestników koncentracji, może pełnić rolę czynnika wskazującego na potrzebę przeprowadzenia dokładniejszego badania skutków rynkowych koncentracji**. Nie jest to także czynnik bezwzględnie przesądzający, a czynnik wstępny prowadzonego prospektywnego badania skutków rynkowych koncentracji przedsiębiorców.

Pomimo istnienia dwóch rodzajów wskaźnika koncentracji: tzw. wskaźnika dyskretnego CR_x oraz wskaźnika HHI, obecnie preferowaną metodą analizy stopnia koncentracji rynku jest drugi z wymienionych.

Przeprowadzone badanie pozwala na postawienie tezy o braku zgodności organów antymonopolowych, odnośnie do dokładnej wysokości progów wskaźnika HHI, świadczących o stopniu koncentracji rynku właściwego. Wysokości te różnią się bowiem, a różnice występują w szczególności pomiędzy prawem antymonopolowym USA a prawem unijnym. Prawo USA posiada się bardziej liberalnymi programami wskaźnika koncentracji rynku.

W zakresie praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK przeprowadzone badanie wskazuje na brak utrwalonego podejścia zarówno do poziomów wskaźnika HHI, jak i do kwestii wyboru pomiędzy tym wskaźnikiem a wskaźnikiem dyskretnym CR_x. **Dlatego też należy postulować o przedstawienie odpowiedniego podejścia do tego elementu analizy np. w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK**. Jest to niezbędne chociażby z punktu widzenia zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa wyrażonej w art. 8 KPA. Należy też postulować o ustanowienie wskazywanego elementu analizy jako przesłanki

dalszego badania, jeśli mierzona za jego pomocą struktura rynku wykaże antykonkurencyjny potencjał.

Pierwszym z elementów pełniących rolę wyrównawczą w badaniu skutków jednostronnych koncentracji horyzontalnych jest **analiza możliwości wejścia nowych przedsiębiorców na rynek właściwy**, na którym skutki wywrze zamierzona koncentracja. Wnioskiem przeprowadzonego badania jest m.in. to, że zagraniczne organy ochrony konkurencji których praktyka decyzyjna lub polityki zostały poddane badaniu, stosują spójny i całościowy test możliwości (łatwości) wejścia na rynek potencjalnych konkurentów, w wyniku spostrzeżenia przez nich zachęt gospodarczych. Zachęty te generuje wola konsumentów do zmiany dostawcy w wyniku nadużywania pozycji rynkowej przez dotychczasowego dostawcę/producenta. W teście oceny możliwości (łatwości) wejścia ważną rolę odgrywają bariery wejścia na rynek właściwy, które powinny być jednak oceniane z uwagi na charakterystykę każdego rynku i za każdym razem indywidualnie (*case-by-case*).

Analiza możliwości (łatwości) nowych wejść na rynek ma, dla badania prowadzonego przez organ ochrony konkurencji znaczenie dwojakie. W **ujęciu negatywnym** może być czynnikiem potwierdzającym możliwość istotnego ograniczania konkurencji (jeśli analiza wykaże brak możliwości nowych wejść). W **ujęciu pozytywnym** może być elementem mitygującym potencjalne skutki antykonkurencyjne koncentracji (jeśli analiza wykaże możliwość takich wejść). Do analizy potencjalnych wejść powinno dochodzić więc po ustaleniu, że wystąpią antykonkurencyjne skutki koncentracji.

Należy jednocześnie zauważyć, iż o ile brak barier wejścia wspólnie z niskim udziałem rynkowym może świadczyć o nieposiadaniu siły rynkowej przez przedsiębiorcę, o tyle ich badanie w takiej sytuacji jest niepotrzebną utratą zasobów organu antymonopolowego. Bariery wejścia w świetle norm prawnych zawartych w ustawodawstwie antymonopolowym nie są same w sobie antykonkurencyjne. Brak jest regulacji prawnych uprawniających organy antymonopolowe do eliminowania barier wejścia.

Możliwość wejścia jest też dynamicznym elementem pośredniej metody analizy antymonopolowej zamierzonych koncentracji. Jest ona spójnie przez zagraniczne organy ochrony konkurencji, których praktyka została poddana badaniu, oceniana w świetle jej **okresu, zakresu i prawdopodobieństwa**. Każda z tych przesłanek musi być oceniana indywidualnie, na potrzeby każdego postępowania, w świetle siły, jaką posiada mający ją przewyciężyć potencjalny konkurent lub konkurenci, jak i charakterystyki rynku właściwego.

W mojej ocenie należy poświęcić większą uwagę usystematyzowaniu oceny możliwości wejścia na rynek przez potencjalnych konkurentów w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK. Dążyć należy do tego, by przedstawiana

w jego decyzjach administracyjnych argumentacja spełniała spójne wymogi ukształtowane przez praktykę zagranicznych organów ochrony konkurencji. Innymi słowy, by odwoływała się do przesłanek okresu, zakresu i prawdopodobieństwa wejścia na rynek, w każdym przypadku badania potencjalnych wejść na rynek. Wzmocni to prowadzenie weryfikacji tego elementu analizy w świetle art. 7 KPA oraz art. 8 KPA.

Kolejnym elementem pośredniej metody analizy skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, stosowanym zgodnie przez organy ochrony konkurencji, jest **analiza potencjalnej siły nabywczej** uczestników niższego szczebla obrotu (odbiorców). Na istnienie takiej siły największy wpływ ma nie tylko rozmiar danego nabywcy czy też jego znaczenie handlowe. W głównej mierze znaczenie ma możliwość odpowiednio szybkiej zmiany dostawcy przez istotnego nabywcę. Zmiana dostawcy odbywać się może na różne sposoby. Nie tylko przez zmianę na aktualnego konkurenta ale również przez integrację pionową albo ułatwienie nowego wejścia na rynek właściwy.

Jest to zarazem faktycznie drugi z czynników pełniących **funkcję wyrównawczą** dla ewentualnej siły rynkowej. Mityguje on, tj. nie dopuszcza do opłacalności potencjalnych zachowań antykonkurencyjnych. Jest to element badania strony popytowej rynku właściwego. Do analizy tego czynnika dochodzi na późniejszym etapie badania, po stwierdzeniu, iż dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. We wskazanym wyżej zakresie czynnik ten wymaga również ustrukturyzowania w praktyce Prezesa UOKiK. W szczególności dotyczy to jego oceny nie tylko odnośnie do rozmiaru nabywców, ale też możliwości zmiany dostawców przez istotnych nabywców. Wzmocni to prowadzenie weryfikacji tego elementu w świetle art. 7 KPA i art. 8 KPA.

Elementem analizy pośredniej, na której wyróżnienie pozwala przeprowadzone badanie, jest też uwzględnienie **fazy rozwoju**, w której znajduje się rynek właściwy, na którym skutki wyrzecz ma planowana koncentracja. Faza rozwoju rynku może bowiem wpływać m.in. zgodnie z shumpeteriańską teorią *twórczego burzenia*, na ocenę łatwości z jaką uzyskane udziały w rynku właściwym mogą zostać utracone. Przeprowadzone badanie pozwala na postawienie tezy, że dzieje się tak w szczególności na rynkach dynamicznie rozwijających się, w tym na rynkach, na których decydujące znaczenie ma rozwój nowych technologii.

Organy antymonopolowe w zakresie analizy pośredniej biorą też pod uwagę **dane historyczne i sposób działania rynku właściwego**, na którym powstaną skutki zamierzonej koncentracji przedsiębiorców. Bierze się tutaj pod uwagę przykładowo dotychczasową fluktuację czy też stabilność udzia-

łów rynkowych, zarówno uczestników zamierzonej koncentracji, jak i ich konkurentów. Innymi słowy analizowana jest dynamika kształtowania się struktury rynku właściwego.

Wielość przedstawionych czynników, będących składnikami pośredniej metody analizy skutków jednostronnych, zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, pokazuje, **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.

Czynniki przedstawione w niniejszym rozdziale są oceniane nie tylko w świetle ich samodzielnego wpływu na rynek, ale również w świetle wpływu, jaki na siebie wzajemnie wywierają. 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. Ma to tym większe znaczenie, jeśli wziąć pod uwagę luz decyzyjny przyznany organowi ochrony konkurencji w zakresie badania skutków rynkowych procesów gospodarczych *ex ante*.

Świadomość istnienia szerokiego wachlarza czynników używanych do oceny skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców sprawia też, że ich całościowa weryfikacja jest niezbędna do prowadzenia postępowania administracyjnego zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej (art. 7 KPA) oraz zasadą pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa (art. 8 KPA). Odmienne postępowanie organu może prowadzić do niewłaściwego zastosowania art. 18, 19 albo 20 ust. 1 uokik. Oparcie się wyłącznie albo zawsze, w przeważającej mierze, na jednym składniku przedstawionej metody analizy może również skutkować wydaniem rozstrzygnięcia nieprowadzącego do osiągnięcia głównego celu prawa ochrony konkurencji – a taki indywidualny przypadek może zostać uznany za sprzeczny z zasadą proporcjonalności.

Z uwagi na fakt złożoności badanej metody analizy i ograniczonych zasobów organu, należy postulować prowadzenie pełnego badania w praktyce Prezesa UOKiK – w przypadku przekroczenia wstępnych indykatorów antykonkurencyjności. Takie działanie będzie zgodne z zasadą szybkości postępowania (art. 12 KPA) i jednocześnie powinno zwiększyć efektywność systemu nadzoru przez ograniczanie zagrożenia wydawania błędnych decyzji administracyjnych.

Rozdział 4.

Metoda analizy bezpośredniej

4.1. Czynniki analizy bezpośredniej

Stosowanie metody analizy bezpośredniej skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców jest związane zarówno z przedstawionymi już poglądami szkoły chicagowskiej jak i z wykształconymi w latach 90. XX wieku poglądami tzw. postchicagowskiej szkoły prawa ochrony konkurencji.

Przedstawiciele szkoły postchicagowskiej zgadzają się z podstawowymi założeniami szkoły chicagowskiej¹. Podejście szkoły postchicagowskiej wyróżnia się jednak postulatem wykorzystania dokładniejszych metod analiz wpływu zachowań przedsiębiorców na konkurencję². W głównej mierze posługuje się ona teorią gier, dotyczącą strategicznych działań przedsiębiorców znajdujących się we wzajemnej interakcji na jednym rynku³. W teorii gier, gra jest sytuacją, podczas której dochodzi do podjęcia przez graczy niezależnych od siebie decyzji, według strategii wybranej przez każdego z nich. W pewnym momencie każdy z graczy wybiera najlepszą strategię gry, przy strategiach innych uczestników rynku (tzw. równowaga Nasha).

Modelowanie interakcji, konfliktów oraz kooperacji pomiędzy konkurentami na rynku właściwym ma dla podejścia postchicagowskiego kluczowe znaczenie. Pozwala uzyskać mierzalne i porównywane rezultaty analizy oraz realnie ocenić potencjalny wpływ praktyki przedsiębiorcy lub planowanej koncentracji na konkurencję. Szkoła postchicagowska wskazuje jednocześnie, że pojedynczy determinant taki, jak np. stopień koncentracji rynku, nie może zostać użyty niezawodnie na wszystkich rynkach i we wszystkich modelach zachowań.

¹ J. Baker, *A Preface to Post-Chicago Antitrust*, 2002, s. 24, dostępny na: <http://ssrn.com/abstract=296119>

² Zob.: A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law, text, cases, and materials, third edition*, OXFORD University Press, 2008, s. 30.

³ B.H. Kobayashi, T.J. Muris, *Chicago, Post-Chicago, and beyond: time to let go of the 20th century*, George Mason University Law and Economics Research Paper Series 2012, 12–31, s. 15.

W pracach przedstawicieli tego nurtu prawa ochrony konkurencji znajdziemy również zastosowanie teorii rynków spornych (*contestable markets*). W innych dużą wagę przywiązuje się do badania wzrostu kosztów konkurentów (tzw. *RRC – rising rivals costs*), gdy jeden z przedsiębiorców posiada siłę rynkową. W podejściu postchicagowskim znajdziemy też zastosowanie ekonomii kosztów transakcyjnych (*transaction costs economics*) stworzoną głównie przez O. Williamsona⁴ i R. Coase⁵. Koszty transakcyjne mają szczególne znaczenie przy ocenie transakcji wertykalnych i ich prokonkurencyjnych skutków⁶.

Podejście postchicago zakłada użycie podczas stosowania prawa ochrony konkurencji bardziej kompleksowych analiz ekonomicznych⁷. Organy ochrony konkurencji powinny opierać się też na wielu teoriach ekonomicznych. Pod uwagę mogą być brane podstawowe zasady przedstawiane przez szkołę harwardzką i szkołę chicagowską.

Analiza bezpośrednia jest immanentnie związana z analizą zagrożenia powstania skutków nieskoordynowanych (jednostronnych) koncentracji horyzontalnych (*non-coordinated, unilateral effects*)⁸. Z punktu widzenia funkcjonowania rynku właściwego doprowadzenie do skonsumowania koncentracji horyzontalnej może spowodować wzrost bodźców do podniesienia cen (lub innego działania obniżającego dobrobyt konsumentów) przedsiębiorcy powstałego w wyniku koncentracji. Jak twierdzi M. Porter, w większości sektorów konkurencyjne posunięcia jednej z firm (przedsiębiorcy) wywierają widoczne skutki dla pozostałych. Mogą one zatem pobudzać do odwetu lub działań neutralizujących takie ruchy. Oznacza to, że firmy (przedsiębiorcy) są od siebie wzajemnie zależne⁹.

⁴ O.E. Williamson, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu*, przekład Jerzy Kropiwnicki, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 32.

⁵ R.H. Coase, *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series 1937, Tom 4, Nr 16.

⁶ O.E. Williamson, *Ekonomiczne...*, s. 101 i nast.; zobacz również: K.J. Arrow, *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, w: *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*, Tom 1, US Joint Economic Committee, 91st Congress, Sesja 1st; D. Ciesielska-Maciągowska, *Wpływ zmiany kosztów transakcyjnych na procesy outsourcingu i offshoringu*, w: R. Sobiecki, J.W. Pietrewicz (red.), *Koszty transakcyjne skutki zmian dla przedsiębiorstw*, Oficyna Wydawnicza Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Warszawa 2011, s. 149; A.D. Chandler, *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Belknap Press., Cambridge 1977.

⁷ A. Jones, B. Sufrin, *op. cit.*, s. 32.

⁸ S. Bishop, M. Walker, *The economics of EC Competition law*, 2 wydanie, Sweet & Maxwell, 2002, s. 263.

⁹ M.E. Porter, *Strategia konkurencyjna, metody analizy sektorów i konkurentów*, przeł. A. Ehrlich, Wydawnictwo MT Biznes, Warszawa 2006, s. 40.

Porównanie sytuacji sprzed dokonania koncentracji z sytuacją po jej dokonaniu może wskazać, że podniesienie cen uniemożliwił dotychczasowy **stopień presji konkurencyjnej wywieranej bezpośrednio, wzajemnie na siebie, przez uczestników koncentracji**. W sytuacji sprzed dokonania koncentracji, podniesienie przez jednego z jej uczestników cen mogło bowiem powodować, że znaczna liczba konsumentów zdecydowałaby się na zakup produktu u drugiego z uczestników koncentracji, w ten sposób czyniąc działanie przedsiębiorcy podnoszącego ceny nieopłacalnym. Wyeliminowanie tego zagrożenia może powodować pojawienie się lub wzrost bodźców do działania szkodzącego konsumentom. Doprowadzi więc do uzyskania unilateralnej siły rynkowej. Z drugiej strony okazać się może, że koncentracja horyzontalna nie spowoduje żadnej straty w konkurencji¹⁰. **Dlatego też organy antymonopolowe w coraz większym stopniu stosują analizę bezpośrednią w celu przewidzenia rzeczywistych skutków rynkowych planowanych transakcji**¹¹.

By zbadać wzajemną presję konkurencyjną uczestników koncentracji, organy antymonopolowe stosują szereg analiz zachowań rynkowych. W doktrynie pojawia się stwierdzenie, że analizy ilościowe, statystyczne lub ekonometryczne mogą stanowić użyteczne uzupełnienie dla bardziej tradycyjnego podejścia do oceny spodziewanych skutków rynkowych koncentracji¹².

4.1.1. Wskaźnik (stopa) substytucji

Pierwszym narzędziem analizy bezpośredniej jest **badanie stopy substytucji pomiędzy produktami oferowanymi przez uczestników koncentracji**. Stopa substytucji wskazuje na procentową stratę w sprzedaży (w związku z podwyższeniem ceny) przez jednego z przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji na rzecz drugiego przedsiębiorcy uczestniczącego w koncentracji. Mierzy więc intensywność/bliskość konkurencji (*closeness of competition*), jaka odbywa się pomiędzy uczestnikami koncentracji. H. Hoteling nazywa taką konkurencję konkurencją lokalną lub zlokalizowaną (*localised*)¹³. W przypadku, gdy wskaźnik substytucji jest wysoki, oznacza to produkowanie przez

¹⁰ J. Farrell, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The B.E. Journal of Theoretical Economics 2010, Vol. 10, s. 5.

¹¹ M.G. Cowie and P.T. Denis, *The Fall of Structural Evidence in FTC and DOJ Merger Review*, the antitrust source, luty 2013, par. 11.01.11-3.

¹² G. Loriot, F. Rouxel, B. Derand, *General Electric/Instrumentarium: A Practical Example of Use of Quantitative Analyses in Merger Control*, lato 2004, Competition Policy Newsletter, s. 58–62.

¹³ H. Hoteling, *Stability in Competition*, Economic Journal 1929, vol. 39, s. 41–57.

uczestników koncentracji produktów lub świadczenie usług będących bliskimi substytutami. Wzrasta wtedy prawdopodobieństwo, że planowana koncentracja istotnie obniży konkurencję na rynku właściwym przez doprowadzenie do uzyskania unilateralnej siły rynkowej (skutków jednostronnych)¹⁴. Jeśli produkty są wysoce zróżnicowane, stopa substytucji jest bardziej wyrafinowaną metodą analizy niż udziały rynkowe. Nie jest to jednak badanie samodzielnie wystarczające, by stwierdzić antykonkurencyjne skutki koncentracji, gdyż niezbędne jest dokonanie analizy o szerszym zakresie, w tym repozycjonowania produktów¹⁵ czy np. pochodzących z koncentracji efektywności¹⁶.

Najlepszą ilustracją znaczenia stopy substytucji dla rynków właściwych jest sytuacja mająca miejsce na rynku samochodów osobowych. Załóżmy, że na takim rynku działa 4 przedsiębiorców (Mercedes, BMW, Nissan, Renault). Dwóch z nich Mercedes i BMW zamierzają dokonać koncentracji. W sytuacji przed dokonaniem koncentracji podwyższenie ceny przez BMW może spowodować, że jego klienci przeniosą zakupy w większości (np. 70%) na Mercedesa, a resztę (15%) na Nissana i (10%) na Renault oraz (5%) na innych producentów samochodów. W takim przypadku wskaźnik substytucji pomiędzy BMW a Mercedesem wyniesie 70%, a BMW i np. Nissanem jedynie 15%. Niezależnie więc od udziałów rynkowych, w tak wyznaczonym rynku właściwym, koncentracja pomiędzy BMW a Mercedesem pozwoli na podniesienie cen przez nowo powstałego przedsiębiorcę, bez zagrożenia, że zbyt duża liczba konsumentów, którzy zamierzają zakupić samochód połączonych marek, „odpłynie” od innego przedsiębiorcy.

Dla zbadania stopy substytucji stosuje się sześć podstawowych metod:

- (i) **Badanie danych historycznych** dotyczących utraty sprzedaży na rzecz danego przedsiębiorcy w dotychczasowych okresach podnoszenia cen. Może to np. oznaczać zbadanie utraty sprzedaży na rzecz danego przedsiębiorcy na wybranym obszarze.
- (ii) **Badanie danych ilościowych danego sektora gospodarki.** Dotyczy to danych, które posiadają przedsiębiorcy analizujących zachowania innych graczy rynkowych¹⁷. Przykładowo w przypadku nakazu zawiadomienia

¹⁴ N. Levy, *European Merger Control Law: A Guide to The Merger Regulation*, Vol. 1, LexisNexis, 2013, para 11.06.11–31.

¹⁵ Inaczej podjęcie działań w celu zmiany pozycji marki w oczach konsumentów tak by lepszą pozycję konkurencyjną.

¹⁶ Interantional Competition Network, Updated Chapter 4 of the ICN Investigative techniques Handbook for Merger Review, “The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis, prepared by The Merger Working Group, Presented at the 12th Annual Conference of the ICN, Warsaw, Poland April 24–26, 2013, s. 30.

¹⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 4.12.2007, w sprawie nr No COMP/M. 4662 – SYNIVERSE / BSG; par. 81 i 101.

- o zmianie operatora komórkowego swojego poprzedniego operatora. W takim wypadku dotychczasowy operator może mieć dostęp do danych pozwalających obliczyć stopień substytucji z innymi operatorami. Podobnie jest na rynkach przetargowych gdzie dostępne są dane o przegranych przetargach i ich zwycięzcach (tak np. w sprawie *Oracle/PeopleSoft*¹⁸).
- (iii) **Badanie danych jakościowych danego sektora gospodarki.** Dane mogą brać się np. z wewnętrznych raportów marketingowych przedsiębiorców wskazujących swoich najważniejszych rywali rynkowych¹⁹. Raporty te mogą wskazywać na utratę sprzedaży w stosunku do takich podmiotów.
 - (iv) **Ankiety przeprowadzone przez profesjonalne firmy doradcze.**
 - (v) **Udziały rynkowe.** W niektórych przypadkach można uznać, że utrata sprzedaży nastąpi w proporcji do posiadanych udziałów rynkowych innych graczy. Takie badanie jest stosowane na rynkach, na których produkty są homogeniczne.
 - (vi) **Badania ekonometryczne.** Zakładają badanie krzyżowej elastyczności popytu. Wymagają one jednak wysokiej dostępności danych.

4.1.2. Analiza presji cenowej

Główną alternatywą dla metody pośredniej analizy skutków jednostronnych koncentracji przedsiębiorców wydaje się obecnie ilościowe badanie presji cenowej wywieranej na siebie przez uczestników koncentracji (*Pricing Pressure*). Jednym z głównych powodów zastosowania takiego podejścia jest coraz większy zakres zróżnicowania produktów, który powoduje trudności poprawnego wyznaczenia rynku właściwego na potrzeby koncentracji²⁰, w ten sposób, by zawierał on wszystkie produkty zaspokajające takie same potrzeby konsumentów²¹.

¹⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.10.2004, w sprawie nr COMP/M.3216 – *ORACLE/PEOPLESOFT*.

¹⁹ Decyzja Komisji 29.04. 2008, w sprawie nr COMP/M.5080 *ORACLE / BEAz*, par. 19–25 oraz 36–44.

²⁰ R.L. Schmalensee, *Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition*, *The Antitrust Chronicle*, grudzień 2009.

²¹ Perfekcyjnym przykładem problemów, jakie może przysporzyć wyznaczanie rynków właściwym dla produktów zróżnicowanych, jest orzeczenie United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit w sprawie *Federal Trade Commission v. Whole Foods Mkt., Inc.*, 502 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2007), zob. w szczególności s. 36, wskazującą na niepewność wyrokującego sądu co do odpowiedniej definicji rynku właściwego dotyczącego supermarketów, balansującego pomiędzy rynkiem duopolistycznym a atomistycznym, gdzie domniemani duopolisci produkowali jedynie bardzo silnie zróżnicowane produkty.

Pierwsze próby analizy potencjalnej szkody dla konsumentów, do której może dojść w wyniku dokonania koncentracji horyzontalnych bez potrzeby odwoływania się do definicji rynku właściwego, odnajduję w pracach L. Froeba oraz G. Wardena²², a także D. O'Briena i S. Salopa²³. Za najistotniejszy dla takiego podejścia należy jednak uznać artykuł przedstawiony przez J. Farrell i C. Shapiro *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, proponujący tzw. **Net Pricing Pressure Index**, jako *prosty test diagnostyczny wskazujący koncentracje horyzontalne, które implikują największe prawdopodobieństwo, by prowadzić do skutków jednostronnych na rynkach produktów zróżnicowanych*²⁴.

Zdaniem ww. autorów proponowany sposób analizy skutków koncentracji jest często prostszy i bardziej zdyscyplinowany niż wskazywanie antykonkurencyjnych skutków koncentracji w oparciu o definicję rynku właściwego. Ta przełomowa dla prawa ochrony konkurencji praca wywołała bardzo intensywną dyskusję na temat metod oceny skutków koncentracji. W szczególności dotyczącą potrzeby wyznaczania rynku właściwego (co w dalszej kolejności związane jest *de facto* z oparciem analiz na wielkości udziałów rynkowych oraz stopniach koncentracji rynku właściwego)²⁵. Używanie tego rodzaju analizy samodzielnie, nie wymaga bowiem wyznaczania rynku właściwego²⁶.

Warto zauważyć, że wydane przez FTC i DOJ wytyczne dotyczące oceny koncentracji horyzontalnych stwierdzają, iż: *analiza nie musi rozpoczynać się*

²² G. Warden, *A robust test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products*, Journal of Industrial Economics 1996, vol. 44, s. 409–413.

²³ D. O'Brien, S. Salop, *Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control*, Antitrust Law Journal 2000, vol. 59, s. 598–602.

²⁴ J. Farrell, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of...*, s. 6.

²⁵ Zob. np. R. Schmalensee, *Should New...*; L. Mathiesen, O.A. Nielsen, L. Sorgard: *A Note on Upward Pricing Pressure: The Possibility of false positives*, Institut for Samfunnsokonomi, discussion paper maj 2012; D.W. Carlton, *Revising the Horizontal Merger Guidelines*, Journal of Competition law and Economics 2010, s. 619–652; M.B. Coate, *Benchmarking the Upward Pricing Pressure Model with Federal Trade Commission Evidence*, Journal of Competition law and Economics 2011, s. 825–846; J.E. Lopatka, *Market Definition?*, Review of Industrial Organization 2011, vol. 39, iss 1 s. 69–93; R. Willig, *Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing pressure, Product Quality, and Other Extensions*, Review of Industrial Organization 2011, vol. 39, iss 1, s. 19–38; J.J. Simmons, M.B. Coate, *Upward Pressure on Price Analysis: Issues and Implications for Merger Policy*, European Competition Journal 2010, s. 377–396; R.J. Epstein, D. Rubinfeld, *Understanding UPP*, The B.E. Journal of Theoretical Economics 2010, vol. 10, iss 1; J. Farrell, C. Shapiro, *Upward pricing pressure in horizontal merger analysis: Reply to Epstein and Rubinfeld*, The B.E. Journal of Theoretical Economics 2010, vol. 10, iss 1; S. Moresi, *The use of upward pricing pressures indices in merger analysis*, Antitrust, luty 2010.

²⁶ Zob. w szczególności artykuł L. Kaplow, *Market Definition: Impossible and Counterproductive*, Antitrust Law Journal 2013, vol. 79, no. 1.

od definicji rynku właściwego. Niektóre narzędzia analityczne używane przez organy w celu oceny skutków dla konkurencji nie polegają na definicji rynku właściwego²⁷.

Należy wskazać, że zarówno ustawodawca amerykański, europejski, jak i polski, w przepisach dotyczących ekonomicznego testu oceny skutków koncentracji, nie posługuje się zwrotem „rynek właściwy”. Ustawa Clayтона stwierdza, że do ograniczenia konkurencji musi dojść w jakiegokolwiek „linii handlu” (*any line of commerce*) i jakimkolwiek obszarze kraju (*any section of the country*)²⁸. Rozporządzenie 139/2004 również literalnie nie posługuje się wyrażeniem rynek właściwy, a zwrotem *na wspólnym rynku lub znacznej jego części*²⁹. Uokik w art. 18 oraz 20 ust. 1 stanowi o naruszeniu konkurencji *na rynku*, nie używając sformułowania rynku właściwego, jak czyni to w art. 6 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1. Rynek właściwy w nadzorze nad koncentracjami przedsiębiorców jest raczej instytucją wykreowaną przez praktykę decyzyjną, orzecznictw³⁰ czy też dogmatykę. Na przeszkodzie zastosowaniu takiej alternatywnej metody analizy koncentracji (bez wyznaczenia rynku właściwego) nie stają więc przepisy prawa, na których podstawie działają organy administracji publicznej (art. 6 KPA). Wręcz przeciwnie, w świetle założenia racjonalności ustawodawcy można domniemywać jego świadomość, że do istotnego ograniczenia konkurencji po dokonaniu koncentracji nie musi dojść na całym wyznaczonym rynku właściwym, a wystarczającym jest np. stwierdzenie możliwości powstania siły rynkowej w stosunku do określonej grupy konsumentów. Takie podejście można uznać za uzasadnione w przypadku rynków, których zakres produktowy wyznaczają produkty zróżnicowane.

Niemniej jednak J. Farrell i C. Shapiro korygują zaproponowaną metodę twierdząc, iż nie sugerują całkowitego porzucenia wyznaczania rynku właściwego przez organy antymonopolowe, stając raczej na stanowisku, że może to być alternatywna, a czasami również komplementarna metoda analizy³¹. Ten rodzaj badania jest jednak obecnie bardzo szybko rozwijającym się

²⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, s. 7 par 4.

²⁸ The Clayton Antitrust Act §7, 15 U.S.C. §§ 12–27.

²⁹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r., w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, art. 2 pkt 2.

³⁰ Zob. przykładowo orzeczenie Sądu z 31.03.1998 r, w sprawie nr C-68/94, *France and others v. Commission*, par. 143.

³¹ J. Farrell, C. Shapiro, *Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: response*, 2010, CPI Antitrust Journal, luty 5.

i mającym coraz większy wpływ na wynik przeprowadzanych przez organy antymonopolowe ekonomicznych testów oceny skutków koncentracji.

Net Upward Pricing Pressure jest ekonomiczną analizą bodźców wpływających na wolę podnoszenia ceny przez uczestników koncentracji w pokoncentracyjnym scenariuszu (*post-merger scenario*). Analizę tego rodzaju można skonceptualizować w ten sposób, że sprowadza się ona do porównania dwóch opozycyjnych sił powstających w wyniku dokonania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców: (i) **straty bezpośredniej konkurencji** pomiędzy łączącymi się przedsiębiorcami kreującej **bodziec zachęcający do podniesienia cen (upward pricing pressure)**, a z drugiej strony (ii) **oszczędności kosztów** marginalnych pochodzących z powstałych w wyniku koncentracji efektywności, kreującej **bodziec zachęcający do obniżenia ceny (downward pricing pressure)**. W konkluzji dochodzi do rozstrzygnięcia tego, która z nich przeważa *ceteris paribus*³².

Inaczej mówiąc, J. Farrell i C. Shapiro zaproponowali analizę obliczenia utraty bezpośredniej konkurencji w stosunku do korzyści efektywnościowych pochodzących z koncentracji. Koncentracjami zagrażającymi konkurencji będą takie transakcje, wobec których przeprowadzony test wskaże na możliwość podniesienia ceny. Musi więc zaistnieć wyższości bodźców prowadzących do *upward pricing pressure* od *downward pricing pressure*. Jednocześnie cały schemat postępowania przy obliczeniu wskazanego wyżej skutku nie wymaga wyznaczania rynku właściwego, a posiadania odpowiednich informacji (cen, kosztów, wskaźnika substytucji³³) na temat działalności gospodarczej uczestników koncentracji.

Trzeba jednak zauważyć, że metoda UPP nie pozwala na ocenę, o ile dokładnie wzrosną ceny po dokonaniu koncentracji³⁴. Nie zakłada także badania np. zachowań innych konkurentów (odpowiedzi strony popytowej) repozycjonujących swoje produkty po dokonaniu koncentracji lub wejść potencjalnych konkurentów po dokonaniu koncentracji, czy też siły istniejącej po popytowej stronie rynku.

W doktrynie przedstawiono też inną koncepcję wykorzystania badania presji cenowej jako indeksu **GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index)**³⁵. Mierzy on UPP tylko wobec bliskości substytucji pomiędzy produktami

³² J. Farrell, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of...*, s. 2.

³³ *Ibidem*, s. 12.

³⁴ Chociaż należy zauważyć, że Shapiro na str. 17 podejmuje próbę takiego określenia, to jednak sam stwierdza, że będzie trudna.

³⁵ S. Salop, S. Moresi, *Updating the Merger Guidelines: Comments*, 9.10.2009, s. 18, dostępne na: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_comments/horizontal-merger-guidelines-review-project-545095-00032/545095-00032.pdf.

uczestników koncentracji, przed wskazaniem potencjalnych zachowań strony podażowej w odpowiedzi na koncentrację i przed efektami wskazującymi na *downward pricing pressure*. Intuicyjnie jest to więc „wartość substytucji” produktów drugiego uczestnika koncentracji³⁶.

Analiza presji cenowej powinna być tylko jednym z czynników analizy koncentracji. Nie bierze ona bowiem pod uwagę m.in. efektywności, odpowiedzi strony popytowej, bliskości z innymi substytutami, wieloproduktowej natury działalności gospodarczej niektórych przedsiębiorców czy też czynników dynamicznych rynku.

4.1.3. Symulacja koncentracji

Symulacja koncentracji jest oparta na modelach ekonometrycznych. Ekonometria jest dziedziną ekonomii wykorzystującą sposoby wnioskowania ze statystyki matematycznej do opisu i analizy zjawisk ekonomicznych. Składa się zarówno z teorii ekonomicznej, danych empirycznych, jak i statystyki matematycznej. Narzędziem ekonometrii jest model stanowiący system równań lub równanie, przedstawiający zasadnicze powiązania ilościowe między rozpatrywanymi zjawiskami ekonomicznymi³⁷. Za pomocą modelu dokonuje się analizy danych empirycznych i na ich podstawie prognozuje zachowania.

Modele wykorzystywane do badania skutków koncentracji zakładają prognozowanie, jakie będą bezpośrednie skutki danej koncentracji przedsiębiorców na cenę (jej ewentualne podwyższenie) lub ilość produkcji (a więc w konsekwencji na dobrobyt konsumentów)³⁸. Symulacja polega na modelowaniu funkcjonowania danego rynku właściwego. Zakłada ona zebranie danych dotyczących popytu i ich aplikację do odpowiedniego modelu zachowania konsumentów oraz odpowiedniego modelu oligopolu³⁹. Wśród modeli używanych do badania skutków koncentracji wymienia się najczęściej: model log-linear, Logarytmiczny, AIDS (*Almost Ideal Demand System*), NIDS (*Nearly Ideal Demand System*) PCAIDS (*proportionality calibrated AIDS*) lub też ALM (*Antitrust Logit Model*).

Przykładowo Antitrust Logit Model to model ekonometryczny, w którym każdy konsument dokonuje jednego wyboru z „zakresu wyboru” składają-

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ B. Borkowski, H. Dudek, W. Szczesny, *Ekonometria, Wybrane Zagadnienia*, Wyd Naukowe PWN, Warszawa 2004 s. 15.

³⁸ U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, OXFORD University Press, 2009, s. 192.

³⁹ *Ibidem*.

cego się z „dóbr wewnętrznych” i „dóbr zewnętrznych”. Dobra wewnętrzne są pojęciem zbliżonym do zawartości rynku właściwego produktowo. Zastosowanie modelu pozwala na ilościowe obliczenie wzrostu cen po dokonaniu koncentracji⁴⁰. Jedną z wartości modelu wskazuje także odpowiedź w wyborach konsumentów na wzrost cen, a więc bliskość konkurencji. Twierdzi się, że by przewidzieć wzrost cen po dokonaniu koncentracji stosując Antitrust Logit Model niezbędne są ceny i udziały w rynku, które przecież są identyfikowane w przypadku zdecydowanej większości postępowań w sprawach koncentracji⁴¹.

Modele symulacyjne, opierając się na danych empirycznych i teoriach ekonomicznych, mogą zaprojektować (prognozować) skutki danej koncentracji. Jednocześnie definicja rynku właściwego nie gra w takim przypadku zbyt dużej roli. Brakiem stosowania modeli symulacyjnych jest np. nieuwzględnianie dynamiki rynków, wejść na rynki czy możliwości repositionowania produktów przez innych konkurentów. Trafność symulacji zależy także od dostępnych danych dotyczących zachowań przedsiębiorców i konsumentów. Modele symulacyjne zostały przedstawione w licznych sprawach przed Komisją, jak: *Philipp Morris/Papastratos*⁴², *Oracle/PeopleSoft*⁴³, czy też *Kraft Foods/Cadbury*⁴⁴.

4.1.4. Efektywności (*efficiencies*)

Jednym z najważniejszych elementów, które pojawiły się w badaniu zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, w związku ze stosowaniem tzw. bardziej ekonomicznego podejścia do prawa ochrony konkurencji, jest analiza efektywności, jakie wynikną z dokonania zamierzonej koncentracji. Efektywności mogą równoważyć lub przewyższać negatywne skutki dla konkurencji, wynikające ze skonsumowania planowanej transakcji⁴⁵.

⁴⁰ Zob. G. J. Werden, L. M. Froeb, *THE ANTITRUST LOGIT MODEL FOR PREDICTING UNILATERAL COMPETITIVE EFFECTS*, *Antitrust Law Journal*, vol. 70, s. 257 i nast.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Decyzja Komisji Europejskiej z 2.10.2003, w sprawie nr COMP/M.3191 – *PHILIP MORRIS / PAPASTRATOS* par. 32–36.

⁴³ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *ORACLE/PEOPLESOFT*, *op. cit.*, par.193–195.

⁴⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z 6.01.2010, w sprawie nr COMP/M.5644 – *KRAFT FOODS / CADBURY*, par. 67–69.

⁴⁵ Zobacz przykładowo: orzeczenie United States Court of Appeals for the District of Columbia w sprawie *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 2436 F.3d 708, 345 U.S.App.D.C 364 (D.C. Cir. 2001).

Pojawienie się efektywności, które mogą przeciwważyć antykonkurencyjne skutki zamierzonych koncentracji, zauważył jako pierwszy O. Williamson⁴⁶. W swoim modelu nie skupia się on jednak na przesunięciu dobrobytu z konsumentów na producentów, co jest przedmiotem oceny z punktu widzenia porządków prawnych obierających za swój cel ochronę renty konsumentów. Założenia tzw. *Williamson trade-offs* są więc odpowiednie dla porządków prawa konkurencji mających na celu ochronę ogólnego dobrobytu (*total welfare*), a nie dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*). Inaczej będzie jednak, jeżeli efektywność będzie na tyle duża, że np. spowoduje obniżenie cen dla konsumentów.

J. Padilla twierdzi, że przy celu prawa ochrony konkurencji – ochronie dobrobytu konsumentów, nie wszystkie efektywności mogą być uznane. W przeciwnym wypadku mogłoby to doprowadzić do błędów w ocenie skutków zamierzonych koncentracji⁴⁷.

W swoim badaniu K. Tosza staje natomiast na stanowisku, że nie można wątpić w to, iż efektywności zyskują na znaczeniu w unijnym prawie ochrony konkurencji, w szczególności po modernizacji tego porządku prawnego (jako element podejścia ekonomicznego)⁴⁸.

Komisja wskazuje, że w trakcie prowadzonych postępowań rozważa wszelkie uzasadnione twierdzenia odnośnie do efektywności, mogących powstać jako wynik koncentracji. Organ może zdecydować, że w wyniku wzrostu efektywności rynku wywołanej połączeniem nie będzie podstaw do uznania antykonkurencyjności zamierzonej koncentracji⁴⁹. Do takiej sytuacji dojdzie, jeśli udowodnione zostanie, że wzrost efektywności jest wywołany połączeniem i poprawi zdolności oraz motywację nowo powstałego przedsiębiorcy do działań prokonkurencyjnych, korzystnych dla konsumentów⁵⁰. Organ brytyjski wprost przyjmuje zaś, że efektywności muszą dotyczyć zysków klientów (*customer benefits*)⁵¹.

⁴⁶ O.E. Williamson, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, American Economic Review 1968, vol. 58, nr 1.

⁴⁷ J. Padilla, *Efficiencies in Horizontal Mergers: Williamson Revisited*, s. 7, dostępne na: <file:///C:/Users/Darek/Downloads/SSRN-id812989.pdf>

⁴⁸ K. Tosza, *Efficiencies in EU Competition Law*, praca doktorska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego Kraków 2011, s. 15.

⁴⁹ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw* (2004/C 31/03), pkt 77.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment Guidelines*, wrzesień 2010, s. 55.

Organy antymonopolowe USA twierdzą natomiast, że pierwszorzędnym zyskiem dla gospodarki, pochodzącym z koncentracji przedsiębiorców, jest ich potencjał do wygenerowania znacznych efektywności, a konsekwentnie zwiększenie zdolności i bodźców przedsiębiorcy do konkutowania. Rezultatem mogą być niższe ceny, zwiększona jakość produktów, zwiększony poziom usług czy też nowe produkty⁵². Przykładowo – połączenie dwóch mniejszych przedsiębiorców może wzmocnić walkę konkurencyjną, odbywającą się na rynku właściwym, przed dokonaniem zamierzonej koncentracji⁵³.

Jednocześnie organy antymonopolowe, które traktują o efektywnościach w aktach typu *soft law* lub w praktyce, zgodnie wyróżniają trzy przesłanki, możliwości uznania przeciwważenia przez efektywności antykonkurencyjnych skutków koncentracji:

Korzyści dla konsumentów – przejawiające się przykładowo w niższych cenach, nowych ulepszonych produktach lub usługach, zwiększeniu produkcji⁵⁴. Komisja wskazuje, że efektywności powinny być znaczące⁵⁵. Przykładem jest koncentracja pomiędzy dwoma dotychczas nieefektywnymi konkurentami, mogąca zwiększyć konkurencję na rynku poprzez połączenie ich komplementarnych zasobów.

Koncentracja może doprowadzić do redukcji kosztów krańcowych, co z kolei może spowodować obniżenie bodźca do podwyższenia ceny produktu po dokonaniu koncentracji. S. Bishop i M. Walker podkreślają, że pozytywnie powinny być traktowane efektywności prowadzące do obniżenia cen⁵⁶. Według Komisji, wprowadzenie niższych cen jest bardziej prawdopodobne w przypadku zmniejszenia **kosztów krańcowych** (koszty związane ze zwiększeniem produkcji lub sprzedaży o dodatkowo jednostkę produktu) lub **zmiennych** (koszty, które zmieniają się w zależności od poziomu produkcji lub sprzedaży w odpowiednim okresie czasu)⁵⁷ niż w przypadku zmniejszenia **kosztów stałych** (ponoszonych niezależnie od wielkości produkcji). Jest tak, ponieważ związek między kosztami stałymi a cenami jest zwykle mniej bezpośredni, przynajmniej w krótszym okresie czasu⁵⁸. S. Bishop i M. Walker

⁵² U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 29.

⁵³ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 55.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 79–84; U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 29.

⁵⁵ Komisja Europejska, *Wytoczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 79.

⁵⁶ S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 300.

⁵⁷ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, wskazuje nawet, że short-run variables – s. 56.

⁵⁸ Komisja pkt Komisja Europejska, *Wytoczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 80; zobacz też: French Supreme Court for administrative law (Conseil d'Etat), Division, 6 October 2000, n 216645.

twierdzą nawet, że redukcja kosztów stałych nie powinna zostać uznana za efektywność⁵⁹. Analogicznie twierdzą U. Schwalbe i D. Zimmer, podkreślając ich możliwy wpływ na dobrobyt producentów, ale brak wpływu na dobrobyt konsumentów⁶⁰. Spowodowane jest to brakiem wpływu na koszty marginalne, decydujące o strategiach cenowych⁶¹. Ci sami autorzy wskazują, że tylko w wyniku obniżenia kosztów zmiennych (*variable costs*), przedsiębiorca obniży cenę, lecz też nie w każdej sytuacji⁶².

Dodatkowo efektywności powinny zostać utworzone i przekazane relatywnie szybko, by zablokować skutki antykonkurencyjne, które mogą powstać zaraz po dokonaniu zamierzonej koncentracji⁶³. Przykładowo na zdecydowanie za długi okres na osiągnięcie efektywności, w ciągu 14 lat od dokonania zamierzonej koncentracji, wskazał w jednej z decyzji francuski urząd antymonopolowy⁶⁴. Najważniejsza, z praktycznego punktu widzenia, jest zawierająca się w tej przesłance konieczność przekazania korzyści konsumentom, którym skutki koncentracji mogą zagrozić. Wpływ na to przekazanie ma np. presja ze strony istniejących konkurentów⁶⁵.

Charakterystyczność – efektywność powinna być bezpośrednim skutkiem dokonanej koncentracji (*merger specific*)⁶⁶. Także tutaj, podobnie jak przy innych przesłankach, nie występują różnice w podejściu do oceny przez organy antymonopolowe. Mianowicie, wytyczne DOJ i FTC wskazują, że aby efektywności zostały uznane za będące skutkiem badanej koncentracji, musi być nieprawdopodobnym, by zostały osiągnięte bez dokonania koncentracji przez tylko jednego z jej uczestników lub też bez czynności noszących znamiona antykonkurencyjności. Pod uwagę brane są alternatywy

⁵⁹ S. Bishop, M. Walker, *op. cit.*, s. 301.

⁶⁰ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 344/ inaczej OFT wskazując, że koszty stałe co prawda z reguły wskazują na prywatne zyski przedsiębiorców, lecz mogą mieć wpływ na decyzje cenowe w długim okresie – Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 56.

⁶¹ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 34.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Decyzja Ministra C2007-14 of z 13 listopada 2007, Conseil de la concurrence opinia 07-A-10 z 26 września 2007.

⁶⁵ Decyzja Ministra C2006-02 z 30 sierpnia 2006, Conseil de la concurrence opinia 06-A-13 z 13 lipca 2006, Decyzja Ministra C2005-18 z 28 października 2005 and Conseil de la concurrence opinion 05-A-18 z 11 października 2005; Decyzja Ministra C2002-21 z 20 stycznia 2003; zobacz też orzeczenie w sprawie *FTC v. University Health, Inc.*, 938 F.2d 1206 (11th Cir.1991), będące w mojej opinii pierwszym orzeczeniem traktującym o efektywnościach w przypadku zamierzonych koncentracji, warunkującym je także przekazaniem do konsumentów.

⁶⁶ *Ibidem* pkt. 85.

dla dokonania koncentracji, jednak takie, które są praktyczne z punktu widzenia sytuacji biznesowej, napotykaney przez uczestników koncentracji w ich otoczeniu rynkowym⁶⁷. Komisja staje zaś na stanowisku, że badaniu poddane jest to, czy nie ma innych nieantykonkurencyjnych, realistycznych i osiągalnych alternatyw o charakterze niekoncentrującym (umowa licencji, wspólne przedsięwzięcie na zasadzie współpracy) lub o charakterze koncentrującym (połączenie o innej strukturze, wspólny przedsiębiorca o charakterze koncentracijnym), które zachowałyby deklarowaną efektywność rynku⁶⁸. Przykładowo, jeśli koncentracja doprowadzi do osiągnięcia ekonomii skali, może to zostać uznane za charakterystyczną efektywność, lecz tylko wtedy, gdy przedsiębiorca nie jest przed dokonaniem zamierzonej koncentracji sam zdolny zainwestować dodatkowych środków w moce wytwórcze.

Weryfikowalność – wzrost efektywności musi być możliwy do zweryfikowania. Uważa się, że musi być on na tyle znaczący, by przeciwdziałać potencjalnym antykonkurencyjnym skutkom koncentracji. Komisja wskazuje, że wzrost powinien zostać wyrażony liczbowo – a więc bezpośrednio⁶⁹. Istotnym jest także czas, kiedy efektywności mają zostać osiągnięte. Im bliższy jest on dacie skonsumowania koncentracji, tym bardziej prawdopodobne, że zniwelują one antykonkurencyjne skutki zamierzonej koncentracji.

Wytyczne FTC i DOJ przyjmują, że należy indywidualnie wskazać, jak efektywności będą osiągnięte oraz kiedy, a także w jaki sposób wzmogą one zdolność i bodźce uczestników koncentracji do silniejszego konkurowania. W USA nawet efektywności wskazane poprawnie i w dobrej wierze mogą nie zostać uznane za skutecznie udowodnione.

Zarówno Komisja Europejska, jak i FTC oraz DOJ stają na stanowisku, że na weryfikowalność efektywności wpływ ma rodzaj przedstawianych dowodów. Przekonywujące mogą okazać się dokumenty wewnętrzne, z których korzystał zarząd, podejmując decyzję o koncentracji, oświadczenia zarządu skierowane do właścicieli i rynków finansowych, przykłady wzrostów efektywności z przeszłości, badania zewnętrznych ekspertów w zakresie stopnia, w jakim konsumenci mogą odnieść korzyść z powstałych efektywności⁷⁰. Ma to sprawić, by podnoszone efektywności nie okazały się spekulatywne, niemożliwe do zweryfikowania w racjonalny sposób czy też niejasne⁷¹.

FTC i DOJ wskazują na ocenę efektywności ze sceptycyzmem, w szczególności gdy są to efektywności powstające poza zwykłym procesem biz-

⁶⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 30.

⁶⁸ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 85.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 86.

⁷⁰ Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia...*, pkt 88.

⁷¹ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 30.

nesowym. Natomiast efektywności, które są oparte na doświadczeniach uczestników koncentracji (np. uprzednim przekazywaniu zysków), są bardziej prawdopodobne do wykreowania⁷².

Również brytyjski organ ochrony konkurencji wskazuje na trudności w weryfikowalności i niezbędność oparcia się na dokumentach przedsiębiorców⁷³. Natomiast Bundeskartellamt, implikując możliwość wzięcia pod uwagę efektywności podczas badania skutków rynkowych zamierzonych koncentracji, zwraca uwagę na ich ograniczoną rolę, spowodowaną trudnością w udowodnieniu oraz angażowaniem do takiego procesu znacznych zasobów organu. Wskazuje także, że w świetle praktyki innych organów antymonopolowych i ograniczonego wpływu, jakie efektywności miały na wyniki postępowań, ich badanie wydaje się nieproporcjonalne ze względu na koszty analiz⁷⁴. Wątpliwym jest jednak, by należało poprzeć takie twierdzenie, w świetle celów przyświecających stosowaniu prawa ochrony konkurencji, a szczególności w świetle teorii kosztów błędu. Na uwadze trzeba mieć także powody, dla których przedsiębiorcy dokonują koncentracji⁷⁵.

W praktyce jest jednak rzeczywiście tak, że większość efektywności nie jest uznawana chociażby przez Komisję⁷⁶. Czasami ich wskazanie Komisji wywołuje skutek odwrotny do oczekiwanego przez przedsiębiorców. Tak było w sprawie *AT&T/NCR*, gdzie stwierdzono, że wzmocnią pozycję dominującą (tzw. *efficiency offence*)⁷⁷. Podobnie stało się też w sprawie *Airtours/FirstChoice*⁷⁸. Z drugiej strony, w praktyce Komisji można wskazać sprawy, gdzie efektywności pomogły w wydaniu zgody na dokonanie koncentracji – jak *Axalto/Gemplus*⁷⁹ oraz *Repsol/Buntano/Shell Gas LPG*⁸⁰. W praktyce organów ochrony konkurencji w USA efektywności zostały uznane przykładowo w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Country Lakes Foods, Inc.* (zwięk-

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 55.

⁷⁴ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, s. 6.

⁷⁵ Zobacz pkt.1.2. niniejszej książki.

⁷⁶ I. Kokkoris, H. Shelanski, *op. cit.*, s. 456.

⁷⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 18.01.1991, w sprawie nr IV/M.050 – *AT&T / NCR*.

⁷⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 22 września 1999, w sprawie nr IV/M.1524 – *Airtours/FirstChoice*.

⁷⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 19.05.2006, w sprawie nr COMP/M.3998 – *AXALTO/GEMPLUS*.

⁸⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 2.03.2005, w sprawie COMP/M.3664 – *REPSOL BUTANO / SHELL GASS (LPG)*.

szanie możliwości konkurowania dwóch mniejszych przedsiębiorców)⁸¹, czy w sprawach dotyczących koncentracji szpitali⁸².

W doktrynie doprecyzowuje się przesłanki prokonkurencyjnych efektywności. Według nich efektywności muszą być: (i) znaczące i skuteczne, (ii) charakterystyczne dla danej koncentracji, (iii) umożliwiające pozytywny skutek dla konsumentów w relatywnie szybkim czasie, (iv) weryfikowalne, (v) przekazane do konsumentów, (vi) dające się obliczyć w jak najracjonalniejszym zakresie oraz (vii) odnoszące skutek na rynku, na którym dojdzie do zakłócenia konkurencji w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji⁸³.

Spełnienie wszystkich przesłanek powinno prowadzić do uznania, że koncentracja wykreuje efektywności, które będą przeciwważać negatywny wpływ transakcji na dobrobyt konsumentów. Inaczej mówiąc, nie zostanie on pomniejszony w wyniku skonsumowania zamierzonej koncentracji. Praktyka wskazuje jednak na bardzo ograniczoną możliwość udowodnienia wszystkich przesłanek tak, by były w stanie samodzielnie zniwelować negatywne skutki rynkowe transakcji⁸⁴.

Efektywności, które można rozważać, to: przychody z większych zysków (oszczędności kosztowe), ekonomia skali, zwiększenie siły nabywczej, uzyskanie możliwości zwiększenia kapitału, wyeliminowanie nieefektywnych menagerów oraz wzrost efektywności menagerów innych graczy rynkowych, transfer *know-how*, postęp technologiczny⁸⁵. Dodatkowe efektywności przedstawia także CMA: repozycjonowanie produktów na rynkach produktów zróżnicowanych, dające większy wybór konsumentom⁸⁶, podniesienie oferty dla wszystkich konsumentów, *one-stop-shopping* – w przypadku komplementarności produktów oferowanych przez uczestników koncentracji⁸⁷. A. Padilla wskazuje zaś podział efektywności na efektywności kosztowe (*cost efficiencies*)⁸⁸ oraz efektywności strony popytowej (*demand side efficiencies*)⁸⁹.

⁸¹ Orzeczenie U.S. District Court for the District of Minnesota w sprawie *United States v. Country Lake Foods Inc.* 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990).

⁸² Zob. orzeczenie United States Court of Appeals, Eleventh Circuit w sprawie *FTC v. University Health Inc.* 938 F.2d 1206 (11 th Cir. 1991); orzeczenie United States Court of Appeals for the Eighth Circuit w sprawie *FTC v. Tenet Health Care Corp.* 186 F.3d 1045 (8th Cir. 1999).

⁸³ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 337/338.

⁸⁴ Zob: K. Tosza, *op. cit.*, s. 361.

⁸⁵ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 322.

⁸⁶ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, pkt. 5.7.13. wskazuje jednak, że całkowity skutek może być zarówno pozytywny, jak i negatywny.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 55–58.

⁸⁸ J. Padilla, *Efficiencies...*, s. 7.

⁸⁹ D.S. Evans & A.J. Padilla, *Demand-Side Efficiencies in Merger Control*, World Competition, vol. 26, s. 167 (2003).

Z punktu widzenia prowadzonej analizy ważne jest, że Prezes UOKiK nie wspomina w wydanych przez siebie wyjaśnieniach o efektywnościach wygenerowanych w wyniku dokonania zamierzonej horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców. Pomimo to wyraźnie na możliwość ich uwzględnienia zwraca uwagę doktryna rodzimego prawa ochrony konkurencji⁹⁰. Niewątpliwie należy więc postulować o przedstawienie podejścia do efektywności w Wytycznych Prezesa UOKiK.

4.1.5. Wnioski

Na podstawie przeprowadzonego badania wskazuję, że analiza bezpośrednia skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców polega na prognozowaniu rzeczywistych skutków rynkowych transakcji, na podstawie specjalnie ukształtowanych narzędzi ekonomicznych. Narzędzia te są dopasowane do charakterystyki rynków właściwych oraz do badania skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców. Są też zdolne prognozować, czy rzeczywiście, a jeśli tak to w jaki konkretny sposób, konkurencja na rynku zostanie ograniczona po dokonaniu zamierzonej koncentracji przedsiębiorców. Do ich zastosowania niezbędne są ściśle określone dane dotyczące funkcjonowania rynku. Wskazuje się, że niejednokrotnie nie są to dane o wiele bardziej szczegółowe niż używane do badania skutków koncentracji pośrednią metodą analizy.

Wśród elementów analizy bezpośredniej należy wyróżnić powstałe w wyniku dokonania transakcji **efektywności**⁹¹. Możliwe do zweryfikowania efektywności, które przeciwważą skutki antykonkurencyjne transakcji i są w odpowiednim stopniu przekazywane konsumentom, a także kiedy jedyną drogą do ich osiągnięcia jest skonsumowanie zamierzonej koncentracji, są czynnikiem, którego powstanie bada się po stwierdzeniu ewentualnych skutków antykonkurencyjnych transakcji. Ich weryfikacja odbywa się na ostatnim etapie prowadzonego badania, po stwierdzeniu zagrożenia skutkami antykonkurencyjnymi – jako czynnika wyrównawczego. Odpowiednia wielkość efektywności może sprawić, że organ nie stwierdzi negatywnego wpływu transakcji na dobrobyt konsumentów. W zakresie polskiego prawa ochrony konkurencji, mając na uwadze zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa (art. 8 KPA) postulować należy bezpośrednie określenie stanowiska względem efektywności przez Prezesa UOKiK.

⁹⁰ T. Skoczny, D. Aziewicz, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 672; A. Stawicki, w: *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 503.

⁹¹ William J. Kolasky, *Lessons from Baby Food: The Role of Efficiencies in Merger Review*, ANTITRUST, vol. 16, s. 82 (2001).

Rozdział 5.

Horyzontalne koncentracje przedsiębiorców na rynkach produktów zróżnicowanych

5.1. Zróżnicowanie produktów – cecha charakterystyczna rynku właściwego

Produktami zróżnicowanymi są takie produkty substytucyjne, pomiędzy którymi istnieją fizyczne różnice lub różnią je określone atrybuty. Powoduje to, że w praktyce konsumenci preferują jeden produkt względem drugiego. Zróżnicowanie może opierać się na wyglądzie fizycznym, jakości, trwałości, usługach dodatkowych, wizerunku czy zlokalizowaniu geograficznym¹. Produkty zróżnicowane nie są więc dla konsumentów idealnymi substytutami (są tzw. *imperfect substitutes*). Prezentują inne cechy lub charakterystyki, które w sposób odmienny zachęcają różnych konsumentów do ich wyboru kosztem pozostałych produktów oferowanych na jednym rynku właściwym.

Na rynku, którego zakres produktowy wyznaczają produkty zróżnicowane, to zatem nie cena, ale inne zmienne decydują o wyborze odpowiedniego produktu przez konsumentów. Konsumenci będą skłonni zapłacić nawet wyższą cenę za dodatkowe atrybuty określonego produktu. Twierdzi się, że ponieważ żaden z produktów zróżnicowanych na jednym rynku właściwym nie jest swoim idealnym substytutem, każdy sprzedawca spotyka się z opadającą krzywą popytu i tak jak monopolista może maksymalizować swoje zyski przez ustalanie ceny powyżej kosztów krańcowych². Przedsiębiorca nie utraci natychmiastowo wszystkich swoich klientów w wyniku podwyżki ceny, ponieważ niektórzy konsumenci będą chcieli zapłacić wyższą cenę za preferowany przez siebie produkt³. Z drugiej strony, tak samo jak sprze-

¹ Zobacz: OECD, *Glosary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, s. 70, dostępne na: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.

² *Ibidem*, s. 1116.

³ U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, OXFORD University Press, 2009, s. 178.

dawca na rynku doskonale konkurencyjnym, przedsiębiorca produkujący produkty zróżnicowane nie otrzymuje w pełnym zakresie renty monopolistycznej z powodu istnienia bliskich substytutów jego produktów⁴.

Odnosnie do produktów zróżnicowanych, jeden z sądów w USA wskazał, że siła ekonomiczna przedsiębiorcy, jaką posiada on nad swoim konkretnym produktem, nie jest siłą rynkową w rozumieniu prawa ochrony konkurencji. Ta powinna się bowiem wykształcić na rynku, na którym panują zasady konkurencji⁵.

W przypadku oceny skutków koncentracji horyzontalnych zagrożenie istotnego ograniczenia konkurencji na rynku produktów zróżnicowanych uzależnione będzie od tego, czy uczestnicy koncentracji oferują bliskie czy dalsze substytuty.

W przypadku produkowania bliższych substytutów przez łączących się przedsiębiorców przed dokonaniem koncentracji utracony popyt na produkty jednego z uczestników koncentracji w wyniku podniesienia przez niego ceny zostałby ulokowany u drugiego uczestnika koncentracji. Podwyżka ceny może okazać się więc nieopłacalna.

Po dokonaniu koncentracji konkurent ten jest już jednak częścią przedsiębiorcy podnoszącego cenę. Efekt przejścia konsumentów zostanie zinternalizowany i stanie się opłacalny. W rzeczywistości, nawet przy zachowaniu oddzielnych marek produktów, konsumenci będą kupować produkty u tego samego przedsiębiorcy.

W przypadku zaś dalekich substytutów trudno stwierdzić, że istnieje pomiędzy nimi poważna konkurencja. Ewentualne podniesienie cen po dokonaniu koncentracji nie dokona się więc w wyniku „zdejścia wzajemnej presji konkurencyjnej” z uczestników transakcji.

Z podniesienia cen przez połączonego już przedsiębiorcę mogą skorzystać również pozostali konkurenci. Mogą oni podnieść swoje ceny lub repozycjonować oferowane produkty tak, by postarać się o uzyskanie popytu konsumentów niezadowolonych z podwyżki ceny produktów połączonego podmiotu⁶.

Z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji może zaistnieć praktyczna wątpliwość, czy w odpowiednim przypadku zaliczyć dalsze substytuty do jednego rynku właściwego czy może powinien on się składać wyłącznie z bliskich substytutów. W przypadku rynków produktów zróżnicowanych niejednokrotnie

⁴ *Ibidem*, s. 1116.

⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586 (1957).

⁶ U. Schwalbe, D. Zimmer, *op. cit.*, s. 179.

trudno jest znaleźć jasną granicę oddzielającą łańcuch substytutów od pozostałych produktów⁷. Dlatego na rynku produktów zróżnicowanych jego czynniki strukturalne, biorące pod uwagę wielkość rynkową konkurentów mogą nie oddawać natężenia presji konkurencyjnej. Nie oddadzą one też w pełni eliminacji natężenia presji konkurencyjnej w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji⁸. Fakt, że gracze rynkowi konkurują w wielu zakresach (nie tylko cenowo) również nie ułatwia zadania, biorąc pod uwagę przykładowo założenia prowadzenia testu hipotetycznego monopolisty.

Dlatego **kluczowym dla oceny koncentracji horyzontalnych na rynkach, których zakres produktowy konstytuują produkty zróżnicowane, jest bliskość konkurencji (*closeness of competition*) pomiędzy łączącymi się podmiotami**. Jej intensywność i presja, jaką na swoje zachowania rynkowe wywierają uczestnicy koncentracji, powinna mieć znaczenie fundamentalne dla wyniku ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji. Na rynkach produktów zróżnicowanych udziały rynkowe mogą nie być odpowiednim indykatorem poziomu konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji⁹.

Podsumowując, na rynkach właściwych, których zakres produktowy wyznaczają produkty zróżnicowane, niektóre z nich są bliskimi substytutami i konkurują pomiędzy sobą w sposób bardzo intensywny, gdy jednocześnie inne produkty mogą być od siebie zdystansowane i konkurować mniej intensywnie lub prawie wcale¹⁰. Presja konkurencyjna wywierana wzajemnie na siebie przez produkty na takim rynku nie jest symetryczna¹¹. Dlatego ocena skutków koncentracji – możliwość podniesienia cen lub ograniczenia konkurencji w inny sposób – powinna zależeć od natężenia presji konkurencyjnej pomiędzy uczestnikami koncentracji.

⁷ Zob w szczególności: orzeczenie United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, w sprawie *Federal Trade Commission v. Whole Foods Mkt., Inc.*

⁸ Zob.: J. Hausman, G. Leonard, *Economic Analysis of Differentiated Products Mergers Using Real World Data*, George Mason Law Review 1997, vol. 5, s. 337–339; G. Werden, L. Froeb, *The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy*, Journal of Law and Economics & Organization 1994, vol. 10, s. 413.

⁹ I. Kokkoris, H. Shelanski, *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, OXFORD 2014, s. 225.

¹⁰ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, s. 20.

¹¹ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment Guidelines*, wrzesień 2010, s. 35.

5.2. Polityka organów ochrony konkurencji

Brytyjski organ ochrony konkurencji stoi na stanowisku, że na rynkach produktów zróżnicowanych, heterogeniczność (zróżnicowanie) produktu powinna być uwzględniana podczas interpretowania informacji na temat struktury rynku. Nadmierne poleganie na wskaźnikach struktury rynku jako indykatorów siły rynkowej jest tzw. błędem binarnym (*binary fallacy*). Powstaje on w wyniku założenia, że przedsiębiorcy na rynku produktów zróżnicowanych wywierają na siebie presję konkurencyjną odpowiednią do posiadanych udziałów w rynku, a przedsiębiorcy poza rynkiem takiej presji nie wywierają w ogóle¹². Na analogicznym stanowisku stoi niemiecki Federalny Urząd Kartelowy wprost stwierdzając, że **udziały rynkowe w rynkach produktów zróżnicowanych nie dają jasnego obrazu posiadania siły rynkowej**. Natomiast przesłanką kluczową jest według Bundeskartellamt bliskość konkurencji (*closeness of competition*) pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji¹³. Określenie bliskości konkurencji pozwala na ocenę, czy w wyniku dokonania koncentracji wyeliminowane zostaną istotne natężenia konkurencyjne¹⁴.

Wskazane organy ochrony konkurencji mają więc świadomość, że do powstania skutków nieskoordynowanych koncentracji na rynku produktów zróżnicowanych dojdzie w wyniku połączenia oferty produktowej dwóch bliższych konkurentów pod szyldem jednego z nich. Podniesienie cen nie będzie wtedy tak kosztowne dla połączonego podmiotu (z powodu utraty mniejszej części konsumentów), jak byłoby przed dokonaniem koncentracji. Analogicznie wskazują wytyczne wydane przez FTC i DOJ. Organy te przyjmują, że **zakres bezpośredniej konkurencji pomiędzy produktami sprzedawanymi przez podmioty dokonujące koncentracji jest centralnym punktem oceny jednostronnych skutków cenowych**¹⁵. Za określeniem „jednostronne skutki cenowe” bez wątplenia kryją się także ograniczenia innych parametrów konkurencji, generowane przez podmiot posiadający samodzielną (jednostronną) siłę rynkową. Podobnie, lecz w szerszym spektrum literalnym, wskazują wytyczne niemieckiego Federalnego Urzędu Kartelowego. Stwierdza on, że tym bardziej prawdopodobne jest, że koncentracja będzie kreować skutki antykonkurencyjne, im bardziej podobne w oczach konsumentów są

¹² *Ibidem*, s. 38.

¹³ Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, 29 marzec 2012, courtesy translation, pkt 37.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 20.

produkty oferowane przez uczestników transakcji¹⁶. W takiej sytuacji nawet mały przyrost udziału rynkowego może w znacznym stopniu wpływać na warunki rynkowe¹⁷.

Na podstawie orzecznictwa sądów USA można wskazać cztery kumulatywne przesłanki powstania efektów nieskoordynowanych:

- (i) zróżnicowanie produktów;
- (ii) bliskość konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji, której wyeliminowanie pozwala na podniesienie cen po dokonaniu koncentracji, ponieważ w wyniku takiego wzrostu konsumenci nie znajdą na rynku bliskich substytutów dotychczasowych produktów oferowanych przez łączących się przedsiębiorców;
- (iii) wystarczająca odmienność produktów oferowanych przez uczestników koncentracji od innych produktów na rynku, by zastosować opłacalność testu SNNIP;
- (iv) małe prawdopodobieństwo repozycjonowania produktów przez nowych graczy rynkowych w wyniku podwyżki ceny przez uczestników koncentracji¹⁸.

Zakres bezpośredniej konkurencji pomiędzy produktami uczestników koncentracji może być analizowany na podstawie dowodów z dokumentu, zeznań, raportów *win/loss*, badań zachowań konsumentów, np. przez przeprowadzenie wśród nich ankiet. Organy brytyjskie wskazują zaś na badanie: bliskości konkurencji (badany np. przez stopień substytucji), zmiennej marży zysku (jeśli marże są wysokie, tym większe istnieje prawdopodobieństwo powstania skutków nieskoordynowanych), sensytywności cenowej konsumentów (im większa, tym mniejsze prawdopodobieństwo powstania skutków nieskoordynowanych)¹⁹.

Oddzielnego podejścia do antykonkurencyjnych skutków koncentracji na rynku produktów zróżnicowanych, przystosowanego do charakterystyki takiego rynku, nie przedstawiono w pełni w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK. Polski organ ochrony konkurencji zwraca uwagę na specyfikę produktów zróżnicowanych jedynie przy możliwości uznania koncentracji za zagrażającą konkurencji, przy udziale mniejszym niż związany z domniemaniem posiadania pozycji dominującej zawartym w art. 4 pkt. 10 uokik. Wyjaśnienia Prezesa UOKiK do pojęcia bliskości konkurencji odnoszą się natomiast w ten sposób, że im bliższa substytucja, tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia skutków antykonkurencyjnych zamierzonej koncentracji. Prezes

¹⁶ Bundeskartellamt, *Guidance on...*, pkt 42.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 20.

¹⁹ Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment...*, s. 67

UOKiK, niestety, nie podejmuje próby odniesienia się wprost do sytuacji odwrotnej, tj. znaczenia bliskości konkurencji podczas oceny zamierzonych koncentracji generujących wysokie udziały rynkowe²⁰.

5.3. Praktyka decyzyjna i orzecznicza

5.3.1. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej

5.3.1.1. Koncentracja Volvo/Scania

Pierwszą decyzją Komisji, w której doszło do próby zderzenia tradycyjnej pośredniej metody analizy oceny skutków zamierzonych koncentracji z metodą analizy bezpośredniej, jest zablokowane nabycie przez Volvo, Scania w roku 2000. Przedsiębiorcy produkowali ciężarówki, autobusy i silniki samochodowe²¹. Podczas analizowania skutków rynkowych koncentracji Komisja stwierdziła, że jej skonsumowanie doprowadziłoby do powstania pozycji dominującej na następujących rynkach właściwych:

- rynkach ciężkich ciężarówek w Szwecji, Norwegii, Finlandii i Irlandii;
- rynkach autobusów wycieczkowych w Finlandii i Wielkiej Brytanii;
- rynkach autobusów międzymiastowych w Szwecji, Danii, Norwegii i Finlandii;
- rynkach autobusów miejskich w Szwecji, Danii, Norwegii, Finlandii i Irlandii.

Wielkość udziałów rynkowych uczestników transakcji na poszczególnych rynkach właściwych wahała się od 49% do 91%. Przeprowadzając badanie skutków koncentracji, Komisja zamówiła badanie ekonometryczne profesorów M. Ivaldiego i F. Verbovena. Miało ono za zadanie zmierzenie bezpośrednich skutków koncentracji dla konkurencji na poszczególnych rynkach właściwych. W wydanej decyzji znalazło się stwierdzenie, że tego typu badanie może być ważnym suplementem dla tradycyjnego sposobu badania siły rynkowej²². Dostarczona analiza zakładała dwa scenariusze. W pierwszym wprost wskazano, że doprowadzenie do skonsumowania transakcji spowoduje wzrost cen produktów o ok. 10% w poszczególnych krajach członkowskich Unii Europejskiej (rynkach właściwych geograficznie),

²⁰ Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji*, s. 35 i 43.

²¹ Decyzja Komisji Europejskiej z 15.03.2000 w sprawie nr COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, dostępne na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1672_en.pdf.

²² *Ibidem*, pkt 72.

a tym samym pomniejszenia dobrobytu konsumentów. W drugim wskazano redukcję kosztów krańcowych podmiotu powstałego w wyniku dokonania koncentracji o ok. 5%. Sugerowało to wzrost dobrobytu konsumentów przez przeniesienie chociaż części oszczędności produkcyjnych na konsumentów. Całość badania wykazała natomiast podwyższenie dobrobytu konsumentów w czterech krajach członkowskich Unii Europejskiej i obniżenie w aż dwunastu²³. Na ówczesnym etapie prowadzenia analiz zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, Komisja nie zdecydowała się jednak na przyznanie analizie ekonometrycznej decydującego wpływu na wynik przeprowadzanego postępowania. Określiła ją mianem istotnej nowości, a także wskazała na liczne zaprzeczenia co do wyników analizy, podnoszone przez uczestników koncentracji²⁴.

Konsekwentnie Komisja pozostała przy badaniu udziałów rynkowych, siły marki świadczącej o tym, że cena jest tylko jednym z czynników determinujących wybór produktu (były nimi też finansowanie i usługi posprzedażowe), lojalności konsumentów, rozdrobnionej struktury odbiorców, barier wejścia. Na tej podstawie Komisja **stwierdziła istotne ograniczenie konkurencji na poszczególnych rynkach właściwych**.

5.3.1.2. Koncentracja Volvo/Renault V.I.

Druga próba rozwoju organizacji przez wzrost zewnętrzny została podjęta przez Volvo zaledwie kilka miesięcy po nieudanym przejęciu Scani. Polegała na nabyciu przez szwedzkiego producenta, francuskiego przedsiębiorcy Renault Vehicule Industriels²⁵. Jest to jednocześnie pierwszy znany mi przypadek skutecznego oparcia się przez Komisję w większym stopniu na analizie funkcjonowania rynku właściwego, kosztem *stricte* strukturalnej analizy jego ukształtowania.

Wstępne badanie struktury rynków właściwych wskazywało, że na jednym z badanych rynków produktowych (produkcji ciężkich ciężarówek powyżej 16 ton), koncentracja prowadziłaby do uzyskania wysokich udziałów rynkowych w kilku państwach członkowskich Unii Europejskiej, stanowiących oddzielne rynki geograficzne. Po dokonaniu koncentracji udział rynkowy wynosiłby m.in. 49% we Francji oraz 43% w Portugalii.

²³ Zob. M. Conti, *Merger simulation in the context of the Merger Regulation*, Competition law insight, 9 maja 2006; M. Ivaldi, F. Verboven, *Quantifying the effects from horizontal mergers in European competition policy*, Swedish School of economics and business.

²⁴ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Volvo/Scania*, *op. cit.*, pkt 75.

²⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 1.09.2000, w sprawie nr COMP/M.1980, *Volvo/Renault V.I.*, dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1980_en.pdf.

We Francji w roku 1999 łączny udział uczestników koncentracji wynosił 49% (Renault 36% i Volvo 13%). Był więc bardzo bliski ustanowionego przez Komisję domniemania posiadania siły rynkowej (50%). W wyniku dokonania zamierzonej transakcji doszłoby do istotnego wzrostu wspólnych udziałów rynkowych uczestników koncentracji. Udziały konkurentów kształtowały się natomiast na poziomach: 16% DaimlerChrysler, 11% Scania, 9% DAF, 8% Iveco, 6% MAN. W tym miejscu Komisja zakończyła badanie struktury rynku.

Pomimo, że w treści samej decyzji Komisja nie posługuje się pojęciem skutku nieskoordynowanego (jednostronnego), organ w dalszej części wstępnie przeanalizował, bezpośrednią konkurencję pomiędzy uczestnikami koncentracji.

Komisja przeprowadziła badanie wahań w udziałach rynkowych uczestników koncentracji. W szczególności zwrócono uwagę na spadek udziału rynkowego Renault od 1994 roku z 42%, w świetle względnie stałego w tym okresie udziału rynkowego Volvo, wahającego się pomiędzy 13% a 15%. Za głównego beneficjenta utraconego udziału Renault uznano przedsiębiorcę DAF, którego udział wzrósł w tym czasie z 3% do 9%²⁶.

Po drugie, Komisja **przeanalizowała stosowane strategie cenowe przedsiębiorców obecnych na badanym rynku właściwym**. W roku 1998 Volvo wdrożyło bowiem nową strategię cenową (podwyżkę cen), która nie została odzwierciedlona przez pozostałych graczy rynkowych.

Dodatkowo Komisja przeprowadziła ankiety wśród uczestników rynku. Ich wynik wskazał, iż za najbliższych konkurentów Volvo konsumenci uznają przedsiębiorców DAF oraz Scanię, natomiast Renault należy do grupy dalszych konkurentów. Dostępne dane rynkowe nie wystarczyły jednak do stworzenia modelu ekonometrycznego. W treści decyzji Komisja podkreśliła natomiast znaczenie udzielanych odpowiedzi konsumentów, które świadczyły o różnym odbiorze produktów Renault i Volvo. Volvo uznawane było za przedsiębiorcę produkującego ciężarówki o lepszej jakości (tzw. *superior quality*), natomiast Renault za przedsiębiorcę działającego w niższych segmentach cenowych.

Podobne wnioski Komisja wywiodła badając rynek zakreślony do geograficznego obszaru Portugalii. Wobec posiadanych przez uczestników zamierzonej koncentracji 43% udziału rynkowego, konkurenci posiadali odpowiednio: 17% (Scania), DaimlerChrysler (13%), DAF (12%), Iveco (8%). Badanie rynku (przedstawione ankiety) także w tej sytuacji potwier-

²⁶ *Ibidem*, pkt 33.

dziło, że uczestnicy koncentracji nie produkują ciężarówek będących bliskimi substytutami.

Konkludując, Komisja na obydwu wyżej wskazanych rynkach właściwych nie stwierdziła potencjału do istotnego ograniczenia konkurencji (według ówczesnie stosowanego testu pozycji dominującej – *dominance test*), nawet pomimo powstania wysokich udziałów rynkowych znacznie przewyższających udziały pozostałych graczy rynkowych, bliskich ukształtowanemu przez unijne orzecznictwo domniemaniu ilościowemu posiadania pozycji dominującej.

5.3.1.3. Koncentracja Unilever/Sarah Lee Body Care

Nabycie w 2010 roku przez angielsko-holenderskiego przedsiębiorcę Unilever części amerykańskiej spółki Sara Lee Corp. zostało przez Komisję dopuszczone do skonsumowania po spełnieniu nałożonych warunków – strukturalnych środków zaradczych²⁷.

Zastosowanie środków zaradczych podyktowane zostało tym, że przeprowadzone badanie skutków koncentracji wykazało zagrożenie istotnym ograniczeniem skutecznej konkurencji dla kilku rynków właściwych (poszczególnych krajowych rynków męskich lub damskich dezodorantów). Głównym zagrożeniem wskazanym przez Komisję była **możliwość podniesienia cen po dokonaniu koncentracji**²⁸. Dodatkowo w związku z faktem, że Sara Lee była istotnym innowatorem, obawy Komisji zrodziło potencjalne obniżenie dobrobytu konsumentów przez ograniczenie poziomu innowacyjności rynku po dokonaniu koncentracji²⁹.

W treści decyzji odnajduję ważne dla prowadzonego w niniejszej monografii badania stwierdzenie, że na rynkach produktów zróżnicowanych, takich jak rynki dezodorantów męskich lub żeńskich, **udziały rynkowe nie muszą w pełni odzwierciedlać interakcji konkurencyjnej (*competitive interaction*) pomiędzy graczami rynkowymi**. Wręcz przeciwnie, zdaniem Komisji udziały rynkowe mogą spowodować **przecenienie lub niedocenienie skutków konkurencyjnych transakcji**. Rzeczywiste skutki konkurencyjne zależą bowiem

²⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 17.11.2008, w sprawie nr OMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee*, dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5658_20101117_20600_2193231_EN.pdf.

²⁸ Zob. Press release IP/10/1514 Brussels, 17 November 2010 *Mergers: Commission clears Unilever's proposed acquisition of Sara Lee Household and Body Care business, subject to conditions*.

²⁹ *Ibidem*, pkt 167–174.

inter alia od bliskości konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami dokonującymi koncentracji³⁰.

Dla przeanalizowania samej bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji, Komisja posłużyła się głównie:

- (i) ankietami rynkowymi skierowanymi do największych sprzedawców na każdym rynku geograficznym, jak i do niektórych konkurentów,
- (ii) dokumentami wewnętrznymi uczestników koncentracji (*internal documents*)³¹.

W badanej sprawie walka (interakcja) konkurencyjna odbywała się na poziomie marek (produktów) i dotyczyła jej (ich) bliskości (istotności). Wylimitowanie interakcji istniejącej pomiędzy uczestnikami koncentracji mogłoby w niektórych przypadkach doprowadzić do antykonkurencyjnych skutków nieskoordynowanych koncentracji. Przykładowo pomimo twierdzeń notyfikującego, że produkt Sara Lee (marka Sanex) nie konkuruje z głównymi markami Unilever (Axe, Dove, Rexona), dokumenty wewnętrzne przedsiębiorców wskazywały m.in., że w przypadku dezodorantów o specyficznych atrybutach, jak ochrona skóry, Sanex i Nivea są jedynymi alternatywami dla Dove i Rexona (marek Unilever)³².

Narzędziem wykorzystanym przez Komisję w analizowanej sprawie był **model aplikowany w celu zaprognozowania prawdopodobnego wpływu transakcji na ceny rynkowe dezodorantów**. Wynik przeprowadzonego badania prognozował wzrost cen produktowo 6% w Belgii, 5–6% w Holandii, 2% w Hiszpanii oraz ok. 4% w Wielkiej Brytanii³³.

Przykład tej koncentracji modelowo pokazuje sposób (strukturę) badania koncentracji horyzontalnych na rynkach produktów zróżnicowanych przez Komisję. Widać to w przeprowadzonej analizie następujących rynków właściwych:

- (i) Belgijski rynek dezodorantów damskich

W pierwszej kolejności organ antymonopolowy dokonał analizy struktury rynku. Łączny udział rynkowy uczestników koncentracji wyniósł 50–60% i wzrósł w ciągu ostatnich 2 lat o ok. 5%. Przekraczał więc próg, z którym unijne prawo ochrony konkurencji wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej. Największy konkurent posiadał ok. 10–20% udziału rynkowego. Dodatkowo wskazano też na niedawny wzrost udziału rynkowego samej

³⁰ *Ibidem*, pkt 158.

³¹ *Ibidem*, pkt 159.

³² *Ibidem*, pkt 165.

³³ *Ibidem*, pkt 182.

Sara Lee o 10–20%. Komisja stwierdziła, że tak wysoki udział rynkowy jest **silną wskazówką powstania skutków jednostronnych**.

W drugiej kolejności Komisja przeszła do analizy bliskości konkurencji pomiędzy łączącymi się przedsiębiorcami. Już na wstępie analizy Komisja wskazała, że stopień substytucji pomiędzy dezodorantami oferowanymi przez obydwu uczestników koncentracji jest bardzo istotnym czynnikiem badania potencjalnych skutków transakcji. Bliskość konkurencji została zbadana głównie na podstawie ankiet rynkowych (*market test*) i wynikających z nich twierdzeń odsprzedawców. Wynikało z nich, że **oferowane przez uczestników transakcji produkty posiadają podobne atrybuty i bezpośrednio konkurują na wyznaczonym rynku właściwym**. Stwierdzono, że poszczególne produkty (Dove i Sanex oraz Rexona i Sannex) są **analogicznie pozycjonowane** jako tzw. *skin-caring brands* lub produkty przeznaczone dla sportowców. Unilever wskazywał z kolei na oddaloną substytucję spowodowaną wyższym pozycjonowaniem cenowym Dove. Jednak Komisja nie podzieliła argumentacji przedsiębiorcy, pomimo że prowadzone badanie wykazało, iż podwyżki produktu Dove nie były w ostatnich latach przed zgłoszeniem zamiaru koncentracji odzwierciedlane przez Sannex. Nie precyzując w treści decyzji podstaw swoich twierdzeń, organ uznał, że niezależna polityka cenowa uczestników koncentracji zostanie porzucona po dokonaniu koncentracji. Dodatkowo dla stwierdzenia bliskości substytucji przygotowany został tzw. index interakcji (*interaction index*) potwierdzający, że Dove (Unilever) i Sanex (Sara Lee) są bliskimi konkurentami³⁴. Także jeden z konkurentów, L’Oreal, wskazał na prawdopodobieństwo wzrostu cen w wyniku istotnych zmian na rynku³⁵.

Najbardziej istotnym elementem prowadzonego przez Komisję badania był model prognozujący wzrost cen dezodorantów Sannex aż o blisko 20% po dokonaniu koncentracji (jak i całkowity wzrost cen rynkowych o ok. 6%)³⁶.

Powyższe czynniki pozwoliły stwierdzić, że w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji powstaną skutki jednostronne, w przypadku braku aspektów przeciwważących (*countervailing powers*) prognozowaną podwyżkę cen. W dalszej kolejności Komisja stwierdziła również, że zamierzona koncentracja usunie Sannex, jako silnego i innowacyjnego konkurenta, z rynku właściwego³⁷.

Po stwierdzeniu istnienia biskiej konkurencji pomiędzy poszczególnymi produktami oferowanymi przez uczestników koncentracji Komisja przeanalizowała, czy istnieje na badanym rynku wyrównawcza siła nabywcza. Organ

³⁴ *Ibidem*, pkt 384.

³⁵ *Ibidem*, pkt 350–359.

³⁶ *Ibidem*, pkt 397.

³⁷ *Ibidem*, pkt 409.

uznał niewystarczającą siłę nabywców spowodowaną rozdrobnieniem rynku (pomimo skoncentrowania trzech największych sprzedawców posiadających 70–80% udziału w rynku i tego, że największy sprzedawca posiadał ok. 30–40% udziału)³⁸. Decydujący był fakt, że po dokonaniu koncentracji nabywcy nie byłoby w stanie, w niektórych segmentach rynku, dokonać substytucji na produkty konkurencyjne. Ważne były również istniejące trudności w całkowitym wyeliminowaniu produktów Unilever z asortymentu bez zagrożenia utraty wielkości sprzedaży.

Jako ostatni czynnik w przeprowadzonym badaniu Komisja poddała analizie potencjalne nowe wejścia na rynek właściwy. Organ stwierdził, że takie, mitygujące prognozowane antykonkurencyjne skutki koncentracji, wejście jest mało prawdopodobne. W tym zakresie skupiono się na badaniu barier wejścia (reklama i promocja A&P, rozpoznawalność marki, dostęp do sklepów), a także historii wejść na rynek właściwy od roku 2007.

Przedstawione argumenty doprowadziły do stwierdzenia, że w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji doszłoby do powstania antykonkurencyjnych skutków jednostronnych na badanym rynku właściwym.

(ii) Belgijski rynek dezodorantów innych niż damskie

Zupełnie inaczej ukształtował się wynik oceny sytuacji po dokonaniu zamierzonej koncentracji na rynku dezodorantów innych niż damskie. Sam udział Unilever wynosił tam 50%, a Sara Lee ok. 5–10%. Łączny udział uczestników koncentracji został oceniony na ok. 50–60%. Tak jak w pierwszym przypadku, przekraczał więc próg domniemania posiadania pozycji dominującej ukształtowany w unijnym orzecznictwie. Pomimo tego Komisja uznała, że transakcja nie ograniczy istotnie konkurencji na badanym rynku właściwym przez powstanie skutków nieskoordynowanych. Po pierwsze, z powodu ograniczonej pozycji Sara Lee, po drugie ze względu na fakt, że uczestnicy koncentracji nie są bliskimi konkurentami (produkty Axe i Sanex posiadały różne atrybuty). Należy zwrócić uwagę, że zastosowany w tym przypadku model wskazał na minimalny wzrost cen po dokonaniu koncentracji. Znaczenie dla wyniku przeprowadzonego postępowania miała też obecność wielu konkurentów o istotnych udziałach rynkowych³⁹. Nieznaczny wzrost w udziałach rynkowych nie wystarczył więc do uznania braku antykonkurencyjnych skutków transakcji. To określenie bliskości konkurencji zdecydowało jednak w głównej mierze o odmiennym niż w przypadku pierwszego z analizowanych rynków właściwych wyniku badania potencjalnego powstania skutków nieskoordynowanych.

³⁸ *Ibidem*, pkt 419 – 438.

³⁹ *Ibidem*, pkt 455–460.

(iii) Grecki rynek dezodorantów

Na tym rynku właściwym, pomimo wysokich udziałów rynkowych uzyskiwanych w wyniku koncentracji (30–40% dla dezodorantów męskich i 40–50% dla dezodorantów damskich), istniało kilku istotnych konkurentów (rynek damski Procter & Gamble 30–40%, Beiersdorf 10–20%, Colgate 5–10%, Sarantis 5–10%, Henkel 0–5%). Pod uwagę wzięte zostały ankiety rynkowe, wskazujące, że uczestnicy koncentracji nie są bliskimi konkurentami. Nie stwierdzono, że dojdzie tu do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji przez powstanie skutków nieskoordynowanych zamierzonej koncentracji⁴⁰.

(iv) Hiszpański rynek dezodorantów damskich

Na tym rynku właściwym udział przedsiębiorców biorących udział w zamierzonej koncentracji wyniósłby pomiędzy 40–50%⁴¹. Jednocześnie Sannex (marka Sara Lee) była największą marką w Hiszpanii. Pozostali konkurenci osiągalni udziały rynkowe nie większe niż 10%. Koncentracja doprowadziłaby więc do powstania największego przedsiębiorcy przy niskich udziałach konkurentów w rynku właściwym. Zrodziło to obawy Komisji o powstanie skutków nieskoordynowanych, w przypadku braku efektów łagodzących⁴². Największe obawy dotyczyły podniesienia cen lub obniżenia jakości i wyboru konsumentów.

W przeprowadzonej w dalszej kolejności analizie zostały wzięte pod uwagę głównie dane z ankiet rynkowych (*market test*), identyfikujące potencjalne skutki antykonkurencyjne, również takie, które wskazywały na podwyższenie cen⁴³. Jeden z rynkowych konkurentów, L’Oreal, zauważył, że bliskość konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami uczestniczącymi w koncentracji pozwoli na podniesienie cen po dokonaniu transakcji. Inny konkurent przedstawił raport rynkowy stwierdzający, że konsumenci postrzegają produkty przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji za prawie identyczne. **Większość respondentów ankiet Komisji wskazała na bliską konkurencję pomiędzy produktami łączących się stron.** Komisja po raz kolejny podkreśliła, że im większy jest poziom substytucji pomiędzy produktami łączących się przedsiębiorców, tym większe są obawy o powstanie skutków jednostronnych.

Dla kompletności przeprowadzanego badania użyto modelu prognozującego skutki zamierzonej koncentracji. **Model prognozował wzrost cen na badanym rynku właściwym od 1,5 do 5,3%.** Wynik pozwolił zatem na

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 637.

⁴¹ *Ibidem*, pkt. 655.

⁴² *Ibidem*, pkt 658.

⁴³ *Ibidem*, pkt 659.

poparcie tezy o powstaniu efektów nieskoordynowanych. Dodatkowo w treści decyzji Komisja zauważyła, że dotychczasowy rozwój marki Sannex na rynku w Hiszpanii sprawi, że wyeliminowana zostanie ważna dla rynku siła konkurencyjna, dynamiczny konkurent rynkowy⁴⁴.

Ostatnim krokiem przeprowadzonej analizy było badanie czynników wyrównujących (*countervailing powers*). Komisja stwierdziła zarówno brak siły nabywczej, jak i możliwości/łatwości nowego wejścia na rynek. W tym drugim aspekcie organ zwrócił uwagę na wysokie bariery wejścia w postaci reputacji marki, jak i dostępu do kanałów sprzedaży, a także reakcji największego gracza rynkowego, w tym repozycjonowania jego produktów. Dane historyczne rynku wskazywały też brak skutecznych wejść od roku 2008. Ostatnie wejście, które odbyło się w roku 2010, znajdowało się zaś podczas dokonywanego badania na zbyt wczesnym etapie, by ocenić jego skuteczność.

Wynik prowadzonego badania doprowadziła Komisję do konkluzji, że koncentracja istotnie ograniczy skuteczną konkurencję na rynku damskich dezodorantów w Hiszpanii przez powstanie skutków nieskoordynowanych⁴⁵. Za przeważające o wyniku badania, pomimo wysokich udziałów rynkowych (lecz nie przekraczających progu domniemania) uczestników koncentracji oraz nieznacznych udziałów rynkowych konkurentów, należy także w tym przypadku uznać badanie bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji.

5.3.1.4. Koncentracja Philip Morris/Papastratos

W roku 2003 Komisja Europejska zezwoliła na nabycie przez holenderską spółkę Philip Morris greckiego przedsiębiorcy zajmującego się produkcją i dystrybucją papierosów – Papastratos, działającego głównie na rynku w Grecji i Rumunii⁴⁶.

Koncentracja doprowadziła do powstania lidera greckiego rynku produkcji papierosów o stabilnym udziale rynkowym w wysokości 35–45% (odpowiednio 25–35% oraz 10–20%) w wartości i 41% (odpowiednio 26.8% i 14,9%) w wielkości produkcji. Koncentracja eliminowała jednocześnie dotychczasowego trzeciego największego gracza rynkowego. Struktura rynku przeanalizowana przez Komisję wskazywała na *dużą liczbę konkurentów*, z których jeden (BAT) utrzymywał udział rynkowy w wysokości 10–20%

⁴⁴ *Ibidem*, pkt 693.

⁴⁵ *Ibidem*, pkt 754.

⁴⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 2.10.2003, w sprawie nr COMP/M.3191, *PHILIP MORRIS/PAPASTRATOS*, dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3191_en.pdf.

w wartości i 15,7% w wielkości produkcji. Trzech konkurentów posiadało udziały przewyższające 5% rynku. Komisja nie przeprowadziła dalszej analizy struktury rynku.

Pomimo tak skoncentrowanej struktury rynku właściwego, Komisja stwierdziła, że różnice w cenach oferowanych produktów świadczą o tym, iż uczestnicy zamierzonej koncentracji nie są bliskimi konkurentami, a ich produkty są pozycjonowane w innych segmentach wyznaczonego rynku właściwego (*higher priced cigarettes* i *premium priced cigarettes* dla Philip Morris oraz *low-priced cigarettes* dla Papstratos).

Analiza bliskości konkurencji przeprowadzona za pomocą ankiet pokazywała, że występuje tzw. *down trading* – tendencja do zakupu papierosów przez konsumentów w tańszych segmentach rynku. Mogło to wesprzeć możliwość podniesienia cen, gdyż utrata sprzedaży w segmencie wyższych cen mogłaby zostać przechwycona w segmencie niższym, na którym dotychczas Philip Morris nie był obecny⁴⁷. Konkludując, Komisja stwierdziła jednak, że utrata sprzedaży po podwyższeniu ceny w pierwszej kolejności nastąpiłaby na korzyść konkurentów. Miało stać się tak, w szczególności w świetle braku przekonujących dowodów na kurczenie się badanego segmentu rynku. Komisja przeanalizowała także wzrosty cen na rynku. Doszła do wniosku, że są one spowodowane głównie podwyżkami podatkowymi i decyzjami administracji rządowej. Konkurenci stosują natomiast podobne ceny i naśladują swoje wzrosty i obniżki w segmentach wysokich cen. Podwyżki w innych segmentach nie wpływały jednak na siebie. Dodatkowo uczestnicy koncentracji przedstawili model symulacji skutków koncentracji i jej wpływ na ceny. Model wskazywał, że wzrost cen po koncentracji będzie minimalny, świadcząc o dalekiej substytucyjności produktów oferowanych przez uczestników transakcji⁴⁸.

W badanej sprawie decydujące znaczenie, pomimo wysokich udziałów w rynku właściwym uczestników koncentracji, Komisja przyznała więc dowodom świadczącym o braku bliskiej konkurencji pomiędzy produktami oferowanymi przez te podmioty.

5.3.1.5. Koncentracja Johnson & Johnson/Synthes

Nie we wszystkich decyzjach Komisji, poddanych niniejszemu badaniu, odnajduję przewagę metody analizy bezpośredniej nad metodą analizy pośredniej.

⁴⁷ *Ibidem*, pkt 24–25.

⁴⁸ *Ibidem*, pkt 31–32.

Zamierzona koncentracja, polegająca na nabyciu Synthes Inc. przez Johnson & Johnson, dotycząca przedsiębiorców działających w sektorze medycznych urządzeń ortopedycznych, zrodziła wątpliwości Komisji na rynku produktowym urządzeń urazowych i została dopuszczona po zastosowaniu środków zaradczych. Wątpliwości Komisji wzbudziły w szczególności wysokie udziały rynkowe uczestników koncentracji, dojrzały charakter oferowanych produktów oraz silna pozycja AO Foundation – organizacji chirurgów związanej stosunkiem wyłączności z jednym z uczestników koncentracji – Synthes⁴⁹. W tym przypadku Komisja, zdając sobie sprawę z podziału rynku urządzeń urazowych na jego podsegmenty, w pierwszej kolejności przeprowadziła badanie rynku zawierającego wszystkie urządzenia, które wykazało następujące rezultaty.

Po pierwsze, Komisja zwróciła uwagę na strukturę segmentów, wskazując na udziały rynkowe uczestników koncentracji oraz wielkość konkurentów. Organ zwrócił uwagę na ich silne skoncentrowanie.

Po drugie, przeprowadzone badanie rynku pozwoliło na stwierdzenie, że uczestnicy koncentracji co do zasady nie są uznawani za najbliższych konkurentów⁵⁰.

Po trzecie, Komisja stwierdziła istnienie wysokich barier wejścia na te rynki w postaci: reputacji marki, prowadzącej do dużej lojalności zakupujących produkty chirurgów wobec danego przedsiębiorcy, potrzeby zapewnienia ciągłych szkoleń dotyczących obsługi sprzętu, będących kluczowym aspektem dostępu do rynku produktowego. Z powyższym wiązały się natomiast koszty a także czas zmiany/substytucji danego produktu⁵¹.

Komisja zwróciła uwagę na długotrwały związek Synthes z AOF – organizacją lekarską z siedzibą w Szwajcarii, prowadzącą szkolenia (ilościowo ok. 5 razy więcej szkoleń niż kolejny przedsiębiorca), a także współpracującą z Synthes w obszarze badań i rozwoju. Prowadziło to faktycznie do preferowania produktów Synthes przez chirurgów będących członkami stowarzyszenia. Potrzeba prowadzenia szkoleń i wiążące się z nimi preferencje chirurgów do używania w praktyce sprzętu, na którym przechodzą szkolenia, zostały uznane za bardzo istotny element badania rynku, stając jednocześnie barierę wejścia⁵².

⁴⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 18.04.2012, w sprawie nr COMP/M.6266, *Johnson & Johnson/Synthes*, dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6266_20120418_20600_3087730_EN.pdf.

⁵⁰ *Ibidem* pkt 171,

⁵¹ *Ibidem*, pkt 173.

⁵² *Ibidem*, pkt 173.

Dodatkowo, pomimo istnienia potencjalnych konkurentów, wszczęcie przez nich działalności na rynkach, na których dochodziło do koncentracji, wymagałoby znacznych inwestycji i zajęło ok. 2–3 lat⁵³. Komisja wskazała na brak skuteczności poprzednich wejść, których dowodem był brak uzyskania przez ostatnio wchodzących przedsiębiorców istotnych udziałów rynkowych (mniej niż 5%)⁵⁴. Takie stwierdzenie związane było również z zasiedziałością obecnych graczy rynkowych. Wynikała ona z dojrzałego etapu funkcjonowania rynku i poziomu innowacji, które w jego obecnej fazie rozwoju sprowadzały się nie do wprowadzania nowych produktów, ale do ulepszania obecnych. Fakt nieudanych wejść Komisja powiązała z wysokimi barierami wejścia⁵⁵.

W dalszej części analizy Komisja skupiła się na strukturze poszczególnych segmentów rynku. Miała ona decydujące znaczenie dla oceny antykonkurencyjności koncentracji.

W części, w której zamierzona koncentracja dotyczyła obszaru urządzeń urazowych (*trauma devices*), wzbudziła największe obawy na jednym z segmentów obejmującym wkręty wdrażone (kaniulowane) (*cannulated screws*). Skonsumowanie transakcji doprowadziłoby tam do osiągnięcia bardzo wysokich udziałów na czternastu rynkach geograficznych, zakreślonych w granicach państw członkowskich Unii Europejskiej. Na jednym z nich, stanowiącym terytorium Łotwy, udział w rynku wynosiłby ok. 100%. Na wielu innych koncentracja znacznie wzmocniłaby pozycję lidera rynku. W tym jednym przypadku udział monopolistyczny wystarczył Komisji, w świetle wspomnianej analizy możliwości wejść na rynek, do stwierdzenia powstania pozycji dominującej i tym samym uznania doprowadzenia do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji, bez konieczności przeprowadzania dalszej analizy skutków ekonomicznych⁵⁶.

Skutkiem dokonania koncentracji byłoby uzyskanie udziału powyżej 60% lub nawet 80% na poszczególnych rynkach właściwych. W Austrii, Belgii, Estonii, Francji, Luxemburgu, Holandii, Słowenii, Hiszpanii oraz Wielkiej Brytanii transakcja doprowadziłaby do połączenia dwóch największych graczy rynkowych. Doprowadziłaby również do istotnej zmiany w udziałach rynkowych o ok. 20% na pięciu z tych rynków geograficznych. Transakcja spowodowałaby także w kilku przypadkach pozostawienie na rynku tylko jednego lub dwóch istotnych konkurentów. Komisja zwróciła szczególną uwagę na zwiększenie dystansu w udziałach pomiędzy największymi gra-

⁵³ *Ibidem*, pkt 191.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 192.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 193.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 284.

czami rynkowymi, który nie pozwalałby wpływać konkurentom na zachowania powstałego podmiotu.

Ze względu na wysokie udziały rynkowe oraz znaczne zwiększenie stopnia koncentracji rynku stwierdzono prawdopodobieństwo wystąpienia skutków antykonkurencyjnych na ośmiu rynkach geograficznych. Znaczenie dla osiągniętego wyniku postępowania miała w przypadkach niektórych rynków geograficznych także wrażliwość cenowa konsumentów (Austria, Belgia).

Natomiast w Polsce udział w rynku 50–60% w sytuacji obecności jednego rodzimego konkurenta, o udziale ok. 20%, produkującego towary po niższych kosztach, a także mniejszej roli chirurgów przy wyborze produktu, pozwolił na stwierdzenie braku zagrożenia dla konkurencji⁵⁷. Podobnie było na rynku Słowacji, gdzie przyrost ok. 10–20% spowodował powstanie przedsiębiorcy o udziałach rynkowych o ok. 60–70%, lecz przy obecności jednego konkurenta o udziale rynkowym ok. 30–40%, zasiedziało, o dobrze rozpoznawalnej marce. W tym przypadku konkurent miałby wywierać skuteczny nacisk na powstałego przedsiębiorcę⁵⁸. Analogicznie na rynkach w Niemczech czy Grecji, Komisja posłużyła się podczas oceny w znacznej mierze wielkością konkurentów oraz udziałem po dokonaniu koncentracji – poniżej 50% rynku⁵⁹.

W konkluzji badania Komisja zwraca uwagę na to, że więcej niż połowa konkurentów wskazywała obawy co do skutków koncentracji. Tak też opowiedziała się większość ankietowanych konsumentów⁶⁰. Biorąc pod uwagę generalną charakterystykę rynków urządzeń urazowych, a także strukturę samego rynku wkretów wdrażonych, Komisja stwierdziła, że zamierzona koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji na poszczególnych rynkach geograficznych.

Analizowana koncentracja jest więc przykładem, w którym Komisja w większym stopniu oparła się na strukturze rynku i pośredniej analizie wystąpienia potencjalnych antykonkurencyjnych skutków koncentracji (w jej ujęciu dynamicznym), niż elementach analizy bezpośredniej. Na wynik badania miała jednak wpływ relacja przedsiębiorców z organizacją lekarską, co powodowało szczególną charakterystykę badanego rynku właściwego.

⁵⁷ *Ibidem*, pkt 289.

⁵⁸ *Ibidem*, pkt 290.

⁵⁹ *Ibidem*, pkt 295.

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 303.

5.3.1.6. Koncentracja Universal Music Group/Emi Music

W stosunku do badanej przez Komisję koncentracji pomiędzy Universal Music Group (Universal) a EMI Music (EMI) wydano decyzję zezwalającą na dokonanie transakcji po zastosowaniu środków zaradczych⁶¹.

Przeprowadzając analizę, Komisja w pierwszej kolejności wskazała, że **udziały rynkowe są traktowane jako pierwsze użyteczne wskazówki badania struktury rynku oraz konkurencyjnego znaczenia uczestników koncentracji, jak i ich konkurentów**⁶². Komisja nie odnosi się zatem wprost do jakiegokolwiek założenia powstania antykonkurencyjnych skutków koncentracji na podstawie udziałów rynkowych. Wskazuje ich wpływ na strukturę rynku, mogącą pośrednio świadczyć o wystąpieniu skutków szkodzących konkurencji. W decyzji odnajduję także **stwierdzenie o braku nadania przesądzającego znaczenia domniemaniu posiadania siły rynkowej**, w przypadku utworzenia przedsiębiorcy posiadającego ponad 50% udziału rynkowego⁶³. Komisja przyjęła więc stanowisko, że przekroczenie lub brak przekroczenia odpowiedniego poziomu udziału w rynku nie jest samodzielnym determinantem skutków nieskoordynowanych zamierzonej koncentracji. Większe znaczenie nadaje bowiem **kontekstowi, w jakim udziały te muszą zostać interpretowane, a w szczególności temu, czy nadają one właściwe znaczenie wielkości rynkowej** uczestników transakcji oraz ich pozycji w porównaniu do konkurentów⁶⁴.

Odnosząc się do meritum przeprowadzonego badania, w pierwszej kolejności organ dokonał kalkulacji udziałów rynkowych. Zebrane dane, dotyczące poszczególnych rynków w państwach członkowskich Unii Europejskiej, wskazywały na niektórych z nich, że wspólny udział rynkowy uczestników transakcji wyniesie ok. 40–80%⁶⁵.

Pomimo wskazanych wyżej twierdzeń, dotyczących udziałów rynkowych, przeprowadzone badanie miało w odpowiedniej części charakter analizy pośredniej. W szczególności odnajduję tu argumentację, że powstanie niekwestionowanego lidera rynku, w rozumieniu posiadania przez niego bardzo dużych udziałów rynkowych oraz stosunek tych udziałów do udziałów rynkowych aktualnych konkurentów (w szczególności największych z nich),

⁶¹ Decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie nr COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, *op. cit.*

⁶² *Ibidem*, pkt 243.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 362.

⁶⁵ *Ibidem*, pkt 350.

już samo w sobie świadczy o posiadaniu pozycji dominującej przez podmiot, który powstałby w wyniku dokonania koncentracji⁶⁶.

Takie wnioski zostały wywiedzione przez Komisję również po przeprowadzeniu badania rynku oraz uwzględnieniu argumentów stron, jak i argumentów przedstawionych przez konkurentów. Uczestnicy koncentracji argumentowali, iż charakterystyka prowadzonej przez nich działalności świadczy o tym, że są najbardziej oddalonymi graczami rynkowymi⁶⁷. Wskazali na różniące się u nich przychody z poszczególnych rodzajów działalności gospodarczej. Miało to świadczyć o skoncentrowaniu działalności uczestników koncentracji w innych segmentach rynku. Przedsiębiorcy wskazali również, że strategie konkurencyjne EMI odpowiadają bardziej na zachowania innych uczestników rynków, niż na zachowania Universal. Przedstawili dokumenty świadczące o obniżaniu się przychodów EMI, by udowodnić niwelowanie się pozycji rynkowej tego przedsiębiorcy.

Badanie Komisji nie potwierdziło jednak braku bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji. By obalić przedstawione dowody i twierdzenia stron, Komisja powołała się m.in. na dostępny publicznie dokument wydany przez EMI. Definiował on Universal jako jednego z jej największych konkurentów. Nazywał EMI oraz Universal jednymi z najbardziej prominentnych przedsiębiorców działających w badanym sektorze.

Komisja przeanalizowała też ograniczenie możliwości zmiany dostawy przez klientów, wpływające na siłę nabywców. Stwierdziła, że klienci już na obecnym etapie napotykają trudności w zmianie dostawców⁶⁸. W przeprowadzonym badaniu rynku konsumenci stwierdzili dodatkowo, że produkty Universal są odbierane jako produkty *must have* i planowane przejęcie kontroli umożliwi efektywne dyktowanie warunków wobec nabywców. Teza ta została poparta twierdzeniami o tym, iż wielkość przedsiębiorców pomaga w utrzymaniu siły rynkowej⁶⁹. Koncentracja mogłaby więc skutkować możliwością nałożenia gorszych warunków umów na odbiorców⁷⁰.

W zakresie nowych wejść uczestnicy koncentracji wskazali aż 15 nowych przedsiębiorców, którzy pojawili się na rynkach krajowych w okresie ostatnich 5 lat, a także niskie bariery wejścia spowodowane obniżeniem kosztów m.in. przez działanie za pomocą tzw. *social media*. Komisja stwierdziła jednak, że potencjalne nowe wejście nie będzie wystarczające (*sufficient*), a więc nie spowoduje obniżenia prognozowanych antykonkurencyjnych skutków

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 372.

⁶⁷ *Ibidem*, pkt 374.

⁶⁸ *Ibidem*, pkt 429.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 440.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 724.

koncentracji. Organ nie znalazł bowiem żadnego dowodu na potencjalne wejście poza niskimi barierami wejścia, w szczególności przekonujących co do przesłanek jego zakresu i okresu⁷¹. Fakt ten podyktowany był z pewnością tym, że pomimo wskazania licznych wejść, żadnemu z nowo wchodzących przedsiębiorców nie udało się uzyskać znaczącej pozycji rynkowej.

5.3.1.7. Koncentracja Hutchison 3G Austria/Orange Austria

Jedną z najistotniejszych dla przedstawionego problemu badawczego sprawą jest decyzja warunkowa w sprawie zamierzonej koncentracji, polegającej na przejściu przez Hutchison 3G Austria Holdings (H3G) kontroli nad Styrol Holding 1 GmbH i jego spółką córką Orange Austria Telecommunications GmbH (Orange Austria)⁷².

Najważniejsza w tym przypadku wydaje się analiza skutków koncentracji na rynku świadczenia mobilnych usług telekomunikacyjnych dla odbiorców końcowych (*market for mobile telecommunication services to end customers*). Stwierdzono tam, że zamierzona koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji⁷³. Na tym rynku właściwym, którego struktura charakteryzowała się wąskim oligopolem, koncentracja miała doprowadzić do połączenia dwóch z czterech usługodawców, będących dotychczas trzecim i czwartym graczem rynkowym. Czynniki, po analizie których stwierdzone zostało istotne ograniczenie skutecznej konkurencji, były: (i) struktura rynku, (ii) wysoka stopa substytucji pomiędzy usługami oferowanymi przez uczestników koncentracji oraz (iii) konkurencyjne znaczenie uczestników koncentracji dla badanego rynku.

W pierwszym jednak rzędzie należy zauważyć stwierdzenie Komisji o tym, że brakuje w prawie unijnym jakiegokolwiek domniemania prawnego odnoszącego się do niskiego udziału rynkowego (poniżej 25%) jako świadczącego o braku możliwości powstania antykonkurencyjnych skutków koncentracji⁷⁴. **Taki poziom udziału rynkowego jest rozumiany przez Komisję jedynie jako wskazówka do stwierdzenia, że uczestnicy koncentracji mogą nie być w stanie istotnie ograniczyć konkurencji po dokonaniu koncentracji⁷⁵.**

⁷¹ *Ibidem*, pkt 730.

⁷² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 12.12.2012, w sprawie Nr COMP/M.6497, *Hutchison #G Austria/Orange Austria*, dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6497_20121212_20600_3210969_EN.pdf.

⁷³ *Ibidem*, pkt 83.

⁷⁴ *Ibidem*, pkt 92.

⁷⁵ *Ibidem*.

Prowadząc badanie, Komisja poddała w pierwszej kolejności analizie strukturę wyznaczonego rynku właściwego. Uczestniczyło w nim czterech graczy rynkowych (przed dokonaniem koncentracji), poza uczestnikami koncentracji, przedsiębiorcy TA i Yesss (40–50% udziału rynkowego) oraz T-Mobile (30–40% udziału rynkowego). Sami uczestnicy koncentracji generowali udział rynkowy nieprzekraczający 20–30% rynku⁷⁶.

Jako że poziom udziałów rynkowych powstałego podmiotu daleko odbiegał od jakichkolwiek progów wskazujących na możliwość powstania unilaterальной siły rynkowej, ze względu na oligopolistyczną strukturę rynku, analizie poddany został także wskaźnik HHI. Po dokonaniu koncentracji wyniósłby on ok. 5000 pkt., a jego delta wzrosłaby o ok. 500–1000 pkt., znacznie przekraczając dozwolone progi. Skutek analizy struktury badanego rynku właściwego doprowadził Komisję do stwierdzenia, że **daje ona wskazówkę ogólnej siły konkurencyjnej graczy rynkowych**. Druga faza prowadzonej analizy w takim przypadku powinna zostać według Komisji skupiona na ograniczeniach konkurencyjnych nakładanych wzajemnie na siebie przez uczestników koncentracji⁷⁷.

Prowadząc tę część analizy, Komisja zbadała bliskość substytucji pomiędzy usługami oferowanymi przez uczestników zamierzonej koncentracji. W przedmiotowej decyzji odnaleźć można istotne z punktu widzenia przedstawionego problemu badawczego stwierdzenie, że **by koncentracja wykreowała istotne skutki nieskoordynowane, produkty oferowane przez uczestników koncentracji muszą być bliskimi substytutami dla znaczącej grupy konsumentów**⁷⁸. Jednocześnie treść decyzji wskazuje, że **dla uznania grupy konsumentów za znaczącą nie jest konieczne, by większość konsumentów korzystała z oferowanych usług**.

Badanie Komisji dotyczące bliskości substytucji produktów oferowanych przez uczestników koncentracji skupiło się na: (i) danych z bazy branżowej (MNP), (ii) badaniu polegającym na skierowaniu do uczestników rynku ankiet oraz (iii) dokumentach wewnętrznych uczestników koncentracji.

W pierwszej kolejności Komisja wzięła pod uwagę, że zmiana operatora była oficjalnie odnotowywana jako rezultat przepisów regulujących rynek usług telekomunikacyjnych. Zebrane w ten sposób dane wskazywały po pierwsze, że H3G w ostatnich trzech latach przed zamierzoną transakcją zdobywało więcej klientów niż traciło. Ubytek następował jednak w porównywalnym stopniu na rzecz wszystkich graczy rynkowych⁷⁹. Po drugie, Orange

⁷⁶ *Ibidem*, pkt 136.

⁷⁷ *Ibidem*, pkt 175.

⁷⁸ *Ibidem*, pkt 176.

⁷⁹ *Ibidem*, pkt 184.

zanotowało w ostatnim badanym roku przyrost konsumentów. Natomiast stopa substytucji z H3G na Orange wynosiła 0,20 – 0,30. Stopa substytucji z Orange na H3G, według danych za ostatnie 12 miesięcy przed transakcją, była identyczna⁸⁰. W ocenie Komisji m.in. fakt, że około 1/3 konsumentów Orange, używających tzw. opcji *post-paid*, przeniosła się na H3G, świadczył o tym, że przedsiębiorcy nakładają na siebie wzajemnie istotne ograniczenia konkurencyjne⁸¹. Bardzo zbliżone dane dostarczyła analiza stopy substytucji wykonana na podstawie badania przeprowadzonego pośród samych konsumentów. Niemniej Komisja nie zdecydowała się przyznać jej decydującego znaczenia, gdyż badaniu poddana została w tym przypadku mniejsza grupa konsumentów niż ta implikowana do referowanej powyżej analizy opartej na oficjalnych danych sektorowych.

W drugiej kolejności wzięto pod uwagę dane rynkowe. Komisja po pierwsze zwróciła uwagę na pozycjonowanie rynkowe H3G i jego agresywną politykę ofertową wobec tzw. *data-intensive smartphone users*. Oferta H3G pozwoliła na osiągnięcie 40–50% udziału w tym segmencie rynku⁸². Ten fakt był istotny szczególnie wobec trendów rynkowych wskazujących, że konsumenci w coraz większym stopniu używają smartfonów, na które popyt zwiększa się kosztem zwykłych telefonów komórkowych. Wobec silnej pozycji rynkowej uczestników koncentracji wskazywało to na istotne znaczenie transakcji dla rynku. Badanie rynku wskazało również na bliskość konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji, w zakresie oferowanych cen i struktur taryfowych w segmencie smartfonów i transferu danych⁸³. O bliskości konkurencji świadczyło również generowanie przez obydwu z nich 50–70% przychodów w segmencie *private post-paid*, co sugerowało, że był to segment najważniejszy dla obydwu przedsiębiorców. Bliskość konkurencji w tym przypadku potwierdzona została również przez dystrybutorów. Komisja nie poparła więc stwierdzenia przedsiębiorców użytego w zgłoszeniu koncentracji, że odnośnie do konsumentów używających *smartfonów premium* H3G, to T-Mobile, a nie Orange był najbliższym konkurentem⁸⁴.

Ponieważ na etapie postępowania zgłaszający koncentrację próbowali rozróżnić sprzedawane przez siebie produkty, a także strategie rynkowe, w decyzji odnajduję kolejne ważne stanowisko Komisji, stwierdzające, że uznanie **bliskości konkurencji nie wymaga, by przedsiębiorcy sprzedawali**

⁸⁰ *Ibidem*, pkt 188.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 189.

⁸² *Ibidem*, pkt 194.

⁸³ *Ibidem*, pkt 223.

⁸⁴ *Ibidem*, pkt 230.

identyczne produkty. Komisja przyjmuje też, że produkty mogą być bardzo zróżnicowane, ale wywierać na siebie istotną presję konkurencyjną.

W dalszej fazie analizy wzięte pod uwagę zostały również dokumenty wewnętrzne (*internal documents*) uczestników koncentracji. Wewnętrzne badania przeprowadzone przez przedsiębiorców potwierdzały, że konsumenci uważają H3G i Orange za bliskich konkurentów⁸⁵.

Konkludując, Komisja wskazała, że badanie zachowań rynkowych uczestników koncentracji pozwala wraz z dowodami ilościowymi dotyczącymi m.in. stopy substytucji przewidzieć, że koncentracja spowoduje istotne ograniczenie skutecznej konkurencji na badanym rynku właściwym.

Należy także zwrócić uwagę na stwierdzenie Komisji, że H3G było tzw. **ważną siłą konkurencyjną** (*important competitive strenght – maverick firm*) dla badanego rynku właściwego. Wskazywały na to jego dotychczasowe praktyki agresywnej polityki cenowej. Według Komisji, przedsiębiorca ten faktycznie stymulował konkurencję na rynku właściwym⁸⁶. Wyeliminowanie tego rodzaju gracza rynkowego byłoby niepożądane. Wyeliminowanie dwóch mniejszych operatorów o małej bazie klientów i stworzenie jednego, z wystarczającą dla osiągnięcia zysków bazą klientów, zmieniłoby też dotychczasowe bodźce innych graczy rynkowych do stosowania agresywnej polityki cenowej czy oferowania innowacyjnych usług⁸⁷.

Jako ostatnie czynniki, użyteczne w celu zaprognozowaniu istotnego ograniczenia konkurencji, Komisja przeanalizowała możliwość powstania skutków równoważących (*countervailing*) skutki antykonkurencyjne. W pierwszej kolejności organ dokonał analizy barier wejścia i możliwość efektywnego wejścia na rynek. Wysokie bariery wejścia, brak dostępnych częstotliwości oraz ograniczone możliwości zwrotu inwestycji (wysokie koszty inwestycji polegające na budowie nadajników) przeważały o stwierdzeniu braku prawdopodobieństwa skutecznego wejścia, które byłoby też zbyt odległe oraz niewystarczające⁸⁸. Komisja zwróciła uwagę na fakt, że wejście na rynek w roku 2003 H3G stało się opłacalne dopiero w roku 2010⁸⁹. Zauważyła też, że ostatnie wejście jednego z operatorów MVNO zakończone zostało zakupem nowego przedsiębiorcy przez innego gracza rynkowego.

Negatywny wynik przyniosła analiza wyrównawczej siły nabywczej. Usługi na tym rynku oferowane były bowiem bezpośrednio odbiorcom końcowym,

⁸⁵ *Ibidem*, pkt 237.

⁸⁶ *Ibidem*, pkt 265.

⁸⁷ *Ibidem*, pkt 276.

⁸⁸ *Ibidem*, pkt 300.

⁸⁹ *Ibidem*, pkt 291.

nieposiadającym wystarczającego rozmiaru, by wpłynąć na działania usługodawców⁹⁰.

Pomimo tak starannie przeprowadzonej analizy, Komisja dokonała dodatkowo analizy bezpośredniej możliwości podniesienia cen po dokonaniu zamierzonej koncentracji.

Organ przeprowadził analizę presji cenowej UPP, potwierdzającej obawy wskazane w badaniu dotyczącym struktury rynku i pozostałych czynników bezpośrednich⁹¹. Fakt, że strony transakcji były bliskimi konkurentami powodował bowiem, iż będą mogły dokonać internalizacji potencjalnych przejść konsumentów, do których doszłoby w wyniku podniesienia cen w przedkoncentracyjnym scenariuszu. Spowodowałyby to podniesienie cen nie tylko dla konsumentów korzystających z usług uczestników transakcji ale także dla klienteli innych operatorów. Konsekwentnie po przeprowadzeniu koncentracji gracze rynkowi nie mieliby tak silnych przed jej dokonaniem bodźców do utrzymania niskiej ceny rynkowej⁹². Komisja stanęła na stanowisku, że **analiza UPP pozwala określić, w jakim zakresie przedsiębiorca powstały w wyniku koncentracji będzie posiadał bodziec do podniesienia cen.** Z drugiej strony jest ona mniej dokładna, niż pełna symulacja koncentracji. Stanowisko Komisji wobec prowadzenia analizy typu UPP daje też do zrozumienia, że wykazana na jej podstawie możliwość podniesienia cen nie oznacza, że taka podwyżka zostanie na pewno przeprowadzona. Skutek antykonkurencyjny może także wystąpić w postaci ograniczenia konkurencji w inny sposób⁹³.

W oparciu o dostępne dane rynkowe Komisja stwierdziła, że koncentracja doprowadzi do podniesienia cen o ok. 10–20% dla klientów obydwu uczestników koncentracji, co w ocenie organu byłoby podwyżką istotną⁹⁴.

Finalizując prowadzoną analizę, Komisja przeprowadziła także badanie możliwych zachowań konkurentów po dokonaniu koncentracji i tego, czy mogą one być istotnym ograniczeniem konkurencyjnym dla połączonych przedsiębiorców⁹⁵. Komisja nie znalazła także żadnych efektywności spełniających przesłanki orzecznicze⁹⁶. Dokonała porównania warunków konkurencji sprzed, jak i po dokonaniu koncentracji, dochodząc do wniosku, że Orange jest **istotnym konkurentem dla całego badanego rynku właściwego**⁹⁷. W rezultacie

⁹⁰ *Ibidem*, pkt 303.

⁹¹ *Ibidem*, pkt 308.

⁹² *Ibidem*, pkt 317.

⁹³ *Ibidem*, pkt 316.

⁹⁴ *Ibidem*, pkt 314.

⁹⁵ *Ibidem*, pkt 366–382

⁹⁶ *Ibidem*, pkt 445.

⁹⁷ *Ibidem*, pkt 401.

przeprowadzonego badania organ ochrony konkurencji doszedł do wniosku, że dojdzie do powstania efektów nieskoordynowanych, głównie ze względu na wyeliminowanie przedsiębiorcy istotnego dla rynku i dla toczącej się na nim dotychczas intensywnej walki konkurencyjnej⁹⁸.

W przedstawionej decyzji Komisja nadała więc kluczowe znaczenie elementom metody bezpośredniej analizy zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, niwelując znaczenie udziałów rynkowych dla rynku, zastępując je też w tym przypadku innymi czynnikami strukturalnymi, w szczególności wskaźnikiem HHI.

5.3.1.8. Koncentracja T-Mobile Austria/Tele.ring

Koncentracja pomiędzy operatorami telefonii komórkowej T-Mobile Austria a Tele.ring, polegająca na przejściu drugiego z nich, została dozwolona przez Komisję po nałożeniu warunków⁹⁹. Zastosowanie środków zaradczych było konieczne, ponieważ przeprowadzone postępowanie wskazywało na możliwość istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji na rynku świadczenia usług telefonii mobilnej końcowym odbiorcom w Austrii¹⁰⁰.

W tej decyzji Komisja również stwierdziła, że dojdzie do powstania skutków nieskoordynowanych. Miało to mieć miejsce, pomimo że podmiot powstały w wyniku koncentracji nie byłby największym przedsiębiorcą na rynku właściwym. Decydującą rolę dla takiej oceny odegrał **fakt, że w wyniku dokonania koncentracji doszłoby do usunięcia Tele.ring będącego operatorem stosującym najintensywniejsze strategie gospodarcze na rynku właściwym**¹⁰¹.

Prowadząc badanie prognozowanych skutków zamierzonej koncentracji, w pierwszej kolejności Komisja wzięła pod uwagę udziały rynkowe konkurentów na wyznaczonym rynku właściwym. Organ zwrócił uwagę głównie na ich fluktuację, która miała stanowić o istotnym znaczeniu Tele.ring dla konkurencji. Przedsiębiorca potroił bowiem udział rynkowy w ostatnich trzech latach przed zgłoszeniem zamiaru koncentracji (z poniżej 5% do ok. 15%)¹⁰². W tym samym czasie trzej najwięksi gracze rynkowi tracili swoje udziały w rynku. W szczególności utratę zanotował T-Mobile z 20–30% do

⁹⁸ *Ibidem* pkt, 402.

⁹⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.04.2006 w sprawie nr COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/Tele.ring*, dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3916_20060426_20600_en.pdf.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pkt 40.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*, pkt 41.

15–25%. Udział rynkowy przedsiębiorcy powstałego w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji miał wynosić ok. 30–40%, w sytuacji gdy udział lidera rynku, konkurenta – Mobilkom wynosił ok. 35–45%¹⁰³. Powyższe wskaźniki według Komisji były dowodem na to, że Tele.ring pełnił rolę wyjątkowo aktywnego uczestnika rynku.

W drugiej kolejności, Komisja wzięła pod uwagę poziom koncentracji rynku, wskazując na wskaźnik HHI, wynoszący ok. 3000–3500 pkt., przy delcie 500–600 pkt.¹⁰⁴ Wielkość wskaźnika wskazywała więc na silne skoncentrowanie rynku i jego istotne zwiększenie się po dokonaniu koncentracji.

Następnie Komisja wskazała na dane dotyczące zmiany operatorów i uwidocznione na ich podstawie zachowania konsumentów. Wskazywały one, że w roku poprzedzającym dokonanie transakcji więcej niż połowa konsumentów, którzy zmienili usługodawcę, dokonała wyboru Tele.ring. Z tej liczby połowa, pomiędzy 57–61%, była poprzednimi klientami T.Mobile i Mobilkom, dwóch największych graczy rynkowych. Pomimo, że dane te dotyczyły tylko konsumentów, którzy zdecydowali się na zachowanie numeru przy zmianie operatora, według Komisji były one istotnym dowodem na wywieranie największej presji konkurencyjnej przez Tele.ring na Mobilkom i T.Mobile¹⁰⁵. Badania brały też pod uwagę większą liczbę konsumentów niż inne analizy przeprowadzone na wyznaczonym rynku właściwym¹⁰⁶.

Komisja wzięła też pod uwagę rozwój/ukształtowanie cen na badanym rynku właściwym. Dostępne informacje wskazywały, że ceny rynkowe spadały od momentu pojawienia się na rynku Tele.ring w roku 2002 i oferowania przez niego znacznie niższych cen niż średnia cena pozostałych graczy¹⁰⁷. W tym zakresie Komisja dokonała m.in. analizy taryf oferowanych przez uczestników rynku. Organ doszedł do wniosku, że podczas uwzględnionego okresu Tele.ring był najaktywniejszym graczem, wywierającym istotną presję na dwóch największych przedsiębiorców. Pełnił istotną rolę w ograniczaniu ich wolności ustalania cen (*restricting their freedom on pricing*). **Według Komisji, powyższe świadczyło o roli tzw. maverick firm dla badanego rynku właściwego**¹⁰⁸.

Kluczowa dla oceny zamierzonej koncentracji przedsiębiorców na tym rynku właściwym była zależność wskazana przez Komisję, iż bodziec operatora telefonii komórkowej do przyciągania nowych konsumentów do swo-

¹⁰³ *Ibidem*, pkt 42.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pkt 44.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pkt 51.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pkt 54.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pkt 55.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pkt 72.

jej sieci, poprzez oferowanie agresywnych cen, jest determinowany przez wielkość sieci konsumentów¹⁰⁹. Sektor telefonii komórkowej charakteryzuje się bowiem wysokimi kosztami inwestycyjnymi niezbędnymi, by pokryć zasięgiem danego operatora ok. 98% populacji. Zbudowanie odpowiedniej bazy konsumentów jest więc niezbędne do zwrotu (*recoupment*) inwestycji oraz ponoszonych kosztów operacyjnych¹¹⁰. Przy takiej zależności agresywna polityka cenowa nowych graczy rynkowych jest niezbędna, by zabezpieczyć odpowiedni zakres bazy konsumentów. Takie zachowanie Tele.ring było widoczne przykładowo w latach 2002–2005. Komisja doszła więc do wniosku, że wchłonięcie Tele.ring przez T-Mobile, posiadającego dużą bazę konsumentów, będzie bodźcem osłabiającym dyktowanie konkurencyjnych (niskich) cen przez pierwszego z nich.

W dalszej części testu Komisja przeprowadziła badanie możliwości skutecznego i agresywnego konkurowania przez mniejszych konkurentów obecnych już na rynku w taki sposób, jak obecnie Tele.ring¹¹¹. W zakresie możliwości nowego wejścia, uznano brak jego prawdopodobieństwa z powodu braku dostępu do częstotliwości¹¹². Organ poddał badaniu także możliwość dalszej agresywnej działalności Tele.ring prowadzonej w przypadku braku dokonania zamierzonej koncentracji¹¹³.

Konkludując, w aspekcie efektów nieskoordynowanych **eliminacja przedsiębiorcy, pełniącego rolę tzw. *maverick firm*, z rynku, z jednoczesnym wykreowaniem struktury rynku składającej się z dwóch symetrycznych liderów, uprawdopodobniła, że dojdzie w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji do powstania efektów nieskoordynowanych i istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji**¹¹⁴. Cenną, dla prowadzonego w niniejszej pracy badania, wskazówką zawartą w decyzji jest stwierdzenie, że w przypadku wysokiego wskaźnika HHI, taki agresywny przedsiębiorca ma jeszcze większy wpływ na walkę konkurencyjną odbywającą się na badanym rynku właściwym, niż wskazywałby jego udział rynkowy¹¹⁵.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pkt 74.

¹¹⁰ *Ibidem*, pkt 76.

¹¹¹ *Ibidem*, pkt 109, 113.

¹¹² *Ibidem*, pkt 117.

¹¹³ *Ibidem*, pkt 124.

¹¹⁴ *Ibidem*, pkt 125.

¹¹⁵ *Ibidem*, pkt 126.

5.3.1.9. Koncentracja Ryanair/Aer Lingus III

Transakcja polegająca na przejęciu przez linię lotniczą Ryanair irlandzkiej linii lotniczej Air Lingus została zablokowana przez Komisję w roku 2013¹¹⁶. W wyniku jej dokonania doszłoby do połączenia dwóch największych linii lotniczych w Irlandii. Obawy Komisji wzbudziła głównie intensywna konkurencja występująca pomiędzy uczestnikami koncentracji¹¹⁷.

Dla oceny tej operacji koncentracyjnej Komisja zbadała kilkadziesiąt rynków właściwych, które zostały wyznaczone jako trasy przewozowe pomiędzy poszczególnymi miastami, na których pokrywały się przeloty oferowane przez uczestników transakcji.

W pierwszej kolejności Komisja zbadała udziały rynkowe, wykazując, że na 28 z wyznaczonych rynków właściwych zostanie uzyskany monopol, natomiast na 11 udział wyniesie 80% (w tym sześciu z przewoźnikami czarterowymi o zupełnie odmiennym modelu biznesowym.)¹¹⁸. Komisja podkreśliła, że na rynkach, na których uzyskane zostałyby bardzo wysokie udziały rynkowe (lecz nie monopolistyczne), **niezbędne są przekonujące dowody, by stwierdzić, że transakcja nie spowoduje powstania siły rynkowej**¹¹⁹. Dla wykonania pełnej analizy, czy dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji, Komisja podkreśliła istotność dwóch czynników analizy:

- (i) bliskości konkurencji;
- (ii) wejścia na rynek.

Podczas analizy podkreślony został specyficzny stosunek konkurencji zachodzący pomiędzy stronami transakcji. Wpływały na niego zachowania rynkowe uczestników koncentracji, którymi było m.in. monitorowanie cen na odpowiednich trasach i reakcje na promocje drugiej strony transakcji, oraz na jej kampanie reklamowe. Tak zresztą przyznał Aer Lingus w trakcie postępowania, wskazując, że:

- (i) monitoruje ceny głównego konkurenta;
- (ii) ceny Ryanair mają bezpośredni skutek w stosunku do cen Aer Lingus;
- (iii) zauważa on takie same reakcje na własne zachowania ze strony Ryanair¹²⁰.

Przechodząc do analizy czynników świadczących o bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami transakcji, Komisja wskazała, że analiza ta jest waż-

¹¹⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 27.02.2013, w sprawie nr COMP/M.6663, *Ryanair/AER Lingus III*.

¹¹⁷ *Ibidem*, pkt 215–218.

¹¹⁸ *Ibidem*, pkt, 469–474.

¹¹⁹ *Ibidem*, pkt 476.

¹²⁰ *Ibidem*, pkt 480.

nym elementem badania na rynkach, na których struktura duopolistyczna zmienia się w monopol. Nie zmienia to faktu, że przedsiębiorcy już z definicji powinni być tam najbliższymi konkurentami¹²¹. Najważniejszy w założeniu bliskości uczestników koncentracji jest wysoki poziom substytucyjności oferowanych usług. Dodatkowo Komisja nie przeanalizowała jedynie bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami transakcji, ale zwróciła również uwagę na konkurencję pomiędzy pozostałymi graczami rynkowymi¹²². Bliskość konkurencji pomiędzy stronami transakcji została oceniona na podstawie następujących aspektów:

- (i) silnych pozycji rynkowych, uczestników transakcji, obliczonych głównie na podstawie udziałów rynkowych¹²³;
- (ii) podobieństwa modeli biznesowych uczestników koncentracji, w tym:
 - a. zwrócenia uwagi na model taniego przewoźnika Ryanair. Po przeprowadzeniu dokładnej analizy oferty obydwu przewoźników Komisja stwierdziła jednak, że modele biznesowe uczestników koncentracji, w szczególności zakres oferowanych usług, chociaż nie są identyczne, to są wzajemnie najbardziej zbliżone z występujących na badanych rynkach właściwych¹²⁴;
 - b. bardzo wysokiej rozpoznawalność marek uczestników koncentracji na rynku irlandzkim¹²⁵;
 - c. różnic w oferowanych cenach, mniejszych pomiędzy Ryanair a Aer Lingus niż pomiędzy innymi przewoźnikami. Nawet w przypadku wyższych cen Aer Lingus, były one odzwierciedlane wyższym poziomem usług i „poruszały” się w takim samym stopniu. Zdaniem Komisji, zmiana ceny przez jednego przewoźnika wpłynęłaby na przeniesienie się pasażerów na drugiego uczestnika koncentracji¹²⁶. Analiza korelacji cen została przeprowadzona przez Komisję i załączona jako aneks do wydanej decyzji. W konkluzji oceny modelu biznesowego Komisja stwierdziła, że pomimo iż nie jest on identyczny, to model biznesowy Aer Lingus jest najbliższym Ryanair ze wszystkich konkurentów operujących na trasach, które zostały objęte badaniem;

¹²¹ *Ibidem*, pkt 482.

¹²² *Ibidem* pkt 484.

¹²³ *Ibidem*, pkt 497.

¹²⁴ *Ibidem*, pkt 528.

¹²⁵ *Ibidem*, pkt. 529 —537.

¹²⁶ *Ibidem* pkt 546.

- (iii) operowania z baz, w tym w szczególności z baz w Irlandii, dających uczestnikom koncentracji znaczące oszczędności kosztów, jak i możliwości ustalenia lepszych rozkładów lotów¹²⁷;
- (iv) analizy regresji cen. Komisja przeprowadziła badanie ekonomiczne, które wydaje być kluczowym dla wyniku prowadzonego postępowania¹²⁸. Badanie zostało również dołączone do decyzji w formie aneksu. Dotyczyło tego, czy obecność jednej strony transakcji na danej trasie ma wpływ na ceny oferowane przez drugą stronę. Analiza wskazała, że:
- a. obecność Ryanair wiąże się z niższymi cenami oferowanymi przez Aer Lingus o ok. 9–14% lub 7–11%, a obecność Aer Lingus wpływa na obniżenie cen przez Ryanair o ok. 3–7%;
 - b. obecność jednej ze stron ma na drugą z nich większy wpływ ekonomiczny niż obecność każdego innego przewoźnika. Ryanair był jedynym, który wpływa na zachowania Aer Lingus na poszczególnych trasach;
 - c. na wyznaczonych trasach żaden z innych przewoźników nie miał pozytywnego wpływu na ofertę Aer Lingus lub Ryanair. Po dokonaniu koncentracji mogło to spowodować, że nie zaistnieje żadna presja konkurencyjna wywierana na powstały podmiot;
 - d. wzrost przewozu o 1% na danej trasie przez Ryanair kumulował negatywny efekt cenowy Aer Lingus w wysokości 5–6%. Natomiast obecność Aer Lingus – podwyższenie przez niego ilości lotów o 1% – skutkowało 2% obniżeniem ceny przez Ryanair¹²⁹.

Podsumowując przeprowadzone badanie bliskości konkurencji, Komisja stwierdziła, że strony transakcji wywierają na siebie istotną presję konkurencyjną. Potwierdzało to i uzupełniało **konkluzję, iż są oni bliskimi konkurentami**¹³⁰. Zdaniem Komisji, z przeprowadzonej analizy regresji cen wynikało też, że obydwaj przewoźnicy będą w stanie po dokonaniu koncentracji dokonać internalizacji skutków podniesienia cen. Innymi słowy nie nastąpiłaby utrata konsumentów na skutek wprowadzonych podwyżek¹³¹.

Kolejnym etapem badania było dostarczenie odpowiedzi na pytanie, czy nowe wejście na rynek może wyeliminować prognozowane antykonkurencyjne skutki transakcji. Komisja stanęła na stanowisku, że jeżeli wejście na rynek jest wystarczająco łatwe, to jest mało prawdopodobne, by koncentracja

¹²⁷ *Ibidem* pkt 584.

¹²⁸ *Ibidem* pkt 8.4.4.

¹²⁹ Annex III do decyzji w sprawie *Ryanair/AER Lingus III*, pkt. 115–116.

¹³⁰ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Ryanair/AER Lingus III*, *op. cit.*, pkt 8.4.4.5.

¹³¹ *Ibidem*, pkt 118.

wykreowała znaczące zagrożenie antymonopolowe¹³². W trakcie przeprowadzanego badania, w pierwszej kolejności organ stwierdził, że istnieją wysokie bariery wejścia na rynki, a największymi z nich są silne pozycje rynkowe Ryanair i Aer Lingus. Posiadanie przez połączony podmiot silnej pozycji rynkowej sprawi, że ewentualne wejście nie będzie długotrwałe i będzie wymagało znacznych inwestycji dla utworzenia opłacalnej w prowadzeniu działalności pozycji rynkowej¹³³. Dodatkową barierą wejścia, wskazaną przez Komisję, była obawa przed odwetem ze strony silnego podmiotu, prowadzącego do nieopłacalności przeprowadzenia inwestycji. Bariery wejścia były także wysokie opłaty lotniskowe oraz, co ciekawe, mała atrakcyjność rynku irlandzkiego w czasie trwającego kryzysu gospodarczego. Za bariery uznane zostały także trudności z uzyskaniem możliwości startów w godzinach porannych. Komisja podkreśliła, że w ostatnich latach miało miejsce tylko jedno skuteczne wejście na badane rynki¹³⁴. Następnie organ poddał analizie różne formy wejścia na rynki, badając, czy takie wejścia w dostateczny sposób zagrożą połączonemu podmiotowi¹³⁵. W dalszej kolejności Komisja przeprowadziła badanie planów wejścia na rynek potencjalnych konkurentów oraz tego, czy plany te będą wystarczające dla wywierania presji potencjalnej konkurencji na połączonego przedsiębiorcę. Wynik badania wskazał, że potencjalne wejścia nie będą w sposób wystarczający kompensowały zaniku konkurencji pomiędzy stronami transakcji.

Ostatnim elementem analizy przeprowadzonym przez Komisję była możliwość powstania efektywności w wyniku dokonania transakcji. W tym zakresie Komisja stwierdziła, że w przypadku tak wysokich udziałów rynkowych oraz braku zagrożenia nowych wejść na rynek, nie jest prawdopodobne, by doszło do wystarczającego przekazania (*pass on*), przedstawionych w toku postępowania efektywności do konsumentów¹³⁶. Strony nie przedstawiły również wystarczających dowodów na zmaterializowanie się zakładanych efektywności.

W rezultacie przyprowadzonego badania Komisja stwierdziła, że koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na 46 trasach, które obsługiwali uczestnicy koncentracji. Na tych trasach zostałby wyeliminowany bliski stosunek konkurencji pomiędzy uczestnikami transakcji¹³⁷.

¹³² Decyzja, pkt 637.

¹³³ *Ibidem*, pkt 908.

¹³⁴ *Ibidem*, pkt 911.

¹³⁵ *Ibidem*, pkt 949.

¹³⁶ *Ibidem*, pkt 1664.

¹³⁷ *Ibidem*, pkt 1636.

5.3.2. Praktyka orzecznicza sądów USA

Praktyka sądów federalnych USA strukturyzuje model sprawowania nadzoru nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców w ramach stosowania testu istotnego osłabienia konkurencji (SLC – *significant lessening of competition*). Model prowadzenia samego postępowania ma, odmiennie od modelu przyjętego w unijnym czy polskim prawie ochrony konkurencji, charakter kontrydyczny. Odpowiedni organ ochrony konkurencji, by nie dopuścić do dokonania transakcji, jest zobligowany, by jako powód udowodnić przed sądem cywilnym jej antykonkurencyjne skutki. Strony zamierzonej koncentracji występują zaś w tym postępowaniu jako pozwani.

Pomimo iż zarówno w doktrynie, jak i w praktyce prawa antytrustowego USA podnoszone zostały wątpliwości co **do konieczności wyznaczenia rynku właściwego przy analizie koncentracji horyzontalnych**, pozostaje to pierwszym krokiem prewencyjnego badania skutków koncentracji¹³⁸. Drugim krokiem stosowanym przed amerykańskimi sądami jest wykazanie tzw. *prima facie case*, a więc domniemania posiadania nadmiernego (*undue*) **udziału rynkowego uczestników koncentracji lub nadmiernego wzrostu poziomu koncentracji rynku**. Nadmierność, w przypadku udziału w rynku jest liczona według domniemania mającego podstawę w orzeczeniu *Philadelphia National Bank*, a w przypadku wskaźnika HHI ma podstawę w treści odpowiednich wytycznych. Jest to więc w dalszym ciągu element statycznej analizy pośredniej. Jak jednak wskazują orzeczenia, *Herfindahl-Hirschman Index nie może zagwarantować zwycięstwa procesowego*¹³⁹. Sąd Najwyższy USA stosuje do oceny skutków koncentracji podejście holistyczne – całościowego zakresu czynników (*totality-of-the-circumstances approach*), ważąc ich wpływ na antykonkurencyjność koncentracji¹⁴⁰.

Ważnym punktem analizy przeprowadzanej w ramach prewencyjnego nadzoru nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców jest także fakt, że prawo antytrustowe USA wymaga wykazania wystarczającego prawdopodobieństwa i zagrożenia (*sufficiently probable and imminent*), że dana koncentracja znaczenie osłabi konkurencję¹⁴¹.

Po przedstawieniu sprawy przed sądem, ciężar dowodu jest przenoszony na koncentrujących się przedsiębiorców. Aby nie doprowadzić do zablokowania transakcji, zobligowani są oni, by na podstawie odpowiednich doktryn

¹³⁸ Zobacz przykładowo: orzeczenie United States District Court District of Columbia, w sprawie *United States v. H&R Block*, 2011 WL 5438955 (D.C.C.), s. 8.

¹³⁹ Orzeczenie w sprawie *United States v. Baker Hughes*, *op. cit.*

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Zobacz: orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *United States v. Marine Bancorp.*, 418 U.S. 602, 623 n. 22, 94 S.Ct. 2856, 41 L.Ed.2d 953 (1964).

dotyczących skutków antykonkurencyjnych (w tym skutków jednostronnych/nieskoordynowanych) wykazać, że **tradycyjne teorie ekonomiczne** (oparte na przesłankach strukturalnych) nie są właściwym miernikiem antykonkurencyjności koncentracji. Mogą też wykazać, że skutki prokonkurencyjne wykreowane w wyniku danej koncentracji sytuacji przeważają¹⁴². Sądy w USA nie ustanowiły jednak stabilnego i jasnego standardu, który należy spełnić, by obalić referowane domniemanie.

5.3.2.1. Sprawa FTC przeciwko Staples i Office Depot

W roku 1997 United States District Court Dystryktu Columbia wydał orzeczenie w sprawie *Federal Trade Commission przeciwko Staples Incorporated i Office Depot Incorporated*, zakazujące dokonania koncentracji przedsiębiorców, prowadzących wielkopowierzchniowe sklepy z akcesoriami biurowymi (*office supply superstore*)¹⁴³. W planowanej transakcji Staples, drugi co do wielkości sklep tego typu w USA, starał się o przejęcie kontroli nad Office Depot, pierwszym co do wielkości przedsiębiorcą na zakreślonym rynku produktowym. Po ewentualnym dokonaniu koncentracji na rynku pozostałby tylko jeden konkurent, przedsiębiorca Office Max. Na potrzeby przeprowadzenia badania zostało wyznaczonych kilkadziesiąt rynków właściwych geograficznie (*metropolitan areas*) sprzedaży akcesoriów biurowych w sklepach wielopowierzchniowych¹⁴⁴.

Znaczenie tego orzeczenia jest o tyle istotne, że jest to w mojej ocenie pierwsza sprawa, która dotyczyła zablokowania koncentracji wyłącznie na podstawie oceny bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji w USA. Ogniskowała się ona na teorii skutków jednostronnych. Warto zaznaczyć, iż we wcześniejszej praktyce organy ochrony konkurencji w USA skupiały się głównie na skutkach skoordynowanych zamierzonych koncentracji przedsiębiorców.

W analizowanym orzeczeniu odnajduję stwierdzenie orzekającego sądu: *Kiedy jest dla sądu jasnym, że Staples i Office Depot nie ignorują sprzedawców takich jak (...), dowody jasno wskazują, że Staples i Office Depot, każdy, uważają siebie jako pierwszorzędną konkurencję*¹⁴⁵. W dalszej jego części

¹⁴² Orzeczenie, w sprawie *Federal Trade Commission v. CCC Holdings Inc.*, *op. cit.*, s. 46.

¹⁴³ Orzeczenie United States District Court, District Columbia, w sprawie *Federal Trade Commission v. Staples, Inc.* 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997).

¹⁴⁴ *Ibidem*, s. 1076.

¹⁴⁵ *Ibidem*, s. 1079–80 „*While it is clear to the Court that Staples and Office Depot do not ignore sellers such as warehouse clubs, Best Buy, or Wal-Mart, the evidence clearly shows that Staples and Office Depot each consider the other superstores as the primary competition*”.

znajduje się także fragment mówiący o tym, że: *bezpośrednie dowody wskazują, że przez eliminację najważniejszego, a na wielu rynkach jedynego rywala Staples, koncentracja pozwoli mu na podniesienie cen lub utrzymanie cen na poziomie wyższym niż konkurencyjny*¹⁴⁶.

Z punktu widzenia przeprowadzanego badania należy spojrzeć na argumentację, jaką przedstawiła FTC, by odeprzeć twierdzenia pozwanych.

W pierwszym rzędzie FTC wskazała na czynniki analizy pośredniej, posiłkując się ukonstytuowanym w federalnym prawie antytrustowym USA **domnianiem nielegalności transakcji**, w przypadku znacznego podniesienia poziomu koncentracji rynku. W jej ocenie im mniej konkurentów i im większe udziały rynkowe, tym zachodzi większe prawdopodobieństwo podniesienia ceny powyżej konkurencyjnego poziomu¹⁴⁷. W badanej sprawie po dokonaniu koncentracji, w 15 miastach doszłoby do uzyskania 100% udziału rynkowego. W 27 innych miastach udział rynkowy uczestników koncentracji wynosiłby od 45% do 95% wraz ze wskaźnikiem HHI od 5003 do 9049 pkt¹⁴⁸.

Argumenty FTC wskazywały jednak również, że udziały rynkowe nie mogą być jedynym czynnikiem, który zadecyduje o uznaniu koncentracji za antykonkurencyjną¹⁴⁹. Organ antymonopolowy wskazał na znaczenie przejmowanego przedsiębiorcy dla rynku, określając go mianem *maverick firm*. Był to bowiem lider rynku, jeżeli chodzi o innowacyjność, a także niski poziom cen oferowanych produktów¹⁵⁰.

W drugiej kolejności FTC wskazała, że istnieją podobieństwa pomiędzy uczestnikami koncentracji, a **intensywna natura ich rywalizacji była odzwierciedlona w zachowaniach cenowych**. Było tak, ponieważ ceny każdego z uczestników koncentracji okazywały się niższe, jeżeli drugi z uczestników był obecny na danym rynku właściwym geograficznie. Konkludując, FTC stwierdziła, że unikalny stosunek konkurencyjny, jaki ma miejsce pomiędzy uczestnikami koncentracji, sprawia, że zamierzona koncentracja będzie dla konkurencji zgubna. W wyniku nabycia przez Staples władzy nad ceną (*power over price*), konsumenci byliby bowiem zmuszeni do płacenia wyższych cen¹⁵¹.

¹⁴⁶ *Ibidem*, s. 1082.

¹⁴⁷ United States District Court for the District of Columbia, *Federal Trade Commission v Staples Inc. and Office Depot Inc.*, Plaintiff's memorandum on points and authorities in support of motions for temporary restraining order and preliminary injunction, wersja publiczna, z 10.04.1997, s. 25.

¹⁴⁸ *Ibidem*, s. 26

¹⁴⁹ *Ibidem*, s. 27.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*, s. 29.

Prognoza wzrostu cen została poparty dowodami empirycznymi:

- (i) dokumentami zarządu Staples, które wskazywały, że bez dokonania koncentracji istniejąca konkurencja wymusi na Staples obniżenie cen. Dokumenty wskazały też, że w wyniku istniejącej presji konkurencyjnej, prognozuje się obniżenie marży detalicznych o ok. 150 punktów bazowych lub 1,50 punktów procentowych w ciągu kolejnych 4 lat¹⁵²;
- (ii) bezpośrednim porównaniem cen oferowanych przez graczy rynkowych. Ceny na rynkach, na których znajdowali się wyłącznie uczestnicy transakcji, były o 11,6% niższe od cen na rynkach, na których działalność gospodarczą prowadził jedynie Staples. Ceny na rynkach, na których działali obydwaj uczestnicy transakcji, wraz z trzecim graczem rynkowym były natomiast o 4,9% niższe niż na rynku, na którym działali sami uczestnicy koncentracji¹⁵³:

Zakładana struktura	Aktualna struktura	Różnice w cenach
Staples	Staples + Office Depot	11.6%
Staples + Office Max	Staples + Office Depot + Office Max	4.9%
Office Depot	Office Depot + Staples	8.6%
Office Depot + Office Max	Office Depot + Office Max + Staples	2.5%

Dodatkowo podczas postępowania FTC wskazało na identyczne materiały reklamowe (ulotki) stosowane przez Office Depot, różniące się jedynie cenami w dwóch miastach na Florydzie. Ceny na poszczególne produkty były od 30% do 114% wyższe w tym mieście (Leesburg), w którym działał sam Office Depot, od cen w Orlando, gdzie działali trzej gracze rynkowi¹⁵⁴ (rys. 2).

Produkt	Orlando FL (3 graczy rynkowych)	Leesburg FL (Office Depot)	Różnica w cenie
Papier do kopiarek	17,99	24,99	39%
Zszywki	1,72	2,99	74%
Foldery na akta	1,95	4,17	114%
Długopisy	5,75	7,49	30%

¹⁵² S. Dalkir, F.R. Warren-Boulton, *Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot (1997)*, w: J.E. Kwoka, Jr., L.J. White, *The Antitrust Revolution, Economics, Competition, and Policy*, s. 60–61.

¹⁵³ *Ibidem*, s. 61.

¹⁵⁴ United States District Court for the District of Columbia, *Federal Trade Commission v Staples Inc. and Office Depot Inc., Plaintiff's memorandum...*, s. 5.

Rysunek 2.



- (iii) badaniami ekonometrycznymi. FTC przeprowadziło badanie ekonometryczne, które wskazywało, jak ceny różniły się pomiędzy rynkami w zależności od liczby i przedsiębiorców na nich obecnych. Wyniki tych badań wskazały na średnią podwyżkę cen po dokonaniu koncentracji o ok. 7,3%¹⁵⁵;
- (iv) badaniem przeprowadzonym niezależnie przez firmę Prudential Securities, które prognozowało na podwyżkę ceny produktów o ok, 5,8% po dokonaniu transakcji¹⁵⁶;
- (v) danymi z rynków finansowych (*Stock Market Event Probability Study*), również wskazującymi na skutki antykonkurencyjne zamierzonej koncentracji¹⁵⁷.

W końcu FTC zwróciła uwagę na możliwość wejścia na rynek, które w przypadku tej działalności gospodarczej było równoznacznie z *rozpoczęciem maratonu w momencie, kiedy gracze rynkowi są już na ostatnim kilometrze*¹⁵⁸. U podstaw takiego twierdzenia leżała konieczność wybudowania sieci sklepów. Organ wskazał także na nieskuteczne wejścia w ostatnich

¹⁵⁵ S. Dalkir, F.R. Warren-Boulton, *Prices, Market...*, s. 62.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ United States District Court for the District of Columbia, *Federal Trade Commission v Staples Inc. and Office Depot Inc., Plaintiff's memorandum...*, s. 25.

latach, jak i na brak możliwości innych sieci handlowych do sprzedaży produktów substytucyjnych¹⁵⁹.

W czasie prowadzenia postępowania przed sądem FTC skupiła się więc na tzw. „**dowodzie cenowym**” (*pricing evidence*). W oparciu o przedstawione kalkulacje sąd stwierdził, że na rynkach, na których Staples nie spotyka żadnej konkurencji (tzw. *one firm markets*), oferowane ceny są wyższe niż na rynkach, na których obecni są wszyscy gracze rynkowi (tzw. *three firm markets*).

W badanej sprawie, podczas analizy struktury rynku, orzekający sąd przyznał decydującą wagę właśnie dowodom dotyczącym polityki cenowej, **nazywając je dowodami bezpośrednimi** (*direct evidence*). W treści orzeczenia zauważyć można, że istotne dla orzekającego sądu było to, że argumenty FTC zostały oparte głównie na obserwacjach dotychczasowych rzeczywistych zachowań konkurentów.

W dalszej części badania sąd przychylił się również do negatywnego stanowiska FTC dotyczącego barier wejścia¹⁶⁰, jak i stwierdził, że nie zostały udowodnione takie efektywności, które byłyby specyficzne ze względu na dokonanie zamierzonej koncentracji oraz mogłyby realistycznie działać wyrównująco na antykonkurencyjne skutki transakcji. W tym ostatnim zakresie zwrócono w szczególności uwagę na przekazywanie zysków do konsumentów we wcześniejszych latach przez Staples (15–17% wobec wskazanego podczas postępowania zamierzonego 66%), co skutkowało uznaniem efektywności za nierealistyczne¹⁶¹.

5.3.2.2. Sprawa Nowy Jork przeciwko Kraft General Foods

W roku 1993 prokurator generalny stanu Nowy Jork skierował do sądu pozew dotyczący dokonanej w roku 1992 koncentracji, polegającej na przejęciu przez Kraft General Foods Inc. kontroli nad przedsiębiorcą RJR Nabisco Holdings Corp., produkujących płatki zbożowe¹⁶². Pozew miał doprowadzić do dekoncentracji (*demerger*) przedsiębiorców, pozwalając na natychmiastowy powrót Nabisco na rynek.

Wyrokując, sąd w pierwszej kolejności potwierdził, że punktem startowym (*starting point*) wykazania prawdopodobnych skutków antykonkuren-

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*, s. 1086.

¹⁶¹ *Ibidem*, s. 1088.

¹⁶² Orzeczenie U.S. District Court for the Southern District of New York, w sprawie *State v. Kraft General Foods, Inc.*, 926 F. Supp. 321 (S.D.N.Y. 1995).

cyjnych koncentracji jest poziom oraz trend koncentracji rynku¹⁶³. Według dostępnych danych udziały przedsiębiorców w rynku śniadaniowych płatków zbożowych w USA kształtował się w roku 1992 następująco: Kellog – 37,03%, General Mills – 25,12%, **Kraft/Post – 11,70%**, Quaker – 6,82%, Ralston Purina – 4,58%, **Nabisco – 2,82%**¹⁶⁴. Wskaźnik HHI badanego rynku właściwego wynosił natomiast 2215 pkt. i w wyniku koncentracji wzrósł nieznacznie o 66 punktów. W dalszych latach po dokonaniu koncentracji wskaźnik koncentracji spadł o 58 punktów, co jednak również oznaczało jego przyrost netto w wyniku dokonania transakcji (na chwilę orzekania w sprawie) o 8 punktów. Wskaźnik koncentracji sektora spadał też systematycznie od roku 1970¹⁶⁵. Pomimo wyraźnej fluktuacji tego czynnika analizy pośredniej, według sądu poziomy koncentracji rynku generowały potencjał antykonkurencyjnych skutków transakcji¹⁶⁶. Sam osiągnięty poziom udziału rynkowego przez spółki kontrolowane przez Kraft General Foods – ok. 14%, nie pozwalał natomiast na spełnienie domniemania naruszenia art. 7 ustawy Claytona¹⁶⁷.

W orzeczeniu sąd stwierdził, że powód nie zdołał skutecznie wykazać możliwości wystąpienia antykonkurencyjnych skutków koncentracji. W szczególności zwrócił uwagę na informacje dotyczące konsumpcji, danych zakupowych oraz przedstawionych analiz ekonometrycznych. Nie pozwalały one orzec, że uczestnicy koncentracji (produkowane przez nich produkty: Grape-Nuts oraz Nabisco Shredded Wheat) nie konkurują silnie z produktami innych podmiotów i są pierwszym oraz drugim wyborem dla znacznej liczby konsumentów¹⁶⁸. Badając bliskość konkurencji, wyrokujący sąd wskazał na cztery czynniki:

Po pierwsze, na fizyczną odmienność oferowanych produktów (*physically dissimilarity*) jako produkowanych w innym procesie produkcji, z innych ziaren oraz mających inny smak czy formę¹⁶⁹.

Po drugie, na to, że produkty są reklamowane jako posiadające różne atrybuty: „zdrowe” lub „utrzymujące energię”¹⁷⁰.

Po trzecie, na to, że produkty konkurują z szerokim zakresem produktów innych przedsiębiorców, reklamowanych jako posiadające podobne do

¹⁶³ *Ibidem*, s. 361.

¹⁶⁴ *Ibidem*, s. 335.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*, s. 362.

¹⁶⁷ *Ibidem*, s. 363.

¹⁶⁸ *Ibidem*, s. 352.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

nich atrybuty. W tym zakresie w szczególności zwrócono uwagę na częste wejścia na rynek właściwy¹⁷¹. Wskazano, że produkty oferowane przez uczestników koncentracji mają innych bezpośrednich konkurentów (*direct form competitors*). Stanowiły one największe zagrożenie konkurencyjne dla każdego z uczestników koncentracji¹⁷².

Po czwarte, na zeznania udzielone przez największych dystrybutorów produktów oferowanych przez uczestników koncentracji. Wskazywały one na brak bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami transakcji¹⁷³.

Następnie sąd przeszedł do analizy bezpośrednich zachowań cenowych uczestników koncentracji. Doszedł do wniosku, że ani na akcje reklamowe jednego z przedsiębiorców, ani na jego ceny nie miały wpływu zachowania drugiego uczestnika koncentracji. W szczególności sąd wskazał, że przez ostatnie lata Kraft/Post ustala swoje ceny w odniesieniu do produktów Kellog, a Nabisco nie reaguje na wzrosty cen przez Kellog w tym samym czasie co Kraft, ze względu na stosowaną technikę. Kraft nie zbierał też aktualnych informacji o cenie oferowanej przez Nabisco¹⁷⁴.

Najbardziej interesującym z dowodów w prowadzonym postępowaniu jest jednak ekspertyza ekonomiczna przygotowana przez D. Rubinfeld. Zawierała ona ekonometryczną analizę tego, czy produkty oferowane przez uczestników koncentracji są bliskimi substytutami. Inaczej mówiąc, czy podniesienie ceny przez jednego z uczestników koncentracji i utrata sprzedaży w wyniku takiego działania spowoduje, że wzrośnie sprzedaż drugiego uczestnika koncentracji¹⁷⁵. Stosując **analizę regresji**, biegły stwierdził, że **cenowa elastyczność popytu występująca pomiędzy Grape-Nuts (produktem Kraft) a produktami Nabisco świadczy o tym, iż nie są to najbliższe substytuty**. Istniała natomiast większa cenowa elastyczność popytu pomiędzy Grape-Nuts a produktami oferowanymi przez innych graczy rynkowych, w szczególności przez Kellog¹⁷⁶. Jednocześnie orzekający sąd nie przyznał racji dowodom, na które składały się ekspertyzy powoda, przeprowadzającego analizę bliskości konkurencji pomiędzy produktami oferowanymi przez uczestników koncentracji. Opierały się one bowiem na nieadekwatnych, zdaniem sądu, danych dotyczących przejść konsumentów i interakcji rynkowych¹⁷⁷.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*, s. 353.

¹⁷³ *Ibidem*, s. 353.

¹⁷⁴ *Ibidem*, s. 355.

¹⁷⁵ *Ibidem*, s. 356.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*, s. 357.

5.3.2.3. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Oracle

Jedną z ważniejszych spraw dotyczących badania unilateralnej siły rynkowej przez organy antymonopolowe, podczas prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców, także z punktu widzenia szerokiego wachlarza zastosowanych narzędzi ekonomicznych, jest nieudane zakwestionowanie przed United States District Court N.D. California koncentracji Oracle Corporation oraz PeopleSoft Incorporated¹⁷⁸. Orzeczenie to poświęca wiele miejsca wyjaśnieniu zastosowania wybranych metod oceny skutków zamierzonej koncentracji na rynkach produktów zróżnicowanych.

Uczestnicy zamierzonej koncentracji zajmowali się tworzeniem, produkcją i dystrybucją programów komputerowych obsługujących przedsiębiorców. Transakcja wzbudziła obawy DOJ co do zagrożenia powstaniem skutków nieskoordynowanych na rynku aplikacji komputerowych dla przedsiębiorców (*enterprise application software – EAS*), w szczególności jego dwóch segmentach: Human Resources Management (HRM) oraz Financial Management Systems (FMS). Struktura rynku, na którym przedsiębiorcy chcieli dokonać zamierzonej koncentracji, wyglądała następująco: (i) dla systemów FMS: PeopleSoft osiągał udział w wysokości 32%, Oracle 17% natomiast główny konkurent SAP – 39%, AMS – 10%, w wyniku koncentracji wskaźnik HHI wzrósłby o 1064 pkt. do poziomu 3994 pkt., (ii) dla systemów HMR: PeopleSoft osiągał udział w wysokości 51%, Oracle 18%, SAP 29%, wskaźnik HHI wzrósłby natomiast w tym segmencie o 1802 pkt., do poziomu 5497 pkt.

W analizowanym orzeczeniu sąd staje na stanowisku, że wykazanie zaistnienia antykonkurencyjnych skutków jednostronnych pochodzących z koncentracji przedsiębiorców wymaga udowodnienia, iż po dokonaniu koncentracji będzie możliwe jednostronne podniesienie cen przez uczestników transakcji względem określonej liczby konsumentów. Wobec tego należy wykazać, że **łączy się przedsiębiorcy będą posiadać monopol lub pozycję dominującą wobec przynajmniej zlokalizowanej (pomiędzy nimi) konkurencji (*localized competition space*)**¹⁷⁹. Używane w treści analizowanego wyroku pojęcie zlokalizowanej konkurencji należy utożsamiać z bliską konkurencją pomiędzy graczami rynkowymi na rynku produktów zróżnicowanych.

Prowadząc rzeczywistą analizę powstania skutków jednostronnych, sąd w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na przedstawione przez DOJ dowody w formie **dokumentów wewnętrznych uczestników koncentracji**, tzw. kwartalne „*win/loss analysis*”. Ponieważ mamy do czynienia z rynkiem przetargo-

¹⁷⁸ Orzeczenie United States District Court N.D. California, w sprawie *United States v. Oracle Corporation*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, s. 1118.

wym, dowody te wskazywały statystyki przegranych przetargów. Kształtowały się one w ten sposób, że Oracle w pierwszym kwartale 2003 roku przegrał przetargi aż w 37% z PeopleSoft, natomiast z drugim największym graczem rynkowym SAP przegrał 15% przetargów¹⁸⁰. Ponadto, w dokumentach wewnętrznych, Oracle wprost wskazywał PeopleSoft jako konkurenta nr 1 na wyznaczonych rynkach właściwych. Niemniej jednak sąd przywiązał wagę do innych raportów. Wskazywały one, że w II kwartale poprzedniego roku Oracle przegrał bezpośrednio przetargi z PeopleSoft w 54%, ale także z SAP przegrał 53% przetargów. Raporty te, a w szczególności wynikająca z nich presja konkurencyjna ze strony SAP, wywierana na uczestników koncentracji, nie pozwoliły na stwierdzenie, że istnieje zlokalizowana (najbliższa) konkurencja pomiędzy uczestnikami transakcji¹⁸¹.

Kolejnym argumentem przedstawionym przez powoda był brak rozpoznawalności rynkowej oraz negatywny odbiór głównego konkurenta uczestników koncentracji, SAP. Ten rodzaj argumentacji także nie znalazł uznania w świetle posiadanych udziałów rynkowych przedsiębiorców¹⁸². Jednym z istotniejszych dla prowadzonego badania dowodów, zanegowanych przez orzekający w tej sprawie sąd, było także zeznanie odbiorców produktów oferowanych przez uczestników koncentracji. Stwierdzili oni, że SAP jest dalszym konkurentem. Sąd doszedł jednak do wniosku, że **tego rodzaju zeznanie nie jest przekonujące bardziej niż zachowania rynkowe. Te natomiast w świetle dość wysokich udziałów rynkowych SAP świadczą o jego zupełnie innym odbiorze przez konsumentów**¹⁸³. Istotnie więc orzekający sąd oparł się na czynnikach rynkowych jako przeważających nad subiektywnymi stwierdzeniami uczestników rynku, nawet na poziomie odbiorców.

Ostatnimi przedstawionymi przez powoda dowodami były analizy ekonomiczne stworzone przez P. McAfee.

Pierwszą z nich były dane transakcyjne, świadczące o tym, że Oracle konkuruje częściej z PeopleSoft i wygrywa rzadziej, gdy ten jest obecny w przetargach. Dane te przedstawiały informacje i wskazywały określone przetargi, w których obecność PeopleSoft pozwoliła organizatorowi przetargu na wymuszenie obniżki ceny przez Oracle. Przykładowo w sytuacji przetargu dla Hallmark przedsiębiorca stwierdził, że konkurencja o niższą cenę była ekstremalna i dzięki niej obniżka końcowo uzyskanej ceny w postępowaniu przetargowym była w ogóle możliwa¹⁸⁴. Konkluzją takiej analizy

¹⁸⁰ *Ibidem*, s. 1166.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*, s. 1167.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*, 1168.

było **argumentowanie istnienia bezpośredniej konkurencji (*head-to-head competition*) pomiędzy uczestnikami koncentracji**, która zostałaby utracona w wyniku dokonania transakcji.

W drugiej kolejności przedstawiono analizy regresji, by sprawdzić, jaki wpływ ma obecność konkurenta na obniżki oferowane przez Oracle. W pierwszej z nich, po przebadaniu 37 transakcji dla tzw. „E-Business Suite” stwierdzono, że przy obecności PeopleSoft Oracle dokonywał o 9,7% większej obniżki ceny niż w innych postępowaniach przetargowych. Analizując wszystkie dokonane transakcje, wykazano też, że PeopleSoft miał wpływ na zniżkę Oracle o 13,6% większą w stosunku do postępowań, w których nie uczestniczył.

Jednak zdaniem orzekającego sądu przedstawione wskaźniki, o ile wykazały energiczną konkurencję pomiędzy uczestnikami koncentracji, to jednak nie wskazały, jak wpływa na tych przedsiębiorców konkurencja ze strony trzeciego największego gracza rynkowego. Miało to znaczenie tym większe, że podczas postępowania zostały przedstawione dowody na bardzo energiczną konkurencję ze strony SAP. W konkluzji, zdaniem sądu, fakt, że Oracle i PeopleSoft spotykają się na rynku i konkurują agresywnie, wcale nie oznacza, że robią to poza (intensywna konkurencja jest zlokalizowana wyłącznie pomiędzy nimi) i są oddalone od SAP¹⁸⁵.

W trzeciej kolejności P. McAfee przedstawił symulację koncentracji. Wybierając model „angielskiej aukcji”, wykazując wzrost cen od 5% do 11% na rynku FMS oraz od 13 do 30% na rynku HRM. Sąd nie przyjął jednak tej argumentacji, ponieważ analiza została przeprowadzona w oparciu o zakwestionowane wcześniej dane statystyczne dotyczące udziałów rynkowych¹⁸⁶.

W konkluzji orzeczenia sąd stwierdził, że powód **nie wykazał**, że istnieje zlokalizowana konkurencja pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji. Nie wykazał bowiem, że znacząca część konsumentów uważa produkty Oracle oraz PeopleSoft za produkty swojego pierwszego wyboru¹⁸⁷.

Na podstawie analizowanego orzeczenia należy wyróżnić cztery kumulatywne przesłanki, których spełnienie jest konieczne, by dowieść, że w wyniku zamierzonej horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców dojdzie do powstania antykonkurencyjnych skutków jednostronnych:

- (i) zróżnicowanie produktów oferowanych przez uczestników koncentracji;
- (ii) oferowane produkty uczestników koncentracji muszą być bliskimi substytutami (*close substitutes*);

¹⁸⁵ *Ibidem*, 1169.

¹⁸⁶ *Ibidem*, s. 1170.

¹⁸⁷ *Ibidem*, s. 1172.

- (iii) pozostałe produkty muszą być wystarczająco odmienne (*sufficiently different*) od tych oferowanych przez uczestników koncentracji;
- (iv) nie jest prawdopodobne, by pozostali gracze rynkowi zaoferowali produkty wystarczająco podobne (*sufficiently similar*) do produktów oferowanych przez uczestników koncentracji tak, by wyeliminować antykonkurencyjne skutki koncentracji¹⁸⁸.

5.3.2.4. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko CCC Holdings

W roku 2009 FTC podjęła próbę zablokowania przed United States District Court District of Columbia koncentracji polegającej na przejęciu przez CCC Holdings przedsiębiorcy Mitchell International Incorporated¹⁸⁹.

Struktura wyznaczonego rynku właściwego wskazywała na tzw. koncentrację 3 do 2 (*merger-to-duopoly*). Na tzw. rynku produktów Estimatics, CCC Holdings posiadało 48% udziału, a Mitchell International 21%, zaś jedyny ich konkurent Audatex 30%. Wspólny udział po dokonaniu koncentracji, osiągnięty przez uczestników transakcji, wynosiłby więc ok. 70%¹⁹⁰. Poziom koncentracji wzrósłby natomiast z 3650 do 5685 pkt, znacznie przekraczając dozwolone progi. Natomiast na drugim rynku właściwym, tzw. TLV udział CCC Holdings wynosił 60,7%, a Mitchell International 4,5%, kiedy udział konkurenta Audatex wynosił 34,8%. Wskaźnik HHI rynku wynosił 4900 pkt. i wzrósłby do 5460 pkt¹⁹¹.

Pierwszym wyróżniającym się w tej sprawie stwierdzeniem jest to, że **brakuje w prawie ochrony konkurencji USA jakiegokolwiek domniemania pozwalającego na zablokowanie każdej koncentracji kreującej duopolistyczną strukturę rynku**¹⁹². Jednocześnie sąd potwierdził istnienie czterostopniowego testu powstania skutków nieskoordynowanych, wykreowanego w orzeczeniu w sprawie *Oracle/PeopleSoft*. Kluczowym jego aspektem jest wskazanie, że produkty oferowane przez uczestników koncentracji są uznawane za pierwsze wybory dla znacznej części konsumentów, a produkty trzeciego gracza rynkowego powinny zostać sklasyfikowane jako od nich oddalone.

Pierwszym czynnikiem dokonanej analizy skutków koncentracji były bariery wejścia na obydwa wyznaczone rynki właściwe. W tym zakresie sąd uznał, że historia wejść na rynek nie pokazuje, że wejście jest łatwe. Ostatnie skuteczne wejście na rynek Estimatics odbyło się w roku 1990 (przedsiębiorca został

¹⁸⁸ *Ibidem*, s. 1117–1118.

¹⁸⁹ Orzeczenie, w sprawie *Federal Trade Commission v. CCC Holdings Inc.*, *op. cit.*

¹⁹⁰ *Ibidem*, s. 45.

¹⁹¹ *Ibidem*, s. 45–46.

¹⁹² *Ibidem*, s. 46.

przejęty w roku 2003 przez CCC Holdings). Ostatnie skuteczne wejście na rynek produktów TLV to natomiast wejście Mitchell International w roku 2004. Doszło ono do skutku za trzecim podejściem, jedynie na 4% udziału rynkowego i zostało okupione znacznymi nakładami inwestycyjnymi¹⁹³. Brak było również dowodów na inne planowane wejścia, w tym w szczególności na możliwość wejścia przedsiębiorcy niebędącego wcześniej na rynku Estimatics na rynek TLV. O wysokich barierach wejścia świadczyły wewnętrzne dokumenty Mitchell International, wskazujące na niezbędność prowadzenia działalności w świetle specjalistycznej wiedzy, dostępności baz danych, istotnych nakładów oraz dużych kosztów przejścia konsumentów. Ponadto wskazano na bariery techniczne, na które składały się bazy danych i software¹⁹⁴.

W zakresie możliwości powstania skutków nieskoordynowanych sąd dokonał analizy trzech modeli ekonomicznych: (i) modelu symulacji skutków cenowych Bertranda wskazującego na podniesienie cen po dokonaniu koncentracji w zależności od zastosowanych zmiennych od 30% do 19%¹⁹⁵, (ii) modelu aukcyjnego dla sprzedaży Estimatics firmom ubezpieczeniowym prognozującego podniesienie cen o 7%, dodatkowo pokazującego, że Audatex jest bardziej oddalonym konkurentem od uczestników koncentracji¹⁹⁶, (iii) modelu aukcyjnego sprzedaży TLV firmom ubezpieczeniowym prognozującego wzrost cen o 15,8%¹⁹⁷. Orzekający sąd nie uznał jednak wiarygodności wyników twierdząc, że zostały one obliczone na zbyt małym zakresie danych, w stosunku do wszystkich zachodzących na rynku interakcji gospodarczych.

Konsekwentnie, pomimo wysokich udziałów rynkowych i nieprawdopodobieństwa nowych wejść sąd nie uznał argumentacji organu. W szczególności tego, że dowody przedstawione przez powoda świadczą o tym, że zamierzona koncentracja, powodująca powstanie duopolistycznej struktury rynku, wykreuje antykonkurencyjne skutki jednostronne.

5.3.2.5. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko H & R Block

W roku 2011 United States District Court District of Columbia orzekł, że zamierzona koncentracja polegająca na przejęciu przez H&R Block Inc. przedsiębiorcy 2SS Holdings Inc., oferującego cyfrowe systemy do przygotowania wniosków podatkowych typu zrób-to-sam TaxACT (DDIY), istot-

¹⁹³ *Ibidem*, s. 48.

¹⁹⁴ *Ibidem*, s. 50–52.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*, s. 66.

nie osłabi konkurencję¹⁹⁸. Tak też, jako rynek oferowania produktów typu DDIY, został wyznaczony zakres produktowy rynku właściwego. Wskaźnik HHI rynku po dokonaniu koncentracji wzrósłby do 4691 pkt. (wzrost o 400 pkt), a udział rynkowy uczestników koncentracji do 28,4%. Ze względu na skoncentrowaną strukturę rynku wystarczyło to, by osiągnąć domniemanie antykonkurencyjności koncentracji¹⁹⁹.

Orzekający sąd wskazał, że orzecznictwo sądów USA nie ukształtowało jasnego standardu dowodowego, który musi zostać spełniony przez uczestników koncentracji w celu udowodnienia, iż jej wynikiem nie będzie istotne osłabienie konkurencji. Jedną wskazówką jest zaś to, że im bardziej (wyżej) spełnione są przesłanki domniemania strukturalnego, tym bardziej przekonywające muszą być dowody przedstawione przez koncentrujących się przedsiębiorców²⁰⁰.

Ponadto orzekający sąd stwierdził, że eliminacja konkurencji pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, będąca rezultatem koncentracji, już sama może doprowadzić do istotnego osłabienia konkurencji²⁰¹. W tym zakresie, kierując się ustanowioną w sprawach *Oracle/People Soft* i *CCC Holdings/Mitchel* linią orzecniczą, wskazał, że aby udowodnić doprowadzenie do opłacalnych skutków jednostronnych na rynku produktów zróżnicowanych, spełnić należy konkretne przesłanki orzecnicze²⁰².

By obalić domniemanie antykonkurencyjności zamierzonej koncentracji, jej uczestnicy w pierwszej kolejności wskazali na możliwość nowych wejść na rynek. Sąd stwierdził jednak brak prawdopodobieństwa (*likeliness*) wejścia²⁰³. Czynniki te zostały poddane analizie na tym etapie postępowania, ponieważ mógł świadczyć zarówno o obaleniu twierdzenia o wygenerowaniu potencjału skutków skoordynowanych, jak i nieskoordynowanych zamierzonej transakcji.

W zakresie próby obalenia przez uczestników koncentracji domniemania utworzenia siły rynkowej przedsiębiorcy po dokonaniu transakcji, należy zwrócić uwagę na następujące aspekty:

Po pierwsze, sąd nie przychylił się do przyrzeczenia uczestników zamierzonej koncentracji, co do utrzymania cen na dotychczasowym poziomie. Stwierdził, że nie obali to prawdopodobieństwa doprowadzenia do skutków antykonkurencyjnych. Skutki te mogą bowiem wystąpić także poprzez inne

¹⁹⁸ Orzeczenie w sprawie *United States v. H&R Block*, *op. cit.*

¹⁹⁹ *Ibidem*, s. 28.

²⁰⁰ *Ibidem*, s. 29.

²⁰¹ *Ibidem*, s. 37.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*, s. 33.

działanie połączonego podmiotu takie, jak np. obniżenie funkcjonalności oferowanych programów czy też obniżenie innowacyjności lub nawet ich dostępności²⁰⁴.

Po drugie, odniesiono się do tego, czy uczestnicy zamierzonej koncentracji są najbliższymi konkurentami na badanym rynku właściwym. Przedsiębiorcy wskazywali bowiem, że konkurują w innych segmentach rynku – na rynku HRB w segmencie wyższych cen premium, a na rynku TaxACT w segmencie niższych cen. Wskazywali także, że inni gracze rynkowi są dla nich bliższymi konkurentami niż oni sami w stosunku do siebie. Sąd wskazał jednak, że dowody świadczące o bezpośredniej konkurencji cenowej pomiędzy uczestnikami koncentracji świadczą o tym, że operują oni w tych samych segmentach rynku. Co jednak najważniejsze, stwierdził, że fakt, iż przedsiębiorca Intui (lider rynku) jest bliższym konkurentem dla każdego z uczestników transakcji, niż oni sami względem siebie, nie wyklucza powstania skutków nieskoordynowanych zamierzonej koncentracji. Istotnie więc, z punktu widzenia analizowanych już orzeczeń w sprawach *Oracle/PeopleSoft* i *CCC Holdings/Mitchell*, łączący się przedsiębiorcy nie musieli być najbliższymi konkurentami na rynku (intensywna konkurencja, która zostałaby obniżona, nie musi być zlokalizowana jedynie pomiędzy nimi), by połączenie wykreowało skutki nieskoordynowane/jednostronne²⁰⁵.

Po trzecie, sąd nie przyznał racji argumentom, że istnieje wymóg posiadania przez uczestników zamierzonej koncentracji dużego udziału rynkowego w celu udowodnienia powstania skutków nieskoordynowanych zamierzonej transakcji. Wsparł się raczej stwierdzeniem z innej sprawy, dotyczącej oceny czynników strukturalnych: *koncentracja pomiędzy dwoma bliskimi konkurentami czasami może nieść antykonkurencyjne obawy odnośnie do skutków nieskoordynowanych. W takiej sytuacji może nie być niezbędnym, by zrozumieć definicję rynku...*²⁰⁶.

Najważniejszym jednak dowodem w analizowanej sprawie jest symulacja koncentracji przeprowadzona przez eksperta F. Warrena-Boultona. Należy zwrócić uwagę na stwierdzenie, że **wysokie marże oraz wysoka stopa substytucji pomiędzy uczestnikami koncentracji wspierają stwierdzenie, że koncentracja doprowadzi do wzrostu cen.** Według orzekającego sądu jest to pogląd zatwierdzony przez większość ekonomistów²⁰⁷.

²⁰⁴ *Ibidem*, s. 38.

²⁰⁵ *Ibidem*, s. 39.

²⁰⁶ *Ibidem*, s. 40, cytujące orzeczenie w sprawie *United States v Whole Foods*, 548 F.3d at 1036.

²⁰⁷ *Ibidem*, s. 41.

W sprawie została przeprowadzona symulacja koncentracji, opierająca się na stopie substytucji pomiędzy produktami oferowanymi przez uczestników transakcji. Symulacja wskazała, że stopa substytucji z produktów TaxACT na HRB w świetle posiadanych udziałów rynkowych wynosi 12% oraz 14%²⁰⁸. Wysoka stopa substytucji pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji powoduje natomiast bodziec *upward pricing pressure* (wzrostu cen). Ponadto wskazano, że im większe są stosowane marże, tym wyższe zachodzi prawdopodobieństwo podniesienia cen, ponieważ wartość odzyskanych sprzedaży, po podwyżce, wzrasta²⁰⁹. Wynikiem przeprowadzonego badania, symulacji (w formie *linear demand Bertrand model*), było zaprognozowanie wzrostu cen ok. 10,5% (dla TaxACT) oraz 2,2% (dla HRB) po skonsumowaniu transakcji²¹⁰.

Orzekający sąd stwierdził, iż model symulacji zastosowany przez eksperta rządowego co prawda jest narzędziem nieprecyzyjnym, lecz ma wartość dowodową w prognozowaniu prawdopodobieństwa wzrostu cen po dokonaniu transakcji. Rezultat symulacji potwierdziły wnioski oparte na innych dowodach, iż uczestnicy zamierzonej koncentracji byli bliskimi konkurentami, wywierającymi na siebie presję cenową²¹¹. Z takim stanowiskiem zgodził się powołany ekspert, stwierdzając, że *teoria ekonomii implikuje, że bez wykreowania specyficznych efektywności, koncentracja pomiędzy konkurującymi przedsiębiorcami spowoduje, że podniosą one swoje ceny przynajmniej o jakąś kwotę. Nie jest to niedoskonałość, ale siła symulacji koncentracji, że odzwierciedlają one ten aspekt rzeczywistości gospodarczej*²¹². Sama symulacja w świetle innych dowodów, takich jak dokumenty wewnętrzne czy zeznania świadków, pozwoliła stanąć na stanowisku, że uczestnicy koncentracji są bliskimi konkurentami (*head-to-head-competitors*). Po ich połączeniu dojdzie zaś do wzrostu cen.

W dalszej części orzeczenia sąd poddał badaniu także możliwość rezygnacji produktów przez innych konkurentów, stwierdzając jej małe prawdopodobieństwo. Miały na to wpływ głównie czynniki przedstawione przy analizie potencjalnego wejścia na rynek. W konsekwencji wszystkich czynników sąd stwierdził prawdopodobieństwo wykreowania nieskoordynowanych skutków koncentracji, analizując też możliwość powstania efektywności, oferowania lepszych produktów po niższej cenie w celu bardziej intensywnego konkurowania. W tym zakresie stwierdził jednak, że nie zostały one przez

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*, s. 42.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*, s. 43.

²¹² *Ibidem*.

strony wykazane jako specyficzne dla danej koncentracji (tj. mogłyby zostać osiągnięte bez jej przeprowadzenia) oraz weryfikowalne (nie zostały oparte na analizie sprawdzalnej przez jakąkolwiek stronę trzecią)²¹³.

5.3.3. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK

5.3.3.1. Koncentracja Empik/Merlin

Pierwszą decyzją Prezesa UOKiK, którą należy wziąć pod uwagę w świetle przedstawionego problemu badawczego, jest decyzja zakazująca dokonania koncentracji pomiędzy Narodowym Funduszem Inwestycyjnym Empik Media & Fashion S.A. oraz Merlin.pl S.A.²¹⁴.

Przeprowadzając ocenę zamierzonej koncentracji, Prezes UOKiK stwierdził w pierwszej kolejności, że jej dokonanie istotnie ograniczy konkurencję **na krajowym rynku sprzedaży książek niespecjalistycznych**. Analizując skutki zamierzonej koncentracji dla tak wyznaczonego rynku właściwego, Prezes UOKiK staje na stanowisku, że: *Jakkolwiek istotnym elementem analizy krajowego rynku detalicznej sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych jest analiza udziałów, to jednak nie oddaje ona do końca rzeczywistego poziomu konkurencji na tym rynku. Analizy udziałów w rynku nie można prowadzić w oderwaniu od istotnych atrybutów konkurencji jakimi są: marka księgarni internetowej, punkty odbioru czy też szerokość asortymentu (...) z drugiej strony podmioty posiadające wymienione atrybuty są wobec siebie głównymi konkurentami*²¹⁵. Badanie skutków zamierzonej koncentracji na tym rynku jest w mojej ocenie wyjątkowym przykładem, kiedy to Prezes UOKiK stara się oprzeć głównie nie na strukturze rynku, a na innych czynnikach. Organ sugeruje tu badanie bliskości konkurencji zachodzącej pomiędzy uczestnikami transakcji.

Z powodu utajnienia większości danych dotyczących udziałów rynkowych niestety nie sposób jest ocenić jak, nawet w przybliżeniu, kształtowały się zarówno udziały rynkowe uczestników koncentracji, jak i ich konkurentów. Stwierdzeniem, wpływającym na przeprowadzone badanie, jest jedynie to, iż według Prezesa UOKiK żaden z konkurentów uczestników koncentracji nie będzie po jej dokonaniu stanowił istotnej przeciwwagi dla NFI Empik. Wobec wskazanego braku informacji o udziałach przedsiębiorców trudno to jednak zweryfikować²¹⁶.

²¹³ *Ibidem*, s. 44/47.

²¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011, nr DKK-12/2011, w sprawie *Empik/Merlin*.

²¹⁵ *Ibidem*, s. 40.

²¹⁶ *Ibidem*, s. 63.

Kluczowe dla wyniku postępowania jest stanowisko, że *NFI Empik i Merlin są bliskimi konkurentami na rynku właściwym*²¹⁷. Należy zauważyć, że Prezes UOKiK posługuje się zwrotem *bliscy konkurenci*, nie badając ani nie wskazując, jaka bliskość lub oddalenie konkurencji zachodzi pomiędzy nimi a pozostałymi graczami rynkowymi. Nie wskazuje, czy owa *bliska konkurencja* jest rzeczywiście istotna dla rynku, tj. czy dotyczy znacznej grupy konsumentów, lub czy jest najbliższa. Samo zaistnienie *bliskiej konkurencji* pomiędzy uczestnikami koncentracji zostało natomiast stwierdzone na podstawie dysponowania szczególnie rozpoznawalnymi markami, oferowaniem szerokiego asortymentu książek oraz innych produktów, co umożliwiała klientom dokonywanie kompleksowych zakupów. Prezes UOKiK stwierdza również, że *dla klientów kierujących się zaufaniem do marki, wizerunkiem sklepu oraz wygodą zakupów, Merlin i NFI Empik niewątpliwie stanowią bliskie substytuty*²¹⁸. Bliskość tę miały udowadniać badania przedstawione przez zgłaszającego. Ich wynik nie został jednak przedstawiony w treści decyzji. Istotne jest jednocześnie, że już akapit później Prezes UOKiK zmienia kwalifikację konkurencji zachodzącej pomiędzy uczestnikami koncentracji na *najbliższą* bez przedstawienia dodatkowych analiz tego zjawiska – poza stwierdzeniem posiadania przez nich największych udziałów rynkowych²¹⁹. Udziały rynkowe nie świadczą jednak o bliskości konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami na rynkach produktów zróżnicowanych.

Co prawda wydający decyzję organ twierdzi także, iż nie wszyscy uczestnicy rynku wywierają presję konkurencyjną na łączących się przedsiębiorców, ponieważ oferują pozycje, które NFI lub Merlin oferują sporadycznie lub wcale. Nie wskazuje jednak, o których graczy rynkowych konkretnie chodzi. Brakuje także w analizowanej decyzji próby podjęcia badania możliwości repozycjonowania produktów przez konkurentów. Prezes UOKiK w przeprowadzonej analizie dokonał także badania możliwego wejścia na rynek, stwierdzając, że jest nieprawdopodobne z powodu jego ryzykowności i nieopłacalności. Pod uwagę wzięte zostały także możliwe do osiągnięcia efektywności.

W drugiej kolejności Prezes UOKiK stwierdził, że zamierzona koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na **krajowym rynku detalicznej sprzedaży internetowej nagrań muzycznych** na nośnikach tradycyjnych²²⁰. Na tym rynku w pierwszej kolejności dokonano obliczenia udziałów uczestników koncentracji. Stwierdzono, że przekroczą one wartość

²¹⁷ *Ibidem*, s. 64.

²¹⁸ *Ibidem*, s. 64.

²¹⁹ *Ibidem*, s. 65.

²²⁰ *Ibidem*, s. 66.

udziału, z którym uokik wiąże powstanie pozycji dominującej²²¹. W dalszej kolejności wskazano stosunek udziałów powstałego podmiotu do udziałów pozostałych graczy rynkowych.

Badając skutki zamierzonej koncentracji, Prezes UOKiK stwierdził również, że Merlin i NFI Empik są najbliższymi konkurentami, nie wskazując konkretnych podstaw takiego stanowiska – oprócz wielkości i rozpoznawalności przedsiębiorców. Prezes UOKiK co prawda posługuje się stwierdzeniem, że część rywali jest nastawiona na innego odbiorcę, nie precyzując jednak także o jakich rywali rynkowych chodzi. W analizowanym stanie faktycznym, organ stwierdził, że faza rynku (nieodwracalny spadek sprzedaży) ogranicza prawdopodobieństwo nowego wejścia na rynek²²².

Na kolejnym z analizowanych rynków właściwych – krajowym rynku zakupu nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych Prezes UOKiK nie uznał już zasadności przeprowadzenia analizy wykraczającej poza strukturę rynku, opierając się jedynie na równoważącej pozycji (wielkości) rynkowej największego konkurenta oraz analizie siły nabywczej²²³.

5.3.3.2. Koncentracja Auchan/Real

Oceniając zamierzoną koncentrację pomiędzy Auchan Polska sp. z o.o. a Real spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Prezes UOKiK wydał zgodę na dokonanie koncentracji po spełnieniu nałożonych warunków – strukturalnych środków zaradczych²²⁴. W omawianej decyzji Prezes UOKiK wyznaczył lokalne rynki hipermarketów i dla oceny potencjalnych antykonkurencyjnych skutków zamierzonej koncentracji oparł się tylko i wyłącznie na udziałach rynkowych uczestników rynku. Przykładowo:

- (i) na rynku lokalnym w Białymstoku stwierdzono istotne ograniczenie konkurencji, biorąc pod uwagę: (i) udziały rynkowe uczestników koncentracji – fakt, że jeden z jej uczestników już przed dokonaniem transakcji posiadał udział w wysokości ponad 50%, (ii) udziały rynkowe konkurentów, (iii) planowane wejście na rynek właściwy. Na tej podstawie organ antymonopolowy stwierdził, że *analiza stanu konkurencji przed i po dokonaniu koncentracji wskazuje, iż planowana koncentracja przyczyni się do istotnego ograniczenia konkurencji*²²⁵;

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*, s. 68.

²²³ *Ibidem*, s. 74.

²²⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014, DKK 4/2014, w sprawie *Auchan/Real*.

²²⁵ *Ibidem*, s. 50.

- (ii) na rynku lokalnym – Gdańsk Spacerowa Prezes UOKiK wziął pod uwagę także: (i) udziały rynkowe uczestników koncentracji, (ii) udziały rynkowe konkurentów, po czym organ antymonopolowy stwierdził, że przekroczenie przez uczestników koncentracji udziału rynkowego w wysokości 40% nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, ponieważ pozostali konkurenci *będą również posiadali istotną siłę rynkową*²²⁶;
- (iii) na rynku lokalnym w Rzeszowie pod uwagę wzięte zostały te same czynniki, a organ antymonopolowy wskazał, że pozycja podmiotu powstałego w wyniku dokonania koncentracji zostanie wzmocniona²²⁷;
- (iv) na rynku lokalnym w Czeladzi pod uwagę wzięte zostały takie same czynniki, a organ antymonopolowy stwierdził, że uzyskanie ponad 40% udziału rynkowego, w sytuacji gdy konkurenci *nie stanowią przeciwwagi siły rynkowej* doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji²²⁸.

5.3.3.3. Koncentracja Rieber Foods Polska/FoodCare

Kolejnym przykładem badania zamierzonej koncentracji przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK, która dotyczy rynku produktów zróżnicowanych, jest transakcja pomiędzy Rieber Foods Polska S.A. a FoodCare S.A., zakazująca skonsumowania transakcji ze względu na istotne organicznie konkurencji na krajowym rynku wprowadzania do obrotu polew do deserów²²⁹.

Na tak wyznaczonym rynku właściwym Prezes UOKiK dokonał podliczenia udziałów w rynku uczestników koncentracji w zakresie ilościowym i wartościowym, wskazując, że udział osiągnięty po dokonaniu koncentracji będzie wyższy niż wartość udziału, w związku z którą domniemuje się posiadanie pozycji dominującej. Dodatkowo Prezes UOKiK wskazał na wysokość udziału rynkowego największego konkurenta uczestników koncentracji oraz jego nieznaczną *siłę rynkową*, z czym organ utożsamia zapewne udziały rynkowe. Ponadto Prezes UOKiK stwierdził, że o doprowadzeniu do istotnego ograniczenia konkurencji na badanym rynku właściwym świadczy także porównanie kształtowania wskaźnika HHI – z 3000 pkt. do wielkości 4000 pkt. i wzrostu o 41% według kryterium ilościowego oraz ok. 28% według kryterium wartościowego. Prezes UOKiK w analizowanej decyzji nie wskazał jednak wprost, czy chodzi o możliwość powstania skutków skoordynowanych czy nieskoordynowanych zamierzonej transakcji²³⁰.

²²⁶ *Ibidem*, s. 54.

²²⁷ *Ibidem*, s. 62.

²²⁸ *Ibidem*, s. 64,

²²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009, nr DKK-68/09, w sprawie *Rieber Foods/FoodCare*.

²³⁰ *Ibidem*, s. 75–76.

5.3.3.4. Koncentracja UPC/Aster

Ostatnim przykładem oceny koncentracji na rynku właściwym produktów zróżnicowanych jest zamierzona koncentracja pomiędzy UPC Polska sp. z o.o. oraz Aster sp. z o.o. dopuszczona do skonsumowania po nałożeniu przez Prezesa UOKiK strukturalnych środków zaradczych²³¹. Zdaniem organu ochrony konkurencji zamierzona koncentracja doprowadziłaby do istotnego ograniczenia konkurencji m.in. na rynkach płatnej telewizji na obszarze Krakowa i Warszawy²³².

Na tak wyznaczonych rynkach właściwych na terenie Krakowa uczestnicy koncentracji uzyskaliby po jej dokonaniu udział w wysokości 50–60%, natomiast na terenie Warszawy 55–65%²³³. Prezes UOKiK wskazał, że udziały te przewyższają próg, z jakim uokik wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej, a przewaga uzyskana nad innymi konkurentami będzie znaczna. Przykładowo na rynku geograficznym zakreślonym do obszaru Krakowa jedynym istotnym konkurentem był Canal+ Cyfrowy sp. z o.o. osiągający 10% udziału rynkowego²³⁴. W wyniku tak przeprowadzonej analizy organ antymonopolowy stwierdził, że: *uwzględniając łączne udziały w rynku uczestników koncentracji należy stwierdzić, że koncentracja spowoduje istotne ograniczenie konkurencji*²³⁵.

Publicznie dostępna treść wydanej decyzji nie pozwala określić czy, a jeśli tak, to w jaki sposób, Prezes UOKiK dokonał analizy bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji. Na rynku tego typu mogłoby się to odbyć przykładowo na podstawie danych o migracji konsumentów. W treści decyzji pojęcie bliskości konkurencji nie pojawia się w ogóle. Co prawda decyzja wspomina o przedstawieniu przez Aster badania *Przyczyny rezygnacji z usług Aster przedstawiającej grupę „odeszli od Aster + zatrzymani”*, w której wskazane są migracje jego klientów do poszczególnych konkurentów, lecz nazwy poszczególnych konkurentów zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i nie są ujawnione w publicznie dostępnej wersji rozstrzygnięcia. W dalszej części decyzji utajniona została także tabela przedstawiająca *Kierunki migracji klientów płatnej telewizji sieci Aster na terenie Warszawy w zależności od występowania konkurencji*²³⁶. Z kontekstu uzasadnienia można jednak domniemywać, że Prezes UOKiK, mając

²³¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011, nr DKK – 101/11, w sprawie *UPC/Aster*.

²³² *Ibidem*, s. 48.

²³³ *Ibidem*, s. 49.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*, s. 50.

²³⁶ *Ibidem*.

takie dane na temat migracji konsumentów, mogące świadczyć o bliskości konkurencji pomiędzy poszczególnymi uczestnikami rynku, nie posłużył się nimi w celu badania presji konkurencyjnej. Trudno jest zatem stwierdzić, czy w świetle wspomnianych danych wynik analizy jest poprawny i czy nie świadczą one przykładowo o oddalonej konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji, a bliższej pomiędzy jednym z jej uczestników a innym operatorem. Brakuje też powodów, dla których zasadne byłoby pominięcie tak istotnego aspektu badania przy dostępnych danych rynkowych.

Dodatkowo w celu charakterystyki rynków właściwych Prezes UOKiK dokonał analizy polityki cenowej uczestników koncentracji²³⁷. W decyzji jest mowa o danych dotyczących liczby abonentów oraz przychodów netto za odpowiednie okresy w podziale na tereny w zależności od występowania konkurencji ze strony dużych operatorów kablowych – dane te zostały utajnione²³⁸. Prezes UOKiK nie przeprowadził natomiast analizy zmiany cen jednego z uczestników koncentracji w stosunku do zmian cen drugiego uczestnika koncentracji tak, jak np. robią to organy antymonopolowe USA. Konsekwentnie podczas analizy skutków antykonkurencyjnych Prezes UOKiK co prawda stwierdza, że Aster i UPC są *najsilniejszymi* podmiotami oraz wskazuje, że potwierdzają to udziały rynkowe, jak i zachowanie konsumentów – jednak w tym drugim przypadku utajniono dane, na jakich organ oparł się konstytuując twierdzenie²³⁹.

Warto też zauważyć, że skierowane zarówno do operatorów platform cyfrowych, jak i spółdzielni mieszkaniowych, pytania w ramach przeprowadzonych ankiet nie dotyczą oceny skutków koncentracji, a wyznaczenia rynków właściwych²⁴⁰.

W dalszej części decyzji Prezes UOKiK porusza wielkość wskaźnika koncentracji HHI, który na rynku w Warszawie kształtowałby się po dokonaniu koncentracji na poziomie 4210 pkt z przyrostem o 2075 odnośnie do liczby abonentów, a w wysokości 4792 pkt. z przyrostem o 1801 pkt. odnośnie do przychodów netto, wskazując, że taki przyrost świadczy o istnieniu bardzo dużego prawdopodobieństwa umocnienia siły rynkowej połączonych przedsiębiorców²⁴¹. W ostatnim punkcie analizy Prezes UOKiK stwierdza, że kapitałochłonność i koszty utopione sprawiają, że małe jest prawdopodobieństwo nowych wejść na rynek właściwy w odpowiednio krótkim okresie.

²³⁷ *Ibidem*, s. 45.

²³⁸ *Ibidem*, s. 46.

²³⁹ *Ibidem*, s. 51.

²⁴⁰ *Ibidem*, s. 7.

²⁴¹ *Ibidem*, s. 31–32.

Konkludując badanie, Prezes UOKiK stwierdził, że uczestnicy koncentracji są podstawowym motorem konkurencyjności rynków właściwych. Gwarantem korzystnej oferty dla konsumentów była ich wzajemna rywalizacja, ponieważ stanowiły oni dla siebie główny punkt odniesienia, a zatem ich koncentracji doprowadziły do istotnego ograniczenia konkurencji.

Widoczne podejście strukturalne zostało w analizowanym przypadku prawdopodobnie uzupełnione przez Prezesa UOKiK elementami analizy bezpośredniej, jednak z powodu utajnienia danych, na których oparł się organ wydający decyzję administracyjną, trudno jest rozstrzygnąć, czy miały one decydujące znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania. Można też wątpić, że były one wykorzystane w sposób prawidłowy. Wszakże, co w mojej ocenie najważniejsze w świetle prowadzonych rozważań, Prezes UOKiK nie posługuje się w decyzji ani razu pojęciem *bliskości konkurencji* pomiędzy uczestnikami koncentracji.

5.4. Wnioski

Podsumowując przeprowadzone badanie, należy wskazać następujące elementy analizy skutków jednostronnych koncentracji horyzontalnych na rynkach produktów zróżnicowanych:

W praktyce, w pierwszej kolejności organy ochrony konkurencji stosują jeden z dwóch podstawowych elementów analizy pośredniej: wielkość udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji lub wskaźnik koncentracji rynku właściwego. Elementy te są w praktyce zagranicznych organów antymonopolowych **punktem początkowym dla dalszego prowadzenia analizy**, które ma miejsce, jeśli wykażą potencjał istotnego ograniczenia konkurencji.

W rzeczywistości udział w rynku uczestników koncentracji i poziom koncentracji rynku **decydują więc jedynie o tym, czy organ antymonopolowy przeprowadzi dokładniejszą analizę skutków rynkowych zamierzonej koncentracji, czy też stwierdzi brak zagrożenia dla konkurencji już na samym początku postępowania.**

W praktyce Komisji udział rynkowy jest istotnym elementem prowadzonego badania, prognozowania skutków rynkowych koncentracji. Nie ma najmniejszych wątpliwości, że jest on jedynie pierwszym i jednym z wielu elementów badania. Jego praktyczna doniosłość przejawia się w tym, że jako punkt początkowy analizy, pozwala na podjęcie decyzji o konieczności jej dalszego prowadzenia.

Poddana badaniu praktyka decyzyjna Komisji świadczy o bardzo ograniczonej roli ilościowego domniemania posiadania przez przedsiębiorcę siły rynkowej (tj. progu udziału rynkowego w wysokości 50%). Udział w rynku właściwym w żadnej z analizowanych decyzji nie został uznany za decydujący samodzielnie (bezwzględnie) o posiadaniu siły rynkowej. Jest on zaledwie lub aż wstępnym indykatorem posiadania władzy nad rynkiem, który musi zostać poddany weryfikacji względem pozostałych czynników analizy pośredniej oraz względem czynników analizy bezpośredniej.

Dodatkowo analiza praktyki decyzyjnej Komisji pozwala na stwierdzenie, że nie kreuje ona domniemania braku istotnego ograniczenia konkurencji w przypadku osiągnięcia przez uczestników koncentracji udziału rynkowego poniżej 25%. Jest to kolejny dowód na brak przyznania udziałowi w rynku uczestników koncentracji roli czynnika tak kluczowego, by mógł bezwzględnie przesądzać o ocenie skutków rynkowych koncentracji.

Charakterystycznym w badaniu skutków koncentracji przez Komisję jest, co do zasady, brak opierania się na **wskaźniku koncentracji rynku HHI**. Jest tak pomimo, że Komisja wskazuje go jako jeden z czynników analiz w wytycznych dotyczących oceny koncentracji horyzontalnych. Zastosowanie wskaźnika koncentracji rynku przez Komisję miało miejsce jedynie w sprawach, gdzie udział rynkowy uczestników koncentracji nie osiągał lub nieznacznie przekraczał wielkość 25%, a sprawa rozstrzygała się o uznanie jednego z uczestników koncentracji za tzw. *maverick firm* na rynku o strukturze oligopolistycznej. Tam, gdzie udziały rynkowe są bliskie lub przekraczające domniemanie posiadania pozycji dominującej, Komisja wskaźnika HHI nie stosuje. Dzieje się tak zapewne dlatego, że organ w tej sytuacji uznaje za wystarczający wstępny indykatorem posiadania siły rynkowej przez przedsiębiorcę – udział w rynku właściwym osiągnięty przez uczestników koncentracji.

Wielkość udziału rynkowego oraz stopień koncentracji są więc przez Komisję używane alternatywnie (zamiennie). Obydwa z nich są przyczynkiem do przeprowadzenia rzeczywistej analizy skutków rynkowych zamierzonej koncentracji przedsiębiorców. Poziom wskaźnika HHI był przyczynkiem do przeprowadzenia dokładniejszej analizy skutków koncentracji analizowanej m.in. w sprawie *T-Mobile Austria/Telespina*, natomiast wysoki udział rynkowy chociażby w takich sprawach jak *Unilever/Sarah Lee Body Care* czy też *Philip Morris/Papstratos*.

W przypadku **organów ochrony konkurencji USA**, zgodnie z obowiązującą linią orzecznictwą, by w kontrydiktoryjnym modelu nadzoru nad koncentracjami podjąć próbę zablokowania zamierzonej operacji gospodarczej, organy antymonopolowe są zobowiązane wykazać tzw. *prima facie case*.

Służy temu wskazanie odpowiednio wysokiego udziału rynkowego, którego próg ustalony został w orzeczeniu *Philadelphia National Bank* jako tzw. *nadmierny* udział w rynku. *Prima facie case* może zostać wykazane również na podstawie odpowiednio wysokiego wskaźnika HHI dla rynku właściwego, którego wartości określone są w wytycznych dotyczących oceny koncentracji przez FTC i DOJ. Pozwala to na rozpoczęcie kwestionowania zamierzonej koncentracji, ze względu na jej antykonkurencyjny potencjał, przed właściwym sądem. Konstytuuje to zatem **przesłankę dalszego badania skutków rynkowych koncentracji**, w celu ewentualnej interwencji ręki publicznej w procesy przekształceń gospodarczych.

Zauważalne w tym początkowym miejscu analizy jest większe przywiązanie organów antymonopolowych w USA do wskaźnika koncentracji rynku, niż w przypadku postępowań prowadzonych przez Komisję. Wpływ na to mają, **po pierwsze**, historia prawa ochrony konkurencji w USA, która wskazuje większe przywiązanie do obawy powstania skutków skoordynowanych (kolektywnej siły rynkowej w oligopolistycznym układzie rynku) niż skutków nieskoordynowanych/jednostronnych²⁴². Wszakże drugie z nich pojawiły się w praktyce stosowania prawa antymonopolowego USA, w odczuwalnym dzisiaj zakresie, dopiero w wytycznych DOJ i FTC z roku 1992. Takie podejście wywodzi się bez wątpienia z zakorzenienia harwardzkiej szkoły prawa ochrony konkurencji w świadomości amerykańskich sądów. Szkoła ta wskazywała zależność pomiędzy uczestnikami oligopolu jako główne zagrożenie płynące z dokonania koncentracji horyzontalnych²⁴³. **Po drugie** zarówno pozwany, jak i powód w postępowaniu przed sądem starają się niejednokrotnie symultanicznie udowodnić powstanie lub brak powstania zarówno skutków nieskoordynowanych, jak i skutków skoordynowanych danej transakcji. Poziom wskaźnika HHI (inaczej niż udział w rynku) może być zaś, w świetle przedstawianych teorii i poglądów ekonomicznych, wstępem do uznania powstania obydwu z nich.

Konkludując, praktyka stosowania prawa ochrony konkurencji w USA konstytuuje jasno wytyczone progi wielkości rynkowej przedsiębiorców lub struktury rynku, po przekroczeniu których, zgłaszający koncentrację mogą liczyć się z koniecznością prowadzenia dalszego postępowania, podczas którego wymagane będzie przedstawienie licznych analiz i dowodów obalających domniemanie powstania lub umocnienia siły rynkowej w wyniku skonsumowania koncentracji.

²⁴² Zob. bliżej. J.B Baker, *Why did the antitrust agencies embrace unilateral effects*, George Mason Law Review 2003, vol. 12.

²⁴³ Zob. rozdział 2 książki.

Odpowiednie wielkości udziału w rynku uczestników koncentracji, jak i poziom wskaźnika HHI są więc alternatywnymi **przesłankami prowadzenia dalszego badania**. Nie decydują o wyniku prowadzonej analizy.

Istotne, z punktu widzenia pewności obrotu gospodarczego, jest wykreowanie tego typu przesłanki w praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych. Pozwala ona bowiem na ukształtowanie świadomości przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji o: (i) potencjalnie wydłużonym okresie oczekiwania na decyzję organu ochrony konkurencji (w tym uruchomienia drugiej fazy postępowania, wymagającej przedstawienia dokładnych analiz ekonomicznych), (ii) zasadności jak najszybszego przedstawienia środków zaradczych na tzw. zasadzie *fix it first* lub też nawet (iii) możliwości zablokowania transakcji w świetle ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji.

Ukształtowanie wskazywanej przesłanki jest przydatne nie tylko z punktu widzenia szybkości prowadzenia samego postępowania w sprawie koncentracji (przedsiębiorcy mogą przygotować dalsze jego etapy, dokonując już przed zgłoszeniem odpowiednich analiz ekonomicznych). Jest tak również z punktu widzenia oceny przez przedsiębiorców racjonalności czy też opłacalności podjęcia konkretnej próby rozwoju przez wzrost zewnętrzny.

Zdecydowanie większe znaczenie udziałowi w rynku przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, a także wskaźnikowi koncentracji rynku, nadaje praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK. Polski organ antymonopolowy traktuje je bowiem w głównej mierze jako czynniki przesądzające nie o konieczności przeprowadzenia dokładniejszego badania, a już o samym jego wyniku. Należy w mojej ocenie postulować o zmianę takiego podejścia. W pierwszym rzędzie wiąże się z tym postulat o wyeliminowanie z przepisów uokik domniemania posiadania pozycji dominującej w wyniku osiągnięcia 40% udziału w rynku. Domniemanie to, pozostawione na poziomie orzeczniczym lub aktów typu *soft-law*, mogłoby spełniać rolę przesłanki dalszej interwencji (prowadzenia dokładniejszego badania skutków rynkowych koncentracji).

Wykreowanie w prawie polskim przesłanki dalszego badania odzwierciedli m.in. działanie w myśl zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa (art. 8 KPA). Ukształtowanie przesłanki dalszego badania jest w końcu zasadne z punktu widzenia poprawnego alokowania zasobów organu ochrony konkurencji, m.in. by jego jasno określona polityka pozwalała na prowadzenie postępowania wobec przedsiębiorcy, już przygotowanego na przedstawianie analiz i badań ekonomicznych. Może to usprawnić przeprowadzenie postępowania oraz umożliwić jak najdokładniejsze analizowanie stanu faktycznego przez organ ochrony konkurencji. Będzie także

podstawą (w przypadku braku przekroczenia określonych progów) do zatrzymania prowadzenia zbędnej – dalszej analizy skutków koncentracji, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 12 KPA. Będzie zatem wpływać na racjonalne i optymalne prowadzenie analizy, a tym samym na efektywność rozstrzygnięć wydawanych podczas stosowania nadzoru nad operacjami gospodarczymi.

Stosowane obecnie przez Prezesa UOKiK podejście pozostaje w mojej ocenie w sprzeczności z artykułowanym przez orzecznictwo, jak i doktrynę głównym celem prawa ochrony konkurencji, tj. ochroną dobrobytu konsumentów. Odpowiada bowiem nie postulatowi ochrony dobrobytu konsumentów, lecz postulatowi zbliżonym do szkoły harwardzkiej, tj. paradygmatowi SCP lub postulatowi stawianym przez przedstawicieli szkoły fryburskiej (ordoliberalnej), przyjmującej ochronę konkurencji jako systemu mającego na celu zapewnienie szerokiego zakresu wyboru konsumentom. Stosowanie takich założeń – nieadekwatnych do głównego celu prawa ochrony konkurencji może generować wydawanie rozstrzygnięć nakładających na przedsiębiorców nieproporcjonalne obciążenia.

Odnosnie do udziału w rynku, warto też zauważyć, że Polski prawodawca nie wymaga od przedsiębiorców dokładnego przedstawienia informacji na temat rynków właściwych, jeżeli w układzie horyzontalnym przedsiębiorcy nie przekraczają wspólnie 20% udziału w takim rynku²⁴⁴. W mojej ocenie brak wyartykułowania takiego wymogu nie oznacza jednak, że nie można stwierdzić zagrożenia dla konkurencji poniżej tego poziomu udziału rynkowego. Nie istnieje w polskim prawie literalnie wskazane domniemanie nieposiadania siły rynkowej z uwagi na ograniczony udział w rynku.

W związku z powyższym może jednak pojawić się problem natury proceduralnej. Zgodnie z przepisami uokik, Prezes UOKiK może wezwać przedsiębiorcę w trakcie postępowania do usunięcia wskazanych „braków w zgłoszeniu”, jak i do „uzupełnienia w nim niezbędnych informacji” w wyznaczonym terminie²⁴⁵. Nie ma zatem mowy wprost o uzupełnieniu informacji niezbędnych dla wydania decyzji, a tylko o tych wskazanych w konkretnych miejscach wykazu informacji i dokumentów lub o brakach. Można by postawić pytanie, czy skoro prawodawca nie obliuguje przedsiębiorcy w konkretnej sytuacji (przy odpowiednio niskim udziale w rynku) do przedstawienia informacji w konkretnym miejscu wykazu informacji i dokumentów, to czy takie informacje mogą zostać „w nim uzupełnione”, lub czy nie przedstawienie ich jest „brakiem w zgłoszeniu”. Literalna treść przepisów wskazuje, że

²⁴⁴ Zob.: Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (RM-110-121-14), par. 2 pkt 3.

²⁴⁵ Art. 95 ust. 1 pkt 3 uokik.

w takim przypadku Prezes UOKiK może jedynie skorzystać z uprawnienia określonego art. 50 ust. 1 uokik tj. zażądać od przedsiębiorcy przekazania w trakcie postępowania określonych dokumentów lub informacji²⁴⁶. Takie żądanie nie wstrzymuje jednak postępowania administracyjnego i działa *de facto* na korzyść przedsiębiorcy, z powodu materialno-prawnego charakteru terminu na wydanie decyzji w sprawach koncentracji. Sytuacja tego typu może zajść np. jeżeli pojawi się możliwość wyeliminowania z rynku przedsiębiorcy wywierającego istotną presję konkurencyjną (*maverick firm*), pomimo niskich udziałów rynkowych uczestników koncentracji. Należy więc rozważyć doprecyzowanie treści rozporządzenia lub uokik, by nie istniała konieczność przedłużania postępowania do jego drugiej fazy²⁴⁷.

W drugiej kolejności, podczas oceny zamierzonych koncentracji horyzontalnych pod uwagę brane są pozostałe czynniki analizy pośredniej (także w jej ujęciu dynamicznym), relatywizujące znaczenie udziałów rynkowych.

Mogą nimi być zarówno udziały rynkowe konkurentów, jak i dynamika czy faza rozwoju rynku, a także fluktuacja udziałów rynkowych.

Komisja w większości analizowanych spraw wzięła pod uwagę czynnik analizy pośredniej, jakim jest wielkość udziałów rynkowych konkurentów uczestników koncentracji. Porównanie tych wielkości z udziałem rynkowym uczestników transakcji nie wydaje się jednak również, w świetle przeanalizowanego materiału badawczego, mieć znaczenia na tyle istotnego, by uznać je za przesądzające o wyniku oceny skutków rynkowych koncentracji horyzontalnej.

Wachlarz wskazanych czynników nie jest też zawsze jednorodnie stosowany. Dzieje się tak zapewne z tego powodu, że poszczególne z nich mają większe lub mniejsze znaczenie dla indywidualnych sytuacji rynkowych.

Należy jednak postulować o to, by w przypadku spełnienia przesłanki dalszego badania, organy ochrony konkurencji (w tym Prezes UOKiK) przeprowadzały jak najobszerniejszą analizę tych czynników tak, by nie pozostawiano wątpliwości co do całościowego charakteru prowadzonej analizy. Mogłoby się to odbywać nawet na zasadzie uzasadnienia wykluczenia zastosowania danego elementu analizy dla zaistniałej sytuacji rynkowej.

Jako kolejny i decydujący czynnik analizy zamierzonych koncentracji przedsiębiorców na rynkach produktów zróżnicowanych brana jest pod uwagę **bliskość konkurencji**, odbywającej się pomiędzy uczestnikami koncentracji. W niektórych przypadkach bierze się pod uwagę także konkurencję pomiędzy nimi a innymi graczami rynkowymi.

²⁴⁶ Art. 50 ust. 1 uokik.

²⁴⁷ Art.96a uokik.

Jest to element metody analizy bezpośredniej i stosuje się go za pomocą dostępnych narzędzi ekonomicznych, takich jak ankiety wśród uczestników rynku (w tym w szczególności wśród konsumentów), jak i badania ekonometryczne, analiza UPP, modele symulacji skutków zamierzonej koncentracji. Generalnie nie jest dla stosowania tego elementu analizy konieczne wyznaczenie rynku właściwego.

Przeprowadzone badanie pozwala stanąć na stanowisku, że największą wagę do czynników analizy bezpośredniej przywiązują sądy i organy ochrony konkurencji w USA. Prowadzone tam postępowania właściwie ogniskują się wokół zastosowania studiów ekonometrycznych, dotyczących nie tylko działalności uczestników transakcji, ale także konkurentów.

Precyzując, po przeprowadzeniu wstępnej analizy czynników pośrednich, w stosowaniu prawa w USA dochodzi do rzeczywistej analizy możliwości powstania i korzystania przez przedsiębiorcę z siły rynkowej. Odbywa się to na podstawie określenia bliskości konkurencji pomiędzy łączącymi się podmiotami. Tego, czy są bliskimi czy dalszymi konkurentami. Na podstawie poddanych badaniu orzeczeń widać, że skutek nieskoordynowany w prawie antymonopolowym USA powstanie nie tylko wtedy, kiedy uczestnicy koncentracji będą swoimi najbliższymi konkurentami. Natomiast prognozowana podwyżka cen, umożliwiona w wyniku dokonania koncentracji, powinna dotyczyć znacznej części konsumentów. Niemniej jednak, w praktyce brakuje wyjaśnienia, jak rozumieć „znaczna część konsumentów”. W skład tej części badania wchodzi również określenie oddalenia produktów konkurentów od produktów oferowanych przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji, jak również możliwość ich repozycjonowania po dokonaniu transakcji.

Trzeba zauważyć, że w samym badaniu bliskości konkurencji sądy USA nie przywiązują szczególnej wagi do ankiet rynkowych, skupiając się raczej na ekspertyzach ekonomicznych, mających za zadanie prognozę np. możliwego podniesienia cen produktów oferowanych przez uczestników koncentracji. Analizy wykazują też, jak przebiegały dotychczasowe interakcje rynkowe przedsiębiorców. Prognozowany poziom wzrostu cen jest, co do zasady, literalnie wskazywany w treści orzeczenia.

W praktyce decyzyjnej Komisji dla powstania skutków nieskoordynowanych produkty oferowane przez uczestników koncentracji muszą być uznawane za bliskie substytuty, lecz nie dla wszystkich lub nawet większości, a dla znaczącej grupy konsumentów. Pojęcie „znaczącej grupy konsumentów” także przez Komisję nie zostało zdefiniowane.

Prowadzone przez unijny organ ochrony konkurencji badanie jest zróżnicowane pod względem stosowanych narzędzi i zależy od specyfiki rynku

właściwego. Komisja w dużej mierze opiera się na badaniu rynku poprzez pytania (ankiety) skierowane do jego uczestników. Kieruje je w szczególności do odbiorców, konsumentów, ale także (co może wzbudzać wątpliwość w zakresie ich obiektywności) do konkurentów. Poza tym, zależnie od rodzaju sprawy, ale także od dostępnych danych, bliskość konkurencji oceniana jest przez Komisję m.in. na podstawie: (i) pozycjonowania produktów, (ii) dokumentów wewnętrznych, (ii) dostępnych danych historycznych na temat przepływu konsumentów.

Komisja coraz większą rolę przyznaje ilościowym analizom ekonomicznym opartym na dostępnych danych rynkowych. W decyzjach objętych badaniem Komisja korzystała bowiem z takich narzędzi, jak: badanie wrażliwości cenowej konsumentów, badanie danych dotyczących zmian operatorów na rynkach usług telefonii komórkowej, badanie ukształtowania i fluktuacji cen na rynku właściwym. W coraz większym zakresie unijny organ ochrony konkurencji stosuje także: modele symulacji koncentracji, analizę UPP, analizę regresji cen. Pozwalają one stwierdzić np., czy obecność uczestników koncentracji na jednym (tym samym) rynku właściwym geograficznie, wpływa na oferowanie usług po cenie niższej niż na rynkach, na których jeden z uczestników nie prowadzi działalności gospodarczej. W niektórych przypadkach Komisja prognozuje także wzrost cen po dokonaniu transakcji.

Ilościowe badanie rzeczywistych (bezpośrednich) skutków zamierzonej koncentracji przedsiębiorców staje się obowiązującym standardem i najistotniejszym punktem prowadzonej przez Komisję analizy.

Co istotne, w wyniku przeprowadzonego badania doszedłem do wniosku, że ani w sytuacji powstania skutków nieskoordynowanych w przypadku powstania przedsiębiorcy o dużym udziale rynkowym, ani nieuznania powstania takich skutków przy potencjalnie antykonkurencyjnej strukturze rynku, ani tym bardziej wydania decyzji stwierdzającej istotne ograniczenie konkurencji w przypadku koncentracji z udziałem przedsiębiorcy w rynku nieprzekraczającym 25%, wykazanie negatywnych skutków rynkowych transakcji, nie jest możliwe na podstawie samej metody analizy pośredniej, nawet w jej dynamicznym ujęciu. Czynniki składające się na ten rodzaj analizy są bowiem jedynie wstępnymi indykatorami możliwości powstania siły rynkowej w wyniku zamierzonej koncentracji (lub ich pochodnymi). **Rzeczywiste prognozowanie powstania siły rynkowej jest oparte na ukształtowanych narzędziach, składających się na analizę bezpośrednią potencjalnych antykonkurencyjnych skutków zamierzonej koncentracji.**

W mojej ocenie, na podstawie analizowanej praktyki decyzyjnej i orzecznictwa, należy stwierdzić, że metoda analizy bezpośredniej jest obecnie elementem **niezbędnym, by zaprognozować powstanie jednostronnych skutków**

antykonkurencyjnych zamierzonych koncentracji. Zgodnie z paradygmatem bardziej ekonomicznego podejścia, wymagać powinno się od organów ochrony konkurencji nie tylko wykazania, że powstała struktura rynku potencjalnie może doprowadzić do skutków negatywnych dla konsumentów, ale głównie wykazania możliwości powstania i zakresu (np. prognozowanego zakresu podniesienia cen) takich skutków na podstawie dostępnych danych rynkowych. Jest przyjętym przez zagraniczne organy ochrony konkurencji, których praktyka została poddana badaniu standardem, że wykorzystuje się ukształtowane narzędzia ekonomiczne. W tym zakresie należy zgłosić postulat **stosowania tego rodzaju analiz w jak najszerszej możliwym zakresie przez Prezesa UOKiK**. Tym bardziej, że jako organ ochrony konkurencji powinien on być wyposażony w narzędzia i zasoby umożliwiające mu prowadzenie lub weryfikację tego typu badań.

Obecna praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK, niestety, nie pozwala do końca stwierdzić, że w pełnym zakresie organ rozpoznaje specyfikę możliwości wystąpienia jednostronnych skutków antykonkurencyjnych zamierzonych koncentracji na rynkach produktów zróżnicowanych. Nie można się w mojej ocenie zgodzić z poglądem, że dotychczasowe decyzje Prezesa UOKiK wskazują na dużą przydatność teorii skutków jednostronnych postępowaniach prowadzonych przez polski organ ochrony konkurencji²⁴⁸. Teoria ta co prawda znalazła częściowo zastosowanie w przypadku zamierzonej koncentracji *Empik/Merlin*. Jednak jej użycie widoczne jest wyłącznie w przypadku sytuacji, w której udziały rynkowe uczestników koncentracji kształtują się poniżej progu domniemania posiadania pozycji dominującej. Zastosowanie analizy bliskości konkurencji posiada więc szerokie spektrum do rozwoju odnośnie do implementowania teorii skutków nieskoordynowanych w stosowaniu polskiego prawa ochrony konkurencji.

W mojej ocenie, należy dążyć do wprowadzenia analizy bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji, w przypadku osiągnięcia przez jej uczestników wysokiego udziału w rynku. Należy także zgłosić postulat publikowania, wzorem Komisji, analiz ekonomicznych, jako aneksów do decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK i ich upublicznienia w zakresie nienaruszającym tajemnic przedsiębiorstwa.

Należy też zwrócić uwagę, że Prezes UOKiK został przez ustawodawcę wyposażony w kompetencję do żądania udzielenia informacji (art. 50 uokik). Na tej podstawie Prezes UOKiK może żądać od przedsiębiorcy, także w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji, przekazania

²⁴⁸ J. Szczodrowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, LEX, Warszawa 2015.

przez stronę postępowania raportów dotyczących dotychczasowej interakcji konkurencyjnej pomiędzy uczestnikami koncentracji, jak i innymi graczami rynkowymi. Takie żądanie (przekazane dane) mogłoby pozwolić na ustalenie bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji. Ponadto przepisy regulujące postępowanie przed Prezes UOKiK pozwalają na zastosowanie środka dowodowego w postaci zeznań świadków (art. 52 uokik), opinii biegłego (art. 54 uokik) czy nawet zwrócenia się o wydanie opinii do jednostki naukowej (art. 59 uokik). Umiejętne wykorzystanie środków dowodowych nie powinno uniemożliwiać organowi wydania prawidłowego rozstrzygnięcia.

W następnej kolejności, lecz tylko i wyłącznie, jeżeli organ antymonopolowy uprzednio dojdzie do wniosku, że konkurencja w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji zostanie istotnie ograniczona, dokonuje się badania czynników analizy pośredniej lub bezpośredniej, mitygujących negatywne skutki zamierzonych koncentracji (czynniki wyrównawcze). Czyni się tak, by wykluczyć że zaistnieje możliwość poszerzenia dobrobytu konsumentów w końcowym rozrachunku wszystkich spowodowanych przez koncentrację skutków.

Czynnikami tymi są zarówno łatwość wejścia na rynek właściwy, siła nabywca odbiorców, jak i możliwość wygenerowania specyficznych dla badanej koncentracji korzyści dla konsumentów, przeważających wykazane antykonkurencyjne skutki planowanej transakcji.

W USA sądy analizują łatwość wejścia nowych podmiotów na rynek właściwy. Uwzględniają takie wejścia, które mogłyby zniwelować lub przeciwważać antykonkurencyjne skutki zamierzonej transakcji. Sądy dokonują także analizy siły rynkowej odbiorców, jak i wskazanych przez uczestników koncentracji efektywności. Te również mogą przewyższyć lub równoważyć antykonkurencyjne skutki jednostronne zamierzonej koncentracji.

Również w przypadku praktyki Komisji przeprowadzone badanie pozwala stwierdzić, że tak jak analiza zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców rozpoczyna się od metody analizy pośredniej, tak również kolejny etap analizy, tj. badanie istnienia czynników wyrównawczych (*countervailing powers*), zawiera elementy tego rodzaju analizy. W decyzjach poddanych badaniu, Komisja po stwierdzeniu antykonkurencyjnych skutków zamierzonej koncentracji dokonuje bowiem badania, czy prognozowaną w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji siłę rynkową będą ograniczały: siła nabywców (*buyer power*), możliwość skutecznego wejścia na rynek przez potencjalnych konkurentów.

Przeprowadzone badanie wskazuje, że czynnikiem wyrównującym negatywne skutki rynkowe dokonanej koncentracji mogą być również efektywności (dla konsumentów) pochodzące z zewnętrznego wzrostu przedsiębiorców

uczestniczących w koncentracji. Trzeba jednak przyznać, że w treściach decyzji Komisji badanie efektywności nie jest szczegółowo analizowane.

Również Prezes UOKiK przeprowadza w swoich decyzjach analizę referowanych czynników.

Wykazane powyżej elementy ekonomicznego testu oceny skutków rynkowych koncentracji w zakresie skutków jednostronnych, stosowane przez wybrane zagraniczne organy ochrony konkurencji, podczas oceny zamierzonych koncentracji przedsiębiorców na rynkach, których zakres produktowy wyznaczają produkty zróżnicowane, wskazują, że test ten ma charakter holistyczny – badania całości czynników dostępnych w ramach odpowiedniego stanu faktycznego. W przypadku Prezesa UOKiK prowadzenia całościowego badania należy wymagać na podstawie zasady prawdy obiektywnej (art. 7 KPA), jak i zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa (art. 8 KPA). Jest to konieczne w celu właściwego zastosowania przepisów uokik, jak i wydawania proporcjonalnych rozstrzygnięć.

Podsumowując, metody analiz koncentracji wyróżnione na potrzeby niniejszej monografii są metodami komplementarnymi, wzajemnie oddziaływającymi na siebie, dla osiągnięcia poprawnego wyniku analizy. Metodą dominującą w wykazaniu samych antykonkurencyjnych skutków – ze względu na założenia funkcjonowania konkurencji na rynku produktów zróżnicowanych – jest jednak metoda analizy bezpośredniej.

Rozdział 6.

Horyzontalne koncentracje przedsiębiorców na rynkach produktów homogenicznych

6.1. Homogeniczność produktu jako cecha charakterystyczna rynku właściwego

Rynek produktów homogenicznych (niezróżnicowanych, jednorodnych), jest rynkiem, w którego skład wchodzi produkty będące swoimi idealnymi substytutami. W oczach konsumenta posiadają one takie same cechy, w tym m.in. cechy fizyczne czy poziom jakości, bez względu na markę. Konsumenti nie zauważają więc na takim rynku różnic pomiędzy produktami oferowanymi przez różnych przedsiębiorców¹. Wobec braku różnic występujących pomiędzy produktami homogenicznymi, **jedyną zmienną**, odróżniającą produkty i interesującą konsumentów podczas dokonywania decyzji o zakupie, jest **cena**.

Przewagami konkurencyjnymi, które posiadają względem siebie przedsiębiorcy oferujący produkty homogeniczne, są: **zdolności produkcyjne, pozycja geograficzna i generowane koszty**. Przedsiębiorca posiadający siłę rynkową na rynku produktów homogenicznych może uzyskać **przewagę kosztową nad resztą konkurentów i ograniczyć swoją podaż, by osiągnąć wyższe ceny rynkowe oferowanego produktu**². Ograniczenie podaży (*quantity/capacity withholding*) będzie tym bardziej opłacalne, im większy będzie udział rynkowy przedsiębiorcy. Wówczas zwiększy się prawdopodobieństwo, że dochód osiągnięty z podwyższonych cen zrekompensuje obniżony przez ich wprowadzenie niższy wolumen sprzedaży.

W zasadzie więc potencjalne ograniczenie podaży, prowadzące do podwyższenia ceny rynkowej, a także możliwa odpowiedź na takie ogranicze-

¹ Zobacz: OECD, *Glosary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, s. 48.

² Orzeczenie United States District Court N.D. California, w sprawie *United States v. Oracle Corporation*, s. 1115.

nie ze strony konkurentów, powinny być głównym celem analizy skutków jednostronnych horyzontalnych koncentracji dokonywanej przez organy antymonopolowe na rynku produktów homogenicznych.

6.2. Polityka organów ochrony konkurencji

Bezpośrednie przedstawienie podejścia do oceny koncentracji przedsiębiorców zamierzonych na rynkach produktów homogenicznych odnajduję głównie w wytycznych wydanych przez organy ochrony konkurencji USA. FTC i DOJ stoją na stanowisku, że na rynkach, których zakres towarowy jest wyznaczony dla produktów **relatywnie nieodróżnionych** (*relatively undifferentiated*), dokonać należy oceny, czy przedsiębiorca, który powstałby w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji, będzie zdolny do **samodzielnego ograniczenia produkcji na rynku i podniesienia ceny rynkowej**³. Federalne organy USA wyróżniają kilka **strategii** ograniczenia produkcji:

- (i) pozostawienie mocy produkcyjnych niewykorzystanymi;
- (ii) powstrzymanie się od wybudowania lub osiągnięcia mocy produkcyjnych, jakie przedsiębiorca osiągnąłby w przypadku braku przeprowadzenia koncentracji;
- (iii) całkowite wyeliminowanie obecnych mocy produkcyjnych;
- (iv) przekazanie mocy produkcyjnych na inny rynek, podnoszące tym samym cenę na rynku, z którego zostają one wyeliminowane⁴.

FTC i DOJ wskazują także przesłanki opłacalności strategii ograniczenia produkcji są nimi:

- (i) relatywnie wysokie udziały rynkowe przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji;
- (ii) udział produkcji już przeznaczonej do sprzedaży po cenach niedotkniętych ograniczeniem produkcji jest relatywnie mały;
- (iii) niskie marże ograniczonej produkcji;
- (iv) nieznaczne odpowiedzi dotyczące zwiększenia produkcji przez rywali;
- (v) niska elastyczność popytu.

Główne założenie ekonomiczne, prowadzące do antykonkurencyjnych skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców, wynika więc z możliwości **obniżenia przez przedsiębiorcę podaży, co w konsekwencji doprowadzi do podniesienia ceny rynkowej**. Główne rozważania nad doprowadzeniem

³ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, sierpień 2010, s. 22.

⁴ *Ibidem*, s. 21.

do takiej sytuacji powinny dotyczyć istniejących mocy produkcyjnych konkurentów, mogących ograniczać zdolność nowo powstałego podmiotu do opłacalnego obniżenia podaży po skonsumowaniu koncentracji⁵.

Ponieważ na rynku produktów homogenicznych zdolność do konkurowania jest uzależniona od kosztów i zdolności produkcyjnych (*capacity*), za skutecznego potencjalnego konkurenta może zostać uznany taki przedsiębiorca, który posiada spore niewykorzystane moce produkcyjne (*idle capacity*). Będzie nim również przedsiębiorca zdolny do przeniesienia w sposób łatwy i opłacalny mocy produkcyjnych wykorzystywanych na innych rynkach⁶. Elastyczność strony podażowej rynku, w kwestii wielkości możliwej do zaoferowania produkcji, jest więc ważnym elementem analizy. Istotne jest również to, jakiej wielkości są niewykorzystane moce wytwórcze, które konkurenci mogą delegować na rynek w krótkim okresie.

Moce produkcyjne mają zatem znaczenie podczas oceny przedsiębiorcy jako istotnego potencjalnego czy też aktualnego konkurenta. Przedsiębiorca zostanie za takiego uznany w świetle zdolności oraz bodźców do szybkiego powiększenia produkcji, w odpowiedzi na wzrost cen lub obniżenie produkcji przez innych graczy rynkowych⁷. Zdolności produkcyjne mogą wskazywać na konkurencyjne znaczenie przedsiębiorcy. Także połączenie z przedsiębiorcą posiadającym znaczne niewykorzystane moce wytwórcze może sprawić, że opłacalne będzie późniejsze podniesienie ceny⁸.

Wybrane, zagraniczne organy ochrony konkurencji spójnie stosują przedstawione podejście w swoich wytycznych. W szczególności, co do dwóch najważniejszych czynników oceny, tj. znaczenia udziałów rynkowych oraz znaczenia mocy produkcyjnych.

W raporcie FTC z 2004 roku, dotyczącym sektora paliwowego w USA, rozważając możliwość wystąpienia skutków jednostronnych koncentracji, stwierdzono, że: *krytycznym pytaniem jest, czy obniżenie produkcji przez pokoncentracyjnego przedsiębiorcę będzie opłacalne, biorąc pod uwagę rozmiar utraconych marży sprzedażowych oraz rozmiar odpowiedzi podażowej innych producentów znajdujących się na lub poza rynkiem właściwym...*⁹. W końcu, w tym samym dokumencie FTC stwierdza, że **jeżeli udziały w rynku łączą-**

⁵ Zobacz: D.S. Tucker, B. Mccutchen, *Unilateral Effects for Heterogeneous Products: An Overview*, dostępne na: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_law/20140424_at14424_materials.authcheckdam.pdf

⁶ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal...*, s. 15.

⁷ *Ibidem*, s. 17.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Federal Trade Commission Bureau of Economics, *The Petroleum Industry: Mergers, Structural Change, and Antitrust Enforcement*, an FTC Staff Study, s. 30.

cych się przedsiębiorców są wysokie, a odpowiedzi podażowe innych konkurentów są mało prawdopodobne lub słabe, koncentracja może zwiększyć siłę rynkową powstałego przedsiębiorcy¹⁰. W jednej z decyzji Komisja wskazuje natomiast wprost, że *na rynkach, na których produkty są homogeniczne i ceny rynkowe uzależnione są od decyzji dotyczących mocy produkcyjnych, bodziec do konkurowania jest blisko związany z udziałem rynkowym¹¹.*

Zgodna z przedstawionym wyżej podejściem jest polityka brytyjskiego organu ochrony konkurencji. Wskazuje on, że skutki nieskoordynowane na rynkach produktów homogenicznych są bardziej prawdopodobne, jeśli przedsiębiorca powstały w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji, osiągnie znaczny udział w rynku, a na takim rynku nie działają silni konkurenci¹². Organ ten podkreśla, że nieprzekroczenie przez uczestników koncentracji 40% udziału rynkowego może w większości przypadków sugerować brak obaw co do powstania skutków nieskoordynowanych¹³.

Dla CMA istotne znaczenie ma także osiągnięty przez rynek współczynnik koncentracji mierzony wskaźnikiem HHI¹⁴. Większe prawdopodobieństwo powstania skutków nieskoordynowanych na tego typu rynku istnieje też, jeśli zamierzona koncentracja eliminuje silnego konkurenta (np. nowego gracza lub takiego, co do którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo uzyskania wysokiego udziału w rynku). Jest tak również, kiedy konsumenci mają mniejszy wybór alternatywnych producentów, np. z powodu kosztów zmian lub efektu sieci¹⁵.

Znaczenie mocy produkcyjnych dla oceny zamierzonych koncentracji przedsiębiorców na rynkach produktów homogenicznych odnajduję w wytycznych wydanych przez niemiecki Federalny Urząd Kartelowy. Wskazuje on, że przerost mocy wytwórczych konkurentów (*overcapacities*) może być w stanie generować presję konkretyjną wobec przedsiębiorców posiadających duże udziały rynkowe. Jest to jednak uzależnione od możliwości łatwej zmiany nabywanych przez konsumentów towarów¹⁶.

Dokładniejszą metodę badania skutków jednostronnych zamierzonych koncentracji przedsiębiorców na rynkach produktów homogenicznych, będącą rodzajem analizy bezpośredniej, przedstawił DOJ, proponując sto-

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Decyzja Komisji, z 10.06.2003, w sprawie nr COMP/M.3130, *Alra Foods/Express Dairies*, par. 66–67.

¹² Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment Guidelines*, wrzesień 2010, s. 39, pkt 5.3.4., 5.4.4.

¹³ *Ibidem*, s. 40, pkt 5.3.5.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, s. 42, pkt 5.4.5.

¹⁶ Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, 29 marzec 2012, courtesy translation, pkt 41.

sowanie tzw. **Capacity Closure Model**. Według tego narzędzia organ ochrony konkurencji bada, czy przedsiębiorca powstały w wyniku koncentracji będzie posiadał **bodźce i zdolność** do ograniczenia produkcji. Generalnie rzecz ujmując, za pomocą wskazywanego narzędzia porównuje obecne zyski przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji z sytuacją możliwych ograniczeń w produkcji po dokonaniu koncentracji¹⁷. Pozwala to na zbadanie, która z sytuacji będzie najbardziej opłacalna dla podmiotu powstałego w wyniku skonsumowania transakcji – ograniczenie produkcji czy pozostawienie jej na poziomie przed dokonaniem koncentracji.

Wyjaśnienia Prezesa UOKiK nie odnoszą się natomiast bezpośrednio do specyfiki produktów homogenicznych.

Podsumowując, tam gdzie przedstawiając politykę organy antymonopolowe odnoszą się bezpośrednio do sposobu badania zamierzonych koncentracji przedsiębiorców na rynkach produktów homogenicznych, istotne znaczenie nadawane jest strukturze rynku (udziałom rynkowym łączących się stron, udziałom rynkowym konkurentów, wskaźnikowi koncentracji rynku) oraz możliwościom produkcyjnym. Dotyczy to wykorzystywanych mocy produkcyjnych, jak i takich, które mogą zostać uruchomione przez konkurentów (aktualnych/potencjalnych) dla uzyskania popytu, np. w wyniku obniżenia produkcji przez podmiot powstały w wyniku koncentracji (*monopolistic supply reduction*) lub podniesienia przez niego cen.

6.3. Praktyka decyzyjna i orzecznicza

6.3.1. Praktyka decyzyjna brytyjskich organów ochrony konkurencji

6.3.1.1. Koncentracja ANGLO American/Lafarge

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na koncentrację polegającą na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez Anglo American PLC oraz Lafarge S.A., wywierającą skutki na rynkach kruszywu, cementu i asfaltu w Wielkiej Brytanii¹⁸.

Podczas prowadzonego badania skutków koncentracji, organ antymonopolowy dokonał m.in. analizy jej wpływu na rynek kruszywu. Udział uczestni-

¹⁷ Zobacz: N. Hill, *Analyzing Mergers Using Capacity Closure*, *ECONOMIC ANALYSIS GROUP DISCUSSION PAPER*, EAG 08-8 August 2008. Dostępne na: <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2008/09/05/236664.pdf>.

¹⁸ Decyzja Office of Fair Trading z 2.11.2002, nr ME/5007/11, w sprawie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy przez *Anglo American PLC* oraz *Lafarge S.A.*

ków koncentracji w rynku wszystkich kruszyw wyniósł 17% i 5%, co dawało 22% wobec 41% rynku utrzymywanego przez lokalnych operatorów.

Z punktu widzenia przedstawionego problemu badawczego należy zwrócić uwagę na kruszywa kolejowe. Na tym rynku właściwym produktowo uczestnicy zamierzonej koncentracji osiągalni udziały odpowiednio w wysokości ok. 40–50% oraz ok. 20–30%. Wspólny udział rynkowy uczestników koncentracji wyniósł więc ok. 65–75%¹⁹. Jedynym działającym konkurentem posiadał udział w wysokości ok. 20–30%. Jedynym odbiorcą produktów był zaś Network Rail Infrastructure Limited. W tak przedstawionej sytuacji OFT stwierdził, że zredukowanie liczby konkurentów z trzech do dwóch może obniżyć siłę przetargową jedynego odbiorcy produktu. Doprowadzi to do wykreowania bodźców nowo powstałego podmiotu do oferowania wyższych cen. W szczególności wzięto pod uwagę ograniczone opcje podażowe oraz fakt, że Rail Network Infrastructure Limited nie jest zdolne do sponzorowania nowego wejścia na rynek²⁰. Konsekwentnie OFT stwierdził **realistyczną perspektywę istotnego osłabienia konkurencji**, według stosowanego w Wielkiej Brytanii testu SLC (*significant lessening of competition*).²¹

W drugiej kolejności warto przybliżyć metodę oceny skutków zamierzonej koncentracji zastosowaną na rynku asfaltu. Uczestnicy koncentracji osiągnęliby tam udział w wysokości ok. 30–40% (odpowiednio 20–30% oraz 0–10%). Organ antymonopolowy, dokonując analizy spodziewanych skutków rynkowych, wziął pod uwagę po pierwsze: udziały rynkowe aktualnych konkurentów (odpowiednio 30%, 20% oraz 15%), a także niewielką liczbę konkurentów. W przypadku całego terytorium Wielkiej Brytanii OFT nie dopatrywał się zagrożenia wystąpieniem antykonkurencyjnych skutków koncentracji. Dodatkowo organ zdefiniował jednak 49 rynków lokalnych, opierając się na promieniu 30 mil wokół wyznaczonych fabryk asfaltu. Następnie przeprowadził analizę skutków koncentracji na każdym z nich²². Wynik prowadzonego badania wskazał, że strony transakcji osiągnęłyby w wyniku jej dokonania udział powyżej 40% na 22 rynkach lokalnych. OFT dokonał także analizy barier wejścia na rynek właściwy, za które uznał: uzyskanie zezwoleń, wymogi związane z przepisami prawa ochrony środowiska, koszty oraz uzyskanie dostępu do kruszywa. Istnienie nadwyżki mocy wytwórczych na rynku również niwelowało bodziec wejścia na rynek dla potencjalnych konkurentów. Wydając decyzję, OFT wskazał, że nie widzi powodów, by uznać, że wejście jest prawdopodobne czy też byłoby wystarczające i odpo-

¹⁹ *Ibidem*, pkt 124.

²⁰ *Ibidem*, pkt 125.

²¹ *Ibidem*, pkt 126.

²² *Ibidem*, pkt 172.

wiednio szybkie, by przeciwdziałać skutkom antykonkurencyjnym. Organ stwierdził, że dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji²³.

Na rynku cementu szarego zamierzona koncentracja doprowadziłaby natomiast do uzyskania udziału rynkowego w wysokości 40–50%. Jeden z uczestników koncentracji posiadał udział ok. 30–40%, drugi ok. 10–20%. Udział został obliczony na podstawie istniejącej podaży (*supply*). Sama koncentracja obniżyłaby liczbę konkurentów obecnych na rynku z czterech do trzech. Pozostali konkurenci osiągnęli przed dokonaniem koncentracji udział w wysokości: ok. 20–30% (Cemex), ok. 20–30% (Hanson), a inni ok. 10–20%²⁴. Przeprowadzone przez OFT ankiety wśród konsumentów wskazywały, że powstanie wspólnego przedsiębiorcy obniży możliwości wyboru produktów na rynku Wielkiej Brytanii²⁵. Dodatkowo, na niektórych rynkach lokalnych wysokość udziału rynkowego wyniosłaby powyżej 50%²⁶. Takie wielkości udziałów rynkowych **już same w sobie były, według wydającego decyzję organu antymonopolowego, dowodem na zasadność obawy co do powstania nieskoordynowanych skutków planowanej transakcji**²⁷.

Co ciekawe, strony koncentracji starały się o przedstawienie sytuacji rynkowej w ten sposób, że brakuje **bliskiej konkurencji** pomiędzy łączącymi się podmiotami. W ocenie zgłaszających, na obszarach, na których utrzymywali oni wspólny udział rynkowy powyżej 40%, tylko niewielka liczba konsumentów jest zaopatrywana jednocześnie przez obydwu uczestników koncentracji. Twierdzenie to zostało jednak obalone na podstawie ustalenia, że konsumenci na tym rynku w ogóle nie korzystają ze strategii *multisourcingu*²⁸. Podczas dalszego badania skutków zamierzonej koncentracji OFT zauważył, że stosowane wysokie (50–60%) marże (*gross margins*) sprawiają, iż istnieje wyższe prawdopodobieństwo wystąpienia skutków nieskoordynowanych. Organ antymonopolowy ocenił także presję, jaką wywierają na krajowych producentów producenci zagraniczni (ok. 14% rynku). Ich działalność, ze względu na koszty transportu, była zbyt kapitałochłonna, by wyeliminować następcze antykonkurencyjne skutki koncentracji. W końcu OFT zwrócił uwagę na **nadmiar produkcji na rynku, który jednak nie był tak duży, by pozwolił zniwelować prognozowane negatywne skutki dla konkurencji**, w tym w szczególności skutki dotyczące cen.

²³ *Ibidem*, pkt 187.

²⁴ *Ibidem*, pkt 211.

²⁵ *Ibidem*, pkt 212.

²⁶ *Ibidem*, pkt 214.

²⁷ *Ibidem*, pkt 216.

²⁸ *Ibidem*, pkt 221.

W zasadzie większość przeprowadzonego badania skupiona została na możliwościach produkcyjnych aktualnych lub potencjalnych graczy rynkowych. Jako ostatni poruszony przez OFT czynnik analizy zostały ocenione bariery wejścia na rynek właściwy. OFT stwierdził, że od uczestników koncentracji poza informacją o tym, że bariery wejścia są niskie, nie uzyskał dowodów na to, że wejście na rynek nastąpi w wystarczającym zakresie oraz odpowiednio szybko, a także, iż jest prawdopodobne²⁹. Konsekwentnie OFT stwierdził, że koncentracja doprowadziłaby do wystąpienia nieskoordynowanych skutków rynkowych. Podkreślił, iż **nie są ich w stanie zniwelować ani nadmierne moce produkcyjne znajdujące się obecnie na rynku**, ani potencjalni zagraniczni importerzy cementu.

6.3.1.2. Koncentracja Kingspan Group/CRH Insulation Europe

Kolejnym przykładem koncentracji dokonanej na rynku, którego zakres produktowy wyznaczają produkty homogeniczne, była zamierzona koncentracja pomiędzy Kingspan Group plc oraz CRH Insulation Europe, analizowana przez OFT w roku 2011³⁰. W tym przypadku zakres produktowy dotyczył produkcji pianki izolacyjnej (*PIR foam insulation*). W ocenie skutków nieskoordynowanych zamierzonej koncentracji organ antymonopolowy wydający przedmiotową decyzję przeprowadził analizę skupiającą się na następujących elementach:

Udziale rynkowym (liczonym przez podaż – *supply*) uczestników koncentracji wynoszącym pomiędzy 35–45%, spowodowanym wzrostem o ok. 10–20%³¹. W rynku uczestniczyło ponadto trzech głównych konkurentów. Jego stopień koncentracji, liczony wskaźnikiem HHI, wynosiłby po dokonaniu koncentracji 2700 pkt, z przyrostem o 670 pkt. Jednocześnie dostarczone przez przedsiębiorców informacje wskazywały fluktuację udziałów rynkowych, ujawniającą się w systematycznym zwiększaniu udziałów konkurentów i obniżaniu wskaźnika koncentracji w ciągu ostatnich lat. Generalnie jednak wielkość udziałów rynkowych uczestników koncentracji świadczyła, według wydającego decyzję organu, o potencjalnym zagrożeniu konkurencji, do którego doszłoby w wyniku skonsumowania zamierzonej transakcji³².

W drugiej kolejności organ antymonopolowy zwrócił uwagę na niskie bariery zmiany dostawcy. Przeprowadzone ankiety wśród konsumentów

²⁹ *Ibidem*, pkt 234.

³⁰ Decyzja Office of Fair Trading z 13.04.2011, nr ME/4807/10, w sprawie *Kingspan Group plc* oraz *CRH Insulation Europe*.

³¹ *Ibidem*, pkt 27.

³² *Ibidem*, pkt. 32.

i konkurentów wskazywały, że większość klientów jest zdolna do zmiany dostawcy w przypadku wzrostu ceny produktu o 10%. OFT zbadał też bliskość konkurencji pomiędzy łączącymi się przedsiębiorcami. Dokonał tego głównie na podstawie ankiet, w których większość konsumentów wskazała, że taka konkurencja pomiędzy uczestnikami transakcji nie zachodzi. Potwierdziły to także dane dostarczone przez samych uczestników transakcji, a ponieważ koncentracja miała miejsce na rynku przetargowym, to wskazano, że procent wzajemnej utraty kontraktów jest dla uczestników transakcji minimalny³³.

Następnie organ antymonopolowy podjął temat mocy produkcyjnych, wskazując, że jeśli udział rynkowy byłby liczony według nich, to uczestnicy koncentracji posiadaliby 50–60% rynku. Rynek charakteryzowałby się również większym stopniem koncentracji³⁴. Natomiast gdyby wyliczyć udział w rynku samych niewykorzystanych mocy produkcyjnych, to wyniósłby on dla uczestników koncentracji 60–80%³⁵. Wnioskodawca wskazał natomiast, że **ilość niewykorzystanych mocy produkcyjnych pozostałych uczestników rynku dwa razy przewyższa obecny popyt na towary produkowane przez uczestników koncentracji**. Jego zdaniem homogeniczność oferowanych produktów, niewykorzystane moce wytwórcze oraz brak kosztów zmiany dostawcy były wystarczające, by mitygować jakikolwiek bodziec do ograniczenia produkcji lub podniesienia cen. Miało tak być, ponieważ konkurenci mogliby w łatwy sposób zwiększyć własną produkcję, powodując odpyły niezadowolonych konsumentów połączonego podmiotu³⁶. Wnioskodawca przedstawił także założenie tzw. **krytycznej niewykorzystanej mocy produkcyjnej (*critical spare capacity*)**. Takiej, która musi zostać utrzymana przez konkurentów w stosunku do produkcji sprzed dokonania koncentracji, by ograniczać możliwość (opłacalność) obniżenia podaży lub podwyższenia cen przez przedsiębiorcę powstałego w wyniku transakcji³⁷. Kingspan wskazywał, że nawet, jeśli jeden z konkurentów zaprzestałby produkcji, to obecnie niewykorzystywane moce produkcyjne mogłyby z łatwością wyrównać niedobór rynkowy. Ograniczało to presją konkurencyjną działania Kingspan po przeprowadzeniu transakcji. **OFT przyznał, że bodziec do ograniczenia produkcji po dokonaniu koncentracji przez Kingspan jest zależny od mocy produkcyjnych jego konkurentów**. Możliwość zmiany dostawcy przez konsumentów jest natomiast ograniczona tylko do zdolności konkurentów

³³ *Ibidem*, pkt 36/37.

³⁴ *Ibidem*, pkt 38.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, pkt 41.

³⁷ *Ibidem*, pkt 42.

do zwiększenia produkcji³⁸. Jednocześnie organ antymonopolowy wskazał, że zwiększenie mocy produkcyjnych wymaga kosztów i czasu (wyszkolenie personelu, koszty pracownicze, dostarczenie surowców do produkcji), który wyniesie od 3 do 6 miesięcy.

Wydając decyzję, głównie na podstawie analizy wielkości niewykorzystanych mocy produkcyjnych na rynku, liczby konkurentów i łatwości zmiany dostawcy, organ antymonopolowy stwierdził, że koncentracja nie doprowadzi do powstania skutków nieskoordynowanych, pomimo ukonstytuowania się wysokich udziałów rynkowych³⁹.

6.3.2. Praktyka orzecznicza sądów USA

6.3.2.1. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko International Paper Company

Wyrok United States District Court for the District of Columbia dotyczył zamierzonej koncentracji pomiędzy International Paper Company a Temple-Inland, producentami kartonu na terytorium USA. Koncentracja została dopuszczona po nałożeniu na jej uczestników strukturalnych środków zaradczych⁴⁰.

W pierwszej kolejności podczas prowadzonego badania zwrócono uwagę na udziały rynkowe uczestników koncentracji, które po skonsumowaniu transakcji wyniosłyby 37%, wynikając z przyrostu o 11%. Czterej najwięksi gracze rynkowi posiadaliby 74% udziału w rynku właściwym, na którym ujawniłyby się skutki zamierzonej transakcji⁴¹. W drugiej kolejności uwzględniony został także wskaźnik koncentracji rynku HHI, który w wyniku dokonania zamierzonej transakcji wzrósłby o 605 pkt., do poziomu 2025 pkt.

Co jednak najważniejsze, orzekający o zgodzie na dokonanie koncentracji, po spełnieniu nałożonych warunków, sąd stwierdził, że przemysł wytwórstwa kartonów ujawnia **bliski stosunek pomiędzy ceną produktu a poziomem produkcji całego sektora**. Stosunek materializował się w ten sposób, że **jeśli poziom produkcji wzrasta, to cena rynkowa maleje, a jeśli poziom produkcji spada, to cena rynkowa wzrasta *ceteris paribus***⁴². Z tego powodu **cena rynkowa może wzrosnąć, jeżeli dla jednego z uczestników koncentracji opłacalne okaże się zmniejszenie poziomu produkcji**. Niezbędnym bodźcem

³⁸ *Ibidem*, pkt 46.

³⁹ *Ibidem*, pkt 58.

⁴⁰ Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia, z 3.5.2012, w sprawie *United States v. International Paper Company and Temple-Inland Inc.*

⁴¹ *Ibidem*, s. 5.

⁴² *Ibidem*, s. 6

do obniżenia produkcji jest wielkość udziału rynkowego przedsiębiorcy. Im jest on większy, tym zmniejszenie produkcji będzie miało większy zakres i zwiększą się przychody dzięki wyższej cenie produktu⁴³.

Dodatkowo orzekający sąd stwierdził **brak możliwości zwiększenia produkcji przez konkurentów**, co według powoda w głównej mierze generowało możliwość ograniczenia antykonkurencyjnych skutków koncentracji⁴⁴. Opłacalność obniżenia produkcji wzmagała również małe prawdopodobieństwo nowych wejść na rynek, które nie byłyby odpowiednio szybkie i wystarczające. Wejścia napotkałyby istotne bariery, takie jak inwestycje w nowe wytwórnie, uzyskanie odpowiednich pozwoleń środowiskowych czy wprowadzenie systemu dystrybucji w czasie odpowiednio szybkim, by zapobiec ujawnieniu się antykonkurencyjnych skutków rynkowych. Pozwani, według orzekającego sądu, nie wskazali także efektywności, które byłyby charakterystyczne dla planowanej transakcji (*merger specific*).

Podsumowując, analiza przeprowadzona przez orzekający sąd dotyczyła: kształtowania się udziałów rynkowych, poziomów produkcji, możliwości odpowiedzi strony podażowej na wzrost cen oraz czynników wyrównawczych – możliwości nowych wejść oraz możliwości powstania korzyści efektywnościowych przeważających skutki antykonkurencyjne. Zgoda na dokonanie koncentracji kreującej skutki antykonkurencyjne w postaci powstania przedsiębiorcy posiadającego unilateralną siłę rynkową, została natomiast udzielona po zaproponowaniu warunków strukturalnych, tj. sprzedaży jednej z wytwórni. Miało to wpłynąć na zniwelowanie bodźca do obniżenia produkcji, zapobiegając jego opłacalności przez transfer mocy produkcyjnych do konkurentów⁴⁵.

6.3.2.2. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Altivity Packaging

W roku 2008 wydany został wyrok United States District Court for the District of Columbia w sprawie *United States przeciwko Altivity Packaging llc and Graphic Packaging International inc.* Dotyczył on warunkowej zgody na dokonanie zamierzonej koncentracji przedsiębiorców, której skutki antykonkurencyjne ujawniały się na rynku recyklingowanych kartonów powlekanych (*coated recycled boxboards*)⁴⁶.

⁴³ *Ibidem*, s. 7.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 8.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 10.

⁴⁶ United States District Court for the District of Columbia, sprawa *United States v. Altivity Packaging LLC and Graphic Packaging International Inc.* competitive impact statement.

Analiza pozwala na stwierdzenie, że orzekający sąd przebadiał: udział rynkowy, koszty produkcji, obecne i historyczne moce produkcyjne, obecne i historyczne ceny oraz historyczny i przyszły popyt, a także jego elastyczność.

W pierwszej kolejności pod uwagę wzięte zostały udziały rynkowe łączących się przedsiębiorców, wynoszące w tym przypadku 42%, w sytuacji rynkowej, w której trzech największych graczy rynkowych w sumie osiągało udział 86%⁴⁷. Wskaźnik koncentracji HHI wyniósłby 2745 pkt. po wzroście o 788 pkt. Koncentracja dotyczyła także zmniejszenia liczby graczy rynkowych z 4 do 3.

Podczas prowadzonego postępowania powód wskazywał w dużej mierze argumenty świadczące o tym, że rynek, na który zamierzona koncentracja miała wywrzeć wpływ, już operował na wysokich mocach produkcyjnych. Podobnie jak w sprawie *United States v. International Paper Company and Temple-Inland Inc.* orzekający sąd wskazał, że im wyższy udział rynkowy, tym większy bodziec do podniesienia ceny⁴⁸. Założenie to było kwestią dominującą w prowadzonym badaniu. W aspekcie pozostałych czynników podkreślone zostało zaś, że **nie istnieje możliwość zwiększenia produkcji przez konkurentów** czy niskiego importu. Bariery wejścia sprawiały natomiast, że wejście jest kosztowne i czasochłonne. Zastosowany środek zaradczy miał niwelować bodziec do ograniczenia produkcji przez oddanie odpowiedniej części mocy produkcyjnych w ręce konkurentów⁴⁹.

6.3.2.3. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Georgia Pacific Corporation

Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia w sprawie *United States przeciwko Georgia-Pacific Corporation i Fort James Corporation*⁵⁰ dotyczyło zamierzonej koncentracji przedsiębiorców na rynku papieru higienicznego w USA.

Skutki antykonkurencyjne koncentracji, które powód określił jako **możliwość używania siły rynkowej przez obniżenie podaży, prowadzące do podniesienia cen**, zostały zdefiniowane na podstawie następujących założeń. Udział rynkowy przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, liczony na podstawie mocy produkcyjnych, wynosił 11% i 25%. Udział przedsiębiorcy powstałego w wyniku

⁴⁷ *Ibidem*, s. 6.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 9.

⁵⁰ Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia w sprawie *United States v. Georgia-Pacific Corporation and Fort James Corporation*, competitive impact statement.

jej dokonania wyniósłby więc 36%⁵¹. Zdaniem powoda, taki wzrost w kontrolowaniu mocy produkcyjnych całego rynku sprawiłby, że opłacalne dla nowo powstałego przedsiębiorcy stałoby się czerpanie korzyści z podniesionych cen. Jednocześnie zaznaczono, że wysokość udziału rynkowego co prawda w innych przypadkach mogłaby być niewystarczająca dla orzeczenia o negatywnych skutkach dla konkurencji, ale w tym przypadku należało wziąć pod uwagę trzy inne czynniki rynkowe. Po pierwsze, nieelastyczny popyt na produkty oferowane na badanym rynku właściwym. Po drugie, fakt, że producenci operują na bliskich maksimum mocach produkcyjnych. Praktycznie bowiem nie istniały, niewykorzystane moce wytwórcze (*spare capacity*), które można by szybko przenieść na rynek w celu obniżenia ogólnej ceny rynkowej⁵². Po trzecie, zamierzona koncentracja negatywnie wpływała również na strukturę i poziom koncentracji rynku właściwego, prowadząc do zmniejszenia liczby graczy rynkowych z 3 do 2. Dodatkowo na badanym rynku właściwym uczestnicy koncentracji byli dwoma największymi podmiotami, licząc ich udziały w sprzedaży, posiadali bowiem 23% i 43% udziału rynkowego, dającego w sumie 66% udziału po dokonaniu koncentracji. Wskazano również na brak prawdopodobieństwa nowego wejścia na rynek, w szczególności z powodu wysokich nakładów kapitałowych, okresu skutecznego wejścia (wynosiłby ok. 2 lat), a także wdrożenia nowego systemu dystrybucji⁵³.

6.3.2.4. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Abitibi Consolidated

Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia w sprawie *United States przeciwko Abitibi – Consolidated inc. i Bowater Incorporated* jest kolejnym przykładem koncentracji na rynku produktów homogenicznych, któremu sprzeciwił się DOJ.

Zamierzona koncentracja dotyczyła dwóch największych przedsiębiorców na rynku papieru gazetowego w USA⁵⁴. Ich udziały rynkowe wynosiły 25% oraz 16%, co po dokonaniu koncentracji pozwoliłoby na osiągnięcie udziału (w mocach produkcyjnych) ok. 40% rynku⁵⁵.

Organ antymonopolowy zauważył także zmniejszający się popyt na oferowany produkt, co powodowało m.in. zamykanie wytwórni przez poszczególnych graczy rynkowych. W jego ocenie spadek popytu i związany z tym

⁵¹ *Ibidem*, s. 7.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, s. 6.

⁵⁴ Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia w sprawie *United States v. Abitibi – Consolidated inc. and Bowater Incorporated*.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 6.

nadmiar mocy produkcyjnych spowodowałby, że uczestnicy koncentracji chcieliby zamknąć kolejne wytwórnie po dokonaniu transakcji. Związane z tym obniżenie poziomu podaży wpłynęłoby natomiast na wzrost cen.

W przypadku niedokonania koncentracji, żaden z jej uczestników nie posiadałby z kolei bodźca do podniesienia ceny rynkowej przez obniżenie własnej produkcji⁵⁶. Tak jak w pozostałych sprawach poddanych niniejszemu badaniu, DOJ stwierdził, że **kontrolowanie większej ilości mocy produkcyjnych kreuje bodziec do opłacalnego obniżenia własnej produkcji**. W tym przypadku zastosowany przez DOJ został **Closing Capacity Model**⁵⁷. Jako czynniki wyrównawcze istotnego osłabienia konkurencji przez powstanie siły rynkowej, DOJ poddał analizie możliwość nowych wejść na rynek właściwy. Wskazał na brak prawdopodobieństwa nowego wejścia, a także wprowadzenia na rynek nowych mocy produkcyjnych przez istniejących konkurentów.

Warte uwagi jest także to, że podając powody nałożenia środka zaradczego, który zobowiązywał do sprzedaży części wytwórnie, DOJ po raz kolejny wskazał, że **obniży to moce produkcyjne poniżej poziomu, z którego przedsiębiorca mógłby osiągnąć zysk przez samodzielne strategiczne ograniczenie produkcji**⁵⁸.

6.3.3. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej

6.3.3.1. Koncentracja UPM/Mylykovski and Rhein Paper

W praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej warta uwagi jest wydana w roku 2011 decyzja w sprawie przejęcia UPM-Kymmene Corporation grupy Myllykoski (Myllykoski Corporation oraz Rhein Papier GmbH)⁵⁹. Przedsiębiorcy byli aktywni w sektorze produkcji papieru prasowego.

Zamierzona koncentracja powodowała wystąpienie obaw co do jej wpływu na rynek papieru magazynowego, w szczególności jednego z segmentów rynku, tzw. papieru SC (papier superkalandrowany)⁶⁰. W pierwszej kolejności Komisja wskazała, że na rynku papieru prasowego skupiającego

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Zobacz: United States District Court for the District of Columbia, Declaration of Nicholas Hill CASE NO. 1:07-cv-01912 (RMC). Dostępne na: <http://www.justice.gov/file/483251/download>.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 9.

⁵⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 13.07.2011, w sprawie nr COMP/M.6101, *UMP/Mylykovski i Rhein Papier* dostępna na: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6101_20110713_20682_2274832_EN.pdf.

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 96.

wszystkie segmenty uczestnicy koncentracji uzyskaliby łączny udział w wysokości od 40–50%⁶¹. Natomiast w segmencie papieru SC (i jego podsegmentach) udział ten wynosiłby aż 50–60%, a w niektórych podsegmentach nawet 60–70%⁶². Udział istotnych konkurentów wynosił ok. 20–30%, 5–10%, 10–20% oraz 0–5%⁶³. Pomniejszenie udziału uczestników transakcji do ok. 40–50% następowało natomiast po dodaniu do tak wskazanego zakresu produktowego nowego rodzaju papieru (SC-B equivalent), doprowadzając jednocześnie do wzrostu udziałów najistotniejszych konkurentów. Komisja Europejska nie przyznała jednak tym czynnikom decydującego wpływu na wynik analizy skutków zamierzonej koncentracji.

Przeprowadzone badanie skupiło się na charakterystyce działania analizowanego sektora produkcji. Badanie wykazało, że produkcja papieru jest sektorem wyjątkowo chłonnym kapitałowo, w którym używanie mocy produkcyjnych jest istotnym determinantem opłacalności produkcji. Wnioskodawca wskazał, że producenci nie są w stanie prowadzić opłacalnej produkcji poniżej 90–100% stopnia wykorzystania mocy wytwórczych, co powoduje pozostawianie znacznych nadwyżek produkcyjnych⁶⁴. W związku z tym uznano, że przy takiej charakterystyce produkcji, poziom wykorzystania mocy produkcyjnych, jak i wolne moce produkcyjne konkurentów, będą szczególnie ważne dla oceny możliwości posiadania siły rynkowej przez przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji. Komisja przeprowadziła także badanie prognozowanego popytu, ustalając, że przez następne lata będzie się on podwyższał lub pozostanie na poziomie stabilnym. Przeprowadzone badania rynku potwierdziły też wcześniejsze stanowisko wnioskodawcy, że **stopień wykorzystania mocy produkcyjnych przez konkurentów osiąga od 90–100%**⁶⁵. Niewykorzystane moce produkcyjne konkurentów wynosiły około 10% mocy produkcyjnych każdego z nich, co zostało uznane przez Komisję za znaczące⁶⁶. Dodatkowo Komisja wzięła pod uwagę możliwości produkcyjne tzw. papieru SC-B equivalent, a także związane z tym inwestycje, które również w sposób istotny mogłyby ograniczyć możliwość podniesienia cen po dokonaniu koncentracji.

W takiej sytuacji, głównie z powodu nadwyżek produkcyjnych, nie można byłoby doprowadzić zarówno do bezpośredniego podniesienia cen dla całego rynku, jak i ograniczenia produkcji przez przedsiębiorcę powstałego w wyniku zamierzonej koncentracji.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 100.

⁶² *Ibidem*, pkt 108.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 121.

⁶⁵ *Ibidem*, pkt 30.

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 143.

6.3.3.2. Koncentracja HOLCIM/CEMEX WEST

Zamierzona koncentracja przedsiębiorców HOLCIM Beteiligungs oraz Cemex West dotyczyła podmiotów, których działalność gospodarcza skupia się na produkcji cementu oraz materiałów budowlanych⁶⁷. Komisja w niniejszej sprawie dokonała m.in. badania wpływu zamierzonej koncentracji na rynek produkcji cementu szarego w obszarach geograficznych 150 oraz 250 km od cementowni należących do uczestników koncentracji.

W pierwszej kolejności Komisja dokonała analizy wpływu koncentracji na rynek cementu szarego w obszarze 150 km od cementowni należących do uczestników zamierzonej koncentracji. Pierwszym elementem analizy był wspólny udział rynkowy uczestników transakcji, który wynosiłby w tym przypadku pomiędzy 10–20% (liczony w sprzedaży). Pozostali gracze rynkowi posiadali udziały rynkowe o podobnej wielkości⁶⁸. Podobna sytuacja (udział ok. 20–30%) miała miejsce na obszarze 250 km od cementowni⁶⁹. Prowadząc w ramach analizy skutków zamierzonej koncentracji badanie rynku, Komisja zwróciła uwagę, że większość odpowiedzi konsumentów na zadane pytania skłaniało się ku ocenie istnienia skutecznej konkurencji po dokonaniu zamierzonej koncentracji⁷⁰. Podobne odpowiedzi znalazły się w ankietach adresowanych do konkurentów, a także w dokumentach wewnętrznych uczestników koncentracji⁷¹. Wpływ na treść wydanej decyzji miała także historia ostatnich skutecznych wejść na rynek, jak też ekspertyza ekonomiczna przedstawiona przez uczestników koncentracji, potwierdzająca brak możliwości unilateralnego podniesienia cen w tak ukształtowanym środowisku ekonomicznym⁷².

6.3.3.3. Koncentracja EDF/British Energy

Podczas badania skutków rynkowych zamierzonej koncentracji pomiędzy Electricite de France a British Energy, na rynku obrotu hurtowego energią elektryczną, Komisja w pierwszej kolejności poddała analizie udziały w rynku. Dla uczestników koncentracji wynosiły one pomiędzy 20–30%, zarówno w mocach produkcyjnych, jak i sprzedaży. Przyrost udziałów, jaki

⁶⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 5.04.2014, w sprawie nr COMP/M.7009, *Holcim/Cemex West*.

⁶⁸ *Ibidem*, pkt 106.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt 107.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt 108.

⁷¹ *Ibidem*, pkt 109.

⁷² *Ibidem*, pkt 113.

ukształtowałyby zamierzona transakcja, wynosił ok. 5–10%⁷³. Struktura rynku przedstawiała się natomiast w ten sposób, że trzech przedsiębiorców posiadało udziały w wielkości 10–20%, natomiast pozostałych czterech przedsiębiorców udziały w wielkości ok. 5–10 oraz 0–5%⁷⁴. Choć same udziały, jako nieznacznie wysokie, nie wzbudzały obaw organu antymonopolowego, to Komisja wskazała, że poszczególne horyzontalne oraz wertykalne aspekty rynku energii elektrycznej powinny zostać poddane bardziej szczegółowemu badaniu.

Komisja dokonała analizy możliwości wstrzymania mocy produkcyjnych prowadzącej do wzrostu cen rynkowych⁷⁵. Stwierdziła, że uczestnicy koncentracji, w przedstawionym na etapie toczącego się postępowania modelu ekonomicznym, nie zdołali udowodnić **braku zdolności do wpłynięcia na wysokość ceny rynkowej energii elektrycznej przez ograniczenie produkcji**. Wręcz przeciwnie, mogą oni w rezultacie takiego ograniczenia znacząco wpłynąć np. na wysokość cen. **Analogiczne wskazanie dotyczyło także bodźców do ograniczenia produkcji**. Komisja wykazała też, jak konkretnie (w jakiej wielkości procentowej) podniesienie ceny rynkowej wpłynie na utratę dobrobytu konsumentów w przedziale rocznym (jaką utratę sumy pieniężnej poniosą konsumenci)⁷⁶. Organ bezpośrednio odniósł się do konkretnych założeń modelu ekonomicznego przedstawionego przez uczestników zamierzonej koncentracji, określając i argumentując, dlaczego nie przyznał im racji. Wydając decyzję, Komisja stwierdziła powstanie poważnych wątpliwości (*serious doubts*) co do skutków zamierzonej koncentracji⁷⁷.

6.3.4. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK

6.3.4.1. Koncentracja PGE/Energa

W zakresie powstania siły rynkowej przedsiębiorcy na rynku produktów homogenicznych najtrafniejszym przykładem, oddającym podejście Prezesa UOKiK do oceny tego rodzaju operacji gospodarczych, jest decyzja zakazująca dokonania koncentracji pomiędzy Polską Grupą Energetyczną S.A. (PGE) a Energa S.A. (Energa)⁷⁸.

⁷³ Decyzja Komisji Europejskiej z 22.12.2008 nr COMP.M.5224, w sprawie *EDF/British Energy*.

⁷⁴ *Ibidem*, pkt 23.

⁷⁵ *Ibidem*, pkt 25.

⁷⁶ *Ibidem*, pkt 30–35.

⁷⁷ *Ibidem*, pkt 37.

⁷⁸ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK 1/2012, w sprawie *PGE/Energa*.

Sposób ustrukturyzowania analizy w tej decyzji świadczy o tym, że Prezes UOKiK preferuje prowadzenie w zasadzie wyłącznie analizy pośredniej opartej na zakreśleniu rynku właściwego oraz oceny jego struktury w ramach tak wyznaczonych granic. Na tej podstawie Prezes UOKiK wyprowadza wnioski co do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku.

Co prawda w treści decyzji organ antymonopolowy wskazuje, że *to intensywność ograniczenia konkurencji będzie determinowała treść rozstrzygnięcia organu antymonopolowego*⁷⁹, jednak na podstawie treści samej decyzji trudno jest dociec, jak owa intensywność została zbadana. Inaczej mówiąc, organ nie przedstawił w niej (poza opisem struktury rynku) żadnych dowodów ekonomicznych świadczących o obniżeniu intensywności konkurencji. Zamiast tego w dalszej części decyzji twierdzi, że przy ocenie wpływu koncentracji na wyznaczone rynki *zasadniczą kwestią jest ich określenie w aspekcie geograficznym*⁸⁰, co już właściwie przekreśla pierwsze z wyżej cytowanych stwierdzeń, a sugeruje przeprowadzenie analizy opartej w całości nie tyle na badaniu intensywności konkurencji, a struktury rynku właściwego. Trzeba też mieć na uwadze, że większość wydanej decyzji została poświęcona dość oczywiście, z punktu widzenia przedstawionej argumentacji (a także stosowanych metod wyznaczania), określeniu zakresu geograficznego rynku właściwego.

Na pierwszym z dwóch rynków, będących przedmiotem analizy, **rynku wytwarzania i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej**, organ antymonopolowy nie znalazł podstaw do wskazania, że dokonanie zamierzonej koncentracji istotnie ograniczy konkurencję. Prezes UOKiK ograniczył się w swoim badaniu do: (i) określenia udziałów rynkowych uczestników zamierzonej koncentracji, (ii) określenia udziałów rynkowych największych uczestników koncentracji, (iii) stwierdzenia przekroczenia prognozy domniemania, z którym uokik wiąże powstanie pozycji dominującej, jednak przekroczenia na tyle nieznaczne, że generowany wzrost udziału w rynku *nie może zostać uznany za istotny*. Na tym w zasadzie kończy się przeprowadzona przez Prezesa UOKiK analiza skutków zamierzonej koncentracji.

W treści decyzji nie znajdziemy podstawy do określenia udziałów rynkowych przedsiębiorców, co z punktu widzenia analizowanej wcześniej praktyki decyzyjnej innych organów ma znaczenie kluczowe dla określenia skutków rynkowych tej transakcji. Brakiem jest też nieuwzględnienie mocy wytwórczych poszczególnych graczy rynkowych. Chociaż w decyzji można odnaleźć ogólne stwierdzenie, że *znaczna część mocy wytwórczych w pol-*

⁷⁹ *Ibidem*, s. 51.

⁸⁰ *Ibidem*.

*skim systemie elektroenergetycznym jest w dużym stopniu wyeksploatowana*⁸¹, nie jest do końca jasne, czy w ogóle poddano analizie to, w jakim stopniu moce wytwórcze mogłyby zagrozić potencjalnemu wzrostowi cen, pomijając kwestię pytania o zastosowanie ukształtowanych ekonomicznych narzędzi analizy bezpośredniej. W takim wypadku (braku niewykorzystanych mocy wytwórczych) można wątpić w poprawność tezy rozstrzygnięcia. Ze względu na bardzo ograniczone dane w publicznie dostępnej wersji decyzji, trudno jest jednak zająć w tym aspekcie jednoznaczne stanowisko.

W przypadku drugiego z rynków właściwych, mających znaczenie dla przedstawionego problemu badawczego, tj. **rynku sprzedaży detalicznej energii elektrycznej**, stwierdzono, że skonsumowanie transakcji spowoduje istotne ograniczenie konkurencji. Tutaj również analiza przeprowadzona przez Prezesa UOKiK miała charakter typowej analizy pośredniej, której składnikami były: (i) udział rynkowy uczestników koncentracji – znacznie przekraczający próg domniemania podsiłania pozycji dominującej, (ii) udziały rynkowe konkurentów, oraz (iii) fakt zniknięcia *jednego z największych konkurentów*⁸². Prezes UOKiK ponownie nie wyjaśnił w treści decyzji, na jakiej podstawie obliczył udziały w rynku właściwym.

W dalszej kolejności organ ochrony konkurencji stwierdza jedynie, że koncentracja *negatywnie wpłynie na strukturę tego rynku i w istotnym stopniu ograniczy odbiorcom (...) możliwość wyboru dostawcy energii elektryczne. W efekcie skutek tej koncentracji może być niekorzystny dla kształtowania się wskaźnika zmiany sprzedawcy, bowiem ograniczona zostanie propozycja ofertowa. Potwierdzeniem powyższego może być dokonana przez URE analiza migracji w zakresie zmiany sprzedawcy pomiędzy tymi spółkami*⁸³. Prezes UOKiK nie podejmuje się wyjaśnienia, czy na podstawie danych o migracji można by stwierdzić, że uczestnicy koncentracji są **bliskimi konkurentami** na wyznaczonym rynku właściwym. Nie podejmuje również wyjaśnienia, jak kształtuje się migracja pomiędzy uczestnikami koncentracji a innymi graczami rynkowymi. Skupia się na zawężeniu wyboru dla konsumentów. Warto także zwrócić uwagę, że wydając decyzję, Prezes UOKiK podkreśla, że wśród odbiorców detalicznych można wyróżnić odbiorców taryfowych, którzy kupują energię na podstawie umowy sprzedaży po cenie zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (ok. 25% całkowitej ilości energii sprzedanej odbiorcom krańcowym). Organ nie wyjaśnia, w jaki

⁸¹ *Ibidem*, s. 9.

⁸² *Ibidem*, s. 54.

⁸³ *Ibidem*, s. 55.

sposób koncentracja wpłynęłaby na możliwość podwyższenia tak zatwierdzanych cen energii⁸⁴.

W mojej ocenie, mając na uwadze dość lakoniczne stwierdzenia co do prowadzenia badania skutków rynkowych niniejszej koncentracji, Prezes UOKiK odbiegł od oceny transakcji w świetle ekonomicznie uzasadnionych możliwości ograniczenia konkurencji na obydwu badanych rynkach. Przeprowadzone badanie jest raczej niepełną analizą struktury rynku właściwego, aniżeli analizą skutków rynkowych transakcji.

6.4. Wnioski

Podsumowując przeprowadzone badanie, należy wskazać następujące aspekty analizy skutków jednostronnych koncentracji horyzontalnych na rynkach produktów homogenicznych.

W pierwszej kolejności organy ochrony konkurencji dokonują obliczenia udziałów rynkowych przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji. Udziały te **mają bardzo duże znaczenie dla wyniku oceny jej skutków rynkowych**. Bierze się to głównie z faktu większej opłacalności obniżenia podaży przez przedsiębiorców obsługujących przeważającą część konsumentów na rynku. Uważa się bowiem, że cena na tego rodzaju rynku jest zależna od poziomu produkcji. Na podstawie przeprowadzonego badania postulować można obliczanie udziałów w rynku na podstawie dostępnych mocy produkcyjnych jego uczestników.

Jednocześnie, chociaż udział uczestników koncentracji w rynku oraz alternatywnie poziom koncentracji są ważne dla końcowego wyniku badania, to nie przesądzają o nim samodzielnie i bezwzględnie. Są one **przesłanką dalszego badania zasadności interwencji w procesy zmian strukturalnych w gospodarce**.

W **drugiej kolejności** bierze się pod uwagę udziały w rynku konkurentów, jako ewentualną przeciwwagę rynkową dla połączonego podmiotu. Nie należy jednak wykluczać całkowicie możliwości badania innych czynników analizy pośredniej.

Jako trzeci i zarazem kluczowy element analizy należy wyróżnić **ocenę mocy produkcyjnych rynku, na który zamierzona koncentracja ma wywrzeć wpływ**. Spowodowane jest to wspomnianą wyżej korelacją pomiędzy poziomem produkcji a cenami produktów, charakterystyczną dla tego rodzaju rynków właściwych. W większości przypadków organy ochrony konkurencji

⁸⁴ *Ibidem*, s. 39.

badają, jaki jest stopień wykorzystania mocy produkcyjnych przez wszystkich graczy rynkowych. W szczególności, jak duże są moce, które konkurenci mogą uruchomić w przypadku podwyższenia ceny przez uczestników koncentracji w wyniku ograniczenia produkcji. Uruchomienie niewykorzystanych mocy produkcyjnych, jeśli pozwoli na uzyskanie popytu konsumentów, którzy będą chcieli zmienić dostawcę, jako element presji konkurencyjnej będzie czynnikiem eliminującym możliwość podniesienia cen *ex ante*. Kluczowym elementem analizy jest więc zdolność odpowiedzi strony podaźowej rynku na ograniczenie produkcji przez uczestników koncentracji. Elementem analizy może być także ukształtowanie popytu i prognoza jego wzrostu w najbliższych latach.

Ta część prowadzonego badania w dużej mierze powinna być prowadzona jako analiza bezpośrednia skutków zamierzonej koncentracji, tj. oparta na dokładnej analizie ekonomicznej, sytuacji rynkowej przed i po dokonaniu koncentracji – przykładowo na podstawie stosowanego w USA Capacity Closure Model. W tym zakresie należy postulować o zmianę prowadzonych analiz zamierzonych koncentracji przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK. Obecnie organ kieruje się bowiem głównie geograficznym zakresem rynku właściwego, przyznając kluczowe znaczenie udziałom rynkowym przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, kosztem analizy mocy produkcyjnych. Również takie podejście, podobnie jak w przypadku rynków produktów zróżnicowanych, może nie do końca odpowiadać głównemu celowi stawianemu przed prawem ochrony konkurencji w Polsce i przez to czynić nadzór nad zamierzonymi koncentracjami przedsiębiorców mniej efektywnym. Przykładowo wskazywanie na ograniczenie propozycji ofertowych jako główny negatywny skutek koncentracji odpowiada bardziej założeniom szkoły fryburskiej, niż założeniu ochrony dobrobytu konsumentów. Może zatem prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z celem uokik, a więc obarczonych ryzykiem sprzeczności z zasadą proporcjonalności.

W niektórych przypadkach organy antymonopolowe badają także bliskość konkurencji pomiędzy uczestnikami zamierzonej transakcji. Biorąc pod uwagę aspekty ekonomicznej charakterystyki produktów homogenicznych, nie wydaje się jednak, by był to czynnik decydujący o wyniku prowadzonego badania.

W dalszej kolejności organy ochrony konkurencji sprawdzają także możliwość wystąpienia innych czynników wyrównawczych możliwości podniesienia cen przez uczestników koncentracji, tj. możliwości nowych wejść, siłę odbiorców czy też efektywności pochodzące z zamierzonej koncentracji.

W mojej ocenie należy postulować prowadzenie badania o wskazanej wyżej strukturze w każdym przypadku przez Prezesa UOKiK – jako

weryfikacji podstawowych elementów oceny skutków rynkowych zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, na rynku produktów jednorodnych. Wprowadzenie stosowania wyżej wskazanych analiz do praktyki polskiego organu ochrony konkurencji byłoby zgodne z zasadą prawdy obiektywnej (art. 7 KPA), jak i zasady pogłębiania zaufania obywateli do Państwa (art. 8 KPA). Jest to konieczne w celu właściwego zastosowania przepisów uokik, jak i wydawania proporcjonalnych rozstrzygnięć przez Prezesa UOKiK.

Należy wskazać, że na rynkach produktów homogenicznych metody pośredniej oraz bezpośredniej oceny skutków zamierzonych koncentracji przedsiębiorców są komplementarne. Dopiero ich spójne zastosowanie decyduje o wyniku prowadzonego badania.

Kluczowe dla stwierdzenia skutków antykonkurencyjnych jest jednak przeprowadzenie badania metodą analizy bezpośredniej, dotyczącego mocy produkcyjnych możliwych do użycia na rynku, a także związanej z nimi opłacalności ograniczenia produkcji przez uczestników transakcji.

Rozdział 7.

Horyzontalne koncentracje przedsiębiorców na rynkach przetargowych

7.1. Rynek przetargowy – założenia ekonomiczne i polityka organów ochrony konkurencji

Rynek przetargowy jest rynkiem, na którym do wyłonienia partnera gospodarczego dochodzi w wyniku przetargu ogłaszanego przez zamawiającego. Poszukując dokładnej definicji rynku przetargowego, należy zwrócić uwagę na przedstawione przez D. Pattersona oraz C. Shapiro przesłanki jego istnienia (nazywanego także idealnym rynkiem przetargowym):

- (i) przetargi mają miejsce rzadko (każdy przetarg jest tak naprawdę nowym konkursem);
- (ii) wartość każdego kontraktu jest znacząca dla składających oferty (tzw. *lumpy competition*);
- (iii) cały kontrakt jest przeznaczony jedynie dla wygrywającego przetarg (tzw. *winner-takes-all principle*)¹.

W doktrynie można odnaleźć dodatkowe przesłanki, których spełnienie świadczy o zakwalifikowaniu danego rynku do kategorii rynków przetargowych: (i) możliwość łatwego wejścia na rynek, (ii) składający oferty mają świadomość że wybór kontrahenta odbywa się w ramach przetargu².

W praktyce nie wszystkie (a nawet żadna) z tych przesłanek muszą być jednak spełnione, by rynek został zakwalifikowany jako rynek przetargowy na potrzeby postępowania antymonopolowego³. Wydaje się więc, że rynkiem przetargowym można nazwać po prostu taki rynek, na którym **do wyboru kontrahenta dochodzi w wyniku przetargu**.

¹ D. Patterson, C. Shapiro, *Trans-Atlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, Antitrust Magazine, 2001.

² P. Klemperer, *Competition Policy in Auctions and "Bidding Markets"*, w: *Handbook of Antitrust Economics*, ed. P. Buccirosi, MIT Press, Cambridge, MA, USA.

³ *Ibidem*.

W sytuacji rynku przetargowego konkurencja pomiędzy przedsiębiorcami odbywa się nie tyle na samym rynku (*competition on the market*), co na etapie przetargu, o często cały rynek właściwy (*competition for the market*)⁴. Dlatego też to nie udziały w rynku osiągane po wygranym przetargu, a zdolność do przedłożenia oferty jest czynnikiem mającym istotne znaczenie dla posiadania siły rynkowej⁵.

Komisja wskazuje w jednej z decyzji, że na rynku przetargowym z powodu tzw. *lumpy competition* udziały rynkowe świadczą jedynie o aktywności wygrywających przetargi, ale nie pokazują np., ilu aktywnych konkurentów nakładających presję konkurencyjną na wygrywającego przedsiębiorcę uczestniczyło w danym przetargu⁶.

Organy ochrony konkurencji USA zwracają natomiast uwagę, że zanik konkurencji pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, niepozwalający na przeciwstawienie ich przeciwko sobie przez organizatora przetargu, może powodować, że organizator nie uzyska tak atrakcyjnych warunków jak przed dokonaniem koncentracji⁷. Taka sytuacja ma miejsce w szczególności, jeżeli przed dokonaniem zamierzonej koncentracji jeden z jej uczestników powodował np. oferowanie obniżonych cen przez innych przedsiębiorców (tzw. *runner-up*).

Na rynku przetargowym ograniczone znaczenie nadaje się więc udziałom rynkowym. Prezes UOKiK stwierdza np., że na takim rynku większe znaczenie ma liczba wiarygodnych dostawców, zdolnych do złożenia alternatywnych ofert⁸. Analogicznie na ograniczoną wartość udziałów rynkowych dla analizy koncentracji na rynkach przetargowych wskazują wytyczne francuskiego organu ochrony konkurencji⁹, jak i praktyka decyzyjna Komisji¹⁰. Bundeskartellamt stwierdza zaś wprost, że udziały rynkowe w wielu przypadkach nie mają wiele wspólnego z siłą rynkową na rynkach przetargowych¹¹.

⁴ U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, OXFORD University Press 2009, s. 137; zobacz też: Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, 29 marzec 2012, courtesy translation, pkt 35.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.01.2002, w sprawie nr COMP/M.2694, *Metronet/Infracore*, pkt 47.

⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, sierpień 2010, s. 29.

⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 23.09.2003, nr DPI-62/2003, w sprawie *Motorola/Prokom*.

⁹ Autorite de la concurrence, *Merger Control Guidelines*, wersja angielska, pkt 358.

¹⁰ Decyzja Komisji z 3.04.2001, w sprawie nr COMP/M.2139, *Bombardier / Adtranz*; Decyzja Komisji z 5 września 2002 w sprawie nr COMP/M.2816, *Ernst & Young / Andersen France*.

¹¹ Decyzja Bundeskartellamt z 15.05.2006, nr B5-185-05, w sprawie *Von Roll Inova/Alstom*, pkt 40; Decyzja Bundeskartellamt z 15.11.2007, nr B1-190-07, w sprawie *Faber/BAG/AML*, pkt. 97ff.

7.1.1. Praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej

7.1.1.1. Koncentracja General Electric/Instrumentarium

W roku 2003 Komisja badała skutki rynkowe zamierzonej koncentracji przedsiębiorców **General Electric Company (GE)** oraz **Instrumentarium OYJ**¹².

(i) Rynek monitorów operacyjnych

Rynkiem, któremu Komisja poświęciła najwięcej uwagi podczas oceny skutków zamierzonej koncentracji, był rynek monitorów operacyjnych¹³. Jest to jednocześnie rynek produktów zróżnicowanych, w szczególności ze względu na preferencje szpitali (ze względu na specyfikacje technologiczne wskazywane w poszczególnych przetargach).

W pierwszej kolejności Komisja dokonała analizy **udziałów rynkowych**, jakie zostaną osiągnięte przez przedsiębiorcę powstałego w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji. Udziały te na terytorium EOG wyniosłyby 65–70%, a nawet więcej w niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej (do ponad 90%). Komisja wzięła pod uwagę także udziały rynkowe aktualnych konkurentów.

Kluczowe dla prowadzonego badania stało się jednak przeprowadzenie badania bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji przedsiębiorców. Analizowane w tym celu dane dotyczyły 3355 przetargów, do których doszło w ciągu pięciu lat przed zgłoszeniem zamierzonej koncentracji. Dane wskazywały, że uczestnicy zamierzonej transakcji spotkali się w ok. 50–60% przetargów, nie napotykając żadnego konkurenta w 20–30% z nich oraz jednego konkurenta w 20–30% z nich. W 30–40% z przetargów uczestnicy koncentracji nie napotkali natomiast potencjalnie dwóch największych graczy rynkowych, tj. Phillips i Siemens¹⁴. Według Komisji było to dowodem, że zamierzona koncentracja doprowadzi do zredukowania liczby istotnych graczy rynkowych z dwóch do jednego, w jednym na trzy odbywające się na tym rynku przetargi.

Na istotność konkurencji zachodzącej pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji wskazywały również dane dostarczone przez Phillips. Wygrywał on ok. 70–80% przetargów, gdy żaden z uczestników koncentracji nie był obecny w postępowaniu, 50–60%, gdy obecny był jeden z nich, a już tylko 30–40%,

¹² Decyzja Komisji Europejskiej z 2.09.2003, w sprawie nr COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium*.

¹³ *Ibidem*, pkt. 101 i nast.

¹⁴ *Ibidem*, 133.

gdym spotykał się z konkurencją ze strony obydwu uczestników transakcji. W tym ostatnim przypadku Phillips oferował też zdecydowanie niższą cenę. Takie statystyki potwierdziły się na rynkach geograficznych, które zostały zakreślone do terytoriów poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej¹⁵. Uczestnicy zamierzonej koncentracji przedstawili natomiast badanie wskazujące, iż nie są najbliższymi konkurentami, ponieważ nie występują w wygranych przez jednego z nich przetargach najczęściej jako przedsiębiorcy oferujący drugą najlepszą ofertę (*winn-loss analysis*)¹⁶. Komisja poddała także analizie wpływ uczestniczenia GE i Instrumentarium w tym samym przetargu na oferowaną przez nich cenę. Badanie wykazało przykładowo, że obecność Instrumentarium w przetargach we Francji wpływa na niższą cenę oferowaną przez GE¹⁷.

Po przeprowadzeniu badania bliskości konkurencji zachodzącej pomiędzy uczestnikami transakcji oraz jej wpływu na konkurencję rynkową, Komisja poddała analizie także czynniki wyrównawcze. Odnosząc się do możliwości nowych wejść, wskazała ich małe prawdopodobieństwo ze względu na bariery wejścia, w tym bariery kapitałowe, jak i okres niezbędny na wykreowanie nowych produktów¹⁸. Komisja dokonała także badania wskazanej przez uczestników koncentracji wyrównawczej siły rynkowej, stwierdzając jednak jej brak, m.in. z powodu rozdrobnienia nabywców¹⁹. Konsekwentnie doszła do wniosku, że na pięciu z badanych rynków państw członkowskich Unii Europejskiej zamierzona koncentracja doprowadzi do powstania pozycji dominującej.

(ii) Rynek monitorów medycznych

Drugim z badanych rynków, na który zamierzona koncentracja wywarłaby wpływ, był rynek sprzedaży monitorów medycznych (*critical care monitors*)²⁰. Wspólny udział uczestników zamierzonej koncentracji w rynku geograficznym zakreślonym do terytorium EOG wyniósłby ok. 20–30%, natomiast w niektórych krajach udział ten wynosił powyżej 40%. Komisja wskazała także na udziały, jakie osiągnęli konkurenci uczestników zamierzonej transakcji, w tym w szczególności Phillips oraz Siemens.

Pomimo, wydawać by się mogło, niskiego udziału rynkowego, Komisja przeprowadziła pełne badanie skutków zamierzonej koncentracji przedsiębiorców. W pierwszej kolejności przeprowadziła badanie bliskości kon-

¹⁵ *Ibidem*, 135.

¹⁶ *Ibidem*, 142– 150.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 175.

¹⁸ *Ibidem*, pkt 199.

¹⁹ *Ibidem*, pkt 210.

²⁰ *Ibidem*, pkt 219.

kurencji pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji²¹. Badanie to oparte zostało na danych statystycznych. Spośród 2727 zidentyfikowanych przetargów Instrumentarium spotykało się z drugim uczestnikiem koncentracji jako konkurentem w 20–30% z nich, natomiast z Phillips w 30–40% z nich, a z Siemens 20–30%. Dodatkowo w 70% z przetargów, w których obecni byli obydwaj uczestnicy zamierzonej koncentracji, obecni byli także co najmniej dwaj inni konkurenci. Zdaniem Komisji zaprzeczało to, że uczestnicy zamierzonej koncentracji są swoimi najbliższymi konkurentami. Ponadto przeprowadzone studia statystyczne pokazywały, jak często uczestnicy zamierzonej koncentracji byli wygrywającym oraz przedsiębiorcą zajmującym drugie miejsce w przetargach. Na terytorium EOG na przestrzeni 5 lat przed dokonaniem koncentracji GE było drugim przedsiębiorcą zaledwie w 10–20% przetargów, natomiast Phillips w 60–70%. Tak przeprowadzone badanie skłoniło Komisję do konkluzji, że uczestnicy zamierzonej koncentracji nie są bliskimi konkurentami na badanych rynkach właściwych.

Konsekwentnie na tym rynku właściwym Komisja stwierdziła, że koncentracja nie doprowadzi do powstania pozycji dominującej. Warto zauważyć, że uznanie braku bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji pozwoliło Komisji na nieprzeprowadzanie dalszej analizy czynników wyrównawczych, takich jak potencjalne wejścia na rynek czy też wyrównawcza siła nabywca.

7.1.1.2. Koncentracja Caterpillar/MWM

Zamierzona koncentracja pomiędzy Caterpillar Inc. (CAT) a MWM Holding GmbH²² dotyczyła rynku agregatów prądotwórczych. Na tym rynku w zakresie EOG wspólny udział przedsiębiorców uczestniczących w zamierzonej koncentracji wyniósłby ok. 30–40%²³.

Analiza prowadzona przez Komisję wykazała, że lider rynku GE był konkurentem, który najczęściej spotyka się w przetargach z CAT. Dane przedstawione przez CAT wskazywały, że uczestnicy koncentracji nie są najbliższymi konkurentami na rynku oraz że GE, jako lider rynku, jest ich najsilniejszym ograniczeniem konkurencyjnym²⁴. Podobną konkluzję wywieziono na podstawie danych ilościowych przedstawionych przez drugiego uczestnika koncentracji. Wskazywała ona, że MWM jest bliższym konkuren-

²¹ *Ibidem*, pkt 224–226.

²² Decyzja Komisji Europejskiej z 19.10.2011, w sprawie nr COMP/M.6106, *Caterpillar/MWM*.

²³ *Ibidem*, pkt 85.

²⁴ *Ibidem*, s. 25.

tem dla GE niż dla CAT²⁵. W zakresie intensywności konkurencji Komisja przeprowadziła badanie bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji w zakresie badań i rozwoju, a także rozbieżności w efektywności elektrycznej produktów (będącej najważniejszym czynnikiem decydującym o wyborze danego produktu przez konsumentów), jak też pozycjonowania produktów. W tych wszystkich aspektach decydującą rolę w ocenie odegrały ankiety skierowane do konsumentów. Komisja stwierdziła brak bliskiej konkurencji pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji²⁶. Jako końcowy element analizy Komisja przebadła także możliwość nowych wejść na rynek, wskazując ich prawdopodobieństwo m.in. ze względu na rosnący popyt, niskie bariery wejścia, a także stały rozwój technologiczny²⁷. Konkludując, Komisja stwierdziła, że zamierzona koncentracja nie generuje potencjału powstania antykonkurencyjnych skutków jednostronnych.

7.1.1.3. Koncentracja Phillips/Agilent Health Care Solution

Kolejnym przykładem koncentracji ocenianej przez Komisję na rynku przetargowym jest transakcja pomiędzy Phillips Electronics N.V. a Agilent Technologies Inc.²⁸

Na tym rynku właściwym uczestnicy koncentracji osiągnęliby udział przekraczający w przeważającej części państw członkowskich Unii Europejskiej 40%²⁹. Po dokonaniu zamierzonej koncentracji na rynku pozostałoby sześciu przedsiębiorców, z których niektórzy osiągaliby w odpowiednich państwach członkowskich ponad 30% lub ponad 20% udziału w rynku (w szczególności najsilniejszy z nich – Siemens). Komisja wskazała na dynamiczny charakter rynku związany z jego innowacyjnością oraz zwiększającym się popytem na oferowane urządzenia. Prowadzone badanie ogniskowało się również w tym przypadku na analizie danych przetargowych. Wskazywały one, że to Phillips i Siemens są głównymi konkurentami. Dopiero trzecim najważniejszym konkurentem jest zaś Agilent Technologies. W związku z tym Komisja wskazała, że koncentracja nie doprowadzi do uzyskania możliwości podniesienia cen rynkowych³⁰. Elementem analizy w tym przypadku okazały się także moce produkcyjne graczy rynkowych oraz koszty zmian

²⁵ *Ibidem*, s. 26.

²⁶ *Ibidem*, s. 27–31.

²⁷ *Ibidem*, s. 34.

²⁸ Decyzja Komisji z 2.03.2001, w sprawie nr COMP/M.2256, *Phillips/Agilent*.

²⁹ *Ibidem*, s. 7.

³⁰ *Ibidem*, s. 9.

kontrahentów przez konsumentów. Żaden z tych czynników nie wpływał jednak pozytywnie na uzyskanie możliwości podniesienia cen rynkowych przez uczestników zamierzonej koncentracji³¹.

7.1.2. Praktyka orzecznicza sądów USA

W zakresie rynków przetargowych w nadzorze nad koncentracjami w USA należy w pierwszej kolejności wskazać na analizowane już sprawy Oracle PopleSoft oraz CCC Holdings. W obydwu tych orzeczeniach wyrokujące sądy nadały istotne znaczenie bezpośredniej metodzie analizy bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji. Obydwa te orzeczenia wskazują na czterostopniowy test, jaki powinien zostać spełniony przy analizie możliwości powstania siły rynkowej przedsiębiorcy³².

7.1.2.1. Sprawa Stany Zjednoczone przeciwko Cargill

Dodatkowo warto zwrócić uwagę na orzeczenie w sprawie *United States of America State of New York Commonwealth of Pennsylvania i State of Ohio przeciwko Cargill Inc., AKZO Nobel N.V. i inni* z roku 1997³³.

Orzekający tam sąd badał wpływ zamierzonej koncentracji na jeden z rynków soli używanej do odsalania chodników, będącej produktem homogenicznym³⁴. W tej sprawie orzekający sąd w ogóle nie wziął pod uwagę udziałów rynkowych łączących się przedsiębiorców. Zauważył, że na wyznaczonym geograficznym rynku właściwym obecni są jedynie czterej przedsiębiorcy. Kluczowym stwierdzeniem jest zaś to, że uczestnicy zamierzonej koncentracji aktywnie uczestniczyli w przetargach przeciwko sobie³⁵. Sąd stwierdził, że przedstawione w tej sprawie dowody pozwoliły orzec, że połączenie uczestników zamierzonej koncentracji doprowadzi do wzrostu cen w prowadzonych przetargach.

³¹ *Ibidem*, s. 9–10.

³² Zobacz rozdział nr 6.

³³ Orzeczenie United States of America, State of New York, Commonwealth of Pennsylvania and State of Ohio v. Cargill Inc., AKZO NOBEL N.V., AKZO NOBEL INC. and AKZO NOBEL SALT, INC. Civil No. 97-CV-06161 L.

³⁴ Revised competitive impact statement z 5 maja 1995 roku w tej sprawie.

³⁵ *Ibidem*.

7.1.3. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK

7.1.3.1. Koncentracja Cogifer/Koltram

W mojej ocenie najistotniejszym przykładem decyzji dotyczącej rynku przetargowego, w której Prezes UOKiK dokonał szerokiej analizy wpływu transakcji na rynek, jest decyzja z 8 października 2009 roku, gdzie organ zakazał dokonania koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami Cogifer Polska sp. z o.o. oraz Koltram sp. z o.o.³⁶

Koncentracja miała być zostać dokonana na krajowym rynku sprzedaży rozjazdów kolejowych oraz bocznicowych, w części będącym rynkiem przetargowym. Istotna część rozważań Prezesa UOKiK skupiona jest na potencjalnym zaliczeniu rozjazdów kolejowych i tramwajowych do jednego rynku właściwego oraz definicji rynku geograficznego. Ma więc na celu przeprowadzenie analizy pośredniej.

Oceniając skutki zamierzonej koncentracji, Prezes UOKiK stwierdza natomiast, że istotnym kryterium świadczącym o ograniczeniu konkurencji na rynku właściwym jest pozycja rynkowa przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, o której świadczy przede wszystkim udział każdego z przedsiębiorców w tym rynku³⁷. Uczestnicy zamierzonej koncentracji byli dwoma z czterech istniejących graczy rynkowych. Ich wspólny udział rynkowy znacznie przewyższyłby poziom 40%, z którym uokik wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej, a udział trzeciego gracza rynkowego był marginalny. Prezes UOKiK stwierdził, że poziom koncentracji rynku świadczy o stopniu jego monopolizacji; im jest on wyższy, tym wyższy jest poziom monopolizacji rynku³⁸. Stopień koncentracji wyniósł 5870,58 ze wzrostu z już skoncentrowanej struktury, tj. z 3340,36. Prezes wskazał także, że nie należy spodziewać się zmian na rynku głównie przez istniejące bariery administracyjne (uzyskanie świadectw dopuszczalności) i kapitałowe³⁹.

Przeprowadzenie takiej analizy wystarczyło do stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji. Stało się tak, pomimo że Prezes UOKiK w trakcie postępowania skierował do odbiorców rozjazdów torowych pytanie m.in. o *ocenę udziału przedsiębiorców w przetargach dotyczących rozjazdów torowych*⁴⁰. Twierdzenia te zostały następnie w pełni przyjęte w postępowaniu odwoławczym przez SOKiK⁴¹.

³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009, nr DKK – 67/09, w sprawie *Cogifer/Koltram*.

³⁷ *Ibidem*, s. 39.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, s. 40.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Orzeczenie SOKiK z 5.4.2011 r., XVII AmA 213/09, s. 17/18.

7.2. Wnioski

Podsumowując, przeprowadzone należy wyróżnić następujące elementy analizy skutków jednostronnych zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców na rynkach przetargowych.

W pierwszej kolejności, organy ochrony konkurencji po wyznaczeniu rynku właściwego biorą pod uwagę udziały rynkowe przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, ich konkurentów, a czasami również stopień koncentracji rynku. Ponieważ przy tego rodzaju rynku właściwym konkurencja nie odbywa się „na rynku”, a „o rynek” (*competition for the market*) czy o całość oferowanego zamówienia, czynniki strukturalne mają tu znaczenie marginalne. Odmienne podejście, oparte na udziałach rynkowych uczestników koncentracji, przedstawia Prezes UOKiK. Należy postulować o zmianę takiego podejścia na rzecz podejścia spójnego z założeniami ekonomicznymi, jak i praktyką zagranicznych organów antymonopolowych. Ma to na celu zwiększenie efektywności prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców, przez działanie zgodne z art. 7 KPA jak i art. 8 KPA, tj. prowadzące do prawidłowego zastosowania norm prawa materialnego oraz nie doprowadzania do nakładania na przedsiębiorców nieproporcjonalnych obciążeń ze strony państwa.

Kluczowym punktem analizy jest to, czy i jak dotychczasowo uczestnicy koncentracji wpływali na konkurencję w odbytych przetargach. Jest nim także to, jak ich obecność przekładała się na obniżenie oferowanych w przetargach cen. Dla obliczenia tych zależności stosuje się bezpośrednią analizę danych przetargowych, najczęściej tzw. *winn/loss analysis*.

Jako trzeci elementy brane są także pod uwagę (w przypadku spełnienia przesłanek ograniczenia konkurencji) elementy wyrównujące siłę rynkową, a więc możliwe wejścia na rynek, siła nabywca czy też wygenerowane efektywności.

Podobnie, jak w przypadku rozdziału piątego oraz szóstego niniejszej monografii, również tutaj należy wskazać na komplementarność prowadzonych metod analiz. Jednocześnie na rynkach przetargowych kluczowe znaczenie dla wyniku postępowania ma metoda analizy bezpośredniej.

Rozdział 8.

Racjonalne i optymalne modele analizy skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców – wnioski końcowe

8.1. Weryfikacja hipotezy i pytań badawczych

U podstaw prowadzonego w niniejszej pracy badania leżała weryfikacja hipotezy badawczej, w myśl której **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.** Hipoteza badawcza została zweryfikowana pozytywnie.

Aby zweryfikować hipotezę badawczą dokonałem oceny zastosowania metody analizy bezpośredniej oraz metody analizy pośredniej skutków jednostronnych koncentracji na podstawie przedstawionych poniżej pytań badawczych, w świetle praktyki orzeczniczej organów ochrony konkurencji i sądów dotyczącej oceny horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców.

Jakie są skutki posługiwania się wyłącznie metodą analizy pośredniej w jej statycznym ujęciu?

Metoda analizy pośredniej polega na ocenie wpływu transakcji na strukturę rynku właściwego, na którym ma zostać skonsumowana koncentracja. Utworzenie nieodpowiedniej struktury rynku ma oznaczać, że dotychczas odbywająca się na nim konkurencja zostanie istotnie ograniczona.

Stosowana początkowo przez sądy i organy ochrony konkurencji w USA statyczna metoda analizy pośredniej skutków koncentracji horyzontalnych oparta była na badaniu ograniczonych aspektów struktury rynku. Były nimi udział rynkowy, poziom koncentracji oraz bariery wejścia na rynek. „Statyczność” tej metody polega na braku przyznania istotnej roli zmienności

warunków rynkowych (poza tzw. trendem ku koncentracji rynku) czy fazie rozwoju rynku, na którym ma dojść do koncentracji.

Założeniem leżącym u podstaw stosowania referowanej analizy była ochrona rynku przed wykreowaniem oligopolu. Taka struktura rynku była bowiem traktowana jako największe zagrożenie dla mechanizmu konkurencji. Powstanie oligopolu prowadzić miało do utraty niezależności rynkowej konkurentów (*oligopolistic interdependance*), a więc *de facto* do skutków skoordynowanych koncentracji – kolektywnej siły rynkowej przedsiębiorców.

Metoda statycznej analizy pośredniej nie miała na celu badania powstania siły rynkowej jednego przedsiębiorcy. Było tak nawet w przypadku blokowania koncentracji kreujących znaczne udziały w rynku właściwym. Z zastosowaniem tego rodzaju analizy wiąże się bowiem założenie tzw. teorii domina rynku. Polega ona na tym, że osiągnięcie znacznego udziału w rynku przez jednego przedsiębiorcę, „popchnie” pozostałych graczy rynkowych do zwiększania swoich udziałów rynkowych, poprzez kolejne koncentracje. Końcowym skutkiem takiego procesu będzie powstanie oligopolu.

Nierzadko stosowanie metody statycznej analizy pośredniej skutkowało zakazaniem dokonania koncentracji nieprowadzących do osiągnięcia znacznych udziałów w rynku właściwym. Było to związane m.in. z obowiązującym w latach 60. XX wieku celem prawa konkurencji w USA – ochroną struktury rynku, a zwłaszcza mniejszych przedsiębiorców.

Badanie wykazało również, że stosowanie metody statycznej analizy pośredniej często eliminowało możliwość skutecznego wykazywania argumentów dotyczących efektywności pochodzących z koncentracji.

Na czym polega i z jakich czynników składa się współczesna metoda pośredniej analizy horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców oraz które z jej składników są uważane przez organy ochrony konkurencji za najważniejsze dla końcowego wyniku badania?

Przeprowadzone badanie wskazuje, że stosowana obecnie przez organy ochrony konkurencji metoda pośredniej analizy skutków koncentracji horyzontalnych jest złożona i wieloaspektowa. Polega na badaniu struktury rynku właściwego w jej dynamicznym ujęciu (biorąc pod uwagę chociażby fluktuację udziałów rynkowych czy fazę rozwoju rynku), a także na badaniu innych, czynników, mających wpływ na działanie rynku.

Należy wyróżnić **dwa rodzaje** elementów stosowanej obecnie metody analizy pośredniej. Są nimi **trzy elementy wstępne**, mogące świadczyć o potencjalnie antykonkurencyjnej strukturze rynku właściwego po dokonaniu koncentracji, oraz **pozostałe elementy eliminujące** (wyrównawcze) **albo potwierdzające** takie twierdzenie.

Elementami wstępnymi metody analizy pośredniej są: (i) udział w rynku właściwym uczestników koncentracji, (ii) poziom koncentracji rynku właściwego oraz (iii) udział w rynku właściwym pozostałych graczy. Są to kluczowe składniki początkowej fazy badania skutków koncentracji.

Uprawniona jest teza, że osiągnięcie wyznaczonych progów udziału w rynku właściwym lub poziomu koncentracji rynku właściwego, jest zaledwie przesłanką do przeprowadzenia dokładniejszego badania wykreowania jednostronnych skutków rynkowych koncentracji. Takie progi zostały wskazane w każdym z analizowanych w niniejszej monografii zagranicznych porządków prawnych. Nie ma znaczenia, czy postępowania prowadzone są przed organami administracji czy sądami. W analizowanych zagranicznych porządkach prawnych jest przyjętym standardem, że jest to punkt początkowy rzeczywistego badania antykonkurencyjnych skutków jednostronnych zamierzonej koncentracji. W przypadku przekroczenia wyznaczonego progu, organy ochrony konkurencji nie są zwolnione z analizy pozostałych czynników.

Podejście Prezesa UOKiK do przesłanek udziałów rynkowych oraz poziomów koncentracji rynku jest odmienne. W praktyce decyzyjnej polskiego organu ochrony konkurencji są to czynniki nie rozpoczynające, ale przesądzające o wyniku badania. *Pro domo sua* należy postulować zmianę tej praktyki. W pierwszej kolejności spełnienie tego postulatu powinno polegać na odejściu od ustawowo określonego progu 40% udziału rynkowego, ustanawiającego domniemanie posiadania pozycji dominującej, zawartego w art. 4 pkt 10 uokik. W mojej ocenie najbardziej pożądane byłoby pozostawienie takiego domniemania jedynie na poziomie orzeczniczym lub aktów typu *soft law*. Jednocześnie należy dokonać tego w ten sposób, by spełnienie domniemania było wstępnym czynnikiem dalszej analizy i wymagało przeprowadzenia badania całości okoliczności rynkowych towarzyszących koncentracji.

W drugiej kolejności należy zgłosić postulat co do stosowania przez Prezesa UOKiK wskaźnika HHI, jako czynnika określającego poziom koncentracji rynku właściwego. Należy dążyć do określenia odpowiednich progów wskaźnika HHI w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK tak, by umożliwić przedsiębiorcom ocenę ryzyka antymonopolowego związanego z koncentracjami. Progi te w mojej ocenie mogą zostać oparte na wielkościach wskazywanych przez Komisję Europejską, której praktyka w wielu innych przypadkach stanowi wzór dla polskiego prawa antymonopolowego, a zwłaszcza tzw. *soft law*.

Elementem wstępnym analizy skutków koncentracji jest też wielkość pozostałych graczy rynkowych, służąca określeniu przeciwwagi konkurencyjnej, z jaką spotka się nowo powstały podmiot na rynku właściwym, po dokonaniu koncentracji. Jest to element wstępnie relatywizujący potencjalnie wysokie udziały w rynku właściwym, osiągnięte w wyniku skonsumowania transakcji.

Pozostałymi elementami analizy pośredniej są: (i) analiza możliwości (łatwości) wejścia na rynek właściwy nowych przedsiębiorców, (ii) analiza siły nabywczej odbiorców, (iii) faza rozwoju rynku, (iv) dane historyczne i specyfika działania rynku właściwego. Prowadzone badanie wskazuje, że wszystkie te czynniki służą ewentualnemu mitygowaniu antykonkurencyjnych skutków koncentracji. Mogą też potwierdzić antykonkurencyjny potencjał uczestników koncentracji w pokoncentracyjnym scenariuszu. Należy dążyć do spójnego zastosowania tych czynników przez Prezesa UOKiK ze sposobem, w jaki czynią to organy ochrony konkurencji, których praktyka została poddana badaniu w niniejszej pracy.

W szczególności należy zwrócić uwagę na zastosowanie odpowiedniego testu możliwości (łatwości) wejścia na rynek właściwy, uwzględniającego zakres, okres oraz prawdopodobieństwo wejścia. Nie powinien on być oparty tylko i wyłącznie na domniemanej wysokości barier wejścia na rynek.

Wynik przeprowadzonego badania pozwala na stwierdzenie, że wieloaspektowa kompozycja metody analizy pośredniej wymaga weryfikacji wszystkich czynników, jeżeli wstępna analiza struktury rynku wskazuje na możliwość wygenerowania potencjału do utworzenia siły rynkowej. Żaden z wymienionych czynników nie jest w stanie w każdej sytuacji samodzielnie (bezwzględnie), przesądzić o wyniku prowadzonej analizy. Nie jest jednak wykluczone, że jeden z nich indywidualnie może przeważać o treści rozstrzygnięcia konkretnego postępowania.

Czynniki te nie są zatem oceniane tylko w świetle ich wpływu na rynek, ale także w świetle wpływu, jaki wywierają wzajemnie na siebie. Dlatego też weryfikacja pełnego wachlarza czynników analizy pośredniej powinna stanowić nieodzowny standard postępowania w sprawach zamierzonych koncentracji przedsiębiorców w sytuacji, gdy zajdzie zagrożenie istotnego ograniczenia konkurencji.

Konieczność weryfikacji pełnego wachlarza wskazanych czynników w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez Prezesa UOKiK ma swoją podstawę w zasadzie prawdy obiektywnej ukonstytuowanej w art. 7 KPA. Wiąże się również z tym, by prowadzona analiza nie prowadziła do wydawania rozstrzygnięć sprzecznych z zasadą proporcjonalności.

Na czym polega metoda bezpośredniej analizy skutków jednostronnych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców?

Metoda analizy bezpośredniej skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców polega na określeniu (zaprognozowaniu) rzeczywistych skutków rynkowych transakcji, na podstawie ukształtowanych narzędzi ekonomicznych. Narzędzia te są dopasowane do charakterystyki rynków wła-

ściwych oraz do badania skutków zamierzonej transakcji – w zależności od dostępnych danych. Są one zdolne prognozować, czy rzeczywiście, a jeśli tak, to w jaki konkretny sposób (w jakim stopniu) konkurencja na rynku zostanie ograniczona po dokonaniu zamierzonej koncentracji przedsiębiorców.

Do tych narzędzi należy zaliczyć: (i) weryfikację stopy substytucji pomiędzy produktami oferowanymi przez uczestników koncentracji, (ii) analizę presji cenowej *Net Upward Pricing Pressure* lub *Gross Upward Pricing Pressure*, (iii) modele symulacji skutków koncentracji. Do tej metody analizy należą także powstałe w wyniku transakcji efektywności spełniające ściśle określone przez prawo konkurencji przesłanki. Przesłanki badania efektywności to: tworzenie korzyści, weryfikowalność oraz to czy są wystarczające od przeciwważenia skutków antykonkurencyjnych.

Jaka jest relacja pomiędzy wyróżnianymi metodami analiz oraz która z nich ma decydujące znaczenie dla postępowań w sprawach koncentracji o skutku horyzontalnym na rynkach produktów zróżnicowanych?

Rynki produktów zróżnicowanych to rynki, do których zakresu produktowego zalicza się towary wywierające na siebie niesymetryczną presję konkurencyjną. Nie każdy z towarów oferowanych na takim rynku wywiera taki sam stopień presji konkurencyjnej na każdy inny obecny na nim towar. Przeprowadzone badanie wskazuje, że metoda analizy pośredniej oraz metoda analizy bezpośredniej jednostronnych skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców na tego rodzaju rynkach są metodami komplementarnymi. Każda z nich wykorzystywana jest przez zagraniczne organy ochrony konkurencji, których praktyka i polityki zostały poddane badaniu.

Metoda analizy pośredniej, w przypadku rynków produktów zróżnicowanych, jest używana na wstępie prowadzonego badania. Zagraniczne organy ochrony konkurencji, których praktyka i polityki zostały poddane badaniu spólnie używają czynników strukturalnych (udziału w rynku oraz poziomu koncentracji rynku), jako wstępnych przesłanek dalszego badania antykonkurencyjnych skutków koncentracji.

Metodą kluczową dla rozstrzygnięcia o antykonkurencyjnych skutkach jednostronnych zamierzonej koncentracji jest metoda analizy bezpośredniej. Za jej pomocą zagraniczne organy ochrony konkurencji badają bowiem bliskość konkurencji, jaka zachodzi pomiędzy uczestnikami koncentracji. Zanik bliskiej konkurencji pomiędzy dwoma graczami rynkowymi jest głównym zagrożeniem dla konkurencji (a dalej dla dobrobytu konsumentów), płynącym z przeprowadzenia koncentracji horyzontalnych na rynkach produktów zróżnicowanych.

Ostatnia faza badania składa się zarówno z czynników metody analizy pośredniej, jak i bezpośredniej. W trzeciej części badania organy ochrony konkurencji stosują bowiem czynniki wyrównawcze (wyrównujące) ewentualne stwierdzenie istotnego ograniczenia konkurencji. Są nimi głównie analiza możliwości wejścia na rynek oraz wyrównawcza siła nabywcza, ale też efektywności.

Prowadzone badanie pozwala zająć stanowisko, że Prezes UOKiK niezwykle rzadko stosuje metodę analizy bezpośredniej skutków jednostronnych koncentracji na rynkach produktów zróżnicowanych. Polski organ ochrony konkurencji przywiązany jest bowiem do prowadzenia analizy pośredniej (strukturalnej). W mojej ocenie należy postulować prowadzenie analizy bezpośredniej przez Prezesa UOKiK, w przypadku stwierdzenia potencjału istotnego zagrożenia dla konkurencji ze strony planowanej koncentracji. Pozwoli to na wdrożenie bardziej ekonomicznego podejścia do prawa ochrony konkurencji, a w głównej mierze na uniknięcie błędów w ocenie skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców. Podniesie to efektywność stosowania nadzoru państwa nad operacjami gospodarczymi. Podstawą do prowadzenia takiego badania jest zasada prawdy obiektywnej ustanowiona w art. 7 KPA.

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 homogenicznych?

Rynki produktów homogenicznych to rynki, do których zakresu produktowego zalicza się towary będące swoimi idealnymi substytutami. Z ekonomicznego punktu widzenia główne zagrożenie dla konkurencji pojawia się w przypadku ograniczenia produkcji w celu podniesienia ceny rynkowej.

Przeprowadzone badanie wskazuje, że metoda analizy pośredniej oraz metoda analizy bezpośredniej skutków horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców są również na tego rodzaju rynkach metodami komplementarnymi. Każda z nich wykorzystywana jest przez zagraniczne organy ochrony konkurencji, których praktyka i polityki zostały poddane badaniu.

Metoda analizy pośredniej jest używana na wstępie prowadzonego badania. Organy ochrony konkurencji zgodnie używają czynników strukturalnych (udziału w rynku oraz poziomu koncentracji rynku), jako wstępnych przesłanek dalszej analizy. Odpowiednio obliczony udział w rynku właściwym uczestników koncentracji nie jest jednak jedynie czynnikiem wstępnym ale również znacząco wpływającym na rozstrzygnięcie, czy dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. Organy ochrony konkurencji w większości uważają bowiem za niezbędne do opłacalnego obniżenia produkcji posiadanie wysokiego udziału

w rynku właściwym. W głównej mierze brany jest pod uwagę udział w ilości produkcji rynku (lub nawet w dostępnych mocach produkcyjnych). Udział ten jest weryfikowany w świetle innych elementów analizy pośredniej.

Metoda analizy bezpośredniej – jako **metoda kluczowa** – jest używana w celu określenia opłacalności obniżenia produkcji przez nowo powstały podmiot. Można tu wykorzystywać takie narzędzia analizy, jak ukształtowany w praktyce organów USA *Capacity Closure Model*. Celem analizy bezpośredniej jest także weryfikacja, czy w przypadku ograniczenia produkcji pozostali gracze rynkowi będą w stanie uruchomić dodatkowe moce produkcyjne, by wyrównać niedobór podaży na rynku, a tym samym obniżyć cenę rynkową produktu.

Na trzecim etapie badania organy ochrony konkurencji stosują czynniki wyrównawcze (wyrównujące) ewentualne stwierdzenie naruszenia konkurencji; są nimi głównie analiza możliwości wejścia na rynek, siła nabywcza oraz wygenerowanie efektywności. Dochodzi tu więc do zastosowania czynników obydwu wyróżnionych metod.

Wynik przeprowadzonego badania wskazuje na potrzebę dopasowania sposobu prowadzenia analiz skutków koncentracji na rynkach produktów homogenicznych przez Prezesa UOKiK z praktyką innych organów antymonopolowych oraz założeniami ekonomicznymi, jak i celami stawianymi przed prawem ochrony konkurencji. Zwiększy to efektywność stosowanego nadzoru nad koncentracjami przez minimalizację błędów w ocenie ich skutków. Podstawą aplikowania przedstawionego schematu analizy jest zasada prawdy obiektywnej wyrażona w art. 7 KPA. Także w tym przypadku jej praktyczne stosowanie zminimalizuje możliwość wydawania decyzji sprzecznych z zasadą proporcjonalności.

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 przetargowych?

Rynki przetargowe to rynki, na których do wyboru kontrahenta dochodzi w wyniku przetargu. Również w tym przypadku podczas analizy skutków jednostronnych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców zachodzi komplementarność stosowania wyróżnionych metod analizy.

Kluczowe dla wyniku analizy skutków koncentracji na tego rodzaju rynkach jest przeprowadzenie analizy bezpośredniej. Ponieważ na rynkach przetargowych konkurencja odbywa się nie „na rynku” (*competition in the market*), a „o rynek” (*competition for the market*), udziały rynkowe i czynniki strukturalne mają znaczenie marginalne. Udziały rynkowe wskazują w tym przypadku raczej zdolność do przedłożenia oferty w przetargach niż siłę

rynkową przedsiębiorcy. Zagraniczne organy ochrony konkurencji, których praktyka i polityki zostały poddane badaniu, używają ich jednak jako wstępnych indyktorów antykonkurencyjności koncentracji. Kluczowym dla oceny skutków koncentracji na takich rynkach jest analiza bezpośrednia polegająca na obliczeniach dotyczących wpływu uczestnictwa danego przedsiębiorcy w przetargu na zachowania i wygrane innych przedsiębiorców.

Analiza praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK wskazuje zaś, że również w tym przypadku polski organ ochrony konkurencji kieruje się wyłącznie metodą analizy pośredniej. Należy postulować o zmianę tej praktyki na rzecz jednolicie ukształtowanego przez organy ochrony konkurencji, których praktyka została poddana badaniu, modelu badania skutków koncentracji na rynkach przetargowych. Zwiększy to efektywność stosowanego nadzoru nad koncentracjami – przez minimalizację błędów w ocenie ich skutków. Podstawą wprowadzenia takiej analizy jest zasada prawdy obiektywnej wyrażona w art. 7 KPA. Jego wdrożenie pozwoli także na uniknięcie możliwości wydania decyzji sprzecznych z zasadą proporcjonalności.

8.2. Stworzenie racjonalnych i optymalnych modeli analizy możliwości powstania lub umocnienia siły rynkowej przedsiębiorcy w wyniku skonsumowania koncentracji przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK

Celem prowadzonego badania było stworzenie racjonalnych i optymalnych modeli analizy możliwości powstania lub umocnienia siły rynkowej przedsiębiorcy w wyniku skonsumowania horyzontalnej koncentracji przedsiębiorców (skutków jednostronnych koncentracji). Modele te zostaną wyróżnione ze względu na charakter i specyfikę rynków właściwych, na których dokonywane są koncentracje.

W polskim systemie prawnym nadzór administracyjny związany z troską państwa o skuteczne działanie gospodarki wolnorynkowej ma swoją genezę w przepisach Konstytucji. Ustawa zasadnicza ustanawia społeczną gospodarkę wolnorynkową opartą m.in. na wolności prowadzenia działalności gospodarczej i własności prywatnej, jako podstawę ustrojową Rzeczypospolitej Polskiej (art. 20). Nie oznacza to całkowitej wolności prowadzenia działalności gospodarczej od ingerencji państwa. Państwo pełni bowiem współcześnie rolę arbitra interweniującego w przypadku zagrożenia negatywnym zniekształceniem wolnego rynku przez jego uczestników. Państwo przyjmuje też odpowiedzialność za łagodzenie społecznych skutków funkcjonowania wolnego rynku. Rolą państwa jest m.in. zakreślanie granic wolności gospodarczej poprzez wskazywanie ograniczeń i sposobów korzystania z niej.

Z uwagi na szczególną rolę nadawaną wolności prowadzenia działalności gospodarczej, jej ograniczenia są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny (art. 22). Konstytucja ustanawia także zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3), która zakazuje nadmiernej ingerencji państwa w sferę praw i wolności jednostki. W praktyce zasada proporcjonalności sprowadza się do zakreślenia nieprzekraczalnych granic ingerencji państwa w sferę gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności jednostki. Dotyczy to także wolności gospodarczej i wolności majątkowej. Zasada proporcjonalności określa relację stosowanych środków do osiągnięcia określonego celu, będąc standardem działania także dla organów administracji.

Prezes UOKiK jest organem administracji rządowej, zaś postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji przedsiębiorców jest postępowaniem administracyjnym (art. 1 KPA, art. 83 uokik). W związku z tym organ antymonopolowy ma obowiązek prowadzić postępowanie 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 ustanawia obowiązek organu administracji podjęcia wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. Jest to jedna z naczelných zasad postępowania administracyjnego, będąca podstawą do prawidłowego zastosowania norm prawa materialnego. 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 kompetentny¹. Z interpretacji zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa bierze się też postulat przewidywalności działań administracji publicznej. W państwie prawa standardem powinna być możliwość przewidzenia, jakie będzie rozstrzygnięcie organu administracji².

Sprawowany przez Prezesa UOKiK nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców jest nadzorem prewencyjnym. Jest stosowany uprzednio, tj. przed finalnym działaniem rynkowym przedsiębiorcy. Prowadzi to do konieczności

¹ J. Malanowski, w: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), 2 wydanie, Warszawa 2013, s. 65.

² Zob. przykładowo orzeczenie TK w sprawach K1/94, OTK 1994r, t. I, s. 79; K2/94, OTK 1994, T. II, s. 49; P1/95, OTK 1995, T. II, s. 17.

prognozowania przez organ, jak zamierzona koncentracja przedsiębiorców wpłynie na konkurencję, a w rezultacie na dobrobyt konsumentów. Nie polega natomiast na ocenie już istniejącego stanu faktycznego. Prognozowanie musi odbywać się zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej, jak i zasadą pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa. Pierwsza z nich jest podstawą do zapewnienia dokładnego przeanalizowania stanu faktycznego przez organ oceniający skutki koncentracji. Druga wymaga zarówno kompetentnego prowadzenia postępowań jak i wypracowania reguł oceny planowanej koncentracji, a zwłaszcza schematu oceny skutków rynkowych koncentracji przedsiębiorców.

Prawo ochrony konkurencji cechuje się multidyscyplinarnością. Jest nierozzerwalnie związane z zasadami ekonomii, chociażby z tego powodu, że główny cel któremu służy, tj. dobrobyt konsumentów, jest pojęciem wywodzącym się z nauki ekonomii i określonym przez naukę ekonomii. Błędnie przeprowadzone analizy koncentracji mogą w świetle tzw. teorii kosztów błędu (*error costs*) spowodować wydanie zgody na dokonanie koncentracji, której skutki okażą się dla rynku negatywne (obniżą dobrobyt konsumentów) – tzw. *false negatives*. Z drugiej strony mogą też spowodować wydanie zakazu dokonania koncentracji, mającej potencjał wygenerowania pozytywnych skutków rynkowych (powiększenia dobrobytu konsumentów) – tzw. *false positives*. Inaczej rzecz ujmując błędnie przeprowadzone analizy skutków koncentracji mogą prowadzić do wydawania rozstrzygnięć sprzecznych z celem stawianym przed prawem ochrony konkurencji – ochroną dobrobytu konsumentów.

Stosowanie nadzoru nad koncentracjami w sposób efektywny tj. ograniczający prawdopodobieństwo wydawania błędnych decyzji, jak i zgodny z ogólnymi zasadami KPA wymaga by weryfikacja wpływu zachowań przedsiębiorców na dobrobyt konsumentów odbywała się w zgodzie z zasadami reguł ekonomicznych. Takie podejście kreuje z kolei wymóg, by prognoza skutków rynkowych koncentracji opierała się na stosowaniu ukształtowanych przez naukę ekonomii narzędzi służących do badania skutków koncentracji. Ekonomiczna analiza zachowań rynkowych jest kanonem skutecznie działającego prawa ochrony konkurencji. Jeśli cel stawiany przed prawem ochrony konkurencji jest zdefiniowany przez naukę ekonomii, to władcze rozstrzygnięcie państwa o legalności czy nielegalności skutków rynkowych zachowań przedsiębiorców musi opierać się także na analizie ekonomicznej miarkującej zagrożenia dla tego celu.

Niedostosowanie analiz do celu prawa ochrony konkurencji mogłoby powodować sytuację odwrotną, tj. przeprowadzanie analiz i *de facto* następcze określanie celu wydawanej decyzji administracyjnej. Takie badanie należy

uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z przepisami uokik, jak i prowadzące do wydawania rozstrzygnięć sprzecznych z zasadą proporcjonalności.

Rynki, na których dochodzi do koncentracji można usystematyzować na wiele sposobów. Jednym z nich jest podział ze względu na charakter oferowanych produktów i biorące się z tego odmienne parametry presji konkurencyjnej. Taki podział zakłada wyróżnienie dwóch rynków, tj. rynków produktów zróżnicowanych i rynków produktów homogenicznych. Ze względu na specyfikę oferowania produktów można wyróżnić także rynek o charakterze przetargowym.

Przypadek każdej koncentracji przedsiębiorców jest złożony, jeśli chodzi o uwarunkowania rynkowe. Jednocześnie każda sprawa antymonopolowa powinna mieć swój ekonomiczny sens³. Sens ekonomiczny musi być definiowany w świetle parametrów rynkowych wpływających na dobrobyt konsumentów, biorących się z charakterystyki funkcjonowania rynku właściwego. Należy więc odejść od generalizacji sposobu oceny zamierzonych koncentracji przedsiębiorców, dostosować je do ekonomicznych zasad funkcjonowania rynków, na których dokonywane są poddane nadzorowi koncentracje. Ze względu na odmienną charakterystykę działania każdego z tak wyróżnionych rynków, dla każdego z nich, na podstawie przeprowadzonego badania należy stworzyć oddzielny model analizy skutków zamierzonych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców.

Obniżenie ilości błędnych decyzji poprzez odzwierciedlenie w analizie skutków koncentracji reguł ekonomicznych służy zwiększeniu efektywności nadzoru państwa. Wraz ze wzrostem efektywności dochodzi natomiast do wzrostu jakości stosowanego prawa, a ta jest elementem dobrej administracji.

Dla zwiększenia efektywności nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców, konieczne jest wykreowanie modeli prowadzenia analizy skutków koncentracji, które będą cechowały się racjonalnością i optymalnością.

Związek efektywności z racjonalnością wynika z tego, że racjonalność odnosi się do decyzji, czyli ekonomicznego wyboru, zaś efektywność do rezultatów tej decyzji. Racjonalny model oceny skutków koncentracji musi być oparty na dostępnej wiedzy. Nie może być natomiast oparty na intuicji, ponieważ wtedy cechowałby się irracjonalnością.

W pierwszej kolejności należy wyróżnić racjonalność rzeczową, która istnieje, gdy dobór środków odpowiada prawdziwej, obiektywnie istniejącej sytuacji (rzeczywiście istniejącym faktom, prawom i stosunkom). Wyraża się ona dostosowaniem dokonanego wyboru działania do przewidywanego

³ R. Posner, *Antitrust law*, University of Chicago Press, 2 wydanie 2001, s. 1: "Like all antitrust cases, this one must make economic sense."

układu celów, środków i warunków działania. W modelu oceny skutków koncentracji racjonalność rzeczowa zaistnieje więc wtedy, gdy decyzja organu ochrony konkurencji będzie m.in. prowadziła do osiągnięcia celu stawianego przed prawem antymonopolowym. Celem tym jest ochrona dobrobytu konsumentów – do której w przypadku nadzoru nad koncentracjami dochodzi m.in. przez zapobieganie powstaniu lub umocnieniu siły rynkowej przedsiębiorcy. Osiągnięcie celu zdefiniowanego przez naukę ekonomii musi być związane z prowadzeniem ekonomicznych analiz. Racjonalność rzeczowa nie zaistnieje natomiast, gdy model analizy skutków koncentracji będzie jedynie dążył do utrzymania rozdrobnionej struktury rynku właściwego lub gdy sposób analizy będzie podporządkowywał indywidualnie wybrany cel postępowania.

W drugiej kolejności należy zwrócić uwagę na racjonalność metodologiczną, istniejącą, gdy dobór środków jest właściwy w świetle posiadanej przez podejmującego decyzję wiedzy. Racjonalny model oceny skutków koncentracji musi brać pod uwagę po pierwsze dostępną wiedzę ekonomiczną, jak i narzędzia pomiaru rzeczywistych skutków rynkowych koncentracji. Takie narzędzia pomiaru zostały opracowane w praktyce zagranicznych organów ochrony konkurencji i są powszechnie dostępne. Regułą dla organu ochrony konkurencji powinno być więc stosowanie modeli symulacji koncentracji czy innych narzędzi ekonometrycznych, jak również powszechnie stosowanej analizy UPP. Po drugie, racjonalność metodologiczna w modelu oceny skutków koncentracji zaistnieje, gdy organ ochrony konkurencji weźmie pod uwagę dostępną wiedzę dotyczącą odmiennego sposobu działania i czynników wpływających na posiadanie siły rynkowej na różnych rodzajach rynków właściwych. Dla rynków produktów zróżnicowanych metodologicznie racjonalne będzie przeprowadzenie m.in. badania bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji. Dla rynku produktów homogenicznych konstruowany model analizy będzie musiał wziąć pod uwagę analizę mocy wytwórczych rynku, natomiast dla rynku przetargowego analizę przebiegu dotychczasowej konkurencji w odbytych przetargach. Innymi słowy działanie racjonalne będzie polegać na zastosowaniu adekwatnej dla każdego z tych rynków wiedzy ekonomicznej, wpływając na skuteczność rozstrzygnięć organu. Nie będzie natomiast racjonalne metodologicznie generalizowanie sposobu analizy skutków koncentracji, zacierające różnice pomiędzy charakterystyką różnych rynków właściwych.

Taki model analizy będzie też racjonalny w rozumieniu racjonalności stosowania prawa L. Petrażyckiego, który wskazuje, że zakłada ona konieczność zapewnienia odpowiednio dobieranych środków (w tym przypadku

odpowiednich narzędzi ekonomicznych) do precyzyjnie określonych celów (ochrony dobrobytu konsumentów).

Biorąc zatem pod uwagę charakterystykę głównego celu, któremu służy stosowanie prawa ochrony konkurencji, racjonalny model analizy spodziewanych skutków koncentracji musi wziąć pod uwagę wiedzę ekonomiczną. Musi też uwzględniać ekonomiczne podstawy i zasady funkcjonowania rynków właściwych.

Wymóg racjonalności proponowanego modelu związany jest wprost z zasadą demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że podstawą systemu norm prawnych jest fikcja prawna racjonalności prawodawcy; pozwala ona założyć, że wszelkie działania prawodawcy są efektem dogłębnego rozważenia problemu i dojrzałej decyzji znajdującej racjonalne uzasadnienie⁴. Oznacza to, że stanowione prawo cechuje się założonym z góry racjonalizmem, a założenie to pozwala wymagać od wszystkich obywateli respektowania tego prawa i jego stosowania. Nie ma przeszkód formalnych, aby tak wywiedzione z zasady państwa prawnego założenie niezbędnej racjonalności prawodawcy odnieść do działań administracji, w tym także działań organu antymonopolowego, zwłaszcza że pochodną racjonalnego stanowienia prawa powinno być założenie racjonalności jego stosowania.

Proponowany model prowadzić ma również do umożliwienia wydawania decyzji pozostających w zgodzie z zasadą proporcjonalności, wyrażonej m.in. w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zasada proporcjonalności obowiązuje bowiem w całości organy administracji w toku wydawania zindywidualizowanych rozstrzygnięć, których adresat jest skonkretyzowany.

Od organu antymonopolowego należy oczekiwać w efekcie, że konieczność zakazu koncentracji, będącego wyjątkowo głęboką ingerencją w wolność gospodarczą i majątkową, jest oparta na racjonalnych metodologicznie sposobach oceny skutków koncentracji, uwzględniających, wynikającą z dostępnej wiedzy ekonomicznej, konkretyzację etapów oceny, w sposób eliminujący wątpliwości co do czynników tej oceny.

Przesłanka optymalności modelu ogniskuje się natomiast na skonstruowaniu takiej analizy, która będzie skutecznie wykrywać koncentracje prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji ale jednocześnie pozwalać już na wstępie lub przy zakończeniu każdego kolejnego etapu badania, skuteczne identyfikowanie koncentracji, które takiego zagrożenia nie stwarzają. Główną przeszkodą, jaką napotykać organy ochrony konkurencji

⁴ Zob. m.in. wyrok TK z 22 czerwca 1999 r., sygn. K. 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100 czy wyrok TK z dnia 17 maja 2005 r., sygn. akt P 6/04, OTK ZU nr 5A/2005, poz. 50.

zamierzające przeprowadzić skomplikowane analizy ekonomiczne skutków koncentracji, jest bowiem brak odpowiednich zasobów do prowadzenia tego typu analiz. Ukształtowanie optymalnego modelu oceny skutków koncentracji ma natomiast prowadzić do wyeliminowania prowadzenia zbędnych analiz (ograniczając niepotrzebne angażowanie zasobów organu ochrony konkurencji) i skupienia się na analizach niezbędnych oraz właściwych dla każdego z wyróżnionych etapów badania, a także przystosowanych do charakterystyki rynków właściwych (zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 12 KPA). Optymalizacja modelu polega także na uzależnieniu przejścia do kolejnego etapu badania tylko w sytuacji, gdy wynik analizy prowadzonej podczas etapu poprzedniego wykaże taką konieczność. Będzie to również upraszczać drogę do uzyskania decyzji organu przez przedsiębiorców, nierzadko znajdujących się pod presją czasu otrzymania decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji. Optymalizacja modelu zapewnić ma także przejrzystość prowadzonych postępowań. Nie można w mojej ocenie niwelować znaczenia analiz ekonomicznych w ocenie skutków koncentracji dla upraszczania badania, a zasoby niezbędne dla tych analiz należy otrzymać m.in. przez optymalizację modelu badania.

8.3. Proponowany model analizy dla koncentracji przedsiębiorców o skutku horyzontalnym na rynku produktów zróżnicowanych

Na rynkach produktów zróżnicowanych oferowane produkty nie wywierają na siebie symetrycznej presji konkurencyjnej. Oznacza to, że wybrany produkt nie wywiera takiej samej presji na każdy inny produkt na rynku. W takim przypadku uważa się, że to nie duży udział w rynku, ale wyeliminowanie istotnej presji konkurencyjnej spowoduje, że w wyniku skonsolidowania koncentracji przedsiębiorca może uzyskać siłę rynkową i działać ze szkodą dla konsumentów. Na podstawie prowadzonych badań doszedłem do wniosku, że racjonalny i optymalny model analizy możliwości istotnego ograniczenia konkurencji przez powstanie skutków jednostronnych na rynku produktów zróżnicowanych jest podzielony na trzy zależne od siebie etapy. Powinien zatem wyglądać w sposób następujący.

W pierwszej kolejności, organ ochrony konkurencji powinien dokonywać wstępnej analizy potencjału ograniczenia konkurencji za pomocą czynników strukturalnych, tj. udziału rynkowego uczestników koncentracji lub poziomu koncentracji rynku właściwego. W przypadku braku przekroczenia ukształtowanych progów można uznać brak zagrożenia powstaniem siły rynkowej przedsiębiorcy i zakończyć część testu dotyczącą skutków jednostronnych

koncentracji. Natomiast w przypadku przekroczenia ustanowionych progów alarmowych, wykazujących potencjał ograniczenia konkurencji w pokoncentracyjnym scenariuszu, organ ochrony konkurencji powinien kontynuować badanie pozostałych czynników. Jeżeli dojdzie do przekroczenia wstępnych indykatorów skutków antykonkurencyjnych, to w tej części testu powinna nastąpić 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 dla oceny powstania siły rynkowej przedsiębiorcy etapem badania jest badanie bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji i wpływu jej eliminacji na dobrobyt konsumentów. Dochodzi do niej wyłącznie wtedy, jeśli pierwszy etap badania wykaże potencjał jednostronnych skutków antykonkurencyjnych koncentracji. Ta część badania powinna odbywać się za pomocą zastosowania narzędzi metody analizy bezpośredniej, tj. ukształtowanych narzędzi analizy ekonomicznej. Jeśli metodą analizy bezpośredniej nie można wykazać, że w wyniku skonsumowania koncentracji dojdzie do powstania siły rynkowej, należy zakończyć badanie wystąpienie skutków jednostronnych koncentracji.

Trzecim etapem badania, do którego dochodzić powinno wyłącznie w przypadku stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji po przeprowadzeniu analizy bezpośredniej 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.

Tak przeprowadzone badanie powinno ukształtować wynik dotyczący tego, czy na rynku produktów zróżnicowanych dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. Obrazowo racjonalny i optymalny model badania powinien wyglądać jak na rysunku 3.

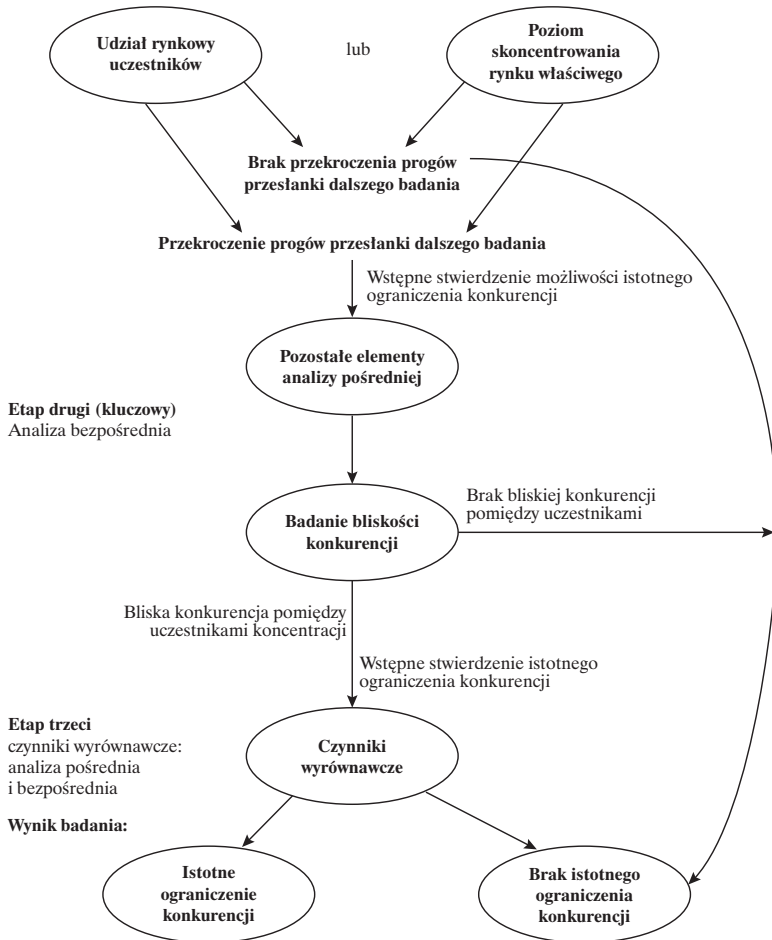
Mając tak ustrukturyzowany model analizy skutków jednostronnych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców na rynku produktów zróżnicowanych można podjąć próbę jego zastosowania do decyzji administracyjnych wydanych przez Prezesa UOKiK.

W pierwszej kolejności można wskazać decyzję w sprawie koncentracji *Auchan/Real* dotyczącą sklepów wielkopowierzchniowych (hipermarketów). Przeprowadzona w sprawie analiza skutków koncentracji oparta została prawie wyłącznie na udziałach rynkowych uczestników transakcji oraz ich konku-rentów. Przykładowo, na rynku lokalnym w Białymstoku wzięto pod uwagę: (i) udziały rynkowe uczestników koncentracji, a zwłaszcza fakt, że jeden z jej uczestników już przed dokonaniem transakcji posiadał udział w wysokości

ponad 50%, (ii) udziały rynkowe konkurentów, (iii) planowane wejścia na rynek właściwy. Na tej podstawie organ antymonopolowy stwierdził, że *analiza stanu konkurencji przed i po dokonaniu koncentracji wskazuje, iż planowana koncentracja przyczyni się do istotnego ograniczenia konkurencji*⁵. W decyzji zastosowano strukturalny środek zaradczy, mający na celu przywrócenie struktury rynku do jego „konkurencyjnego” kształtu (zachowanie udziałów rynkowych największego gracza rynkowego na przedkoncentracyjnym poziomie), co miało zapobiec doprowadzeniu do istotnego ograniczenia konkurencji.

Rysunek 3.

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



⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014, DKK 4/2014, w sprawie *Auchan/Real*, s. 50.

Odnosząc się do zaproponowanego modelu, analiza skutków koncentracji zatrzymuje się więc w tym przypadku na pierwszym etapie badania (poza weryfikacją wejść), ogniskując się wokół strukturalnych elementów analizy pośredniej. Można jednak zadać pytanie, czy wynik przeprowadzonego badania skutków koncentracji byłby taki sam, jeśli organ podjąłby próbę przejścia do kluczowego etapu badania w zaproponowanym modelu, tj. bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji. Wzorem analizowanego orzeczenia w sprawie *FTC przeciwko Staples i Office Depot* dotyczącego sklepów wielkopowierzchniowych z akcesoriami biurowymi, organ antymonopolowy mógłby zastosować badanie bliskości konkurencji m.in. na podstawie porównania cen w przypadku rynków lokalnych, na których obecni są uczestnicy koncentracji oraz rynków, na których obecny jest tylko jeden z nich⁶. Można było tego dokonać, tym bardziej, że rynki lokalne zostały wyznaczone na potrzeby decyzji *Auchan/Real*. W analizowanej przez amerykański sąd sprawie ceny na rynkach, na których znajdowali się wyłącznie uczestnicy zamierzonej koncentracji były o 11,6% niższe niż na rynkach, na których działalność prowadził jeden z nich⁷. Było to dowodem na istnienie intensywnej konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji, której wyeliminowanie spowodowałoby podniesienie cen i szkodę dla konsumentów. Dla badania bliskości konkurencji można było także zastosować test dotyczący ulotek reklamowych dotyczących cen w różnych miastach w celu sprawdzenia presji cenowej, nie tylko ze strony uczestników koncentracji ale także ze strony innych uczestników rynku, czy nawet niezaliczonych w tym przypadku do rynku właściwego produktowo supermarketów. W przypadku, gdyby takie dowody potwierdziły domniemanie powstania siły rynkowej, oparte na wysokich udziałach rynkowych uczestników koncentracji, organ ochrony konkurencji, zgodnie z zaproponowanym modelem, powinien dokonać jeszcze analizy czynników wyrównawczych istotne ograniczenie konkurencji (jak np. łatwości wejścia na rynek).

Biorąc pod uwagę przedstawione w niniejszej monografii badanie, charakterystykę produktów zróżnicowanych, a także zaproponowany model analizy skutków koncentracji, nie zostało we wskazanej decyzji Prezesa UOKiK przekonująco wyjaśnione, że dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na badanym rynku. Mimo tego na koncentrujących się przedsiębiorców zostały nałożone strukturalne środki zaradcze.

⁶ Orzeczenie United States District Court, District Columbia, w sprawie *Federal Trade Commission v. Staples, Inc.* 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997).

⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011, nr DKK – 101/11, w sprawie *UPC/Aster*, s 61.

Drugim przykładem jest warunkowa zgoda na dokonanie koncentracji *UPC Polska/Aster*. Analiza organu ochrony konkurencji, po której stwierdzono, że dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji została oparta o udziały w rynku koncentrujących się przedsiębiorców przekraczające po dokonaniu koncentracji 50% oraz braku istotnych konkurentów (tj. posiadających powyżej 10% udziału w rynku)⁸.

Trzeba zauważyć, że z treści decyzji wynika, że Prezes UOKiK dysponował w trakcie postępowania przedstawionym przez Aster badaniem *Przyczyny rezygnacji z usług Aster przedstawiające grupę „odeszli od Aster + zatrzymani*, w której wskazane zostały migracje klientów do poszczególnych konkurentów. W decyzji znajduje się także tabela o utajnionej ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa treści przedstawiająca *Kierunki migracji klientów płatnej telewizji Aster na terenie Warszawy w zależności od występowania konkurencji*⁹. Prezes UOKiK dokonał też analizy polityki cenowej uczestników koncentracji¹⁰.

Pomimo takich danych i badań, ponownie stwierdzenie istotnego ograniczenia konkurencji jest według zaproponowanego modelu oceniane już po pierwszym etapie wskazanej tam analizy. Można stwierdzić, że organ ochrony konkurencji miał w tym przypadku wystarczające dane, by rozpocząć etap badania skupiony na ocenie bezpośredniej konkurencji (presji konkurencyjnej) pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji. Nie jest wykluczone, że dane pozwalały na stworzenie odpowiedniego modelu ekonometrycznego czy też przeprowadzenie badania typu *upward pricing pressure*, mogących doprowadzić do innego wyniku końcowego postępowania.

Takie analizy zostały przeprowadzone chociażby przez Komisję w sprawie *Hutchison 3G/Orange Austria*, gdzie organ obliczył stopę substytucji pomiędzy uczestnikami zamierzonej koncentracji, biorąc za podstawę podobne do wyżej wskazanych dane o zmianach operatora odnotowywanych na podstawie przepisów regulujących rynek usług telefonii komórkowej w Austrii¹¹. Było to główną podstawą rozstrzygnięcia Komisji.

⁸ *Ibidem*, s. 50.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, s. 45.

¹¹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 12.12.2012, w sprawie Nr COMP/M.6497, *Hutchison #G Austria/Orange Austria*, s. 189.

8.4. Proponowany model analizy dla koncentracji przedsiębiorców o skutku horyzontalnym na rynku produktów homogenicznych

Rynek **produktów homogenicznych** (niezróżnicowanych, jednorodnych) jest rynkiem, w którego skład wchodzi produkty będące swoimi idealnymi substytutami. W oczach konsumenta posiadają one takie same cechy. Wobec braku różnic występujących pomiędzy produktami homogenicznymi, **jedyną zmienną**, odróżniającą takie produkty i interesującą konsumentów podczas dokonywania decyzji o zakupie, **jest cena**. Przewagami konkurencyjnymi, które posiadają względem siebie przedsiębiorcy oferujący produkty homogeniczne, są: **zdolności produkcyjne, pozycja geograficzna i generowane koszty**. Przedsiębiorca dominujący na rynku produktów homogenicznych może uzyskać **przewagę kosztową nad resztą konkurentów i ograniczyć swoją podaź, by osiągnąć wyższe ceny rynkowe oferowanego produktu**¹². Ograniczenie podaży jest tym bardziej opłacalne, im większy jest udział rynkowy przedsiębiorcy.

Na podstawie prowadzonych badań doszedłem do wniosku, że racjonalny i optymalny model analizy możliwości istotnego ograniczenia konkurencji przez powstanie skutków jednostronnych na rynku produktów homogenicznych powinien wyglądać w sposób następujący.

W pierwszej kolejności powinno się przeprowadzić wstępną analizę potencjału ograniczenia konkurencji za pomocą czynników strukturalnych, tj. udziału rynkowego uczestników koncentracji lub poziomu koncentracji rynku właściwego. Podkreślić należy, że udziały rynkowe mają bardzo istotne znaczenie dla wyniku prowadzonego na takim rynku badania. Pod uwagę brane powinny być udziały obliczane na podstawie ilości produkcji (lub mocy produkcyjnych). W przypadku braku przekroczenia ustalonych progów można stwierdzić brak zagrożenia wystąpieniem skutków jednostronnych i zakończyć tą część testu. W przypadku przekroczenia ustanowionych progów, organy ochrony konkurencji kontynuują badanie pozostałych czynników. W takim przypadku powinno dojść do ich weryfikacji w świetle udziałów innych graczy, jak i w ujęciu dynamicznym, tj. w świetle fazy rozwoju rynku, dynamiki rynku, fluktuacji udziałów rynkowych.

Drugim i kluczowym etapem badania, do którego dochodzi wyłącznie wtedy, jeśli pierwszy etap badania wykaże potencjał jednostronnych skutków antykonkurencyjnych koncentracji jest badanie opłacalności ograniczenia produkcji przez nowo powstały podmiot. Ta część badania zawiera także ana-

¹² Orzeczenie United States District Court N.D. California, w sprawie *United States v. Oracle Corporation*, 331 F.Supp.2d 1098, s. 1115.

lizę mocy produkcyjnych rynku, na którym zamierzona koncentracja może wywrzeć wpływ, jako potencjalnie mitygujących opłacalność podniesienia ceny rynkowej. Jeśli w tej części badania nie zostanie stwierdzone istotne ograniczenie konkurencji należy zakończyć analizę możliwości wystąpienia skutków jednostronnych koncentracji. Podczas tego etapu należy stosować narzędzia analizy bezpośrednio.

Jeśli drugi etap badania wykaże możliwość istotnego ograniczenia konkurencji, należy przejść do kolejnego etapu – tj. analizy czynników wyrównawczych, takich jak: możliwości wejścia na rynek, siły nabywczej oraz wygenerowanych przez transakcję efektywności. W przypadku wykazania, że dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji w drugim etapie badania, wyżej wskazane czynniki mogą mitygować takie ryzyko.

Tak przeprowadzone badanie powinno ukształtować wynik dotyczący tego czy na rynku produktów zróżnicowanych dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. Obrazowo racjonalny i optymalny model badania można przedstawić jak na rysunku 4.

Mając tak ustrukturyzowany model analizy skutków jednostronnych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców na rynku produktów homogenicznych można podjąć próbę jego zastosowania do decyzji administracyjnych wydanych przez Prezesa UOKiK.

W tym przypadku należy spojrzeć na decyzję zakazującą koncentracji *PGE/Energa*¹³. Do zaproponowanego modelu zostanie porównane badanie na **rynku wytwarzania i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej**, na którym organ antymonopolowy nie znalazł podstaw do stwierdzenia, że dokonanie zamierzonej koncentracji istotnie ograniczy konkurencję.

Na tym rynku właściwym prognozując skutki koncentracji Prezes UOKiK ograniczył się do badania: (i) wielkości udziałów rynkowych uczestników zamierzonej koncentracji, (ii) wielkości udziałów rynkowych największych uczestników koncentracji, (iii) stwierdzenia przekroczenia progu dominowania, z którym uokik wiąże powstanie pozycji dominującej, jednak przekroczenia na tyle nieznacznego, które *nie może zostać uznane za istotne*.

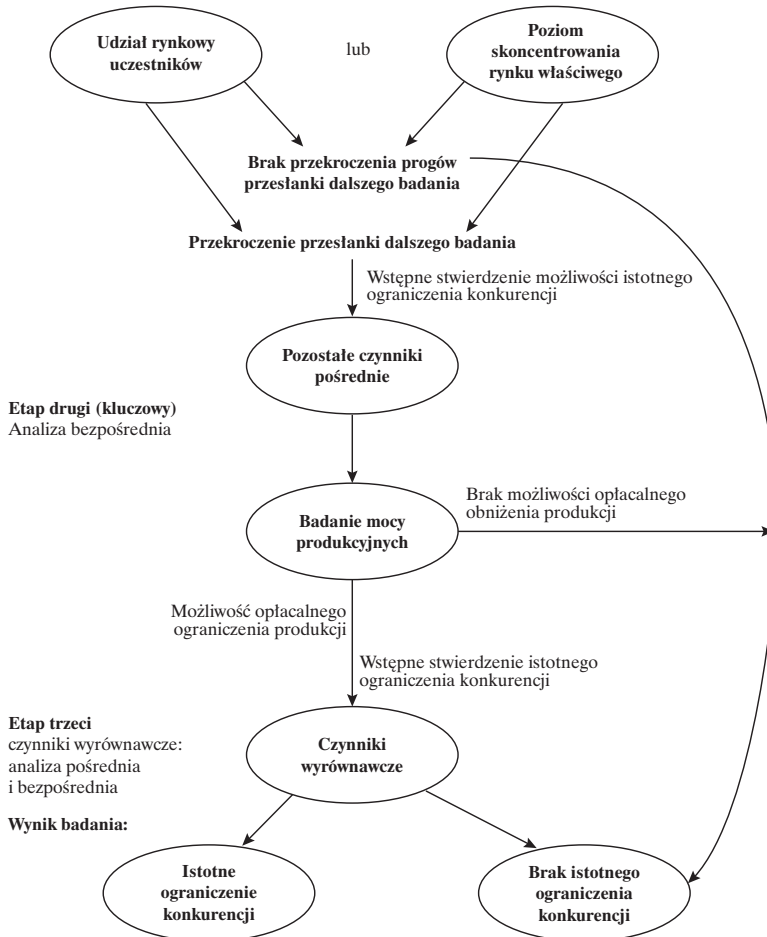
W treści decyzji nie odnajduję podstawy do określenia udziałów rynkowych przedsiębiorców. W świetle zamierzenia dokonania koncentracji na rynku towaru homogenicznego należy zwrócić uwagę na niedostateczne uwzględnienie mocy wytwórczych poszczególnych graczy rynkowych, jako elementu analizy. W decyzji można odnaleźć ogólne stwierdzenie, że *znaczna część mocy wytwórczych w polskim systemie elektroenergetycznym jest w dużym*

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *PGE/Energa*.

stopniu wyeksploatowana¹⁴. Nie jest jednak do końca jasne, czy w ogóle poddano analizie to, w jakim stopniu moce wytwórcze mogłyby zagrozić potencjalnemu wzrostowi cen, w pokoncentracyjnym scenariuszu.

Rysunek 4.

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



Tymczasem, jeśli przejść do analizy drugiego etapu zaproponowanego modelu mogłyby się okazać, że uzyskanie wysokiego udziału w rynku (pomimo jego niewielkiego wzrostu), wraz ze znacznym wykorzystaniem mocy wytwórczych w polskim systemie elektroenergetycznym może świad-

¹⁴ *Ibidem*, s. 9.

czyć o powstaniu siły rynkowej przedsiębiorcy, ponieważ brak będzie zasobów konkurentów do ewentualnego zmytygowania ograniczenia produkcji przez uczestników koncentracji. Dokładne zbadanie mocy produkcyjnych rynku mogłoby więc prowadzić do wydania zupełnie innego rozstrzygnięcia.

Przeprowadzenie analizy możliwości wstrzymania mocy produkcyjnych przez uczestników koncentracji zostało przeprowadzone chociażby przez Komisję w sprawie *EDF/British Energy*, mimo, że udział w rynku podmiotu powstałego w wyniku dokonania koncentracji wyniósłby dużo mniej niż w sprawie *PGE/Energa* tj. 20–30%¹⁵.

Podobne zastosowanie proponowanego testu jest widoczne w praktyce sądów USA, a zwłaszcza w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Altivity Packaging*, gdzie udział w rynku po dokonaniu koncentracji wyniósłby 42%, a nie istniała możliwość zwiększenia produkcji przez konkurentów, ponieważ rynek już operował na wysokich mocach produkcyjnych. W tym przypadku zdecydowano o zastosowaniu strukturalnego środka zaradczego¹⁶.

8.5. Proponowany model analizy dla koncentracji przedsiębiorców o skutku horyzontalnym na rynku przetargowym

Rynek przetargowy jest rynkiem, na którym do wyłonienia partnera gospodarczego dochodzi w wyniku przetargu ogłaszanego przez zamawiającego. Na rynku przetargowym konkurencja pomiędzy przedsiębiorcami odbywa się nie na samym rynku (*competition on the market*), co na etapie przetargu, o często, cały rynek właściwy (*competition for the market*)¹⁷. Dlatego też udziały w rynku osiągnane po wygranym przetargu nie są czynnikiem przesądzającym o posiadaniu siły rynkowej¹⁸.

Wskazuje się, że na rynku przetargowym z powodu tzw. *lumpy competition* udziały rynkowe świadczą jedynie o aktywności wygrywających przetargi, ale nie wskazują np. ilu aktywnych konkurentów nakładających presję konkurencyjną na wygrywającego przedsiębiorcę uczestniczyło w danym przetargu¹⁹.

¹⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 22.12.2008 nr COMP.M.5224, w sprawie *EDF/British Energy*.

¹⁶ Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia, sprawa *United States v Altivity Packaging LLC and Graphic Packaging International Inc.*, s. 9.

¹⁷ U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, OXFORD University Press 2009, s. 137.; zobacz Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, 29 marzec 2012, courtesy translation, pkt 35.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 26.01.2002, w sprawie nr COMP/M.2694, *Metronet/Infracore*, pkt 47.

Prowadzone badanie pozwala zaproponować, że racjonalny i optymalny model badania skutków jednostronnych koncentracji horyzontalnych na rynkach przetargowych wygląda w sposób następujący.

W pierwszej kolejności organy ochrony konkurencji po wyznaczeniu rynku właściwego biorą pod uwagę udziały rynkowe przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, udziały konkurentów, a czasami również stopień koncentracji rynku. Etapem kluczowym dla wyniku postępowania jest jednak analiza, czy dotychczas uczestnicy koncentracji wpływali skutecznie na konkurencję w odbytych przetargach. Do zakresu badania należy to, jak wzajemna obecność uczestników transakcji przekształcała się w obniżenie cen oferowanych w przetargach. Dla obliczenia tych zależności stosuje się bezpośrednią analizę historycznych danych przetargowych, najczęściej tzw. *winn/loss analysis*. Jeśli drugi etap badania wykaże możliwość powstania skutków jednostronnych, należy przejść do etapu trzeciego.

Jako trzeci element brane są pod uwagę (w przypadku spełnienia przesłanek ograniczenia konkurencji) elementy wyrównawcze, a więc możliwe wejścia na rynek, siła nabywczą 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.

Tak przeprowadzone badanie powinno ukształtować wynik dotyczący tego, czy na rynku przetargowym dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. Obrazowo racjonalny i optymalny model badania można przedstawić jak na rysunku 5.

Mając tak ustrukturyzowany model analizy skutków jednostronnych horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców na rynku przetargowym można podjąć próbę jego zastosowania do decyzji administracyjnych wydanych przez Prezesa UOKiK.

W tym przypadku należy spojrzeć na decyzję zakazującą koncentracji w sprawie *Cogifer Polska/Koltram*. W decyzji tej Prezes UOKiK oparł się w decydującym stopniu na bardzo wysokim udziale w rynku uczestników koncentracji oraz na poziomie koncentracji rynku.

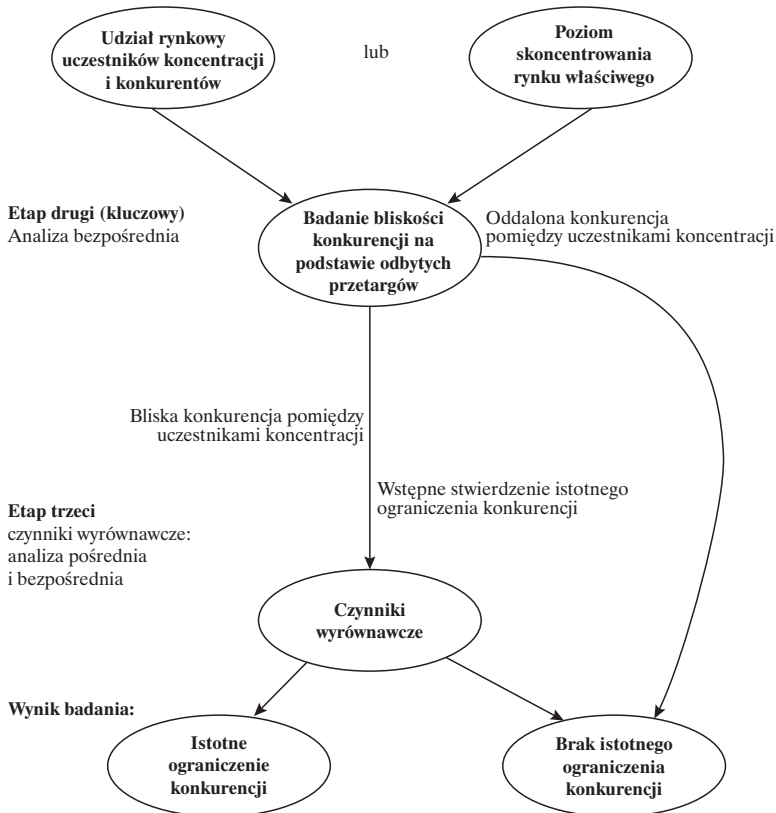
Także w tym przypadku należy stwierdzić, że przejście do drugiego etapu analizy skutków koncentracji horyzontalnych w zaproponowanym modelu, tj. do analizy badania bliskości konkurencji pomiędzy uczestnikami koncentracji na podstawie danych z wygranych przetargów mogłoby prowadzić do innego rozstrzygnięcia niż wydane przez organ antymonopolowy.

Innymi słowy, biorąc pod uwagę sposób działania rynku przetargowego, należało przeprowadzić badanie tego, jak wzajemna obecność uczestników transakcji przekształcała się w obniżenie cen oferowanych w przetargach.

Jako przykład takiego badania można wskazać chociażby uwzględnienie raportów *winn loss* jak w sprawie *General Electric Instrumentarium*²⁰.

Rysunek 5.

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



8.6. Podsumowanie zastosowania proponowanych modeli

Na podstawie próby zastosowania zaproponowanych racjonalnych i optymalnych modeli oceny jednostronnych skutków koncentracji przedsiębiorców, do wybranych stanów faktycznych zawartych w decyzjach Prezesa UOKiK, należy stwierdzić, że we wszystkich przypadkach przejście do drugiego etapu

²⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z 2.09.2003, w sprawie nr COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium*.

analizy, w zaproponowanym modelu, 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, oddając charakterystykę ekonomiczną i sposób działania wybranych rynków, przyczyniłoby się do rozstrzygnięcia w większym (a zatem i pewniejszym) stopniu odpowiadającego głównemu celowi prawa ochrony konkurencji – ochronie dobrobytu konsumentów. Prowadziłoby do zwiększenia pewności rozstrzygnięć, a 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. Na każdym ze wskazanych rynków w inny sposób dochodzi bowiem do uzyskania siły rynkowej. W inny sposób należy także postrzegać pochodzące z koncentracji zagrożenia dla dobrobytu konsumentów.

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 pofragmentowana w ten sposób, że zapewni domniemanie pożądany zakres wyboru produktów dla konsumentów. Szeroki zakres wyboru konsumentów nie jest jednak wyznacznikiem dobrobytu konsumentów, chociażby w świetle definicji tego pojęcia, zawartej w decyzjach Prezesa UOKiK²¹. Przykładowo w przypadku nałożenia na przedsiębiorców środka zaradczonego w decyzji *Auchan/Real* mogło więc dojść do rozstrzygnięcia obarczonego błędem *false positive*, powodując nałożenie nieuzasadnionego środka zaradczonego. W przypadku koncentracji na rynkach przetargowych, w świetle braku przeanalizowania tego, jak wygląda konkurencja „o rynek”, a zastosowania analizy strukturalnej również mogło dojść do wydania decyzji obarczonej błędem *false positive*. Natomiast na rynku produktów homogenicznych uznanie za bezpieczny mały przyrost w udziale rynkowym, wraz z pominięciem rzeczywistego sposobu funkcjonowania analizowanego sektora – analizy dostępnych mocy wytwórczych w celu mitygowania ewentualnego ograniczenia produkcji – mogło przyczynić się do rozstrzygnięcia obarczonego błędem *false negative*.

²¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 nr RPZ-39/2011 oraz decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2011 Nr DOK-10/2011.

Wszystkie analizowane decyzje Prezesa UOKiK zawierają badania, które można by uznać za odpowiadające postulatowi szkoły harwardzkiej lub fryburskiej, lecz nie postulatowi ochrony dobrobytu konsumentów. W takim przypadku, w wyniku wydania każdej z analizowanych decyzji, cel osiągnięty przez organ antymonopolowy mógł być inny niż określony przez praktykę i orzecznictwo polskiego prawa ochrony konkurencji. Przykładowo nałożenie środka zaradczego mogło więc być nieproporcjonalne – jako nieprowadzące do osiągnięcia celu sprawowanego nadzoru oraz nakładające obciążenia, które nie są niezbędne.

Skutkiem badania, prowadzonego w sposób zaprezentowany w analizowanych decyzjach, może być nawet nieuzasadnione odwrócenie sytuacji, kiedy to cel nadzoru zostanie wykreowany na potrzeby indywidualnego postępowania, jako następstwo wyboru metody analizy skutków koncentracji. Podporządkowanie celu postępowania metodzie analizy należy uznać za niepoprawne logicznie i metodologicznie.

W myśl przedstawionych w niniejszej pracy założeń, we wskazanych przypadkach przeprowadzenia analizy skutków koncentracji horyzontalnych przez Prezesa UOKiK nie można uznać za satysfakcjonujące. Jest tak tym bardziej dlatego, że można domniemywać, iż przynajmniej w niektórych postępowaniach organ ochrony konkurencji posiadał dane pozwalające na przeprowadzenie badania metodą analizy bezpośredniej.

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, co z kolei może prowadzić do nieodpowiedniego zastosowania przepisów prawa materialnego (art. 18, 19 albo 20 ust. 1 uokik). Może zostać także uznane za sprzeczne z zasadą pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa wyrażoną w art. 8 KPA. Skutkiem jest wydawanie rozstrzygnięć obarczonych ryzykiem sprzeczności z zasadą proporcjonalności ustanowioną zarówno na poziomie ustawy zasadniczej jak i na poziomie przepisów ogólnych prawa procesowego administracyjnego. Wobec tego, należy wymagać prowadzenia analiz ekonomicznych i opierania rozstrzygnięć o charakter i sposób działania rynków właściwych zgodnie z zaproponowanymi w niniejszej pracy modelami analiz skutków rynkowych koncentracji.

Wdrożenie stosowania przedstawionych w niniejszej 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.

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483, ze zm.)
- Enterprise Act of 2002
- The Clayton Antitrust Act 15 U.S.C. §§ 12–27
- Code de Commerce L.430-1 do L. 430-10
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zmienione przez Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066)
- Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.)
- Ustawa kodeks spółek handlowych z dnia 15 września 2000 r. (Dz.U. z 8 listopada 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.)
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r., w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE I. 24 z 2004 r.)
- Rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U. UE. L 133/1 z 30.04.2004),
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (RM-110-121-14)
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 roku w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz.U. z 15 stycznia 2015 rok. Poz 79)
- The Sherman Act 15 U.S.C. §§ 1–7

Decyzje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- Decyzja Prezesa UOKiK z 23.07.1996, nr RKR – 9/2003
- Decyzja Prezesa UOKiK z 23.09.2003, nr DPI – 62/2003
- Decyzja Prezesa UOKiK z 25.03.2004, nr DOK – 18/2004
- Decyzja Prezesa UOKiK z 28.10.2005, nr DOK – 134/2005
- Decyzja Prezesa UOKiK z 28.07.2007, nr DKK – 28/2007
- Decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2007, nr DKK – 29/2007
- Decyzja Prezesa UOKiK z 4.01.2008, nr DKK – /08

Decyzja Prezesa UOKiK z 22.04.2008, nr DKK – 37/2008
Decyzja Prezesa UOKiK z 4.09.2009, nr RKT – 43/2008
Decyzja Prezesa UOKiK z 3.07.2008, nr DKK – 52/2008
Decyzja Prezesa UOKiK z 19.09.2008, nr DKK – 73/2008
Decyzja Prezesa UOKiK z 8.08.2008, nr DKK – 66/2008
Decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2008, nr DKK – 98/2008
Decyzja Prezesa UOKiK z 23.2.2005, nr DKK – 9/2009
Decyzja Prezesa UOKiK z 5.03.2009, nr DKK – 10/09
Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010, nr DKK – 64/2010
Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009, nr DKK – 67/09
Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009, nr DKK – 68/2009
Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010, nr DOK-3/2010
Decyzja Prezesa UOKiK z 13.01.2011, nr DKK – 1/2011
Decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2011, nr DOK -10/2011
Decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011, nr DKK – 12/2011
Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011, nr RPZ – 39/2011
Decyzja Prezesa UOKiK z 21.07.2011, nr DKK – 82/2011
Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011, nr DKK – 101/11
Decyzja Prezesa UOKiK z 12.01.2012, nr DKK – 1/2012
Decyzja Prezesa UOKiK z 12.12.2012, nr DKK – 134/2012
Decyzja Prezesa UOKiK z 29.01.2013, nr DKK – 20/2013
Decyzja Prezesa UOKiK z 1.03.2013, nr DKK – 39/2013
Decyzja Prezesa UOKiK z 11.03.2013, nr DKK – 42/2013
Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014, DKK – 4/2014
Decyzja Prezesa UOKiK z 1.10.2014, nr DKK – 128/2014
Decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2015, nr DKK – 23/2015
Decyzja Prezesa UOKiK z 13.10.2015, nr DKK – 176/2015

Decyzje Komisji Europejskiej

Decyzja Komisji Europejskiej z 18.01.1991, w sprawie nr No IV/M.050 – *AT&T/NCR*
Decyzja Komisji Europejskiej z 12.04.1991, w sprawie nr IV/M042 – *Alcatel/Telettra*
Decyzja Komisji Europejskiej z 2.10.1991, w sprawie nr IV/M.53 – *Aerospatiale/Alenia/de Havilland*
Decyzja Komisji Europejskiej z 30.09.1992, w sprawie nr IV/M.214 – *Du Pont / ICI*
Decyzja Komisji Europejskiej z 12.11.1992, w sprawie nr IV/M.222 – *Mannesmann/Hoesch*
Decyzja Komisji Europejskiej z 21.12.1993, w sprawie nr IV/M.358 – w *Pilkington-Techint/SIV*
Decyzja Komisji Europejskiej z 31.01.1994, w sprawie nr IV/M.315 – *Mannesmann/Vallourec/Ilva*
Decyzja Komisji Europejskiej z 28.04.1994, w sprawie nr IV/M.40 – *Allied Lyons/HWE-Pedro Domecq*
Decyzja Komisji Europejskiej z 21.06.1994, w sprawie nr IV/M.430 – *Procter & Gamble/VP Schickedanz (II)*

- Decyzja Komisji Europejskiej z 21.12.1994, w sprawie nr IV/M.484 – *Krupp/Thyssen/Rival/AST*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 22.12.1994, w sprawie nr IV/M.269 – *Shell/Montecatini*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 14.02.1995, w sprawie nr IV/M.477 – *Mercedes-Benz/Kassbohrer*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 20.11.1996, w sprawie nr IV/M.784 – *Kesko/Tuko*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.1997, w sprawie nr IV/M.890 – *Blokker/Toys 'R' Us*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 10.09.1997, w sprawie nr IV/M.774 – *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 18.03.1998, w sprawie nr IV/M.1113 – *NORTEL*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 15.05.1998, w sprawie nr IV/M.833 – *Coca Cola Company/Carlsberg*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 20.05.1998, w sprawie nr IV/M.754 – *Anglo American Corp./Lonrho*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 29.07.1998, w sprawie nr IV/M.986 – *Agfa-Gevaert/Dupont*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 21.05.1999, w sprawie nr IV/M.1430 – *Vodafone/Airtouch*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 22.09.1999, w sprawie nr IV/M.1524 – *Airtours/FirstChoice*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 25.01.2000, w sprawie nr COMP/M. 1684 – *Carrefour/Promodes*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 3.05.2000, w sprawie nr COMP/M.1693 – *Alcoa/Reynolds*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 22.05.2000, w sprawie nr COMP/M.1878 – *Pfizer/Warner-Lambert*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 19.06.2000, w sprawie nr COMP/M.1882. – *Pirelli/BICC*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 11.08.2000, w sprawie nr COMP/M.2016
- Decyzja Komisji Europejskiej z 1.09.2000, w sprawie nr COMP/M.1980 – *Volvo/Renault VI.*
- Decyzja Komisji Europejskiej, z 24.01.2001, w sprawie nr COMP/M.2033 – *Metso/Svedala*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 2.03.2001, w sprawie nr COMP/M.2256 – *Phillips/Agilent*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 30.03.2001, w sprawie nr COMP/M.2079 – *Raytheon/Thales/JV*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 3.04.2001, w sprawie nr COMP/M.2139 – *Bombardier/Adtranz*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 9.06.2001, w sprawie nr IV/M.1813 – *Industri Kapital Nordkem/Dyno*

- Decyzja Komisji Europejskiej z 3.07.2001, w sprawie nr COMP/M.2220 – *GE/Honywell*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 11.07.2001, w sprawie nr COMP/M.2314 – *Basf/Eurodiol/Pantochim*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 27.07.2001, w sprawie nr COMP/M.2337 – *Nestle/Ralston Purina*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 8.08.2001, w sprawie nr COMP/M.2399 – *FRIE-SLAND COBERCO / NUTRICIA*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 11.08.2001, w sprawie nr IV/M.2016 – *France Telecom/Orange*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 17.10.2001, w sprawie COMP/M.2187 – *CVC/Lenzing*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 30.10.2001 w sprawie nr COMP/M.2420 – *Mitsui/CVRD/Caemi*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 21.11.2001, w sprawie nr COMP/M.2498 – *UPM-Kymmene/Haindl*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 6.12.2001, w sprawie nr COMP/M.2645 – *SAAB / WM-DATA AB / SAAB CARAN JV*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 11.12.2001, w sprawie nr COMP/M.2602 – *GERLING / NCM*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 18.12.2001, w sprawie nr COMP/M.2676 – *SAMPO/VARMA SAMPO/IF HOLDING/JV*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 18.01.2002, w sprawie nr COMP/M.2502 – *Cargil/Cerestar*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 31.01.2002, w sprawie nr COMP/M.2609 – *HP/Compaq*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 27.02.2002, w sprawie nr COMP/M.2097 – *SCA/Metsa Tissue*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 18.04.2002, w sprawie nr COMP/M.6266 – *Johnson & Johnson/Synthes*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 24.07.2002, w sprawie nr COMP/M.2706 – *CARNIVAL CORPORATION/P&O PRINCESS*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 5.09.2002, w sprawie nr COMP/M.2816 – *Ernst & Young / Andersen France*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 3.05.2003, w sprawie nr COMP/M.3108 – *Office Depot/Guilbert*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 25.07.2003, w sprawie nr COMP/M.3209 – *WPP/Cordiant*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 30.07.2003, w sprawie nr COMP /M.3149 – *Procter & Gamble*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 2.09.2003, w sprawie nr COMP/M.3083 – *GE/Instrumentarium*

- Decyzja Komisji Europejskiej z 2.10.2003, w sprawie nr COMP/M.3191 – *PHILIP MORRIS/PAPASTRATOS*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 28.05.2004, w sprawie nr COMP/M.3396 – *Group 4 Flack/Securicor*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 9.08.2004, w sprawie nr COMP/M.3439, – *AGFA-Gevaert/Lastra*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 26.10.2004, w sprawie nr COMP/M.3436 – *Continental/Phoenix*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 26.10.2004, w sprawie nr COMP/M.3216 – *ORACLE/PEOPLESOFT*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 15.11.2004, w sprawie nr COMP/M.3464 – *Kesko/ICA/JV*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 19.11.2004, w sprawie nr COMP/M.3544 – *BAYER HEALTHCARE/ROCHE (OTC BUSINESS)*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 21.12.2004, w sprawie nr COMP/M.3605 – *Savion/HMG*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 2.03.2005, w sprawie nr COMP/M.3664 – *REPSOL BUTANO / SHELL GASS (LPG)*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 22.02.2006, w sprawie nr COMP/M.3946 – *Renolit/Solvay*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 29.03.2006, w sprawie nr COMP/M.3975 – *CARGILL / DEGUSSA FOOD INGREDIENTS*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 14.03.2006, w sprawie nr COMP/M.3868 – *DONG/Elsam/Energi E2*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 26.04.2006, w sprawie nr COMP/M.3916 – *T-Mobile Austria/Tele.ring*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 27.04.2006, w sprawie COMP/M.4100 – *Seagate/Maxtor*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 19.05.2006, w sprawie nr COMP/M.3998 – *AXALTO / GEMPLUS*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 2.06.2006, w sprawie nr COMP/M.4137 – *Mittal/Arcelor*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 10.08.2006, w sprawie nr COMP/M.4094 – *Ineos/BP Dormagen*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 16.01.2007, w sprawie nr COMP/M.4439 – *Ryanair/Air Lingus*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 30.03.2007, w sprawie nr COMP/M.4508 – *ALSTOM UK /BALFOUR BEATTY/JV*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 22.05.2007, w sprawie nr COMP/M.4404 – *Universal/BMG Music Publishing*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 29.06.2007, w sprawie nr COMP/M.4540 – *Nestle/Novartic (Medical Nutrition Business)*

- Decyzja Komisji Europejskiej z 26.10.2007, w sprawie nr No COMP/M.4828 – *OWENS CORNING / SAINT GOBAIN VETROTEX*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 19.12.2007, w sprawie nr COMP/M.4912 – *CALYON/ SOCIETE GENERALE / NEWEDGE*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 5.09.2007, w sprawie nr COMP/M.4533 – *SCA / P&G (European tissue business)*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 4.12.2007, w sprawie nr COMP/M. 4662 – *SYNIVERSE / BSG*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 30.01.2008, w sprawie nr COMP/M.4734 – *INEOS/ KERLING*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 16.04.2008, w sprawie nr COMP/M.5008 – *VIVENDI / ACTIVISION*
- Decyzja Komisji Europejskiej 29.04.2008, w sprawie nr COMP/M.5080 – *ORACLE/ BEAz*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 25.06.2008, w sprawie COMP/M.5121 – *News Corp/ Premiere*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 20.08.2008, w sprawie nr COMP/M.5155 – *MONDI/ LOPAREX ASSETS*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 17.11.2008, w sprawie nr OMP/M.5658 – *Unilever/ Sara Lee*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 22.12.2008, w sprawie nr COMP.M.5224 – *EDF/ British Energy*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 22.06.2009 w sprawie nr COMP/M.5496 – *Vattenfall/Nuon*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 14.12.2009, w sprawie nr COMP/M.5599 – *Amcor/ Alcan*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 6.01.2010, w sprawie nr COMP/M.5644 – *KRAFT FOODS / CADBURY*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 20.01.2010, w sprawie nr COMP/M.5611 – *Agilent/ Varian*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 13.07.2011, w sprawie nr COMP/M.6101 – *UMP/ Myllykoski i Rhein Papier*
- Decyzja Komsji Europejskiej z 30.03.2012, w sprawie nr I COMP/M.6447 – *IAG/ BMI*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 18.04.2012, w sprawie nr COMP/M.6266 – *Johnson & Johnson/Synthes*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 21.09.2012, w sprawie nr COMP/M.6458 – *Universal Music Group/EMI Music*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 19.10.2011, w sprawie nr COMP/M.6106 – *Caterpillar/MWM*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 19.10.2011, w sprawie nr COMP/M.6214 – *Seagate/ HDD Business of Samsung*
- Decyzja Komisji Europejskiej z 12.12.2012, w sprawie nr COMP/M.6497 – *Hutchison #G Austria/Orange Austria*

Decyzja Komisji Europejskiej z 27.02.2013, w sprawie nr COMP/M.6663 – *Ryanair/ AER Lingus III*

Decyzja Komisji Europejskiej z 23.11.2013, w sprawie nr COMP/M.6203 – *Western Digital Irland/ Viviti Technologies*

Decyzja Komisji Europejskiej z 5.04.2014, w sprawie nr COMP/M.7009 – *Holcim/ Cemex West*

Orzecznictwo sądów unijnych

Orzeczenie Sądu z 14.02.1978, w sprawie 2/76, *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429

Orzeczenie Sądu z 13.02.1979, w sprawie 85/79, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211

Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 12.12.1991, w sprawie T-30/89, *Hilti AG v. Commission*

Orzeczenie ETS z 3.07.1991, w sprawie C 62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission*

Orzeczenie Sądu z 31.03.1998 r, w sprawie nr C-68/94, *France and others v. Commission*,

Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 25.03.1999, w sprawie nr T-102/96, *Gencor v. Commission*, [1999] ECR II-753

Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 28.04.1999, w sprawie nr T-221/95, *Endemol v. Commission*, [1999] ECR II-1299

Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 6.06.2002, w sprawie nr T-342/99, *Airtours v. Commission*

Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 25.10.2002, w sprawie nr T-5/02 *Tetra Laval v. Commission*

Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 23.02.2006, w sprawie T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV v. Commission*

Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 30.01.2007, w sprawie T-340/03, *France Telecom v. Commission*

Wyrok Sądu z 11.12.2013, w sprawie T-79/12 – *Cisco Systems i Messagenet v. Commission*

IV/M.31684 25.01.2000

Orzecznictwo sądów USA

Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 1.06.1964, w sprawie *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

Orzeczenie Circuit Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945)

Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. E.I. DuPont Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 426 (1956)

Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586 (1957)

Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958)

- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Koppers Company*, 202 F. Supp. 437 (W.D. Pa. 1962)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 317 (1962)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA z 17.06.1963, w sprawie *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651, 659 (1964)
- Orzeczenie w sprawie *United States v. Penn-Oil Chemicals Co.*, 378 U.S. 158, 174 (1964)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Aluminum Co. of America*, 377 U.S. 271 (1964)
- Orzeczenie w sprawie *United States v. Marine Bancorp.*, 418 U.S. 602, 623 n. 22, 94 S.Ct. 2856, 41 L.Ed.2d 953 (1964)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. First National Bank and Trusts*, 376 U.S. s. 676 (1964)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Pabst Brewing Co.* 384 U.S. 546 (1966)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 277 (1966)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, 577 (1967)
- Orzeczenie U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania w sprawie *United States v. Provident National Bank*, 280 F. Supp. 1 (E.D. Pa. 1968) – 280 F. Supp. 1 (1968)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Fifth Circuit w sprawie *Clifford Food Stores, Inc. v. Kroger, Inc.*, 417 F.2d 203, 207 n. 2 (5th Cir.1969)
- Orzeczenie w sprawie *Stanley Works v. F.T.C.*, 469 F.2d 469, 503 (1972)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972)
- Orzeczenie w sprawie *Litton Industries Inc. v. F.T.C.*, 793, 906-10 (1973)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Marine Bancorporation Inc. Grumman Corp.* 418 U.S. 602 (1974)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486, 505, 94 S.Ct. 1186, 39 L.Ed.2d 530 (1974)
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486, 505 & n. 13, 94 S. Ct. 1186, 1197 & n. 13, 39 L.Ed.2d 530 (1974)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Fifth Circuit, w sprawie *Yoder Bros., Inc. v. Cal.-Fla. Plant Corp.*, 537 F.2d, 1347, 1367 n.19 (5th Cir. 1976)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Eight Circuit, w sprawie *United States v. Empire Gas Corp.*, 537 F.2d 296, 305 (8th Cir.1976), cert. denied, 429 U.S. 1122, 97 S.Ct. 1158, 51 L.Ed.2d 572 (1977)

- Orzeczenie w sprawie *Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 441 U.S. 1 (1979)
- Orzeczenie U.S. District Court for the District of Maryland, w sprawie *United States v. Black & Decker Mfg. Co.*, 430 F. Supp. 729, 748 n.38 (D. Md. 1976)
- Orzeczenie United States Court Appelas, Second Circuit, w sprawie *Broadway Delivery Corp. v. UPS*, 651 F.2d 122, 129 (2d Cir. 1981)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Sixth Circuit, w sprawie *Richter Concrete Corp. v. Hilltop Concrete Corp.*, 691 F.2d 818, 827 (6th Cir.1982)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Fifth Circuit, w sprawie *Dimmit Agri Industries, Inc. v. CPC International, Inc.*, 679 F.2d 516, 529 nn. 11 & 12 (5th Cir.1982), cert. denied, 460 U.S. 1082, 103 S.Ct. 1770, 76 L.Ed.2d 344 (1983)
- Orzeczenie w sprawie *Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Bd. of Regents of Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit z 6.09.1984 *United States v. Waste Management Inc.* 743 F2d 976
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Fifth Circuit, w sprawie *Exxon Corp. v. Berwick Bay Real Estates Partners*, 748 F.2d 937, 940 (5th Cir. 1984)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *Hayden Publishing Co. INC v. Cox Broadcasting Corp.*, 730 F.2d 64 (2nd Cir 1984)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Cuircuit, w sprawie *Hayden Publ'g Co., Inc. v. Cox Broad. Corp.*, 730 F.2d 64, 69 n.7 (2d Cir. 1984)
- Orzeczenie w sprawie *Echlin Mfg. Co.*, 105 F.T.C. 410, 485 (1985)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Tenth Circuit, w sprawie *Colo. Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am.*, 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Tenth Circuit, w sprawie *Colorado Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co.*, 885 F.2d 683, 694 n. 18 (10th Cir.1989)
- Orzeczenie w sprawie *FTC v. University Health, Inc.*, 938 F.2d 1206 (11th Cir.1991)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Seven Circuit, w sprawie *Indiana Grocery, Inc., v. Super Valu Stores, Inc.*, 864 F.2d 1409 (7th Cir.1989)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Seven Circuit, w sprawie *United States v. Rockford Memorial Corp.*, 898 F.2d 1278, 1285 (7th Cir.1990)
- Orzeczenie United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, w sprawie *United States v. Syufy Enterprises, Civ.* 712 F. Supp. 1386, aff'd, 903 F.2d 659 (9th Cir. 1990)
- Orzeczenie U.S. District Court for the District of Delaware, w sprawie *United States v. United Tote, Co.* 768 F. Supp. 1064 (D. Del. 1991)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Third Circuit, w sprawie *Fineman v. Armstrong World Industries, Inc.*, 980 F.2d 171, 201-02 (3d Cir.1992)
- Orzeczenie w sprawie *Blue Cross & Blue Shield United of Wis. v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1411 (7th Cir. 1995)
- Orzeczenie w sprawie *State v. Kraft General Foods, Inc.*, 926 F. Supp. 321 (S.D.N.Y 1995)

- Orzeczenie United States District Court, District Columbia, w sprawie *Federal Trade Commission v. Staples, Inc.* 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *Tops Mkts., Inc. v. Quality Mkts., Inc.*, 142 F.3d 90, 98 (2d Cir. 1998)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Sixth Circuit, w sprawie *Am. Council of Certified Podiatric Physicians & Surgeons v. Am. Bd. of Podiatric Surgery, Inc.*, 185 F.3d 606, 623 (6th Cir. 1999).
- Orzeczenie US District Court for the District of Columbia, w sprawie *FTC v Swedish Match*, 131 F.Spupp. 2d 151 (D.D.. 2000)
- Orzeczenie United States District Court, W.D. Wisconsin, w sprawie *United States v. Franklin Electric Co.* 130 F. Supp 2d 1025 (W.D. Wis. 2000)
- Orzeczenie w sprawie *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 2436 F.3d 708, 345 U.S.App.D.C 364 (D.C. Cir. 2001)
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Third Circuit, w sprawie *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181, 187-8 (3d Cir. 2005)
- Orzeczenie United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, w sprawie *Federal Trade Commission v. Whole Foods Mkt., Inc.*, 502 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2007)
- Orzeczenie United States District Court N.D. California, w sprawie *United States v. Oracle Corporation*, 331 F.Supp.2d 1098.
- Orzeczenie United States of America, State of New York, Commonwealth of Pennsylvania and State of Ohio v. Cargill Inc., AKZO NOBEL N.V., AKZO NOBEL INC. and AKZO NOBEL SALT, INC. Civil No. 97-CV-06161 L
- Orzeczenie Sądu Najwyższego USA, w sprawie *United States v. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U. S. 290, 166 U. S. 323
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Second Circuit, w sprawie *Stanley Works v. FTC*, No. 11, Docket 71-1742
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Los Angeles Land Co. v. Brunswick*, 6 F.3d 1422
- Orzeczenie United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, w sprawie *United States v. Baker Huges* 908 F. 2d 981
- Orzeczenie United States Court of Appeals, Federal Circuit, w sprawie *Fieeldturf v. Southwest Recreational Industries*, 235 F. Supp 2d 708
- Orzeczenie United States District Court, M.D. North Carolina, w sprawie *R.J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris* 199 F. Supp 2d 362
- Orzeczenie United States District Court District of Columbia, w sprawie *United States v. H&R Block*, 2011 WL 5438955 (D.C.C.)
- Orzeczenie w sprawie *United States v. Country Lake Foods Inc.* 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990).
- Orzeczenie w sprawie *United States v. Whole Foods*, 548 F.3d at 1036
- Orzeczenie United States District Court District of Columbia, w sprawie *Federal Trade Commission v. CCC Holdings Inc.*, 605 F.Supp.2d 26
- Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia, w sprawie *United States v International Paper Company and Temple-Inland Inc.*

- Orzeczenie w sprawie *FTC v. University Health Inc.* 938 F.2d 1206 (11 th Cir. 1991);
Orzeczenie w sprawie *FTC v Tenet Health Care Corp*, 186 F.3d 1045 (8th Cir. 1999).
Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia, sprawa
United States v Altivity Packaging LLC and Graphic Packaging International Inc.
Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia, w sprawie
United States v. Georgia-Pacific Corporation and Fort James Corporation
Orzeczenie United States District Court for the District of Columbia, w sprawie
United States v Abitibi – Consolidated inc. and Bowater Incorporated.
Orzeczenie United States District Court N.D. California, w sprawie *United States*
v Oracle Corporation, 331 F.Supp.2d 1098)
Orzeczenie w sprawie *United States District Court for the District Court of Colum-*
bia, United States v. Exelon Corporation and Constelation energy Group, Inc.
1:11-cv-02276-EGS
United States District Court for the District of Columbia, *Federal Trade Commis-*
sion v Staples Inc. and Offcie Depot Inc., Plaintiff's memorandum on points and
authorities in support of motions for temporary restraining order and preliminary
injunction,

Praktyka sądowicza

- Orzeczenie Sadu Antymonopolowego z 8.10.1997 r., XVII AMA 33/97, Wok. 1998,
Nr 2
Orzeczenie Sądu Najwyższego z 19.10.2006, III SK 15/06; OSNP 2007, Nr 21–22,
poz.337
Orzeczenie SOKiK z 5.4.2011 r., XVII AmA 213/09
Orzeczenie SOKiK z 13.04.2011 XVII AmA 78/09, niepubl.
Orzeczenie SOKiK, z 14.05.2012, XVII AmA 41/11
Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13.10.2011 r., VI ACa 381/11, niepubl.
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9.6.1998 r., K 28/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 50
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26.4.1999 r., K 33/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 71
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2.6.1999 r., K 34/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 94
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21.4.2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, Nr 4,
poz. 31
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25.2.1999 r., K 23/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 25

Praktyka europejskich organów ochrony konkurencji i sądów

- Decyzja Bundeskartellamt z 29.06.1982, nr WuW/E BGH 1949, 1951, w sprawie
Baun/Almo
Decyzja Bundeskartellamt z 2.12.1980, nr WuW/E BGH 1749, 1753, w sprawie
Klockner/Becorit
Decyzja Bundeskartellamt z 19.12.1995, nr WuW/E BGH 3037/3039, w sprawie
Raiffeisen
Decyzja Bundeskartellamt z 15.05.2006, nr B5-185-05, w sprawie *Von Roll Inova/*
Alstom

- Decyzja Bundeskartellamt z 30.06.2008, nr B2-333/07, w sprawie *EDEKA/Tangelmann*
- Decyzja Bundeskartellamt z 15.11.2007, nr B1-190-07, w sprawie *Faber/BAG/AML*
- Decyzja Bundeskartellamt z 21.10.2010, nr B4-45/10, w sprawie *Sparkasse Karlsruhe/Sparkasse Ettlingen*
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Berlinie z 22.03.1983, WUW/E OLG 2862, 2863, *Rewe/Florimex*
- Wyrok Sądu Federalnego (bundesgerichtshof) z 28.4.1992, WUW/E BGH 2771, 2774, *Kaufhof/Saturn*
- Wyrok Sądu Federalnego (bundesgerichtshof) z 13.07.2004, WUW/E DE-R 1302, 1303, *Sanacorp/AMZAG*
- Wyrok Sądu Najwyższego dla spraw administracyjnych Francji, (Conseil d'Etat), 6 Październik 2000, n° 216645
- Decyzja nr C2002-21, z 20 Stycznia 2003
- Decyzja nr C2005-18, z 28 Października 2005, opinia Conseil de la concurrence 05-A-18, z 11 Października 2005
- Decyzja nr C2006-02, z 30 Sierpnia 2006, opinia Conseil de la concurrence 06-A-13, 13 Lipca 2006
- Decyzja nr C2007-14, z 13 Listopada 2007, opinia Conseil de la concurrence 07-A-10, 26 Wrzesień 2007
- Decyzja Office of Fair Trading, z 2.11.2002, nr ME/5007/11, w sprawie *Anglo American PLC oraz Lafarge S.A*
- Decyzja Office of Fair Trading z 13.04.2011, nr ME/4807/10, w sprawie *Kingspan Group plc oraz CRH Insulation Europe*

Literatura cytowana

- Arrow K.J., *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, w: *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*, Tom 1, US Joint Economic Committee, 91st Congress, Sesja 1.
- Arystoteles, *Polityka*, Edycja Komputerowa.
- Atkinson R.D., Audretsch D.B., *Economic Doctrines and Approchase to Antitrust*, The Information Technology & Innovation Foundation, 2011.
- Aziewicz D., *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, iKAR 2013, 3(2).
- Aziewicz D., *Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejską w planowanej reformie rozporządzenia 139/2004*, iKAR 2014, 9(3).
- Bain J.S., *Industrial Organization*, New York, John Willey and Sons Inc., 1959.
- Bain J.S., *Barriers to new competition, Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Harvard University Press, 1956.
- Balcerowicz L., *Konkurencja – wynalazek Zachodu*, w: *Ochrona Konkurencji i Konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (Studia prawno-ekonomiczne)* pod red. C. Banasińskiego, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2005.

- Banasiński C., *Miejsce i Rola Parametrów Ekonomicznych w Kierowaniu Gospodarką Państwową (Zagadnienia Administracyjnoprawne)*, Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych, Warszawa 1986.
- Banasiński C., *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015.
- Banasiński C., E Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, LexisNexis, 2009.
- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Baumol W.J., Panzar J., i Willing R., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Nowy York, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.
- Baker J., *A Preface to Post-Chicago Antitrust*, w: R. van den Bergh, R. Pardolesi, A. Cucinotta, *Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis*, Edward Elgar, 2002.
- Baker J., *Why did the antitrust agencies embrace unilateral effects*, *George Mason Law Review* 2003, vol. 12.
- Baker J., *Taking the Error out of 'Error Costs' Analysis: What's Wrong With Antitrust's Right*, *Antitrust Law Journal* 2015, vol. 80, 1–39.
- Behrens P., *The oldoliberal concept of „abuse” of dominant position and its impact on article 102 TFEU*, 2015.
- Begg D., Stanley Fischer, Rudiger Dornbusch, *Mikroekonomia*, Wydanie IV zmienione, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2007.
- Bishop S., Walker M., *The economics of EC Competition law*, 2 wydanie, Sweet & Maxwell, 2002.
- Blair R.D., Kaserman D.L., *Antitrust Economics*, 2 wydanie, Oxford University Press, 2009.
- Blair R.D., Sokol D., *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, *Antitrust Law Journal* 2012, vol. 78(2).
- Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów Warszawa (2012)
- Bork R.H., *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*, 1978.
- Bok D., *Section 7 of the Clayton Act and the merging of law and economics*, *Harvard Law Review* 1960, vol. 74, nr 2.
- Borkowski B., Dudek H., Szczesny W., *Ekonometria*, Wybrane Zagadnienia, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa 2004.
- Cabral L.M.B., *Introduction to Industrial Organization*, Cambridge, Mass., 2000.
- Carlton D., *Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding?*, *American Economic Review Papers and Proceedings* May, 2004.
- Carlton D.W., *Revising the Horizontal Merger Guidelines*, *Journal of Competition law and Economics* 2010.
- Church J., Ware R., *Industrial Organization. A Strategic Approach*, Boston 2000.
- Chandler A.D., *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Cambridge, Belknap Press., 1977.

- Chamberlain E.H., *The Theory of Monopolistic Competition*, wyd. 6, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1950.
- Christiansen A., Kerber W., *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of „per se Rules vs. Rule of Reason”*, Philipps-University Marburg, 2005.
- Ciesielska-Maciągowska D., *Wpływ zmiany kosztów transakcyjnych na procesy outsourcingu i offshoringu*, w: R. Sobiecki, J.W. Pietrewicz (red.), *Koszty transakcyjne skutki zmian dla przedsiębiorstw*, Warszawa, Oficyna Wydawnicza Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, 2011.
- Coate M.B., *Benchmarking the Upward Pricing Pressure Model with Federal Trade Commission Evidence*, Journal of Competition Law and Economics 2011.
- Coate M., Del Buono A.J., *Modeling the Ease of Entry in Merger Analysis: Can Financial Analysis Move the Ball?*, Bureau of Economics, Federal Trade Commission 2014.
- Coase R.H. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, Tom 4, Nr 16.N., 1937.
- Cowie M.G. and Denis P.T., *The Fall of Structural Evidence in FTC and DOJ Merger Review*, the antitrust source, luty 2013.
- Cournot A., *Researches into the mathematical principles of the theory of wealth* (Nathaniel T. Bacon trans., Macmillan Publishers 1897) Nowy Jork 1838.
- Cohen B., Sullivan C.A., *The Herfindahl-Hirschman Index and the new antitrust Merger Guidelines: Concentrating on Concentration*, Texas Law Review 1983, Vol. 62, nr 3.
- Conti M., *Merger simulation in the context of the Merger Regulation*, Competition law insight, 9 maja 2006.
- Culbertson J., Weinstein R., *Antitrust Aspects of Barriers to Entry*, UCLA Law First Annual Institute on US and EU Antitrust Aspects of Mergers and Acquisitions, Luty 27/28, 2008.
- Dalkir S., Warren-Boulton F.R., *Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot (1997)*, w: J.E. Kwoka, Jr., L. J. White, *The Antitrust Revolution, Economics, Competition, and Policy*, OXFORD University Press, 2014.
- Demstet H., *Barriers to Entry*, American Economic Review nr 72, (1982)
- Dixon P.R., *Antitrust Policy: Some „legal” and „Economic” Considerations*, U.C.L.A. Rev. 1967, 14.
- Domańska A., *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001.
- Donsimoni M.P., *Stable Heterogenous Cartels*, International Journal of Industrial Organization 1985, Vol. 3.
- Dudzik S., *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Oficyna Wolters Kluwer, 2010.
- Dudzik S., *Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015, nr 2(4).
- Epstein R.J., Rubinfeld D., *Understanding UPP*, The b.e. Journal of Theoretical Economics 2010, vol. 10.
- Evans D.S., Padilla J., *Demand-Side Efficiencies in Merger Control*, World Competition 2003, nr 26.

- Dyl M., Stankiewicz R., *Przejęcie wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą jako przesłanka zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, Przegląd Prawa Handlowego 2013, Tom 3.
- Duchin R., Schmidt B., *Riding the Merger Wave, Uncertainty, reduced monitoring, and bad acquisitions*, Journal of Financial Economics 2013, 107.
- Farrell J., Shapiro C., *Upward pricing pressure in horizontal merger analysis: Reply to Epstein and Rubinfeld*, The B.E. Journal of Theoretical Economics 2010, vol. 10.
- Farrell J., Shapiro C., *Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: response*, CPI Antitrust Journal 2010.
- Farrell J., Shapiro C., *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, The B.E. Journal of Theoretical Economics 2010, Vol. 10
- Ferguson J., *Advertising and Competition: Theory, Measurement, Fact*, Cambridge Mass. 1974.
- Fernandez B.M., Hashi I., Jegers M., *The implementation of the European Commission's Merger Regulation 2004: An empirical analysis*. Journal of Competition Law and Economics 2008, 4(3).
- Fisher F., *Diagnosing Monopoly*, Quarterly Review Of Economics and Business 1979, nr 19.
- Friedman M., Friedman R., *Free to Choose*, New York 1990.
- Formby W., Smith J., *Collusion, Entry, and Market Shares*, Review of Industrial Organization 1984, Vol. 1.
- Grokiewicz-Waltz H., Wierzbowski M. (red.), *Prawo Gospodarcze. Zagadnienia Administracyjnoprawne*, Warszawa 2011.
- Gurrea S.D., Owen B.M., *Coordinated Interaction and Clayton §7 Enforcement*, Stanford Institute For Economic Policy Research, SIEPR Discussion Paper No. 02-26, Marzec 2003.
- Gutin G., *The economic and social aspects of trusts*, Political Science Quarterly 1888, nr 3.
- Hausman J., Leonard G., *Economic Analysis of Differentiated Products Mergers Using Real World Data*, George Mason Law Review 1997, vol. 5.
- Hausner R., Niewiadomski Z., Wróbel A., *System Prawa Administracyjnego, Publiczne prawo gospodarcze*, Tom 8a, C.H. Beck, INP PAN, Warszawa 2013.
- Hayek F., *The Meaning of Competition, reproduced, w: Individualism and Economic Order*, 1963.
- Hayek F., *The Road to Serfdom*, Londyn 1979.
- Hayek F., *Fatal Conceit. The Errors of Socialism*, 1988.
- Heflebower R.B., *Corporate Mergers: Policy and Economic Analysis*, The Quarterly Journal of Economics Vol. 77, Nr 4, Oxford University Press, 1963.
- Hill N., *Analyzing Mergers Using Capacity Closure*, ECONOMIC ANALYSIS GROUP DISCUSSION PAPER, EAG 08-8 Sierpień 2008.
- Hotelling H., *Stability in Competition*, Economic Journal 1929, Vol. 39.
- Hovenkamp H., *Antitrust Policy After Chicago*, Michigan Law Review 1985, Vol. 84.

- Hovenkamp H., *Implementing Antitrust's Welfare Goals*, U Iowa Legal Studies Research Paper 2013, No. 12-39.
- Inderst R., Shaffer G., *Buyer Power in Merger Control*, w: *Issues in Competition law and Policy 1* (ABA Section of Antitrust Law 2008).
- Ivaldi M., Verbove F. n., *Quantifying the effects from horizontal mergers in European competition policy*, Swedish School of economics and business, 2004.
- Jaśkowska M., Wróbel A., *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, Wydanie II Zakamycze 2005.
- Jantón-Drozdowska E., *Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej oceny koncentracji*, w: *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007.
- Jones A., Sufrin B., *EC Competition Law, text, cases, and materials, third edition*, OXFORD University Press, 2008.
- Jefrey P., *Modern Industrial Organization*, 3 edycja, Reading, MA: Addison-Wesley, 2000.
- Jurkowska A., Miąsik D., Skoczny T., Szydło M., *Nowa UOKiK z 2007 r.: Krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, PUG 2007, Nr 5.
- Jurkowska A., Skoczny T., *Doktryny orzecznicze sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1962–2004*, w: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Kaplow L., *Market Share Thresholds: On the Conflation of empirical Assessment and Legal Policy Judgments*, Harvard Law and Economics Discussion Paper 2011, Nr. 692.
- Kaplow L., *Market Definition: Impossible and Counterproductive*, Antitrust Law Journal 2013, vol. 79, no. 1.
- Karłowicz J., Kryński A., Niedźwiedzki W., *Słownik języka Polskiego*, Tom V, PWN, Warszawa 1912.
- Kaysen C., Turner D.F., *Antitrust Policy*, Harvard University Press, 1959.
- Kępiński M., *Prawo konkurencji*, System Prawa Prywatnego tom 15, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Klemperer P., *Competition Policy in Auctions and "Bidding Markets"*, w: *Handbook of Antitrust Economics* (ed. P. Buccirossi) MIT Press, Cambridge, MA, USA, 2005.
- Kieźel E., *Zachowania konsumentów – determinanty, racjonalność*, Katowice (2004)
- Kliczka K., *Wolność gospodarcza a interwencjonizm państwowy*, w: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej*. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego, Katowice 2004.
- Kolasky W.J., *Lessons from Baby Food: The Role of Efficiencies in Merger Review*, ANTITRUST vol. 16, 2001.
- Kosikowski C., *Konstytucyjna regulacja zasad ustroju gospodarczego*, w: A. Łopatka, (red.), *Ku konstytucji społeczeństwa obywatelskiego*, Warszawa 1995.

- Kobayashi B.H., Muris T.J., *Chicago, Post-Chicago, and beyond: time to let go of the 20th century*, George Mason University Law and Economics Research Paper Series 2012, 12–31.
- Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Kokkoris I., Shelanski H., *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, OXFORD 2014.
- Kosikowski C., *Wolność gospodarcza w prawie polskim*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1995.
- T Kotarbiński., *Traktat o dobrej robocie*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1982.
- Kuhn K., *Closing Pandora's box? Joint dominance after the „Airtours” Judgement*, University of Michigan, John M. Olin Center for law and economics Paper #02-13. Czerwiec 2002.
- Ladret H., Colander D.C., *Historia Myśli Ekonomicznej*, Wydawnictwo Naukowe PWN przekład Adam Szeworski, Wydanie II uzupełnione, Warszawa 2005.
- Lewandowski M., *Fuzje i przejęcia jako metody wzrostu przedsiębiorstw*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 1998.
- Levy N., *European Merger Control Law: A Guide to The Merger Regulation*, Vol. 1, LexisNexis, 2013.
- Loriot G., Rouxel F. Derand, B., *General Electric/Instrumentarium: A Practical Example of Use of Quantitative Analyses in Merger Control*, Competition Policy Newsletter, 2004.
- Lopatka J.E., *Market Definition?*, Review of Industrial Organization 2011, vol. 39, nr 1.
- Marshall A., *Zasady ekonomiki*, 1925.
- Lindsay A., Berridge A., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 3rd Edition, Sweet&Maxwell, 2009.
- Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2009.
- Mathiesen L., Nielsen O.A., Sorgard L., *A Note on Upward Pricing Pressure: The Possibility of false positives*, Institut for Samfunnsokologi, discussion paper, maj 2012.
- Markham J.W., *Merger Policy Under the new section 7: a six year appraisal*, Virginia Law Review 1957, vol. 43.
- J Mason., *Market Power and Business Conduct: Some Comments*, American Economic Review 1956, vol. 47, nr. 2.
- Mason E.S., *Economic Concentration and the oligopoly problem*, Harvard University Press, 1957.
- Moresi S., *The use of upward pricing pressures indices in merger analysis*, ANTI-TRUST, Luty 2010.
- Moroz E., *Podstawy Mikroekonomii*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2005.

- Monti M., *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Competition Policy Newsletter, nr 3, jesień 2004.
- Monti M., *Antitrust in the US and Europe: a History of convergence*, General Counsel Roundtable American Bar Association Washington DC, 14 November 2001, SPEECH 1/540.
- Moody J., *The truth about the trusts, A description and Analysis of the American Trust Movement*, New York, Moody's Publishing, 1904.
- C.E., *The New Antitrust: A Structural Approach*, Villanova Law Review, Muller 1967, Vol. 12, issue 4.
- O'Brien D., Salop S., *Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control*, Antitrust Law Journal 2000, nr 67.
- Oinonen M., *Does EU Merger Control Discriminate against Small Market Companies? Diagnosing the Argument with Conclusions*, Kluwer Law International, 2010.
- Ordovery J., *Coordinated Effects*, w: Issues in Competition Law and Policy, (ABA Section of Antitrust Law 2008).
- Ordovery J., Willing R., *The 1982 Department of Justice Merger Guidelines: An Economic Assessment*, California Law Review 1983, vol. 71, nr 2.
- Olszewski J., *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej kontroli koncentracji*, Wyd. Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2004.
- Padilla J., *Efficiencies in Horizontal Mergers: Williamson Revisited*, 2005.
- Page W.H., *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law*, w: Issues in Competition law and Policy 1 (ABA Section of Antitrust Law 2008).
- Page W.H., *Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust*, Emory Law Journal vol. 44 issue 1, (1995)
- Paterman J.L., *The Brown Shoe Case*, Journal of Law and Economics 1975, vol. 18.
- Patterson D., Shapiro C., *Trans-Atlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons*, Antitrust Magazine 2001.
- Peeperkorn M., *The Economics of Competition w The EC Law of Competition*, ed. Faull Nickpay, 1999.
- Pertażycki L., *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968.
- Piraino T.A. Jr., *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*, Indiana Law Journal 2007, vol. 82, issue 2.
- Podlasin W., *Proceduralne aspekty nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców w Singapurze*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015, nr 5(4).
- Porter M.E., *Strategia konkurencyjna, metody analizy sektorów i konkurentów*, przeł. Andrzej Ehrlich, Wydawnictwo MT Biznes, Warszawa 2006.
- Posner R., *Antitrust in the New Economy*, John M. Olin Law & Economics Working Paper, nr 106, The Law School of the University of Chicago, 2000.
- Posner R., Landes W.M., *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law Review 1980, vol. 94.
- Posner R., *The Economic Analysis of Law*, Fourth edition, Little, Brown and Company, Boston–Toronto–Nowy Jork 1992.
- Posner R., *Antitrust law*, University of Chicago Press, 2nd ed., 2001.

- Preson McAfee R., Mialon H., Williams M., *What is Barrier to Entry?*, American Economic Review 2004, vol. 94.
- Rosenthal M., Thomas S., *European Merger Control*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Monachium 2010.
- Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP*, Tom I, Komentarz, Warszawa 2016.
- Salop S., Moresi S., *Updating the Merger Guidelines: Comments*, 2009.
- S. Salop, *The Evolution and Vitality of Merger Presumptions*, draft (6/22/2015)
- Scherer F.M., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand McNally, 1970.
- Schmalensee R., *Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition*, The Antitrust Chronicle Dec, 2009.
- Schmalensee R., *Sunk Costs and Antitrust Barriers of Entry*, 94 American Economic Review Papers and Proceedings 2004.
- Schumpeter J., *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, (wyd. I, 1942), Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.
- Semeniuk P., *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2015.
- Senda J., *Podstawowe aspekty racjonalności zachowań konsumentkich*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 2/1998.
- Sieradzka M., Zdyb M., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, Komentarz*, LEX, Warszawa 2013.
- Schwalbe U., Zimmer D., *Law and Economics in European Merger Control*, OXFORD University Press, 2009.
- Sieradzka M., Kohutek K., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Komentarz, wyd. 2, LEX, Warszawa 2014.
- Simmons J.J., Coate M.B., *Upward Pressure on Price Analysis: Issues and Implications for Merger Policy*, European Competition Law Journal 2010.
- Shapiro C., *Mergers with Differentiated Products*, Antitrust 1996, vol. 10.
- Skoczny T., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, redaktor naukowy prof. T. Skoczny, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Skoczny T., *Polskie prawo kontroli koncentracji – ewolucja, model, wybrane problemy*, Europejski Przegląd Sądowy, zeszyt 5, maj 2010.
- Skoczny T., *Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym w świetle orzecznictwa*, Centrum Polityki i Prawa Konkurencji Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa 1994.
- Skoczny T., *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012.
- Słownik Języka Polskiego*, Tom II, PWN, Warszawa 1998.
- Słownik Języka Polskiego*, Tom III, PWN, Warszawa 1999.
- Sokol D., Fishikin J.A., *Response antitrust Merger Efficiencies in the Shadow of the Law*, Vanderbilt Law Review 2011, vol. 64, University of Florida Legal Studies Research Paper No. (2011-12).

- Sutton J., *Sunk Cost and Market Structure. Price Competition and Advertising and the Evolution of Concentration*, Cambridge Mass (1991)
- Sullivan E.T., Hovenkamp H., Shelanski H.A., *Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems*, 6 wydanie, LexisNexis, 2009.
- Stankiewicz W., *Historia Myśli Ekonomicznej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Wydanie II rozszerzone, Warszawa 2000.
- Stankiewicz R., *Nadzór administracyjny jako forma relacji określająca oddziaływanie państwa na procesy koncentracji przedsiębiorców*, Studia Iuridica Nr XLV, 2006.
- Stankiewicz R., *Kontrola koncentracji przedsiębiorców w regulacji antymonopolowej*, rozprawa doktorska Wydział Prawa i Administracji Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych, 2004.
- Starek B. III, Stockum S., *What makes mergers anticompetitive?: "unilateral effects" analysis under the 1992 Merger Guidelines*, Antitrust Law Journal 1995, Vol. 63, Nr. 3.
- Stefaniuk M., *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Verba, Lublin 2005.
- Stawicki A., Stawicki E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, LEX, Warszawa 2011.
- Stigler G., *A theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy 1964, Vol. 72, Issue 1, February.
- Stigler G., *Introduction w Business Concentration and Price Policy*, Princeton University Press, National Bureau of Economic Research 1955.
- Stigler G.J., *Mergers and Preventive Antitrust Policy*, University of Pennsylvania Law Review 1955, vol. 104.
- Stigler G.J., *The Organization of Industry*, Homewood, III Richard Irwin, 1968.
- Stigler G.J., *The Dominant Firm and the Inverted Umbrella*, Journal of Law and Economics 1965.
- Stroiński R.T., *Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2002.
- Szczodrowski J., *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, LEX, Warszawa 2015.
- Szpringer W., *Regulacja konkurencji a konkurencja regulacyjne. Ujęcie instytucjonalne*, Warszawa 2010.
- Strzyczkowski K., *Rola współczesnej administracji w gospodarce (zagadnienia prawne)*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1992.
- Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.
- Tokarczuk R., *Komparatystryka prawnicza*, 9 wydanie, Warszawa 2008.
- Turno B., *Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych*, Prawo Konkurencji 25 Lat, red. naukowa T. Skoczny, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Tirole J., *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge: MIT 1988.
- Tosza K., *Efficiencies in EU Competition Law*, praca doktorska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2011.

- Tucker D.S. Mccutchen, B., *Unilateral Effects for Heterogeneous Products: An Overview* (2014)
- Utton M., *Market Dominance and Antitrust Policy*, 2nd ed, Cheltenham: Edward Elgar (2003)
- Warden G., *A robust test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products*, *Journal of Industrial Economics*, vol. 44, (1996)
- Warden G., Froeb L., *The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy*, *Journal of Law and Economics & Organization*, vol. 10, (1994)
- Werden G.J., Froeb L.M., *THE ANTITRUST LOGIT MODEL FOR PREDICTING UNILATERAL COMPETITIVE EFFECTS*, *Antitrust Law Journal* 2002, vol. 70.
- Weiszacker C., *A Welfare Analysis of Barriers of Entry*, *Bell Journal of Economics* 1980, vol. 11.
- Weber M., *On Law in Economy and Society*, Nowy Jork 1967.
- Wierzbowski M., Wiktorowska A. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, 2 wydanie, Warszawa 2013.
- Willig R., *Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing pressure, Product Quality, and Other Extensions*, *Review of Industrial Organization* 2011.
- Williamson O.E., *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, *American Economic Review* 1968, vol. 18.
- Williamson O.E., *Ekonomiczne Instytucje kapitalizmu*, przekład Jerzy Kropiwnicki, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Whish R., Bailey D., *Competition Law*, 7 wydanie, OXFORD University Press, 2011.
- Wolska G., *Mikroekonomia, pojęcia, przedmiot, ewolucja*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2014.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1998.
- Wyrzykowski M., *Legislacja – demokratyczne państwo prawa – radykalne reformy polityczne i gospodarcze*, w: H. Suchocka (red.), *Tworzenie prawa w demokratycznym państwie prawnym*, Warszawa 1992.
- J. Vickers, *Market power in competition cases*, *European Competition Journal* 2006, vol. 2.

Wyjaśnienia i dokumenty organów ochrony konkurencji oraz innych instytucji

- Authotite de la concurrence, *Merger Control Guidelines*
- Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, 29 marzec 2012, courtesy translation.
- Competition Commission i Office of Fair Trading, *Merger Assessment Guidelines*, wrzesień 2010.
- CARS UW, *Opinia Grupy Roboczej ds. nowelizacji uokik z 2007 r. przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych „Proponowane przez UOKiK i inne požądane zmiany w ustawie o ochronie konkurencji z 2007 r.”*, (czerwiec 2012).
- Department of Trade and Industry, *Productivity and enterprise: A World Wide Competition Regime*, CM 5233.

- Federal Trade Commission Bureau of Economics, *The Petroleum Industry: Mergers, Structural Change, and Antitrust Enforcement, an FTC Staff Study*.
- Interantional Competition Network, *Updated Chapter 4 of the ICN Investigative techniques Handbook for Merger Review*, "The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analysis, prepared by The Merger Working Group, Presented at the 12th Annual Conference of the ICN, Warsaw, Poland April 24–26, 2013.
- Komisja Europejska, Press release IP/10/1514 Brussels, 17 listopada 2010 Mergers: Commission clears Unilever's proposed acquisition of Sara Lee Household and Body Care business, subject to conditions.
- Komisja Europejska, *Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw* [Dz.U. C 31 z 5.2.2004].
- Komisja Europejska, *Komunikat Komisji Europejskiej — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące*, tekst mający znaczenie dla EOG, (2009/C 45/02).
- OECD, Glossary of Industrial Organisation economics and competition law.
- OECD, Policy Roundtables, Roundtable on Buying Power of Multiproduct Retailers
- Przemówienie Neelie Kroes z 15.09.2005, SPEECH/05/512.
- Prezes UOKiK, *Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji*.
- The Report of the Attorney General's National Committee to Study The Antitrust Laws (1955).
- United States District Court for the District of Columbia, Declaration of Nicholas Hill CASE NO. 1:07-cv-01912 (RMC).
- United States Department of Justice, Merger Guidelines 1968.
- United States Department of Justice, 1982 Merger Guidelines.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines 1997*.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010.
- U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly, Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008).
- UOKiK Polityka konkurencji na lata 2014–2018.

**Dotychczasowe publikacje Programu Wydawniczego CARS/
Previous publications of the CARS Publishing Programme**
(www.cars.wz.uw.edu.pl/publikacje)

- Group litigation and as instrument of competition law enforcement – analysis based on European, French and Polish perspective.* Edited by Maciej Gac. Warsaw 2017.
- Implementation of the EU Damages Directive in Central and Eastern European Countries.* Edited by Anna Piszcz. Warsaw 2017.
- Przemiany w sektorze pocztowym [Changes in the Polish postal services sector].* Pod redakcją Tadeusza Skoczego. Warszawa 2016.
- Economic of Competition Protection. Vertical Restraints.* Edited by Anna Fornalczyk and Tadeusz Skoczny. Warsaw 2016.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (YARS),* Vol. 2016, 9(13) and 9(14).
internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR), 2016, numery 1–8.
- Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia regul konkurencji [Pursuing damages for competition law infringements before Polish courts].* Pod redakcją Anny Piszcz i Dominika Wolskiego, Warszawa 2016.
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR),* 2015, numery 1–8.
- Adam Doniec, *Stosowanie kar pieniężnych w unijnym i polskim prawie konkurencji w świetle wymogów ochrony praw człowieka [Imposing Fines in the EU and Polish Competition Law in the Light of Human Rights Standards],* Warszawa 2015
- Piotr Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji [Concept of single economic unit in competition law],* Warszawa 2015.
- Marta Michałek, *Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections,* Warszawa 2015.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies,* Vol. 2015, 8(12).
- Rajmund Molski, *Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów [Legal and Economic Aspects of the Policy of Promoting of National Champions],* Warszawa 2015.
- Konrad Stolarski, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych w prawie Unii Europejskiej [Prohibition of Abuse of Dominant Position on the Telecommunications Markets],* Warszawa 2015.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies,* Vol. 2015, 8(11).
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies,* Vol. 2014, 7(10).
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny,* 2014, numery 1–9.
- Telecommunications Regulation in Poland.* Edited by Stanisław Piątek, Warsaw 2013.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies,* Vol. 2013, 7(9).
- Mateusz Chołodecki, *Kontrola sądowa decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej [Judicial Control of Decisions of the President of the Office for Electronic Communications],* Warszawa 2013.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies,* Vol. 2013, 6(8).
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies,* Vol. 2013, 6(7).
- Polish Airports in the European Union – Competitive Challenges, Regulatory Requirements and Development Perspectives.* Edited by Filip Czernicki and Tadeusz Skoczny, Warsaw 2013.

- Agata Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję* [*Public and Private Enforcement of Prohibitions of Anticompetitive Practices*], Warszawa 2013.
- Antoni Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów konkurencji* [*Exchange of Information Among Competitors in the Assessment of Competition Protection Authorities*], Warszawa 2013.
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2013, numery 1–8.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, 5(7).
- Tadeusz Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji* [*Special Clearances in the Law on Merger Control*], Warszawa 2012.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, 5(6).
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2012, numery 1–6.
- Stanisław Piątek, *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej* [*Broadband Networks in the Telecommunications Policy*], Warszawa 2011.
- Maciej Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji* [*Procedural Fairness in the Proceedings before the Competition Authority*], Warszawa 2011.
- Ewelina D. Sage, *European Audiovisual Sector: Where business meets society's needs*, Warsaw 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011, 4(5).
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011, 4(4).
- Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i Polsce II – wybrane zagadnienia* [*Airports Services in the European Union and in Poland II – Selected Problems*]. Praca zbiorowa pod red. Filipa Czernickiego i Tadeusza Skocznego, Warszawa 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2010, 3(3).
- Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i w Polsce a prawo konkurencji i regulacje lotniskowe* [*Airport Services in the European Union and Poland – Competition Law and Airports Regulations*]. Praca zbiorowa pod red. Filipa Czernickiego i Tadeusza Skocznego, Warszawa 2010.
- Maciej Bernatt, *Spoleczna odpowiedzialność biznesu. Wymiar konstytucyjny i międzynarodowy* [*Corporate Social Responsibility. Constitutional and International Perspective*], Warsaw 2010.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2009, 2(2).
- Sprawa Microsoft – stadium, przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii* [*Microsoft – Case Study. Competition Law on the New Technology Markets*]. Pod redakcją Dawida Miąsika, Tadeusza Skocznego, Małgorzaty Surdek, Warszawa 2008.
- Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce* [*Block Exemptions from the Prohibition of Restrictive Agreements in the EC and Poland*]. Pod redakcją Agaty Jurkowskiej i Tadeusza Skocznego, Warszawa 2008.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2008, 1(1).
- Stanisław Piątek, *Regulacja rynków telekomunikacyjnych* [*Regulation of Telecommunications Markets*], Warszawa 2007.



Dariusz Aziewicz

Doktor nauk prawnych, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz University of Florida G. Levin College of Law (LL.M. in Comparative law). Prawnik specjalizujący się w prawie ochrony konkurencji (w szczególności kontroli koncentracji przedsiębiorców), prawie publicznym gospodarczym oraz prawie handlowym.

Z recenzji wydawniczych:

Dariusz Aziewicz zdecydował się na podjęcie badań nad problemem zastosowania metod oceny skutków koncentracji horyzontalnych, wypełniając tym samym istotną lukę w polskim orzecznictwie antymonopolowym. Mimo, że skutki koncentracji mają wymiar ekonomiczny, Autor wydobywa i podkreśla prawny wymiar ich oceny, lokując wymóg prowadzenia przez polski organ ochrony konkurencji analiz skutków koncentracji przedsiębiorców wśród zasad ogólnych postępowania administracyjnego: zasady prawdy obiektywnej (art. 7 KPA) i zasady pogłębiania obywateli do organów państwa (art. 8 KPA), a także do zasady proporcjonalności w ujęciu art. 31 Konstytucji RP. Jednostronne skutki koncentracji przedsiębiorców prezentowane są w książce w odniesieniu do typów (kategorii) rynków właściwych, na których koncentracja ta ma miejsce: rynku produktów jednorodnych, rynku produktów zróżnicowanych oraz rynku przetargowego. Punktem odniesienia dla analiz jest praktyka amerykańska, unijna oraz polska. Książka powinna stać się obowiązkową lekturą dla wszystkich zainteresowanych prawem konkurencji. Szczególny walor praktyczny tej publikacji polega na tym, że Autor proponuje model analizy horyzontalnych koncentracji przedsiębiorców dla wszystkich trzech wyodrębnionych przez siebie typów rynków.

Prof. nadzw. dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka
(WSiZ z siedzibą w Rzeszowie)

Książka Dariusza Aziewicza stanowi pierwszą monografię w całości poświęconą jednemu z najistotniejszych aspektów publicznoprawnej ochrony konkurencji – prewencyjnej ocenie skutków rynkowych koncentracji przedsiębiorców. Autor stworzył modele oceny skutków rynkowych koncentracji, które powinny być używane przez organ ochrony konkurencji, słusznie uzasadniając ich ukształtowanie założeniami ekonomicznymi leżącymi u podstaw stosowania prawa antymonopolowego. Książka stanowi studium ekonomicznej analizy prawa, ma również prawno – porównawczy charakter. Autor przeanalizował wybrane porządki prawne (m.in. Unii Europejskiej, Wielkiej Brytanii, USA), by wyciągnąć wnioski dla stosowania analizowanego filaru prawa antymonopolowego przez Prezesa UOKiK. W praktyce, ze względu na zaprezentowane przez autora założenia ekonomiczne oraz ich połączenie z przepisami prawa, wybrane aspekty książki mogą okazać się przydatne nie tylko w zakresie prewencyjnej analizy skutków koncentracji ale także pozostałych filarów prawa ochrony konkurencji. Monografię należy polecić prawnikom i ekonomistom zajmującym się prawem antymonopolowym, w tym sędziom, pracownikom organów administracji, kancelarii prawnych czy też firm doradczych.

Dr hab. Cezary Banasiński
(Wydział Prawa i Administracji UW)