

Economics of Competition Protection. Vertical Restraints

Edited by
Anna Fornalczyk and Tadeusz Skoczny

Warsaw 2016



University of Warsaw
Faculty of Management Press

Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne

Praca zbiorowa pod red.
Anny Fornalczyk i Tadeusza Skoczniego

Warszawa 2016



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

**Economics
of Competition Protection.
Vertical Restraints**

**Ekonomia ochrony konkurencji.
Ograniczenia wertykalne**

Recenzent: Prof. UE dr hab. Bożena Borkowska
Katedra Mikroekonomii Instytucjonalnej, Uniwersytet Ekonomiczny
we Wrocławiu

Korekta i redakcja: Hanna Januszewska

Projekt okładki: Dariusz Kondefefer

© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu
Warszawskiego and Authors, Warsaw 2016

ISBN: 978-83-65402-22-6

ISBN: 978-83-65402-23-3 (e-book)

DOI: 10.7172/978-83-65402-23-3.2016.wwz.6



WYDAWCA:

Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego
02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 1/3
Tel. (+48-22) 55-34-164
E-mail: jjagodzinski@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 Ekonomiczna
02-094 Warszawa, ul. Grójecka 67
Tel. (+48-22) 822-90-42; faks (+48-22) 823-64-67
E-mail: info@ksiegarnia-ekonomiczna.com.pl

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

Economics of Competition Protection. Vertical Restraints

Edited by
Anna Fornalczyk and Tadeusz Skoczny

Warsaw 2016



University of Warsaw
Faculty of Management Press



**Centre for Antitrust and Regulatory Studies
University of Warsaw, Faculty of Management**

Sixty eighth Publication of the Publishing Programme

Series: Textbooks and Monographs (22)

Series editor: Prof. Dr. Tadeusz Skoczny

CENTRE FOR ANTITRUST AND REGULATORY STUDIES (CARS)

www.cars.wz.uw.edu.pl

The Centre for Antitrust and Regulatory Studies, CARS (in Polish: *Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych*), of the University of Warsaw Faculty of Management, established in 2007, became starting from 1 October 2014 an independent organizational unit of the Faculty of Management to engage in teaching and research activities in the field of economics and law of antitrust and sector-specific regulations.

CARS conducts cross and interdisciplinary academic research and development projects, provides consulting services as well as publishes books and periodicals, including the English language Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, YARS (www.yars.wz.uw.edu.pl) and the Polish language Antitrust and Regulation e-Quarterly, iKAR (in Polish: *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, www.ikar.wz.uw.edu.pl). Moreover, CARS organizes scientific conferences and workshops, offers Post-graduate studies (www.aris.wz.uw.edu.pl) and an Open PhD Seminar. CARS co-operates with scientific institutions in Poland and abroad as well as with the Polish competition authority and national regulators in the energy, telecommunications and railways sectors.

From the Editors

This book presents the contributions to an international conference co-organised by the Polish Competition Authority (in Polish: *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, UOKiK) and the Centre for Antitrust and Regulatory Studies (CARS) of the University of Warsaw, Faculty of Management. The conference took place on the 13th and 14th October 2015 in Warsaw and gathered competition law practitioners from the US, the European Commission and a number of national competition authorities from several EU Member States. Many representatives of the academia from both Poland and abroad were also present. The participants of the conference took an active part in panel discussions, presented scientific papers and benefited from the possibility to attend many interesting exchanges of professional opinions and practical experiences.

Indeed, what characterized this conference most of all, a fact also reflected in this publication, is that it represented both the theoretical as well as the practical approach to the application of economics in competition law enforcement. It is, at the same time, the first time that Poland sees a publication that offers both Polish and foreign economic and legal contributions that look for the optimal solution to the use of economic analyses and tools in the administrative decision-making process by competition authorities as well as in the judicial review process following such decisions.

The possibility and indeed necessity of administrative and judicial intervention into economic activities and relations is a result of competition law. It is important for such intervention to consider economic assessments both when establishing the factual circumstances of each case as well as when designing the content of competition law decisions and following judgments. The need to economize competition law was not questioned in the conference papers, or the discussions that followed. Economists spoke here of the possibilities offered by the use of economic instruments; lawyers noted the effects of the discrepancies between

the due-date for certain actions in competition law proceedings (set by applicable procedural rules) and the time-consuming nature of economic assessments. The economization of competition law requires a well-made database both on the side of competition authorities and on the side of the accused undertakings, or in fact those notifying a concentration subject to pre-emptive merger control.

The first part of the conference took the form of an international seminar gathering both academics and practitioners, including high ranking officials from different competition authorities. They focused on competition restraints resulting from vertical cooperation in traditional and online trade. Panellists noted that when it comes to vertical restraints, legal fundamentalism is prevalent even now. In their view, the sole inclusion into a vertical contract of a RPM clause is still treated as a competition law infringement. This remains the dominant view in Europe, including Poland. By contrast, a gradual move away from such an approach is noticeable in the US and in Australia. A more analytical approach to such restrictions is supported by the fact that market effects of RPM can differ depending on market concentration levels and the market power of the participants of such agreements. Indeed, on a very competitive market, RPM restricting intra-brand competition might actually strengthen inter-brand competition. Hence, in order to decide on a given case, a detailed economic analysis is necessary of the actual and likely market effects of such vertical agreements.

During the second part of the conference, Polish economics and lawyers presented and assessed different – qualitative and quantitative – economic and legal instruments, as well as practical experiences in their application, in competition law enforcement. The economic side of competition law enforcement clearly requires the assessment of market effects of undertakings' and consumers' behaviours. In this context, behavioural economics is therefore a research field with great potential for competition law as it analyses the behaviours of different economic actors, which are influenced not only by economic factors but also by social and political ones. Behavioural economics does not treat a person in his/her different economic functions as a *homo economicus*, but rather consider also a number of his/her soft motivations such as his/her appetite for risk-taking which might, but does not have to be motivated by the wish to achieve maximum profits. Such an approach makes it possible to use the tools of behavioural economics in order to analyse the market with reference to qualitative effects of market behaviour.

Qualitative methods are among the instruments of economic research which can be used to assess the market circumstances surrounding a given market practice. Being able to observe changes to that surrounding is important not only for public competition protection bodies but also to undertakings which, depending on their risk-taking appetite, take the role of a market leader, or merely follow the developments on their relevant market. Monitoring shifts in the market is key in either case for the shaping of marketing strategies or pricing policies, which makes it possible to avoid price competition descending into predatory pricing, prohibited by competition law.

A considerable part of the conference and in turn in this publication has been devoted to the original concept of managing “antitrust risk” – understood as the possibility that a company might be investigated and ultimately fined by a competition authority for breaking antitrust provisions (that is, prohibitions of anticompetitive multilateral practices and abuse). This should be of key importance to the success of doing business according to the applicable competition law system – so-called *competition compliance*. In fact, different types of risks materialise when managing an undertaking (investment risks, financial risks, currency risks etc). Antitrust risk can be added to this catalogue – if it is badly managed, or in fact ignored by those running the undertaking, antitrust risk can become the source of major problem for the company. These difficulties might result from changes in market structure on markets where the given undertaking conducts its business (increase in competitive pressure). Problems might also follow business strategies of increasing market power and intentional or unintentional dominant position abuse, which in turn increases the chance of an antitrust investigation being opened by a competition authority. In order to minimize antitrust risk, an undertaking must collect and analyse relevant market data which makes it possible to calculate the Antitrust Risk Indicator (WRA). In order to manage the WRA, it is important to know its dynamics, measured every quarter, every half a year, and every year depending on the character of the market and the dynamics of its structural changes.

The book will provide its readers with the econometric model of calculating the WRA, different means of looking for data necessary to calculate the WRA, means to use price correlations in order to delineate relevant markets, as well as the results of a comparative analysis of proceedings before the competition authorities in Poland and the UK which illustrate just how many challenges the UOKiK is still facing.

The conference papers presented in this publication show how economic analyses can be used in practice to help uncover cartels, tender fixing and predatory pricing. The book closes with an interesting exchange of views on the possibility of using economic instruments to not only protect market competition but also to regulate markets where competition needs to be created or developed.

Anna Fornalczyk
Tadeusz Skoczny

Warszawa, Łódź, 23 May 2016

Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne

Praca zbiorowa pod red.
Anny Fornalczyk i Tadeusza Skocznego

Warszawa 2016



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego



Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Sześćdziesiąta ósma publikacja Programu Wydawniczego CARS

Seria: Podręczniki i Monografie (22)

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 naukowi 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.

Od redaktorów

Niniejsza książka stanowi dorobek konferencji międzynarodowej zorganizowanej wspólnie przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego w Warszawie w dniach 13 i 14 października 2015 r. W konferencji wzięli udział praktycy stosowania reguł konkurencji z USA, Komisji Europejskiej oraz organów ochrony konkurencji niektórych państw członkowskich Unii Europejskiej, ale także liczni przedstawiciele instytucji akademickich z Polski i z zagranicy. Byli oni uczestnikami paneli, referentami, ale także beneficjentami prezentowanej wymiany poglądów.

Charakterystyczne dla konferencji i niniejszej książki jest przede wszystkim to, że reprezentują one praktyczne i teoretyczne podejście do zastosowania ekonomii w prawie ochrony konkurencji. Po raz pierwszy na polskim rynku ukazuje się publikacja, na którą składają się wypowiedzi zagranicznych i polskich ekonomistów i prawników szukających optymalnych rozwiązań w wykorzystaniu analiz i instrumentów ekonomicznych w procesie podejmowania decyzji przez administracyjne organy ochrony konkurencji oraz w orzecznictwie sądów zajmujących się odwołaniami od tych decyzji.

Z prawa ochrony konkurencji wynika możliwość i konieczność ingerencji administracyjnej i sądowniczej w procesy gospodarcze. Istotne jest, aby ingerencja ta uwzględniała wyniki analizy ekonomicznej w ustalaniu stanu faktycznego i treści w decyzjach i wyrokach zapobiegających naruszaniu prawa konkurencji. Także w prezentacjach i dyskusjach naszej konferencji nikt nie kwestionował potrzeby ekonomizacji stosowania prawa ochrony konkurencji. Ekonomisci prezentowali możliwości wykorzystania instrumentarium ekonomicznego, prawnicy zaś wskazywali na skutki rozbieżności między terminami działania w postępowaniach antymonopolowych, wynikających z obowiązującej procedury, a czasochłonnością prowadzonych analiz ekonomicznych. Ekonomizacja prawa ochrony konkurencji wymaga dobrego przygotowania bazy danych i informacji zarówno po stronie organu antymonopolowego, jak i przedsiębiorców broniących się przed zarzutami organu lub notyfikujących transakcje koncentracyjne podlegające prewencyjnej kontroli koncentracji z punktu widzenia rynkowych skutków tych transakcji.

W pierwszej części konferencji, mającej charakter seminarium międzynarodowego, przedmiotem wystąpień panelistów – teoretyków i praktyków, w tym wysokiej rangi urzędników organów ochrony konkurencji – były przede wszystkim ograniczenia konkurencji wynikające z porozumień wertykalnych w handlu tradycyjnym i internetowym. Zwracali oni uwagę, że wciąż jeszcze wielu zwolenników ma fundamentalizm prawniczy w podejściu do ograniczeń konkurencji płynących z porozumień wertykalnych. Polega on na tym, że samo wpisanie do tych umów ustalania cen odsprzedaży (RPM) traktowane jest jako naruszenie prawa ochrony konkurencji. Taki pogląd dominuje w Europie, w tym w Polsce. Natomiast w USA i Australii widoczne jest powolne odchodzenie od takiego podejścia. Za bardziej analitycznym podejściem do tych ograniczeń przemawia fakt, że rynkowe skutki RPM mogą być różne w zależności przede wszystkim od stanu koncentracji rynku i siły rynkowej uczestników takiego porozumienia. Na bardzo konkurencyjnym rynku RPM prowadzące do ograniczania konkurencji wewnątrz markowej mogą sprzyjać rozwojowi konkurencji między markowej. Rozstrzygnięcia w tej kwestii wymagają wnikliwej analizy rynków właściwych z punktu widzenia faktycznych i prawdopodobnych skutków rynkowych stosowania takich porozumień.

W drugiej części konferencji, polscy ekonomiści i prawnicy, prezentowali i analizowali różne – ilościowe i jakościowe – instrumenty ekonomiczne oraz praktyczne doświadczenia w ich zastosowaniu w prawie ochrony konkurencji. Nie ma wątpliwości, że ekonomiczna istota stosowania tego prawa wymaga badania rynkowych skutków zachowań przedsiębiorców i konsumentów. Tym również zajmuje się ekonomia, a bardzo przydatnym nurtem badań ekonomicznych w tym zakresie jest ekonomia behawioralna, badająca zachowania uczestników procesów gospodarczych, na które mają wpływ nie tylko czynniki ekonomiczne, ale także społeczne i polityczne. Ekonomia behawioralna nie traktuje człowieka w jego różnych funkcjach gospodarczych jako *homo economicus*, lecz zwraca uwagę także na wpływ miękkich motywacji zachowań uczestników rynków – takich, jak np. apetyt na ryzyko, który może, ale nie musi być motywowany chęcią osiągnięcia maksymalnego zysku. Takie podejście pozwala wykorzystać instrumentarium ekonomii behawioralnej do jakościowych analiz rynkowych skutków działalności gospodarczej.

Wśród zasobów instrumentarium ekonomicznego znajdują się także metody ilościowe, które mogą być wykorzystane w badaniach rynkowego otoczenia działalności przedsiębiorców. Śledzenie zmian tego otoczenia jest ważne dla organu publicznego chroniącego konkurencję w gospodarce, ale także dla przedsiębiorców, którzy w zależności od apetytu na ryzyko pełnią rolę liderów rynkowych albo dostosowują się do zmian na ich rynkach właściwych. W obu przypadkach monitoring zmian rynkowych jest bardzo

ważny dla budowania strategii marketingowej czy kreowania ścieżki cenowej, co pozwala unikać walki konkurencyjnej przez stosowanie cen drapieżnych zakazanych prawem konkurencji.

Wiele miejsca w konferencji i w niniejszej publikacji poświęcono oryginalnej koncepcji zarządzania ryzykiem antymonopolowym przez przedsiębiorców. Powinna ona mieć kapitalne znaczenie dla powodzenia biznesu realizowanego w zgodzie z obowiązującym prawem konkurencji (*competition compliance*). W zarządzaniu przedsiębiorstwem występują bowiem różne rodzaje ryzyka (np. inwestycyjne, płynności, finansowe, kursowe). Do tego katalogu należy dodać ryzyko antymonopolowe, które źle zarządzane lub ignorowane przez osoby zarządzające przedsiębiorstwem może być przyczyną kłopotów. Kłopoty te mogą wynikać ze zmiany struktury rynków właściwych, na których działają przedsiębiorcy (wzrostu presji konkurencyjnej ze strony konkurentów), z biznesowych strategii zwiększanie siły rynkowej przedsiębiorstwa oraz świadomego bądź nieświadomego nadużywanie pozycji dominującej na rynku, co rodzi prawdopodobieństwo wszczęcia przez organ ochrony konkurencji stosownego postępowania). Minimalizowaniu ryzyka antymonopolowego służy gromadzenie i analiza danych rynkowych przez przedsiębiorcę, na podstawie których wylicza się wskaźnik ryzyka antymonopolowego (WRA). Dla zarządzania ryzykiem antymonopolowym istotna jest dynamika WRA mierzonego co kwartał, co pół roku, raz w roku. Czasokres pomiaru zależy od charakteru rynku i dynamiki zmian jego struktury. Czytelnik znajdzie w niniejszej książce model ekonometryczny służący wyznaczeniu WRA, różne metody eksploracji danych ekonomicznych niezbędnych dla wyznaczenia WRA, sposób wykorzystania korelacji cenowych do wyznaczania rynków właściwych oraz wyniki analizy porównawczej postępowań przed polskim i brytyjskim organu ochrony konkurencji, z których wnika wiele wyzwań stojących przed polskim Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W referatach konferencyjnych prezentowanych w niniejszej książce ukazywano praktyczne możliwości stosowania analiz ekonomicznych w wykrywaniu karteli i zmów przetargowych oraz drapieżnictwa cenowego. Książka kończy się ciekawą wymianą poglądów dotyczących możliwości wykorzystania instrumentarium ekonomicznego nie tylko dla ochrony konkurencji na rynku, ale także dla regulacji rynków tworzącej warunki powstania i rozwoju konkurencji.

**Anna Fornalczyk
Tadeusz Skoczny**

Warszawa, Łódź, 23 maja 2016 r.

Conference Programme/Program Konferencji

I. INTERNATIONAL SEMINAR ON VERTICAL RESTRAINTS

(Tuesday 13 October 2015)

11.30 – 12.30 Registration and refreshments

12.30 – 12.45 Official welcome

Adam Jasser, President of the Office of Competition and Consumer Protection

12.45 – 13.15 Opening remarks

Recent trends in detecting vertical restraints, **William Kovacic**, Global Competition Professor of Law and Policy at the George Washington University Law School, former Chairman of the Federal Trade Commission and Non-Executive Director of the Competition and Markets Authority (CMA)

Vertical restraints from the perspective of the European Commission – recent developments, best practices, **Guillaume Lorient**, Director, DG Competition for Information, Communication and Media (C3), European Commission

13.15 – 15.00 PANEL I

When should national competition authorities take enforcement actions against vertical restraints?

- **criteria used for assessing vertical agreements in selected Member States**
- **self-assessment as a useful tool for undertakings to test their vertical agreements**
- **applying leniency programme to vertical agreements**
- **resale price maintenance (RPM) – principles of antitrust assessment**

Chair: Prof. Anna Fornalczyk, former President of the Polish competition authority, COMPER Fornalczyk and Partners

Speakers:

- **Chris Fonteijn**, Chairman of the Board, Netherlands Authority for Consumers and Markets
- **Sarunas Keserauskas**, Chairman, Lithuanian Competition Council
- **Prof. Dr. Carsten Becker**, Head of Unit, Bundeskartellamt
- **Luc Peepkorn**, Case Handler at Directorate-General for Competition (Directorate A), European Commission
- **Craig Conrath**, Trial Attorney, Antitrust Division, U.S. Department of Justice

Q&A session

15.00 – 15.15 Coffee break

15.15 – 16.45 PANEL II

Vertical agreements in the e-commerce sector

- vertical restraints in online sales in light of European Commission's Guidelines
- online hotel booking platforms and most-favoured nation clauses – the European Commission's and NCAs' approach – soft measures, commitments, antitrust proceedings
- European Commission's sector inquiry into e-commerce – potential infringements of competition law by “online platforms” including recent examples such as Google, Amazon, Facebook, Apple
- NCAs' experiences with regard to vertical restraints in online distribution

Chair: Nikodem Szadkowski, Deputy Director, Department of Market Analyses, UOKiK

Speakers:

- **Thomas Kramler**, Deputy Head of Unit, DG Competition C3, European Commission
- **José Rivas**, Partner, Bird&Bird
- **Professor Ioannis Lianos**, Director of Centre for Law, Economics and Society, University College London

Q&A session

16.45 – 17.00 Closing remarks

Professor William Kovacic, Non-Executive Director of the Competition and Markets Authority (CMA)

II. EKONOMIA OCHRONY KONKURENCJI

(14 października 2015)

8.30 – 9.15 Rejestracja i powitalna kawa

Otwarcie – Prof. Tadeusz Skoczny, Dyrektor CARS

Wystąpienie wprowadzające – Prof. Anna Fornalczyk (COMPER), Przewodnicząca Rady Programowej Konferencji

9.30 – 11.00 PANEL I

Wykorzystanie ekonomii w stosowaniu prawa konkurencji

Moderator: Krzysztof Obłój (Katedra Zarządzania Strategicznego Wydziału Zarządzania UW)

1. **Prof. UE dr hab. Bożena Borkowska** (Katedra Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu), **Ochrona konkurencji i konsumentów z perspektywy ekonomii głównego nurtu i ekonomii behawioralnej**
2. **Jarosław Sroczyński** (Markiewicz Sroczyński), **Ekonomia behawioralna jako narzędzie analityczne w prawie konkurencji**
3. **Aleksander Stawicki** (WKB), **Rola narzędzi ekonomicznych w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji – perspektywa prawnika-praktyka**
4. **Dr Wojciech Szymczak, Nikodem Szadkowski** (dyr. i wicedyr. DAR UOKiK), **Rola ekonomii w prawie konkurencji – teoria i praktyka polskiego organu antymonopolowego**

Przerwa kawowa

11.30 – 13.00 PANEL II

Obszary stosowania analiz ekonomicznych w prawie antymonopolowym

Moderator: Jarosław Sroczyński (Markiewicz Sroczyński)

1. **Maciej Fornalczyk** (COMPER), **Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jako element systemu zarządzania przedsiębiorstwem**
2. **Dr Wojciech Zatoń** (Instytut Finansów WE-S UŁ), **Możliwości i warunki parametryzacji ryzyka antymonopolowego przedsiębiorstwa**
3. **Dr Bartosz Targański** (SGH i Clifford Chance), **Analiza ekonomiczna porozumień wertykalnych w handlu elektronicznym – wybrane aspekty**
4. **Prof. WSB dr hab. Zbigniew Jurczyk** (WSB we Wrocławiu, Del. UOKiK we Wrocławiu), **Co dalej z minimalnymi cenami odsprzedaży?**

Lunch

13.30–15.15 PANEL III

Przesłanki i warunki wykorzystywania metod ilościowych w ochronie konkurencji

Moderator: prof. dr hab. Andrzej Sopoćko (Katedra Finansów Wydziału Zarządzania UW)

1. Łukasz Ziarko (COMPER), Eksploracja danych w identyfikacji praktyk antykonkurencyjnych
2. Justyna Matuszczak-Piasta (COMPER), Wykorzystanie metod ilościowych w postępowaniach antymonopolowych z zakresu kontroli koncentracji. Porównanie praktyki polskiego i brytyjskiego organu antymonopolowego
3. Joanna Piechucka (Paris School of Economics, Microeconomix), Marta Stryszowska (Microeconomics), Analiza korelacji cen – zastosowanie do wyznaczania rynków właściwych
4. Dr Wojciech Dorabialski (UOKiK), Analityczne metody wykrywania karteli i zmów przetargowych

Przerwa kawowa

15.45–17.30 PANEL IV

Ekonomia ochrony konkurencji i regulacji wobec zachowań ograniczających konkurencję

Moderator: doc. dr Cezary Banasiński (Zakład Prawa Publicznego Gospodarczego i Bankowego INA WPiA UW)

1. **Prof. dr hab. Jacek Prokop, dr Adam Karbowski** (SGH Katedra Ekonomii II), Pozioma współpraca badawczo-rozwojowa a kartelizacja gałęzi
2. **Dr Piotr Semeniuk** (Polityka Insight), Drapieżnictwo cenowe – mit kosztów dominanta
3. **Dr hab. Krystyna Nizioł** (WPiA Usz), Ekonomia regulacji na rynku kart płatniczych na przykładzie opłaty *interchange*
4. **Dr Magdalena Olender-Skorek** (Katedra Gospodarki Narodowej WZ UW), Między ekonomią konkurencji a praktyką regulacyjną – przykład rynku telekomunikacyjnego

Table of Contents/Spis treści

I. INTERNATIONAL SEMINAR ON VERTICAL RESTRAINTS

Adam Jasser, <i>Welcome speech and introduction</i>	23
William Kovacic, <i>Recent trends in detecting vertical restraints</i>	26
Guillaume Lorient, <i>Vertical restraints from the perspective of the European Commission – recent developments, best practices</i>	33

When should national competition authorities take enforcement actions against vertical restraints? (Panel I)

Chair: Anna Fornalczyk. Panelists: Chris Fonteijn, Šarūnas Keserauskas, Carsten Becker, Craig Conrath and Luc Peeperkorn	38
--	----

Vertical agreements in the e-commerce sector (Panel II)

Chair: Nikodem Szadkowski. Panelists: Thomas Kramler, José Rivas, Ioannis Lianos	69
William Kovacic, <i>Closing remarks</i>	96

II. EKONOMIA OCHRONY KONKURENCJI

Contents, summaries, key words, JEL numbers of the papers of the 2. part of the Conference	111
--	-----

Wykorzystanie ekonomii w stosowaniu prawa konkurencji

Jarosław Sroczyński, <i>Ekonomia behawioralna jako narzędzie analityczne w prawie konkurencji</i>	127
Wojciech Szymczak, Nikodem Szadkowski, <i>Rola ekonomii w prawie konkurencji – teoria i praktyka polskiego organu antymonopolowego</i>	147

Obszary stosowania analiz ekonomicznych w prawie antymonopolowym

Maciej Fornalczyk, Piotr Kulczycki, <i>Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jako element zarządzania przedsiębiorstwem</i>	183
Piotr Kulczycki, Tomasz Zatoń, Wojciech Zatoń, <i>Możliwości i warunki parametryzacji ryzyka antymonopolowego przedsiębiorstwa</i>	206
Bartosz Targański, <i>Analiza ekonomiczna porozumień wertykalnych w handlu elektronicznym – wybrane aspekty</i>	222
Zbigniew Jurczyk, <i>Co dalej z minimalnymi cenami odsprzedaży?</i>	240

Przesłanki i warunki wykorzystywania metod ilościowych w ochronie konkurencji

Łukasz Ziarko, <i>Możliwość zastosowania narzędzi eksploracji danych do wykrywania praktyk naruszających konkurencję</i>	273
Justyna Matuszczak-Piasta, <i>Wykorzystanie metod ilościowych w postępowaniach antymonopolowych – porównanie praktyki polskiego i brytyjskiego organu antymonopolowego</i>	292
Joanna Piechucka, Marta Stryszowska, <i>Analiza korelacji cen – zastosowanie do wyznaczania rynków właściwych</i>	311
Wojciech Dorabialski, <i>Analityczne metody wykrywania karteli i zmów przetargowych</i>	325

Ekonomia ochrony konkurencji i regulacji wobec zachowań ograniczających konkurencję

Jacek Prokop, Adam Karbowski, <i>Pozioma współpraca badawczo-rozwojowa a kartelizacja gałęzi</i>	347
Piotr Semeniuk, <i>Drapieżnictwo cenowe – mit kosztów dominanta</i>	358
Krystyna Nizioł, <i>Ekonomia regulacji na rynku kart płatniczych na przykładzie opłaty interchange</i>	377
Magdalena Olender-Skorek, <i>Między ekonomią konkurencji a praktyką regulacyjną – przykład rynku telekomunikacyjnego</i>	399

I.
INTERNATIONAL SEMINAR
ON VERTICAL RESTRAINTS

Adam Jasser

President of the Office of Competition
and Consumer Protection

Welcome speech and introduction

Good morning, welcome, it is a great pleasure to welcome you to this conference devoted to the always hotly debated topic of the impact of vertical agreements on competition and consumer welfare. Yesterday I was trying to find a suitable one-liner to explain why this is such a hotly debated topic. I failed. The best I could come up with was a half-liner, and that half-liner is: “it is complicated”. In my defence I can only say that that is exactly how Jean Tirole summed up his research into how to effectively curb monopoly power of vertically integrated companies. And, by the way, I think “it’s complicated” is much better than the other standard reply economists give us when we say, is there a simple answer to a simple question: That favourite economist one-liner or half-liner is “it depends”. So, I think “it is complicated” is a huge improvement.

Your presence here today, and I thank you again warmly for coming to this event, shows that indeed vertical restraints is a hotly debated subject, and will probably be hotly debated also today. A well-chosen topic is probably 10% of a successful event like this. I will reserve 5% for the venue, no comment, organization—I hope you like it. The remaining 85% is people, or more precisely, the brain-power and delivery of key-note speakers and panelists, and I am very honoured that we have some of the biggest brain power and delivery we could imagine. So I would like to very warmly thank our speakers and panelists, and I think we need to give them some applause for encouragement.

I was vertically restricted in my remarks to 10 minutes by my colleagues, so I cannot introduce all of the speakers and panelists, but I would like to make a few exceptions. First, I would like to thank and very warmly

welcome professor Bill Kovacic, who needs no introduction—but I am going to offer one anyway. Professor Kovacic is not only a former chairman of the Federal Trade Commission—probably the most powerful competition enforcer in history—but also an outstanding scholar on all matters related to competition, theory, practice and consumer protection. He has advised and mentored a number of fledgling but also mature agencies. I have had the privilege of listening to Professor Kovacic on several occasions now, and each time I walk away inspired and encouraged. And this conference is actually partly a result of coming away from one of these conversation we had. So, it is only appropriate that he will kick off today's discussion and also summarise things at the end.

I am also very grateful to my fellow directors general for competition: Chris Fontaine, from the Dutch Authority, who is sitting here in the first row. And Šarūnas Keserauskas, from our Lithuanian sister agency. Chris is a veteran competition enforcer, if I may say so. And he is a very eloquent and persuasive speaker. As head of the Netherlands Competition Authority, he and his teams have been enormously helpful to UOKiK with sharing of experience in terms of both institutional design and also enforcement issues. Conveniently, he also heads an authority which is reputed—though I cannot possibly comment—to practice a more liberal approach to vertical agreements, and I am sure he will let us know if that perception is grounded in reality or not.

Šarūnas heads the Lithuanian Competition Authority, as I said. Prior to moving to his current position he spent nearly two years as a senior legal advisor at the Office of Fair Trading, today the CMA. He and Chris will be panelists and the first speakers.

I would like to also thank and welcome distinguished colleagues from the European Commission, who will be speaking today. A warm welcome to Guillaume Lorient, Thomas Kramler, Luc Peepkorn, who are here.

The European Commission, as we all know, has issued widely cited and very professional Guidelines on Vertical Restraints, which in a sense are important for all of us who are part of the ECN, the European Enforcement Network. And, as you also know, the Commission has recently been judged to be the world's most efficient enforcer, with no disrespect for our colleagues from across the big water. So, it is fantastic that we will have the opportunity to look in depth into what their thinking on vertical restraints is.

Last but not least, I would like to welcome one member of the home team, who needs very little introduction, Professor Fornalczyk, the first President of UOKiK. Professor Fornalczyk will lead the first panel today.

Audience be warned: she is got strong views on the subject, so expect some fireworks.

Ladies and Gentlemen, there is one more thing I need to mention. If you suspect that there is collusion in the fact that today's event is paired with tomorrow's conference on the role of economic analysis in competition enforcement, please make no mistake: it is collusion. The colluding parties in this case are UOKiK and the Warsaw University Centre for Antitrust and Regulatory Studies, headed by Professor Tadeusz Skoczny. Professor Skoczny is that rare example of a thoroughbred competition lawyer who also believes in the growing importance of economic analysis and enforcement. He heads, as many of you know, the Advisory Council to the UOKiK President and in this capacity has been extremely helpful in formulating our drive for greater transparency, accountability and rigour, in establishing economic analysis as a key element of our decision making.

There is no doubt, in my mind at least, that unless competition agencies have the capacity and economic tools to understand how companies and markets work and operate and behave in a constantly shifting environment, there is no way to enforce competition rules in a way which is both fair and beneficial to society. This is the motif that unites today's and tomorrow's topics—vertical cooperation between companies can produce efficiencies and innovation and can be pro-competitive, but it can also represent behaviour that restricts competition and reduces consumer welfare. Economic analysis is essential to tell such cases apart. And as much as we must insist that because “it's complicated”, every case needs individual assessment. It is also our obligation to try to offer as much guidance to business as possible. This is because we are committed to procedural fairness, accountability and transparency.

UOKiK's ambition is to come up with the Guidelines on Vertical Restraints at some time in the near future. In each case, like in previous cases where we changed our guidelines or procedures, we continue to look at practices others adopt; we will look at best practices even as they evolve, but we will also listen to you—practitioners and academia—and try to come up with something which is useful to everybody.

So, this is going to sound terribly opportunistic, but today we are here as hosts, but we are also here to listen, and we will keep our eyes and ears open. With that, I wish you a very successful conference.

Thank you very much.

William Kovacic

Non-Executive Director of the Competition and Markets Authority (CMA)

Recent trends in detecting vertical restraints

Introduction

I am most grateful to President Adam Jasser and his colleagues for the honour of participating in today's programme. The UOKIK has been crucial to the development of competition law since 1990, when fewer than 20 jurisdictions had competition laws. Poland's experience was a powerful symbol for transition economies, and the UOKIK's success helped inspire a transformation that has led to the creation of over 100 new systems in the past 25 years. Were it not for the successful launch and development of competition law in Poland, the emergence of competition law in emerging markets would have been far less successful. To be part of a programme hosted by Authority that did so much to make this happen is an enormous privilege.

I will focus on trends in how vertical agreements are detected and use the detection of agreements as a way to think about how such agreements should be analysed. I first describe the traditional competition law approach to assessing business practices. This approach placed practices in separate water-tight categories and examined them with criteria linked to each category. The second part of the presentation discusses older analytical techniques that remain useful to the detection of vertical agreements. The final part reviews new means for identifying and analysing these practices and discusses how firms can build compliance programs that improve the prevention and detection of possible difficulties. In addressing these topics, I am giving you my views and not speaking on behalf of the UK Competition and Markets Authority.

From Categories to Concepts

The effectiveness of competition law depends heavily on skill in detecting potentially harmful conduct and analysing its consequences. For agencies, effective detection methods are indispensable for identifying and proving cases. Agencies have an intense interest in how to find infringements and to understand observed behaviour. The discovery of the structure of DNA relied heavily on the efforts of Rosalind Franklin and her colleagues at King's College London to develop X-Ray photographic techniques to reveal the shapes that became known as the double helix. In a similar way, competition agencies strive to devise better methods to examine and diagnose commercial behaviour.

For businesses and their external advisors, the process of detection and related issues of analysis are crucial to developing good compliance programmes. Advisors to businesses, those working in-house and those who counsel in law firms or economic consultancies, understand that passive compliance programmes are inadequate. It is not enough to run training programmes and give lectures, even when these are supplemented with interactive games. It is too easy for the messages delivered through these means simply to wash over the backs of the intended audience. More active compliance mechanisms are vital to the early detection of problems and damage control. Any organisation run by human beings will never have a zero-defect result. The realistic aim is not to avoid all defects, which humans cannot do, but to minimise them – to identify problems early and fix them as fast as possible; to keep a five Euro problem from becoming a five million Euro problem.

In general terms, a firm seeking to raise prices must restrict output in one of two ways: it can either reduce its own output (what is known as collusive effects) or force other producers to reduce their output (what is called exclusionary effects). A firm that cannot do at least one of these things is unlikely to be a successful monopolist or cartel. Competition law's traditional classification scheme examined horizontal agreements chiefly as possible sources of collusive effects and scrutinized vertical agreements mainly as causes of exclusionary effects. The traditional view saw little relationship between the two types of agreements.

Within the class of vertical agreements, there was a detailed classification scheme that placed conduct in specific categories: price maintenance, allocation of sales territories, exclusive dealing, and tying. The task for the competition lawyer was to look at a commercial practice, figure

out the category in which it fit best, and then apply standards unique to that category. This approach encouraged tunnel vision. Academics, courts, enforcement officials, and practitioners focused on the vertical dimensions of conduct in isolation and overlooked how a vertical agreement could be part of a horizontal collusive scheme. The modern trend is to see how vertical restraints can be associated with horizontal collaboration. Analysts who look solely at the vertical agreement will likely miss the horizontal arrangement linked to it.

Similar tunnel vision could afflict business advisors, who observed a vertical agreement but stopped short of going further to see what motivated the adoption of the vertical practice – including the reinforcement of a horizontal collusive scheme. The traditional classification scheme and analysis it fostered obscured the fuller significance of vertical arrangements and their links to horizontal restraints. Recognition of these limitations has inspired a move from category-based analysis toward concept-based analysis that is more attentive to how anticompetitive strategies can involve a mix of horizontal and vertical tactics.

Older Detection Methods that Remain Useful

Some features of traditional vertical restraints analysis retain their value. One standard source of information for agencies consists of complaints. For example, a distributor tells the competition authority that a supplier has threatened to terminate its relationship because other suppliers have complained about the distributor's low prices, or its tendency to sell into what had been the territories of other firms. With the expansion of private rights of action, the distributor might go to court and seek interim measures to sustain the supply relationship. Sometimes customers or commercial end-users inform the competition agency that their supplier has suggested there is no purpose to be served by seeking a better price from another supplier. They report a conversation that goes like this:

Customer: "Your price is too high. I will buy the product from someone else."

Supplier: "You can try but it is useless. The others will charge you the same price."

Customer: "How do you know that?"

Supplier: "Because everyone is charging the same price."

The same scenario could arise with a tying arrangement. The supplier tells the customer, “If you want to take x, you have got to take y.” The customer refuses and says she will buy x from someone else.’ The supplier responds that every supplier insists on selling the same bundle.

Market intelligence developed by the competition authority continues to be a useful source of insight. In a variety of settings, firms sometimes say provocative things about their market strategies. They sometimes reveal how vertical arrangements forestall entry or, implicitly, serve to reinforce horizontal coordination. Like complaints from consumers and commercial end-users, the collection of market intelligence remains a useful method for competition authorities to detect vertical practices and determine their competitive significance.

Promising New Techniques

In recent years we have seen competition agencies experiment more fully with a variety of techniques that promise to improve the detection and diagnosis of vertical agreements and other types of business practices. One method is greater use of strategic planning to identify sectors and subjects for study. The process of setting strategy increasingly involves public consultations that examine emerging trends in commerce. For example, one expanding focal point for attention is the internet-inspired upheaval in distribution networks. For a variety of products – not simply books and music, but now automobiles – the consumer need not rely on traditional commercial intermediaries. In a number of instances, the consumer can deal with the manufacturer.

Public consultations can reveal a lot about what is taking place what it means for competition. With public consultations and with their own research, competition agencies can identify instances in which traditional intermediaries (and producers) are attempting, individually or collectively, to forestall the move to new methods of organization that benefit consumers. The disruption caused by a new product or a new form of organization often triggers an anticompetitive response by enterprises endangered by new commercial developments. A traditional automobile dealership will not welcome efforts by Tesla to deliver cars from the factory gate to individual residences. For traditional book retailers, Amazon is very frightening force. There is a long history of episodes in which incumbent firms have used anticompetitive methods – collusion, exclusion, and the solicitation of public restraints on entry and expansion -- to retard the transformation of their sectors.

As suggested here, one valuable element of strategic planning is to focus on how those changes in the economy are changing how consumers purchase goods and services. Public consultations are a good way to identify those changes, as are market studies that look at individual sectors. The European Commission's digital commerce inquiry is an illustration. The Commission is seeking a better understanding of how electronic commerce is altering the distribution of goods and changing the competitive environment.

New academic research also is providing an informative perspective on why firms adopt specific vertical practices. One example is the work of scholars such as Bob Marshall and Leslie Marx to study previous cartel decisions to see how, among other matters, vertical agreements serve to facilitate effective collusion. In *The Economics of Collusion* (MIT Press 2012), Marshall and Marx draw upon a comprehensive reading of previous European Commission cartel decisions to examine how cartels operate and what methods account for successful collusion. The two scholars identify how, in a number of instances, cartels used vertical restraints – including the allocation of exclusive territories, exclusive dealing, and resale price maintenance to reinforce discipline and to cope with external threats, such as new entry into the market.

Another tool that can improve performance by individual agencies is to study the experience of other jurisdictions, as captured in the decisions of agencies and courts. Comparative study has an informative parallel in medicine. Some of the biggest advances in medicine have taken place through the pooling of information by health care providers. Instead of a single hospital or surgical team looking only at its own experience, health care providers have joined up their work with respect to pre-operation preparations, operating theatre practice, and post-operative care. The pooling of experience provides a much better informed basis for delivering health care. For the analysis of vertical restraints and other commercial behaviour, competition agencies should do more pooling of their own experience.

A further point of improvement, suggested by recent scholarship, is to use the leniency process to learn more about how cartels function. Cartels operate in what essentially are two stages. In the first stage, the cartel members form a consensus about their collaboration. By itself, this rarely ensures cartel success. To sit down in a restaurant or a conference room and say, "let's agree to fix prices," is only the beginning. As new scholarship emphasizes, everything depends on what happens next. In its second stage, the cartel must deal with the threats posed by new entrants, substitute products, and buyer resistance to higher prices. The real heavy lifting in a cartel is to suppress those external threats.

A fascinating feature of previous EC and member state decisions involving cartels is how completely they reveal the anatomy and life of a cartel. These decisions provide rich detail about what cartels must do to make collusive price increases stick. In a number of instances, the cartel used vertical restraints to achieve its aims. In this and other respects, modern research illuminates the links between collusion and exclusion, between vertical practices and horizontal arrangements. Rather than examine vertical restraints in isolation, recent scholarship advises competition agencies to step back and ask, given what we know about this industry, and what we know about other industries, is there indeed either a supplier cartel or a buyer cartel operating in the background? From this perspective, the agency can gain a deeper level of understanding and see patterns that might not be evident at the first glance.

As noted above, leniency has become an important means for competition agencies to detect covert cartel agreements. Poland has undertaken an extension of leniency to detect illegal vertical agreements, as well. It will be interesting to observe, over time, which types of vertical matters are reported through the leniency process. One possibility is that leniency will uncover instances of potentially unlawful vertical contracts. Another more problematic possibility is that leniency will surface what are essentially business-to-business contractual disputes where the contestants come to the competition authority to obtain leverage in fights over contract claims that lack significant competition law significance and ordinarily would be resolved in a commercial court or through arbitration.

Next Steps for Agencies and Companies

As suggested above, a new frontier for business compliance programs is proactive detection. There is a growing consensus that compliance programmes that consist of telling company managers and staff that competition is good and cartels are bad are inadequate. A major challenge for compliance programmes generally is the tendency of each presentation to contribute to the downpour of information that submerges company managers and staff. In various compliance presentations, a procession of lawyers and HR specialists demands obedience to a complex array of legal commands – dealing, for example, with environmental protection, employment, import controls, and immigration. Collectively, these warnings can become little more than background noise.

Legal advisors realise that they must supplement training programmes with other methods to determine whether the firm is staying within the

law's boundaries. Proactive monitoring is one solution. Means to this end include occasional sweeps and searches of corporate emails, examination of the firm's relationships with companies in its supply chain, and patterns of transactions (e.g., end-of-accounting-year transactions involving rivals) that might suggest collusion. The realistic aim of a good compliance effort, through training and proactive monitoring is not a defect free environment. Instead, it is to minimize the frequency and severity of infractions. In engineering terms, going from a 10% defect rate down to a 2% or 1% defect rate is valuable. Accelerating the discovery of misconduct also is important: the sooner problems are identified, the smaller the damages is likely to be. Of you can plug a small leak in the boat at its early stages, you can make repairs and stay afloat. If the leak expands, the water eventually covers the decks and the vessel sinks.

For agencies, a major frontier for future work is replace individual initiative – attempting to work in isolation -- without more sharing of experience with other agencies. One platform for enhanced cooperation consists of international organisations such as the International Competition Network, the Organization for Economic Cooperation and Development, and the United Nations Conference on Trade and Development. Other vehicles are bilateral and regional consultations. Case studies are a valuable tool for improving collective understanding of vertical arrangements and their link to horizontal agreements. An informative example is the Apple e-books case, where a horizontal agreement among book publishers was effectuated through vertical agreements orchestrated with Apple. Cooperation can yield results unattainable through the effort of competition agencies acting alone.

Guillaume Lorient

Director, Directorate-General for Competition;
Directorate C – Information, Communication
and Media – European Commission*

Vertical restraints from the perspective of the European Commission – recent developments, best practices

Introduction

Ten years ago, almost to the day, the Commission fined Peugeot for obstructing the export of new cars from the Netherlands.

It was a pretty important decision, but no one realised at the time that it would define an epoch. Because it turned out to be the last prohibition decision by the Commission for a decade to deal with vertical restraints.

Why have vertical restraints been off the Commission's enforcement agenda for so long? It's not because they don't matter. Vertical restraints can foreclose markets, soften competition and facilitate collusion. They can also undermine the single market by erecting private barriers between EU Member States.

But over the last ten years, it hasn't been a priority for the Commission to do cases in the area of vertical restraints. Thanks to the guidance of the European courts and our earlier case work, together with the 2010 Vertical Block Exemption and Guidelines, it's been clear where the limits lie under European competition law.

* These views are strictly personal and do not necessarily reflect the views of the Commission. Acknowledgements to Geoffrey Mamdani and Thomas Kramler (DG COMP).

We've clearly spelled out the scope of hardcore restrictions – especially resale price maintenance and passive sale bans. We've provided precise and detailed rules on exclusive and selective distribution, allowing businesses to ensure that their distribution systems comply with competition law throughout the EU. So there was no specific need to shape the law further from the Commission's perspective.

That does not mean that there has been no enforcement with regard to vertical restraints within the EU in the last 10 years. Within the system of decentralised enforcement under Regulation 1/2003, many NCAs have been very active in this area.

Changes since 2005

But since 2005, a lot has changed. We've seen an explosion in new business models, especially in the digital world. Let me give you a few examples.

In October 2005, the BBC's iPlayer service was launching its first trial among 5 000 users. Today, half a million people use the service at once during peak times.

Then, Netflix was a business that sent out physical DVDs through the post – a million of them a day. Today, 90% of its customers – over 50 million members – receive content through streaming instead.

The market for e-commerce in physical goods has also been transformed. In December 2005, Amazon recorded its busiest single day of sales at that time, selling more than 3 million items worldwide. On 16 July this year, it sold ten times as much – 34 million items in one day.

Here in Poland, one third of people said in 2014 that they had bought online in the past year; in 2005, the figure was just 7%.

There's no doubt that those changes have shaken established business models. Some new operators have captured large market shares. Other businesses – both online and offline – have struggled where they have been unable to keep pace with the rate of innovation.

For consumers, the rapid innovation of the last ten years has been a huge boon. It has brought lower prices, more convenience, more choice. We can now buy a new book while travelling and start reading it in seconds. A Polish customer should be able to buy a product from a seller in Lisbon and have it delivered to her door. The combined impact of those little improvements to everyday life is huge. One study has estimated that consumer welfare gains from e-commerce in goods in an integrated Digital Single Market could reach over EUR 200 billion.

But the trouble is that when established business models are under threat, some companies may be tempted to respond in anti-competitive ways. And indeed, in recent years we have seen vertical restraints re-emerge as a problem in the online space.

There are two aspects to that problem. On the one hand, in the face of intense competitive pressure, businesses have gone back to old habits and reintroduced familiar types of vertical restraint. On the other, new business models have brought fresh issues for us to tackle.

Old problems in a new guise

I already mentioned our case against Peugeot. Our decision in that case targeted vertical restraints that prevented Dutch Peugeot dealers from selling cars to customers who lived in countries such as Germany and France, where prices were much higher. It was the last in a series of cases by the Commission against resale price maintenance and passive sales bans in the car sector.

Well, passive sales bans and resale price maintenance are back in the world of e-commerce. I don't believe that's because of any doubt about the rules. The anti-competitive nature of those obligations doesn't change just because the trade is taking place online. But I do think the e-commerce revolution has created powerful incentives to reintroduce this type of restraint.

On the one hand, the fierce competition in the online world has created new threats to existing business models. Margins are under pressure from new entrants that benefit from the low costs of selling online. Cross-border shopping has become a practical possibility for all kinds of products, not just high-value items such as cars.

At the same time, the technology of e-commerce offers new ways to enforce vertical restraints. Credit card billing addresses provide an easy way to check where a customer lives. Prices published online can easily be monitored.

So businesses have every incentive to use anti-competitive vertical restraints to defend their position. Our job, as competition enforcers, is to make sure that the incentives to comply with competition law remain even stronger.

New issues: platforms

But if many of the issues we are now seeing represent old problems in a new guise, the new business models that have emerged online can also throw up new problems.

Take the question of platforms.

Not everything about platforms is new. Even if they were to be defined as two-sided markets (only), those existed before the dawn of the Internet and the issues they raise are generally well understood.

But in a world of e-commerce, some new types of platform – such as price comparison websites and online marketplaces – have become key players.

As a result, the contractual clauses that govern businesses' dealings with those players – clauses such as platform bans and so-called MFN clauses – have moved to centre stage.

How Europe's competition enforcers deal with those clauses will have a powerful influence on how e-commerce markets develop. We need to allow businesses to organise their distribution networks to take advantage of the efficiencies that e-commerce can offer, but we also need to ensure that there is room for innovators.

Equally importantly, we need to ensure a consistent approach throughout the EU. Businesses should be able to take full advantage of the scale that a Digital Single Market can offer. And that means putting in place a uniform distribution system that complies with competition law in all EU Member States. For that to happen, we, as competition enforcers, need to step up our coordination.

Commission action

I'd like to finish by saying a few words about what this means in practice.

Many of you will have noticed that vertical restraints have been moving up the Commission's agenda.

In July, we sent a Statement of Objections to Sky UK and six major US film studios. Our preliminary conclusion in that case is that clauses in the licensing agreements that require Sky UK to block access to films outside its licensed territory constitute bans on passive sales. Unless those restrictions can be justified, they would therefore breach Article 101.

We are also investigating Amazon's e-book distribution arrangements, focusing in particular on MFN and similar clauses. And we have carried

out inspections in connection with suspected restrictions on online sales of consumer electronics and small domestic appliances.

So we have already taken important steps to provide guidance to businesses on how to set up their distribution systems in full compliance with competition law.

The next step is also to have a broader view of e-commerce beyond these specific cases. And that is where our e-commerce sector inquiry comes in.

Our aim with the sector inquiry is to gain an in-depth understanding of e-commerce markets throughout the EU. We want to know how widespread vertical restraints are, what their commercial purpose is and how they affect consumers.

Getting dependable answers to those questions requires a lot of information. So the sector inquiry is a data-intensive project. We have sent requests for information to over 2 000 companies in every EU Member State, and have already received hundreds of replies.

The detailed picture that will give us of European e-commerce markets will help us to set the right enforcement priorities and give business the guidance it needs. It will also help the Commission and National Competition Authorities to work together to ensure consistent decision-making.

Conclusion

It's not our role as competition enforcers to try to predict how technology will develop over the next ten years. In fact, the pace of change is so fast that almost any prediction is bound to be proved wrong.

But competition rules – and the way they are enforced – still have a major impact on whether technology turns out to be a force for good.

What we need to do is to set the right conditions. To define rules that give business the certainty it needs to innovate and invest, while ensuring that consumers share the gains. That would be a worthy legacy for the next decade.

Thank you.

When should national competition authorities take enforcement actions against vertical restraints?

(Panel I)

Introductory remarks

Professor Anna Fornalczyk

COMPER Fornalczyk and Partners; former President of the Polish Competition Authority

Ladies and Gentleman, I am very proud to be here as the moderator of such a distinguished panel. President Jasser introduced the members of the panel, and I would like to say that our panel, Panel 1, will be divided into three parts. All of the panelists would like to say something, but please keep it brief. These will be introductory remarks about, I think, their experiences. This is a great opportunity because we've got our friends from the Netherlands, from Brussels, Lithuania, the United States and from Germany. This means that we will have a very broad picture about vertical restraints in theory and practice, and especially the practice of competition authorities.

Business circles are very interested in getting a very clear picture of the approach of competition people and agencies to vertical restraints, because as we may here in the introductory remarks, there are a lot of new processes and especially new technologies. I would like to say that this panel is focused on vertical restraints in more or less traditional sectors of the economy, because the second panel will be focused on e-commerce and vertical restraints.

The second part of our panel will be a discussion of very concrete questions and very concrete answers. It may be said that we have a very challenging issue, because everybody—from business circles and competition authorities—everybody is waiting for suggestions and recommendations. I will be delighted to gain such effects from our discussion.

The third part of our panel will be focused on questions from the audience. But, if someone from the audience would like to ask a very short question during our discussion, that is of course possible, because we are interested in discussion. This is not strictly a conference, but a seminar. We have to talk to each other about this very sensitive and interesting topic.

So, we start the first part of the panel. Chris will be first, but no more than 10 minutes please.

Chris Fonteijn

Chairman of the Board, Netherlands Authority for Consumers and Markets

Let me take 10 seconds to thank you, as the Chairperson, and thanks to President Adam Jasser for those kind introductory words.

Now I must turn to the question of whether we are seen as liberals! We do not see ourselves as liberals or conservatives but rather as problem solvers. Solving problems on markets for the benefit of consumers is what we do at ACM. What we have done, is publish a paper called “*Strategy and Enforcement Priorities with regard to Vertical Restraints*”. The paper describes which types of vertical restraint cases ACM will prioritise, and which cases we will be less likely to investigate.

We focus in our enforcement on prioritising cases concerning vertical restraints that are harmful to consumer-welfare. We look at the extent of the harm—that is crucial to our thinking. We have published the paper, it is in English and it is available online. To help businesses with their self-assessment, ACM added an information chart to the priorities paper. This makes the paper accessible, particularly for intermediaries and small businesses. Why did ACM publish a priorities paper and an information chart on vertical restraints? Well, in the past, in the Netherlands, we gave priority to hard core cartels, with particular consumer harm. There was a very good reason for this: vertical restraints are generally less harmful. It was well known, at least in the Netherlands, that the Competition Authority did not give high priority to cases of vertical restrictions. Bill Kovacic has mentioned the possibility of hybrid (vertical and horizontal) restrictions, but for economic reasons purely vertical restrictions did not have priority on our agenda. Nevertheless, ACM published this priorities paper and information chart, because firstly, as the two previous speakers said, online distribution is different, and it may have different implications for the effects of vertical restraints. The question for us was, firstly: does it change fundamentally the way authorities like ours and others in Europe look at vertical restraints? Secondly, there seems to be a difference in the

enforcement approach of different European authorities, and that raised questions from businesses and consumers about how ACM would deal with such cases. That made it important for us to clarify our role. ACM is a merged authority, responsible for consumer protection, all kinds of energy and telecom regulation, and competition. We have the welfare of consumers high on our agenda. ACM's general strategy is to tackle problems as effectively as possible that negatively affect consumers. So in this priorities paper, we place consumer welfare at the centre of ACM's enforcement strategy with regard to vertical restraints.

As is well-known, vertical restraints can have positive and negative effects for consumers. That is also reflected, as has been mentioned, in the EU Block Exemption, and in the Guidelines.

We therefore prioritise vertical restraints that in our view would be likely to be harmful to consumers. In our paper we illustrate certain examples of cases, so people know when they can expect us to act. We constructed these examples, inspired by Dutch civil court cases, but also cases in other European jurisdictions. I will give you a brief example, it is a typical Dutch example, as it concerns the sale of bicycles in our country. The example is derived from a Dutch civil case. The brick-and-mortar bicycle retailers forced manufacturers to stop supplying an online bike discounter, under threat of a boycott. The offline retailers, as you can imagine, argued that they provided valuable services to consumers, for which they were not compensated.

According to offline retailers, customers came to their show rooms to select a bicycle, get the measurements at the shops and then turned around and bought the bike cheaper online. We make it clear in the paper, that this is the type of restriction that we would certainly investigate at ACM. Customers could no longer benefit from the lower prices online in this scenario. In this case, it is also very unlikely that that consumers were compensated for higher prices by better services. First, by excluding online retailers, the manufacturers eliminate—and the word has perhaps not been mentioned yet—possible innovation in the services by online retailers. I think innovation should be a key theme in the discussion here. Also in the way we look at new business models. And secondly, the manufacturers only excluded the online retailers under the threat of a boycott. The indication that the manufacturers themselves did not initiate this restriction was very important to use. They did not value the service of offline retailers themselves very highly. So that is the sort of case that ACM would likely prioritise.

The example I have given illustrates why the rise of online distribution increases the relevance of enforcement of vertical restraints. As shown

by this case, companies that have invested in offline may seek to restrict competition from innovative online distribution models. If the question of the panel is, when should we intervene? We should intervene if we think the restraints are put in place only to protect vested interests, as in the case that I discussed. And by doing so we want to enable firms to offer consumers the benefits of online distribution.

The rise of online distribution has of course given rise to new kinds of vertical restrictions. A couple of them have already been mentioned: price parity clauses, imposed by platforms, restrictions on selling via price comparison websites. I think certainly when it comes to new developments, there is a higher risk that competition authorities make false positives or false negatives. New developments therefore call for careful enforcement. This should not make us hesitant, nor overactive. Rather, we should be curious., We should be constantly understanding the pro-competitive and anti-competitive effects, I think that is certainly crucial in the online world. That can be done through cases, it can be done through research and we welcome the European Commission's sector inquiry into online markets. Director General Laitenberger has pointed out how important the role of the ECN is for achieving a uniform interpretation of competition law across the European Member States.

We fully support the Commission's work in this area. Of course you will have differing national priorities. And of course it can happen that you may have to deal with a particular imbalance on a national market. Nevertheless, it is very important that we pursue a uniform interpretation of the rules. We owe this to the business community.

The ACM paper is also issued in English. The information chart is not translated. It is particularly aimed at small and medium-sized companies. It outlines why we do things and poses questions to firms to help with their self-assessment: is there market power?, is there abuse of dominance?, what kind of market share is there?, is there a switching barrier?, etc. It can be a helpful tool for small and medium sized companies interested in compliance.

In summing up, we are now looking at more vertical cases than we did before, we have discussed several cases at board-level at ACM. We have had a couple of cases that we decided not to pursue, but the fact is, that we are now looking at the issue much more critically than we were a couple of years ago. Where we see cases that, in the end, we think are harmful to the consumer, then we will prioritize those cases for enforcement.

Thank you.

Professor Anna Fornalczyk

Thank you. Thank you for sticking to the time, it was exactly ten minutes! Ok, Šarūnas, the floor is yours.

Šarūnas Keserauskas

Chairman, Lithuanian Competition Council

Thank you, Anna, thank you for inviting me, thanks for inviting me to this old-fashioned panel. We know that they are going to discuss new ways of distributing goods, but we all know that being old-fashioned is just cool.

Chris said the ACM is trying to be a problem-solving agency in dealing with the verticals. I think we are also trying to be a problem-solving and also a sensible institution. We want our decisions to make sense. So to come back to enforcement history against vertical restrictions, there was no great interest in the first decade of enforcement in Lithuania, from 1992 to 1999, if only because the law back then did not prohibit vertical restrictions, unless there was a substantial market power involved. So there was only prohibition in relation to abuse of dominance.

I agree there may have been an enforcement gap, but it certainly taught us some lessons, lessons of restraint. We did not go, as some critics may say, crazy enforcing RPMs and other restrictions. I think we made our own mistakes. The first decade was very busy in enforcing abuse of dominance, and finding dominance everywhere. But I can certainly say that verticals had almost no place in the '90s.

In the 2000s, well, there was a new law, prohibiting vertical restrictions as well, but I think there were some old habits of restraint, so no one could accuse us now of being overactive. We're certainly not overactive; we're trying to be sensible, and what do we see as sensible? I think that sensible is that, similar to what Chris said, we also have prioritisation principles, and we try to intervene only if we can prevent large consumer harm.

In the case of verticals, we see the harm more likely, when there is a market power involved, either on one side or on both sides, and/or when vertical restraints result in some horizontal effects. So that is how we try to keep it sensible. If we look at the enforcement record of the last five years, we only issued 3 infringement decisions against vertical restraints. Two of them were in the same case. We lost the case in the Supreme Administrative Court, and the case went back, so we reissued the decision. I will give you these two examples of the cases, which demonstrate that we practice what we preach.

So, the first typical example of Lithuania, if bicycles are typical in the Netherlands, in Lithuania a typical example would be supermarkets. Because

I think we are approaching, in the EU at least, we are approaching a number 1 position in square meters per head, when it comes to supermarket space. Because our population is going down, and there are supermarkets, they're everywhere. So that's typical Lithuania.

The largest case we had last year was the *Maxima* case. Maxima is the largest supermarket chain in Lithuania and Mantinga is a supplier of bread. Clearly on the Maxima (the retailer) side at least, there was a high degree of market power involved. On the supplier side—and that was one of the major suppliers—what they did was they practiced an interesting form of RPM. As the largest supermarket chain in Lithuania, Maxima was not too interested in facing competition from other competing chains. So the scheme they invented was this: there was a base price – a list price, or you could call it a wholesale price – of products, but the chain would never negotiate the wholesale price, they would just negotiate the discount from the wholesale price. The wholesale price—the base price—would become the shelf price.

Maxima's business was in negotiating the highest discount possible from the base price, which would then become the shelf price for consumers. The base price, being the shelf price, would be the same for every supermarket chain, and we had evidence that they were policing the system trying to make sure that other supermarkets had roughly similar prices. So that was a minimum resale price scheme, with Maxima as the leading chain having, as they would hope, the largest discount.

That was just one vertical agreement, and one vertical restriction, although we investigated and suspected a series of vertical agreements. Our investigation covered all of the supermarkets and many suppliers, but we had to build a consistent story, because you do not only make cases, you have to win them in courts. So we only prosecuted the one line, although we saw evidence coming from other supermarkets as well.

That was an example of a case where a vertical restriction had a horizontal impact. As one could notice, wherever you went, prices for these products were about the same, and not only for these products. And that is not just one isolated example: you talk with people at conferences, and they say, "you hit the target, that is the common practice, that's how the supermarket business works." So that's one example.

The last example involves market power. It is another case that shows that there are no clear limits, as Bill mentioned. It is a case involving a supplier of cash-handling businesses. The name will be familiar to most people in Europe (G4S), which for quite a few years was the sole supplier of cash-handling services to banks. That is on one side. On the other side,

we have the three largest banks in Lithuania, which had individual agreements with G4S, agreements that included exclusivity clauses. So they would exclusively buy cash handling services from G4S.

The three agreements covered almost 90% of the market. And it just so happened that there was a new competitor trying to enter the market, and it could not find a big bank to contract with. They would say, “well, we have this exclusive arrangement with G4S, good luck with smaller banks.” We investigated the case. There was a big question about which path we should choose: Article 101 or Article 102. Because on the one side there was a company with 90% market share, and on the other there were the three largest banks, not really short of market power, either.

We went the Article 101 way, though both ways were probably possible. We imposed fines on both sides. We argued there was a cumulative effect with three vertical arrangements that foreclosed the market. But we lost the case in the Supreme Administrative Court. The Court said that the big banks were not at fault because they could not have envisaged the negative, anti-competitive effect on the market. But the Court agreed with us that there was an agreement that restricted competition, so the case was sent back for reassessment of the role of G4S, and we issued an infringement decision – an Article 101 decision – with one party only. That is a strange situation, but it can happen.

Again, why did we involve ourselves in this case? Well, because there was a clear case of market power on both sides. And because we felt that both sides were responsible, we charged them under Article 101, not 102. And that goes to show, not only are there no clear limits between horizontal and vertical, but also between 101 and 102. Everything is possible. So, I think I will finish with that.

Professor Anna Fornalczyk

Carsten, I suppose that you will give us a case on the beer market.

Professor Carsten Becker

Head of Unit, Bundeskartellamt

Thank you, Anna, Ladies and Gentlemen, at first I would like to thank UOKiK, and Adam Jasser for inviting me to this distinguished panel so that I can share my experience with vertical cases. “When should we take enforcement action against vertical restraints?” It is not only the headline of our panel, but it’s also a question my colleagues and I are often confronted with in our daily work, when we discuss and decide to open pro-

ceedings against vertical restraints; and therefore I would like to present the German perspective, and also the perspective of a case handler. The overall activities of the Bundeskartellamt in relation to vertical restraints can be divided into three main categories: RPM, vertical agreements in the e-commerce sector, and foreclosure effects. Let me start with RPM.

In the last 5–10 years the Bundeskartellamt has initiated several times proceedings because of severe RPM infringements. Just to give a bit of background here. My division is one of the Bundeskartellamt's three divisions that specialise in finding and fining hard-core infringements, such as horizontal cartels and indeed RPM. We have been dealing with a very large case of RPM since 2010. So large, in fact, that it has come to be labelled "the" vertical case internally at the Bundeskartellamt. The case involves around 30 different product categories and a large number of, let us say, 90 companies including both manufacturers of branded products and large supermarket chains. This year, we were able to conclude the biggest part of our case. So we issued 26 decisions, and imposed fines in total of 150 million euros on manufacturers and supermarket chains, for vertical price fixing of beer, as you say, coffee and sweets.

The restrictions that we found were mostly related to the setting of a minimum or a fixed price. And the price setting occurred in various forms. In some cases, contracts contained explicit clauses, allowing the manufacturer to set a fixed or minimum retail price. In other cases manufacturers influenced shop prices by exerting pressure or granting monetary incentives.

As I mentioned, this case is very large. Accordingly, we had to develop criteria for assessing, concerning which products, and which concrete infringements to initiate further steps in our proceedings. And this is why we had to set out priorities, a point I would like to come back later in our discussion. This case brought up two further interesting issues: In addition to the RPM violation, the manufacturers of coffee, sweets and beer operated horizontal price agreements, too. So on each of the three markets, the RPM systems helped to pass the horizontal price fixing on to the consumer level. And of course, we imposed fines on the concerned manufacturers for both violations, for the horizontal ones and the vertical ones.

Next to this, we found that the supermarkets played an active role in implementing the RPM system, again concerning coffee, beer and sweets. Some of them supported manufacturers in monitoring the operation of the RPM systems and others urged manufacturers to intervene against low shop prices by competitors, and therefore we decided to impose fines not only on manufacturers, as we did in the past, but also on some of the supermarket chains. That was, at the Bundeskartellamt, a new experience.

So I may have illustrated enough that prosecuting such severe forms of RPM is a significant part of our enforcement work. But what other forms of vertical restraints do we pay attention to? A growing practice in the Bundeskartellamt's work is the prosecuting of vertical restraints in the fast growing e-commerce sector. I understand that this is currently a "hot topic" on the European level, too. And we have our own panel dedicated to these issues in the afternoon. However, as I'm not involved in such cases, I would rather like to abstain from commenting on the work of my colleagues.

Last but not least, the Bundeskartellamt has in the past also intervened against vertical restraints that cause foreclosure effects. And usually, we focus our work on markets which already have high barriers to entry, or suffer from a high degree of concentration. The energy sector is a prime example of this. We have, for instance, prohibited long-term exclusivity clauses in the contracts of German gas suppliers. These clauses had the effect of foreclosing foreign suppliers from the gas business in Germany. And no demonstrable benefits for consumers.

So the Bundeskartellamt was successful in putting the practice of long-term contracts to an end, after being confirmed by the courts in its approach. No matter whether competition authorities are assessing RPM, e-commerce restraints, foreclosure effects, and so on - important is, from my point of view, that the authorities have reliable criteria for checking whether to initiate proceedings or not. If so, which procedural framework is most suitable for this?

Why is it important for competition authorities to have clear and reliable criteria? Well, the world is full of vertical agreements, but we have a general consensus that only very few of them restrict competition while generating no efficiencies. There is also the fact that the Bundeskartellamt, and maybe other agencies as well, is receiving a large number of complaints on vertical restraints every year — much more than we could ever investigate in depth with our limited resources.

So there is a difference to our approach to horizontal price cartels, which we try to fight as comprehensively as possible. In the verticals area we have to select our cases very carefully. So this is why competition authorities need robust criteria, to ensure that only significant and harmful vertical restraints are assessed, and that vertical agreements providing efficiencies or having only minor restrictive effects are not being touched.

Furthermore, it is important for a competition authority to clarify which procedural instruments are present for dealing with vertical restraints. Of course, this point depends strictly on the options each national jurisdiction offers. The Bundeskartellamt, for example, has different procedural options.

Against clear and severe violations we can initiate fines proceedings, and they largely follow the rules of German criminal procedure.

If the restrictive effects of a vertical agreement are not that obvious, or if new legal aspects arise, then we have the option to open a simple administrative procedure. Such procedures are more moderate. Instead of fines we can conclude the assessment with a prohibition decision or with the imposition of remedies.

Finally, the Bundeskartellamt can also intervene in civil court procedures as *amicus curiae*, what we will do in all appropriate cases, and in particular if a case concerns an assessment of a novel vertical restraint. So our procedural law provides our office with a range of options and enables us to be flexible when dealing with vertical restraints.

My last point concerns legal compliance. In principle, EU competition law gives companies and their legal advisors a solid and flexible structure for the self-assessment of vertical restraints. Nevertheless, in settlement meetings and on conferences, companies and their legal advisors still point frequently to a great degree of remaining legal uncertainty with regard to the assessment of vertical restraints. Bill Kovacic has described this problem of the internal and the external advisors very well in his opening remarks. I fully agree with you.

Therefore I think that competition authorities must be prepared to support the process of self-assessment with own contributions. Agencies like the Dutch ACM, as we have heard, and the Austrian BWB have already taken significant steps and published papers on their priorities and their viewpoints with regard to vertical restraints. The Bundeskartellamt has not joined them yet — we are in the habit of waiting for our wider case practice to develop before publishing priorities or principles, and we have the further complication that our decisions are taken by 12 independent decision divisions. Therefore it takes more time to coordinate principles that bind each decision division. But what we do in the meantime is to publish short reports on our homepage on the Internet, to talk about vertical enforcement in public, and to give insights to our criteria at conferences like today. Well that's it from me - thank you very much.

Professor Anna Fornalczyk

Yes, please, very shortly.

Chris Fonteijn

If I may ask Dr. Becker one question: one interesting thing you said was that you receive many complaints at the Bundeskartellamt. That is very

interesting, because as neighbouring countries, we do not receive any. And a cynic may say that people do not complain because they think it is not going to be enforced, and a cynic may also say that in Germany perhaps a competitor is in force. It is an interesting fact. Do you have a feeling why that is?

Professor Carsten Becker

That is amazing. I have not got an explanation for this, maybe it depends on the Bundeskartellamt's new whistleblower system. We have an internet-based system for anonymous tip-offs, and it is possible to communicate with us without identifying oneself. We have several hundred complaints including vertical restraints via that system.

Chris Fonteijn

Just one more then. Do you know where the complaints come from? From consumer organisations? From competitors? Can you tell us that?

Professor Carsten Becker

I think they come from each side. We have complaints from consumers, which are obviously not so helpful for our case practice, because they cannot enumerate competitors or involved companies. They cannot give us insights; they only observe the pricing. But we also have complaints coming in by competitors or by the supply side. Supply side means retailers that don't want to be bound by certain clauses, or retailers that feel excluded from a business by certain agreements.

Professor Anna Fornalczyk

Thank you. As you see, we have the beginnings of a very interesting discussion. Very short question?

Audience member

I will try to keep it short. I actually have two questions. Thank you so much for the very interesting discussion so far. I want to note that the first speakers, Mr Fonteijn and Mr Šarūnas (I probably botched your names), but you both made comments about the importance of consumer harm and looking to see if there is consumer harm. In the past years there have been a number of cases from local authorities, as well as from the EC on object infringement. Does this mean your jurisdiction as well as perhaps other jurisdictions there is a move away from looking at object infringement and focusing only on cases where there is consumer harm?

Chris Fonteijn

No there is no such move. But the fact is that in our country, the jurisprudence has developed in the sense that also in object infringements we need to show a solid theory of harm. We cannot get away with saying that because it is an object infringement that we do not need to prove anything. Judges are more and more requesting us to prove a theory of harm, and to provide them with the market context in which the infringement takes place. That is a crucial aspect. In every case, we will only pursue cases where we see a solid theory of harm.

Professor Anna Fornalczyk

Ok, now to look at the experience of the European Commission. Luc, the floor is yours, please.

Luc Peeperkorn

Principal Expert Antitrust Policy at DG Competition, European Commission

Let me first thank the organisers for inviting me, but also for putting this topic on the agenda, and doing so at a very good time, because we see an increased attention to vertical restraints, at least on this side of the Atlantic.

When I was told I would have 10 minutes, I asked myself, what do I want you to take home if I do not get the floor anymore later on? So I wanted to make sure that I make at least the following two comments. They are both warnings against the use of economics in the wrong way.

The first warning is, do not fall for economists who tell you intra-brand restrictions are not serious, that one should only be concerned about inter-brand competition. Do not fall for that, and I will explain why.

If you look at the cases we see recently and that draw attention, they are often not about what would normally be called inter-brand competition restrictions. The hotel booking cases, where you have the retail most-favoured customer clauses, they are about the platform saying “you hotel, make sure that your hotel rooms are not sold on any other platform at a better price than on my platform”: an intra-brand price restriction. Still, we are all very much concerned that such clauses have negative effects. On the one hand to soften competition between platforms, by reducing the incentive to offer the hotel a lower commission rate, because if the price is the same everywhere, why would a platform offer a better service in the form of a lower commission rate to the hotels? And secondly, that such clauses may foreclose more efficient platforms that may have less costs and that may want to enter but cannot enter with a lower price.

This goes beyond what Bill Kovacic said. Bill said there is exclusion, and there is collusion, and one should look at both, also in case of vertical restraints, to which I fully agree. But there is something beyond collusion, which is softening of competition, for which you do not need an explicit or a tacit collusive agreement. And that is exactly what you see in the case of intra-brand restrictions like the retail MFC clauses. What you see is that, because the price is the same everywhere, it reduces the incentive to compete with other platforms by offering a better service to the hotels, i.e. by offering a lower commission rate.

This softening of competition, either at the level of the suppliers or at the level of the distributors, may be the result of vertical restraints, and I think that for our enforcement it should not matter whether these are intra-brand or inter-brand restrictions. We should look at the likelihood of those effects appearing. So, as a first point, if you get an economist who tells you that story that only inter-brand competition matters, then tell him to study the recent cases and literature before coming back again, before you hire him or her for your practice.

The second point I wanted to make links in with the question that was just asked, about the object versus effect distinction. Because the next thing that you might hear from economists is that all vertical restraints may have positive effects and may have negative effects, and that you have to look at the circumstances in each individual case, as if it is one grey mass, as if the assessment is a kind of one-size-fits-all for vertical restraints.

As Jean Tirole made clear, economics is very useful in making us understand why in general vertical restraints will not be harmful: in general there may be a difference in interests between supplier and buyer – a higher price charged by one will be to the disadvantage of the other – and this may prevent harm from being imposed on customers further downstream. At the same time, we also know that this harm may still arise because either the two parties may agree on how to split the profit of doing harm further downstream, or one of the two sides may simply be the strongest, and may be able to impose the harm on all levels downstream.

My point is that if you want to treat all vertical restraints in the same way, you do as if not only they can all have similar negative effects, but you also assume that they can all have similar positive effects, similar efficiencies. One area where economics has until now failed us, at least in good part, is in going into each type of restraint and trying to find out what are the likely positive and what are the likely negative effects that are specifically linked to each type of restraint. I think that what we find as authorities, what our experience brings us, is that certain restrictions,

in almost all cases, bring negative effects. Take RPM, RPM can be helpful in colluding and softening competition between producers and/or between buyers. It can also help to foreclose. But the real issue is, I think, that there are good reasons, both theoretical and empirical, to argue that RPM is a very inefficient means of obtaining efficiencies. We treat RPM as a hard-core and by object restriction because our experience has taught us, in all of the tens of cases NCAs and we have done over the last 10–15 years, that the overall effect is normally negative. Later on in our discussion I hope I get time to explain why I can make this point so bluntly, what the detailed arguments are.

To conclude, I think, for the more general picture, we should work from the starting presumption that verticals are normally more pro-competitive than horizontal agreements and horizontal restraints. But that should not cause us to fall into the trap that therefore we should have a one-size-fits-all treatment. Our block exemption covers, I would say, over 90% of all vertical agreements, because most companies have a market share below the 30% market share threshold, and most companies are clever enough not to use hardcore restrictions, and therefore there is a safe harbour for the vast, vast majority of agreements. But there are good reasons why we still want to keep certain restrictions in the hard-core category, because of the absence of efficiencies or the fact that there are alternatives to realise the efficiencies in much more productive ways, i.e. the respective restraints are not indispensable. Those were the two messages that I wanted to give you. I hope that I will be able later on to explain in particular why RPM is not a very efficient way to obtain efficiencies.

Professor Anna Fornalczyk

Luc, thank you for this information. It was more optimistic, because you mentioned the possible positive effects of vertical restraints, and the role of economics in assessment of the effects. However, you mentioned also that the competition agency should look at the results of economic analysis carefully especially with respect to inter-brand as well as intra-brand competition.

Last but not least, Craig, the floor is yours. Could you be so kind and tell us something about the *Leegin* case? Very controversial in the States.

Craig Conrath

Trial Attorney, Antitrust Division, US Department of Justice

Yes, I will, but first let me begin by thanking Adam Jasser and Bernadeta Kasztelan for inviting me here. And I should say that the views I offer are my own views, and not necessarily the views of the Department of Justice.

Luc Peeperkorn

That applies to me too, retrospectively.

Craig Conrath

It is a special honour for me to be on a panel chaired by Anna Fornalczyk because 24 years ago I reported for work in this building as an antitrust advisor in what was then a very new agency, and on that first day I met a dynamic and impressive president of the agency, who said, "I am so glad you are here," and then she used a phrase that I heard so often that maybe I can still remember it. "Nasza praca jest ciężką pracą"—"our job is a difficult one". And she said, "We expect you to help us with it. And I am going to send you to Poznan next week to get started." And in the Poznan office I met a very young new lawyer, who presented me with... a vertical question. She today is the Vice-President of the agency, Bernadeta Kasztelan. I stayed here almost two years, and had an education in competition law like none I could have had anywhere. And it included many, many vertical questions, more than I ever had in my prior experience.

In thinking about vertical issues, my mind was taken back to an even earlier experience -- an explanation by William Baxter. Some of you may remember his name; he was a professor at Stanford University, an antitrust scholar, who became an antitrust enforcer. In that sense he was like Bill Kovacic, going back and forth between academia and enforcement. Professor Baxter was a leader in modernising antitrust in the United States and in bringing economic thinking into it. I heard him giving a talk to a group of business people--not major manufacturers, but everyday business people, chamber of commerce types. He was explaining why there should be a difference between treatment of vertical restraints and horizontal restraints. I was so taken with his explanation that I will share it.

He said, "If I could take a businessman and ask him 'what, in your heart of hearts, are your wishes for your horizontal competitors? If I gave you truth serum or used a lie detector--what do you really wish for the people you compete with, your horizontal competitors?' Well, you might say, 'I hope that their costs go up; that they have a strike that shuts down their factory; that they come up with a new product that turns out to be terrible and no one likes it.' And in general, you wish them, your competitors, the worst." And so, Professor Baxter concluded, "if this hypothetical businessman is reaching agreements with his horizontal competitors, then we should be suspicious."

Then Professor Baxter said, "By contrast, what, in his heart of hearts, does this businessman wish for the people with whom he has a vertical

relationship—the people supplying inputs for his goods, or the people who distribute his products? He wishes that they prosper, that their sales increase, that they become more efficient, that they develop new methods that are more productive. And so it should not surprise you that business people want to enter into agreements with the people with whom they have vertical relationships. You should not be inherently suspicious of those agreements.”

I took that as a good starting point for analysis of vertical agreements. And Professor Baxter was clear: it is only a starting point. But it is an important starting point. It took US law a long time to catch up to this simple insight. In fact, it took 95 years, and a long and a complicated history that I will not elaborate. But one can identify the beginning point when US law got off on the wrong foot, which was 1911, in a case called *Dr. Miles*. It got off course by confusing a vertical agreement with a horizontal agreement, by confusing RPM with an agreement among retailers.

The Supreme Court said, in 1911, if a manufacturer tells retailers that they all have to charge the same price, then all the retailers will charge the same price. And, the Court said, that is the same as if the retailers—the competitors—all got together and agreed among themselves to charge the same price.

That was the fundamental starting error on vertical agreements in the United States. Because it is clear that if the retailers are agreeing with themselves to charge the same price, then their goal, as Bill Kovacic was explaining this morning, is probably to restrict output and to reduce competition. But a manufacturer is very unlikely to have the incentive to reduce the output of its own goods, so something else must be going on with a vertical agreement. And the process of discovering what else is going on is a process that took a long time in US law. In the intervening 95 years, US law on vertical restraints has probably been a source of confusion in the world of competition policy, rather than a source of enlightenment.

Today all vertical agreements are treated under the rule of reason (at least in federal antitrust enforcement). Enforcers must determine whether there is an anticompetitive effect after looking at all the facts. The ultimate question is whether there is harm to horizontal inter-brand competition. That is a theme that I think we have already heard today. If a particular vertical restraint suppresses horizontal inter-brand competition, then it is potentially a problem.

Today, very many vertical restraints are considered to be competitively neutral or pro-competitive. But this does not mean that every one is. And sometimes vertical restraints can be tied up with restriction of horizontal competition. That is a theme you heard beginning with Bill and continu-

ing through the other presentations. The task of antitrust enforcement authorities is to sort out which are the relatively modest number of vertical restraints that in fact have substantial harmful horizontal effects.

I fear, Anna, that I have gone longer than I might, and I will perhaps return to the *Leegin* case specifically a bit later. Thank you.

Professor Anna Fornalczyk

Ok, thank you. Thank you for this history of the Antimonopoly Office. We have had branch offices of course. We have had a branch office in Poznan. Would you like to ask a question, or not? Please introduce yourself.

Stacy Van Hooven

I'm an American attorney living in Germany working for a Swedish company, SCA. Very global. My question is actually specifically for Mr Becker, because you were emphasising the fact that it is very important to have key criteria in making your decision as to which cases to take. But you did not elaborate on which criteria you would focus on. So, if you may.

Professor Anna Fornalczyk

Thank you for the question. It happens to be one of our questions on the list, and I had hoped that we would discuss the criteria for the assessment of vertical restraints. Thank you for this very short presentation and for watching the time.

Of course, it is very difficult to keep the discussion closely to the question, but I would like to organise some order in our discussion, because every question is very important, especially for the practice of implementation on competition law to vertical restraints. The members of our panel agreed with my idea when we were organizing the event.

The first question is, how should we assess vertical restraints cases, by object or by effect? I will say that if someone's answer is "by object", then we may finish our discussion ... but maybe not, maybe I am wrong.

Who would like to answer this question first? Chris?

Chris Fonteijn

The key criteria on which we focus at ACM are not related to the legal category of the alleged infringement. Our interest focuses on whether there is a theory of harm. I know that Luc Peepkorn has published a very interesting paper on when an infringement is an object infringement or an effects infringement, and he makes it very clear how important it is to have a theory of harm.

So it does not work automatically... it is not as simple as putting it in the 'object' box. Then you would simply pursue the case and you carry on. But we cannot automatically do that, firstly, because the judiciary will not automatically accept such a simplistic categorisation, and, secondly, because it does not fit in with our problem-solving approach.

Professor Anna Fornalczyk

If business would like to have a very clear picture. If a competition authority assesses according to object, it means we cannot write something in our agreements. If not, if by effects we means that we have to conduct ourselves carefully in the market. It is very important not from a legal point of view, or from an administrative point of view, but from the point of view of business.

Chris Fonteijn

That would be creating a false simplicity. I think you have to look at efficiencies, you look at the pro-competitive and anti-competitive elements, you look at market power, you look at whether other companies are behaving the same way, and that is what we try to outline, on a case-by-case basis. I do not think it's particularly helpful to categorise behaviour in one box or the other, when we all know that that does not end the discussion.

Šarūnas Keserauskas

Just one comment. There is a legal question of how one categorizes and distinguishes between object and effect. The other thing is that we do not only have to explain our cases before lawyers, professional audiences, or judges; we also have to explain our cases before the public. So we have to have a theory of harm, put in simple language—what it is that we are doing. If we cannot explain it, or we can only say “well, that’s an RPM”... RPM means nothing—for 95% of people, RPM means nothing, so that is why – and it’s not exactly an effects analysis – you have to have a clear sense of what you are doing, and how this is going to benefit consumers, either directly or indirectly by opening the markets if they are foreclosed.

Professor Anna Fornalczyk

Ok, this is something like competition advocacy, and I agree with you completely.

Luc Peeperkorn

Putting a particular type of restriction in the object box, as you say, is a responsibility for the courts and for the authorities, which they should

take seriously. But, once that has been done, and a by object restriction is found in an agreement, it also has a consequence, because it means there is a presumption of negative effects, and therefore in principle the authority could proceed without showing any effects, and say to the parties, “Now the ball is directly in your court, you first have to show why there are efficiencies before we have to look at the negative effects.”

And therefore, classification as a by object restriction has serious consequences in terms of the order of proof. It also has other serious consequences because those are normally the only vertical restraints cases where we impose fines. We should thus not take it lightly to put a restriction in the by object box, but once it is there, one should not shy away from the consequences.

The question is, therefore, what should make us put things in the by object box? And, as I tried to say before, for me the essential element is the low likelihood of efficiencies. You can always say, “yeah, but what if it is only done by small parties, without market power?” But think about the parallel with horizontal cartel cases. Why do we have horizontal cartel cases in the object box? We all agree that if three bakeries in the middle of Warsaw tomorrow decide to agree on prices, they may not have any effect on the market, they may have misjudged the situation, they may lose market share, and we still call it a cartel. And why is that? Because we think that cartels will normally not provide efficiencies. It is not a very efficient mechanism to provide efficiencies by horizontally agreeing on prices.

The question is therefore, and it is an empirical one, which vertical restraints mimic that situation? And there are two ways of answering that question.

One is by looking at the case practice and our experience, and that is what we tried to do when we adopted the vertical rules in 2010, by looking at all the cases of national competition authorities and ourselves, and there were really many RPM cases, and we found that they all had likely negative effects, and there were really no credible defences of efficiencies.

The second way to answer the question is more based on theory: there are a number of good reasons, of which I will just give you one, to conclude that RPM is unlikely to be helpful to realise efficiencies. The major efficiency that is always put forward that RPM might help realise is solving a free rider problem: that by giving a higher margin to distributors they can do more promotion for the brand. In practice, however, giving retailers a margin to do more promotion does not take away the underlying free-riding problem. So if a supplier would give them this extra margin, each individual distributor will not do the type of promotion that the supplier wants him or her to do, because others would still be free-riding on that investment. The distributor

will spend the margin on all kinds of other services, after-sale services or whatever else, on which free-riding is not possible. As a result the supplier would have to monitor what the distributors do, including threatening to delist distributors for not doing the right promotion. But if the supplier has to monitor the distributors anyhow, and threaten to delist them, then there are more efficient ways to solicit the right investments, apparently, than limiting competition on price between distributors.

So these are the kind of issues that we look at. We as authorities should take this serious, and really make sure we only put things in the object box that we can credibly defend as in general having negative effects. But once we do that, we should also accept the consequences of having them in that box.

Professor Anna Fornalczyk

Thank you. Yes, Carsten, please.

Professor Carsten Becker

Our discussion about the object box and the effects leads to the first point on my checklist: The intensity of the alleged restriction needs to be examined. That is a very important point. The hardcore restrictions blacklisted in the block exemption regulation obviously are high-intensity restrictions. Of course, they are only a presumption, as Luc explained, but at this early stage of a case, they give us a good indication whether to initiate proceedings or not.

Further serious restrictions, from my point of view, are obstructions of innovative sales concepts, for example, or the foreclosure effects I mentioned in my opening remarks. Another important point is the time frame — for us enforcers it makes more sense to prosecute long-lasting violations. Next to this the geographic frame plays an important role: Does a restriction have only regional effects or does it cover the entire country? All together this is the first point on my checklist. I call it the intensity of the alleged restriction.

Professor Anna Fornalczyk

Craig, would you like to comment?

Craig Conrath

Obviously US law does not use exactly the object-effect distinction, but the standard requirement for an enforcer in a case involving a vertical restraint is to begin by proving an anticompetitive effect, so I think that, effectively, we would fall on the side of enforcing only if there was an effect. There's no parallel, in this area, to the object restriction.

Professor Anna Fornalczyk

Ok, thank you. Chris, please?

Chris Fonteijn

Luc, from a legal perspective you are, of course, completely right. The burden of proof is on the company to show and prove efficiencies, but if, as an agency, you are looking at where you put your resources, it makes sense, I think, to think about those efficiencies yourself and to assess them before you pick up the case. We try to assess ourselves before we select the cases whether there are such efficiencies that the case is not worth taking.

Luc Peeperkorn

With that I fully agree, but my point would be then, if you find that you have, let us say, many RPM cases you do not pursue because you suspect there are efficiencies, that we should discuss and rethink our policy. It is as honest as that. You cannot have it both ways, and that is what we tried to assess when we adopted our policy in 2010 and in 2000, and with a certain outcome.

I have got a question for Craig, because when I read the *Leegin* judgment, the Supreme Court seemed to say, “we want to apply an effects-based approach, but we will leave it to you, courts, to decide whether you want to use presumptions in that effects-based approach or not.”

So I always thought that could mean that you could still end up with a kind of European-type system, with presumptions, or you could have a fully-fledged effects-based system where there are no presumptions at all. I know that also in US law sometimes presumptions are used, like for the assessment of tying. What is the chance that you develop a system of presumptions for certain vertical restraints?

Craig Conrath

That is an extremely interesting question, and the court did invite that development. It has not happened yet. Perhaps as there is more litigation about vertical restraints it might happen. It could be a useful development along the lines of the prioritization guidelines of the Netherlands, discussed earlier. Court development of presumptions, however, is a long, slow process.

Šarūnas Keserauskas

On a different point, coming back to the distinction between object and effect. I think that sometimes it is wrongly assumed—at least in my opinion wrongly—that if you have an object case, not only do you not have

to prove effects, but you can escape economic analysis—no, that is not the case. You do not have to prove effects, but you still have to run economic analysis in some situations.

The supermarket case that I mentioned—the vertical RPM agreement lasted for 10 years, and there was lots of evidence, starting from the contractual clause, and then email correspondence, but we also checked the actual implementation, and we demonstrated that for a long period of time, the actual prices were never below a certain agreed level, so we did carry out economic analysis. We didn't have to prove effects –a and that was not about proving effects.

Professor Anna Fornalczyk

Yes, I agree with you, that the implementation of economics into antitrust law is very time consuming, but it brings about a very good effect. I will talk about it tomorrow. Unfortunately, tomorrow's forum is not in English.

Well, I think that the second question can be omitted, because everyone told us in their opening remarks that consumer welfare well-being is the most important criterion, the most important element in the assessment of vertical restraints, not only this one, but throughout the analysis of anti-trust. My proposal is to start with a discussion on just economic criteria in the assessment of the negative and positive effects of vertical restraints. Who will be first? Craig?

Craig Conrath

Maybe this is a good place to briefly describe the *Leegin* case, because it goes to economic analysis. For many years in the US, RPM was illegal per se. If you could prove that resale price maintenance happened, that was all the proof that was required. There was no justification allowed. The *Leegin* case was the one in which that per se rule was changed. The facts of that case are a good illustration of how, if you do an economic analysis, it shows that vertical restraints can have benefits for consumers—how even resale price maintenance can have benefits.

The product at issue in this case was women's handbags, jewelry, belts, and for simplicity I am just going to refer to women's handbags. While I have not studied this market, day-to-day observation suggests that there are lots of designers and manufacturers of handbags, and there is a huge variety in price points, style, size, and so on. At the retailer level, there is no shortage of places that sell women's clothing and accessories, ranging from large department stores to very small shops, even kiosks. This looks like a market where both relevant levels of the distribution process are competitive.

What happened here was that Leegin, a designer and manufacturer of handbags, used a vertical RPM agreement with a small retailer, Kay's Closet. Kay's did not comply with the agreement—it offered a 20% discount on Leegin's handbags. Kay's was terminated, so it sued. It prevailed on a *per se* theory in the lower courts. But the Supreme Court re-examined the question whether RPM should be always prohibited. It said, let us re-think the question whether there are possible pro-competitive reasons why Leegin might want Kay's to sell at a fixed price, and not to discount. In re-thinking, an initial question might be: If Kay's Closet can sell Leegin handbags for 20% less, probably they will sell more Leegin handbags. So why would Leegin want to keep the price high?

Leegin's explanation—consistent with its prior documents—was this, in effect: “Look, a lot of people in the handbag markets, especially the big department stores, sell with poor service, and they sell in an environment where everything frequently is on sale, it is on sale 10% today, 25% next week, 35% next week, so the consumer never knows if she is getting a good deal. We at Leegin choose not to do that; we are going to sell through small stores--and only small stores--and we are going to give them enough margin that they have the incentive to push our products. We think that this strategy will help us sell more handbags in competition with the other manufacturers.”

Leegin had told retailers in a document: “We realize that half the equation is Leegin producing great [] product[s] and the other half is you, our retailer, creating great looking stores, selling our products in a quality manner.” The Supreme Court basically asked, is that a plausible explanation? And they answered, “Yes, it is.”

Implicitly, I think, the Court was considering also the possible anti-competitive explanations for the vertical agreement: First, would it be reasonable to suspect that the manufacturers of women's handbags are coordinating, explicitly or informally, on price or quantity? Second, do we think that retailers of women's handbags are a likely prospect for anti-competitive coordination? While my friends who do cartel cases have convinced me that you never say “never” about cartels, neither of those markets looks like a very plausible place for a cartel or anti-competitive coordination. The markets are just too diffuse and unconcentrated. So--the Court reasoned--if the anti-competitive reasons do not seem to make sense, that supports the idea that the pro-competitive, economic explanation for RPM is plausible. This conclusion led the Court to change the *per se* rule and to say that now resale price maintenance can be justified.

So that is the *Leegin* case and how it employed economic analysis. I am glad to take questions, but to advance the discussion, let me pose a follow-

-up question to Luc. I see your argument that RPM could in many cases be an inefficient way of encouraging retailers to do what a manufacturer wants. But if the manufacturer has chosen it, is that a reason to think that maybe the manufacturer is in the best position to look out for its own interests and to decide whether it is an efficient method of encouraging retail services?

Luc Peeperkorn

I would say yes and no. Last year, I was in the States for a year, at NYU. I spoke to a number of people about the *Leegin* case, and what I heard from a number was that this case was decided on the basis of theory. The theory was, there are many producers, and many retailers, so there cannot be negative effects, and therefore it must be positive. They told me that, effectively, if you looked at *Kay's Kloset*, the distributor that was excluded from the distribution system for pricing too low, it sold those bags and belts in exactly the same way as distributors that were retained in the distribution system. The only thing *Kay's Kloset* did differently was it priced 20% lower, and it was kicked out.

Now, where does this leave us? If I can go back to my earlier example, my gut feeling is, if we find three bakeries in the centre of Warsaw colluding on price, and we might at first be thinking, with only 0.01% of the Polish bread market affected "where is the problem?", that maybe the market was more local than we thought. Or maybe they were really irrational. But in both cases prohibiting that cartel would be good, either it would free them of their irrationality, or it would repair a bad market definition.

In the *Leegin* case, I have the same question. That is, if *Kay's Kloset* was effectively doing the same distribution effort etc. as other retailers, where is the consumer benefit of not allowing it to give in addition a discount?

So, yes, the manufacturer should have the ability and also the first choice to decide how he wants to distribute his products. It is our responsibility to make sure that we only put restraints in the by object category if we think for good reason that there may not be efficiencies. The relevant question is thus, what kind of efficiencies could the RPM have enabled? As explained before, the free-rideable promotional investments are not very likely to be incentivised by RPM, because the underlying free-riding problem still exists. Some people say: yeah, but RPM is good because then the retailer may more easily stock the product. If the retailer knows that the product will not depreciate by sudden price falls in the future, he will be encouraged to keep more stock. And it is true that if demand falls, RPM will ensure that the price will stay the same. But at the same

time, it also means that the retailer now cannot use its price to react to the fall in demand and can't sell off its stock, and therefore he'll be stuck with his old stock much longer. The advantage of being sure that the price will remain high is countered by the negative effect of having to keep the stock much longer. A much more reasonable and effective way to solve the issue would be for the supplier to say "unsold items can be returned, and I will pay you back the purchase price." That would be a much more effective way to solve the stocking issue than the RPM.

So, what other possible efficiencies are brought up? The third one is, there may be this kind of problem between principal and agent, where the agent/distributor does not take into account, if it sells more, that this is not only good for itself, but also good for the principal. So, the distributor may just not do enough sales efforts, may not spend enough on non-freerideable services, such as parking places, longer opening hours etc. However, most of those services will also benefit other brands and that is not what the supplier wants. The supplier wants particular non-free rideable services, that stimulate the sales of its own product. So again the supplier has to monitor that the distributor does the right type of investments. This need to monitor may be further enhanced because the retailer may do most of its promotion in a way that takes away customers from other retailers that are selling the same bag. That is not what the supplier wants. He does not want to have retailers luring each others' customers. He wants to have growth in demand for his product in general.

So, as a result, RPM is always a very crude method to incentivise investments, and it forces the supplier to monitor what goes on, to monitor what exactly the retailer does. And the moment the supplier has to do that, RPM becomes a very ineffective way to obtain efficiencies, because then the supplier could just as well prescribe what the retailers have to do and delist them in case they do not invest sufficiently in the right direction, without depriving consumers of the benefit of price competition.

That is I think the essence and that I think is supported by our experience. But of course, if Chris tells us in the future that half of the RPM cases he sees are innocent and he does not want to pursue them, then we have to have another discussion on our policy inside the ECN.

Chris Fonteijn

I have read with great interest your article in *Concurrences*.

Professor Anna Fornalczyk

Well, I think it is very difficult to discuss in general vertical restraints. In the everyday work of competition authorities or competition consultants,

we touch a lot of cases and we have to discuss them, though I am afraid that cannot be done now, as we have gone over our time limit. It would be better to discuss the cases on a case-by-case basis. Is it a good conclusion that competition cases should be analysed case-by-case, not handle them in general or in theory?

Craig Conrath

I have certainly seen instances of vertical restraints that were squarely aimed at horizontal competition, and you had to study the facts to figure that out, so I would say the proof has to be in a particular case. That's where US law has come down and it sounds like that is true of others as well.

Professor Anna Fornalczyk

Luc told us that even horizontal restraints should be analysed case-by-case, even in the case of the three bakers. Let us go to our questions, because we have got only six minutes, because I would like to give the floor to the audience for discussion. About intrabrand and interbrand competition, Luc gave us a lot of very interesting and challenging questions and statements, which I think we can discuss tomorrow when we talk about antitrust economics.

The second question on the slides is closely connected with a clear picture of the assessment of vertical restraints cases by the competition authorities. This clear picture is very important for business for self-assessment. What do you think, very briefly, about the possibility of the self-assessment of companies' sale policy and price policy. Is it effective or not? Carsten, please.

Professor Carsten Becker

As I mentioned in my opening remarks, from the view of companies and their advisors a great degree of legal uncertainty is left and therefore your question is justified — whether self-assessment among vertical restraints has come to its limits. Difficulties arise from my point of view for several reasons:

It is not easy to systematize the wide range of possible clauses for the purpose of a reliable self-assessment. Vertical clauses are more or less moving targets. The supply side and the retail side try to optimise their business permanently.

Secondly, there are not so many decisions of competition authorities or courts concerning vertical clauses, beyond the area of hardcore restrictions, and there have not been so many decisions in the so-called grey area. In

Germany the term “grey area” is common for an area where restrictions are not obvious. That is the second problem for self-assessment done by companies and their advisors.

And, of course, the assessment always depends on the individual facts of a certain case, of every single case. For example, recommended retail prices may be non-binding on paper, but have to be seen in a completely different light after collecting the complete circumstances you have to consider. So it may happen that these recommended prices in fact are pushed by exerting pressure and turn to become fixed prices. A similar situation can arise by granting monetary incentives. That is complicated, and therefore surely it makes a difference for self-assessment whether vertical or horizontal agreements are concerned.

Finally, from my point of view, competition authorities should support the process of self-assessment with their own contributions.

Professor Anna Fornalczyk

Šarūnas, please.

Šarūnas Keserauskas

Having now been on both sides – first, as a practitioner and now as an enforcer – I am a bit sceptical of self-assessment if it goes beyond the RPM-object type cases. If only because in my experience—and that may be different than in some other countries –clients are not really willing to pay for self-assessment. And that is a challenge. It is not because it is impossible to do – I think it is quite possible, and we should help, we should facilitate self-assessment.

Professor Anna Fornalczyk

Chris.

Chris Fonteijn

I believe in self-assessment I think with this particular subject it is very hard to self-assess if you do not have any guidance from the authority on its approach. Now, we have gone to the trouble of providing guidance. This is a lot of work for the authority. Also there is a risk involved in issuing guidance, because in a court case, every word of your guidance will be used against you. Even within the authority there is quite a difference in view on whether you should use your resources to publish guidance. So, for us, as a board it has cost us considerable effort to publish the Guidance. I think it is a good idea, but there is a risk involved, not just in terms of capacity,

but also because it may be used against you in a case. You are less tied, if you do not write these types of guidance and leave it to the market to self-assess, knowing that they don't know what to assess.

Luc Peeperkorn

I hope, at least that is why they were written, that our Guidelines on Vertical Restraints do provide help for firms to do a self-assessment of their agreements. And to be honest, I have seen, up till now, no case where there was a negative effect which is not also mentioned and explained in our Guidelines, whether it is the softening of competition upstream or downstream or tacit collusion or foreclosure. And the same applies for efficiencies, there is a whole list of efficiencies in the Guidelines. The Guidelines indicate per type of restraint which indicators are relevant for an assessment.

In the contacts at least that I have personally with a lot of firms, it seems they are doing self-assessment, and they do it sometimes very seriously. Of course, what may make them less concerned—and I think this is also fair—is that the general tendency is, at least of the Commission, not to give fines in cases which are not about hardcore restrictions. Therefore, a supplier that is, for instance, using single-branding obligations, may want to look a bit at the case law and also at the guidelines, but overall, it may think that the worst that may happen to it is that at one point in time some authority or court will look at its agreements, and it will be told to shorten these contracts.

Professor Anna Fornalczyk

Ok, I think that self-assessment is an issue of competition compliance, but we should not talk about competition compliance, because we have no time for this. But if we look at management, and the activity of managers, they have to take a lot of very crucial decisions, about marketing, about production, about prices. This means if they would like to act in accordance with competition compliance, there are a lot of companies which have such programmes. This means they have to self-assess the policies carried out by the company from the point of view of competition law. However, that discussion is not for today.

Professor Anna Fornalczyk

I think we have now answered both questions. We discussed the criteria of the assessment of RPM and minimum RPM and it seems to me that we cannot say that minimum RPM is per se illegal, because we have to analyse vertical restraints and their effects case-by-case.

I would now like to give the floor to the audience. The panelists have posed a lot of questions. Perhaps you have answers! Questions, please, from the audience.

Audience member

I just wanted to ask a question about the role of the states with regard to the two federal structures: the US and the EU. We heard from Luc that he is very much interested in the experience of the United States with the EU when it comes to RPM. As far as I remember, there has not been an RPM case in the EU since the Yamaha case, so it is like 10 years old, so from that perspective how are you going to organise that particular type of discussion with the different competition authorities in view of the fact that maybe national competition authorities have different views about RPM, and if that is going to show in the new guidelines in a few years on verticals, and if there will be the possibility to justify RPM also with regards to Article 101(1) in the same way you do that for absolute territorial protection under paragraph 61 and 62 of the Guidelines on Vertical Restraints. My question to the US is, after *Leegin* there has been a lot of state action with regard to RPM. Some states basically rebelling, and from that perspective, how do you think the US antitrust enforcement system could get inspiration from the different types of natural experiments that are happening in the United States. Is this something that could be used, and lead probably to some change in the future?

Luc Peepkorn

It is true, the last cases that RPM was dealt with were the *Peugeot* case and the *Yamaha* case, at least at the Commission level. There are some new cases in the pipeline, but how do we keep in touch with what goes on? Through various means. First, in the ECN we have a notification of the NCA' cases. In that context, we see and discuss all of them. I would think that even more importantly, we have regular working group meetings on vertical restraints, where we discuss in particular new types of issues. I think that in the last 2–3 years we have had five of them, on issues like retail MFCs, but also online sales restrictions and selective distribution, and so on. This is where we discuss both the policy and the cases. Those are the ways in which we are involved.

The discussions in the ECN on RPM—since you referred to them—have shown that certain NCAs have a policy, when doing by object cases, to formulate a theory of harm and/or trying to at least come forward with a kind of start of an effects-based analysis, to which the other side can

then also react. That is what for instance the OFT, now the CMA, does. But that doesn't mean that these NCAs would not be in favour of having RPM in the hardcore list. When we discussed that, there was a very small minority of NCAs that supported taking RPM out of the hardcore list, while the vast majority favoured keeping it in the hardcore list, but with the added element—and I think this was made more explicit in the 2010 Guidelines—that also by object restrictions can be defended under Article 101(3). As the Court has always said, by object restrictions are not like the US *per se*, it is not that one cannot come forward with a defence based on efficiencies. An efficiency defence is possible and, once such a defence is made, it also puts the responsibility on the authority to take it serious and, in case efficiencies are substantiated, to analyse if there are negative effects, and to come to an overall balancing.

Craig Conrath

It is a very good question because it's true that most US states have their own antitrust law, and a number of them have firmly stated that they do not agree with the *Leegin* decision and can take enforcement action under state law. Typically state antitrust laws are used less than federal antitrust law, but the threat that states will enforce against RPM, especially some large states, means that a national retailer that wants to have a national policy and wants to avoid risk is not likely to provide the kind of natural experiment of one state compared to another state. So, it may happen over time, but in smaller regional or local markets. If the law changes in the states, my guess is that it will probably be through a long process of persuasion and maybe an occasional case, and not literally a state-by-state comparison.

Professor Anna Fornalczyk

Thank you so much. Are there any questions. No? In such situations I used to think that everything is very clear. Our discussions gave you very clear recommendations, or...I am not going to finish. Ok, we have got 7 minutes for the panelists. Would you like to say something? I would not like to summarise this panel. I see that Professor Kovacic wrote everything, especially the golden thoughts of our panelists. So, who would like to add something? Craig?

Craig Conrath

Let me give an example of the most recent case I worked on. It was a case involving credit card companies, it was a vertical restraint. The typical vertical restraint is, "Retailer, do not discount *my* price." That's classic

RPM, and commonly thought to be pro-competitive. This case, however, illustrated how a vertical restraint can be anti-competitive. The agreement, in substance, was, “Retailer, do not discount *my competitor’s* prices.” Well, you can see the difference. In general, that is what we as antitrust enforcers want to spend our time looking for.

Luc Peeperkorn

At the risk of going away here and being described as that guy who was so much against RPM, I want to say something about how we learn, because there is this tendency to look at economics – I am an economist myself – and to think that the direction for case practice will come from economic theory. But often it works the other way around. In France, there was the “Loi Galland”. This law tried to protect small retailers against low prices offered by big retailers, by requiring that retailers cannot price below the invoice price. The intention was to ban pricing below cost. In response to this law manufacturers and large retailers thought, “hmm, this is interesting. You know what, we charge a high invoice price, we give a big end-of-year discount, so the real wholesale price is much lower, and now there is a state enforced system of RPM because at the retail level no one can price legally below the high invoice price.” What happened was a widespread use of these RPM agreements in France, leading to a rise in retail prices of 5–10%. And on the basis of that, the economists Rey and Vergé built a new model which made us understand how that could work, how such price increase could result. Not because there was a cartel among the buyers, or a cartel between the suppliers, but because the softening of competition in markets where you have an oligopoly upstream and a limited number of important distributors downstream. If those distributors all sell goods from various suppliers, this gives the incentive, if one supplier uses RPM, for the others to also use it, because as a manufacturer you have to beat, in order to attract the effort of distributors, the better margin offered by your competitor. Based on this case experience they built a model that shows that RPM may be harmful, not just when you have a cartel, but when you have a loose oligopoly where the distributors sell multiple products, which is the actual situation in most of our markets.

Professor Anna Fornalczyk

Ok, thank you, the time is over. I think it is safe to say that there are more questions than answers, but I think that is very good for discussion and for thinking about vertical restraints and the positive and negative effects of these restraints.

Thank you to all the panelists, thank you.

Vertical agreements in the e-commerce sector

(Panel II)

Nikodem Szadkowski

Deputy Director, Department of Market Analyses, UOKiK

My name is Nikodem Szadkowski. I have the honour of chairing a panel in which we will be trying to look a bit ahead.

We have already covered vertical restraints as they stand now but as it was heavily alluded to in the previous sessions, the Internet has the power to disrupt, to change things. It disrupts business models, it disrupts business relations and it is only reasonable to be afraid that it might also disrupt competition authorities. We would not like that to happen so it is good to have this discussion now before the Internet takes over and some of our rules may become irrelevant but of course it is not a foregone conclusion.

We have a very formidable panel of experts to discuss this issue so in order of appearance of presentations we have with us Mr Thomas Kramler, Deputy Head of Unit at DG Comp. And, what is more important, a person in charge of the ongoing Commission's e-commerce inquiry. We also have with us Mr. José Rivas, partner at Bird and Bird in Brussels, who also teaches at the college of Europe. And, last but not least, Professor Ioannis Lianos who is a professor of global competition law and public policy at University College London.

Before we proceed, some organizational remarks. We are going to have three presentations then I am going to maybe abuse my dominant position as Chair and ask a question or two of my panelists and then we'll field questions from the audience. The topic is very interesting, time is short, so, Thomas, the floor is yours.

Thomas Kramler

Head of the Digital Single Market Task Force, DG Competition, European Commission

In a way with this presentation we will be going back to the basics of competition law. Before you can prioritise any cases or choose any cases you need to get the facts right and the sector inquiry is all about getting the facts right before we draw any policy conclusions. By the way, my voice is also a bit restrained so that will benefit you and make me speak short and to the point, hopefully, though it has some disadvantages for me.

So, the sector inquiry. You, as practicing lawyers might have already suffered the consequences of the commission launching a sector inquiry because a hundred companies in Poland have received questionnaires from us in the last couple of months and I guess many of your clients have already been reading through the 200 questions that we have asked in terms of digital content and goods. That's something I will come to in a second.

So why are we dealing with e-commerce at all? Because e-commerce is obviously a driver of the European economy. The figures are really quite astonishing. You see that in the times of crisis e-commerce has actually grown whilst brick-and-mortar commerce has stagnated in the crisis years and was going down, it is now stable. E-commerce has steadily grown in the whole European Union with growth rates of 10–20 percent. There is real growth potential in e-commerce but it is not equally distributed in all member states.

Poland is doing fairly well, Poland is amongst the middle countries, if I can say so, when it comes to internet purchases overall. It's doing reasonably better than southern European countries but is not one of the front-runners when it comes to electronic commerce overall.

But what is important about these figures is that there is a big discrepancy between what people do in their own country at home in terms of e-commerce and what people do when they want to shop abroad. 50 percent of all consumers actually do e-shopping. 50 percent of all consumers that do e-commerce do shop in their own home country but when it comes to cross-border sales in the European Union it is only 15 percent. That is obviously something, from an internal market perspective which, given the growth potential e-commerce has, and especially the market integration potential e-commerce has in the European Union, it is of some concern to the Commission and this has been spotted by our political leaders and by President Juncker.

The second priority of this Commission, the Juncker Commission, is to boost the digital single market and e-commerce is obviously one of the

pillars of boosting a digital single market. So the commission, as you know, has launched a strategy, a digital single market strategy in May of this year. This aims at many barriers of e-commerce. We know that many barriers to e-commerce are actually not related to competition law at all. It has to do with language barriers that companies face and consumers face when they want to shop across borders. It has to do with the VAT rules that are in place in the European Union, it has to do with a fragmented copyright regime, that we have basically 28 national copyright regimes and not one common European copyright regime. It has to do with geo-blocking that is sometimes caused by contracts between companies but many times also caused by unilateral actions by companies who simply don't want to sell cross border.

So all of these things are part of the strategy which the Commission is going to address in the coming years and the agenda is actually very rich and it is very ambitious. The copyright reform for instance, or the first part of the copyright reform should be in place at least in terms of a proposal by the Commission by the end of this year. Legislative initiatives for geo-blocking have been promised for next year by the Commission that will mainly address those issues which cannot be addressed by competition law. The VAT rules will be investigated by our colleagues at DG Taxud, so there is a lot of strands that are underway in order to make the digital single market work better and that's where the second inquiry comes in.

The question is: what can competition law enforcement and competition law policy do in this area? The second inquiry is primarily a fact-finding exercise because before we can take any policy actions we need to get all the facts right, we need to find out how e-commerce markets work, and as Guillaume Lorient mentioned before, these markets evolve quickly.

I have shown you the trends. A lot of business models have come under pressure. One of the reactions of companies in the market is obviously to revert to, well not obviously, but as we see it, to revert to digital restraints, so we kind of see a renaissance of vertical restraints in online markets and that is something we want to get to the bottom of with our sector inquiry, we have launched a sector inquiry to all EU member states, it is a very large exercise, Guillaume has mentioned it. We have already send out more than 2,000 questionnaires and they are not going to be the last questionnaires that we will send so for those lawyers in the room, there will be more work to be done on this sector inquiry unfortunately, but it is for a good cause, I think. Because it's very important that the Commission gets it right and that from the data that we gather from this sector inquiry we can draw the right policy conclusions.

As you all know the sector inquiry is a specific tool that we have in our tool box when we do not have specific allegations against companies but have a general indication that there could be problems in certain markets. We can launch these kinds of sector inquiries. We do not do it very often because it is very resource intensive and it takes quite some time to question companies across the EU. We have done it in the past as you know as well in the pharma sector and the energy sector. These were two different animals, in the pharma sector it was a rather concentrated market, around a hundred companies that we questioned and we also went for inspections right away. Obviously in this sector inquiry, otherwise we would not be talking about it there will not be any inspections soon.

In energy, for instance, that investigation was a lot larger, it was about 2,000 companies that we investigated here. I fear for my team that it is going to be even larger than the energy sector inquiry because the e-commerce sector is just vast and there are so many companies in the EU that participate in e-commerce, that this is going to be a very large exercise. Obviously when we start such an exercise we do not do it into the blue so we have some indications from studies that have been conducted where the Commission set up its digital single market strategy about possible restrictions that we should be looking into.

As I have said before, one of the main topics of this sector inquiry is obviously in view of the overall context that it is placed in to look into potential territory restrictions. So whether what Guillaume has mentioned this morning with the *Peugeot* case now appears in the guise of passive sales restrictions in e-commerce. So you can see the figures, the figures are actually very interesting. The last figure on geo-blocking or redirection is probably underestimating the problem as such because many people when they are confronted with geo-blocking do not actually know what has happened to them when they face a wall.

Basically you might have seen it yourself. When you try to access a website across a border, sometimes it is just inaccessible to you, or the purchase becomes impossible when you go through the different steps of purchasing your credit card might be blocked when you put in your address, then you might not be able to buy anything.

What kind of products are we targeting in this sector inquiry? Obviously we had to make some choices because the sectors are large and huge. This is just an overview of the main products that are currently sold online. I guess it comes as no surprise that clothing and shoes is a top category of products sold online and then comes travel and accommodation and then other interesting areas are obviously the digital content area, which is

obviously one of the main drivers of e-commerce in the European Union including all sorts of electronics. So, in essence these are the main sectors we focus on. The clothing sector, the shoes sector, the sporting goods sector, the electronics sector and the digital content sector.

So we basically divided the sector inquiry into two big groups of investigations. One deals with digital content and the other group deals with goods. What we are doing is targeting in the first round as we speak, we first go to the retailers both on the digital content distribution side. And on the side of physical goods distribution we have sent out, as I have said, more than 2,000 questionnaires in the European Union. And as I have said around 100 questionnaires have gone to Polish companies.

We also target middlemen, basically, namely the market places because they are quite important nowadays in e-commerce places like E-Bay or Amazon which provide platforms for especially many smaller, that have become active in e-commerce through a platform system that provides you with all the fulfillment systems that you need instead of setting up your own e-commerce business from scratch. So market places become much more important in e-commerce than before. Price comparison tools are obviously an entry gate, a kind of advertising tool that many e-commerce players use nowadays and we have seen restrictions in cases with national competition authorities, where suppliers tried to restrict companies from advertising through price comparison sites and also selling through online platforms.

Again the main focus is cross-border restrictions, so, a case I do not have to recall, you know that the court has found in the *Pierre Fabre* case, that de facto bans of selling online amount to a by object restriction but the court has really made very clear in this case that even in cases of by object restrictions there is Article 101(3) defense, something we have not discussed in the previous panel but is worth mentioning. It is very clear in this judgment that even if there is a passive sales restriction, therefore a by object restriction of sales as was the case of *Pierre Fabre*, the court was very adamant about saying but you could still justify that under Article 101(3). So even in object cases there is a way of justifying your behavior.

So overall the questions that we are looking into, an many of the issues actually have already been discussed, when you discussed the old-fashioned way of doing business but it is not so new in the internet world. You find pricing agreements as well, probably in a different form because transparency obviously in the Internet kicks in and therefore might be a lot easier to actually police your RPM online than it is offline because you know what your competitors are charging. So that might be a new twist to RPM cases.

MFNs, we have discussed them, as I said marketplace bans some competition authorities have been very active in pursuing bans of suppliers imposed on distributors selling in online marketplaces. What the approach we are taking in the sector inquiry is that before we draw any conclusion on the potential effect of these bans on the market, we want to know what is going on, how many companies are using these bans, in which sectors they are more prevalent than in others. So we first need to do the fact finding before we can come to definitive conclusions on that.

As I said limitations on cross-border transactions, relatively straightforward stuff in terms of competition law analysis, but it comes in a new guise. As I said geo-blocking for instance is something that is a lot easier online than it is off-line. Because to prevent somebody from travelling from the Netherlands to France and buying there is obviously more difficult than to not give them access to a French webpage when they want to access one from the Netherlands. There's various means of introducing barriers which are more easily introduced in the online world than in the offline world.

So market fragmentation has, in a sense, become easier online because the technical tools that companies have in their toolbox are a lot better than before because it is a lot simpler just to not provide access to somebody to a foreign webpage than not to sell him anything when he enters a shop. In essence we want to know what kind of distribution systems companies have set up also we will be able to figure out whether, for instance, selective distribution has become more popular recently than in the past because companies seem to think that this is an effective way of choosing the right distribution channels for them. This is not to say that this type of distribution is bad. The Guidelines on Restraints Vertical take a very neutral approach to selective distribution systems. We are not going to question that, but we just want to know whether selective distribution has become more popular amongst companies nowadays, especially when it comes to online distribution.

But this is about goods and market places. When it comes to digital content the concern is slightly different, the concern is mainly a territorial one. And the *Murphy* case law is well known to all of you. The court has been relatively straightforward. *Murphy*, for those of you who do not know, is about the British pub landlord who bought a Greek decoder card, brought it back to the UK, so that she could show in her pub the premier league matches. The courts said that the contracts that prohibited her from using this card in the UK were actually there to partition the market. The court took a very tough stance on these contractual restrictions. That is something we are looking into in the pay T.V. investigations.

But the sector inquiry goes a lot further than that because the sector inquiry goes beyond pay T.V. and investigates also the music market and the sports market, something which is not at issue in this case and therefore tries to find out overall how much geo-blocking on the basis of copyright, I should not say on the basis of copyright, How much geo-blocking there is in contracts that relate to copyright protected material. That is, I think, the proper way to formulate it.

So we want to find out whether this leads to divergences in availability of content, price divergences, what kinds of techniques are used in order to grant access to copyright protected material across border. One of the critical questions obviously would be how the Murphy judgement that the court has rendered in the context of the satellite directive can then be deployed and used in the context of the Internet. So these are the issues that come up in the issue of content obviously the justification that the right holders might come up with will be investigated in the context of the sector inquiry.

Very briefly on timing, as I said it is a huge exercise so unfortunately it takes a bit of time to go through all the replies. So, we sent out the first round of requests for information this June, so we are getting the replies now. We will then try to draw up a report, which is preliminary, by mid-2016 and have to file a report by mid-2017. This is a very ambitious timetable given the size of the exercise, but in order to be relevant, I think it needs to be delivered timely. It should also have an influence on the debate that we are having here, concretely in the terms of vertical restraints and what to do with vertical restraints online.

Just to finish up briefly, if I may, what are the main goals of the sector inquiry? Why is the Commission running such a sector inquiry? First of all, as I said before, in order to make the right policy choices later on, I think we need to know how the markets function, how the markets work, what the problems are. Guillaume mentioned it this morning, the Commission has not been super active, if I can put it that way, in the terms of verticals in the last ten years. We need to gain knowledge, again, knowledge about how the markets work, to see the contracts, to see what companies on the ground are actually doing, what kinds of distribution systems they have set up. That is the primary task and the primary purpose of the sector inquiry.

Obviously there needs to be some follow-up. It is not a means in and of itself to do a sector inquiry. We have to think about how subsequent enforcement in terms of priority setting can actually help companies with those issues where there is legal uncertainty, where there are unclaritys about the legal framework, and therefore, I guess there will... It's obvious

that one cannot promise anything at this stage, but it is not unlikely that the Commission will prioritize e-commerce cases in terms of enforcement in the next couple of years to come as a follow-up to the sector inquiry.

Are we going to change the Guidelines or the legal framework? For the time being we have no intention to change them, but obviously if there's some specific issues where guidance might be needed, which relate to e-commerce and where the law or the Guidelines are not clear, there are means of doing this either through cases or by means of giving specific guidance. What we did, for instance, in motor vehicles, was we produced Q and A's for specific issues and that's something one can think about. For the time being, the Commission has not taken any position on what the concrete follow-up is, but I think we are willing to give concrete guidance if needed.

And last but not least, as I mentioned before, this inquiry also, though it is a competition law inquiry and is primarily based on competition law terms, and therefore is not necessarily related to the rest of the Commission's agenda on the digital single market strategy, obviously it will complement what the Commission is doing in other areas as it will provide data to the other areas where the Commission plans legislation. Such as, I said before, the geo-blocking initiative where the Commission plans legislation in the next year and also the copyright reform. So overall, it complements the legislative initiatives, or it should complement the legislative initiatives of the Commission and it shows that this Commission works differently than previous commissions because it works more closer together in terms of coordination between the services than probably previous commissions have done so the newer structure actually shows its results in terms of input. That was about it for a brief overview of the sector inquiry. I would be happy to answer any questions that you might have.

Nikodem Szadkowski

Thank you Thomas, the sector inquiry looks like a lot of work both for you and for the unfortunate undertakings, but let us hope we gain some insight into how this sector works.

José, the floor is yours.

José Rivas

Partner, Bird&Bird

Thank you Nikodem. Allow me a brief word of gratitude to UOKiK for inviting me to be here with you this afternoon, in particular, President Jasser for his kind invitation.

You may remember that last time I participated in a conference here we had a very lively discussion about rights of defence under Polish law and I was shocked to learn at the time, that you did not have the practice of a Statement of Objections under your national procedures. I since received a kind email from Mr Jasser telling me, as of the first of September, “*we have changed our policy and now we will have a statement of objections under Polish law*” – I am not sure we are going to achieve such a radical change with this conference. I feel a little bit like a round peg in a square box, or whatever is the correct English expression for it. I am not an enforcer. I am not a former enforcer. I am not an academic. I am a practitioner and, at most, I try to be an aficionado academic, unlike Ioannis Lianos, a proper academic.

I am going to cover two topics in this introduction and I will focus on these two. Firstly, Nikodem asked us to see whether we could ask ourselves the question: Does the current approach to pricing work for online? I am going to take you through what the current block exemptions (Commission’s Guidelines on Vertical Restraints) say on this point. I thought that the Commission Guidelines were an accurate summary of the existing case law, but after the discussion in the previous panel I am a little bit puzzled. So, I will briefly take you through that and then I would like to touch upon a topic that I think is going to become more relevant, an old-fashioned topic that is coming back, the distinction between commercial agency and distribution and the issue of pricing.

My second topic is the risk of fragmentation of the internal market with regard to implementation in the online world. And again, after the discussion of the previous panel, I think that this question is even more relevant than what I thought at the very beginning.

A typical situation in the online world is where the supplier is confronted with certain retailers that perform additional services (pre-sale services). These retailers have additional costs while other retailers (online retailers) do not have such costs. How can this be addressed, if at all? Well, one possibility is resale price maintenance and, despite what we have heard, we have this possibility in the existing Guidelines on Vertical Restraints (Paragraph 223). Obviously, from what we have heard in the previous panel, it is very difficult to try this route. You had better have a good lawyer to get you an Article 101(3) exemption under that the Guidelines. But the law and the case law is there. Efficiencies can always be pleaded and the Guidelines themselves recognise this type of situation.

The Guidelines also tell us that dual-pricing—charging a different price for the online channel and the offline channel is not permissible—but,

however, the Guidelines permit a way to support the online channel or the other channel (if it is the one that is advantaged) through a fixed fee. That is covered in paragraph 52(d) of the Guidelines. The possibility is there.

And finally, the Guidelines also tell us that the Article 101(3) allegation of efficiencies is possible in situations where the online sales increase the cost for the manufacturer—not for other distributors—but for the manufacturer. A typical situation is where because the online reseller does not have maintenance services, does not have installation services, customers may complain more to the supplier. In those situations the Guidelines tell us again, something Thomas mentioned—we heard very little in the previous panel about Article 101(3)—the Guidelines expressly say that the possibility of an individual exemption is there.

Obviously, there is a little point here, which is the burden of proof, the allegation of the breach of Article 101(1), corresponds to the party that makes it, normally the complainant or the agency. The allegation of the benefit of Article 101(3) corresponds to the party that wants to benefit from it. Having said that, this dichotomy or this balancing that we have in Europe—that the case law recognizes—to the best of my knowledge it has not disappeared, it remains. The case law is still perfectly valid on this point.

Moving on to the agency and the likely impact of the distinction—the traditional distinction—between commercial agency and distribution for the purposes of competition law, particularly in light of online sales. The basic legal point is relatively straightforward: A true commercial agent, one that does not assume risks in the transaction, according to our case law, is not subject to the Article 101(1) in its relationships with the principal. A distributor, a reseller, in principle is subject to Article 101(1). What does this mean? Well, it means, for example that resale price maintenance in agency—to some extent this is a contradiction—but it is perfectly possible. There is no restriction of Article 101(1). Resale price maintenance, in distribution, according to case law, in principle, is subject to Article 101(1).

Now, the difficulty is how this works in practice. In practice how do we tell for certain that the relationship is a commercial agency relationship? The Guidelines on this point summarise the case law. It depends on the assumption of the risks. If the agent assumes some risks, it will not be treated as an agent escaping. Now, my point on this is: Are the criteria in the existing Guidelines valid to classify agents in the online world? And, are the criteria in the existing Guidelines valid to classify agents in the case of content delivery.

Well, I have some doubts that the Guidelines are fully tuned or that when the criteria in the Guidelines were drafted, for those interested these

can be found in paragraph 16 of the Guidelines, they were designed, were thought through for the current online world, in particular the current world of online delivery of content- Music, films, etc. What about, for example, the cost of transport? What is the cost of transport in this world? It is one of the criteria under paragraph 16 of the Guidelines.

What about the platforms? Are we all certain that they operate as distributors? Do they buy to resell? Well, to me many of these platforms only put in contact a principal and a buyer. If that's true there is no assumption of risk. I am not sure that Article 101(1) would apply and I am not sure that enough attention has been paid to this.

Just one last point. The Guidelines tell us that even if one gets wrong this assumption of risk, and one believes that the agent is a true agent, well, there is a way to escape any resale price maintenance accusation if the agent can use its commission to reduce the final price by the user (by the buyer) provided it does not detract the amount of money that the principal gets. It seems to me, I do not know, Thomas, whether this is going to come up in your inquiry, maybe I am making a terrible mistake here. But I would predict these types of issues in the online world are likely to resurface. I have taken my crystal ball and I may be mistaken, but it seems to me and from what I see in my daily practice, that these types of issues still are not fully fledged. They are not fully decided.

Let me now move quickly to the second topic, the risk of fragmentation of the internal market in the enforcement of competition law in the online world. Let me give you my take of what has happened in the last 10/15 years. The current Guidelines on Vertical Restraints are of 2010, the previous ones are of 2000, and those Guidelines already had a paragraph on online and sales through the Internet. Well, we have heard in the previous panel what has happened in the last few years. The Commission adopted the Guidelines, summarised the case law according to their best understanding of that case law, but the Commission did not enforce in verticals. What we have then is that the national competition authorities have been enforcing in individual cases.

And this is my point because the question I am putting on the table, and I would like you to think about is this: Is this coordination working? Is the Regulation 1/2003 working properly on this point? The question turns on whether there is a difference in attitudes between national competition authorities and the Commission on this point. And I will come to an example of a point where I think there is a clear difference. At the time Regulation 1/2003 was adopted the decentralisation with regard to enforcement, was understood on the grounds of the closer the enforcer to

specific situations in markets, in national markets, the better application of the law. If there are specific characteristics in a given market, there is nothing wrong in the fact that the national competition authority, taking into account and those specific situations and those specific characteristics, may reach a different conclusion.

However, if the difference is due to a different theory of harm between the national competition authority and the Commission, if the difference exists because one believes that a restriction by object is what the other believes is a restriction by effect, I submit we have a problem. I am not sure that decentralization was thought to deal with this type of situation.

Let me give you the words of Bruno Lasserre, the president of the French competition authority, as reported last week. He said that national regulators should approach the Commission earlier if there is a chance of divergent investigations.

I am surprised that he says national regulators only. What about companies? They are the victims of that difference. Are companies suffering by being the victim of this disparity in enforcement, if it exists? Being told what to do, how to go about it, what are their rights? How can they also ring the bell at an earlier stage of the procedure? I am not sure enough attention is being paid to these adverse consequences, if there is a divergence in enforcement.

The new Director General for Competition, Mr. Johannes Laitenberger, in his first public speech on this issue, has been reported as addressing an issue that the panel did not pay much attention to before: Legal certainty. Where is legal certainty in this world of disparity or not fully aligned views? He said in that first speech as Director General: “*Businesses and consumers expect legal certainty, predictability and a uniform application of the law*”.

This is interesting. Let us not forget that there is only one EU competition law. We are talking about the same Articles (101 and 102). How can there be discrepancies? Its application should not vary from authority to the next.

I said I would use a practical case to illustrate disparities or differences in analysis. Ioannis Lianos is going to explain in more detail the subject matter of the case which is most the favoured nation clause or price parity clause. I am talking out the *booking.com* case that some of you may have heard of. It has been and is being decided by various national competition authorities in the last year and a half. Luc Peppercorn explained the economic issue behind these types of clauses. The point is relatively simple: If a platform which has a strong presence in the market or if most platforms in the market adopt or impose a most favoured nation clause on the sup-

pliers vis-à-vis its competitors (e.g. you cannot offer a better price to my competitor, if you do you have to give the same preferential treatment to me) well, as Luc explained, one of the issues is “*how could a more efficient competitor enter the market?*”. As soon as a competitor tries to enter the market—either because it is more competitive or because it has a technological advantage—it can obtain a better price that will not materialise because those better prices will not be offered to other competitors.

Well, let us assume that there is already a disparity on what is a restriction by object and what is a restriction by effect. Well, depending on what our national competition authorities decide this may have very serious consequences. What we have seen is that these cases on *booking.com*, and I do not think that Poland has been involved or I may be mistaken...

José Rivas

The point is that this is a case that has happened in many, many Member States. We have Guidelines that deal with the relation between the Commission and the national competition authorities, and if I read those Guidelines, in essence, they say that in situations where more than four member states are impacted in a case, the Commission is the best well-placed authority. But in this case almost every single national competition authority has been involved and the case has not been taken on by the Commission. There may well be reasons for this but the point is that three Member States, France, Italy and Sweden, coordinated by the Commission—this is a new development, rather than taking the case it seems that there is a role for the Commission to coordinate those national authorities—have gone for a commitment decision (so as always in these types of decisions we do not have the full picture in the decision). But [these Member States under the Coordination of the Commission] have gone for permitting certain forms of price parity clauses. One national competition authority, the German national competition authority has not agreed and has taken a divergent view on this point.

I will finish with this comment: It is important that legal certainty is a perfectly valuable principle of the law. Presumptions in the legal world exist and there is nothing wrong with legal presumptions provided the economic analysis tells us in most of the cases, in these situations, there is a restriction of competition/there is consumer harm. There is nothing wrong with this and this is a perfectly valid instrument which should not put at risk the uniform implementation in our internal market. And with this I finish.

Thank you.

Nikodem Szadkowski

Thank you very much Jose for your thoughtful remarks, which should give us all food for thought.

Professor Ioannis Lianos

Director of Centre for Law, Economics and Society, University College London

Thank you very much for your invitation. What I will try to do in the next fifteen minutes or so, is to discuss some price-related online vertical restraints, and come back to something that Bill Kovacic, I was told, emphasized: the distinction between horizontal and vertical restraints, which I think is quite important in the way we think about these issues.

Competition authorities in Europe have already dealt with a number of online vertical restraints, such as (i) online sales bans or limitations, (ii) Across Platform Parity Agreements (APPAs), (iii) online RPM or RPM facilitating conduct, such as Minimum Advertised Price Agreements (MAPs) and dual pricing restrictions, and (iv) Geographic Price Discrimination (GPD). The variety of approaches followed cannot be examined in depth here, but we will furtively explore some practices that gave rise to divergence of view among NCAs and national courts.

With regard to online RPM, this is certainly a hardcore restriction under Article 4(a) of Regulation 330/2010 although there are still some limited possibilities for justification under Article 101(3), which basically relate to the promotion of a new brand-new market and a coordinated, short term low price campaign in a franchise system.

Now if we compare this quite restrictive regime to the other hardcore vertical restriction, absolute territorial protection, there we have possibilities of justification which are listed under paragraphs 61 and 62 of the Guidelines, this time in the context of Article 101(1). The major distinction between Articles 101(1) and Article 101(3) is the burden of proof. The plaintiff bears the burden of proof for Article 101(1), while the defendant for Article 101(3). There is economic literature, in particular by Patrick Rey and Thibault Vergé, which basically considers that RPM might have more negative effects than absolute territorial protection in certain cases, but I think this is something to maybe discuss later.

There are various ways in which vertical restraints may be used to facilitate RPM conduct. The EU Vertical restraints guidelines list vertical restraints that may be used to indirectly facilitate RPM: fixing the retail margin, fixing the maximum discount a retailer can offer from a prescribed price

level, making the grant of rebates or reimbursement of promotional costs conditional on the maintenance of a particular price level, and linking the prescribed resale price to competitors' resale prices (retail APPAs/MFCs). In addition, "threats, intimidation, warning, penalties, delays or suspension of deliveries if a given price level is not observed" can also induce a retailer to maintain a particular resale price. Such indirect price fixing can be made more effective in facilitating RPM if there are also monitoring mechanisms in place that help to identify price-cutting distributors. Measures that reduce a retailer's incentives to discount prices, such as the supplier printing a recommended resale price on a product or the supplier obliging the buyer to apply an MFC clause can also enhance the effectiveness of indirect uses of vertical restraints as a way of facilitating RPM (Vertical restraints guidelines, para. 48). According to the Commission, "the same indirect means and the same 'supportive' measures can be used to make maximum or recommended prices work as RPM". The horizontal effect of these facilitating practices may be more pronounced in an online environment, because of the higher transparency and the information dissemination in the online economy. However, one needs to be cautious and not rush in conclusions that a facilitating practice constitutes an RPM. As the Commission notes, "the use of a particular supportive measure or the provision of a list of recommended prices or maximum prices by the supplier to the buyer is not considered in itself as leading to RPM"

For Internet Minimum Advertised Price (iMAP) restrictions, although I have not seen any particular discussion in the Guidelines, one could think that if we look to paragraph 48, which concerns the concept of collusion, they might be perceived as important in order to facilitate RPM. An iMAP may reduce intra-brand competition between online and offline sellers in circumstances where an online retailer cannot engage in customer negotiations as readily as offline retailers. Exclusion at the supplier level may arise if the conduct guarantees a retail margin that makes a retailer less willing to stock a rival supplier's product. Foreclosure of downstream distribution channels in this manner may reduce inter-brand competition between suppliers. Exclusion at the retail level may also occur if a supplier is induced to adopt an indirect price maintenance scheme that reduces discounting retailers' ability to compete. Offline retailers may have an incentive to try to induce suppliers to implement MAP policies, refuse to supply or otherwise discriminate against discounting online retailers. At the same time, the Internet "greatly lowers the cost of disseminating 'catalogs' to those consumers who are likely to buy particular products", thus may be providing more incentives for manufacturers, but also competing reta-

ilers, to initiate RPMs. Furthermore, “the ease of price comparison on the Internet increases the free rider problem, making RPM a desirable tool for some manufacturers seeking to control their brand image and protect their distribution networks”, but it also “makes it easier to enforce retail cartels because it makes price-cutting more obvious” and increases the “risk of horizontal effects from RPM when a manufacturer vertically integrates online, leading to its setting the price for its competitors”.

The OFT (UK Competition Market Authority’s predecessor) examined iMAP policies in the mobility scooters case (2013) where it found that a manufacturer and several retailers of Roma-branded mobility scooters had infringed Chapter I CA 98 by entering into vertical agreements prohibiting some retailers from advertising prices online for certain mobility scooters and prohibiting online sales by certain retailers. In a separate investigation in the same sector (2014), the OFT found that a manufacturer and several retailers of certain Pride-branded mobility scooters had infringed the CA 98 by entering into vertical agreements that prohibited the advertising of prices below the Recommended Retail Price (RRP) set by Pride. The OFT considered that the use of iMAPs can soften intra-brand competition, reduce discounting and raise prices to consumers. In addition, the use of iMAPs may reduce price transparency and significantly increased consumers’ search costs. This was of particular concern in this case as consumers of mobility scooters typically incur high search costs due to their particular circumstances and are therefore less able to shop around by physically visiting various retail premises. The OFT was particularly concerned that a prohibition on price advertising and a prohibition on online sales, in the context of a selective distribution system (where intra-brand competition was already weak) undermined the benefits brought about by the internet. According to the OFT, “having the freedom to advertise retail prices on the internet can intensify price competition between retailers and enable consumers to obtain better value for money”. The prohibitions were also liable to disproportionately impact on potentially more vulnerable consumers that are often first-time buyers and place them at a particular disadvantage. The OFT also considered the differential between Pride’s RRP’s and retailers’ actual selling prices, in particular where they did not comply with Pride’s requests and/or instructions and/or did not fully respect the agreement, and found that the online prices advertised for certain Pride mobility scooters were significantly below Pride’s RRP’s.

Dual pricing is also something that might be considered anti-competitive by object according to the Guidelines of the Commission under paragraph 52(d). However, there is the possibility of justification according to para-

graph 64 of the Guidelines, also, again, in the context of Article 101(3). So, the burden of proof is on the defendant. Now there is, quite interestingly, and a little bit following what Jose mentioned before, some difference at least as far as my understanding goes between the position followed by national courts in various Member States. Some Member states accept that dual pricing restrictions may be justified because the offline commerce has kind of an added value differential that might be compensated through a dual pricing system. Other Member States take a different position.

In 2009, the Dutch Authority for Consumers and Markets (ACM) decided that dual pricing should not be prohibited in the absence of a dominant position. Furthermore, Dutch courts have ruled that the Block Exemption Regulation covers the issuance of dissimilar supply conditions from a producer to on-line retailers compared to retailers using traditional channels of distribution, but have also noted that this approval is conditional to the existence of an added value differential between the two channels, in this case the value differential being the display of the products, the personal advice given by trained personnel, and the installation of the equipment. To the extent that the offline distribution channel yields greater value, the supplier has a proper incentive to apply better conditions to traditional shops so as to encourage sales through this channel and to employ dual pricing in order to increase the retail margin for brick and mortar stores.

The German competition authority took a more restrictive position to dual pricing. In 2013, the BKartA initiated proceedings against Bosch after some dealers alleged that Bosch applied a rebate system which put dealers who sold household appliances in both physical and online stores (omni-channel retailing) at a disadvantage as an increase in turnover generated online led to a decrease in the total rebates received. The rebate system therefore created incentives for dealers to limit their online sales and as a result, competition through online sales was reduced. The BKartA considered the rebate system to be anticompetitive dual pricing, constituting a restriction of competition by object according to Article 101 TFEU and the equivalent provision in German competition law. It also found that dual pricing does not entail any efficiency benefits and that, in any case, there were less drastic ways of covering the higher costs of offline sales. Bosch informed the BKartA that it would put in place a new rebates system according to which similar rebates can be obtained for sales in offline shops and for online sales.

The French competition authority examined this issue in its Opinion No 12-A-20 of 18 September 2012 on e-commerce where it seems to accept that the existence of a difference in remuneration for the same brick &

mortar distributor depending on whether the sale occurs in a physical store or online constitutes a hardcore restriction according to the VBER but may nevertheless be justified with respect to an individual exemption under Article 101(3) TFEU or the equivalent provision of national competition law. In particular, the French competition authority accepts that, when a distribution service can only be provided in store, it may be justifiable for its remuneration to be based on the turnover realised exclusively in the store(s). Yet, such restrictions may not unjustifiably reduce the competitive pressure exerted by on-line retailers on traditional retailers.

The OFT had also examined dual pricing clauses in its investigation in 2006 against the discount scheme offered by Yamaha. Yamaha offered discounts to distributors specifically rewarding face-to-face sales of high-end electronic pianos and keyboards, the level of the discounts depending on the ratio of face-to-face sales v. distance sales (including Internet sales). The OFT found that the discount scheme restricted Internet sales and that it acted as a price stabilizing measure targeted at retail discounters. Yamaha took the decision to withdraw the scheme and the OFT closed the investigation.

For parity clauses or Most Favoured Customer (MFC) clauses, I am not going to discuss this issue very thoroughly but generally we have the feeling that there's also a little bit of a difference there as well. One may distinguish between wide and narrow MFN/MFC (parity clauses). The wide ones basically require suppliers to charge a price across all platforms, while the narrow ones discipline the relation between the platform and the hotel in this particular context. Now, it seems that the wide ones are definitely anti-competitive, for the narrow ones there is some discussion and some divergence it seems between Member states.

The CMA's recent report on Private Motor Insurance, published in September 2014, which summarises well the state of the law in the UK. The report addresses the lawfulness of MFCs included in agreements between private motor insurance providers and care insurance price comparison websites (PCW), whereby they agree that the private insurance policy offered by the insurer through the PCW will not be sold at a lower price on other PCWs. PCWs are not wholesalers of insurance but intermediaries, 'matching' two sets of customers (PMI providers and retail consumers), aiming to attract both sides to their platforms. The retail price to consumers is set by the PMI providers (agency model of retail MFC). The CMA further observed that competition is occurring at both sides of the platform and that PCWs appeared to enjoy a significant degree of market power against PMI providers as their consumers mostly practices 'single-

-homing', that is a consumer uses a single PCW to compare policy prices and does not compare prices across several PCWs for a given transaction. It was noted in the final report that PCWs have become an increasingly important sales channel for PMI, accounting for 55–65% of all new business sales. The CMA distinguished between narrow MFC, where an insurer and a PCW agreed that the insurer would not offer the same policy at a lower price on its own website as it offered through the PWC, which the CMA considered were unlikely to give rise to anti-competitive effects and which it found necessary to ensure the viability of PCW's by preventing free riding on PCW's retail services and protecting their reputation as a low-cost supplier, and wide-MFC, which are likely to have an anti-competitive effect both in the PMI and the PCW markets. Indeed, a wide-MFC closes any possibility the customer has to purchase the same PMI policy more cheaply from another PMI provider. The CMA considered that wide-MFCs softened competition between PCWs, reduce the incentives for incumbents and entrants to innovate and lead to an increase of commission fees and policy premiums. The CMA also concluded that wide-MFCs were not necessary, as in their absence, there was little danger of free-riding from other PCWs. The CMA prohibited wide-MFCs for imposing a significant detriment to consumers, as well as any other equivalent behaviours, for example threatening to delist a PMI provider if it offered PMI policies more cheaply on other PCW.

In the context of the European Competition Network (ECN), the European Commission coordinated the investigations launched by the French, Italian and Swedish competition authorities against HRS, which were jointly appointed by the ECN to lead the European national proceedings regarding MFCs. Booking.com offered to these three competition authorities a package of commitments for the entire European Economic Area. Following Booking.com's commitment, Expedia also announced that it would waive its rate availability and MFC clauses in contracts with hotels in Europe for the next five years. The commitments remove the MFC clauses from its contracts with hotels that concern parity with third party booking services, as well as those requiring parity with hotel's direct sales. Hotels may consequently freely apply lower prices and/or better commercial conditions on platforms in competition with Booking.com and allocate them larger quotas of rooms. They may also offer prices at a lower rate than those displayed on the Booking.com website via their offline sales channels (on-site bookings, by telephone, fax, email, instant messaging, physical sales). Lower discounts than those displayed on the Booking.com website may also be offered to customers who are members of loyalty programmes,

thus substantially increasing the hotels' margin for maneuver. These commitments are undertaken for 5 years, coming into force from 1 July 2015. According to the French Competition Authority, these commitments should "provide an impetus to competition between Booking.com and competing OTAs, allowing the commissions levied on the hotels to fall", they also provide hotels "some countervailing power by considerably improving their commercial and pricing freedom", while maintaining "at the same time the OTAs' [...] economic model which provides consumers with powerful research and comparison services". The French Competition Authority's decision has been appealed to the Paris Court of Appeal. Investigations against Booking.com's and Expedia's MFC clauses are however still ongoing in few EEA Member States, notably in Germany, showing that there might be divergence as to the qualification of MFC clauses, which may eventually be dealt by the Court of Justice through the preliminary reference procedure once a national court decides to use this procedure. Other actors than the EU courts may also get involved. Indeed, France has also taken legislative action in this area by enacting a law on August, 6th, 2015, which declares illegal and unenforceable price parity clauses regarding contracts between hotels and OTAs, irrespective of the channel concerned, offline or online.

Investigations on MFCs have also been launched against Amazon's price parity policy applicable to third party sellers trading on Amazon's "Marketplace" retail platform, both in the UK and Germany. The price parity clauses prohibited sellers from selling products which they offer on Amazon more cheaply on any other online sales channel. Both the German Bundeskartellamt and the OFT found that these clauses rendered difficult for other internet marketplaces to compete with Amazon and for new platforms entering the market to reach a large number of customers. The MFCs were also found to soften competition between Amazon and other internet marketplace operators, leading to increased seller fees and generally higher retail prices with insufficient countervailing benefits, to the detriment of consumers. The German Bundeskartellamt considered that the price parity clauses were a horizontal, price-related agreement between competitors as Amazon and the third party sellers using its Marketplace compete to sell their products to the same group of customers on the same level of trade. This was found to affect the pricing policy of the third party sellers on the Marketplace as well as on their own homepages (wide-retail MFC). Amazon abandoned the price parity clauses for its Marketplace across the EU in 2013, and changed its general terms and conditions for some of the sellers. In order to convince the UK and German competition authorities that contractual conditions would change for all sellers, and

that Amazon would not revert to its previous business practices, Amazon took several further measures to reassure the authorities to close formally their respective cases.

The European Commission has recently opened an investigation against Amazon's price parity policies in the distribution of e-books (2015). The Commission is concerned about clauses included in Amazon's contracts with publishers, requiring the publishers to inform Amazon about more favourable or alternative terms offered to Amazon's competitors and/or offer Amazon similar terms and conditions than to its competitors, or through other means ensure that Amazon is offered terms at least as good as those for its competitors. These clauses may shield Amazon from competition from other e-book distributors, limiting intra-brand competition to the detriment of consumers. This is not the first time that the Commission dealt with MFC clauses in e-books, as it had the chance to examine conduct involving Apple's agreements with five major publishers in the *e-books* investigation. The final commitments included, as regards the four publishers, a price MFC ban and, as regards Apple, a retail price MFC ban

One could remark the same divergence with regard to online sales prohibitions and limitations. We are aware of course of the case of the Court of Justice and *Pierre Fabre* which found that an online restriction of online sales is basically a restriction by object, although it opened two possible doors for justification. First, the properties of the products at issue and, secondly, an individual exemption. However, if we look to the nature of the products, basically the court was pretty clear to refuse the fact that, for instance, the supplier might want to use these restraints in order to maintain a prestigious image. That was not considered a legitimate aim for restricting competition and it seems that the objective justifications to which the court referred are basically limited to the instances in which on-line sales are totally inadequate, given the nature of the product, because, for instance, they may be dangerous for consumers (e.g. prescription medicines).

So if we look a little bit to the case law of the Paris Court of appeal following the Court of Justice ruling in the *Pierre Fabre* case, the national judge confirmed that the prohibition of online sales in this case was an object restriction and although it recognised that Pierre Fabre had a 20% market share and there was quite lively inter-brand competition, it felt that preventing consumers from buying on the internet would limit their ability to shop in more distant geographic areas and compare prices, thus reducing intra-brand competition. Therefore, they rejected the request for an individual exemption, thinking that this complete ban was basically not indispensable to achieve these efficiencies. The Paris Court of appeal took

a slightly different position in the *Bang and Olufsen* case, where basically they accepted that in certain situations this type of ban might be possible under Article 101(3) for complex products. And this is something that was accepted by the way, by the Belgian Liege Court of Appeal and the Belgian Court of Cassation in the *Makro v Beauté Prestige*, a pre-Vertical Block Exemption Regulation 2010 case, where actually they found that the nature of the products, in this context luxury perfumes and cosmetics, required some personal expert guidance and, therefore, some restrictions were possible.

The German Authority and courts, seem to me, take a more restrictive approach with regards to this type of justification. I am thinking of the *ASICS* case of the German competition authority or the *Adidas* case, although the Bundeskartellamt in the *Adidas* case did consider whether the ban was necessary in order to protect the image of the Adidas brand. So it was acknowledged by the Bundeskartellamt that the need to protect the image of the trademark might be a legitimate consideration. However, it did not justify in this context a ban on the use of third-party platforms because basically it could not be assumed that these platforms could harm the trademark's image.

Of course, there have been other cases like the *CIBA Vision* of the Bundeskartellamt or the *Casio* case of the German regional court where these aspects were discussed. So we see somehow a difference of perception maybe with regards to the possibility of applying Article 101(3), between national competition authorities with regards to certain types of vertical online restrictions.

To move into the distinction between online and offline: Is there any specificity with online with regards to offline? With regards to pro-competitive narratives, I would say we can basically use the same we use for restrictions concerning offline commerce, for instance the classic free-riding rationale for vertical restraints. Although here you might have the actual platforms that might enter in the picture, in the sense that you might want to protect offline stores from free-riding of online platforms on brand image and quality certification, informational asymmetries and demand uncertainties so all this is basically pretty well known you might have some additional arguments for these pro-competitive narratives—for instance regarding free riding. However, free-riding might also work in the opposite direction, offline retailers might free-ride on online retailers. For instance, you do a lot of research for a particular product on the Internet and then after you have looked at all these different websites you go and buy this product from a brick-and-mortar store.

If we look a little bit now to the negative effects of online vertical restrictions we still have the same type of anti-competitive narratives than offline commerce, such as downstream foreclosure, upstream foreclosure; and, very importantly, softening and dampening of competition as well as facilitation of collusion, of course. Which I think is quite important in this context because of this intermediation that occurs because suppliers are selling their products directly from the Internet so they are in direct competition with retailers. This might somehow lead to some horizontal type of collusion between them.

I think it is also very important to think about the cumulative effect of the use of certain types of vertical restrictions and when I think about cumulative effect I am not only thinking about the classic *Delimitis* one concerning exclusionary effects but I would say a collusive cumulative effect type of issue that one might see clearly in some of the paragraphs of the Guidelines on Vertical Restraints with regards to Article 101(3) as being a concern. And of course, we see more concentration happening in the retail sector because of the Internet, because it is quite an important cost to enter online retailing and from that perspective one might think that one might have more concentrated markets there with regards to retail, in addition of course to the network effects of electronic commerce.

My final slide was basically on the horizontal/vertical restraints continuum. In a way, if the major concern we have here—I mean, we have foreclosure, it is very important as well—the major concern for RPM or parity clauses is basically the collusion element or the dampening of competition element. I think we see some form of continuum happening. For instance, if you have clear evidence of a horizontal collusion, in this case you can probably go with the horizontal collusion characterisation. This is exactly what happened in the e-books case. Basically, the vertical aspects, the MFN of the agency agreements, were not found independently unlawful but were used as evidence to prove that Apple had orchestrated a conspiracy among the publishers. If you do not have direct evidence of collusion, you can basically use a hub and spoke collusion element, what some have named “the vertical expression of a horizontal desire” in a way, and this concept is something which has been used quite a lot in the different member states. These cartels are basically orchestrated either by retailers or suppliers through the mutual communications that they have with their particular supplier.

Then, one might think of distinguishing between wide MFN and narrow MFN and then when we think about wide MFN we might reintroduce this very old distinction, in the UK Restrictive Trade Practices Act of 1956 and

I think it was also the case in the Dutch Competition Act in 1964 between collective RPM and individual RPM. I would say collective RPM may lead to the same horizontal effects as wide parity clauses where the supplier is charging the same price across all platforms or there is a widespread use of RPM clauses by the various leading manufacturers. It is clear that because of this horizontal element, these clauses are more anticompetitive than narrow MFN and basically individual RPM, where a single manufacturer stipulates the sale price for his own products.

Hence, one may be justified to address the two issues differently. For instance, the narrow MFN or individual RPM could be possibly considered as an auxiliary restriction and addressed under Article 101(1), in particular, if we use a little bit of the economic and legal context element of the *Allianz Hungaria* case, possibly even re-characterize these clauses as restrictions by effect and investigate further only if the parties dispose of market power. One may also think of expanding the possibilities for justification for these clauses, but this is certainly something to think about.

Then of course, you may have the commercial agency situation when you cannot really have an agreement, so this is not really an issue. Unless, and this is the second part of the genuine commercial agency test, there is foreclosure or facilitation of collusion. In these circumstances, even genuine commercial agency agreements might be found to infringe Article 101(1). Finally, you can distinguish between a discussion of retail prices, which in general is ok, unless it basically hides some RPM and we might think of tests which might distinguish between these two instances and the discussion of wholesale prices in which case I think there is no real problem and it is basically a pretty much vertical case without any particular issues. So I think we see that there is a continuum somehow between horizontal and vertical restrictions, which basically highlights the importance of characterisation as horizontal or vertical and then as by object or by effect restriction. This is something a little bit artificial, depending on the available evidence. So I will stop here, thank you.

Nikodem Szadkowski

We are running out of time, so I will have to repress my autocratic instincts and refrain from asking questions. Instead, I would invite you to ask questions to the panelists. Please wait for the microphone to speak, identify yourself, and then ask your question. Alright, so I needlessly suppressed myself. Then perhaps I will have the opportunity to ask the questions I wanted to ask.

In very few words, what do you think of the current vertical restraints framework as applied to the Internet. Is it the case that it is perfect and accommodates any internet phenomenon, maybe with some teething problems at the moment, but it will be alright in 2 or 3 years and we will all know what to do. Or maybe, on the other hand, the Internet brings some unique challenges which simply cannot be accommodated within the current framework.

Thomas Kramler

I think to answer this question you have to first look into what in essence are the features of the e-commerce market are. And are they so different from normal brick-and-mortar markets. What one sees is obviously more transparency for everybody, more transparency in pricing, easier policing of types of restrictions like RPM, a tendency to a more concentrated retail market, than what one sees with the platforms. What one sees, as I mentioned before, is that territorial restrictions are easier to implement online than offline. I think that's clear. It's far easier technology-wise to implement these restrictions.

What one sees also is that the free-riding issue might become more prominent in online markets, though I agree with what Ioannis said, that it can actually go both ways, with free-riding it is not clear which way it really goes, from the offline to the online, or the other way around, so all of these things are specific features of online markets. But in essence it's not something that calls for a revolutionary different approach. I think the verticals guidelines are basically broad enough to capture all these concepts, so what we need to do in enforcement is to target our case law and target our enforcement to the specificities of the market, but I think we have the tools. The tools do not need to be changed.

José Rivas

I fully agree with what Thomas has just said. To start with, the articles of the Treaty have not changed and are not going to change. They have to be applied to this situation like to any other situation. What may have happened is that the Internet has made more evident issues that before may not have been evident. Take parallel trade: in the brick-and-mortar world I have to take a car, or a bus, cross the border, ... now it is a click away. So, is it different? Legally, I do not think it is different. What happens is that all of us are impacted, all of us have the opportunity, so in my opinion it has made all the issues more evident, that would be my guess.

Professor Ioannis Lianos

I will agree. As the title of the presentation indicated, it is basically trying to put new wine in old bottles. I think maybe there are some differences. First I think that because of the internal market objective, and the digital EU market, etc., there is a lot of emphasis put by the Commission on online business, and the idea that, I would say, they are a little more protective of that. And of the role of retailers in that context, and the possibility of not having internet bans; it is a little bit more than they will do for offline, for brick-and-mortar stores. The other thing is that we see online develops network effects, and basically a lot of transparencies as well, you might with the oligopolies, you might basically have more important concerns with regard to collusive—not in the sense of collusion like lawyers think, like evidence of collusion—but a little bit like what Luc mentioned before, the dampening of competition in an oligolistic market structure. That might become more in this type of market. But I don't think the framework should change.

Nikodem Szadkowski

Thank you very much. I understand Luc wanted to comment.

Luc Peeperkorn

Yes, I do not want to monopolise the discussion, but I have some comments on what I heard. One is that José, you spoke about “dual-pricing”, which you explained as being different pricing through online versus offline retailers, while the essence of dual pricing is a supplier asking a different price to the same retailer depending on whether the latter sells the product online or offline.

You also put the question on the table whether the agency paragraphs of the Guidelines are still relevant for the online world. Of course we were aware, at the time, that the risk of stocking and the risk of transport may be less for e-goods, or may even be absent. But there is also the element of market-specific investments, and it is that element that I think makes the agency paragraphs still very much applicable to the online world. I mean, it is difficult to see, in let us say the e-books example, how you could think of Apple as an agent or Amazon as an agent of the publishers, because all the market-specific investments of Amazon and Apple are done by Amazon and Apple themselves on their own risk, and are not paid by the publishers.

There is another thing, which I saw in both Jose's and Ioannis' presentations, which is that you both gave the impression that it is unclear whether

retail MFNs, or price parity clauses as they are also called, are considered by object or by effect. I think, technically speaking, at the moment they are not in the hardcore list, and therefore they are considered by effect. Which I think is good, because it is a new type of restriction, and you want to first look at the effects and get experience. And that is also how all the different authorities until now have dealt with them. There may be a difference in what they finally allowed, whether they accepted the wide MFN, some accepted the narrow MFN, but I think that on the point of principle that these are restrictions by effect there was no difference.

Then, Ioannis, you said *Pierre Fabre* indicates that prestige is no legitimate objective. I think that is a too narrow reading of that judgment. What the court said is that protecting a product's image is not a reason to consider a restriction to be objectively justified and thus to fall outside Article 101(1). But it still may be very much an argument you may use under Article 101(3). So I think it is still an element and an argument that companies can use in their efficiency defence when they defend their individual agreement.

And lastly, the slide that you used. I am not so sure. That is the kind of classification that makes me think it has got too static. To use the example of the wide MFNs: until now they have been dealt with as by effect restrictions. Why is that? Because we have only seen a limited number of cases. If you think of the online travel or online hotel business, it is indeed difficult to see how one online travel agent, one platform, could benefit from or freeride on the investments of another. There are no cheap "no frills" platforms. What platforms invest in mainly is their name on Google. However, that does not mean that in other situations, in other markets, there are also no platform-specific investments on which free-riding can take place between platforms. Therefore a wide MFN may have an efficiency defence. So I think it is a bit too quick to put them into the box with collective RPM, and therefore hardly excusable. I think that is the type of classification which, in the end, leads not to the right type of analysis.

Nikodem Szadkowski

Thank you, Luc, for providing those remarks. Well, I officially pronounce this panel finished. Thank you very much.

William Kovacic

Non-Executive Director of the Competition and Markets Authority (CMA)

Closing remarks

One of the most important subjects of today's discussion is how enforcement agencies set priorities and allocate resources to achieve them. A competition agency's leadership somewhat resembles a stock broker who advises clients on how to invest their funds. For any possible investment, clients ask, "What is the rate of return?" Elected officials, in effect, ask competition agency leaders similar questions: "What is rate of return on public funds invested in your institution? What are you doing to maximise the rate of return for society?" These inquiries are hard to answer, but a competition agency should always ask itself how it can allocate resources to maximise the benefits for consumers.

If a competition agency has a range of object offences it could challenge, it should bring cases that have the largest return. Sometimes that return is measured in terms of actual economic impact; sometimes I would bring a case for the purpose of clarifying doctrine. A case involving lesser economic stakes can be valuable if it clarifies the legal principle and obtains deterrence by reminding business operators of the law's requirements.

The first panel started very well by asking what is the basis for setting priorities. What is the rate of return for my citizens? What specific factors might assist me in making those judgments in vertical restraints cases?

One prioritization screen is market power. Go back to the discussion of interbrand versus intrabrand restraints: if the firm is a dominant firm, and it imposes RPM, that is a matter of greater concern because there will not be interbrand competition to discipline prices. Take the extreme example of the single firm—100% market share. If it imposes RPM, there is no price competition downstream. If the producer has many competitors, there can be variations and strong competitive impulses. As a matter or

setting priorities, we should be more interested in the behaviour on the part of firms that have market power.

Second, to go to Chris's example about bicycles. We should be very concerned about vertical restraints where they are being imposed as a reaction to the emergence of a new business model -- where incumbents with an established model striking back, collectively in many instances. That is an excellent illustration of where vertical restraints enforcement can be useful. Sometimes vertical restraints enforcement can be closely related to horizontal restraints enforcement. In a number of instances, retailers whose existing model is endangered will approach an upstream supplier and say, "terminate your relationship with online dealers who are threatening us." Thus, the filter Chris suggested on the first panel makes an enormous amount of sense—spend resources to permit innovation to emerge where the incumbents otherwise are going to seek aggressively to resist the emergence of the new model.

I also liked the scenarios which Carsten described, especially the grocery retailing scenario. He mentioned there were strong vertical features in the horizontal price-setting arrangement. The Bundeskartellamt appears to have discovered that the vertical arrangements supported a producers' cartel. This relates to the careful examination of EU cartel decisions by Bob Marshall and Leslie Marx. In their book *The Economics of Collusion*, these researchers found that the vertical restraints sometimes do not exist in isolation. In a striking number of cartel cases, these restraints reinforced and supported horizontal collusion. This underscores the benefit to a competition agency, for current enforcement programs, of being aware of past experience as a guide for interpreting firm behaviour. I very much liked Carsten's example, which involved an episode of RPM linked to a horizontal cartel.

To sum up, if I am deciding which cases to bring, the three filters noted above have great appeal. A market power screen, the protective response of incumbents to innovation, or the cartel reinforcement scenario.

Luc raised a very interesting question about setting priorities: Does the process of prioritisation by agencies ultimately swallow up the substantive rule in the EU that treats RPM as an object offense? A restatement of Luc's caution goes like this: "If a national competition authority (NCA) frequently is using prioritisation to decline to challenge an object offence, it is time for DG Comp and the NCAs to have a further conversation about whether the rule is set in the right place." At some point, the process of prioritisation gives question to whether the rule itself has integrity. There is not much benefit to be had for a jurisdiction to preserve the façade of

a rule, but largely to ignore it in practice. The nominal rule and actual practice should be aligned. If the collective experience of the NCAs suggests that in a significant number of instances, RPM warrants a more nuanced analysis, perhaps it is time to reconsider the classification of RPM as an object offense. That seems to be a debate worth having.

As suggested above, the first panel's discussion of prioritisation raises basic issues about the structure and content of rules in competition law – specifically, is the rule governing RPM set in the right place? Under Section 1 of the Sherman Act, or Article 101 of the Treaty of Europe, do any truly conclusive presumptions survive today in the sense that the only relevant question is whether a specific form of behaviour took place? Under a conclusive presumption of illegality, the answer is “yes,” the inquiry ends, and the conduct is condemned.

In the United States, there was a conclusive presumption of illegality for RPM before the Supreme Court's decision in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). The US rule on RPM before *Leegin* was harsher than the European rule. At least in Europe, under Article 101(3) a defendant have the ability to offer justifications for RPM. As you know, the Article 101(3) gauntlet of necessary conditions is very foreboding. If the defendant cannot tick all four boxes, its justification efforts fail. In practice, the rebuttal opportunity provided by Article 101(3) is slippery and difficult terrain. At least in theory, the opportunity exists.

The technical issue that arose in *Leegin* was the defendant's effort to introduce expert economic testimony (provided by Professor Kenneth Elzinga) about justifications for an admitted instance of RPM. When the defendant offered Professor Elzinga to testify, the plaintiff stood up and objected. The judge asked why. The plaintiff responded that Professor Elzinga's testimony about justifications irrelevant. Under a rule that conclusively presumes RPM to be illegal, Professor Elzinga's evidence about justifications was no more relevant to the proceeding than, say, his views about the best flavour of ice cream. Because asserted justifications cannot overcome a conclusive presumption of illegality, the plaintiff asked the court to dismiss the expert economist.

In an Article 101(3) analysis in the EU, Ken Elzinga probably could have offered his justification evidence. Given the state of EU law, I doubt that Professor Elzinga's views would have made a difference. Nonetheless, in technical terms, his testimony would not have been deemed irrelevant. It is entirely possible that DG Comp and, maybe, the General Court would have given Professor Elzinga a cold cup of coffee, sent him out the door and said, in the style of television presenters in London, “Thank you very

much indeed for that.” As a matter of EU law, at least Ken Elzinga could have given his views about justifications.

In *Leegin*, the technical legal issue that the matter to the Supreme Court was whether Professor Elzinga should have been allowed to give his evidence on justifications? The Supreme Court ultimately said, “yes.” When we look at the characterisation process of the US and when we look at Article 101(3), I wonder whether we really have anything left that is, at least in technical form, a conclusive presumption of illegality for RPM. It seems to me that on both sides of the Atlantic defendants always get to put their justification evidence on the table. I acknowledge, again, that the rebuttal possibilities present in 101(3) far more often than not turn out to be a mirage – an illusory oasis toward which defendants crawl across the desert only to see their cases die in the dunes. In theory, the justification opportunities exist; in practice, they are unavailing because the conditions are so demanding.

Given the power of rebuttable presumptions to determine litigation outcomes, on what basis should competition law set presumptions? Craig and Luc had an extensive dialogue about the role of empirical judgments and administrability. In the first instance, presumptions usually are grounded in an assessment of past experience, which informs our view about whether the behaviour more likely than not, or far more likely than not, is going to be harmful.

Suppose we convened a panel of economists who submitted an amicus curiae brief before the Supreme Court in *Leegin* on behalf of the plaintiffs. These economists who wrote on behalf of the plaintiff did not argue for categorical prohibition; they argued for a rebuttable presumption of illegality. They admonished the court not to make minimum RPM legal *per se*. The pro-plaintiff economists in *Leegin* probably would challenge Luc’s interpretation of the modern economic learning about RPM. At the same time, they would not dispute Luc’s and Craig’s observation that the setting of legal presumptions requires an empirical judgment about the actual economic effects and a judgment about administrability – i.e., how difficult is the rule for agencies, courts, firms, and litigants to apply in practice. The proper basis for establishing and revising presumptions is a continuing examination of actual experience, jurisdiction by jurisdiction. Competition law is inherently evolutionary. It is hitched in crucial ways to economic learning, both theory and empirical work.

What is the role of the courts in formulating and adjusting presumptions? Nikodem’s panel focused, among other issues, upon the doctrinal fragmentation that can occur across jurisdictions and what such fragmenta-

tion means for the development of the digital economy. The panel raised the fascinating question of whether the emergence of a vibrant digital economy in Europe will require the development of coherent competition legal standards. What happens if Member State enforcement policy and court decisions yield interpretations with significant variations? In his comparison across individual Member States, Ioannis documents variations in national court decisions which, even with the possibility of references to the EU's highest courts, that could frustrate business planning and become significant obstacles to the growth of an integrated digital market.

The expansion of private rights of action, which decentralizes the prosecution of competition law offenses, also affects the definition of legal presumptions and the formulation of legal rules, generally. Among other consequences, private actions deny public competition authorities the exclusive role in determining the sequence of competition matters presented to the courts, and in framing the theories of liability for courts to consider. As private rights grow more robust, will European Commission and the NCAs and does the Commission rely more heavily on *amicus curiae* appearances in private cases to influence the development of doctrine -- to step forward to the courts and say, "we have a vision about what the rules should be, and we share that vision with you. You're not bound to follow our views, but this is what we think the rules should be, looking ahead." As Craig suggested, the federal antitrust authorities might have played an expanded *amicus curiae* role after *Leegin*, but they have not done so to date, though few RPM cases have been litigated in the federal courts since 2007.

Šarūnas recounted how the courts in Lithuania, even in object cases, appear to be pressing for more evidence of effects. With courts in other jurisdictions take the same path? With references to the European Court of Justice ultimately resolve variations that emerge in the Member States? Private rights arguable increase the possibilities for variation as parties present courts with a larger number of disputes and offer alternative interpretations of EU and Member State competition laws. As noted above, the expansion of private rights diminishes the gate keeping power of the public competition agencies. In an era of no or feeble private rights, the European Commission and the NCAs had considerable control over the sequencing of cases and, more generally, over the conversation with the courts over competition law.

Strong private rights change the menu and timing of matters presented to the courts. The private litigant does not ask, as a public competition agency might, "Is this the right time, in the interests of the competition law system, for such a case to come to the courts?" The private litigant marches in and says, I have got a case right now. It may be a bad case

that will make big law. Maybe it is a case that will apply pressure at the joints of existing doctrine. Again, with strong private rights, the EC and the NCAs no longer have the ability to control the queueing and the timing of cases. In such an environment, the *amicus curiae* role seems destined to expand for the sake of promoting coherence in legal standards across the European Union as a whole.

Today's discussions underscored the crucial role of policy research and development in the evolution of sound competition policy. In some ways, this is an Achilles' heel of competition agencies. Looking at the experience of competition law systems since the first experiment with national competition law in Canada in 1889, one of the hardest problems is dealing with technological dynamism. Rapid technological change alters markets in ways that force public agencies make difficult judgments, not only in merger control where agencies must predict what is going to happen, but also in nonmerger cases where dynamism complicates efforts to assess the significance of business behaviour.

Consider this example: How many of you even ten years ago said that the four horsemen of the information services market in 2015 would be Amazon, Apple, Google, and Facebook? How many of you bought Apple's stock in the late 1990s before the iPod, the iPhone, and the iPad? Which of us foresaw, as Peter Thiel did, that Mark Zuckerberg's idea for a social network would transform the information services sector? Had we foreseen these things, we would all be here solely by reason of intellectual curiosity, not by reason of any financial need.

Competition agencies face extraordinary challenges in anticipating what is going to come next and to account for change in the analysis of current business conduct. Market dynamism, in the form of new technology and business models, create severe knowledge deficits for competition agencies. One deficit is inadequate institutional knowledge about commercial developments. A second deficit involves the capacity of the teams of agency case handlers. To be proficient in these circumstances, a competition agency needs personnel special expertise, and it requires deep institutional knowledge to diagnose industry phenomena correctly and, where competitive problems appear, to select effective solutions. Where market change is rapid, the tasks of building and sustaining capacity are extraordinarily difficult.

In the face of commercial dynamism, competition agencies must decide how much to consume and how much to invest.¹ In this context, "con-

¹ William E. Kovacic & David A. Hyman, *Consume or Invest? What Do/Should Agency Leaders Maximize?*, 91 *Washington Law Review* 295 (2016).

sumption” is the prosecution of new cases or the issuance of new rules. “Investment” is the expenditure of resources to increase knowledge and otherwise to build capacity that makes an agency smarter when deciding which cases to bring in the future. There is a great tendency in competition law, and in other fields of economic regulation, to reward agency leadership for consumption. We chiefly measure competition agencies by how many companies they have sued and by the volume of fines they have recovered. These are the traditional measures of effectiveness. The eyes of academics and practitioners glaze over when an agency leader starts talking about investments in capacity. The preoccupation with case counts and fine totals discourages investments in getting smarter, in building the vital knowledge foundation. One of Thomas’s slides emphasizes the need for a competition agency to understand the sector it is examining. Such understanding is essential to knowing what is going on and to enable the agency to pick good cases and develop them well, to do good advocacy and make policy development choices in the future.

In discussing the DG Comp’s digital commerce sector inquiry, Guillaume and Thomas offered a wonderful example of the type of investment that improves policy making in the long run. You could not imagine a physician deciding to perform major surgery without a careful examination of the patient and preparatory tests. A competition agency likewise has an obligation to understand the patient before it undertakes surgery or other forms of intervention. The investment in building knowledge and capacity is a responsible and vital foundation for policy making. Is it difficult? Yes, for every reason that Thomas described before. It is very difficult. Are you always sure what you are going to come up with? No. Are you certain that you’re going to come up with something useful? You have an expectation that you will, but what makes this interesting, much like walking on a high wire, with no net, is that you are not really sure. You do not know that in advance.

From 2001 to 2004, I was the General Counsel of the U.S. Federal Trade Commission, and I saw the benefits of investment as a foundation for wise consumption. The FTC conducted public consultations and issued a report on barriers to electric commerce. The inquiry had extremely positive results and led to the loosening or elimination (through law enforcement and advocacy) of artificial barriers to electronic commerce in a diverse array of goods and services, including contact lenses, real estate transactions, and the sale of coffins across borders of the U.S. member states. The sale of myriad products and services, some profoundly complicated and others very simple, were transformed by electronic commerce. The FTC’s public

consultations and research inspired FTC law enforcement that successfully challenged private anticompetitive behaviour – often, concerted refusals to deal – orchestrated by incumbent suppliers and input providers to defeat entry by firms using a new business model.

Based on the public consultations and its own research, the FTC also undertook advocacy projects to oppose public restraints on e-commerce driven entry. One prominent example involved sales of wine over the internet. In an older time, if a consumer wanted to buy wine, she had to go to a bottle shop or grocery store. E-commerce made it possible to place orders from distant vineyards, who would ship the wine directly to the user's home. A number of member states enacted legislation which either prohibited internet transactions in which the wine was shipped directly across a member state border from the vintner to the consumer, or required the out-of-state vintner to establish a traditional distribution network within the destination state. These prohibitions typically did not apply to wine shipped to the user from a vineyard within the state. The asserted justification for the restriction on shipments from out-of-state was health and safety – especially to limit underage drinking. The health and safety justification poorly disguised the protectionist motivation to protect in-state vineyards from competition from out-of-state vineyards. The FTC's study found no evidence that the restrictions on direct shipments ordered through the internet reduced the dangers of underage drinking compared to states that imposed no such curbs.

Based on the e-commerce public consultations, the FTC did further research and issued report.² Among other findings, the FTC study found that showed that rates of underage drinking were no higher in jurisdictions that allowed the interstate shipments to take place than they were in states that limited internet transactions to sales from in-state vineyards. The FTC report soon had a major impact. A private litigant brought a lawsuit challenging a Michigan statute which barred the use of the internet to carry out interstate sales of wine. The plaintiff relied extensively on the FTC's report in arguing that the restriction violated the Commerce Clause, the provision of the U.S. Constitution that forbids barriers to economic integration across the U.S. states. In *Granholm v. Heald*, 544 U.S. 460 (2005), the Supreme Court agreed with the plaintiff that the Michigan law improperly restricted interstate commerce. In doing so, the Court repeatedly cited the FTC's report. The FTC's experience with the wine report also showed how

² Federal Trade Commission, Staff Report, *Possible Anticompetitive Barriers to E-Commerce: Wine* (July 2003).

advocacy well-grounded in research can be every bit as valuable as bringing a case. *Granholtm* was a private case, but the FTC study gave the Supreme Court confidence that protectionism, not health and safety, motivated the restrictions on internet transactions.

A final theme of today's proceedings dealt with institutional design. Competition systems have two basic ingredients. The first is an operating system of institutions; these are the structure of the agencies and the operational norms by which they do business. The second element consists of the "applications" that run on the systems. These are the analytical tools that the agency uses to analyse competition issues; in many instances, these analytical tools are published in the form of guidelines, such as guidelines on vertical restraints.

Upgrades are vital to the success of a competition system. It is important for competition agencies from time to time to go back and look at their basic architecture and ask, do we have the right platform to carry out our duties? This is what the Netherlands chose to do so boldly in redesigning its existing framework and creating the new Authority for Competition and Markets – a process that Chris guided as head of the new institution.

Successful agencies also seek continuous improvements to the applications, both the substantive methodology and the operational norms that determine how the agency functions. Several panellists (including Jose in the last session) commented on how Adam at the UOKIK reviewed his agency's custom of not issuing a statement of objections. There is no legal command in Poland that compels the UOKIK to issue an SO in the course of preparing a case, but Adam and his colleagues concluded that it was good practice to do so. In making this refinement, Adam carries on an admirable tradition of the Polish authority, established by former UOKIK heads who are here today, Anna Fornalczyk and Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel. From its earliest days, the UOKIK fostered a culture of seeking improvements on a regular basis.

Public agencies must adopt the same urgency as private firms to improve their own "products." No business would dare to sell a word processing package that was issued in 1995 and not altered since. On a regular basis, a competition agency must look at its inventory of products – for example, its guidelines – and ask how it could do better. Jose posed the question of whether it is time to revise the Guidelines on Vertical Restraints. Is the current policy well matched to the Guidelines? As markets evolve quickly, and theory and empirical commentary expand understanding of business practices, upgrades of the conceptual framework become ever more important

in maintaining the vitality of competition law. It is essential for competition agencies to ask whether they have the best possible institutional framework and the best applications to run on the institutions.

Our discussion today also considered, directly and indirectly, the consequences of having multiple decision-makers in a single policy domain. Policy coherence is a valuable characteristic for a competition system. It is the principle source of predictability that allows business managers to make accurate predictions about whether a proposed course of action satisfies the requirements of the law, and to avoid conduct that does not. At the same time that a system strives for coherence, there also is value in experimentation that fosters valuable policy adjustments. The EU member states provide a valuable source of experimentation by testing new approaches to policymaking.

There is a tension here between attaining coherence and also preserving flexibility within the EU for experimentation. Across the Member States, there is a commitment to apply the same basic framework of rules established under the Treaty, yet we also observe interesting variations. In his presentation Ioannis documented notable variations that occur across individual jurisdictions. Craig provided a similar snapshot of experience in the United States. In *Leegin* the highest Court in the United States changed the rule for minimum RPM from outright prohibition to a reasonableness standard. Nonetheless, several have said they will use their own antitrust laws to demand adherence to the rule that *Leegin* abandoned – per se illegality.

Carsten identified the challenges that a single agency can face in adjusting policy or articulating an agency-wide strategy. The structure of an agency can facilitate or resist such gestures. As Carsten pointed out, the Bundeskartellamt has twelve independent chambers, which enjoy considerable autonomy in deciding which cases to bring and how to resolve them. Years ago, I innocently asked Ulf Bøge, then the President of the Bundeskartellamt, years ago, “how do you set strategy for the Bundeskartellamt?”

He said, “I do not”.

I thought this was a language problem, and I restated the question: “How do you decide what to do every year for the agency?”

He said, “I do not. I do not have that authority. I cannot tell the chambers what to do. I can pick the heads of the chambers. I have some influence on the selection process. But by law and by experience, the chambers have great autonomy. I can persuade, I can offer suggestions, but I do not set the policy.”

So how does an agency articulate policy when its main operating units have autonomy, in a fundamental sense, to set their own policy? As Carsten described, the chambers of the Bundeskartellamt talk to each other, and common perspectives emerge among them over time. But notice how Carsten mentioned that the structure of the institution means that the head of the Bundeskartellamt cannot “state” the policy of his institution or “announce” policy changes so quickly or readily as counterparts in other competition authorities.

The attainment of a common voice is arguably more challenging when two or more agencies operate in the same policy domain. The two U.S. federal agencies – the Antitrust Division of the Department of Justice and the FTC – have largely overlapping competence. When was the last time they spoke together on issues related to vertical issues? Memory does not easily recall an instance. The last U.S. government guidelines on vertical mergers were issued in 1984. That was a long time ago in a galaxy far, far away. Since 2007, when the *Leegin* decision appeared, the two agencies have done nothing jointly to announce their future enforcement policy for RPM. This record compares poorly to the efforts taking place within the European Commission today to come up with coherent policy statements.

A larger theme that emerges from the deliberations of this conference is the importance of continuing improvement. Competition policy has an inherently evolutionary character, and it destined to change over time. The ongoing adjustment of doctrine and policy complicates business planning and the analysis, by agencies and firms, of current commercial phenomena. This evolutionary, dynamic quality not only makes the field interesting to its specialists, but it also provides needed vitality and enrichment that takes place over time because of the interaction between the social sciences and the body of law itself.

Competition law systems have a largely open-texture that promotes adaptation and change over time. In the face of economic dynamism, public agencies can be no less attentive to the need for upgrades than businesses. Their value to society will depend upon their capacity to improve institutional structure and operations. A system content with its existing configuration and operational methods will fall behind.

Newer competition agencies are better at embracing the need for continuous improvement than their older counterparts. Older systems are prone to suffer from some of the infirmities of older people – arthritic rigidity, a loss of memory, and resistance to reconsider long-established ways of

doing things. For an older and generally successful competition agency, there is a tendency to think that, by reason of longevity and experience, the agency has gotten things just right. With this state of mind comes a related habit of treating manifest imperfections as acceptable, immutable, and, at worst, quaint and faintly charming.

Newer agencies have displayed a lot more flexibility and adaptability to make changes. They come closer to achieving a virtuous cycle with three elements: experimentation, assessment, and refinement. An agency that does all three on a regular basis has the foundation to be a champion in this field.

II.
EKONOMIA OCHRONY KONKURENCJI
(ECONOMICS OF COMPETITION
PROTECTION)

Contents, summaries, key words and JEL numbers of the papers of the 2. part of the Conference

Jarosław Sroczyński,
Behavioural Economics as an Analytical Tool in Competition Law

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. “Rational undertaking” paradigm
- III. Application of behavioural analysis
 - 1. Attributions
 - 2. Heuristics
 - 3. Cognitive biases
- IV. Conclusions

Summary: The article poses the rather uncommon question about exactly which “economics” should be applied in the economic approach to competition law. The most commonly used methods are those of neoliberal economics, which can be explained by its long and preponderant influence upon antitrust analyses in the United States. However, neoliberal economics is unable to provide an exhaustive explanation to numerous competition-related issues such as: why are cartels created, what is the essence of inducement to price collusion, etc.? Behavioural economics can serve as a useful research alternative, favouring the use of empirical tests over modelling. Behaviourists depart from the neoliberal paradigm of *homo oeconomicus*, perceiving the entrepreneur as a person that is also driven by emotions, acting unpredictably, often without sufficient knowledge about the market environment, committing mistakes. Behavioural economics assesses the influence upon business decisions of various psychological ramifications, such as attributions (attachment to particular judgments), heuristics (simplified reasoning) or cognitive biases (of which there are several dozen). Behavioural economics may thus constitute the necessary supplement to “mainstream” economic methodologies applied in the research of competition phenomena.

Key words: behavioural, behavioural economy, neoliberal economy, economic approach, economic models, competition law, OCCP, UOKiK.

JEL Classification: K210, K420, L190, L400, L510.

**Wojciech Szymczak, Nikodem Szadkowski,
The Role of Economics in Competition Law
– Theory and Practice of the Polish Competition Authority**

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Role of economics in the practice of the Polish Competition Authority (UOKiK)
 1. More economic approach in competition law
 2. Economics and economists in the competition law enforcement process
 - 2.1. Framework for interpreting fundamental competition law terms
 - 2.2. Analytic framework and empirical tools for assessing market behaviour
 - 2.3. Limitations to the application of economic methods in competition law
 - 2.4. Institutional aspect
 3. Most common misunderstandings associated with the use of economic methods in competition law
- III. Economic analysis in the activities of the Polish Competition Authority
 1. Increased importance of economic analysis at the Polish Competition Authority in the last fifteen years
 2. Economic analysis within the current structure of the Polish Competition Authority
 - 2.1. Market research unit
 - 2.2. Economic analyses unit
 - 2.3. Participation of the market analyses department in *advocacy* activities
 - 2.4. New challenges for economists
- IV. Conclusions

Summary: This article analyzes the role of economics and economists in the competition law enforcement process. Its first part presents fundamental areas where economics can contribute to streamlining the enforcement of competition law. These include the creation of a rational framework for interpreting fundamental competition law terms and providing an analytic framework as well as empirical tools for the assessment of the market behaviours of undertakings. The paper discusses unavoidable limitations to the practical application of economics and the implications of those limitations for the optimal complexity of the methods used. Furthermore, three most common misunderstandings concerning the role of economics

in competition law are discussed: unrealistic expectations with respect to the achievable level of precision of economic analyses; confusing the complexity of analyses with their usefulness and; unreasonable simplification of economic theories.

The second part of the paper analyzes the changing role of the specialized economic unit within the Polish Competition Authority – the UOKiK. The analysis focuses here on organizational aspects, noting how the tasks of the economists can be integrated with those of decision-making units. This issue is illustrated with examples of actual proceedings and market studies. In the opinion of the Author, to make the best use of the available economics, competition authorities should rely on simple and widely accepted theories and empirical tools, as well as making economists an integral part of the decision-making process.

Key words: competition, competition law, more economic approach, organization of economists' activities, Polish Competition Authority (UOKiK).

JEL Classification: K21, L40.

Maciej Fornalczyk, Piotr Kulczycki,
Antitrust Risk Management as a Key Element of Business Management

Table of Contents:

- I. Business risk
- II. Antitrust risk
- III. Enterprise environment – closer and distant
- IV. Entrepreneurship – an activity in an environment that comprises risk
- V. Antitrust risk as an element of business risk – is it possible to manage it?
- VI. Antitrust risk genesis
- VII. Risk management
- VIII. Elements of antitrust risk management
- IX. Additional benefits of implementing an antitrust risk management system
- X. Summary

Summary: Commercial risk is an imminent [do you mean integral?] element of any economic activity – this issue is widely discussed throughout economics literature. The first to discuss this matter was Adam Smith in his work *The Wealth of Nations*, with other authors to follow. Risk can be observed whenever more than one outcome is possible. Management science and econometrics put great efforts into implementing means of

measuring risks faced by entrepreneurs. Most people dislike facing risks and yet it plays an inevitable role in everyday life. This is, in fact, the reason why efforts to manage risk are supported. Risk itself can be defined as the probability of an unwanted outcome occurring (outcome not preferred by a given individual). Taking into account that every person has limited rationale, every manager is obliged to accumulate as much information regarding all potential risks as possible.

The list of commercial risks contains antitrust risk, which is described by the possibility that a given entrepreneur might be fined by a competition authority for breaking antitrust rules. In order to estimate given risk, it is necessary to appoint factors that define the risk that the individual in question might be facing. Factors that define antitrust risk can be measured and are of two kinds: first, qualitative factors and second, those quantitative in nature. Using econometrics, it is possible to evaluate the impact that given factors have on the level of the risk in question. The aforementioned relationship has the form of an equation, where antitrust risk is a dependent variable – the equation can then be used as a tool for managing antitrust risk. Once a given company is in the possession of such instrument, it then can identify how a change in one of the explanatory variables (i.e. price) would influence the antitrust risk that the company faces. Bearing the aforementioned in mind, the company is capable of running its business in a way that keeps antitrust risk low. An antitrust penalty, as well as other costs triggered by a competition law infringement, would thus not constitute a significant matter.

Key words: Antitrust economics, econometrics, management science, risk, risk management, Antitrust risk, scenario management, econometric modeling, business environment

JEL Classification: K210, K230, L100, L110, L120, L130, L140, L190, L210, L260, L400, L410, L420, L430, L510

**Piotr Kulczycki, Tomasz Zatoń, Wojciech Zatoń,
Capabilities and Conditions for the Quantification
of an Enterprise's Antitrust Risk**

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Outline of research related to the quantification of antitrust risk
- III. Assumptions and data for the construction of the Antitrust Risk Indicator (WRA)
- IV. Results of the estimation and application of the WRA model

1. WRA model
 2. Application of the estimated model for enterprise antitrust risk management
 3. WRA model with standardized variables
 4. WRA logistic regression model
- V. Conclusions

Summary: The object of this paper is to discuss the possibility of quantifying antitrust risk and to present how to build the Antitrust Risk Indicator (in Polish: *Wskaznik Ryzyka Antymonopolowego*: WRA). This indicator can be interpreted in terms of the probability of an enterprise's exposure to regulatory intervention due to an antitrust infringement. Hypothetical data is used in the construction of the indicator regarding the market situation as well as characteristics of the enterprise concerned. Different scenarios are given expert risk assessments (WRA values). The possibility is tested of creating the WRA model using econometric methods. The application of the WRA model to antitrust risk assessment and supporting economic goals achievement by the enterprise is shown in the article.

Key words: antitrust risk, measurement of antitrust risk, econometric modelling, enterprise antitrust risk management.

JEL Classification: C15, C20, K21, L40.

Bartosz Targański,

Economic Analysis of Vertical Agreements in E-commerce – Selected Issues

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Impact of e-commerce on competition
- III. Vertical restraints in economic theory
 1. Positive effects of vertical agreements
 2. Negative effects of vertical agreements
 3. Evaluation of positive and negative effects of vertical agreements
- IV. Vertical restrictions of competition in e-commerce
 1. “Most-favoured nation” clause (MFN)
 2. Resale price maintenance on the Internet
 3. Ban on the sale and reduction of advertising on the Internet
 4. Use of dual pricing
- V. Conclusions

Summary: The article focuses on the problems of vertical agreements occurring in e-commerce. The exceptionally significant and current nature of this problem is confirmed, among other things, by the large number of such proceedings conducted in recent years by antitrust authorities both within and outside the EU. The purpose of this article is to present the role of an economic justification of vertical restraints occurring in e-commerce. The assessment is based on selected antitrust decisions. In practice, the types of vertical restraints occurring in e-commerce which have recently most often been the subject of reservations of antitrust authorities included: the “most favoured nation” clauses; resale price maintenance; restrictions on advertising in the Internet; dual pricing and; prohibitions or restrictions in on-line sales.

Key words: electronic commerce, Internet, vertical agreements, most-favoured nation clause, RPM, dual pricing

JEL Classification: L420.

Zbigniew Jurczyk,

The Assessment of Minimum Resale Prices Maintenance in the Light of Competition Rules

Table of Contents:

1. Introduction
2. Organization of the production process and vertical agreements
3. Focal point of minimum resale price maintenance (RPM) in competition law
4. Evolution of *per se* illegal agreements
5. Vertical agreements and the rule of reason
6. Minimum RPM in economic models
7. W.S. Cameron’s model of RPM and American judicial practice
8. Theory of harm and the assessment of economic effects of RPM
9. View of the American Antitrust Authorities about the assessment of RPM
10. Effects of the *Leegin* case
11. RPM in EU competition policy
12. Conclusions

Summary: Vertical restraints are one of the most controversial antitrust areas both in the US and EU jurisdiction. The legal assessment of vertical restraints developed after the US Supreme Court delivered its judgment in the *Leegin* case. From the business and economic perspective, vertical

restraints are, in principle, likely to be efficiency-enhancing, rather than anti-competitive. The US Supreme Court found in *Leegin* that minimum RPM would be evaluated not as *per se* prohibited, but assessed under the rule of reason. It seemed after *Leegin* that this new legal assessment standard would be accepted and applied by US antitrust authorities. The Author aims to find the answer to the question why has the *Leegin* ruling not, in fact, opened the doors to the application of the interpretation provided by the Supreme Court and addressed to the antitrust authorities. The paper continues on to illustrate the “backwardness” of EU competition law in comparison to its US counterpart regarding the appropriate methods of economic analysis for minimum RPM. This paper contains also an overview of the main reasons why minimum RPM are still treated as hardcore restrictions under EU law.

Key words: vertical restraints, RPM, intra-brand competition, inter-brand competition, theory of harm.

JEL Classification: K21.

Łukasz Ziarko,

The Possibility of Applying Data Mining Tools in the Detection of Anti-competitive Practices

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Data mining in antitrust practices – conception
 - 1. Grouping of similar observations
 - 2. Verification of the accuracy of the figures
 - 3. Quantification of the decision-making process
 - 4. Analysis of the relationship between observations
- III. Conclusions

Summary: This study presents the concepts and examples of the application of data mining methods in the detection of anti-competitive practices. It discusses the possibility of using the four basic analytical methods: cluster analysis for market segmentation and grouping of similar agreements; decision trees for the quantification of businesses’ decision-making process; association analysis for detecting bid rigging and; a method of verifying the authenticity of the data based on Benford’s distribution.

Key words: data mining; decision trees; Benford’s law; association analysis; clustering.

JEL Classification: C10, K21, L40.

**Justyna Matuszczak-Piasta,
The Use of Quantitative Methods in Merger Proceedings – Comparison
of the Practice of Polish and British Competition Authorities**

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Review of the merger decisions of Polish and British Competition Authorities
 1. Decisions of the President of the Polish Competition Authority (UOKiK)
 2. Decisions of the British Competition Authority
 - 2.1. Decisions issued in phase 1
 - 2.2. Decisions issued in phase 2
- III. Potential sources of data necessary for economic analysis
- IV. Conclusions

Summary:

The subject of this study is to identify the economic tools used in merger control proceedings before Polish and British competition law authorities. First, the Author identifies economic instruments used by the Polish Competition Authority (UOKiK), and divides them into “soft tools” and quantitative methods. In the next stage, the analysis covers tools used by the British Competition Authority in phase 1 of its merger control proceedings. In order to present the complex analytical approach used during the phase 2 of British merger proceedings, the Author presents the stages of research carried out in three selected cases conducted by the British Competition Authorities. The third part of the study contains a catalogue of information commonly used in the course of merger control proceedings.

Key words: merger control, quantitative methods, economic instruments, proceedings before the President of UOKiK, Office of Fair Trading, Competition and Markets Authority, Competition Commission

JEC Classification: K21.

**Joanna Piechucka, Marta Stryszowska,
The Use of Price Correlation Analysis for Relevant Market Definition**

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Technical aspects
- III. Examples of practical use

1. *Ryanair/Aer Lingus* decision
2. *Nynas/Shell/Harburg Refinery* decision
3. *Huntsman/Rockwood* decision
4. *Marine Harvest/Morpol* decision

IV. Final remarks

Summary: The present article discusses the use of price correlation analysis in European Commission decisions and presents resulting conclusions. First, it introduces technical aspects of price correlation analysis for the purposes of relevant market definition. In particular, it discusses potential problems that may arise during its use and steps that can be taken to overcome them. It also indicates what data is needed for the analysis. Second, it discusses selected decisions of the European Commission that use price correlation analysis for relevant market definition. The overview of these decisions provides useful insights on how to provide an economically meaningful price correlation analysis.

Key words: price correlation analysis, relevant market definition, concentrations.

JEL Classification: C01, L49.

Wojciech Dorabialski,

Using Analytical Tools to Detect Cartels and Bid-rigging

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Proactive and reactive methods
- III. Classifications of analytical tools
 1. Econometric and statistical vs. indicator-based techniques
 2. Structural vs. behavioural techniques
 3. Screening vs. in-depth techniques
- IV. Overview of cartel and bid-rigging detection tools
- V. Differences between detecting cartels and detecting bid-rigging
- VI. Prospects for adoption of analytical detection techniques

Summary: This paper assumes the perspective of a competition authority in an attempt to analyse the usefulness of various cartel and bid-rigging detection instruments, with a special focus on analytical tools. The description of possible classifications of these methods, and a short presentation of each technique, forms the background for identifying the potential areas

of their application. The paper concludes with a short discussion of the future prospects of this area of the Economics of Antitrust.

Key words: Competition policy, cartels, bid-rigging, fraud detection.

JEL Classification: K21, K42, L11, L12.

**Jacek Prokop, Adam Karbowski,
Horizontal R&D Cooperation and Market Cartelization**

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Literature review
 - 1. Assumptions in standard models of horizontal R&D cooperation
 - 2. Results of modelling of horizontal R&D cooperation
- III. Stackelberg competition
 - 1. Linear production costs
 - 2. Quadratic production costs
- IV. Market cartelization and Stackelberg competition
 - 1. Linear production costs
 - 2. Quadratic production costs
- V. Final remarks

Summary: The aim of this paper is to investigate the impact of horizontal R&D cooperation on the creation of cartels on final product markets. Considered is the case where R&D expenditures preceding the production process lead to: (i) the reduction of own unit costs of manufacturing as well as (ii) to generating positive externalities for potential competitors. The paper compares also the effects of different degrees of R&D cooperation between firms on their incentives to create a cartel on the final product market. Following earlier literature on the topic, the analysis follows a two-stage two-player game-theory framework. In the first stage, firms simultaneously decide on the values of their R&D expenditures; in the second stage, firms compete on the final product market. It is assumed that in the case without a cartel agreement, the firms compete according to the Stackelberg model. The analysis covers two variants of total costs of production, i.e., a linear cost function and a quadratic cost function. For both cases, the numerical analysis shows that tightening cooperation at the R&D stage increases the firms' incentives to create a cartel on the final product market. As a result, it may be expected that horizontal R&D cooperation generates significant risk of market cartelization. Thus, it further causes a serious regulatory concern, because market cartelization

usually implies economic effects which are undesirable to consumers and harmful to total welfare.

Key words: R&D cooperation, market cartelization, Stackelberg competition.

JEL Classification: L13, L41, O31.

Piotr Semeniuk,

Predatory Pricing – the Myth of a Dominant Firm’s Costs

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Overview of predation case-law
 - 1. Predatory pricing in the European Union
 - 2. Predatory pricing in Polish competition law
- III. Arguments against taking into account solely the costs of the dominant firm
 - 1. Argument on “dynamic” consumer welfare
 - 2. Other arguments
 - 2.1. Semantic hypocrisy argument
 - 2.2. Argument stressing values other than low prices
- IV. Conclusions

Summary: The Author aims to prove that – contrary to general assumptions – the pricing policy of dominant companies can constitute an abuse of a dominant position even when prices applied by a dominant company are higher than its costs. The key to predation analysis is, according to the Author, the chance of excluding the competitors of the dominant undertaking who would be able to compete effectively in the nearest future.

While referring to Polish and European predation cases, the Author argues that the focus of competition authorities should to a similar extent concern the costs of the “prey” as the costs of the “predator”. In fact, the costs of the “prey” seem to be more important for the analysis of a potential abuse in sectors where lowering costs is possible only after achieving significant network or scale effect as well as in industries where the dominant undertaking enjoys access to essential facilities.

Key words: predatory pricing, dynamic efficiency, allocative efficiency, Arriva, Kompania Węglowa, Polish Competition Authority, UOKiK, price competition, quality competition

JEL Classification: K210.

Krystyna Nizioł,
**The Economics of the Regulation of the Payment Card Market
on the Example of the *Interchange Fee***

Table of Contents:

- I. Introductory remarks
- II. Essence of the economics of regulation
- III. Interchange fee as an element of the payment card market
- IV. Regulatory intervention into the interchange fee in the EU and Poland
 1. Justification
 2. Expected economic consequences in the light of experiences in selected countries
- V. Closing remarks

Summary: The aim of this paper is to analyse competition and financial laws related to one of the elements of the payment card market – the interchange fee. At the supranational level (mostly EU) but also at the national level (also in Poland), suitable laws were introduced meant to limit the level of the interchange fee. This study analyses the essence of the interchange fee and the expected economic consequences of regulating it (connected with capping its maximum level), which aim to improve competition on the payment card market (EU and Poland). It also brings about a discussion regarding the economic consequences of this type of regulatory activity. This activity usually arises as a consequence of decisions of national anti-trust authorities. Seeing that the problem of capping the interchange fee, especially aspects of its regulation at the EU and national levels, is quite contemporary, it is very difficult to evaluate its economic impact.

Key words: interchange fee, financial market, competition law, financial law, economic analysis of law.

JEL Classification: G2, G 28, K 21, L 51.

Magdalena Olender-Skorek,
**Between Economics of Competition and Regulatory Practice
– the Case of the Telecommunications Market**

Table of Contents:

- I. Introduction
- II. Competition from the perspective of “theoretical” economics
 1. Evolution of the definition of “competition” – historical view

2. Effective competition and the structure-conduct-performance paradigm
 3. Dynamic competition as a present way of thinking
- III. Competition from the perspective of the telecommunications market
1. Specifics of the telecommunications market
 2. Service vs. infrastructure competition
- IV. Using economics in regulatory practice – own research
- V. Conclusions

Summary: This paper starts with a review of economic theories of competition. The strict assumptions of the classical approach to perfect competition result in an unrealistic model. Subsequent developments have led to more realistic, dynamic competition models. The second part of the paper outlines the regulatory framework of the telecommunications market in Poland. The third part develops a new approach based on modern theories of competition. An empirical analysis of the decisions of the Polish telecoms regulator (UKE) is conducted next. Finally, the Author draws conclusions regarding the use of economic analysis in the decisions of the Polish telecoms regulator. It is shown that current regulatory practice for the Polish telecoms market is, in fact, not firmly based on economic theory.

Key words: Competition, Economic Regulation, Regulation, Telecommunication.

JEL Classification: L400, L510, L980.

**Wykorzystanie ekonomii
w stosowaniu prawa konkurencji**

Jarosław Sroczyński*

Ekonomia behawioralna jako narzędzie analityczne w prawie konkurencji

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Paradygmat racjonalnego przedsiębiorcy
- III. Zastosowania analizy behawioralnej
 - 1. Atrybucje
 - 2. Heurystyki
 - 3. Błędy poznawcze
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł stawia nieczęsto zadawane pytanie o rodzaj ekonomii, jaką należy posługiwać się w ekonomicznym podejściu do prawa konkurencji. Najczęściej w praktyce stosowane są metody ekonomii neoliberalnej, co ma związek z jej wieloletnim, przemożnym wpływem na analizy antytrustowe w Stanach Zjednoczonych. Tymczasem metodologia ta nie jest w stanie w pełni odpowiedzieć na niektóre istotne pytania, na przykład dlaczego tworzą się kartele, na czym polega nakłanianie do zмовy cenowej, itp.? Alternatywą badawczą może być ekonomia behawioralna, posługująca się bardziej analizą empiryczną aniżeli modelowaniem. Behawioryści odchodzą od neoliberalnego paradygmatu *homo oeconomicus*, postrzegając przedsiębiorcę jako osobę kierującą się także emocjami, działającą w sposób trudny do przewidzenia, często bez wystarczającej wiedzy o otoczeniu rynkowym, popełniającego błędy. Ekonomia behawioralna analizuje wpływ na podejmowane decyzje gospodarcze uwarunkowań psychologicznych, takich jak

* Prawnik i ekonomista, partner w kancelarii Markiewicz & Sroczyński.

atrybucje (przywiązanie do określonych sądów), heurystyki (uproszczone wnioskowanie) czy popełniane błędy poznawcze (których jest kilkadziesiąt różnych rodzajów). Ekonomia behawioralna może zatem stanowić niezbędne uzupełnienie metodologii ekonomii „głównego nurtu” w badaniach dotyczących zjawisk konkurencyjności.

Słowa kluczowe: behawioralny, ekonomia behawioralna, ekonomia neoliberalna, podejście ekonomiczne, modele ekonomiczne, prawo konkurencji, UOKiK.

Klasyfikacja JEL: K210, K420, L190, L400, L510.

I. Wprowadzenie

O ile ekonomizacja prawa konkurencji jest obecnie faktem niebudzącym większych wątpliwości ani kontrowersji, o tyle w stwierdzeniu, że ekonomia powinna być narzędziem analitycznym w konkretnych ocenach dokonywanych przy stosowaniu prawa konkurencji, zawiera się istotne niedopowiedzenie. Polega ono na niejako aksjomatycznym założeniu, że oceny będą dokonywane w oparciu o metodologię ekonomii neoklasycznej, która w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku szeroko weszła na teren prawa antytrustowego w USA, a następnie rozpowszechniła także w Unii Europejskiej w ramach bardziej ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji. Model oceny neoklasycznej zakłada, że przedsiębiorcy działają racjonalnie, a celem tych działań jest maksymalizacja zysku (*homo oeconomicus*), zapewniająca społeczny dobrobyt (Stelmach, Brożek i Załuski, 2007, s. 26–39). W sferze oceny skutków makroekonomicznych model taki z reguły spełnia kryteria poprawności, czego często nie można powiedzieć o sferze przyczynowości. Ekonomia neoklasyczna nie wyjaśnia dostatecznie przyczyn, dla których przedsiębiorcy podejmują określone działania, np. dlaczego zawierają kartele cenowe czy dopuszczają się nadużycia pozycji dominującej. Rozumienie tych przyczyn ma kluczowe znaczenia z punktu widzenia polityki konkurencji, umożliwiając skuteczniejsze zapobieganie naruszeniom.

Konkurencyjnym dla ekonomii neoklasycznej źródłem analizowania i opisywania zjawisk gospodarczych może być ekonomia behawioralna. Dziedzina ta dostarczać może nowych, użytecznych narzędzi przeznaczonych do badania istoty zachowań przedsiębiorców, których skutkiem jest naruszenie reguł konkurencji. Ekonomia behawioralna zajmuje od kilkunastu lat w USA coraz bardziej znaczące miejsce jako alternatywna lub komplementarna metoda

analityczna. Opiera się ona na podstawowym założeniu, że działalność przedsiębiorców determinują przede wszystkim indywidualne jednostki – ludzie, których motywacje niekoniecznie muszą być zgodne z koncepcją *homo oeconomicus*. Nie zawsze bowiem managerowie działają w celu wyłącznie nakierowanym na osiągnięcie zysku. W praktyce wiele karteli powstaje nie dlatego, że ich założyciele mają na celu podwyższenie ceny albo pogorszenie jakości towarów. Jedną z częstych motywacji jest stworzenie „bezpiecznej przystani” (*safe harbor*) stabilniejszych zysków kartelowych. W innych przypadkach w grę może wchodzić motywacja osobista, indywidualne sympatie i antypatie w kręgu konkurujących lub współpracujących przedsiębiorców. Przedsiębiorcy często nie mają wystarczającej wiedzy o rynkach, popełniają błędy i kierują się emocjami. Wielu zjawisk z zakresu prawa konkurencji, takich jak nakłanianie do zawarcia kartelu, praktycznie nie można objaśnić inaczej, aniżeli za pomocą behawioralnej metody analizy zachowań managerskich. Interesującą kwestię stanowi także sfera podatności decydentów gospodarczych na wpływy zewnętrzne. Eksperymenty behawioralne, takie jak słynny eksperyment Milgrama, w którym testowano rolę autorytetu w nakłanianiu do popełniania nagannych moralnie czynów, wykazują przemożny wpływ czynników zewnętrznych na indywidualne wybory (Granville, 2007, s. 14).

Metody behawioralne mogą być z powodzeniem stosowane także przy ocenie nadużycia dominującej pozycji rynkowej, zwłaszcza dokonywanej w sposób kolektywny. Istotne w tym przypadku byłoby badanie wpływu transparentności rynku na sposób i zakres rozprzestrzeniania się na nim informacji wykorzystywanych przez przedsiębiorców kolektywnie dominujących (Sroczyński 2014, s. 343–348). Podejście behawioralne mogłoby być szczególnie przydatne w Polsce, ze względu na to, że polski organ antymonopolowy posiada wyjątkową w skali europejskiej kompetencję administracyjno-prawną ochrony zbiorowych interesów konsumentów. Badania empiryczne i eksperymentalne mogłyby rzucić nowe światło na zagadnienie podatności konsumentów na nieuczciwe praktyki rynkowe, zwłaszcza o charakterze dezinformacyjnym (Falkowski i Tyszka, 2009, s. 199). Większa wiedza w tym zakresie byłaby pomocna Prezesowi UOKiK w realizacji zadania ostrzegania konsumentów przed takimi praktykami.

II. Paradygmat racjonalnego przedsiębiorcy

Behawioralna analiza i ocena zjawisk rynkowych opiera się na **zasadniczo zmodyfikowanym paradygmacie racjonalnego przedsiębiorcy**. Behawioryzm kwestionuje niektóre z aksjomatów ekonomii „głównego nurtu”, zwłaszcza

obowiązujących w ekonomii neoklasycznej i neoliberalnej (Jurczyk, 2012, s. 157–163). Ponieważ behawioryzm inaczej pojmuje cele działań przedsiębiorców, można powiedzieć, że zasadnicza różnica występuje na płaszczyźnie oceny teleologicznej (Devlin i Jacobs, 2010, s. 22). **W podejściu behawioralnym negowane jest traktowanie przedsiębiorcy jako tzw. *homo oeconomicus*, czyli podmiotu działającego racjonalnie w celu osiągnięcia zysku.** Behawioryści twierdzą, że motywy działań przedsiębiorców są znacznie bardziej złożone. Osiągnięcie zysku nie zawsze jest czynnikiem najważniejszym, zresztą sam „zysk” może też być różnie pojmowany. W szczególności, formę zysku stanowi brak straty, dlatego działania przedsiębiorców należy ujmować nie tyle z punktu widzenia celu osiągnięcia zysku w sensie pozytywnego przysporzenia, ile jako złożone manewrowanie pomiędzy możliwą sumą zysków, a możliwą sumą strat (Arnaudo, 2013, s. 4). Może także zdarzyć się sytuacja, w której największym zyskiem jednego przedsiębiorcy będzie strata innego przedsiębiorcy. Proces decyzyjny będzie zatem uwzględniał różnorodne czynniki ryzyka, w tym skłonność do poniesienia straty. Znaczenie będzie miała np. decyzja, jak znaczny procent środków przedsiębiorca jest skłonny przeznaczyć na *venture capital* względnie kwalifikować jako koszty utopione (*sunk costs*). Odrębnym problemem jest pakietyzacja decyzji przedsiębiorcy w celu dokonania analizy wynikowej bądź sumarycznej. W modelu racjonalnego przedsiębiorcy często analizuje się bardzo dokładnie jedną, wybraną decyzję, np. o dokonaniu inwestycji. Tymczasem decyzja taka nie zapada i nie może być oceniana w próżni, ale powinna być analizowana wspólnie czy też na tle innych decyzji tego przedsiębiorcy. Jeżeli bowiem decyzji inwestycyjnej na danym rynku towarzyszy także decyzja o zmianie systemu dystrybucji w układzie konglomeratowym, to analiza tylko motywacji przyświecającej dokonaniu inwestycji będzie niepełna. Podobnie, jeżeli pominięty zostanie wpływ czynników takich, jak lojalność względem danej marki, pozycjonowanie produktu, transparentność rynku, reakcje konkurentów, itp. Ogólnie rzecz biorąc, proces decyzyjny przedsiębiorcy częstokroć bardziej przypomina złożone relacje teorii gier, aniżeli chłodną kalkulację prowadzącą w prosty sposób do pomnożenia zysku. Można powiedzieć, że bycie *homo oeconomicus* stanowiłoby pewien ideał, tyle że jest on niemożliwy do osiągnięcia z przyczyn obiektywnych o charakterze zewnętrznym. Czynniki maksymalizacji zysku bywa także redukowany przyczynami wewnętrznymi. Jako przykład można podać doskonale znane zjawisko reorganizacji, mające miejsce w dużych korporacjach po zmianach zarządu. Nowi członkowie zarządu niekiedy dążą do reformowania niemal wszystkiego, starając się wykazać, że poprzedni zarząd popełniał błędy. Podejmowane są wówczas decyzje o charakterze spektakularnym, mające wywołać u nadzorców lub

właścicieli wrażenie przeprowadzania głębokich zmian, mających przynieść istotne korzyści. Wprowadza się wtedy reformy systemu dystrybucji, likwiduje pewne działy i tworzy nowe, zawęża się lub rozszerza paletę oferowanych produktów, itp. Niekiedy nowy zarząd, w bardziej lub mniej uświadomiony sposób, wraca do koncepcji już poprzednio obowiązujących. Ostateczny wynik reform zależy zatem nie wyłącznie od jakości zakładanych celów maksymalizacji zysku, ale także, często w głównej mierze, od kwestii rywalizacji nowego zarządu z poprzednim, względnie rywalizacji pomiędzy członkami tego samego zarządu. Na wynik końcowy będą zatem miały wpływ czynniki osobiste, takie jak animozje, upór wbrew faktom, chęć przevorsowania swojej woli, i inne. Może się okazać, że czynnik zysku jest w danej sytuacji na ostatnim miejscu pod względem istotności, choć oczywiście żaden członek zarządu nie wyrazi tego wprost ani się do tego nie przyzna.

Zysk pojmowany jako strata innych może mieć wpływ na decyzje takie, jak złożenie wniosku *leniency* w postępowaniu antymonopolowym. Najważniejsze jest wtedy nie tyle uniknięcie lub ograniczenie wysokości kary, ale to że karę będzie musiał zapłacić konkurent. Zwłaszcza, jeżeli można zakładać, że osobiście za tę karę będzie odpowiedzialny nielubiany dyrektor, który z dużym prawdopodobieństwem poniesie konsekwencje dyscyplinarne. Istotny w takich sytuacjach będzie czynnik odwetowy, a nie jakiś inny, przy czym należy pamiętać, że jest to czynnik powodujący znaczną determinację zachowań. Chęć odwetu może przenosić się znacznie dłużej w czasie, poza postępowania *leniency*. Niektóre sektory na wiele lat zostają „skażone piętnem zdrady” przedsiębiorcy, który uruchomił *leniency*. Poszczególne osoby mogą podlegać swoistemu ostracyzmowi środowiskowemu, a konkurenci czekają na pierwszą okazję, aby wziąć odwet za dawne wydarzenia. Jest to oczywiście na rękę organowi antymonopolowemu, któremu nie zależy na poprawności relacji pomiędzy managerami, ale na ich konkurencyjnej walce. Jednakże uwzględnienie w analizie kartelowej czynnika zachowań ludzkich wywołanych wzajemną niechęcią po *leniency* może być bardzo pomocne dla zrozumienia celów określonych działań rynkowych.

Behawiorystyczna krytyka paradygmatu racjonalnego przedsiębiorcy dotyczy okoliczności braku dostatecznej wiedzy przedsiębiorców o rynkach, na których działają. Często zdarza się, że nawet w dużych korporacjach tylko zaledwie kilka osób posiada taką wiedzę. Widać to doskonale w przypadkach potrzeby udzielenia informacji o rynkach na żądanie organu antymonopolowego. Często dopiero wtedy okazuje się, jak cenna jest dla firmy dana osoba, która posiada odpowiednie informacje i może zebrać niezbędny zestaw danych. Przejście takiego specjalisty do innej pracy może wytworzyć istotną lukę informacyjną. Dlatego tak istotny jest czynnik rotacji kadr, w ramach

której przedsiębiorca opiera się nie tylko na młodych, rozwojowych pracownikach, ale także docenia tych, którzy w danej strukturze pracują kilkanaście czy kilkadziesiąt lat. Osoby takie mogą być czasami praktycznie jedynym źródłem nieprzerwanej informacji o rynku. W przypadkach postępowañ kartelowych mogą one być przydatne także organom antymonopolowym. W ramach działalności kartelu na rynku rozdzielnic transformatorowych z izolacją gazową¹, jego uczestnicy posługiwali się kodowanym algorytmem przydzielania sobie określonych przetargów. Po szesnastu latach działalności kartelu okazało się, że tylko jeden, już emerytowany pracownik jednego z uczestników kartelu miał pełną wiedzę o tym, jak odkodować stosowany algorytm. Z wiedzy tej osoby korzystała Komisja Europejska w postępowaniu dowodowym. Sam zaś kartel funkcjonował niejako automatycznie, ponieważ raz uruchomiony mechanizm tworzył sprawnie działający, samodzielny system wymagający tylko wprowadzania co jakiś czas nowych danych.

Przedsiębiorcy często nie mają wystarczającej wiedzy nie tylko o swojej działalności na rynku, ale także o tym, jak działają konkurenci i w ogóle otoczenie rynkowe. Wiedza o konkurentach jest z istoty ograniczona, jako że informacje ich dotyczące mogą mieć charakter wrażliwy konkurencyjnie i ich zbieranie i wykorzystywanie może zakłócać konkurencję. Ponadto, są one chronione przez przepisy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. W niektórych sektorach gospodarki istnieją co prawda niezależne źródła pozyskiwania informacji, jednak i wtedy nabywane raporty są ograniczone co do ich zakresu. Przykładowo, firma AC Nielsen opracowuje dane dotyczące funkcjonowania rynku napojów, ale informacje o stosowanych cenach dotyczą rynku detalicznego, a nie poziomu produkcji czy odsprzedaży. Przedsiębiorca, który nie posiada wystarczającej ilości informacji, będzie często musiał podejmować decyzje na wycucie, kierując się bardziej intuicją, aniżeli wynikiem analizy twardych danych. Łatwiej wtedy o błąd, a z drugiej strony sytuacja tego rodzaju wymusza spekulowanie w oparciu o osobiste przeświadczenia lub przecucia. Znowu do głosu dochodzi czynnik ludzki, niekiedy pomijany w profesjonalnym podejściu ekonomii modelowej.

Natura zachowań ludzkich oraz specyfika relacji korporacyjnych sprawiają, że zarządcy są często skłonni ukrywać popełniane błędy. Niekiedy czynią wręcz wszystko, aby informacja o błędzie nie przedostała się nie tylko do wiadomości publicznej, ale nawet do szerszego kręgu osób w korporacji. Tego rodzaju motywacje były jedną z ważniejszych przyczyn upadku tak znanych firm, jak Arthur Andersen w czasie kryzysu księgowego Enronu w USA w 2001 roku, czy Lehman Brothers podczas globalnego kryzysu

¹ ABB, Siemens, Alstom, Hitachi i inni, Case COMP/F/38.899, 2007.

finansowego w 2008 roku. Kartele, ze swej istoty, polegają właśnie na działaniu niejawnym i zakamuflowanym. Najlepiej oddaje to ich angielskie określenie „*conspiracy*”, denotujące istnienie spisku bądź tajnego porozumienia. Dlatego kartele działają podobnie do ludzi. W końcu tworzą je konkretne osoby, zamierzające wyłączyć konkurowanie w nieuczciwy i oszukańczy sposób. Kartele mogą podlegać zatem szczególnej ocenie na gruncie behawiorystycznym, znacznie lepiej przystosowanym do analizy takich zjawisk, jak ukrywanie działalności kartelu wewnątrz firmy, kamuflowanie go względem organów antymonopolowych, czy wreszcie znane zjawisko wzajemnego wprowadzania się w błąd a nawet oszukiwania przez członków kartelu. Dotyczy to zwłaszcza karteli mających na celu spetryfikowanie udziałów rynkowych, co miało miejsce w przypadku polskiego kartelu cementowego². Niektórzy jego uczestnicy prowadzili swoistą grę w celu wykazania, że jakoby ponieśli oni w danym okresie czasu stratę na udziałach rynkowych, aby odrobić ją poprzez uzyskanie „zgody” pozostałych uczestników na dodatkowe punkty procentowe udziału w rynku.

Z pewnym uproszczeniem można powiedzieć, że tam, gdzie ekonomista neoliberalny buduje model ekonomiczny, tam ekonomista behawioralny będzie dostrzegać potrzebę przeprowadzenia eksperymentu. Behawioryzm jest bowiem kierunkiem wybitnie eksperymentalnym i nie zadowala się analizą strukturalną, choćby sama struktura była całkowicie poprawna. Jak bowiem wskazano wyżej, działalność struktur gospodarczych bywa często zakłócana przez brak należytej wiedzy, skłonność do ukrywania błędów i kierowanie się emocjami w miejsce racjonalnych ocen. Dlatego koniecznym uzupełnieniem modelu może okazać się empiryczna weryfikacja wpływu określonych czynników niemierzalnych na całość procesu decyzyjnego i jego skutki.

Z zagadnieniem modelu ekonomicznego wiąże się jego immanentna niedoskonałość, z tej racji, iż model oparty być musi na założeniach i uproszczeniach. Tak, jak niemożliwy jest do spełnienia warunek konkurencji doskonałej, tak samo w praktyce nie istnieje model doskonały, oddający rzeczywistość gospodarczą ze stuprocentową pewnością. Każdy model ekonomiczny zawiera przybliżenia, bez których nie da się opisać żadnego zjawiska. Nie jest to oczywiście winą badaczy, ale wynika z istoty badanych zjawisk. Należy pamiętać, że ekonomia nie jest nauką ścisłą, ale nauką społeczną. Oznacza to, że ekonomista bada rzeczywistość złożoną i różnorodną, której immanentną cechą jest istnienie wyjątków. O ile w naukach ścisłych wyjątek obala regułę i kiedy to się stanie, reguły należy poszukiwać od nowa

² Decyzja Prezesa UOKiK z dn. 8.12.2009 r., DOK-7/2009.

(przykładowo, samoistne uniesienie się jakiegokolwiek przedmiotu obaliby prawo powszechnego ciężenia), o tyle w naukach społecznych każdą regułę można przełamać poprzez wskazanie wyjątku (przykładowo, prawo popytu i podaży doznaje zakłócenia w sytuacji niepokojów społecznych czy wojen). Ekonomista będzie zatem bardziej poszukiwał statystycznych prawidłowości, aniżeli niewzruszalnych reguł. Model ekonomiczny musi jednak być budowany w oparciu o swego rodzaju matematyczny algorytm, przynajmniej w zakresie, w jakim jest stosowany do obliczeń. Biorąc pod uwagę statystyczność procesów ekonomicznych, należy jednak kwalifikować otrzymane obliczenia przesłankami dodatkowymi. Behawioralna analiza procesów decyzyjnych, osadzona w psychologii zachowań managerskich, może w tym przypadku stanowić dodatkowe, istotne narzędzie analityczne.

Odrębne zagadnienie stanowi to, czy model ekonomiczny można zastosować do każdej sprawy antymonopolowej. Podczas konferencji UOKiK i CARS „Ekonomia ochrony konkurencji” Maciej Fornalczyk stwierdził w swoim wystąpieniu, że można zbudować model dla dowolnego zjawiska z zakresu konkurencyjności. Należy jednak zdawać sobie sprawę z tego, że niektóre z takich modeli mogą być jedynie bardzo uproszczoną projekcją rzeczywistości gospodarczej. Niektóre kwestie wydają się być nader niepodatne do analizy opartej na modelowaniu. Doskonałym przykładem jest przesłanka nakłaniania do uczestniczenia w kartelu, mająca decydujący wpływ na możliwość skorzystania z dobrodziejstwa instytucji *leniency* i uniknięcia w ten sposób zapłaty kary pieniężnej. Każde przedsiębiorstwo ubiegające się o *leniency* jest obowiązany złożyć oświadczenie, że nie nakłaniał innych uczestników zakazanego porozumienia do brania w nim udziału (art. 113 b) pkt 3 ustawy antymonopolowej). Niespełnienie tej przesłanki dyskwalifikuje przedsiębiorcę w ubieganiu się o nienałożenie lub obniżenie kary, w grę wchodzić mogą zatem bardzo znaczne kwoty pieniędzy. Jak rozumieć nakłanianie, skoro w internetowym słowniku synonimów termin „nakłanianie” posiada kilkadziesiąt znaczeń synonimicznych³. Czy jest możliwe zbudowanie poprawnego i stochastycznie sprawdzalnego modelu ekonomicznego nakłaniania? Jakie parametry musiałby posiadać taki model? Wielość i złożoność powyższych pytań świadczy o swoistej bezradności pojawiającej się przy klasyczno-ekonomicznym rozumieniu takich pojęć, jak nakłanianie. Rozwiązania modelowe typu *one-size-fits-all* raczej nie umożliwią otrzymania wiarygodnej odpowiedzi na pytanie o szczegółowe motywacje związane z okolicznością, dlaczego jeden przedsiębiorca nakłaniał drugiego do uczestniczenia w zмовie? Nakłanianie to przede wszystkim

³ <http://synonim.net/synonim/nak%C5%82anianie>

wywieranie wpływu na inną osobę w celu osiągnięcia pożądanego rezultatu. Wpływ może mieć formę perswazji, zachęty, groźby, wprowadzania w błąd, oszukiwania, itp. Mogą w grę wchodzić także czynniki całkowicie poza-ekonomiczne, takie jak chęć przypodobania się, potwierdzenia swojej władzy, i wielu innych tego rodzaju. Ocena behawiorystyczna będzie w tym przypadku jak najbardziej na miejscu, być może będzie to w gruncie rzeczy jedyny sposób ustalenia powodów, dla których jeden dyrektor zachęcał drugiego do zmywy. Konieczne może okazać się wręcz przeprowadzenie testu psychologicznego w ramach przesłuchiwania świadków lub uczestników postępowania, opartego na metodach takich jak reprodukcja czy asocjacja (Gruza, 2003, s. 251).

Kolejną trudnością modelowania ekonomicznego jest konieczność umieszczenia modelu w określonym kontekście gospodarczym, co nie zawsze będzie możliwe, także z uwagi na wskazany już niedostatek informacji i związany z tym brak możliwości dokonania ekstrapolacji. Wyobraźmy sobie otrzymanie zadania stworzenia modelu działania rynku telefonii komórkowej, po powstaniu niezbędnej do tego technologii. Próbę taką można było podjąć już w roku 1947 (!), ponieważ w tym właśnie roku w USA dysponowano odpowiednią technologią. Patrząc z dzisiejszej perspektywy, model ekonomiczny zakładałby przypuszczalnie, że komercjalizacja telefonii komórkowej nie powinna zająć więcej czasu, niż kilka-kilkanaście lat. Tymczasem, amerykański regulator telekomunikacyjny Federal Communications Commission (FCC) przez ponad 20 lat nie przyznał żadnej częstotliwości na telefonię komórkową, opracowując tylko reguły w tym zakresie. Pierwszych koncesji FCC udzieliła dopiero w 1982 roku, co sprawiło, że rozwój tej dziedziny gospodarki w USA, a zatem i na świecie, został opóźniony o 35 lat, a era powszechnej telefonii komórkowej rozpoczęła się na dobre dopiero po prawie półwieczu od czasu stworzenia technologii (Heller, s. 89). Należy sądzić, że żaden model ekonomiczny, bazujący na solidnych podstawach logiki i doświadczenia gospodarczego, nie uwzględniłby nawet takiej możliwości. Z kolei, szacunki IBM w latach pięćdziesiątych ubiegłego stulecia przewidywały, że u jego schyłku światowe zapotrzebowanie na komputery wyniesie najwyżej kilkadziesiąt sztuk rocznie. Modelowanie ma zatem ograniczoną przydatność nawet do badania trendu konkurencyjnego w przyszłym rynku czasowo relewantnym, a jeszcze mniejszą do wyjaśnienia przyczyn zjawisk przeszłych. Uzupełniająco warto stosować analizę behawioralną wszędzie tam, gdzie klasyczne podejście ekonomiczne doznaje ograniczeń.

III. Zastosowania analizy behawioralnej

Ekonomia behawioralna posługuje się metodami i narzędziami stosowanymi w psychologii do wyjaśniania przyczyn zachowań ludzkich, zwłaszcza zachowań osób kierujących przedsiębiorstwami, a także bada wpływ błędów dokonywanych ocen na procesy decyzyjne. Można wyróżnić trzy następujące obszary analiz: atrybucji, heurystyk i błędów poznawczych.

1. Atrybucje

Atrybucje to narzędzie ułatwiające zrozumienie, dlaczego ludzie postępują w dany sposób. W naukach przyrodniczych mówi się o „świadomości zależnej od modelu” (*model-dependent realism*), w odróżnieniu od „świadomości zależnej od wiary” (*belief-dependent realism*) (Hawking i Mlodinow, 2010, s. 7). W gospodarce będzie istotny przede wszystkim ten pierwszy rodzaj świadomości. Ponieważ nie istnieje jeden jedyny model, który wystarczyłby do opisanego całej rzeczywistości, ludzkie umysły nieustannie modelują rzeczywistość, używając różnych projekcji do opisanego różnych zjawisk. Mózg interpretuje sygnały bodźcowe jako potrzebę wytworzenia modelu w celu zrozumienia danego zjawiska. Jeżeli określony model dobrze opisuje zależności pomiędzy poszczególnymi faktami, nasz umysł przywiązuje się do niego (*attribute*), a także do tworzących go elementów i koncepcji. Stąd określenie „atrybucje”, w znaczeniu przywiązania umysłu do określonego sposobu myślenia i wnioskowania. Wyróżnia się atrybucje zewnętrzne (zwane także sytuacyjnymi) oraz atrybucje wewnętrzne (zwane także dyspozycyjnymi) (Fosterling, 2005, s. 20). Atrybucja zewnętrzna odnosi się do przyczyn działania zależnych od okoliczności zewnętrznych (wpływ środowiska, warunków naturalnych, itp.), natomiast konstrukcja atrybucji wewnętrznej zakłada, że przyczyny działania tkwią wewnątrz osoby działającej (np. zależą od jej cech charakteru, siły woli, doświadczeń).

Jednym z najciekawszych przykładów odnoszących się do skutków oddziaływania **atrybucji zewnętrznych** jest słynny eksperyment Stanleya Milgrama z lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku (Milgram, 1963, s. 371–378). Dotyczył on zależności pomiędzy zakresem indywidualnego posłuszeństwa a autorytetem osoby wpływowej bądź grupy. Uczestnicy eksperymentu zadawali osobie badanej pytania związane z zapamiętaniem określonych skojarzeń słownych, sądząc że uczestniczą w terapii leczniczej. W przypadku błędnej odpowiedzi mieli prawo stosować kary polegające na uruchomieniu impulsu elektrycznego, którego osoba badana w rzeczywistości nie odczuwała. Nie wiedział

o tym badający, któremu najpierw aplikowano impuls próbny, odczuwany jako w miarę bolesny. Badający miał do dyspozycji skalę impulsów, od znacznie niższych niż ten, który sam otrzymał, aż do impulsów bardzo wysokich, mogących potencjalnie skutkować nawet śmiertelnym porażeniem osoby badanej. W takich okolicznościach, przeważająca większość osób badających (65%) posuwała się do zaaplikowania niebezpiecznej dla życia dawki impulsu, jeżeli eksperymentator używał w tym celu swego autorytetu lub jeżeli okoliczności zewnętrzne wspomagały to wymuszone posłuszeństwo (np. robiły to inne osoby badające). Psycholodzy próbujący przewidzieć wyniki eksperymentu Milgrama przed jego przeprowadzeniem, lokowali odsetek osób, które pod wpływem eksperymentatora zdecydują się na naciśnięcie guzika uruchamiającego potencjalnie śmiertelny impuls, na poziomie zaledwie jednego procenta. Eksperyment Milgrama dowodzi, jak ogromny wpływ na podejmowane decyzje, nawet te naganne lub szkodliwe, może mieć atrybucja zewnętrzna, bazująca na oddziaływaniu autorytetu środowiskowego.

W przypadku analizy kartelowej, zasadne jest kilka związanych z tym spostrzeżeń. Po pierwsze, jeżeli w danym środowisku kartele nie będą uważane za szczególnie szkodliwe dla gospodarki, to pojawi się tendencja do ich usprawiedliwiania, a zatem będą one częściej powstawać. Taki wpływ środowiska widoczny jest zwłaszcza w wypowiedziach bagatelizujących znaczenie karteli („są ważniejsze sprawy w gospodarce, choćby bezrobocie”), ujmujące im faktycznej szkodliwości („w czasach kryzysu kartele pełnią funkcję koła ratunkowego”) lub rozmywające odpowiedzialność za szkody konsumenckie („i tak ceny rosną, bo wszystko dookoła drożeje”). Po drugie, kartele mogą przetrwać kryzys grożący ich ujawnieniem, jeżeli osoby rozważające decyzję o złożeniu zawiadomienia *leniency* lub tzw. *whistleblowers* w danym przedsiębiorstwie obawiają się skutków ostracyzmu środowiskowego. Czynniki ten będzie szczególnie istotny na tych rynkach, na których jest niewielka rotacja kadry menedżerskiej, a ewentualni „zdrajcy” nie mogą w łatwy sposób przejść do pracy w innym sektorze gospodarki. Po trzecie, stabilność karteli uwarunkowana jest nie tylko czynnikami materialnymi (zwiększenie przychodów przedsiębiorcy i związane z tym premie osobiste), ale także czynnikami niematerialnymi, takimi jak potrzeba uznania, realizacja cech przywódczych, czy wreszcie swoiście „magnetyczny” aspekt konspiracji, która łączy ludzi szczególnymi więzami, niekoniecznie finansowymi, między innymi razem przeżywanym „dreszczykiem emocji” towarzyszącym tajnym kontaktom, będącym alternatywą dla monotonnego życia korporacyjnego (Sroczyński 2013, s. 1086).

Analiza **atrybucji wewnętrznych** często może lepiej wyjaśnić, jakie motywacje kierowały managerami, aniżeli model neoklasyczny racjonalnego

przedsiębiorcy. Pojawia się najpierw podstawowe pytanie, dlaczego popełniane są naruszenia, skoro racjonalnie działający przedsiębiorca powinien kalkulować zyski i straty, a znając wielkość grożących mu kar, powinien unikać ryzyka ich nałożenia. Odpowiedź behawiorystyczna odnosi się do wolicjonalnych aspektów działania przedsiębiorców. Do popełnienia naruszenia skłania brak silnej indywidualnej woli. Nie dokonuje się racjonalizacji działań, ale wybiera zysk natychmiastowy, nawet krótkookresowy. Mimo, że kartele zasadniczo nie są zawierane w sposób impulsywny, niekiedy niektórzy menedżerowie zachowują się tak, jakby chcieli wręcz rzucić się na pierwszą nadarżającą się okazję do zmywy. Być może kierują nimi długo skrywane ambicje i skumulowany skutek subiektywnego niedowartościowania w strukturach korporacyjnych (Sroczyński 2013, s. 1085).

Wola jako czynnik motywacyjny w analizie kartelowej była przedmiotem rozważań w sprawie *Bayer/Adalat*⁴. Sądy unijne rozważały kwestię różnicy pomiędzy zawarciem zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję, a jednostronnym narzuceniem warunków umownych przez przedsiębiorcę dominującego. Trybunał orzekł, że pomimo istnienia formalnych umów pomiędzy Bayerem i jego dystrybutorami, nie doszło do zawarcia zakazanego porozumienia, ponieważ porozumienie ma miejsce tylko wtedy, kiedy pomiędzy jego uczestnikami występuje przesłanka zgodności woli (*concurrence of wills*). Przesłanki tej brakowało w przedmiotowej sprawie, z uwagi na to, że dystrybutorzy podpisywali umowy pod presją, a nie dobrowolnie. Rzecznik Generalny Tizzano wskazywał w swej opinii na konieczność ustalenia przez sąd istnienia bądź nieistnienia subiektywnego elementu charakteryzującego samą istotę porozumienia. Jest nią zgodność woli odnośnie współpracy gospodarczej, czy to w formie wdrożenia określonej polityki i realizacji jej celów, czy też przyjęcia pewnej strategii zachowania rynkowego, niezależnie od tego, w jaki sposób dochodzi do wyrażenia zamiarów stron.

2. Heurystyki

Heurystyka to metoda wnioskowania oparta na uproszczonych i automatycznych sądach. Heurystyka prowadzi do błędnych ocen rzeczywistości, powodując tzw. odchylenie (*bias*) polegające na wydawaniu sądów bez dokładnej znajomości danej kwestii. Wyróżnia się (Tverski i Kahneman,

⁴ Wyrok Trybunału UE z dnia 6 stycznia 2004 r. w połączonych sprawach C-2/01 P i C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure and Commission of the European Communities v Bayer AG*.

1974, s. 185) **tw. heurystykę dostępności**, polegająca na uznawaniu za bardziej prawdopodobne zjawisk, które występują obok nas. Przykładowo, media mają znaczny wpływ na postrzeganie zjawiska korupcji jako ciągle narastającego, pomimo że ma ono w Polsce od wielu lat charakter względnie stały⁵. Dlatego jest prawdopodobne, że manager przypisze czynnikowi korupcji większe znaczenie od rzeczywistego, a wtedy może być bardziej skłonny do zawarcia zmywy przetargowej.

Inną heurystyką jest **tw. heurystyka reprezentatywności**. W tym przypadku przedsiębiorca wyciąga niewłaściwy wniosek ogólny z przesłanki indywidualnej, często popełniając jednocześnie błąd logiczny *pars pro toto*. Jako przykład można podać eksperyment, w którym na podstawie podanego zestawu cech ogólnych badani mieli odpowiedzieć na pytanie, jaki zawód wykonuje osoba. Większość badanych uznała zbieranie książek „białych kruków” za znacznie bardziej reprezentatywne dla prawnika, aniżeli dla inżyniera. Tymczasem empiryczne badania pokazują, że prawdopodobieństwa wystąpienia takich zainteresowań rozkłada się mniej więcej równo w obu tych grupach zawodowych. Heurystyka reprezentatywności będzie często prowadziła do błędów związanych z niewłaściwym wnioskowaniem co do koniunkcji lub alternatywy określonych zdarzeń, przypisując nadmierną rolę łącznemu lub osobnego ich występowaniu. Prowadzić to może do tzw. paradoksu hazardzisty, będącego przekonaniem gracza, że niezależne od siebie zdarzenia należy traktować jako współzależne. Przykładowo, jeżeli w rzucie monetą kilka razy pod rząd wyrzucono orła, to heurystyka reprezentatywności fałszywie podpowiada, że z każdym następnym rzutem powinno wzrastać prawdopodobieństwo wyrzucenia reszki. Tymczasem byłoby to sprzeczne z rachunkiem prawdopodobieństwa, gdyż w każdym rzucie prawdopodobieństwo wyrzucenia reszki wynosi 50 procent.

Analiza heurystyki reprezentatywności może być przydatna przy próbie ustalenia przez organ antymonopolowy czy do naruszenia prawa konkurencji dochodzi na rynkach sąsiednich do rynków będących przedmiotem badań. Przykładowo, jeżeli przedmiotem zainteresowania organu był horyzontalny rynek konkurujących ze sobą sprzedawców, to wertykalnie konkurujący dostawcy mogą mieć po jakimś czasie większą skłonność do zmywy, błędnie zakładając istnienie zmniejszonego prawdopodobieństwa badania rynków wertykalnych.

Kolejną heurystyką jest **heurystyka zakotwiczenia i dostosowania**, której istotą jest zakotwiczenie (*anchoring*) i dostosowanie (*adjustment*) własnego

⁵ Zob. Indeks Percepcji Korupcji (*Corruption Perception Index*) 2014, Transparency International, <http://www.transparency.org/cpi2014/results>

sądu w przypadkowo ustalonej, błędnej przesłance zewnętrznej. Wpływ tej heurystyki na decyzje zakupowe został przebadany m.in. w eksperymencie dotyczącym połączenia obniżki cen produktu z wprowadzeniem nań limitu zakupowego (Wansink, Kent i Hoch, 1998, s. 71–81)]. Cena zupy w puszkach została w trzech sklepach obniżona o 10 centów, przy czym sklep A nie wprowadził żadnego limitu, sklep B wprowadził krótkotrwały limit w ilości 4 sztuk, a sklep C w ilości 12 sztuk. Po okresie eksperymentu okazało się, że średnia zakupów na jednego klienta nieznacznie wzrosła w sklepie B w porównaniu ze sklepem A (3,5 sztuki w sklepie B; 3,3 sztuki w sklepie A), natomiast w sklepie C obroty wzrosły ponad podwójnie (do 7 sztuk). Okazuje się, że limit wprowadził zakotwiczenie przekonania, że limit oznacza możliwość braku dostępności towaru, a dostosowanie do tej heurystyki spowodowało uruchomienie mechanizmu wzrostu popytu.

Innym interesującym przykładem działania heurystyki zakotwiczenia jest eksperyment Tverskiego i Kahnemana (1974, s. 185), polegający na zadaniu pierwszej grupie ankietowanych osób pytania, czy Gandhi zmarł w wieku powyżej 9 lat, a jeżeli tak, to ile miał wtedy lat? Druga grupa otrzymała pytanie, czy Gandhi zmarł w wieku poniżej 140 lat, a jeżeli tak, to ile miał wtedy lat? Osoby należące do pierwszej grupy określiły wiek Gandhiego w chwili jego śmierci średnio na 50 lat, natomiast osoby z drugiej grupy na 67 lat. Z eksperymentu wynika, że wskazania wieku 9 lat i 140 lat zakotwiczyły się tak istotnie w świadomości osób ankietowanych, że mimo ich oczywistej absurdalności w odniesieniu do rzeczywistego wieku śmierci Gandhiego pociągnęły za sobą odpowiedzi dopasowane odpowiednio do każdego zakotwiczenia.⁶

Kolejny eksperyment Tverskiego i Kahnemana dotyczył heurystyki zakotwiczenia powiązanej z tzw. teorią perspektywy. Ankietowanym przedstawiono w symulowanej grze losowej wybór pomiędzy – w ramach „zysków” – a) pewną wygraną 250\$ oraz b) 25-procentową szansą na wygranie 1000\$ i 75-procentowym prawdopodobieństwem zerowej wygranej. Natomiast w ramach „strat” wybór był pomiędzy: c) pewną stratą 750\$ w porównaniu do d) 75-procentowego prawdopodobieństwa straty 1000\$ i 25-procentowej szansy na stratę zerową. Eksperyment wykazał, że najczęściej wybierane były warianty a) oraz d), w których ryzyko straty było najmniejsze, aniżeli warianty b) i c), w których ryzyko straty było wysokie (wariant a)), czy wręcz pewne, choć ograniczone (wariant c)). Oznacza to, że ludzie bardziej boją się strat, aniżeli cenią zyski. Dla analizy kartelowej jest to ważne spostrzeżenie – kartele częściej bowiem będą ujawniać się w sektorach gospodarki dotkniętych dekoniunkturą, aniżeli w tych sektorach, w których zyski są pewne.

⁶ W rzeczywistości Mahatma Gandhi zginął w zamachu w roku 1947, w wieku 78 lat.

3. Błędy poznawcze

Występowanie błędów poznawczych (*cognitive bias*) tłumaczone jest przez aktywizację w umyśle heurystyk. Błędy te są wynikiem nieracjonalnego sposobu postrzegania rzeczywistości. Tworzone są różne klasyfikacje błędów poznawczych, Shermer generalnie dzieli je na trzy kategorie: błędy w zachowaniu i podejmowaniu decyzji, błędy w przekonaniach i ocenie prawdopodobieństwa oraz stereotypy społeczne (Shermer, 2011, s. 274–276). Wszystkich rodzajów błędów poznawczych wyróżnia się kilkadziesiąt, ale ograniczenia niniejszego artykułu nie pozwalają omówić ich tutaj szczegółowo. Niemniej jednak, poniżej wymieniam kilkanaście rodzajów błędów poznawczych najczęściej popełnianych przez managerów, których analiza może mieć istotne znaczenie w behawioralnych ocenach skutków na gruncie prawa konkurencji. Przyczyną popełniania błędów jest brak należytej informacji, brak czasu lub motywacji do pogłębionej analizy oraz nadmierna wiara w swoje kompetencje.

Według klasyfikacji Shermera, **błędy w zachowaniu i podejmowaniu decyzji** powodują powstanie następujących efektów:

- autorytetu, kiedy polega się wyłącznie na czyimś autorytecie;
- czystej ekspozycji, kiedy tworzy się pozytywna opinia czy ocena obiektu pod wpływem samego zwiększenia liczby kontaktów z tym obiektem;
- izolacji, kiedy sami wyróżniamy obiekty, które w jakiś sposób wyróżniają się ze środowiska;
- niepotrzebnych informacji, kiedy mamy skłonność do zbierania dodatkowych informacji nawet wtedy, gdy nie mogą one mieć wpływu na podejmowaną decyzję;
- tzw. efekt Pollyanny, kiedy przeważa tendencja do myślenia o rzeczach przyjemnych i poszukiwania pozytywnych aspektów w każdej sytuacji, przy jednoczesnym ignorowaniu aspektów przykrych lub nieprzyjemnych;
- posiadania, kiedy oceniamy rzeczy posiadane jako bardziej wartościowe niż identyczne nieposiadane;
- potwierdzenia, kiedy poszukujemy wyłącznie faktów potwierdzających posiadaną opinię, a nie weryfikujących ją;
- przywiązania, kiedy korzystamy ze zbyt mało różnorodnych źródeł informacji;
- pseudopewności, kiedy unikamy ryzyka przy dążeniu do pozytywnych rezultatów, a szukania ryzyka przy dążeniu do uniknięcia analogicznych negatywnych rezultatów;
- skupienia, kiedy popełniamy błąd w ocenie wynikający ze zwracania nadmiernej uwagi na jeden aspekt i ignorowania innych aspektów;

- *status quo*, kiedy wykazujemy tendencję do akceptowania rzeczy takich, jakimi aktualnie są;
- ślepej plamki, polegający na tendencji do niezauważania błędów we własnej ocenie rzeczywistości;
- wspierania decyzji, kiedy mamy tendencję do lepszego pamiętania argumentów przemawiających za podjętą już decyzją niż przeciwko niej;
- wyniku, kiedy mamy tendencję do oceniania decyzji na podstawie znanych później ich rezultatów, zamiast na podstawie informacji znanych w momencie podejmowania tych decyzji;
- wyświadczonej przysługi, kiedy mamy tendencję do zmiany postawy na bardziej przyjazną w stosunku do osób, dla których z własnej woli zrobiło się coś dobrego;
- zaprzeczania, polegający na tendencji do krytycznego weryfikowania informacji, które zaprzeczają dotychczasowym opiniom, przy jednoczesnym bezkrytycznym akceptowaniu informacji, które je potwierdzają;
- zerowego ryzyka, polegający na ocenie redukcji ryzyka do zera jako bardziej wartościowej niż wynikałoby to z wyceny samego ryzyka;
- hiperboliczne obniżenia wartości, kiedy mamy tendencję do przedkładania wcześniejszych zysków nad późniejsze tym silniej, im oba zyski są bliżej obecnej chwili;
- ignorowanie prawdopodobieństwa, polegający na tendencji do ignorowania zasad rachunku prawdopodobieństwa przy podejmowaniu decyzji w niepewnych sytuacjach;
- niechęć do straty, polegający na tendencji do przykładania większego wysiłku do unikania strat niż do uzyskiwania analogicznych zysków;
- racjonalizacji zakupu, kiedy przekonujemy *post-factum* samych siebie o wartości dokonanego zakupu;
- skrzywienia zawodowego, polegającego na tendencji do oceniania rzeczy z punktu widzenia swojej profesji, z ignorowaniem szerszego punktu widzenia;
- podczepienia, polegający na tendencji do robienia czegoś dlatego tylko, że wiele osób tak robi (powiązanie z zachowaniem stadnym i modą);
- złudzenia kontroli, kiedy mamy przekonanie o możliwości wpływania na sytuację, na które w rzeczywistości żadnego wpływu się nie ma;
- złudzenie planowania, polegający na tendencji do niedoceniań kosztów i czasu wykonania przyszłego zadania.

Warto wymienić także niektóre rodzaje **błędów w przekonaniach i ocenie prawdopodobieństwa**:

- koniunkcji, polegający na tendencji do przypisywania bardziej szczegółowym warunkom większego prawdopodobieństwa niż bardziej ogólnym;

- nadrzędności przekonań, polegający na tendencji do podporządkowywania swoich opinii na różne tematy jednej konkluzji, tak aby nie zachodziły między nimi dylematy;
- obserwatora, kiedy zaburzamy wynik eksperymentu w oczekiwaniu na jego konkretny wynik;
- pewności wstecznej, określanej także jako efekt „wiedziałem-że-tak-będzie”, polegający na ocenianiu przeszłych wydarzeń jako bardziej przewidywalnych niż rzeczywiście były;
- polaryzacji, kiedy używamy tych samych, neutralnych faktów do wzmocnienia zarówno pozytywnej, jak i negatywnej opinii na jakiś temat;
- subaddytywności, kiedy mamy tendencję do szacowania prawdopodobieństwa całości jako niższego niż prawdopodobieństwo poszczególnych części;
- pozytywnej retrospekcji, polegający na tendencji do oceniania przeszłych zdarzeń lepiej, niż się je oceniało, gdy zachodziły;
- zasady szczyt-koniec, polegający na tendencji do oceniania doświadczeń wyłącznie na podstawie ich najsilniejszego bodźca (pozytywnego lub negatywnego) oraz efektu końcowego, z ignorowaniem intensywności i liczby pozostałych bodźców.

Wreszcie, na zakłócenie ocen i procesów decyzyjnych mają wpływ błędy popełniane w wyniku poddania się **stereotypom społecznym**, przykładowo takie jak:

- błąd przypisania cech, polegający na tendencji do oceniania własnej osobowości, zachowania i humorów jako bardziej zmiennych i mniej przewidywalnych niż u innych;
- efekt grupy, polegający na lepszym traktowaniu ludzi, którzy przynależą do tej samej grupy co my;
- efekt aureoli, kiedy mamy tendencję do nadmiernego uwzględniania wpływu jednej cechy osoby (np. urody) na ocenę innych jej cech (np. kompetencji);
- złudzenie ponadprzeciętności, polegający na tendencji do zakładania przy dowolnej ocenie, że samemu jest się powyżej średniej;
- efekt projekcji, polegający na tendencji do zakładania większego poparcia dla własnych poglądów i wyznawanych wartości niż faktycznie występuje;
- fenomen sprawiedliwego świata, polegający na twierdzeniu, że świat jest w jakiś sposób sprawiedliwy i ludzie dostają to na co zasłużyli;
- iluzja przejrzystości, kiedy mamy tendencję do uważania, że stan psychiczny innych ludzi jest widoczny dla innych w większym stopniu niż w rzeczywistości;

- samospełniające się proroctwo, polegający na częściowo uświadomionym wykonywaniu działań, które doprowadzają do efektów wcześniej przez nas przewidywanych;
- tendencja samoobronna, polegająca na tłumaczeniu własnych porażek wpływem środowiska i tłumaczenia sukcesów swoimi cechami wewnętrznymi;
- zasada homogeniczności zewnątrz, polegająca na ocenianiu członków własnej grupy jako bardziej zróżnicowanych niż członkowie innych grup.

IV. Podsumowanie

Do metod behawiorystycznej oceny zjawisk z zakresu ochrony konkurencji można i należy podchodzić z odpowiednią dozą krytycyzmu. Taką samą zresztą, jaką należy zachować w stosunku do każdej innej metody badawczej, biorąc pod uwagę to, że nie istnieje jedna, uniwersalna metoda opisu rzeczywistości gospodarczej, ani aktualnej, ani ekstrapolowanej.

Krytycy ekonomii behawioralnej wskazują (Korobkin, 2011, s. 11), że przypisuje ona nadmierną rolę eksperymentowi. Dodatkowo, eksperyment sam w sobie nie jest idealnym narzędziem analitycznym. Przede wszystkim, jego wynik zależy może od przyjętych założeń i samej organizacji eksperymentu. Ponadto, w przypadku eksperymentów polegających na ankietowaniu osób, wiele zależy od sformułowania, doboru, ilości, jakości i kolejności stawianych pytań. Dobrym przykładem mogą być referenda, których wynik bywa często kwestionowany za względu na treść i sposób prezentacji zadawanych pytań. Podobnie sprawa może się mieć z ankietami konsumenckimi, których wyniki często diametralnie się różnią, pomimo tego, że dotyczą tych samych zagadnień, np. oceny jakości produktu. Zafałszowany wynik może być rezultatem świadomego działania, kiedy firmie zależy na określonym skutku i dlatego stara się wpłynąć na obiektywizm badania. W innych przypadkach, członkowie badanej grupy mogą ulegać odchyleniom poznawczym i popełniać błędy z rodzaju tych wskazanych w pkt III. W końcu nikt nie jest wolny od popełniania tych błędów.

Można także twierdzić, że behawioryzm przypisuje nadmierną rolę stanom emocjonalnym decydentów, a przez to ma skłonność do rozwiązywania problemów, które najpierw sam stwarza. Ekonomisci „głównego nurtu” twierdzą (Wright i Stone, 2012, s. 1517–33), że w ramach krytyki neoliberalnego paradygmatu racjonalnego przedsiębiorcy behawioryzm zdaje się zwalczać tezy, których ekonomisci neoliberalni wcale nie traktują jako obowiązujący dogmat. Przykładowo, w wielu modelach ekonomicznych uwzględ-

niany jest jednak czynnik ludzkiego błędu, a zatem modele te wcale nie opisują idealnej rzeczywistości, jak twierdzą behawioryści.

Mimo wspomnianej krytyki, podejście behawioralne zasługuje na szczególną uwagę wszystkich tych, którzy zajmują się analizami z zakresu ochrony konkurencji. Chodzi tu zarówno o organ antymonopolowy, jak strony postępowania i ich doradców prawnych i ekonomicznych. Argumentacja oparta o analizy behawioralne toruje sobie drogę także w istotnych sporach antymonopolowych, takich jak sprawa American Express w USA.⁷ Broniący się przed zarzutami przedsiębiorca wsparł swoją argumentację analizą behawioralną zachowań konsumenckich.

Prawo ochrony konkurencji jest ze swej istoty dziedziną w znacznym stopniu interdyscyplinarną (Kovacic i Reindl, 2004, s. 922). Poprawne rozumienie wielu pojęć stosowanych w tej dziedzinie wymaga wiedzy ekonomicznej, ale także psychologicznej, socjologicznej i prawnokarnej. Nie można uprawiać prawa ochrony konkurencji bez szerokiego spojrzenia na zjawiska gospodarcze, bez uwzględniania interdyscyplinarnego dorobku innych dziedzin nauki i wiedzy. Dlatego behawioryzm ma swoje istotne miejsce jako narzędzie analityczne, już to jako substytut innych tego rodzaju narzędzi badawczych, już jako metodologia komplementarna.

Pomiędzy różnymi odłamami i poglądami ekonomicznymi występują oczywiście istotne czy wręcz zasadnicze różnice. Nie ma jednak przeszkód po temu, aby behawioryzm uczestniczył w „pokojowym współistnieniu” (*rapprochement*) wielu kierunków ekonomicznych, zajmując stosowne mu miejsce w interdyscyplinarnym wyścigu po najlepszą jakość wiedzy.

Bibliografia

- Arnaudo, L. (2003). The Quest for Behavioural Antitrust, Beyond the Label Battle, Towards a Cognitive Approach. *Temi i Problemi*, Numero 15, Novembre 2013.
- Devlin, A. i Jacobs, M. (2010). Antitrust Error, *William and Mary Law Review*, Vol. 52:075.
- Falkowski, A. i Tyszka, T. (2009). *Psychologia zachowań konsumenckich*, GWP Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Fosterling, F. (2005). *Atrybucje*, Warszawa.
- Granville, B. (2007). Debate: Are Markets Moral? *Queen Mary*, University of London, April 24.

⁷ <http://www.justice.gov/atr/division-update/2015/division-amex-trial-victory-promotes-competition-in-credit-card-industry>

- Gruza, E. (2003). Kryteria oceny wiarygodności zeznań świadków. W: M. Goc, E. Gruza i T. Tomaszewski. *Problemy współczesnej kryminalistyki*, tom VII, cz. druga, Warszawa.
- Hawking, S. i Mlodinow, L. (2010). *The Grand Design*, New York.
- Heller, M. (2008). *The Gridlock Economy*, New York.
- Jurczyk, Z. (2012) *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*. Warszawa.
- Korobkin, R.B. (2011). What Comes After Victory for Behavioral Law and Economics? UCLA School of Law, *Law-Econ Research Paper* No. 11–10.
- Kovacic, W.E. i Reindl, A.P. (2004). An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy. *Fordham International Law Journal*. Volume 28, Issue 4.
- Milgram, S. (1963). Behavioral Study of Obedience, *Journal of Abnormal and Social Psychology*. Yale, Vol. 67.
- Shermer, M. (2011). *The Believing Brain*, New York.
- Sroczyński, J. (2013). *Behavioral antitrust: nowoczesna metoda analizy kartelowej*. W: *Spory o własność intelektualną – Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*. Warszawa.
- Sroczyński, J. (2014). Dominance, Collectivism and Behaviorism: New Perspectives? W: *“40th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2013”*. Fordham Competition Law Institute. New York: The Juris Publishing Inc.
- Stelmach, J., Brożek, B. i Załuski, W. (2007). *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa.
- Wansink, B., Kent, R.J. i Hoch, S.J. (1998). An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions. *Journal of Marketing Research*. Vol. XXXV (February).
- Wright, J.D. i Stone, J.E. (2012). Misbehavioral Economics: The Case Against Behavioral Antitrust. *Cardozo L. Rev.* Vol. 33, No. 4.
- Tversky, A. i Kahneman, D. (1974). Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science* 1124. W: Kahneman D. et al. (red). *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases* 3, 1982.

Wojciech Szymczak
Nikodem Szadkowski*

Rola ekonomii w prawie konkurencji – teoria i praktyka polskiego organu antymonopolowego

Spis treści:

- I. Wstęp
- II. Rola ekonomii w praktyce organu antymonopolowego
 1. Podejście ekonomiczne w prawie konkurencji
 2. Ekonomia i ekonomiści w procesie stosowania prawa konkurencji
 - 2.1. Ramy dla interpretacji podstawowych pojęć prawa konkurencji
 - 2.2. Ramy analityczne i narzędzia empiryczne dla oceny zachowań rynkowych
 - 2.3. Ograniczenia dla stosowania metod ekonomicznych w prawie konkurencji
 - 2.4. Aspekt instytucjonalny
 3. Najczęstsze nieporozumienia związane z zastosowaniem metod ekonomicznych w prawie konkurencji
- III. Analiza ekonomiczna w działalności UOKiK
 1. Wzrost znaczenia analizy ekonomicznej w działalności Urzędu w ostatnim piętnastolecu
 2. Analiza ekonomiczna w obecnej strukturze UOKiK
 - 2.1. Wydział Badań Rynku
 - 2.2. Zadania Wydziału Analiz Ekonomicznych
 - 2.3. Udział DAR w prowadzonej przez UOKiK działalności *advocacy*
 - 2.4. Nowe wyzwania dla ekonomistów
- IV. Podsumowanie

* Dyrektor i Zastępca Dyrektora Departamentu Analiz Rynku UOKiK. Zawarte w artykule poglądy są poglądami prywatnymi i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

Streszczenie

Artykuł analizuje rolę ekonomii i ekonomistów w procesie stosowania prawa konkurencji. Jego pierwsza część przedstawia podstawowe obszary, w których ekonomia może przyczynić się do usprawnienia procesu stosowania prawa konkurencji, do których należą tworzenie racjonalnych ram interpretacyjnych dla podstawowych pojęć tej gałęzi prawa, jak również dostarczanie ram analitycznych i narzędzi empirycznych dla oceny zachowań rynkowych. Omawia ograniczenia dla zastosowania ekonomii w praktyce oraz ich implikacje dla optymalnego stopnia skomplikowania używanych metod. Wskazuje również trzy najpowszechniejsze nieporozumienia dotyczące roli ekonomii w prawie konkurencji: nierealistyczne oczekiwania wobec możliwego stopnia precyzji analiz ekonomicznych, utożsamianie użyteczności analiz z ich skomplikowaniem oraz nieuprawnione upraszczanie teorii ekonomicznych.

Druga część przedstawia doświadczenia UOKiK, analizując rolę wyspecjalizowanej jednostki ekonomicznej w strukturze Urzędu oraz jej zmiany na przestrzeni lat. Analiza skupia się na aspekcie organizacyjnym, wskazując jak wykonywane przez ekonomistów zadania zintegrowane są z działalnością komórek orzeczniczych i wpływają na realizację stawianych im celów. Ilustrowana jest przykładami konkretnych postępowań oraz badań rynku.

W ocenie autorów wykorzystanie analizy ekonomicznej przez organ antymonopolowy powinno się opierać na prostych i szeroko akceptowanych teoriach i narzędziach empirycznych, zaś ekonomiści winni stanowić integralny element procesu decyzyjnego organów antymonopolowych.

Słowa kluczowe: konkurencja, prawo konkurencji, podejście ekonomiczne, organizacja działalności ekonomistów, UOKiK.

Klasyfikacja JEL: K21, L40.

I. Wstęp

Rola ekonomii i ekonomistów w stosowaniu prawa konkurencji jest przedmiotem żywej debaty, w trakcie której – jak wskazują obserwacje autorów – nagromadziło się wiele nieporozumień, zarówno co do samej roli ekonomii, jak i do roli, jaką w Urzędzie Ochrony i Konsumentów (UOKiK) odgrywa Departament Analiz Rynku (DAR). Niniejszy artykuł ma za zadanie rozwiązać przynajmniej niektóre z nich, przedstawiając rolę, jaką w ocenie autorów winna odgrywać ekonomia w procesie stosowania prawa konkurencji, jak również przybliżając ewolucję roli i zadań Departamentu Analiz Rynku.

W pierwszej części artykułu autorzy opisują pokrótce ekonomiczne podejście do prawa konkurencji, przedstawiają również podstawowe obszary, w których ekonomia i ekonomiści mogą przyczynić się do usprawnienia i zrjonalizowania procesu stosowania prawa konkurencji. Są to: stworzenie racjonalnych ram dla interpretacji podstawowych pojęć prawa konkurencji oraz dostarczenie ram analitycznych i narzędzi empirycznych dla oceny poszczególnych zachowań rynkowych. Zwracają również uwagę na ograniczenia instytucjonalne wynikające ze zróżnicowanego stopnia wiedzy ekonomicznej podmiotów uczestniczących w procesie stosowania prawa konkurencji oraz celów tego ostatniego, wskazując ich implikacje dla pożądanego stopnia skomplikowania stosowanych metod ekonomicznych. Konkluzję pierwszej części stanowi opis trzech relatywnie często spotykanych nieporozumień dotyczących roli ekonomii w procesie stosowania prawa konkurencji, do których należą: nierealistyczne oczekiwania wobec możliwego stopnia precyzji analiz ekonomicznych, utożsamianie użyteczności analiz z ich skomplikowaniem oraz nieuprawnione upraszczanie teorii ekonomicznych.

W drugiej części artykułu autorzy skupiają się na doświadczeniach UOKiK. Opisują rozwój zaangażowania ekonomistów z wyspecjalizowanej komórki organizacyjnej jaką jest Departament Analiz Rynku w działalność organu antymonopolowego, przedstawiają również strukturę departamentu oraz jego rolę i zadania. Opis charakteru działań badawczych i analitycznych jest ilustrowany przykładami konkretnych badań rynku oraz postępowań, w których wyniki analiz zostały wykorzystane. Przedstawiona charakterystyka pracy DAR prezentuje również organizacyjny aspekt pracy ekonomistów, wskazując jak wykonywane przez nich zadania zintegrowane są z działalnością komórek orzeczniczych i wpływają na realizację stawianych im celów.

II. Rola ekonomii w praktyce organu antymonopolowego

1. Podejście ekonomiczne w prawie konkurencji

W ciągu ostatnich kilkunastu lat znaczenie ekonomii i ekonomistów w stosowaniu prawa konkurencji istotnie wzrosło, w dużej mierze w wyniku zmian organizacyjnych w Komisji Europejskiej (KE). Rosnąca świadomość niedostatków opartego na sztywnych, nie zawsze dostosowanych do gospodarczych okoliczności danej sprawy regulach z jednej strony oraz porażki sądowe w prestiżowych sprawach koncentracyjnych wynikające z błędów w przeprowadzonej analizie ekonomicznej zaowocowały przyjęciem przez

Komisję Europejską „bardziej ekonomicznego podejścia” (*more economic approach*) do stosowania prawa konkurencji. Jego wyróżnikiem jest przyjęcie za punkt odniesienia dobrobytu konsumenta (w praktyce – kontrahenta, którym nie musi być konsument¹) i skupienie na skutkach analizowanych zachowań rynkowych, w przeciwieństwie do jego formy. W ramach ekonomicznego podejścia zwraca się również uwagę na możliwe uzasadnienia efektywnościowe dla analizowanych zachowań rynkowych, nie uchylając się od ważenia pro- i antykonsumenckich skutków tych ostatnich (Albers, 2006 ss. 1–3; zob. również *An economic approach...*, 2006).

Podejście ekonomiczne jest wyraźnie widoczne w wielu aspektach funkcjonowania unijnego organu antymonopolowego. Znajduje odzwierciedlenie w szeregu wytycznych wydanych przez KE, począwszy od wytycznych w sprawie porozumień wertykalnych z 1999 r.², przez wytyczne dotyczące koncentracji horyzontalnych³ i niehoryzontalnych⁴ oraz przypadków wykluczeniowego nadużywania pozycji dominującej⁵ (by wymienić najważniejsze). Odzwierciedla je również praktyka decyzyjna, zwłaszcza dotycząca koncentracji, którą Komisja opiera na spójnych ramach wyznaczonych ww. wytycznymi i w ramach której nie stroni od bardziej skomplikowanych analiz ekonomicznych⁶. Podejście ekonomiczne jest również zakotwiczone instytucjonalnie – w Dyrektoriacie Generalnym KE ds. Konkurencji od września 2003 r. działa Zespół Głównego Ekonomisty, którego pracownicy wspierają zespoły prowadzące postępowania, doradzając w kwestiach ekonomicznych, zwłaszcza dotyczących teorii szkody i pomagając w bardziej skomplikowanych analizach, z drugiej zaś dostarczając decydującym (Komisarzowi i Dyrektorowi Generalnemu) niezależnej opinii o sprawach i wytycznych, w które byli zaangażowani (Röller, 2005, s. 14).

Ekonomiczne podejście do prawa konkurencji, choć niewątpliwie przyczyniło się do usprawnienia jego stosowania, nie zmieniło jednak zasadniczej

¹ Por. Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz. Urz. WE 2004, C 101/08, pkt 84.

² Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. WE 2000, C 291/01).

³ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 31/5).

⁴ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2008, C 265/6).

⁵ 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 dominującej (Dz. Urz. UE 2009, C 45/02).

⁶ Por. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27.06.2007 r. w sprawie M.4439.

roli ekonomii i ekonomistów w tym obszarze, stwarzając raczej sprzyjające warunki dla jej sprawniejszego wykonywania. Zwłaszcza w obszarze kontroli koncentracji, gdzie zmiany były najszybciej widoczne, z uwagi na dużą liczbę i szybkość postępowań, wyraźnie widać, że działalność ekonomistów zasadniczo sprowadza się do określenia ram analitycznych, analizy funkcjonowania rynków z uwzględnieniem ich specyficznego kontekstu oraz analizy hipotez istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Prawo konkurencji nie stało się domeną ekonomistów, nie zostało oparte na nowych, nieuwzględnianych wcześniej i technicznie skomplikowanych teoriach, zaś bardziej skomplikowane, ilościowe analizy ekonomiczne stanowią zazwyczaj dodatkowy materiał wspierający argumentację i same w sobie nie przesądzają o ostatecznym rozstrzygnięciu. W praktyce podejście ekonomiczne zapewnia sprawniejsze niż dotychczas wykorzystanie ekonomistów i analizy ekonomicznej w procesie stosowania prawa konkurencji, nie zmieniając fundamentalnie ich zasadniczej roli, wyznaczonej zarówno silnymi i słabymi stronami analizy ekonomicznej, jak i samym kształtem procesu stosowania prawa.

2. Ekonomia i ekonomiści w procesie stosowania prawa konkurencji

Prawo konkurencji reguluje relacje między przedsiębiorcami oraz przedsiębiorcami i konsumentami, zakazując określonych działań (porozumień ograniczających konkurencję, nadużywania pozycji dominującej przez przedsiębiorców oraz koncentracji prowadzących do istotnego ograniczenia konkurencji), w określonych ramach instytucjonalnych – na straży zachowania prawa konkurencji stoi odpowiedni organ, którego decyzje podlegają kontroli sądowej. Powyższe okoliczności w dużej mierze wyznaczają (szeroki) zakres, w jakim ekonomia i ekonomiści mogą przyczynić się do właściwego ze społecznego punktu widzenia funkcjonowania prawa konkurencji, jak również dyktują ograniczenia dla ich roli w tym procesie.

2.1. Ramy dla interpretacji podstawowych pojęć prawa konkurencji

Ogólnie sformułowana treść przepisów prawa konkurencji powoduje, że ich praktyczne zastosowanie wiąże się z koniecznością daleko idącej interpretacji. Wysoce pożądane jest, by interpretacja taka była spójna i prowadziła do interwencji zwiększających efektywność funkcjonowania rynków⁷, nie

⁷ W praktyce ochrony konkurencji efektywność funkcjonowania rynku mierzy się najczęściej z punktu widzenia wpływu poszczególnych zachowań na nadwyżkę konsumenta, w przeciwieństwie do standardowej w ekonomii praktyki mierzenia efektywności sumą nadwyżki konsumenta i producenta. Podejście takie zapewnia, że oceniane zachowania

dając zarazem podstaw do interwencji społecznie szkodliwych. Ekonomia, jako nauka o gospodarowaniu, badająca m.in. zachowanie przedsiębiorstw na rynku, dostarcza dla takiej interpretacji skutecznych narzędzi⁸ i pozwala na wypełnienie treścią i zoperacjonalizowanie podstawowych pojęć prawa konkurencji, takich jak ograniczenie konkurencji, czy pozycja dominująca, właśnie z punktu widzenia wpływu rynkowego przyjęcia określonych ich interpretacji.

Intuicyjne, abstrahujące od logiki ekonomicznej rozumienie powyższych terminów może prowadzić do niepożądanego ścigania zachowań, które nie szkodzą efektywności ekonomicznej rynku lub nawet ją zwiększają. Jako przykład mogą tutaj posłużyć dwie popularne, intuicyjne koncepcje, wiążące stan konkurencji, odpowiednio, z maksymalizacją liczby firm działających na rynku oraz z brakiem ograniczeń dla swobody zachowania rynkowego przedsiębiorców. Trzymanie się pierwszej ze wskazanych koncepcji może prowadzić do podejmowania przez państwo interwencji przeciwko zachowaniom, które skutkują wyjściem niektórych przedsiębiorstw z rynku, takich jak obniżanie cen przez bardziej efektywne firmy, którego efektem jest opuszczenie rynku przez firmy o wyższych kosztach⁹. Jednak już nieskomplikowana refleksja wskazuje, że przeciwdziałanie zachowaniom przedsiębiorstw zmierzającym do przedstawienia klientom lepszej oferty nie jest korzystne dla tych ostatnich, zaś najpewniejszym sposobem maksymalizacji liczby firm na rynku byłoby ustanowienie możliwie wysokiej (i niekorzystnej dla klientów tak uregulowanej branży) urzędowej ceny minimalnej, która pozwoliłaby się utrzymać na nim możliwie dużej liczbie przedsiębiorców.

Z kolei utożsamianie konkurencji z brakiem zewnętrznych ograniczeń dla swobody zachowań rynkowych może skutkować ściganiem szeregu porozumień wertykalnych, które do takich ograniczeń w zachowaniu dystrybutorów lub detalistów prowadzą. Jak jednak pokazują wyniki badań ekonomicznych, ograniczenie swobody partnerów kontraktowych może być

rynkowe przedsiębiorców będą zawsze pozostawać z korzyścią dla konsumentów i neutralizuje przewagę argumentacyjną przedsiębiorców, związaną z ich większymi zasobami, możliwością lobbingu i lepszą informacją (Neven i Röller, 2005, ss. 829–848). Szerzej na temat ekonomicznego punktu odniesienia dla oceny efektywności interwencji antymonopolowych (Werden).

⁸ Szczególnie przydatny jest w tym kontekście dorobek działu ekonomii zajmującego się funkcjonowaniem rynków niedoskonale konkurencyjnych (Industrial Organization), w ramach którego analizowane są strategie rynkowe firm oraz ich wpływ na podstawowe zmienne rynkowe, takie jak ceny, czy zyski.

⁹ Jako przykład praktycznego zastosowania takiej koncepcji przez sądy można podać wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie Utah Pie (Utah Pie Co. Vs. Continental Baking Co. 386 U.S. 685 (1967)).

konieczne dla uniknięcia ich oportunistycznych zachowań, czy też zapewnienia odpowiednich bodźców uczestnikom łańcucha dystrybucji i skutkować większą efektywnością rynku – lepszym zaspokojeniem potrzeb klientów takiej branży (poprzez niższe ceny lub szerszą ofertę) (Rey i Vergé, 2008, ss. 353–390). W takiej sytuacji maksymalizowanie swobody rynkowej dystrybutorów mogłoby doprowadzić do mniej efektywnego funkcjonowania rynków, ze szkodą dla konsumentów.

Innym przykładem konsekwencji braku dostatecznej refleksji ekonomicznej nad podstawowymi pojęciami prawa konkurencji jest podejście uznające zmony przetargowe między organizatorem przetargu a jego uczestnikami za porozumienia ograniczające konkurencję. Pogląd ten, choć powszechnie akceptowany w literaturze prawniczej (Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 298 i 300) oraz uwzględniony w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁰, z ekonomicznego punktu widzenia jawi się jako oparty na nieporozumieniu. Jednym z podstawowych założeń metodologicznych w ekonomii jest bowiem przyjęcie, że działający na rynku przedsiębiorcy zachowują się racjonalnie, dążąc do maksymalizacji zysku (Samuelson, 1983). Zgodnie z tym założeniem, jeśli dany podmiot wybiera określoną ofertę, należy przyjąć, że jest ona z jego punktu widzenia najbardziej korzystna, niezależnie od tego, jak zostałaby oceniona przez inne osoby.

W takich ramach pojęciowych nie sposób uznać, że zawarcie przez organizatora przetargu (będącego w tej relacji „konsumentem”¹¹) porozumienia z dostawcą, zmierzającego do zapewnienia temu ostatniemu wygranej, narusza interes tego pierwszego, skoro sam dobrowolnie do takiej sytuacji dąży¹². W przypadku pozostałych naruszeń ściganych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, podmioty nimi dotknięte (konsumentci oraz kontrahenci przedsiębiorców uciekających się do stosowania praktyk ograniczających konkurencję) są ich ofiarami, nie zaś dobrowolnymi uczestnikami: zakup produktu lub usługi po cenie kartelowej czy monopolistycznej nie jest w ich przypadku dobrowolny, lecz wymuszony brakiem alternatyw. Wertykalne zmony przetargowe mogą oczywiście budzić słuszne zastrzeżenia z punktu widzenia uczciwości konkurencji lub zgodności działań podmiotów lub osób organizujących przetarg z interesem instytucji, na rzecz

¹⁰ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015, poz. 184), art. 6 ust. 1 pkt 7

¹¹ Por. przypis 2.

¹² Z punktu widzenia wpływu na konkurencję zachowanie takie nie różni się zasadniczo od bezpośredniego (z pominięciem przetargu) wyboru danego kontrahenta, co jest zachowaniem powszechnym, całkowicie naturalnym i co do zasady niebudzącym zastrzeżeń ze strony organów antymonopolowych.

których działają (tzw. problem agencji), ale ich klasyfikacja jako praktyk ograniczających konkurencję nie znajduje ekonomicznego uzasadnienia – działania takie co do zasady nie tworzą ani nie są przejawem siły rynkowej, szkodzącej kontrahentom lub konsumentom.

2.2. Ramy analityczne i narzędzia empiryczne dla oceny zachowań rynkowych

Na poziomie praktycznym, w ramach prowadzonych postępowań analiza ekonomiczna dostarcza niezbędnych ram analitycznych dla oceny zgodności zachowań z prawem konkurencji, przede wszystkim poprzez logicznie spójne teorie szkody dla konkurencji związanej z danym zachowaniem. Pozwalają one na jasne przedstawienie związku między określonym zachowaniem, a szkodą dla uczestników rynku oraz sformułowanie warunków, w których takiej szkody można oczekiwać. Przykładowo, w przypadku koncentracji wertykalnej jednym z niebezpieczeństw jest odcięcie działającym na niższym szczeblu obrotu konkurentom nowopowstałego podmiotu dostępu do istotnego środka produkcji (*input foreclosure*)¹³. Właściwie sformułowana teoria szkody pozwala stworzyć racjonalne ramy dla oceny, czy niebezpieczeństwo to jest realne – czy uczestnicy koncentracji rzeczywiście mogą ograniczyć konkurentom na rynku niższego szczebla dostęp do czynnika produkcji, czy jest to dla nich opłacalne i czy takie zachowanie istotnie doprowadziłoby do zaburzenia konkurencji skutkującego pogorszeniem oferty dla odbiorców na rynku niższego szczebla obrotu. Umożliwia również zoperacjonalizowanie poszczególnych pojęć tak, by możliwe było empiryczne sprawdzenie hipotez, poprzez zbadanie udziałów rynkowych, poziomu kosztów produkcji przedsiębiorcy, kosztów wejścia na rynek, stopnia bliskości konkurencji między przedsiębiorcami, czy innych zmiennych wpływających na skutki zachowań przedsiębiorców na rynku. W ten sposób można porównać rzeczywiste warunki rynkowe ze scenariuszem ograniczenia konkurencji, sprawdzając, czy do takiego scenariusza przystają i można w związku z tym spodziewać się ograniczenia konkurencji w wyniku analizowanego zachowania.

Szczególnie przydatne okazują się tutaj stosowane w ekonomii narzędzia empiryczne, pozwalające w możliwie precyzyjny sposób przeanalizować relacje między poszczególnymi zmiennymi rynkowym i ustalić, czy zachowują się one w sposób spójny z weryfikowanymi hipotezami i niespójny z hipotezami alternatywnymi (np. spójny teoriami zakładającymi istnienie ograniczenia konkurencji na rynku i sprzeczny z teoriami zakładającymi brak takiego

¹³ Por. Wytoczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2008, C 265/6), pkt. 41–57.

skutku, czy też spójny z hipotezą o węższym zakresie rynku geograficznego i niespójny z hipotezą o jego szerszym zakresie). Narzędzia powyższe z jednej strony zmiernają do zapewnienia metodologicznej poprawności dokonywanych porównań (porównywania wielkości, które rzeczywiście są porównywalne), z drugiej zaś umożliwiają efektywne wykorzystanie dużej liczby danych, których indywidualna, nieoparta na metodach matematycznych analiza byłaby żmudna i w praktyce niemożliwa¹⁴.

Podobnie jak w przypadku interpretacji podstawowych pojęć prawa konkurencji, przewaga analizy ekonomicznej nad intuicyjnym, opartym na analogiach podejściem do prawa konkurencji polega na bardziej rygorystycznym zbadaniu konsekwencji określonego zachowania oraz lepszym usystematyzowaniu zgromadzonych w postępowaniu danych ilościowych, co pozwala oprzeć się na szerszym i bardziej wiarygodnym materiale niż wybrane, pojedyncze dane, czy anegdotyczne obserwacje. Warto podkreślić, że ocena zachowania firm na rynku przez pryzmat analizy ekonomicznej nie oznacza zastąpienia prostych, sprawdzonych reguł wypracowanych w orzecznictwie skomplikowanymi i abstrakcyjnymi modelami ekonomicznymi. W rzeczywistości bowiem stosowane w orzecznictwie reguły same opierają się na określonym, choć rzadko *explicite* wyartykułowanym modelu funkcjonowania rynków, a zatem mamy do czynienia raczej z zastąpieniem jednego, zazwyczaj bardzo uproszczonego modelu drugim, zazwyczaj biorącym pod uwagę większą liczbę faktów o rzeczywistości gospodarczej.

Właściwe zastosowanie narzędzi empirycznych może wymagać w praktyce zgromadzenia odpowiednich informacji o specyfice rynku oraz danych ilościowych, do czego z kolei niezbędne może być przeprowadzenie odpowiedniego badania rynku. Przedsięwzięcie to może być nietrywialne – ustalenie zakresu potrzebnych danych, konstrukcja kwestionariusza, czy odpowiednie przetworzenie otrzymanych informacji mogą stwarzać poważne problemy praktyczne i metodologiczne.

2.3. Ograniczenia dla stosowania metod ekonomicznych w prawie konkurencji

Zastosowanie ekonomii w prawie konkurencji napotyka na istotne ograniczenia instytucjonalno-proceduralne, związane z organizacją procesu stosowania prawa konkurencji. Podstawowe ograniczenie wiąże się z faktem, iż prawo konkurencji nie jest co do zasady stosowane przez specjalistów w dziedzinie ekonomii. Autorami decyzji antymonopolowych, ich „recenzentami” w ramach kontroli sądowej oraz pełnomocnikami stron są bowiem

¹⁴ Szerzej na temat narzędzi empirycznych znajdujących zastosowanie w analizach przeprowadzanych na potrzeby stosowania prawa konkurencji [Bishop, i Walker, 2010, rozdziały 9–16 oraz Davisi Garcés, 2010].

prawnicy, co jest naturalną konsekwencją faktu, iż mamy do czynienia z procesem stosowania prawa. Powoduje to, że używane na potrzeby postępowania analizy, czy to teoretyczne, czy też empiryczne, powinny być możliwie nieskomplikowane i łatwe do zrozumienia dla osób niedysponujących znajomością zaawansowanej matematyki, zaś ich wyniki winny być możliwie wiarygodne i poddawać się możliwie prostej interpretacji. Fakt, iż postępowania antymonopolowe, zwłaszcza z zakresu kontroli koncentracji, muszą być rozstrzygnięte w określonych ramach czasowych, dodatkowo ogranicza możliwy i pożądany zakres oraz skomplikowanie przeprowadzanych analiz.

Specyfika zastosowania ekonomii w prawie konkurencji stoi w wyraźnym kontraście z zastosowaniem analizy ekonomicznej w badaniach akademickich, gdzie dyskusja toczy się w gronie ekspertów, którzy dysponują dogłębną wiedzą o stosowanych modelach i metodach empirycznych, są w stanie ocenić ich słabe punkty i zaproponować własne rozwiązania. Dyskusja nie ma ograniczonych ram czasowych, trwa do ukształtowania się możliwie szerokiego konsensusu w zakresie oceny określonych zjawisk i, co szczególnie istotne, jej bezpośrednim celem jest uzyskanie możliwie najpewniejszej wiedzy o badanym zjawisku, nie zaś rozstrzygnięcie o prawach i obowiązkach podmiotów gospodarczych. Stąd też stopień skomplikowania, jak również dopuszczalna niepewność stosowanych metod badawczych mogą być w powyższym kontekście znacznie większe niż w przypadku analiz dokonywanych na potrzeby prawa konkurencji.

W tym kontekście warto podkreślić, że bardziej zaawansowane metody analityczne nie zawsze mają praktyczną przewagę nad metodami prostszymi. Nierzadko bowiem zależą od większej liczby założeń, są wrażliwe na jakość danych, czy wielkość badanej próby i, co już podkreślono, wymagają większego doświadczenia i ostrożności w interpretacji rezultatów. Jak wykazują niektóre praktyczne testy, w przypadku definiowania rynku właściwego bardziej zaawansowane metody analizy cenowych szeregów czasowych, takie jak testy przyczynowości Grangera, stacjonarności i kointegracji mogą dawać gorsze wyniki niż prosty test korelacji między cenami (Coe i Krause, 2008, ss. 983–1007). Istotną cechą metod ilościowych (zwłaszcza zaawansowanych) jest również fakt, że nierzadko dają niejednoznaczne wyniki, tj. nie da się na ich podstawie z odpowiednio dużą pewnością potwierdzić bądź wykluczyć badanych hipotez (np. co do skutków rynkowych danego zachowania), zaś zastosowanie różnych metod może prowadzić do odmiennych rezultatów. W praktyce metody te dają najlepsze rezultaty wówczas, gdy określone hipotezy można z dużym stopniem pewności zweryfikować na podstawie znacznie prostszych metod (takich jak np. analiza udziałów rynkowych).

Przykładem może być tutaj decyzja Komisji Europejskiej w sprawie koncentracji między Ryanair i Aer Lingus¹⁵, na potrzeby której zostały przez ekonomistów z Zespołu Głównego Ekonomisty przeprowadzone zaawansowane analizy dotyczące zasięgu rynków właściwych oraz bliskości konkurencji między uczestnikami połączenia, których wyniki jednoznacznie wskazywały na wysokie prawdopodobieństwo ograniczenia konkurencji w wyniku rozpatrywanej koncentracji. Analizy te miały jednak charakter uzupełniający, z uwagi na fakt, iż już sam poziom koncentracji rynków właściwych w sprawie (z 35 rynków właściwych na których wspólnie działali uczestnicy koncentracji, na 22 powstałby monopol, zaś na pozostałych udział Ryanair nie spadałby poniżej 60%)¹⁶ stwarzał bardzo mocne podstawy do domniemywania znaczących antykonkurencyjnych skutków połączenia. Jak widać, zaawansowane metody ilościowe mogą dawać tym lepsze wyniki, im bardziej oczywista jest ocena sytuacji. Choć nie jest to zaskakujące – skomplikowane sytuacje są z definicji trudniejsze do oceny niż sytuacje oczywiste – jasno pokazuje ograniczenia zastosowania zaawansowanych metod ilościowych w praktyce prawa konkurencji.

Podobnie ograniczenia obowiązują w przypadku teorii i modeli – najbardziej skomplikowane i najnowsze teorie stanowią słabą podstawę dla praktyków prawa konkurencji, z uwagi na nie do końca zbadane i rozpoznane słabości i ograniczenia, jak również brak praktycznego doświadczenia w ich stosowaniu. Tego typu teorie i modele potrzebują dalszej debaty akademickiej (Röller, 2005 s. 16). W praktyce ochrony konkurencji stosuje się, co do zasady, proste modele oraz podstawowe reguły rozumowania ekonomicznego. Doskonale ilustrują to dokumenty Komisji Europejskiej, w szczególności wytyczne, opisujące sposób prowadzenia przez Komisję analizy w zakresie oceny porozumień, koncentracji, czy też przypadków nadużywania pozycji dominującej, które są zrozumiałe również dla osób nieposiadających specjalistycznego ekonomicznego wykształcenia (Witt, 2012, s. 231).

2.4. Aspekt instytucjonalny

Kwestią niezwykle istotną z punktu widzenia zapewnienia skutecznego wywiązywania się przez ekonomistów ze swej roli w procesie stosowania prawa konkurencji jest również instytucjonalne zintegrowanie ich w proces decyzyjny organu ochrony konkurencji. Usytuowanie ekonomistów w ramach organizacji powinno im umożliwiać identyfikację na możliwie wczesnym

¹⁵ Por. wskazana w przypisie 6 decyzja w sprawie koncentracji *Ryanair/AerLingus*.

¹⁶ Tamże, pkt 342.

etapie postępowań i innych zagadnień wymagających pogłębionej analizy ekonomicznej, zapewnić realny wpływ na podejmowane decyzje oraz stymulować dyskusję między nimi a prawnikami prowadzącymi postępowania. Ekonomiści rozproszeni w instytucji, z bardzo ograniczonym wpływem na ostateczne decyzje oraz angażowani na późnym etapie prowadzonych postępowań będą mogli wnieść jedynie niewielki wkład w racjonalne i efektywne stosowanie prawa konkurencji.

Podsumowując, rolę ekonomistów w procesie stosowania prawa konkurencji można scharakteryzować jako wsparcie tego procesu, przede wszystkim poprzez dostarczenie właściwych ram interpretacyjnych, zarówno w odniesieniu do podstawowych pojęć, jak i teorii leżących u podstaw poszczególnych postępowań. Drugim istotnym wkładem ekonomistów jest zapewnienie lepszego zrozumienia analizowanych rynków i zachowań, poprzez zgromadzenie odpowiednich danych i informacji o ich uwarunkowaniach oraz weryfikacja hipotez istotnych dla oceny sprawy – dotyczących zasięgu rynku właściwego, czy poszczególnych elementów teorii szkody mogącej się wiązać z ocenianym zachowaniem przedsiębiorców.

Szczególną rolę w powyższym kontekście odgrywa zapobieganie rozstrzygnięciom niespójnym z podstawowymi regułami ekonomicznymi. Rozstrzygnięcia takie – w szczególności ściganie zachowań, które w towarzyszącym im kontekście gospodarczym co do zasady nie mogą wywoływać negatywnych skutków – zwiększają niepewność prawną i nierzadko same mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji¹⁷. W świetle powyższego oraz przedstawionych instytucjonalnych ograniczeń, priorytetem dla zastosowania ekonomii w prawie konkurencji powinno być zapewnienie solidnych, logicznych podstaw dla rozstrzygnięć, przy użyciu możliwie prostych i łatwych do wyjaśnienia metod.

3. Najczęstsze nieporozumienia związane z zastosowaniem metod ekonomicznych w prawie konkurencji

Związany z rozwojem ekonomicznego podejścia wzrost autorytetu ekonomii może prowadzić do szeregu nieporozumień wśród uczestników procesu stosowania prawa konkurencji, które mogą utrudniać efektywne stosowanie prawa konkurencji, stawiając przed analizą ekonomiczną nierealistyczne oczekiwania, utożsamiając jej użyteczność z zaawansowaniem stosowanych

¹⁷ Będzie tak zwłaszcza w przypadku ścigania zachowań, które pozwalają uatrakcyjnić ofertę z punktu widzenia odbiorców i zwiększają presję konkurencyjną na pozostałych konkurentów.

metod, czy też nadmiernie upraszczając wnioski płynące z ekonomicznej analizy określonych zachowań rynkowych.

Pierwszym z nieporozumień jest swoista fetyszyzacja metod ekonomicznych. Niektórzy uczestnicy procesu stosowania prawa konkurencji mogą pozostawać w przekonaniu, że ekonomiści są w stanie precyzyjnie odpowiedzieć na pytania związane z rozpatrywanym zachowaniem przedsiębiorców, nie tylko dokładnie wskazując jego konsekwencje, ale również je kwantyfikując. W praktyce zastosowanie metod ekonomicznych wiąże się z często istotną niepewnością – przede wszystkim dotyczącą przystawalności przyjętych założeń do analizowanej sytuacji. Analiza siłą rzeczy będzie skupiać się na najważniejszych z punktu widzenia jej celów zjawiskach, abstrahując od niektórych cech danego rynku, będzie przyjmować pewne założenia co do zachowań podmiotów gospodarczych na rynku (np. ich reakcji na podniesienie cen przez konkurentów), jak również nierzadko będzie (bezpośrednio lub pośrednio) zakładać określone natężenie istotnych dla jej wyników zjawisk (np. stopień substytucyjności między określonymi produktami), chociażby z uwagi na brak odpowiednich danych. Wnioski z niej wyciągnięte będą zawsze obarczone niepewnością i mogą być kwestionowane z uwagi na niedostateczne (lub nadmierne) uwzględnienie różnych czynników, a nawet najbardziej precyzyjne obliczenia będą ograniczone uproszczonym charakterem przyjętych dla nich założeń, jak również możliwością statystycznego wnioskowania na podstawie wykorzystanych danych.

Przykładowo, wartość poznawcza indeksów koncentracji (np. HHI) i indeksów presji na wzrost cen (np. GUPPI) jest silnie zależna od przyjętych założeń – w przypadku HHI będzie to prawidłowość definicji rynku właściwego oraz siła związku między koncentracją a poziomem konkurencji na danym rynku, w przypadku GUPPI kluczowa będzie jakość informacji o marży powyżej kosztów krańcowych realizowanej przez przedsiębiorców oraz o substytucyjności ich produktów (*diversion ratios*). Wyniki wszelkich analiz ekonomicznych muszą być tym samym traktowane jako uporządkowane, skwantyfikowane informacje o rynku oraz prawdopodobnych konsekwencjach określonych zachowań przedsiębiorców, w zależności od różnych czynników mniej lub bardziej przekonujące, jednak nie dostarczające przewidywań stuprocentowo dokładnych zarówno co do kierunku wydarzeń rynkowych, jak też ich skali¹⁸.

Drugim nieporozumieniem związanym z użyciem metod ekonomicznych na potrzeby prawa konkurencji jest utożsamianie wiarygodności ich wyników

¹⁸ Jak mówi popularny wśród ekonomistów żart, zostali oni stworzeni w celu poprawy reputacji meteorologów.

ze skomplikowaniem użytych metod. Przy takim podejściu brak przeprowadzenia w danej sprawie skomplikowanych analiz może być postrzegany jako świadectwo tego, że *de facto* nie została ona prawidłowo oceniona pod względem ekonomicznym (Dudzik i Tombiński, 2014, s. 21). Podejście takie abstrahuje od wskazywanego już wcześniej faktu, że skomplikowanie metody nie musi się wiązać z jej użytecznością – w sensie bardziej wiarygodnych wyników – natomiast co do zasady związane jest z większymi wymogami w zakresie wiedzy niezbędnej dla oceny wyników oraz ryzykiem ich nieprawidłowej interpretacji. Oparcie się na bardziej skomplikowanych, teoretycznych modelach może również prowadzić do ich oderwania od rzeczywistości, zaciemniając raczej niż rozjaśniając rozpatrywany problem (Bishop, 2013, ss. 71–76). W praktyce bardziej skomplikowane analizy bywają używane w trakcie postępowań, jednak stanowią jedynie wsparcie dla głównej argumentacji¹⁹. Jak słusznie wskazuje S. Bishop, krytykując stosowanie nadmiernie skomplikowanych i nierealistycznych modeli w praktyce prawa konkurencji, „ekonomiści, a przynajmniej osoby zainteresowane praktycznymi aspektami rzeczywistości powinny dążyć nie do skomplikowania dla samego skomplikowania, lecz do jasnego stosowania solidnych, szeroko przyjętych zasad ekonomicznych, pewnie zakorzenionych [...] w zaobserwowanych faktach rynkowych”. (Bishop, 2013, s. 77).

Ze wzrostem znaczenia i autorytetu ekonomii w prawie konkurencji wiąże się również niebezpieczeństwo nieuzasadnionego upraszczania jej teorii stosowanych do sytuacji faktycznych zastanych w postępowaniach – zjawiska ekonomiczne mogą być przedstawiane jednostronnie, z pominięciem istotnych niuansów, a wnioski właściwe dla danego zjawiska w określonej sytuacji w sposób nieuprawniony rozciągany na sytuacje zasadniczo odmienne. Przykładem mogą być tutaj tzw. rynki przetargowe (*bidding markets*), tj. rynki, na których alokacja zamówień odbywa się w drodze aukcji (przetargów), a intensywna konkurencja panuje nawet w warunkach wysokiej koncentracji, ponieważ (i) zwycięzca otrzymuje całość zamówienia, (ii) aukcje organizowane są rzadko (w związku z czym wartość zamówień jest duża, a przegrana pozbawia przedsiębiorcę przychodów z tego rynku na dłuższy okres), zaś (iii) wygrana w danym przetargu nie zwiększa prawdopodobieństwa wygranej w przetargu następnym. Na tak zorganizowanym rynku uczestnicy mają bardzo silne bodźce, by przedstawiać możliwie korzystne oferty. Powyższa uznana koncepcja ekonomiczna bywa jednak w praktyce nadużywana – brak zagrożeń dla konkurencji wynikających z wysokiej koncentracji rynkowej nie rzadko uzasadnia się faktem, iż alokacja zamówień w ramach danego rynku

¹⁹ Por. wspomniana sprawa *Ryanair/Aer Lingus*.

odbywa się poprzez mechanizm przetargowy, mimo że założenia (i–iii), kluczowe dla zapewnienia ograniczonego wpływu koncentracji rynku na intensywność konkurencji, nie są spełnione²⁰. W praktyce zniuansowana ekonomiczna koncepcja: „przy określonych warunkach, na rynkach, na których alokacja zamówień odbywa się w drodze aukcji, nawet niewielka liczba uczestników rynku może zapewnić jego konkurencyjne funkcjonowanie” może zamienić się w dużo prostszą tezę: „na rynkach, na których alokacja zamówień odbywa się w drodze przetargów, koncentracja nie ma większego znaczenia dla poziomu konkurencji”.

Powyższe nakłada na ekonomistów ważny obowiązek, jakim jest zapewnienie, by argumentacja odwołująca się do teorii ekonomicznych nie opierała się na ich nadmiernym uproszczeniu, mogącym doprowadzić do odstąpienia od ścigania realnie antykonkurencyjnych zachowań, czy też do zwalczania zachowań, które w danych okolicznościach co do zasady nie wywołują negatywnych skutków.

III. Analiza ekonomiczna w działalności UOKiK

1. Wzrost znaczenia analizy ekonomicznej w działalności Urzędu w ostatnim piętnastolecu

Przedstawione powyżej rozumienie roli ekonomii w działalności organów antymonopolowych przekłada się na organizację i funkcjonowanie pracy wyspecjalizowanej komórki ekonomicznej, jaką jest Departament Analiz Rynku, której Dyrektor pełni obecnie funkcję Głównego Ekonomisty Urzędu. Ewolucja formy organizacyjnej i roli tego departamentu z kolei dobrze obrazuje zmianę w podejściu do ekonomii polskiego organu antymonopolowego w ciągu ostatniego piętnastolecia.

Departament Analiz Rynku powstał w 2002 roku. Inspiracją dla jego utworzenia była tocząca się już wówczas w Unii Europejskiej dyskusja dotycząca zasadności zwiększenia roli ekonomii w działaniach urzędów ochrony konkurencji. Pierwotnie jednak Departament Analiz Rynku zatrudniał zarówno ekonomistów, jak i prawników. Jego rolą było prowadzenie różnorodnych analiz, nie tylko ekonomicznych. Jedynie w niewielkim stopniu były one związane z prowadzonymi postępowaniami. Pomimo że od początku jednym z głównych zadań DAR było prowadzenie badań rynku, w pierwszych latach działania Departamentu projekty badawcze rzadko wykraczały

²⁰ Dogłębną analizę powyższej kwestii zawiera (Klemperer, 2005).

poza funkcję opisową, czyli zebranie i agregację danych oraz przedstawienie wyników w postaci raportu. Stan ten wynikał głównie z braku zapotrzebowania w komórkach orzecznich na pogłębione analizy ekonomiczne.

Z czasem coraz większe skomplikowanie postępowań antymonopolowych, zarówno z zakresu praktyk ograniczających konkurencję, jak i kontroli koncentracji oraz rosnąca świadomość użyteczności analiz ekonomicznych zaowocowały pierwszymi próbami angażowania DAR w prowadzone postępowania, najczęściej w formie prośby o opinię na temat kwestii dotyczących funkcjonowania przedsiębiorstw, np. z zakresu finansów i księgowości.

W tym samym czasie stopień ekonomicznego skomplikowania spraw dotyczących sektora usług finansowych niejako wymusił okresowe zmiany w strukturze DAR. W 2003 roku, do tej pory wyłącznie analitycznemu departamentowi, powierzono działalność orzeczniczą dotyczącą ochrony konkurencji w tym sektorze. Posunięcie to dobrze ilustruje fakt wspomnianej, wciąż niedostatecznej w początkowym okresie integracji departamentu ekonomicznego z innymi strukturami, w którym to stanie rzeczy łatwiejsze było przeniesienie całego procesu orzeczniczego do DAR niż pozostawienie go w dotychczasowych uwarunkowaniach organizacyjnych i włączenie w niego ekonomistów ze specjalistycznego departamentu. Przyjęte rozwiązanie nie było pozbawione wad organizacyjnych ponieważ Departament musiał oprócz analiz ekonomicznych prowadzić działania orzecznicze, które również wymagały specjalistycznej wiedzy prawniczej, niemniej pozwoliło na większe zaangażowanie UOKiK w ochronę konkurencji na rynkach finansowych, zwłaszcza w kontekście postępowania dotyczącego opłaty interchange w płatnościach kartowych.

Kluczowym dla zwiększenia roli ekonomii w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych w UOKiK wydarzeniem było wprowadzenie w 2005 r. systemu opiniowania projektów rozstrzygnięć, w ramach którego szczególną rolę miały odgrywać: Departament Prawny, odpowiedzialny za formalną poprawność przygotowanych projektów oraz Departament Analiz Rynku, odpowiedzialny za ocenę: argumentacji ekonomicznej, sensu interwencji z perspektywy funkcjonowania konkurencji oraz potencjalnego wpływu proponowanego rozstrzygnięcia na rynek. Mechanizm ten, mający zwiększyć spójność linii orzeczniczej Prezesa Urzędu, stał się też bardzo skutecznym sposobem coraz większego angażowania ekonomistów z DAR w pracę nad postępowaniami. Opinie wydawane przez departament ekonomiczny oraz dyskusje, które wywoływały, nierzadko z udziałem kierownictwa Urzędu, zaczęły wpływać na linię orzeczniczą Urzędu w niektórych obszarach. Istnienie tego mechanizmu skłoniło komórki orzecznicze do większej dbałości w ocenie rynkowych efektów podejmowanych interwencji.

Sukces wprowadzenia systemu opiniowania rozstrzygnięć miał dwie istotne dla ekonomizacji orzecznictwa konsekwencje. Po pierwsze, system opiniowania rozszerzono z czasem na projekty wszczęcia postępowań antymonopolowych, co umożliwiło ekonomistom ocenę istotności interwencji z ekonomicznego punktu widzenia już na samym początku procesu decyzyjnego. Po drugie, ekonomiści z Departamentu Analiz Rynku zaczęli być, na wniosek dyrektorów komórek orzeczniczych, coraz częściej włączani do zespołów prowadzących najbardziej skomplikowane sprawy, aby zapewnić odpowiedni poziom argumentacji ekonomicznej. Z czasem, szczególnie w postępowaniach z zakresu kontroli koncentracji, stało się to regułą.

Zwiększenie udziału ekonomistów w postępowaniach pozwoliło na powrót do pierwotnej formy organizacyjnej DAR i przeniesienie postępowań dotyczących rynków finansowych z powrotem do wyspecjalizowanych jednostek orzeczniczych (Departament Ochrony Konkurencji i Departament Kontroli Koncentracji).

W roku 2014 rola ekonomistów w Urzędzie została podkreślona w ogłoszonej przez nowe kierownictwo Misji Urzędu, stawiającej analizę ekonomiczną w centrum procesu decyzyjnego. W tym samym roku Dyrektorowi Departamentu Analiz Rynku powierzono funkcję głównego ekonomisty Urzędu, a skład osobowy DAR został zwiększony z 12 do 15 etatów.

Proces ten był kontynuowany w 2015 roku, kiedy to Dyrektor DAR został włączony w skład nowo utworzonych komitetów ewaluacyjnych podejmujących kierunkowe decyzje w sprawach ochrony konkurencji.

2. Analiza ekonomiczna w obecnej strukturze UOKiK

Wzrost zapotrzebowania na analizy ekonomiczne ściśle związane z prowadzonymi postępowaniami i niewynikające z wymogów prowadzonych badań rynku doprowadził do ukształtowania się struktury DAR, która funkcjonuje obecnie. Departament składa się z dwóch wydziałów: Wydziału Badań Rynku (WBR) oraz Wydziału Analiz Ekonomicznych (WAE). Obie te komórki zatrudniają wyłącznie osoby z wykształceniem ekonomicznym.

2.1. Wydział Badań Rynku

Badania rynku prowadzone na podstawie artykułu 48 ust. 2 pkt. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów są jednym z najważniejszych narzędzi w jakie jest wyposażony Urząd w realizacji swoich zadań. Dostarczają one danych o funkcjonowaniu rynków oraz dają przedsiębiorcom możliwość przekazania opinii dotyczących istotnych dla nich kwestii. Urząd nieustannie

pracuje nad doskonaleniem metod ich prowadzenia oraz sposobami komunikowania się z przedsiębiorcami w ich ramach np. w 2015 roku ogłoszono *Zasady publikowania informacji o wynikach badań rynku*

Wydział Badań Rynku jest jedną z szeregu komórek, które prowadzą badania rynku w strukturze UOKiK. Postępowania wyjaśniające w tym zakresie prowadzą również inne komórki Urzędu, w tym Delegatury. Jak wspomniano powyżej, w początkowej fazie rozwoju Departamentu badania rynku miały zazwyczaj charakter opisowy i podział zadań w tym zakresie, pomiędzy komórki UOKiK, nie był klarowny. Z upływem czasu zadania badawcze, które podejmował DAR, stawały się coraz bardziej wymagające pod względem metodologicznym i analitycznym.

Przy ustalaniu badań, które prowadzi UOKiK, brane są pod uwagę przede wszystkim przesłanki regulacyjne (istnienie problematycznych bądź brak pożądanych regulacji na danych rynkach), strukturalne (niekonkurencyjna struktura rynków) i rynkowe (sygnały o nieprawidłowościach w funkcjonowaniu rynku).

O przeprowadzeniu konkretnego badania przez DAR decyduje stopień trudności analizowanych problemów ekonomicznych i skala zadania badawczego, wynikająca np. z liczby przedsiębiorców działających na danym rynku, bądź też z liczby szczebli obrotu koniecznych do zbadania²¹. Kiedy zachodzi konieczność dokładnego przebadania szeregu rynków lokalnych, badanie prowadzone jest zazwyczaj z udziałem Delegatur Urzędu, których praca jest wówczas koordynowana przez DAR.

Prowadzone w DAR badania mają zróżnicowany charakter. Co do zasady, można podzielić je na dwie grupy: metodologiczne (dążące do wypracowania metodyki rozstrzygnięcia określonych problemów) i analityczne (zmierzające do rozstrzygnięcia konkretnego problemu). W praktyce znaczna część badań ma charakter mieszany, choć zazwyczaj z jasno określonym punktem ciężkości.

Badania skupiające się na problemach metodologicznych

W tego typu badaniach zadaniem DAR jest wypracowanie lub adaptowanie metodyki definiowania lub rozstrzygnięcia określonych kwestii. Zazwyczaj mamy tu do czynienia z powtarzalnym problemem, który wcześniej nie był rozstrzygnięty, albo też stosowane do tej pory rozwiązanie jest niesatisfakcjonujące. Świadczą o tym zazwyczaj sygnały z rynku, które wskazują na

²¹ Przykładem takiego skomplikowanego badania może być badanie rynku handlu książką, gdzie oprócz wydawców badanie obejmowało również hurtowników i detalistów (w szczególności sklepy internetowe).

niedostatki stosowanej przez UOKiK metodyki. Podejmowana jest wówczas decyzja o rozstrzygnięciu problemu na drodze szczegółowego badania rynku. Najczęściej tego typu prace dotyczą metodyki wyznaczania rynku właściwego w ujęciu geograficznym. O ile rozstrzygnięcia dotyczące rynku produktowego zazwyczaj są „jednorazowe”, tzn. wypracowana definicja rynku właściwego jest stosowana w kolejnych sprawach, to w przypadku rynku geograficznego, szczególnie w sytuacji, gdy jest on mniejszy niż krajowy i determinowany odległością i kosztami transportu (a nie na przykład barierami natury administracyjnej), każda kolejna sprawa wymaga dokonania nowych ustaleń uwzględniających występujące uwarunkowania. Wówczas istotne jest posiadanie gotowej do zastosowania metodyki.

Metodyka taka najczęściej znajduje zastosowanie w sytuacjach, gdy w danej branży zachodzą intensywne procesy koncentracyjne dotyczące rynków lokalnych, wymagające wypracowania przez Prezesa UOKiK spójnej linii orzeczniczej, która będzie pozwalała szybko i efektywnie rozpatrywać kolejne zgłoszenia. Jej stworzenie jest ważne dla przedsiębiorców, którzy uzyskują większą pewność prawną oraz dla kancelarii prawnych przygotowujących wnioski zgłoszeniowe.

Zgodnie z ustawową definicją rynku właściwego, w ramach badania rynku poświęconego tym kwestiom analizowane są wszystkie czynniki, które wpływają na ograniczenie zasięgu terytorialnego rynku. Największe znaczenie zazwyczaj mają ceny obowiązujące na danym terenie oraz koszty transportu, determinujące odległości na jakie transportowane są towary oraz jakie są skłonni pokonać odbiorcy, aby je zakupić.

Dobrym przykładem opisaną powyżej pracy nad metodyką wyznaczania rynku właściwego są badania, które przeprowadzał DAR w odniesieniu do rynków sektora handlu detalicznego.

W latach dziewięćdziesiątych, po okresie demonopolizacji, polski sektor handlu detalicznego był bardzo rozdrobniony. Spółdzielcze sieci funkcjonujące w gospodarce centralnie planowanej uległy defragmentacji bądź też zakończyły działalność. Dopiero w drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych zaczęły wchodzić na polski rynek przedsiębiorstwa takie jak np. Carrefour, Auchan, Metro, Casino, Tesco, Ahold, wyspecjalizowane w nowoczesnych formach handlu, proponujące wielkopowierzchniowe formaty sklepów, takie jak supermarket, dyskont czy hipermarket. Stopniowo segment tworzony przez tych przedsiębiorców zyskiwał coraz większą część rynku kosztem niewielkich sklepów osiedlowych. W pierwszej dekadzie XXI wieku część z tych firm postanowiła wycofać się z polskiego rynku z uwagi na brak zakładanego sukcesu rynkowego. Zaowocowało to serią koncentracji. W początkowej fazie tego procesu rynek był do tego stopnia rozdrobniony, że kolejne

transakcje nie miały wpływu na sytuację konkurencyjną. Urząd stosował wówczas definicję określającą rynek właściwy jako krajowy rynek handlu detalicznego produktami szybko rotującymi (FMCG). W połowie dekady jednak konsolidacja zaczęła zbliżać się do punktu, w którym niezbędna była bardziej wnikliwa ocena poszczególnych transakcji. Stąd ewolucji zaczęła ulegać stosowana przez Urząd definicja rynku właściwego. Wyodrębniono handel wielkopowierzchniowy (HSD) jako osobny rynek i, podobnie jak organy antymonopolowe krajów o rozwiniętym nowoczesnym sektorze handlu, zaczęto analizować go w ujęciu lokalnym. Zmiany te wywołały zrozumiałą dyskusję na rynku. Jednym z zasadniczych pytań było to, jak powinien być wyznaczany zasięg geograficzny lokalnych rynków i czy metodyka przeniesiona z orzecznictwa KE, tzn. określenie rynku właściwego jako obszaru, z którego można dojechać do danego sklepu wielkopowierzchniowego samochodem w ciągu 20–30 min, przystaje do polskich warunków²². O rozstrzygnięcie w tym zakresie poproszono Departament Analiz Rynku.

W latach 2008–2009 DAR przeprowadził badanie handlu wielkopowierzchniowego, które miało rozstrzygnąć kwestię definicji rynku w ujęciu produktowym²³ oraz wypracować metodykę określania rynków w ujęciu geograficznym. W ramach tego drugiego zadania przeanalizowano:

- wyniki badania ankietowego, w którym zadano szereg pytań dotyczących: szczegółów ich działalności w odniesieniu do poszczególnych sklepów z sieci (m.in. zasady prowadzenia promocji i ustalania cen) a także badania konkurentów oraz opinii przedsiębiorców na temat zasięgu oddziaływania poszczególnych placówek;
- organizację transportu, jaki największe sklepy zapewniają dla swoich klientów nie korzystających z własnych samochodów;
- badania marketingowe prowadzone na potrzeby sieci handlowych przez zewnętrzne agencje badawcze oraz firmy konsultingowe;
- wyniki badania opinii społecznej przeprowadzone na zlecenie UOKiK przez firmę Pentor na reprezentatywnej próbie respondentów z całego kraju;
- dane dotyczące przychodów ze sprzedaży poszczególnych sklepów, generowanych przez klientów zamieszkałych na obszarach przyporządkowanych odrębnym kodom pocztowym.

Najistotniejszym elementem analizy było zidentyfikowanie zmian siły ekonomicznego oddziaływania poszczególnych sklepów w miarę wzrostu

²² Patrz np. decyzja Comp/M.3905 Tesco/Carrefour (Czech Republic and Slovakia).

²³ Chodziło o przesądzenie, czy sklepy wielkopowierzchniowe są osobnym rynkiem właściwym oraz w jakim stopniu poszczególne formaty (supermarket, dyskont i hipermarket) są konkurencyjne wobec siebie.

odległości od nich. Do jej przeprowadzenia posłużyły głównie wspomniane dane dotyczące wielkości zakupów z podziałem na kody pocztowe. Szczegółowa analiza tych danych pozwoliła na wyznaczenie stref oddziaływania sklepów, możliwych do naniesienia w postaci izochron²⁴ na mapy cyfrowe przy wykorzystaniu informatycznego narzędzia do analiz przestrzennych.

Analizy oddziaływania poszczególnych sklepów prowadzono z uwzględnieniem zarówno różnic w formatach sklepów, jak i ich lokalizacji – osobno analizowano sklepy zlokalizowane na terenach silnie zurbanizowanych (miasta powyżej 100 tys. mieszkańców) i na terenach słabiej zurbanizowanych (miasta poniżej 100 tys. mieszkańców).

Badano nie tylko faktyczny zasięg oddziaływania sklepu, ale starano się odzwierciedlić również wpływ poszczególnych obiektów na siebie na terenie, gdzie zakresy ich oddziaływania nakładały się. W tym przypadku duże znaczenie miały właśnie uwarunkowania geograficzne (urbanizacja i ukształtowanie terenu), jak również format i wielkość istniejących konkurentów. Wypracowane wyniki zestawiano z wnioskami z analizy pozostałych wymienionych wcześniej źródeł, aby potwierdzić prawidłowość wnioskowania.

Istotną częścią prac było zapewnienie, aby wypracowana metodyka była uniwersalna i możliwa do zastosowania w następnych sprawach z zakresu kontroli koncentracji bez przeprowadzania kolejnych czasochłonnych analiz, czy każdorazowego znacznego modyfikowania wypracowanych rozwiązań. W związku z powyższym metodyka została przetestowana na przykładzie kilku hipotetycznych, znacznie różniących się, lokalizacji sklepów, dla których wyznaczono zakres oddziaływania oraz oceniono interakcję z konkurentami.

W tym samym okresie DAR przeprowadził dwa inne badania rynku o podobnym zakresie tematycznym dotyczące handlu detalicznego. W pierwszym określano zasięg oddziaływania tzw. marketów budowlanych, w drugim wielkopowierzchniowych sklepów oferujących produkty RTV-AGD. W obu przypadkach, podobnie jak w odniesieniu do sklepów oferujących FMCG konieczne było wypracowanie metodyki definiowania rynku w ujęciu geograficznym możliwej do zastosowania przy analizie kolejnych wniosków koncentracyjnych. Na znacznie mniejszą skalę DAR prowadził również badania dotyczące zakresu oddziaływania aptek i kin.

Powyżej opisane projekty były prowadzone niezależnie od konkretnych spraw, w celu wypracowania rozwiązań na przyszłość. Niemniej należy wska-

²⁴ Izochrony – linie na mapie wyznaczające obszary o jednakowej osiągalności czasowej (tj. takie z których można dotrzeć do określonego punktu, np. sklepu, w tym samym czasie).

zać, że metodyka wyznaczania rynków właściwych była również wypracowywana poprzez udział pracowników Wydziału Badań Rynku w konkretnych postępowaniach dotyczących rynków, w stosunku do których wcześniej nie podejmowano rozstrzygnięć. Pracownicy ci brali udział w projektowaniu badania rynku prowadzonego w ramach postępowania koncentracyjnego i dokonywali analiz otrzymanych danych. Tego typu analizy były prowadzone np. w przypadku koncentracji na rynku hurtowej sprzedaży FMCG czy dystrybucji gazu w butlach.

Badania skupiające się na problemach analitycznych

Problemami analitycznymi najczęściej zajmują się ekonomiści zatrudnieni w Wydziale Analiz Ekonomicznych, o czym będzie mowa w następnej sekcji, niemniej zdarza się, że dane zagadnienie ekonomiczne musi być rozstrzygnięte w ramach badania rynku, ze względu na konieczność pozyskania szczegółowych danych z rynku. Mowa tutaj przede wszystkim o kwestiach dotyczących rynku właściwego w ujęciu produktowym, ale również o badaniu struktury rynku pod kątem posiadania przez przedsiębiorcę siły rynkowej lub też istnienia przesłanek świadczących o możliwości istnienia na rynku antykonkurencyjnych porozumień²⁵.

Z tym pierwszym przypadkiem mamy do czynienia, kiedy do Urzędu wpływają skargi na zachowania określonego przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, jednak bez pogłębionej analizy rynku nie można stwierdzić, czy posiadają oni pozycję dominującą, albo też czy przy danej charakterystyce rynku (np. barierach wejścia, wzorach zachowań odbiorców) można mówić o nadużywaniu takiej pozycji (tzn. czy działanie dominanta w istocie ma charakter antykonkurencyjny bądź eksploatacyjny)²⁶.

W drugim przypadku, badanie rynku pośrednio weryfikuje podejrzenia co do możliwości istnienia antykonkurencyjnego porozumienia. Prowadzone badane ma wskazać, czy charakterystyka rynku sprzyja zawieraniu przez przedsiębiorców antykonkurencyjnych porozumień (np. z uwagi na jego przejrzystość, niewielką liczbę konkurentów, czy wysokie bariery wejścia) oraz ewentualne symptomy istnienia takiego porozumienia. W tym ostatnim przypadku pomocne są analizy zachowania poszczególnych graczy rynkowych,

²⁵ W tym miejscu należy dla porządku wspomnieć, że analizy tego typu standardowo wykonują komórki orzecznicze. Tak jak wspomniano, do Departamentu Analiz Rynku trafiają przypadki najbardziej skomplikowane pod względem ekonomicznym.

²⁶ Badania rynku dotyczące pozycji dominującej i możliwości jej nadużywania wykonane w ostatnich latach to np. badania rynku biopaliw i biokomponentów lub badanie rynku smarów.

np. analiza ich polityk cenowych, analiza zmian cen w zestawieniu ze zmianą kosztów działalności, analiza zachowań w przetargach i aukcjach, itp.²⁷

Jako przykład analizy skupiającej się na problemach analitycznych, zmierzającej do określenia rynku produktowego, można wskazać przeprowadzone w latach 2010–12 badanie krajowego rynku transportu towarów, ze szczególnym uwzględnieniem transportu kolejowego. Genezą tego badania i towarzyszących mu analiz były wątpliwości zgłaszane przez uczestników rynku przewozów kolejowych dotyczące stosowanej przez UOKiK definicji rynków związanych z transportem towarów oraz wielkości udziałów w tak wyznaczonych rynkach. Kontrowersje dotyczyły głównie postulowanej przez przedsiębiorców możliwości rozdzielenia rynku usług transportu kolejowego na dwa odrębne: rynek usług transportu kolejowego rozproszonego oraz transportu kolejowego całopociągowego, ze względu na domniemaną odmienność podstawowych cech tych rodzajów transportu. Dodatkową kwestią badawczą była również sugerowana przez niektórych uczestników rynku możliwość substytucji transportu rozproszonego przez transport samochodowy.

Rozstrzygnięcie powyższych wątpliwości wymagało szczegółowego zbadania szeregu kwestii, takich jak:

- wolumen towarów i pracy przewozowej wykonanej przez poszczególne typy transportu w odniesieniu do grup towarów przemieszczanych transportem kolejowym,
- opinie dostawców usług i ich klientów, co do możliwości substytucji transportu w odniesieniu do grup produktowych,
- faktyczne zmiany zachodzące w zakresie używanych form transportu,
- polityka cenowa poszczególnych przedsiębiorców,
- struktura rynku przewozu towarów koleją.

Najistotniejszym celem przeprowadzonych analiz było określenie jak zmiany relacji cen poszczególnych typów transportu objętych badaniem wpływają na zachowania rynkowe podmiotów, w szczególności, czy prowadzą one do przeniesienia części popytu na produkty potencjalnie substytucyjne, tzn. przy jakiej skali zmian cen nabywcy są gotowi zmienić dotychczas używaną formę transportu.

Definiowanie rynku właściwego przeprowadzono dwuetapowo. Najpierw dokonano zdefiniowania rynku w ujęciu produktowym, analizując możliwości substytucji popytowej i podażowej pomiędzy rozproszonym transportem kolejowym a całopociągowym transportem kolejowym a następnie pomię-

²⁷ Jako przykład tego rodzaju badań można wskazać badanie rynku cementu, którego wyniki uprawdopodobniły istnienie jednej z największych zmów cenowych wykrytych przez UOKiK, oraz badanie rynku płyt drewnopochodnych.

dzy nimi a potencjalnie mogącym być dla nich substytutem transportem samochodowym. W ramach analizy substytucji popytowej porównano wpływ relacji wysokości cen poszczególnych usług przewozowych na zachowania rynkowe podmiotów, porównano przeznaczenie usług, czyli do przemieszczania jakich towarów bądź ich grup są one wykorzystywane oraz zbadano charakterystyczne cechy usług, takie jak przewożony jednorazowo wolumen, wymagana infrastruktura itp. Substytucję podażową oceniono m.in. analizując koszty (w tym długotrwałość procedury uzyskania wszystkich wymaganych do rozpoczęcia działalności certyfikatów), jakie muszą ponieść przedsiębiorcy oferujący jeden rodzaj usług, aby rozpocząć świadczenie innego rodzaju usług. Po przeprowadzeniu stosownych analiz uznano, iż przewozy kolejowe całopociągowe i rozproszone stanowią, głównie ze względu na bliską doskonałości substytucję podażową, jeden rynek, zaś transport samochodowy nie jest bliskim substytutem transportu kolejowego jako całości.

2.2. Zadania Wydziału Analiz Ekonomicznych

Wydział Analiz Ekonomicznych pierwotnie został utworzony z osób stanowiących zespół opiniujący projekty decyzji antymonopolowych wydawanych przez Urząd. Ponieważ opiniowanie stanowi swoistą kontrolę jakości rozstrzygnięć UOKiK, od początku dbano, aby w procesie tym brali udział najbardziej doświadczeni ekonomiści. Osoby zatrudnione w tym Wydziale w dalszym ciągu opiniują przygotowywane przez komórki orzecznicze projekty rozstrzygnięć, ale przede wszystkim przeprowadzają najbardziej skomplikowane analizy ekonomiczne, w tym analizy ilościowe.

Pracownicy Wydziału Analiz Ekonomicznych są w największym stopniu, spośród pracowników DAR, zaangażowani w postępowania antymonopolowe, jako opiniujący projekty rozstrzygnięć, ale również jako bezpośrednio uczestniczący w pracach nad poszczególnymi sprawami. W zależności od potrzeb zgłaszanych przez komórki orzecznicze odbywa się to w formie stałego uczestnictwa w zespole pracującym nad daną sprawą bądź też poprzez opracowywanie wybranych problemów ekonomicznych występujących w sprawie.

Pierwsza forma jest najczęściej stosowanym sposobem współpracy w ramach postępowań z zakresu kontroli koncentracji. Ekonomiści są włączani do pracy nad sprawą najczęściej po wstępnej analizie wniosku lub na etapie decyzji o przejściu sprawy do drugiej fazy. Pracownicy WAE definiują kwestie, które z ekonomicznego punktu widzenia mają w danej sprawie istotne znaczenie dla oceny wpływu koncentracji na konkurencję. Wspierają oni Departament Kontroli Koncentracji w projektowaniu badania rynku i zbieraniu materiału dowodowego z innych źródeł, a następnie ana-

lizują zebrane materiały i uczestniczą w procesie decyzyjnym. Biorą również udział w przygotowywaniu szczególnie trudnych decyzji koncentracyjnych, najczęściej pracując nad opisem rynku właściwego i teorii szkody.

Dobrym przykładem postępowania koncentracyjnego w którym ekonomiści brali udział od samego początku (i które było również wspierane przez równoległe badanie rynku prowadzone przez DAR) jest postępowanie w sprawie zakupu przez NFI Empik Media & Fashion S.A. sklepu internetowego Merlin.pl S.A.²⁸

W ramach tego postępowania: badano stopień uzależnienia wydawców od Empiku, porównywano funkcjonowanie mechanizmów ekonomicznych w tradycyjnym kanale dystrybucji i w przypadku sklepów internetowych (analiza zachowań konsumentów i czynników na nie wpływających, takich jak cena, rozpoznawalność i przywiązanie do marki czy zaufanie do sprzedawcy) a także przeprowadzono analizę cen i wielkości pojedynczych zakupów w obu kanałach.

W postępowaniach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję pracownicy DAR rzadziej uczestniczą jako stali członkowie zespołu zajmującego się sprawą, częściej pracując nad szczegółowymi kwestiami, np. wykonując analizy cenowo-kosztowe lub analizując potencjalny lub faktyczny wpływ danej praktyki na rynek. Jako przykład można tu podać udział ekonomistów w postępowaniu dotyczącym polityki cenowej prowadzonej przez koncern PKN Orlen na rynkach hurtowej i detalicznej sprzedaży paliw płynnych w 2011 roku.

Organizacje zrzeszające niezależne stacje benzynowe wystąpiły do Prezesa UOKiK ze skargą dotyczącą zachowań PKN Orlen polegających na obniżaniu cen na rynku sprzedaży detalicznej (tj. na stacjach własnych i patronackich koncernu) przy niezmiennych cenach w hurcie. Niezależne stacje wskazywały na możliwość nadużywania przez Orlen pozycji dominującej poprzez manipulowanie marżą (*margin squeeze*).

Z przedłożonych danych wynikało, iż w pewnych okresach 2011 r. ceny hurtowej sprzedaży paliw przez PKN Orlen były niższe, czasami równe lub nieznacznie wyższe od cen detalicznych oferowanych przez PKN Orlen na stacjach własnej sieci (dotyczyło to benzyny Pb95 i oleju napędowego, a w szczególności odnosiło się do kontrahentów nabywających paliwa w oparciu o formułę SPOT, tj. tzw. stacji niezależnych).

Pracownicy Wydziału Analiz Ekonomicznych zostali poproszeni o dokonanie analizy polityki cenowej Orłenu. Wyniki analiz miały odpowiedzieć na pytanie, czy istotnie w perspektywie co najmniej roku można uznać, że

²⁸ Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK 12/2011 z dnia 3 lutego 2011 roku.

polityka cenowa firmy dominującej na rynku była na tyle niekorzystna dla odbiorców i jednocześnie konkurentów, że można ją uznać za praktykę antykonkurencyjną.

Trudność zadania polegała m.in. na tym, że dane pochodziły z różnych źródeł. W przypadku analiz cen detalicznych należało wziąć pod uwagę fakt, że odbiorcy Orlenu związani są różnymi umowami oraz to, że w różnym stopniu są zależni od tego koncernu (stacje własne, patronackie i niezależne). Dane cenowe odnośnie handlu hurtowego dotyczyły kilku różnych formuł cenowych. Zastosowanie narzędzi analizy statystycznej, pozwoliło na dokonanie porównań i dostarczenie wniosków co do rzeczywistych skutków rynkowych w dłuższym okresie i wysnucie końcowej konkluzji, że jakkolwiek niekorzystne dla niezależnych stacji działania miały miejsce, to jednak ich skala nie była wystarczająca, aby zakwalifikować je jako nadużywanie pozycji dominującej, odbijające się negatywnie na konsumentach.

Inną sprawą, dla rozstrzygnięcia której bardzo istotne były analizy ekonomiczne przeprowadzone w DAR była sprawa domniemanego porozumienia ograniczającego konkurencję między dostawcami szczepionek przeciwko wściekliźnie dla lisów wolno żyjących, zakończona decyzją nr DOK 1/2015²⁹. Podejrzenia organu antymonopolowego wzbudziły następujące fakty: na rynku obsługiwanym przez dwóch dostawców każdy z nich obsługiwał ok. połowy zamówień w danym roku, różnice między cenami oferowanymi przez dostawców w przetargach były często minimalne (1 lub 2 grosze), brak było jasnej zależności między cenami oferowanymi w przetargach a zmiennymi wpływającymi na koszty (wielkość zamówienia, odległość między miejscem dostawy a magazynami, w których składowane były szczepionki), w latach 2008–2012 ceny szczepionek konsekwentnie rosły, zaś sam rynek był przejrzysty, co ułatwiało zawarcie i utrzymywanie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Analiza danych przetargowych oraz specyfiki funkcjonowania rynku pozwoliła stwierdzić, iż choć nie funkcjonował on w sposób w pełni konkurencyjny, nie było to wynikiem porozumienia między jego uczestnikami. Specyfika rynku właściwego – niewielka liczba podmiotów, częste interakcje (znaczna liczba przetargów w ciągu roku), wysoka przejrzystość (informacje o cenach ofertowych ogłaszane przy rozstrzygnięciu przetargu, możliwość oszacowania maksymalnej akceptowalnej dla odbiorców ceny szczepionki na podstawie ogłaszanych przez nich budżetów), ograniczone krótkoterminowe moce produkcyjne (spowodowane niewielkim odstępem czasowym między rozstrzygnięciem przetargu a dostarczeniem szczepionek) – powodowała,

²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK 1/2015 z dnia 7 lipca 2015 roku.

iż uczestnicy rynku byli w stanie skoordynować swoje zachowania rynkowe i osiągnąć ponadkonkurencyjny poziom cen poprzez wzajemną obserwację swoich działań i dostosowywanie się do nich.

Szeregi cenowe w poszczególnych latach wykazywały charakterystyczny wzorec – ceny w pierwszym przetargu kształtowały się na wysokim poziomie, a następnie w kolejnych przetargach ich uczestnicy naprzemiennie obniżali swoje ceny o niewielkie kwoty. Było to spójne z hipotezą o zachowaniach dostosowawczych uczestników rynku polegających na traktowaniu ceny w ostatnim przetargu jako punktu wyjścia do ewentualnej obniżki w następnym. Takie zachowanie wyjaśniało niewielkie różnice między ofertami dostawców szcziponek (wychodzili od wspólnego punktu odniesienia), niewielkie spadki cen między kolejnymi przetargami (większe spadki cen groziły ukształtowaniem się cen w ostatnich przetargach na zbyt niskim z punktu widzenia dostawców poziomie), jak również brak jasnej relacji między oferowanymi cenami a czynnikami kosztotwórczymi (oferowana cena zależała bowiem w decydującym stopniu od kolejności, w której określony przetarg był w danym roku organizowany). Zidentyfikowano również przypadki „komunikacji” za pomocą wysokości ofert składanych w kolejnych przetargach, które potwierdzały istnienie opisanego wyżej mechanizmu i nie były spójne z hipotezą o istnieniu między stronami porozumienia ograniczającego konkurencję, w szczególności ustanawiającego pozarynkowe kanały komunikacji.

Zastosowanie w powyższej sprawie narzędzi analizy ekonomicznej – prostych teorii funkcjonowania rynków oligopolistycznych – pozwoliło właściwie ocenić zachowanie, które *prima facie* mogło wyglądać na oczywisty przypadek porozumienia ograniczającego konkurencję.

Z kolei jako przykład zastosowania prostych narzędzi analitycznych, podnoszących przejrzystość decyzji można wskazać udział DAR w pracy nad decyzją dotyczącą porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży środków chemicznych stosowanych w górnictwie³⁰. W postępowaniu tym zgromadzono szczegółowe informacje o przetargach oraz wartości i ilości zakupów dokonywanych przez poszczególne kopalnie w latach 2005–2012. Na ich podstawie możliwe było skonstruowanie indeksów cenowych pozwalających na ilościową weryfikację tezy o istnieniu kartelu, jak również oszacowanie strat wywołanych przez kartel (skali zawyżenia cen), pomocne w procesie ustalania kar.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT 46/2013 z dnia 16 grudnia 2013 roku.

2.3. Udział DAR w prowadzonej przez UOKiK działalności *advocacy*

Nie mniej istotna niż praca w ramach postępowań jest również udział ekonomistów w działaniach z zakresu szeroko pojętego *advocacy* w które zaangażowani są pracownicy obydwóch wydziałów DAR. Chodzi tutaj przede wszystkim o działania wspierające rozwój konkurencji, inne niż interwencje antymonopolowe i kontrola koncentracji, takie jak:

- tworzenie aktów prawnych i dokumentów ułatwiających ich stosowanie,
- tworzenie dokumentów wpływających na politykę gospodarczą państwa, inicjujących dyskusję w tym zakresie lub analizujących ważne, aktualne problemy dotyczące gospodarki,
- tworzenie narzędzi analitycznych dla innych organów.

Ekonomiści regularnie uczestniczą w procesie legislacyjnym. Opiniują projekty aktów prawnych i innych dokumentów rządowych. Podstawowym celem tego działania jest wskazywanie planowanych rozwiązań regulacyjnych o charakterze potencjalnie szkodliwym dla konkurencji. Mowa tu najczęściej o przepisach ograniczających konkurencję lub utrudniających jej rozwój, np. poprzez tworzenie nieuzasadnionych barier wejścia na rynek oraz o przepisach zwiększających prawdopodobieństwo występowania naruszeń prawa konkurencji. Ekonomiści z DAR byli na przykład zaangażowani w prace na nowelizacją ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zmieniającej sposób organizacji odbioru i utylizacji odpadów komunalnych. W ramach tych prac przeprowadzone było m.in. badanie rynku, w raporcie z którego – na podstawie analizy zebranych danych – wskazano przewidywane antykonkurencyjne skutki wprowadzeniu proponowanych zmian.

Mówiąc o zaangażowaniu ekonomistów w działalność legislacyjną nie można nie wspomnieć o wkładzie DAR w powstawanie przepisów prawa, które przygotowuje sam Urząd. Ekonomiści byli zaangażowani w tworzenie uchwalonej 10 czerwca 2014 roku nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wydanych po jej uchwaleniu rozporządzeń, w odniesieniu do kwestii w największym stopniu wymagających wiedzy o funkcjonowaniu przedsiębiorstw i rynków, m.in. obrót i sposoby jego liczenia, jak również zmiany w procedurach kontroli koncentracji. Ekonomiści zatrudnieni w DAR w ostatnich latach zaangażowani są również w ocenę skutków regulacji. Analizują potencjalne koszty i korzyści przyjmowanych rozwiązań prawnych, co pozwala ocenić ich wartość oraz w sposób adekwatny prezentować je w debacie publicznej.

Nie bez znaczenia jest również udział pracowników DAR w wewnętrznych zespołach Urzędu opracowujących dokumenty służące lepszemu zrozumieniu sposobu działania organu antymonopolowego, przede wszystkim

wyjaśnienia Prezesa UOKiK. Znaczący wkład ekonomiści z DAR mieli w dokumenty takie, jak Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji oraz Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.

Departament Analiz Rynku okresowo przygotowuje również dokumenty dotyczące polityki gospodarczej państwa. Jest odpowiedzialny za powstanie przygotowywanych okresowo rządowych programów rozwoju konkurencji³¹. Do tej kategorii należy zaliczyć również opracowania dotyczące poszczególnych rynków regulowanych, tzw. raporty regulacyjne, w których prezentowany był stan konkurencji na danym rynku wraz oceną i wnioskami dotyczącymi polityki państwa, formułowanymi z perspektywy organu antymonopolowego. Raporty te nie były wynikiem badań rynku, ale podsumowaniem analiz wykonanych w trakcie wcześniejszych postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz wniosków ze stałego monitoringu. W ostatnim dziesięcioleciu powstały raporty m.in. na temat rynku energii elektrycznej, gazu ziemnego, transportu kolejowego i sektora wodociągowo-kanalizacyjnego. Opracowania te były przygotowywane w Departamencie Analiz Rynku z udziałem specjalistów z innych komórek Urzędu. Główną rolą omawianych opracowań było inicjowanie dyskusji z udziałem regulatorów, przedstawicieli Rządu, przedsiębiorców z danej branży i przedstawicieli nauki na temat pożądaných zmian prowadzących do rozwoju konkurencji.

Ekonomiści są też zaangażowani w prace nad rozstrzygnięciem ważnych kwestii dotyczących aktualnej polityki gospodarczej. Przykłady takiej aktywności w latach 2014–15 to:

- udział w dyskusji na temat kierunków rozwoju rynku telekomunikacyjnego,
- analiza zachowań przedsiębiorców działających na rynku podręczników szkolnych,
- analiza zmian cen na rynku węgla kamiennego,
- analiza sytuacji na rynku skupu owoców miękkich.

W ostatnich latach, zwłaszcza z punktu widzenia podnoszenia skuteczności zwalczania karteli, coraz bardziej istotna staje się wymiana doświadczeń i współpraca UOKiK z innymi organami państwa. Realizując działania z tego zakresu, ekonomiści UOKiK byli zaangażowani m.in. w opracowanie metodyki wykrywania zachowań mogących świadczyć o zaburzeniach konku-

³¹ Do roku 2013 dokumenty te nosiły tytuł Polityka konkurencji. W roku 2015 po raz pierwszy rządowy program rozwoju konkurencji połączono z polityką konsumencką i przedłożono Radzie Ministrów jako Politykę ochrony konkurencji i konsumentów. Rząd przyjął dokument na posiedzeniu w dniu 22 września 2015 roku.

rencji przez inne instytucje, w szczególności odpowiedzialne za prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych.

Najlepszym przykładem tego typu działania była zainicjowana w 2013 roku współpraca pomiędzy ówczesnym Ministerstwem Rozwoju Regionalnego a Prezesem UOKiK. W jej ramach zadaniem ekonomistów z DAR było opracowanie metodyki, która pozwalałaby organom odpowiedzialnym za dysponowanie środkami unijnymi wykrywać sygnały świadczące o zagrożeniu wystąpienia zmywy przetargowej. Metodyka miała w pierwszym rzędzie zostać wykorzystana w odniesieniu do przetargów rozstrzyganych przez Główną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, jako że w ich ramach już wcześniej wykryto antykonkurencyjne zachowania. W późniejszej perspektywie narzędzie zostało użyte do monitorowania prawidłowości wydatkowania środków z nowej perspektywy finansowej UE.

Departament Analiz Rynku UOKiK przygotował metodykę, która opierała się na doświadczeniach GDDKiA, polskim i zagranicznym orzecznictwie antymonopolowym z zakresu zmów przetargowych oraz teorii ekonomii. Metodyka zawierała zestaw wskaźników obliczanych na podstawie ogólnodostępnych informacji o przetargu, bądź serii przetargów. Wyodrębniła też pięć najczęściej występujących scenariuszy zmów przetargowych. W przypadku każdego scenariusza wskazano adekwatne wskaźniki oraz zdefiniowano tzw. czerwone flagi, czyli wartości wskaźników, osiągnięcie których może sygnalizować, że w danym przetargu mogło dochodzić do antykonkurencyjnych zachowań kilku lub wszystkich oferentów. W sytuacji wystąpienia czerwonych flag, wskazane jest wykonanie szczegółowego badania dokumentacji i okoliczności przeprowadzenia przetargu. Metodyka została adaptowana przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego do szerszego użycia przy dystrybucji środków z kolejnej perspektywy finansowej UE.

Kończąc opis najważniejszych działań wykonywanych przez ekonomistów w UOKiK, które albo wpisują się w proces zwiększenia znaczenia ekonomii w działalności organu antymonopolowego, albo ten proces wspierają, nie można pominąć faktu, że polski urząd antymonopolowy pełni także bardzo ważną rolę organu ochrony konsumentów. Cały czas ujawniają się nowe synergie pomiędzy tymi dwoma obszarami. W ostatnich latach ekonomiści w UOKiK są coraz bardziej zaangażowani w analizy wspierające eliminowanie naruszeń zbiorowych interesów konsumentów, szczególnie w sektorze usług finansowych.

2.4. Nowe wyzwania dla ekonomistów

Należy zakładać, że w najbliższej przyszłości udział ekonomistów w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji będzie wzrastał, chociażby z uwagi na coraz większe skomplikowanie procesów gospodarczych wynikające

z zastosowania nowych technologii. Z uwagi na niezwykle szybko następujące zmiany, bardzo trudno szczegółowo zdefiniować wyzwania przed którymi staną ekonomiści w UOKiK, można już jednak wskazać, że wśród nich z pewnością będą kwestie dotyczące szeroko rozumianych rynków telekomunikacyjnych i internetowych.

Jeśli chodzi o rynki telekomunikacyjne, należy spodziewać się, wynikającej z postępu technicznego, dalszej konwergencji usług. Konsekwencją tego zjawiska mogą być kolejne procesy konsolidacyjne. Nie bez znaczenia będą też zmiany zachodzące w sferze regulacyjnej, zarówno na poziomie europejskim jak i krajowym.

Rynki internetowe stanowią duże wyzwanie dla wszystkich organów zajmujących się gospodarką ponieważ nieustannie wprowadzają istotne innowacje nie tylko techniczne i organizacyjne, znacząco modyfikujące lub nawet burzące dotychczasowe schematy funkcjonowania niektórych rynków. Pojawiają się i szybko zyskują na znaczeniu zupełnie nowe zjawiska gospodarcze, takie jak na przykład gospodarka współpracy (*sharing economy*), której przedstawicielem jest m.in. dostarczająca alternatywy dla tradycyjnych usług taksówkowych platforma Uber. Specyfika niektórych rynków internetowych, mających tendencję do większej koncentracji lub nawet monopolizacji, może powodować również wzrost siły detalistów (np. takich, jak Amazon).

Specyficzne warunki funkcjonowania niektórych rynków internetowych z jednej strony wymagają uwzględnienia tego faktu przy analizie „tradycyjnych” ograniczeń konkurencji w tym sektorze, z drugiej zaś mogą prowadzić do powstania nowych lub upowszechnienia się rzadko wcześniej spotykanych form ograniczenia konkurencji, takich jak na przykład porozumienia dotyczące parytetów cenowych, stosowane m.in. przez internetowe serwisy pośredniczące w rezerwacji hoteli, będące w ostatnich latach przedmiotem zainteresowania organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE.

Powyższe wyzwania zapewne będą wymagały dalszego wzmacniania analizy ekonomicznej w Urzędzie, zarówno przez zwiększanie liczby ekonomistów, jak również ich większą specjalizację szczególnie w zakresie wspomnianych powyżej rynków internetowych i telekomunikacyjnych.

IV. Podsumowanie

Ekonomia i ekonomiści mają do odegrania znaczącą rolę w procesie stosowania prawa konkurencji. Kluczowe pojęcia tej gałęzi prawa i zakres zachowań będących przedmiotem jego regulacji mają wyraźnie ekonomiczny charakter i zawsze będą oceniane na podstawie metod i modeli opisujących

rzeczywistość gospodarczą. Jedyny wybór w tym zakresie dotyczy tego, czy będą to modele i metody oparte na intuicji i doświadczeniu życiowym, czy też na dorobku ekonomii – dyscypliny, dla której badanie uwarunkowań i skutków zachowań rynkowych przedsiębiorców jest jednym z zasadniczych przedmiotów badawczych. Właściwym rozwiązaniem wydaje się daleko idące włączenie ekonomistów w proces stosowania prawa konkurencji, z uwzględnieniem wszakże ograniczeń, jakie proces ten nakłada na pożądany zakres i stopień skomplikowania używanych modeli i metod.

Funkcjonowanie Departamentu Analiz Rynku w strukturze UOKiK wpisuje się w powyższy postulat. Użyteczność perspektywy ekonomicznej dla sprawnego i racjonalnego działania Urzędu zaowocowała z czasem silną integracją DAR w proces decyzyjny, zapewniając ekonomistom wpływ na ostateczny kształt wydawanych decyzji, jak również umożliwiła im skuteczne wsparcie działalności orzeczniczej i w zakresie *advocacy*.

Bibliografia

- Albers, M. (2006). *Der „more economic approach” bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission. An economic approach to Art. 82, Report by European Advisory Group on Competition Policy*, 2006.
- Bishop, S. (2013). Snake-Oil With Mathematics Is Still Snake-Oil: Why Recent Trends In The Application Of So-Called “Sophisticated” Economics Is Hindering Good Competition Policy Enforcement, *European Competition Journal*, Volume 9, Number 1, May.
- Bishop, S. i Walker, M. (2010). *The Economics of EC Law: Concepts, Application, Measurement*, 3rd edition, London.
- Coe, P.J. i Krause, D. (2008). An Analysis Of Price-Based Tests Of Antitrust Market Delineation, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4(4).
- Davis, P. i Garcés, E. (2010). *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton.
- Dudzik, S. i Tombiński, A. (2014). Wyznaczanie rynków produktowych w ramach kontroli koncentracji sieci sklepów wielkopowierzchniowych. W kierunku konwergencji praktyk krajowych i unijnych? *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* nr 6.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). W: Skoczny, T. (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. II. Warszawa.
- Klemperer, P. (2005). *Bidding Markets*, Competition Commission.
- Neven, D.J. i Röller, L.H. (2005). Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control, *International Journal of Industrial Organization* 23.

- Rey, P. i Vergé, T. (2008). *Economics of Vertical Restraints*. W: Buccirossi P. (red.), *Handbook of Antitrust Economics*. The MIT Press, April
- Röller, L.H. (2005). *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*. W: *Modelling European Mergers: Theory, Competition and Case Studies*, Edward Elgar.
- Samuelson, P. (1983). *Foundations of Economic Analysis*. Enlarged Edition. Harvard.
- Werden, G.J. *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, dostępny na SSRN pod adresem <<http://ssrn.com/abstract=1352032>>.
- Witt, A.C. (2012). From Airtours to Ryanair: Is the More Economic Approach to EU Merger Law Really About More Economics?, *Common Market Law Review* 49.

**Obszary stosowania analiz ekonomicznych
w prawie antymonopolowym**

Maciej Fornalczyk*
Piotr Kulczycki**

Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jako element zarządzania przedsiębiorstwem

Spis treści:

- I. Ryzyko gospodarcze
- II. Ryzyko antymonopolowe
- III. Otoczenie przedsiębiorstwa – dalsze i bliższe
- IV. Prowadzenie działalności gospodarczej to działanie w otoczeniu zawierającym ryzyko

* Ekonomista; absolwent Uniwersytetu Łódzkiego na wydziale ekonomiczno – socjologicznym, Podyplomowe studia w zakresie rachunkowości finansowej i zarządczej na Uniwersytecie Łódzkim, Podyplomowe studia z zakresu prawa antymonopolowego na London King's College, University of London; doświadczony konsultant w zakresie prawa antymonopolowego i pomocy publicznej; kierował szeregiem analiz ekonomiczno-prawnych; prowadził postępowania przed KE i UOKiK; prowadzi szkolenia z zakresu prawa ochrony konkurencji i pomocy publicznej. W zakresie ekonomicznych aspektów prawa antymonopolowego prowadził i uczestniczył w projektach z zakresu praktyk dominacyjnych, porozumień rynkowych i koncentracji w takich sektorach jak: telekomunikacja, materiały budowlane, produkcja spożywcza, wielkiej syntezy chemicznej, petrochemicznym, dystrybucji nawozów i chemikaliów, usług komunalnych (najważniejsze). W zakresie pomocy publicznej specjalizuje się w zagadnieniach związanych z finansowaniem usług publicznych (ze szczególnym uwzględnieniem transportu), budowy i zarządzania lotniskami, inwestycji infrastrukturalnych oraz oceny wniosków o finansowanie z funduszy strukturalnych.

** Ekonometryk; absolwent Uniwersytetu Łódzkiego na wydziale ekonomiczno-socjologicznym; analityk rynku specjalizujący się w analizach liczbowych i statystycznych z zakresu prawa pomocy publicznej i prawa antymonopolowego. Pracował przy wielu projektach z zakresu wyznaczania stawki rekompensaty w usługach publicznych, w tym w projektach związanych z implementacją rozporządzenia 1370/2007 i wyliczania stawki rekompensaty w transporcie miejskim. Prowadził szkolenia oraz uczestniczył w licznych konferencjach (zarówno krajowych, jak i zagranicznych) z zakresu pomocy publicznej w projektach związanych z wypłacaniem rekompensaty za wykonanie usług publicznych. Specjalista w zakresie analizy finansowej i prognoz ekonomicznych.

- V. Ryzyko antymonopolowe jest jednym z elementów ryzyk – czy zarządzanie nim jest możliwe?
- VI. Geneza ryzyka antymonopolowego
- VII. Zarządzanie ryzykiem
- VIII. Elementy zarządzania ryzykiem antymonopolowym
- IX. Dodatkowe korzyści wdrożenia zarządzania ryzykiem antymonopolowym
- X. Podsumowanie

Streszczenie

Ryzyko gospodarcze jest nieodłącznym elementem każdej działalności gospodarczej i z tego też względu zagadnienie to jest szeroko dyskutowane w literaturze ekonomicznej. Jako pierwszy sprawy te poruszył Adam Smith w swej publikacji – „Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów” a następnie również inni autorzy podążyli jego śladem. Ryzyko występuje zawsze w przypadku gdy mamy do czynienia z więcej niż jednym możliwym wynikiem, co powoduje, że w celu osiągnięcia zamierzonego skutku, działania należy prowadzić w taki sposób, aby możliwe było jak najściślejsze dopasowanie stosowanych środków do oczekiwanych efektów. Ryzyko samo w sobie może być zdefiniowane jako zdarzenie, które nie jest oczekiwane przez dany podmiot i z tego względu tak ważne jest podejmowanie działań pozwalających na skuteczne nim zarządzanie. Nauki o zarządzaniu i ekonometria podejmują zdecydowane starania mające na celu wdrożenie narzędzi pozwalających na pomiar i zarządzanie ryzykiem, na jakie są wystawieni przedsiębiorcy. Regulacje antymonopolowe są elementem otoczenia każdego przedsiębiorstwa i z tego względu również powinny być zaliczane do zakresu ryzyka gospodarczego. Prowadzenie przemyślanej polityki gospodarczej przez przedsiębiorcę musi więc uwzględniać ekspozycję na ryzyko, w tym również ryzyko antymonopolowe.

Niniejszy artykuł wprowadza postulat efektywnego zarządzania ryzykiem antymonopolowym poprzez odpowiednie gromadzenie i przetwarzanie danych i informacji pochodzących z przedsiębiorstwa. Wprowadzenie sformalizowanego sposobu zarządzania podstawowymi determinantami biznesowymi danego przedsiębiorstwa poprzez wyznaczenie i monitorowanie poziomu wskaźnika ryzyka antymonopolowego – WRA, przekłada się na estymację ekspozycji ryzyka antymonopolowego tego podmiotu. Wykorzystując zależności ekonomiczne właściwe dla danego biznesu można zarządzać determinantami biznesowymi w funkcji akceptowalnego ryzyka antymonopolowego. Wprowadzenie takiego procesu analitycznego może być elementem Systemu Competition Compliance lub też stanowić niezależną procedurę,

lecz wdrożenie wiąże się jedynie z odpowiednim uszeregowaniem danych i informacji, które i tak są gromadzone w przedsiębiorstwie, choćby w celu podejmowania podstawowych decyzji biznesowych. Oznacza to, że wdrożenie monitorowania WRA nie powinno stanowić istotnego obciążenia dla przedsiębiorstwa a pozwoli na zobiektywizowanie procesu podejmowania decyzji biznesowych i skuteczne zarządzanie ryzykiem.

Słowa kluczowe: Ekonomia antymonopolowa, ekonometria, nauki o zarządzaniu, ryzyko, zarządzanie ryzykiem, ryzyko antymonopolowe, zarządzanie wariantowe, modelowanie ekonometryczne, otoczenie przedsiębiorstwa.

Klasyfikacja JEL: K210, K230, L100, L110, L120, L130, L140, L190, L210, L260, L400, L410, L420, L430, L510.

I. Ryzyko gospodarcze

Ryzyko jest obecne w działalności gospodarczej i wynika z niepewności i prawdopodobieństwa poniesienia strat. Z badań wynika, że większość ludzi ma mały apetyt na ryzyko tzn. nie lubi strat (Varian, 1997, s. 247–249; Begg, Fische i Dornbusch, 1993, s. 398–425). O ryzyku w działalności przedsiębiorcy pisał Adam Smith, prekursor ekonomii liberalnej, w swoim dziele „Bogactwo narodów” opublikowanym w 1776 roku oraz Frank Knight w książce „Ryzyko, niepewność i zysk” wydanej w Bostonie w 1921 roku. Badania tych procesów są kontynuowane przez ekonomię behawioralną oraz psychologię ekonomiczną. Przedmiotem badań jest zachowanie ludzi, przedsiębiorców i konsumentów, w obliczu niepewności i prawdopodobieństwa osiągnięcia korzyści lub ponoszenia strat na skutek podjętego działania. Badacze są zgodni w swoich konkluzjach, że zysk jest wynagrodzeniem za podejmowane ryzyko¹ oraz, że istnieje zależność wprost proporcjonalna pomiędzy poziomem ryzyka i oczekiwaną stopą zwrotu (wartość oczekiwana) (Samuelson i Nordhaus, 1996, s. 162; Clarkson i Le Roy Miller, 1982, s. 26–27 i 92; Schiller, 1989).

¹ Autorzy niniejszego artykułu zdają sobie sprawę z rozległości zagadnienia, jakim jest funkcja zysku w kontekście użyteczności dla inwestorów/właścicieli i z tego też względu pozwalamy sobie na użycie tego pojęcia wymiennie z koncepcją użyteczności zapewnianej przez fakt dysponowania aktywami danego podmiotu gospodarczego. Wynagrodzeniem za ponoszone ryzyko inwestycyjne nie musi być „zysk”, lecz paradoksalnie wynagrodzeniem może być również brak zysku lub nawet strata na prowadzonej działalności. Akceptacja wynagrodzenia za ryzyko zależy od tego jaki cel przyjmie inwestor.

W ekonomii i naukach o zarządzaniu opisywane są różne przyczyny i rodzaje ryzyka. Generalną przyczyną ryzyka w działalności człowieka, w tym ryzyka gospodarczego, jest niepewność, która *„(...) występuje wtedy, gdy istnieje więcej niż jeden możliwy wynik naszej działalności”* (Samuelson i Marks, 1998, s. 323). Powstaje wtedy konieczność i możliwość podjęcia decyzji o wariacie działania obciążonym akceptowanym ryzykiem. W zależności od stopnia awersji do ryzyka, określanej także jako apetyt na ryzyko, podjęta decyzja może być wynikiem zamiłowania do ryzyka, neutralności wobec ryzyka albo chęci unikania ryzyka przez decydenta (Smith, 2013, s. 176; Begg, Fischer i Dornbusch, 1993, s. 394).

Awersja do ryzyka czyli niski apetyt na ryzyko, opisany jest przez Adama Smith'a, który twierdził, że bardziej cenimy już posiadane korzyści aniżeli możliwe do osiągnięcia w przyszłości. Zwłaszcza, że jak pisał J.M. Keynes przyszłości *„(...) po prostu nie znamy.”* (Pelps, 2013, s. 37). Takie jednak podejście do ryzyka gospodarczego uniemożliwiłoby podejmowanie decyzji gospodarczych będących istotą zarządzania przedsiębiorstwem. Nauki o zarządzaniu, korzystając z dorobku matematyki stosowanej, teorii gier i ekonometrii, próbują mierzyć poziom ryzyka i prawdopodobieństwo osiągnięcia wartości oczekiwanej, czyli zysku jako wynagrodzenia za ryzyko. W ekonomii menedżerskiej prawdopodobieństwo zdarzenia *„...można zdefiniować jako matematyczne pojęcie pozwalające wyrażać niepewność”* (Samuelson i Marks, 1998, s. 323). Prawdopodobieństwo zawiera się w przedziale od 0 do 1, a ocena wag dla wyliczania prawdopodobieństwa jest zwykle subiektywna i opiera się na doświadczeniu oraz wiedzy eksperckiej o zdarzeniach i procesach ważnych dla podejmującego decyzje.

Z badań wynika także, że nie da się wyeliminować ryzyka z działalności gospodarczej. Można je ograniczać, a jego poziom zależy od wielu czynników, a między innymi od: rodzaju sektora (innowacyjny – wysoki poziom ryzyka, dojrzały – niski poziom, schyłkowy – neutralny wobec ryzyka), zasobu informacji służących dla oceny korzyści i strat wynikających z różnych wariantów działania. W tej drugiej kwestii panuje zgodność co do ograniczonej racjonalności podejmowanych decyzji wynikającej, jak stwierdził H. Simon, z niepełności informacji, jakimi dysponuje menedżer działający w dobrej wierze. W praktyce widoczne jest dążenie do decyzji nie najbardziej racjonalnej, ale satysfakcjonującej decydenta działającego najczęściej zgodnie z dysonansem poznawczym. Oznacza to, że wybiera on decyzję zgodną z jego kryteriami dobroci (Koźmiński i W. Piotrowski, (red.), 2000, s. 95–98). Takie podejście jest zgodne z praktyką, gdzie można zaobserwować przykłady inwestycji, które mogą budzić nawet istotne zastrzeżenia co do ich racjonalności, lecz po uważnym przeanalizowaniu

wszelkich uwarunkowań można dojść do wniosku, że nawet inwestowanie w podmiot przynoszący straty może być opłacalne.

Świadomość ograniczonej racjonalności decyzji nie zmienia faktu, że od menedżera oczekuje się zgromadzenia i przeanalizowania wszystkich dostępnych w danym czasie danych i informacji, jako podstawy dla podjęcia decyzji najczęściej w ujęciu wariantowym. W prawie polskim jest kategoria ryzyka dopuszczalnego², która oznacza właśnie, że w sytuacji poniesienia strat ocenia się ich przyczynę, tzn. na ile wynikało to z niedających się przewidzieć przyczyn, a na ile zaważył na niepowodzeniu brak staranności decydenta w skorzystaniu z niezbędnych danych i informacji.

W badaniach nad ryzykiem gospodarczym wymienia się różne rodzaje ryzyka w zależności od perspektywy badawczej autora. Ryzyko może wynikać z przyczyn mikro- i makroekonomicznych (np. poziom dostosowania podaży przedsiębiorstwa do popytu zgłaszanego na rynku; wielkość popytu konsumentów zależna od koniunktury gospodarczej) (Pelps, 2013, s. 36). Z punktu widzenia skutków działań obarczonych ryzykiem wyróżnia się trzy rodzaje ryzyka: (1) niewypłacalności, (2) czyste – inaczej statystyczne, wyrażane, jako różnica pomiędzy osiąganymi wynikami przedsiębiorstwa w czasie, (3) innowacyjności i przedsiębiorczości (Samuelson, P.A. i Nordhaus, W.D. (1986), s. 162–164).

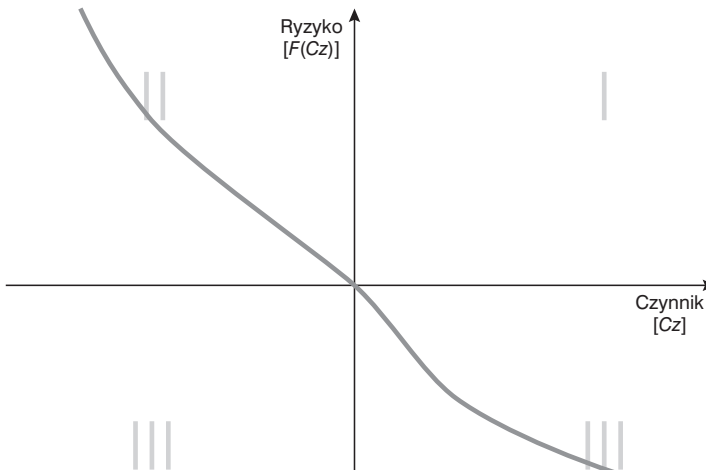
Rozważając możliwe kwantyfikowanie zagrożenia, że dana działalność przedsiębiorcy będzie stanowić naruszenie konkurencji i jednocześnie prowadzić będzie do nałożenia przez organ antymonopolowy kary za naruszenie stosownych regulacji, należy zastanowić się jak należy postrzegać samo pojęcie „ryzyka”. Ryzyko to prawdopodobieństwo wystąpienia efektu, który z perspektywy przedsiębiorcy jest pojmowany jako niepożądany. Nie ma możliwości stworzenia jednej uniwersalnej definicji ryzyka, ze względu na jego wielopłaszczyznowość i możliwość wystąpienia w różnych okolicznościach. Ryzyko ściśle wiąże się z rachunkiem prawdopodobieństwa i teorią gier.

Rachunek prawdopodobieństwa to dział matematyki, który zajmuje się określaniem zjawisk matematycznych, a więc również i związanych z działalnością gospodarczą i skupia się na określaniu odsetka zdarzeń zgodnych z ustalonym oczekiwaniem. Teoria gier natomiast pozwala na rozwikłanie

² Dopuszczalne ryzyko gospodarcze – termin nieposiadający definicji legalnej, istotny przede wszystkim na gruncie prawa karnego gospodarczego, będący jedną z odmian ryzyka zwykłego. Art. 296 Kodeksu Karnego (Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U.1997.88.553 z dnia 1997.08.02), wskazuje, jakie zachowania nie mieszczą się w ramach dozwolonego ryzyka gospodarczego. Dopuszczalność ryzyka gospodarczego zależna jest od rozpatrywanego stanu faktycznego, co wymaga każdorazowej indywidualnej oceny okoliczności sprawy (Zientara, 2010, s. 96, 97, 103, 114).

zagadnienia, jak powinien potoczyć się proces decyzyjny który może maksymalizować założone przez przedsiębiorstwo cele³.

Dobrym przykładem efektywnego zarządzania ryzykiem (w szczególności ryzykiem sektorowym), jest sektor finansowy. Sektor ten ma rozbudowane instrumentarium analizowania, wyceny i rekompensowania ryzyka podejmowane przez instytucje finansowe zajmujące się (...) *przenoszeniem ryzyka między podmiotami: od tych, którzy mają mały apetyt na ryzyko do tych, którzy skłonni je ponosić, ale za określoną cenę* (Burda i Wypłosz, 2000, s. 580–581). Jest dość znamienne, że wśród rodzajów ryzyka nie ma ryzyka antymonopolowego, które może polegać na tym, że:



Źródło: opracowanie własne.

Nie wnikając w różnorodność strategii przedsiębiorstw, które mogą być stosowane w procesie walki konkurencyjnej (np.: strategia przywódca, zagęszczanie rynku, strategia pieczeniara, strategia adaptacyjna) (Drucker, 2002, s. 263; Williamson, 1983, s. 177; Baugier i Vuilled, 1993, s. 16; Samuelson i Marks, 1998, s. 556; Obłój, 2002, s. 81; Bartes i Strzednicki, 2003; Stawicki i Stawicki (red.), 2011, s. 24–31; Skoczny, (red.), 2009, s. 38–44), można stwierdzić, że każda z nich jest obarczona różnorodnym poziomem ryzyka. Kluczowym elementem prowadzenia efektywnej walki konkurencyjnej jest podejmowanie takich działań, które będą prowadziły do ograniczenia ryzyka. Osiągnięcie tego efektu wymaga systematycznego budowania bazy danych i informacji o rynku, na którym działa przedsiębiorstwo.

³ Por. <http://www.businessdictionary.com/definition/risk.html> (dostęp 3.10.2015).

Jedynie w warunkach wiedzy rynkowej oraz umiejętności parametryzowania danego ryzyka możliwe jest wprowadzenie takich mechanizmów, które pozwolą na prowadzenie biznesu przy jak najmniejszym odsetku przypadków, w których pojawia się niepożądane zdarzenie.

II. Ryzyko antymonopolowe

Ryzyko antymonopolowe należy traktować, jako rodzaj ryzyka, które jest immanentnym elementem działalności gospodarczej. Ryzykiem antymonopolowym można zarządzać, ustalivszy wcześniej charakter czynników, z których ono wynika. Są dwie generalne kategorie czynników: (1) zewnętrzne polegające na zmianach w otoczeniu przedsiębiorstwa oraz (2) wewnętrzne wynikające ze sposobu wykorzystania zasobów przedsiębiorstwa. Do czynników zewnętrznych zaliczyć należy zmiany pozycji i siły rynkowej przedsiębiorstwa jako skutek działania konkurentów oraz regulacje przeciwdziałające ograniczaniu konkurencji. W obu przypadkach niezbędna jest wiedza o zmianach na rynku (rynkach) właściwych dla działania przedsiębiorstwa oraz o treści regulacji antymonopolowych.

Wiedza rynkowa powinna być gromadzona i analizowana systematycznie, co jest niezbędne dla skutecznej strategii rynkowej i bieżącego zarządzania firmą, a także dla obrony przed zarzutami o ograniczanie konkurencji formułowane przez organ antymonopolowy. Wewnętrzne czynniki to dostosowanie wykorzystania zasobów przedsiębiorstwa do zmieniającej się sytuacji rynkowej albo takie ich zorganizowanie, aby przedsiębiorstwo było liderem rynkowym. Wybór jednej ze strategii nie musi oznaczać awersji do ryzyka. Zależy to od charakteru rynku, bowiem strategia adaptacyjna na dynamicznym rynku może być bardziej kosztowna i ryzykowna aniżeli strategia przywódcza na ustabilizowanym rynku.

Ryzyko antymonopolowe może być mierzone wskaźnikiem ryzyka antymonopolowego (WRA), który dotyczy czynników zewnętrznych wobec działalności przedsiębiorstwa. Informuje on bowiem o jego pozycji i sile rynkowej, a jeżeli pomiar ryzyka będzie prowadzony systematycznie, będzie on informował o zmianach istotnych dla organizowania zasobów.

Podsumowując, należy wskazać, że ryzyko gospodarcze, do którego można zaliczyć również ryzyko antymonopolowe, jest nierozzerwalnie związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Ryzyko jest czynnikiem, który musi być uwzględniany w procesach zarządzania strategicznego oraz planowania działań rynkowych.

III. Otoczenie przedsiębiorstwa – dalsze i bliższe

Prowadzenie działalności gospodarczej wiąże się z prowadzeniem interakcji z otoczeniem, polegających na pozyskiwaniu czynników produkcji, przetwarzaniu ich i następnie sprzedawaniu produktów na rynku. Przedsiębiorca nie może działać w oderwaniu od swojego otoczenia nawet, jeżeli zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 10 uokik⁴ posiada pozycję dominującą. Oznacza to, że w swych decyzjach gospodarczych musi, co do zasady uwzględniać otoczenie w jakim działa. Jako otoczenie przedsiębiorstwa można określić wszystkie elementy znajdujące się poza nim, lecz mające związek z jego funkcjonowaniem. Należy uwzględnić takie elementy, które znajdują się w związku bezpośrednim (otoczenie bliższe) i pośrednim (otoczenie dalsze) (Stoner, Freeman i Gilbert, 2001, s. 179). Może okazać się niektóre elementy otoczenia mogą mieć na przedsiębiorcę większy wpływ niż inne, lecz zawsze otoczenie pozostaje istotnym elementem funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa. Otoczenie przedsiębiorstwa, co do zasady można podzielić na dwa zasadnicze obszary: otoczenie bliższe i otoczenie dalsze.

Otoczenie bliższe, to organizacje lub grupy, które mogą wpływać na przedsiębiorstwo. Obejmuje ono: konkurentów, klientów, dostawców, regulatorów, siłę roboczą, właścicieli, sojuszników strategicznych. Ponieważ wymiary te są związane z konkretnymi organizacjami w środowisku, ich wpływ będzie miał charakter bezpośredni. Do tej grupy można zaliczyć również organy antymonopolowe, gdyż ich działalność ingeruje w funkcjonowanie przedsiębiorstw, co do zasady ograniczając ich swobodę działalności. Można wskazać, że otoczenie bliższe składa się z i podmiotów, zjawisk i procesów, które oddziałują bezpośrednio na dane przedsiębiorstwo jak również zachodzi zależność zwrotna. Zaliczenie danego czynnika to otoczenia bliższego uzależnione jest od tego czy między tym czynnikiem a przedsiębiorstwem zachodzi zależność wzajemna, czy też jest to zależność jednostronna (Urbanowska-Sojkin, 2007, s. 105). Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że oddziaływanie wzajemne może mieć różne natężenie, jak na przykład: innym oddziaływaniem charakteryzować się będzie zależność między dostawcą – odbiorcą (silna zależność wzajemna), a inną będzie mieć zależność przedsiębiorca – regulator (słabsza zależność wzajemna; zależność raczej jednostronna).

Otoczenie dalsze będzie miało mniej bezpośredni wpływ na działalność przedsiębiorstwa, lecz również wpływu tego nie można wyeliminować. Otoczenie ogólne (dalsze, makrootoczenie) – organizacji obejmuje niezbyt

⁴ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 184).

wyraźnie określone wymiary i siły, wśród których działa organizacja i które mogą wywierać wpływ na jej działania. Należy do nich pięć wymiarów: ekonomiczny, techniczny, socjokulturowy, prawno-polityczny, międzynarodowy (tak również Janasz, Janasz, Koziół i Szopik, 2008, s. 151).

Przedstawiony powyżej podział powinien jeszcze uwzględniać możliwość oddziaływania przez przedsiębiorstwo na kształtowanie się poszczególnych czynników. Decyzje podejmowane przez zarządzających przedsiębiorstwem mogą mieć wpływ na niektóre z tych czynników, które można nazwać czynnikami zależnymi, a pozostałe będą co do zasady uniezależnione od działań podejmowanych przez dane przedsiębiorstwo i nazwane mogą zostać czynnikami niezależnymi⁵.

W efekcie można wyróżnić cztery rodzaje czynników:

	Uzależnienie od decyzji przedsiębiorstwa	
Odległość od przedsiębiorstwa	A. Bliższe – zależne	B. Bliższe – niezależne
	C. Dalsze – zależne	D. Dalsze – niezależne

Źródło: opracowanie własne.

Przedsiębiorstwo jest więc zmuszone do uwzględniania otaczających je czynników w prowadzonej działalności gospodarczej, czyli musi brać je pod uwagę w procesie podejmowania decyzji oraz dążeniu do maksymalizacji założonych celów⁶.

IV. Prowadzenie działalności gospodarczej to działanie w otoczeniu zawierającym ryzyko

Otoczenie zarówno dalsze jak i bliższe jest źródłem różnego rodzaju ryzyk rzutujących na działalność przedsiębiorstwa. Prowadzenie działalności gospodarczej wiąże się nierozzerwalnie z funkcjonowaniem w środowisku, którego ryzyko jest immanentną częścią.

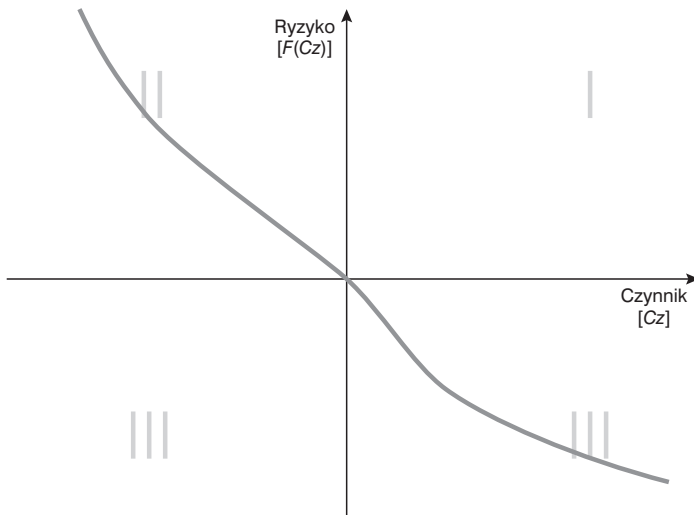
⁵ Należy pominąć tzw. „efekt motyla” zakładający, że wszystkie działania podejmowane w społeczeństwie mają swój efekt nawet bardzo oddalony w przestrzeni czy też czasie. Odniesienie do teorii chaosu deterministycznego, czyli takiej właściwości układu współzależnych równań (zależności logicznych), który jest niezmiernie podatny na nawet najdrobniejsze zaburzenia któregośkolwiek z czynników. Niewielka zamiana jednego z elementów powoduje zwielokrotnione efekty w innym układzie bazującym na innych zmiennych.

⁶ Ciekawym elementem może być rozważenie, co jest celem funkcjonowania przedsiębiorstwa: zysk, maksymalizacja użyteczności kapitału, maksymalizacja użyteczności kapitału zainwestowanego przez właścicieli, lub inne czynniki.

Czynniki pochodzące z otoczenia dalszego i bliższego wpływają na przedsiębiorstwo i oddziałują na postawione przed przedsiębiorstwem cele). Oddziaływanie może mieć charakter wspierający lub przeciwdziałający. Czynniki zewnętrzny o **charakterze wspierającym** powoduje, że założony cel gospodarczy może być osiągnięty efektywniej⁷. Jeżeli natomiast czynnik pochodzący z otoczenia ma **charakter przeciwdziałający**, to efektywność postępowania będzie niższa.

Pojawia się więc sytuacja, w której czynniki z otoczenia mogą generować ryzyko zmniejszenia efektywności działania przedsiębiorstwa (czynniki przeciwdziałające). Wystąpienie czynników wspierających zwiększających efektywności zmniejsza ryzyko. W efekcie występuje więc zależność, która powoduje, że zaistnienie czynnika który wspiera występowanie efektywności daje zmniejszenie ryzyka – wartość ryzyka ze znakiem (-); a czynniki utrudniające osiągnięcie danych efektywności powodują wystąpienie wartości ryzyka ze znakiem (+). Próbą zobrazowania tej zależności jest odłożenie w układzie współrzędnych zależności charakterystycznych dla ryzyka antymonopolowego (rys. 1).

Rys. 1 Zależność między czynnikami a wartością ryzyka na przykładzie ryzyka antymonopolowego



⁷ Do ewentualnego pogłębienia koncepcja efektywności, czyli rozważenie stosunku nakłady/efekty, gdzie jedną z miar może być wartość lub czas osiągnięcia danego (założonego) efektu.

Zależność między wartością czynnika ryzyka a wartością ryzyka może być określona jako:

$$R = -f(Cz),$$

gdzie:

R – wartość ryzyka,

Cz – wartość czynnika oddziałującego na ryzyko.

Funkcja obrazująca rozkład ryzyka jest ciągła w dziedzinie liczb rzeczywistych. Przebiega przez II i IV ćwiartkę układu współrzędnych, przecinając oś rzędnych i odciętych w punkcie (0,0). Formalna postać funkcji może mieć różny zapis, w zależności od zidentyfikowanych uwarunkowań oddziaływania Cz na R . Nie należy oczekiwać, że postać funkcyjna będzie mieć wyraz wolny, ponieważ przy zerowej wartości czynnika ryzyka (Cz) nie będzie występowało ryzyko (R) (Gargul i Suder, 2013, s. 51).

Można więc wskazać, że funkcja mając postać kierunkową $R = -f(Cz)$ obrazować będzie taką sytuację, w której zmiana wartości czynnika ryzyka będzie oddziaływać na wartość ryzyka w określonej proporcji. Jeżeli natomiast funkcja będzie funkcją parzystą, lub nieparzystą, to można zaobserwować zależności zgodne z własnościami tych funkcji. Możliwe jest również, aby funkcja ta składała się ze złożenia tych funkcji (Gargul i Suder, 2013, s. 51).

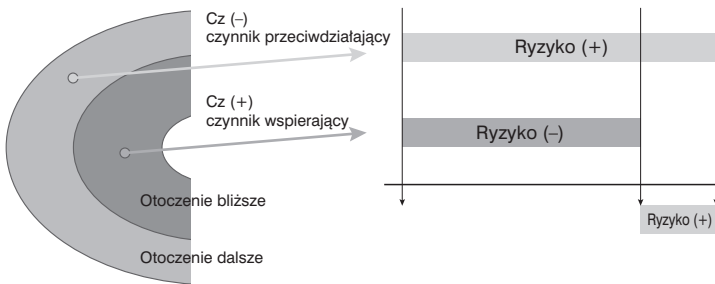
Algorymicznie rzecz ujmując: czynniki przeciwdziałające dają ryzyko z wartością dodatnią, a czynniki wspierające – ryzyko z wartością ujemną. W efekcie może wystąpić sytuacja, w której dwie wartości ryzyk będą wzajemnie się znosić. Oznacza to, że może wystąpić sytuacja, w której jeden czynnik zewnętrzny o charakterze przeciwdziałającym będzie generował ryzyko, które będzie mitygowane przez inny czynnik zewnętrzny o charakterze wspierającym, który będzie generował ryzyko niwelujące to pierwsze. (rys. 2)

Można więc wskazać, że czynniki pochodzące z otoczenia rynkowego danego przedsiębiorstwa mają istotny wpływ na „realizowalność” zakładanych celów. Proces zarządzania przedsiębiorstwem polega na takim prowadzeniu jego spraw, aby minimalizować ryzyka, czyli minimalizować znaczenie czynników przeciwdziałających, a zwiększać znaczenie czynników wspierających realizowalność zakładanych celów.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na rolę, jaką pełni organ antymonopolowy, którego zadaniem jest monitorowanie procesów rynkowych, aby działalność przedsiębiorców nie prowadziła do naruszenia efektywnej konkurencji. Można więc wskazać, że organ antymonopolowy ingeruje w dzia-

łałość gospodarczą przedsiębiorców, ograniczając swobodę ich działalności, mając na względzie korzyści jakie wypracowywane są w toku swobodnej gry rynkowej. Zgodnie z teorią mikroekonomii (Begg, 2003, s. 223; Bender, Götz i Pakula, 2010), jak również obserwacjami praktycznymi), prowadzenie swobodnej gry konkurencyjnej pozwala na wypracowanie efektywności rynkowych, z których korzysta konsument pod postacią niższej ceny danych produktów, wyższej ich jakości lub wyższej użyteczności. W efekcie działalność organu antymonopolowego jest postrzegana, jako utrudnienie prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż organ antymonopolowy nakłada na przedsiębiorcę warunki utrudniające mu szybkie osiągnięcie zakładanych celów. Można więc wskazać, że działalność organu antymonopolowego będzie mogła zostać określona jako czynnik przeciwdziałający z grupy „B”.

Rys. 2 Czynniki zwiększające i zmniejszające ryzyko



Źródło: opracowanie własne.

Jednocześnie należy pamiętać, że dbałość o zachowanie wolnej konkurencji powodować będzie w dłuższym okresie zwiększenie się korzyści biznesowych dla przedsiębiorstwa. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się praktyk rynkowych zniekształcających efektywną konkurencję będzie zmuszać przedsiębiorców do zwiększonego wysiłku nad opracowywaniem bardziej efektywnych technik produkcji, sprzedaży, marketingu, co w rozrachunku końcowym prowadzić będzie do osiągnięcia stanu, w którym przetrwają te podmioty, które będą w największym stopniu odpowiadać na zapotrzebowanie konsumentów i będą to czynić przy najniższym koszcie wytworzenia danego towaru. W efekcie nastąpi zmiana cechy przedmiotowego czynnika i zmieni się znak w wyrazie kierunkowym. Należy więc sformułować postulat o wpływie czasu na zwrot zależności wskazanej na rys 1.

Podsumowując, należy stwierdzić, że ryzyko będzie znajdować się w zakresie otoczenia bliższego, jeżeli można zaobserwować wpływ bezpośredni na

działalność danego przedsiębiorstwa. Można wskazać, że czynniki przeciwdziałające osiągnięciu celów będą mieć wartość ujemną i tym samym będą nazywane czynnikami przeciwdziałającymi. Do tego zakresu należą będą czynniki generujące ryzyko antymonopolowe.

V. Ryzyko antymonopolowe jest jednym z elementów ryzyk – czy zarządzanie nim jest możliwe?

Jednym z czynników zewnętrznych są regulacje chroniące konkurencję na rynku. Przepisy prawa antymonopolowego regulują zachowania przedsiębiorców, aby nie prowadzili oni działalności, która mogłaby naruszyć wolną konkurencję, co w efekcie prowadziłoby do naruszenia prawa antymonopolowego. Dbalność o zachowanie warunków występowania wolnej konkurencji podyktowana jest koniecznością zapewnienia uczestnikom wymiany rynkowej użyteczności, jakie są możliwe do osiągnięcia tylko w wyniku swobodnej gry rynkowej.

Regulacje antymonopolowe mają funkcje regulacyjną i ingerują w swobodę działalności gospodarczej i oddziałują na realizowalność stawianych przed przedsiębiorstwem celów. Można więc zaliczyć regulacje antymonopolowe do czynników oddziałujących na proces decyzyjny przedsiębiorstwa. Wpisując się w algorytm rozumowania przedstawiony w punkcie 20 można wskazać, że regulacje antymonopolowe będą czynnikiem bliższym – niezależnym, ponieważ:

- a. Przepisy antymonopolowe mają charakter oddziałujący na przedsiębiorstwo w sposób bezpośredni, więc są zaliczane do otoczenia bliższego,)
- b. Przepisy antymonopolowe oraz praktyka regulatora są co do zasady niezależne od postępowania przedsiębiorcy, więc mogą być zakwalifikowane jako czynnik niezależny.

Mając na względzie powyższe, można wskazać, że regulacje antymonopolowe będą spełniać kryterium czynników klasy „B”.

Jeżeli więc, regulacje antymonopolowe są w stanie oddziaływać na przedsiębiorstwo, należy przeanalizować, czy będzie to czynnik wspierający czy też przeciwdziałający, czyli czy powodować będzie zmniejszenie ryzyka gospodarczego czy też je zwiększy. Należy jednak wskazać, że regulacje antymonopolowe (**czynnik antymonopolowy**), jako czynnik klasy „B” konstytuują ryzyko, lecz należy określić jego znak, a więc umiejscowienie na ćwiartce rozkładu ryzyka określonego na rys. 1. Od umiejscowienia czynnika antymonopolowego na rozkładzie ryzyka zależy czy wartość oczekiwaną ryzyka będziemy szukać w IV czy w II ćwiartce tego rozkładu.

VI. Geneza ryzyka antymonopolowego

Przedsiębiorstwo działając na rynku może naruszyć prawo antymonopolowe nawet poprzez naruszenie nieświadome. Z drugiej zaś strony regulacje antymonopolowe mogą ograniczać zakładane przez przedsiębiorcę cele biznesowe. Czynnikiem ryzyka mogą być więc regulacje dotyczące:

- a. zakazu zawierania określonych porozumień, wraz z określonymi wyłączeniami spod tego zakazu,
- b. zakazu nadużywania pozycji dominującej,
- c. konieczności uzyskania zgody Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji.

Zakaz zawierania porozumień został sformułowany w art. 6 uokik, co może istotnie rzutować na stawiane przed przedsiębiorstwem cele biznesowe, ponieważ zawieranie określonych porozumień może prowadzić do zwiększenia korzyści dla przedsiębiorstwa. Praktyki zakazane w art. 9 prowadzą do wniosku, że ujęcie w strategii przedsiębiorstwa praktyk eksploatujących rynek może przynieść przedsiębiorstwu korzyści. Można więc wskazać, że czynniki określone w art. 6 i 9 uokik będą **czynnikami przeciwdziałającymi klasy „B”**.

Mając jednocześnie na uwadze, że wolnorynkowa konkurencja w dłuższym okresie pozwala na osiągnięcie efektywności najpierw dla konsumentów, a w konsekwencji dla przedsiębiorców, można postawić tezę, że regulacje antymonopolowe mają potencjał przemieszczenia się między ćwiartkami, jeżeli rozkład ryzyka zostanie umiejscowiony na osi czasu. W efekcie może okazać się, że w długim okresie czynnik antymonopolowy będzie mógł zostać przekształcony z przeciwdziałającego na wspierający (nadal pozostając w klasie „B”), czyli rozkład ryzyka przeniesie się z ćwiartki II do ćwiartki IV.

VII. Zarządzanie ryzykiem

Zarządzanie ryzykiem to prowadzenie działań o charakterze systemowym, których celem jest eliminowanie lub minimalizowanie skutków zaistnienia negatywnego zdarzenia. Ryzykiem można zarządzać efektywniej, jeżeli istnieje możliwość kwantyfikacji czynników generujących ryzyko. Idealnym rozwiązaniem jest doprowadzenie do sytuacji, w której przedsiębiorstwo dysponuje rozkładem ryzyka w zależności od określonych czynników i możliwe jest zaprezentowanie formalnego zapisu funkcyjnego $R = -f(Cz)$.

Kwantyfikacja czynników może przebiegać na wiele sposobów. Najprostszym jest pozyskanie danych liczbowych obrazujących zidentyfikowane czynniki. Jeżeli natomiast czynniki ryzykotwórcze (Cz) nie mają postaci liczbowej,

należy doprowadzić je do stanu, w którym możliwe będzie przypisanie im określonych wartości. W takim przypadku należy przeprowadzić badanie oparte na kwerendzie, w której respondenci będą odkładać na zadanej skali jak oni sami określają poziom danego czynnika, będącego przedmiotem oceny. W efekcie powstanie baza danych, która będzie składać się z wartości przypisanych do poszczególnych czynników ocenianych przez respondentów.

Jako elementy zarządzania ryzykiem literatura wymienia:

- a. Identyfikacja ryzyka,
- b. Określenie prawdopodobieństwa zrealizowania się tego ryzyka,
- c. Zdefiniowanie ryzyka,
- d. Określenie metod unikania ryzyka, czyli wypracowanie scenariuszy postępowania,
- c. Hierarchizacja scenariuszy.

Czynniki antymonopolowe zaliczone zostały do czynników przeciwdziałających klasy „B” można wskazać, iż zarządzanie ryzykiem antymonopolowym powinno być wykonalne. Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym polegać będzie więc na prowadzeniu takich działań, które będą minimalizować to ryzyko i jednocześnie doprowadzać do maksymalizacji celów biznesowych. Tak jak zarządzanie innymi rodzajami ryzyka, tak również i w tym przypadku pomocna będzie kwantyfikacja obserwowanych zjawisk, co pozwoli na bardziej miarodajne monitorowanie osiągniętych efektów i identyfikację realnych zagrożeń.

Należy zbadać zależność między ryzykiem (R) a osiągnięciem celów biznesowych (BIZ). Bez względu na to jak zostaną ocenione cele biznesowe należy założyć, że będą one maksymalizowane przez odpowiedniego interesariusza⁸. Uwzględniając, że regulacje antymonopolowe co do zasady utrudniają prowadzenie biznesu, gdyż ograniczają swobodę działalności gospodarczej, można postawić tezę, że wzrost ryzyka antymonopolowego będzie przekładał się na spadek użyteczności biznesowej. Należy również zastanowić się czy będzie również zachodziła zależność odwrotna, czyli czy wzrost użyteczności biznesowej będzie oddziaływać na spadek ryzyka antymonopolowego.

VI. Elementy zarządzania ryzykiem antymonopolowym

Identyfikacja zagrożenia. Podstawowym krokiem jest zdanie sobie sprawy, że przedsiębiorstwo jest narażone na pojawienie się zagrożenia związanego z naruszeniem prawa antymonopolowego, czyli że jest w stanie naruszyć kon-

⁸ Interesariuszem może być udziałowiec, management, społeczność lokalna, itp.

kurencję na rynku. Określenie takiego stanu rzeczy wymaga instytucjonalnego uregulowania w strategii działania przedsiębiorstwa. Występujące zagrożenie powinno być włączone do procesu decyzyjnego przedsiębiorstwa, tak aby podejmowane działania gospodarcze (inwestycyjne, handlowe, strategiczne) były niejako automatycznie analizowane przez pryzmat ryzyka antymonopolowego.

Określenie prawdopodobieństwa realizacji zagrożenia. Wykonanie tego elementu sprowadza się do skorzystania z narzędzi kwantyfikacji ryzyka. Określenie prawdopodobieństwa naruszenia prawa antymonopolowego opiera się na kilku czynnikach, z których jedne mają postać liczbową, a inne mają charakter jakościowy. Wskaźniki liczbowe to: udział przedsiębiorstwa w rynku właściwym, wskaźnik koncentracji rynku (WK3, WK5), Indeks Herfindala – Hirschmana, Indeks Lerner, elastyczności cenowe popytu/podaży/ krzyżowe. Wskaźniki jakościowe to: wyznaczenie barier rynkowych, znaczenie sieci dystrybucyjnych, znaczenie innowacyjności produktu, dostęp do klientów, itp. Wskaźniki jakościowe są charakterystyczne i specyficzne dla danego sektora/ryнку/produktu. Oznacza to, że w każdym specyficznym przypadku zastosowanie będą miały inne wskaźniki, które należy uwzględnić w analizie poddając je kwantyfikacji.

Kolejnym istotnym, wręcz kluczowym czynnikiem jest analiza praktyki organu antymonopolowego, gdyż to właśnie ten element jest nierzadko kluczowy przy definiowaniu prawdopodobieństwa naruszenia prawa ochrony konkurencji. Analiza czynników, jakimi w danych warunkach kierował się organ antymonopolowy, pozwoli na określenie prawdopodobieństwa podjęcia określonej decyzji przez Urząd w danych uwarunkowaniach faktycznych.

Mając na uwadze połączenie czynników wskazanych powyżej powstanie zależność oddająca wartość ryzyka antymonopolowego. Postać formalną można oznaczyć jako:

$$\begin{aligned} WR &= f(WRA; kp; \text{koszty}) \\ &\quad \downarrow \\ WR &= WRA \times (kp + \text{koszty}) \end{aligned}$$

gdzie:

WRA – oczekiwana/zakładana wartość prawdopodobieństwa naruszenia prawa antymonopolowego,

kp – kara jaka może być nałożona przez organ antymonopolowy przy uwzględnieniu danego stanu faktycznego w tym uwzględniając charakter naruszenia,

koszty – suma kosztów postępowania antymonopolowego ponoszonych przez przedsiębiorstwo,

WR – wartość ryzyka antymonopolowego.

Należy zaznaczyć, że dla pełnego obrazu, że zmienna „kp” również powinna być modelowana na podstawie odrębnego modelu analitycznego, który również powinien składać się z elementu modelowego oraz oceny eksperckiej. Przyjmując taki model postępowania można doprowadzić do stanu, w którym modelowanie ryzyka antymonopolowego będzie zobiektywizowane.

Definicja ryzyk. Ryzyka antymonopolowe określone są przez regulacje odnoszące się zasadniczo do trzech zagadnień: (1) zakaz zawierania porozumień mających określone skutki rynkowe (art. 6 uokik), zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 9 uokik), obowiązek uzyskania zgody Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji (art. 13 uokik). Zaadresowane ryzyka należy odnieść do działalności przedsiębiorstwa i określić, które z nich będą miały zastosowanie. O ile mniejsza liczba przedsiębiorców będzie narażona na ryzyko nadużycia pozycji dominującej, to praktycznie każdy przedsiębiorca będzie identyfikował ryzyko kartelowe (art. 6 ust. 1 pkt 1–3 uokik).

Określenie metod obniżania ryzyka przy maksymalizacji założonych celów przedsiębiorstwa. Ten element zarządzania ryzykiem związany jest z kwantyfikacją ryzyka, czyli użyciem narzędzi analizy ekonomicznej do określenia stopnia potencjalnego naruszenia. Wskaźniki ilościowe i jakościowe muszą zostać wykorzystane do opracowania modelu ekonometrycznego lub przygotowania algorytmu logicznego określającego poziom ryzyka wystąpienia naruszenia. Opracowany wskaźnik powinien składać się z dwóch elementów: (1) wyniku analizy liczbowej oraz (2) oceny eksperckiej.

Ocena możliwości naruszenia prawa antymonopolowego to nic innego jak ocena czy dane działanie przedsiębiorstwa może doprowadzić do naruszenia wolnej konkurencji na danym rynku właściwym. W toku przedmiotowej analizy pojawiają się więc elementy takie jak: (1) definicja rynku właściwego, (2) określenie potencjalnego naruszenia, (3) reakcja konsumentów i kontrahentów. Czynniki te zawierają w sobie element behawioralny, co powoduje, że istnieje konieczność uwzględnienia tego elementu w opracowanym algorytmie analitycznym. W efekcie przedsiębiorstwo dysponować będzie wskaźnikiem oddającym w sposób obiektywny poziom ryzyka z jakim może się ono spotkać w toku swej działalności (Wskaźnik Ryzyka Antymonopolowego). Formalna postać WRA powinna mieć następujący zapis:

$$WRA = f(\Omega_1, \Omega_2, \Omega_3, \Omega_4, \Omega_5, \Omega_6, \Omega_7, \Omega_8, \dots, \Omega_n)$$

gdzie:

WRA – Wskaźnik Ryzyka Antymonopolowego,

Ω_1 – udział przedsiębiorstwa w rynku właściwym,

Ω_2 – wskaźnik koncentracji rynku (WK3, WK5),

- Ω_3 – Indeks Herfindala – Hirschmana,
- Ω_4 – Indeks Lerner,
- Ω_5 – elastyczności cenowe popytu/podaży/krzyżowe
- Ω_6 – znaczenie barier rynkowe,
- Ω_7 – znaczenie sieci dystrybucyjnych,
- Ω_8 – Ocena ekspercka,

Uzyskanie informacji na temat WRA daje możliwość takiego kształtowania działalności przedsiębiorstwa, która pozwoliłaby na świadome zarządzanie ryzykiem antymonopolowym. Przedsiębiorstwo określając w swej strategii poziom WRA może określić poziom zmian w strategii biznesowej. WRA zawiera w sobie takie elementy, które będą charakteryzowane przez: poziom cen (Ω_9), siłę oddziaływania na sieć dystrybucyjną (Ω_{10}), czy też np. potencjał koncentracyjny przedsiębiorstwa (Ω_{11}). Korzystając z odpowiednio wyznaczonego WRA możliwe będzie przeprowadzenie następującego rozumowania:

Jeżeli wartość graniczna akceptowana przez Zarząd przedsiębiorstwa to

$$WRA_{\max} = 0,7 \text{ i } \Delta\Omega_9 = 15\% \text{ i } \Delta\Omega_{10} = 10\% \text{ i } \Delta\Omega_{11} = 20\%$$



$$WRA \in <0,1>; WRA_1 = f(\Omega_1, \Omega_2, \Omega_3, \Omega_4, \Omega_5, \Omega_6, \Omega_7, \Omega_8, \Omega_9, \Omega_{10}, \Omega_{11}) = 0,5$$



$$WRA \in <0,1>; WRA_2 = f(\Omega_1, \Omega_2, \Omega_3, \Omega_4, \Omega_5, \Omega_6, \Omega_7, \Omega_8, \Omega_9', \Omega_{10}', \Omega_{11}') = 0,9$$



$$WRA = 0,7 \text{ i (wartości przykładowe) } \Delta\Omega_9 = 10\% \text{ i } \Delta\Omega_{10} = 8\% \text{ i } \Delta\Omega_{11} = 10\%$$

Obniżenie zakładanych celów biznesowych przy zachowaniu akceptowalnego poziomu ryzyka antymonopolowego
lub

$$WRA = 0,9 \text{ i } \Delta\Omega_9 = 15\% \text{ i } \Delta\Omega_{10} = 10\% \text{ i } \Delta\Omega_{11} = 20\%$$

Realizacja celów biznesowych przy jednoczesnym wzroście ryzyka antymonopolowego.



$$WRA \times (kp + \text{koszty}) = WR \text{ } \checkmark \text{ } 0,9 \times (kp + \text{koszty}) = WR$$

W efekcie przedsiębiorstwo może oszacować (wyznaczyć) poziom ryzyka finansowego, a jakim może wiązać się planowana strategia gospodarcza (czyli wskazane powyżej $\Delta\Omega_9$, $\Delta\Omega_{10}$, $\Delta\Omega_{11}$).



Wniosek: wprowadzenie zmian w strategii przedsiębiorstwa określonych jako $\Delta\Omega_9$, $\Delta\Omega_{10}$, $\Delta\Omega_{11}$ powoduje wzrost WRA o 4 punkty bazowe ($WRA_1 = 0,5$; $WRA_2 = 0,9$; $\Delta WRA = 0,4$), co daje poziom przekraczający WRA_{max} o 2 punkty bazowe. W efekcie należy podjąć decyzję, czy realizujemy zamiary biznesowe i wprowadzamy zakładane $\Delta\Omega_9$, $\Delta\Omega_{10}$, $\Delta\Omega_{11}$ na danym poziomie, czy też obniżamy do takiego poziomu, który pozwoli na utrzymanie WRA_{max} .

Hierarchizacja zdefiniowanych scenariuszy działania. Przeprowadzona analiza pozwala na opracowanie scenariuszy działań. Poczynając od scenariusza zakładającego odrzucenia jakiegokolwiek dodatkowego ryzyka antymonopolowego ($\Delta WRA=0$), co z pewnością będzie powodować obniżenie założeń biznesowych, a kończąc na maksymalizacji założeń biznesowych przy jednoczesnym dodatkowym ryzyku antymonopolowym ($\Delta WRA>0$). Mając opracowane poszczególne scenariusze możliwe jest dokonanie wyboru takiego, który będzie pozwalał najlepiej oddać oczekiwania interesariuszy.

Jeżeli obrana ścieżka postępowania nie będzie mogła być realizowana, to przedsiębiorca będzie miał przygotowane rozwiązania alternatywne, które będą gotowe do zastosowania. W takim przypadku operowanie w warunkach ryzyka antymonopolowego przestaje generować zagrożenie dla przedsiębiorstwa, lecz staje się jedynie normalnym uwarunkowaniem prowadzenia działalności.

IX. Dodatkowe korzyści wdrożenia zarządzania ryzykiem antymonopolowym

Przedsiębiorstwo naruszając regulacje antymonopolowe naraża się na konieczność poniesienia negatywnych konsekwencji finansowych. Jeżeli system zarządzania ryzykiem antymonopolowym będzie pozwalał na miarodajne określenie finansowych konsekwencji naruszenia prawa antymonopolowego, to możliwym byłoby przygotowanie instrumentu ubezpieczeniowego dla przedsiębiorstw.

Kolejnym istotnym zagadnieniem jest gromadzenie danych i informacji, które mogą być kluczowe w trakcie przeprowadzania postępowania przez KE/UOKiK lub sądami. Zgromadzone dane i informacje będą służyć dla potwierdzenia stawianych przez przedsiębiorcę tez dotyczących braku naruszenia prawa antymonopolowego lub też mitygowania skutków danego naruszenia. Zgromadzone argumenty mogą posłużyć zarówno w postępowaniach gdzie dany przedsiębiorca będzie odpierał zarzuty, lecz również mogą być przydatne w przypadku gdy przedsiębiorca będzie formułował zarzuty wobec innego uczestnika rynku (w tym również pozostającego w stosunku innym niż konkurent-konkurent).

Formułowanie zarzutów lub przygotowanie linii obrony będzie, jak się wydaje, bardziej efektywne jeżeli argumentacja będzie bazować na obiektywnych miarach ekonomicznych prezentujących trendy i korelacje rozłożone na osi czasu. W takim przypadku stawiane twierdzenia będą mieć silniejsze przebicie niż jedynie słowne zapewnienia o obserwowanych zmianach rynkowych i zmieniającej się presji konkurencyjnej. Należy oczekiwać, że UOKiK/KE będą przykładać większą wagę do wyniku rzetelnej analizy ekonomicznej bądź modelowania ekonometrycznego niż argumentacji opartej na oświadczeniach osób zaangażowanych w daną praktykę.

Podejście ekonomiczne jest możliwe do zastosowania w odniesieniu do wszystkich obszarów ryzyka antymonopolowego, lecz szczególnego znaczenia nabiera w odniesieniu do zastosowania art. 8 ust. 1 uokik. Przeprowadzenie tzw. testu bilansującego opiera się na udowodnieniu, że wprowadzone porozumienie, co prawda prowadzi do ograniczenia konkurencji lecz jednocześnie przynosi określone korzyści (użyteczności) ekonomiczne, które są dzielone w określonym stosunku między dostawcą a odbiorców (niekoniecznie, acz najlepiej, jeżeli w tym podziale uczestniczyliby również konsumenci).

Przygotowanie testu z art. 8 ust. 1 uokik wymaga udowodnienia, że efektywności będą rzeczywiście występować. Jeżeli przedsiębiorca będzie dodatkowo w stanie wykazać, że wprowadzenie określonego rozwiązania biznesowego przyczyniło się do zwiększenia efektywności, to spełnienie tego testu będzie tym bardziej prawdopodobne. Nie mniej jednak w celu przeprowadzenia stosownej analizy konieczne jest posiadanie odpowiedniej analityki biznesowej – czyli schematu gromadzenia danych i informacji. Dane zgromadzone na potrzeby zarządzania ryzykiem antymonopolowym będą wtedy wykorzystywane do przeprowadzenia testu bilansującego i tym samym pozwolą na odrzucenie zarzutu zawiązania porozumienia zakazanego art. 6 uokik.

X. Podsumowanie

Prowadzenie działalności gospodarczej wiąże się z koniecznością podejmowania ryzyka gospodarczego, które ma swą genezę w otoczeniu bliższym lub dalszym przedsiębiorstwa. Ryzyko może być elementem zależnym od przedsiębiorstwa lub też niezależnym.

Czynniki generujące ryzyko mogą mieć charakter przeciwdziałający celom gospodarczym lub też wspierać ich osiągnięcie.

Przeprowadzona analiza wskazała, że regulacje antymonopolowe mogą być określone jako czynniki klasy „B”, czyli bliższe – niezależne. Ponieważ regulacje antymonopolowe mają co do zasady funkcję przeciwdziałającą szybkiemu osiągnięciu celów biznesowych można wskazać, że będą to czynniki przeciwdziałające. W funkcji czasu zwrot tej zależności może ulec zmianie.

Ryzyko antymonopolowe jest rozumiane jako prawdopodobieństwo zaistnienia zdarzenia w postaci kary za naruszenie prawa antymonopolowego oraz poniesienia dodatkowych kosztów z tego tytułu. Wyznaczenie wartości ryzyka antymonopolowego pozwala na kwantyfikację tego zagrożenia.

Ryzyko antymonopolowe jako immanentny element prowadzenia działalności gospodarczej powinno posiadać instytucjonalne ugruntowanie w działalności przedsiębiorstwa i tym samym w stosownych dokumentach powinno znajdować się określenie poziomu akceptowalnego ryzyka antymonopolowego [WRA]. Wskaźnik akceptowalnego ryzyka pozwala na określenie poziomu ryzyka z jakim spotykać się będzie przedsiębiorstwo w konsekwencji wprowadzenia określonych decyzji biznesowych. Pomiar ryzyka antymonopolowego wyrażony jest Wskaźnikiem Ryzyka Antymonopolowego [WRA].

Wyznaczenie WRA uwzględniającego praktykę decyzyjną organu antymonopolowego jak również pozostałe czynniki określające ryzyko antymonopolowe pozwala na określenie, czy dane zamierzenia biznesowe będą powodować zwiększenie ryzyka antymonopolowego, czy też nie. Mając określony w dokumentach przedsiębiorstwa maksymalny, akceptowalny przez interesariuszy, poziom ryzyka antymonopolowego możliwe jest wyznaczenie maksymalnych zmian jakie mogą być wprowadzone w propozycjach biznesowych.

Jeżeli wynik wyliczeń doprowadzi do przekroczenia akceptowalnego ryzyka antymonopolowego to zarządzający muszą podjąć decyzję, czy akceptują przekroczenie ustalonego maksymalnego poziomu ryzyka, czy też modyfikują poziom/zakres/skalę proponowanych zmian w celu nieprzekroczenia maksymalnego poziomu ryzyka.

Dodatkowym, lecz równie ważnym elementem wprowadzenia zarządzania ryzykiem antymonopolowym jest możliwość wyznaczenia konsekwencji finansowych naruszenia prawa antymonopolowego i tym samym dążenie do ubezpieczenia tego ryzyka. Jednocześnie posiadanie dane i informacje zasilające system zarządzania ryzykiem antymonopolowym pozwolą na bardziej miarodajne i racjonalne prowadzenie postępowań antymonopolowych zarówno od strony regulatora (UOKiK/KE) jak również od strony przedsiębiorstwa.

Podsumowując, można wskazać że ryzyko antymonopolowe stanowi obszar możliwy do zarządzania i tym samym może i powinno stanowić element zarządzania przedsiębiorstwem.

Bibliografia

- Bartes, F. i Strzednicki, A. (2003). *Walka konkurencyjna przedsiębiorstw: opisy metod walki rynkowej z przykładami i definicjami*. Warszawa: C.H. Beck.
- Baugier, J.-M. i Vuilled, S. (1993). *Strategie zmian w przedsiębiorstwie: nowoczesna metoda*, Warszawa: Poltex.
- Begg, D., (2003). *Mikroekonomia*. Warszawa: PWE.
- Begg, D., Fischer, S., i Dornbusch R., (1993). *Ekonomia*. Warszawa: PWE.
- Bender, Ch.M., Götz, G. i Pakula B., (2010). *Effective Competition: The importance and relevance for network industries*, X 2010.
- Burda, M. i Wypłoz, Ch. (2000). *Makroekonomia. Podręcznik europejski*. Warszawa: PWE,
- Clarkson, K.W. i Le Roy Miller, R. (1982). *Industrial Organization. Theory, Evidence, and Public Policy*. McGraw-Hill Publishing Company.
- Drucker, P.F. (2002). *Mysli przewodnie Druckera*. Warszawa: MT Biznes.
- Gargul, H. i Suder, M. (2013). *Matematyka dla kierunków ekonomicznych*. Warszawa Oficyna Wolters Kluwer business.
- Janasz, K., Janasz, W., Kozioł, K. i Szopik, K. (2008). *Zarządzanie strategiczne*. Warszawa: Difin, 2008.
- Koźmiński, A. i Piotrowski, W. (red.) (2000). *Zarządzanie. Teoria i praktyka*. A. Warszawa: PWN.
- Obłój, K. (2002). *Tworzywo skutecznych strategii*. Warszawa: PWN.
- Pelps, E., (2013). *Mass Flourishing*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Samuelson, P.A. i Nordhaus, W.D. (1986), *Ekonomia 2*. Warszawa: PW.
- Samuelson, W.F. i Marks, S.G. (1998). *Ekonomia menedżerska*. Warszawa: PWE.
- Schiller, B.R. (1989). *The Economy Today*. Fourth Edition, Nowy Jork: Random House.

- Skoczny, T. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Warszawa, Wydawnictwo C. H. Beck.
- Smith, V.L. (2013). *Racjonalność w ekonomii*. Oficyna Wydawnicza, Warszawa: Wolters Kluwer business.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2011) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011.
- Stoner, S., J.A.F., Freeman, R.E. i Gilbert, D.R.Jr (2001). *Kierowanie*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Urbanowska-Sojkin, E. (2007). *Zarządzanie strategiczne przedsiębiorstwem*. Warszawa: PWE.
- Varian, H.R. (1997). *Mikroekonomia*. Warszawa: PWN.
- Williamson, O.E. (1983). *Markets and Hierarchies*. New York: The Free Press.
- Zientara, A. (2010). *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*. Warszawa.

Piotr Kulczycki*
Tomasz Zatoń**
Wojciech Zatoń***

Możliwości i warunki parametryzacji ryzyka antymonopolowego przedsiębiorstwa

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Zarys badań związanych z kwantyfikacją ryzyka antymonopolowego
- III. Założenia i dane do budowy Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego (WRA)
- IV. Wyniki estymacji i zastosowanie modelu WRA
 1. Model WRA
 2. Zastosowanie oszacowanego modelu do zarządzania ryzykiem antymonopolowym w przedsiębiorstwie
 3. Model WRA na znormalizowanych zmiennych objaśniających
 4. Model regresji logistycznej WRA
- V. Podsumowanie

Streszczenie

W artykule omówiono możliwości kwantyfikacji ryzyka antymonopolowego oraz przedstawiono sposób budowy Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego (WRA). Wskaźnik ten można interpretować w kategoriach prawdopodo-

* Magister kierunku Informatyka i Ekonometria UŁ, specjalista ds. analiz ilościowych z zakresu prawa pomocy publicznej i prawa antymonopolowego, COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp.j. e-mail: Piotr.Kulczycki@comper.com.pl

** Licencjat kierunku Metody Ilościowe w Ekonomii i Systemy Informacyjne, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, student studiów II stopnia w/w kierunku; e-mail: t.zaton@gmail.com

*** Doktor nauk ekonomicznych, Instytut Finansów Uniwersytetu Łódzkiego, specjalista ds. analiz ekonometrycznych, ekonomicznych i finansowych; e-mail: wojciech.zaton@uni.lodz.pl

bieństwa narażenia się na działanie regulatora rynku w zakresie naruszenia prawa antymonopolowego. W konstrukcji WRA wykorzystane zostały dane hipotetyczne odnośnie sytuacji rynkowej i charakterystyki zainteresowanego przedsiębiorstwa. Dla różnych scenariuszy wyznaczone zostały eksperckie oceny ryzyka (wartości WRA). Przetestowano możliwość budowy modelu WRA wykorzystując metody ekonometryczne. Wskazano na zastosowanie modelu WRA do oceny ryzyka antymonopolowego i wspomagania realizacji założonych celów działalności przedsiębiorstwa.

Słowa kluczowe: ryzyko antymonopolowe, pomiar ryzyka antymonopolowego, modelowanie ekonometryczne, zarządzanie ryzykiem.

Klasyfikacja JEL: C15, C20, K21, L40.

I. Wprowadzenie

Ryzyko antymonopolowe jest ważnym rodzajem ryzyka w działalności przedsiębiorstwa, zwłaszcza w sytuacji planowania intensyfikacji działalności gospodarczej¹. Brak dokładnej orientacji w sytuacji rynkowej i konsekwencjach zmian wywołanych przez ekspansywną działalność może narazić przedsiębiorstwo na karę za naruszenie prawa antymonopolowego. Monitorowanie rynku pod względem ryzyka antymonopolowego z uwzględnieniem prognozowanych efektów własnej działalności, zwiększa bezpieczeństwo ekonomiczne przedsiębiorstwa i pozwala na znalezienie optymalnych sposobów realizacji założonych celów. Narzędziem wspomagającym przedsiębiorcę w tej dziedzinie może być Wskaźnik Ryzyka Antymonopolowego (WRA).

Idea budowy WRA polega na określeniu prawdopodobieństwa naruszenia prawa antymonopolowego na podstawie skali ryzyka antymonopolowego. Znając wartość WRA można następnie w sposób wymierny finansowo określić koszt planowanej przez przedsiębiorstwo działalności w kontekście naruszenia prawa antymonopolowego.

Celem artykułu jest przedstawienie możliwości kwantyfikacji ryzyka antymonopolowego oraz sposobu budowy Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego. Prace nad konstrukcją takiego wskaźnika podjęto w firmie

¹ Szczegółowe omówienie tego problemu stanowiące jednocześnie inspirację do badań przedstawionych w niniejszym artykule można znaleźć w pracy (Fornalczyk, 2015). *Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jako element systemu zarządzania przedsiębiorstwem*, referat prezentowany na Konferencji UOKiK i CARS, „Ekonomia ochrony konkurencji”, Warszawa, 13–14 X 2015.

COMPER². W konstrukcji WRA wykorzystane zostały dane hipotetyczne odnośnie sytuacji rynkowej i charakterystyki zainteresowanego przedsiębiorstwa oraz eksperckie oceny ryzyka.

W drugim rozdziale artykułu przedstawiono związłą charakterystykę wybranych badań związanych z kwantyfikacją ryzyka antymonopolowego. W rozdziale trzecim opisane zostały założenia i dane wykorzystane do konstrukcji WRA. Rozdział czwarty zawiera prezentację i analizę otrzymanych wyników. W ostatniej części artykułu przedstawione są wnioski z przeprowadzonych badań i rekomendacje odnośnie dalszych prac.

II. Zarys badań związanych z kwantyfikacją ryzyka antymonopolowego

Oprócz wielu artykułów omawiających poszczególne, mierzalne kryteria konkurencyjności rynków, w literaturze, w znacznie mniejszej ilości, można znaleźć prace, w których w bardziej złożony i kompleksowy sposób analizuje się funkcjonowanie konkurencji na danych rynkach, również w kontekście ryzyka antymonopolowego.

Ilzkovitz i inni [2008] przeprowadzili w roku 2007 badanie 23 wybranych sektorów gospodarki krajów Unii Europejskiej. W kompleksowej analizie uwzględnione zostały cztery wymiary funkcjonowania rynku: regulacja, integracja, konkurencja i innowacja. W badaniu konkurencji wykorzystane zostały łącznie cztery rodzaje wskaźników odnoszące się do różnych wymiarów konkurencji w zależności od następujących elementów rynku:

- struktury – użyty został współczynnik koncentracji C8, skumulowana wartość udziałów w rynku 8 największych przedsiębiorstw w sektorze;
- wydajności – użyta została marża (oszacowane zostały wskaźniki price-cost margin);
- zachowania (turbulencji) – mierzono liczbą zmian firm w gronie największych 8 firm w sektorze w określonym okresie;
- polityki antymonopolowej – reprezentowanej przez liczbę naruszeń prawa konkurencji (liczba spraw, w których wydana została decyzja Komisji Europejskiej).

Każdy ze wskaźników został obliczony indywidualnie, a następnie biorąc je łącznie pod uwagę, dokonano klasyfikacji sektorów na trzy kategorie:

- sektory, dla których istnieją silne przesłanki wskazujące na problemy w zakresie konkurencji (przynajmniej trzy wskaźniki wskazywały na słabą

² COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp. j.

- konkurencję lub dwa wskaźniki wskazywały na słabą konkurencję, ale jednym z nich była marża)
- sektory, dla których nie można wykluczyć prawdziwości hipotezy o problemach w zakresie konkurencji (jeden lub dwa (bez marży) wskaźniki wskazywały na słabą konkurencję)
 - sektory bez oznak problemów w zakresie konkurencji (żaden ze wskaźników nie wskazywał na słabą konkurencję).

Z kolei Antonielli i Marinello (2014) przeprowadzili badanie dotyczące sektorów przetwórczych w pięciu głównych gospodarkach europejskich (Francji, Niemiec, Włoch, Hiszpanii i Wielkiej Brytanii) w latach 2000–2011. Wyróżnione zostały czynniki mające wpływ na powstanie naruszeń prawa antymonopolowego. Czynniki te zostały nazwane Wskaźnikami Ryzyka Antymonopolowego (ARI – Antitrust Risk Indicator) i pogrupowane w cztery kategorie (wymiary rynku w zakresie konkurencji). Te kategorie to:

- koncentracja rynku (*market concentration*),
- bariery wejścia (*entry*),
- stabilność rynku (*market stability*),
- symetria rynku (*market symmetry*).

W aspekcie koncentracji rynku zostały użyte trzy wskaźniki: marża (zdefiniowana jako różnica między wartością produkcji i kosztami pracy, kapitału oraz nakładów pośrednich), wskaźnik Herfindahla-Hirschmana oraz wskaźnik koncentracji C4, skumulowanej wartości udziałów w rynku czterech największych przedsiębiorstw.

Do charakterystyki barier wejścia wykorzystano dwa wskaźniki: przeciętną wielkość firmy w sektorze oraz penetrację importową. Penetracja importowa jest liczona jako przeciętny (w badanym okresie) udział importu w produkcji sektora. Duża wartość tego wskaźnika oznacza mniejsze bariery wejścia do danego sektora, zwłaszcza dla przedsiębiorstw zagranicznych. Trudniej też jest w tej sytuacji o utrzymywanie cen produkcji (np. w oparciu o zmonopolizowaną cenową) nieuzasadnionych cenami importu.

Do analizy stabilności rynku wykorzystano dwa wskaźniki: zmienność wielkości rynku (mierzoną wariancją rocznej stopy wzrostu produkcji sektora w badanym okresie) i zmienność penetracji importowej (mierzoną wariancją rocznej stopy wzrostu penetracji importowej w sektorze w badanym okresie).

Symetria rynku to sytuacja, w której największe firmy mają udziały w rynku o zbliżonej wielkości. Takie okoliczności sprzyjają powstawaniu niedozwolonych porozumień. W omawianym badaniu wykorzystano wskaźnik asymetrii obliczony w oparciu o współczynnik Giniego dla czterech największych przedsiębiorstw:

$$\text{Wskaźnik asymetrii} = 1 - (7 \cdot x_4 + 5 \cdot x_3 + 3 \cdot x_2 + x_1) / 4,$$

gdzie x_1 oznacza udział produkcji największego przedsiębiorstwa w produkcji czterech największych, x_2 , x_3 , x_4 oznaczają malejące udziały kolejnych przedsiębiorstw. Wartość wskaźnika 0 oznacza doskonałą symetrię (równe udziały największych przedsiębiorstw).

Po obliczeniu wszystkich wskaźników sporządzono według nich rankingi sektorów gospodarki według skali ryzyka antymonopolowego (oddzielnie dla każdego wskaźnika). Następnie w prosty sposób graficzny oraz w oparciu o analizę korelacyjną porównano te rankingi z rankingami sektorów zbudowanymi według ilości interwencji Komisji Europejskiej. Dla wskaźników koncentracji uzyskano zadowalające wyniki (wartości współczynników korelacji rankingów wynosiły 0,45–0,75). Gorsza była zgodność dla rankingów sporządzonych według wskaźników pozostałych grup (barier wejścia, stabilności i symetrii rynku)³.

Należy podkreślić, że mimo użycia wielu wskaźników oraz ich grupowania dla oceny wielu wymiarów funkcjonowania konkurencji i ryzyka antymonopolowego, przedstawione badania nie prowadzą jednak do konstrukcji kompleksowego, wielowymiarowego indeksu, będącego wskaźnikiem ryzyka antymonopolowego. Pracę nad stworzeniem takiego wskaźnika podjęto w firmie COMPER.

III. Założenia i dane do budowy Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego (WRA)

Celem konstrukcji Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego jest ocena ryzyka antymonopolowego przez przedsiębiorstwo funkcjonujące na danym rynku. Wskaźnik ten może przyjmować wartości z przedziału $\langle 0, 1 \rangle$. Wartości bliskie 1 oznaczają duże ryzyko antymonopolowe, a zatem duże prawdopodobieństwo narażenia się na działanie regulatora rynku w zakresie ochrony prawa konkurencji (wartości WRA można interpretować w kategoriach tak określonego prawdopodobieństwa). Należy podkreślić, że rozpatrywana w artykule i wykorzystana w konstrukcji wskaźnika, kategoria prawdopodobieństwa i związanego z nim ryzyka, dotyczy prawdopodobieństwa

³ Zbliżoną analizę przeprowadzili Gual i Mas (2011) porównując podjęte postępowania antymonopolowe przez Komisję Europejską z charakterystyką rynków dotyczącą ryzyka antymonopolowego. Stwierdzona została istotna dodatnia korelacja stopnia koncentracji rynków z liczbą sankcjonujących decyzji wydanych przez Komisję w latach 1999–2004.

subiektywnego, a nie opartego na klasycznym lub częstościowym pojęciu prawdopodobieństwa, bazującym na obiektywnych rozkładach zmiennych losowych⁴. Subiektywne prawdopodobieństwo wystąpienia określonego zdarzenia zależy od wiedzy i doświadczenia ekspertów, co prowadzi do różnych ocen tego prawdopodobieństwa. Przedstawiona poniżej konstrukcja WRA jest próbą obiektywizacji określenia ryzyka antymonopolowego poprzez wykorzystanie modelu ekonometrycznego. Świadomość oceny tego ryzyka z uwzględnieniem prognozowanych efektów własnej działalności zwiększa bezpieczeństwo ekonomiczne przedsiębiorstwa i pozwala na znalezienie optymalnych sposobów realizacji założonych celów. Znając wartość WRA można w sposób wymierny finansowo określić ryzyko planowanej przez przedsiębiorstwo działalności w kontekście naruszenia prawa antymonopolowego.

Konstrukcja WRA opiera się na ocenach eksperckich szeregu różnych hipotetycznych wariantów obrazu danego rynku i charakterystykach przedsiębiorstwa na nim funkcjonującego.

W pierwszej fazie prac, na podstawie doświadczenia i literatury przedmiotu określono zestaw potencjalnych zmiennych mogących mieć istotne znaczenie dla wielkości ryzyka antymonopolowego. Na liście tej znalazły się następujące zmienne⁵: wskaźnik Herfindahla-Hirschmana (HHI), zmiana wartości HHI w wyniku koncentracji, wskaźniki koncentracji C3 i C5, liczba konkurentów ogółem (NK) i konkurentów o udziałach w rynku przekraczających 10% (NK10), udział w rynku danego przedsiębiorstwa UP, indeks Lerner'a (IL) danego przedsiębiorstwa, elastyczność cenowa popytu dla produkcji danego przedsiębiorstwa (ED), elastyczność cenowa podaży (ES), bariery wejścia na rynek (BARIERY), homogeniczność oferty rynkowej (HOMOGEN), rola sieci dystrybucyjnej (RDYSTRYB), skala własnej sieci dystrybucyjnej w stosunku do rynku (WDYSTRYB), liczba stowarzyszeń branżowych, do których należy dane przedsiębiorstwo (STOW).

W drugiej fazie wygenerowane zostały wartości wyspecyfikowanych wyżej zmiennych. Posłużono się eksperymentem symulacyjnym ze względu na trudności z budową bazy danych rzeczywistych. Takie podejście pozwalało jednak na ocenę możliwości budowy i przydatności WRA z wykorzystaniem wiedzy eksperckiej. Docelowym rozwiązaniem będzie wykorzystanie danych empirycznych, opartych na decyzjach Prezesa UOKiK w kwestii naruszeń prawa antymonopolowego. Na etapie pośrednim można przyjąć rozwiązanie

⁴ Pojęcie prawdopodobieństwa subiektywnego oraz teorię na nim opartą opracował L.J. Savage w roku 1954.

⁵ Podane symbole nazw stosowane są dalej w tekście artykułu.

hybrydowe wykorzystujące dane hipotetyczne wzbogacone o systematycznie uzupełniane dane rzeczywiste.

W procesie generowania danych uwzględniono szereg zależności ekonomicznych występujących między zmiennymi. Podstawą były symulowane wartości liczby przedsiębiorstw i ich udziałów w rynku. Wartości te były losowane z rozkładu równomiernego lub rozkładu asymetrycznego odzwierciedlającego pewną (losową) koncentrację udziałów w niewielkiej grupie przedsiębiorstw. Celem było zapewnienie zróżnicowanych scenariuszy. Na tej podstawie obliczano wartości wskaźników HHI, C3, C5. W dalszej kolejności wyznaczano wartości innych zmiennych w danym scenariuszu. Przykładowo:

- losowo wybierano przedsiębiorstwo zainteresowane zmianami na rynku,
- indeks Lerner dla siły rynkowej tego przedsiębiorstwa zależał stochastycznie od: udziału tego przedsiębiorstwa w rynku, wskaźnika koncentracji C3, oraz barier wejścia,
- elastyczność cenowa popytu tego przedsiębiorstwa była w związku stochastycznym z indeksem Lerner i liczbą konkurentów,
- wielkość barier wejścia zależała od wielkości wskaźnika HHI oraz liczby konkurentów.

Ostatecznie do dalszej analizy skierowano 60 zróżnicowanych scenariuszy. Scenariusze te zostały przekazane ekspertom w celu przeprowadzenia oceny ryzyka antymonopolowego i określenia Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego (WRA). Ryzyko to oceniane było w skali od 0 do 20. Tabela 1 zawiera podstawowe parametry statystyczne dla zmiennych charakteryzujących rynek i przedsiębiorstwo oraz dla WRA.

Wartości statystyk przedstawione w tabeli 1 świadczą o stosunkowo dużym zróżnicowaniu próby i niewielkiej asymetrii (głównie dodatniej) rozkładów. Warto zwrócić uwagę na stosunkowo dużą zmienność udziału przedsiębiorstwa w rynku i powiązaną z nią zmienność indeksu Lerner. Świadczy to o własności próby pozwalającej na testowanie stosunkowo szerokiego zakresu zmian rynkowych kreowanych przez zainteresowane przedsiębiorstwo.

Do dalszych obliczeń wykorzystano znormalizowane wartości WRA, tak by znajdowały się w przedziale $(0, 1)$ i mogły być interpretowane jako wartości prawdopodobieństwa. W tym celu wartości oryginalnego szeregu WRA zostały podzielone przez 20.

Tabela 1. Parametry statystyczne zmiennych użytych w badaniu

Zmienna	Dopuszczalny zakres	Średnia	Mediana	Odchylenie standardowe	Współczynnik zmienności, %	Współczynnik skośności
HHI	0–10000	2692,6	2206,0	1353,1	50%	1,3
C3	0–100	73,5	70,0	16,4	22%	0,2
C5	0–100	90,5	95,0	10,8	12%	–0,8
NK	> 1	6,5	6,0	2,8	42%	0,5
NK10	> 1	3,5	4,0	1,3	37%	–0,1
UP	0–100	31,7	24,0	19,0	60%	1,1
IL	< 1	0,4	0,3	0,3	73%	0,6
ED	≤ 0	–1,3	–0,9	1,1	–81%	–1,5
ES	≥ 0	1,4	1,0	1,1	82%	1,7
BARIERY	0–1	0,5	0,5	0,4	90%	0,2
HOMOGEN	0–100	43,4	43,0	21,8	50%	0,3
RDYSTRYB	0–100	41,4	38,5	22,0	53%	0,4
WDYSTRYB	0–100	32,9	27,0	21,2	64%	0,9
WRA	0–20	10,8	9,5	4,8	44%	0,5

Źródło: obliczenia własne.

IV. Wyniki estymacji i zastosowanie modelu WRA

1. Model WRA

Przyjęta koncepcja budowy Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego zakładała określenie wpływu poszczególnych zmiennych (czynników) na wielkość ryzyka antymonopolowego. Wykorzystując otrzymane dane dokonano estymacji parametrów liniowego modelu ekonometrycznego dla WRA. Postać teoretyczna modelu była następująca:

$$WRA_i = b_1 * X_{1i} + b_2 * X_{2i} + b_3 * X_{3i} + \dots + b_k * X_{ki} + \varepsilon_i, \quad (1)$$

gdzie:

- WRA_i – znormalizowana wartość Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego,
- b_1, b_2, \dots, b_k – parametry modelu,
- X_1, X_2, \dots, X_k – zmienne objaśniające modelu (przedstawione w poprzednim rozdziale),
- ε_i – składnik losowy,
- i – numer obserwacji (scenariusza).

Estymacji dokonano na próbie 40 obserwacji stosując Klasyczną Metodę Najmniejszych Kwadratów. Pozostałe 20 obserwacji wykorzystano do weryfikacji modelu poprzez wykonanie prognozy *ex post*. Estymowano wiele wariantów modelu, wykorzystując różne kombinacje zmiennych objaśniających. Ostateczna wersja modelu zawiera cztery zmienne istotne statystycznie dla wyjaśnienia kształtowania się wartości Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego (udział przedsiębiorstwa w rynku UP, elastyczność cenową popytu ED, wskaźnik koncentracji C3 oraz poziom barier wejścia na rynek BARIERY). Tabela 2 zawiera wyniki estymacji tej wersji modelu.

Tabela 2. Wyniki estymacji modelu WRA
Zmienna zależna WRA, wykorzystane obserwacje 1–40

	Współczynnik	t-Studenta	wartość p ^{a)}	
UP	0,00748	8,8	<0,00001	***
ED	0,03874	3,3	0,00201	***
C3	0,00485	9,1	<0,00001	***
BARIERY	0,06015	1,9	0,07151	*

Średn. aryt. zm. zależnej	0,573	Odch. stand. zm. zależnej	0,244
Suma kwadratów reszt	0,221	Błąd standardowy reszt	0,078
Wsp. determ. R-kwadrat	0,986	Skorygowany R-kwadrat	0,984
F(4, 36)	619,999	Wartość p dla testu F	0,000
Logarytm wiarygodności	47,225	Kryt. inform. Akaike'a	-86,451
Kryt. bayes. Schwarza	-79,695	Kryt. Hannana-Quinna	-84,008

^{a)} W kolumnie obok zaznaczono istotność statystyczną: *** – dla poziomu istotności 0,01; ** – dla poziomu istotności 0,05; * – dla poziomu istotności 0,1. Uwaga ta odnosi się również do wyników w następujących tabelach.

Źródło: obliczenia własne.

Znaki oszacowanych parametrów są zgodne z ekonomicznym wpływem zmiennych na skalę ryzyka antymonopolowego. Wyniki przeprowadzonych testów na poziomie istotności 0,05 nie dały podstaw do odrzucenia hipotez o poprawności specyfikacji modelu (test RESET), normalności rozkładu składnika losowego (test Doornika-Hansena) oraz heteroskedastyczności składnika losowego (test White'a). Analiza czynników inflacji wariancji (VIF) nie wykazała występowania w modelu współliniowości zmiennych objaśniających.

Uzyskane oszacowania parametrów pozwalają na ocenę wpływu poszczególnych zmiennych na poziom ryzyka antymonopolowego. Przykładowo, wzrost udziału przedsiębiorstwa w rynku UP o 1 punkt procentowy (p.p.) spowoduje, *ceteris paribus*, wzrost ryzyka antymonopolowego o 0,748 p.p.

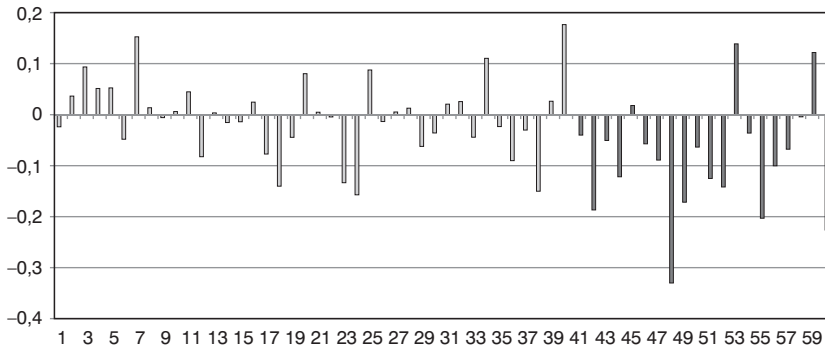
W tabeli 3 przedstawiono dokładność szacunku WRA w próbie estymacyjnej i w okresie prognozy ex post. Na rysunku 1 pokazano kształtowanie się reszt modelu w próbie i okresie prognozy ex post.

Tabela 3. Wartości błędów szacunku WRA w próbie estymacyjnej i w okresie prognozy ex post

Miara błędu	Próba	Prognoza ex post
ME	-0,004	-0,087
MAE	0,056	0,115
MAPE	13,697	29,744

Źródło: obliczenia własne.

Rysunek 1. Reszty modelu w okresie próby i prognozy ex post



Źródło: obliczenia własne.

Model w próbie charakteryzuje się dobrymi własnościami statystycznymi. Trafność prognostyczna ex post jest na niższym poziomie niż w próbie estymacyjnej, głównie z powodu nieodgadnięcia amplitudy wahań. Warto też zwrócić uwagę na dość widoczne (zwłaszcza w okresie prognozy) przeszacowywanie wartości WRA⁶.

⁶ Wartości błędów w tabeli 3 oraz reszty na rysunku 1 obliczane są według formuły $WRA(empiryczne) - WRA(prognozowane)$. Przeszacowywanie można w tej sytuacji potraktować jako ostrożność szacunku.

2. Zastosowanie oszacowanego modelu do zarządzania ryzykiem antymonopolowym w przedsiębiorstwie⁷

Poniższy przykład ilustruje potencjalne możliwości wykorzystania oszacowanego modelu do zarządzania ryzykiem antymonopolowym w przedsiębiorstwie.

Po przeprowadzeniu estymacji dysponujemy modelem wyznaczającym wartość ryzyka antymonopolowego o następującej postaci:

$$\widehat{WRA} = 0,00748 * UP + 0,03874 * ED + 0,00485 * C3 + 0,06015 * BARIERY$$

Założmy, że aktualne wartości zmiennych rynkowych i dotyczących przedsiębiorstwa uwzględnionych w modelu wynoszą:

$$UP_0 = 30 \quad ED_0 = -2 \quad C3_0 = 75 \quad BARIERY_0 = 0,6$$

Wartość WRA_0 dla takiego zestawu wartości wynosi 0,547.

Przedsiębiorstwo jest zainteresowane ekspansją na rynku, planuje zwiększenie udziałów w rynku o 10 p.p. do 40%. Ocenia, że spowoduje to bezpośrednio zwiększenie wskaźnika koncentracji C3. Ponadto usztywni to popyt na produkcję przedsiębiorstwa oraz zwiększy poziom barier wejścia na rynek nowych konkurentów. Prognozowane wartości zmiennych związanych z ekspansją są następujące⁸:

$$UP_1 = 40 \quad ED_1 = -1 \quad C3_1 = 85 \quad BARIERY_1 = 0,7$$

Wartość WRA_1 dla takiego zestawu wartości wynosi 0,715.

Przedsiębiorstwo monitoruje wielkość ryzyka antymonopolowego, zasadniczo zakładając jego dopuszczalny, maksymalny poziom wynoszący 0,65. W tym przypadku poziom ten został przekroczony i przedsiębiorstwo będzie musiało ograniczyć skalę planowanych działań. Jedną z wielu możliwych kombinacji wartości zmiennych może być np.:

$$UP_2 = 35 \quad ED_2 = -1,5 \quad C3_2 = 80 \quad BARIERY_2 = 0,65$$

Wartość WRA_2 dla takiego zestawu wartości wynosi 0,631.

⁷ Zaprezentowana prosty przykład jedynie obrazuje potencjalne wykorzystanie modeli podobnej klasy i specyfikacji do zarządzania ryzykiem antymonopolowym.

⁸ Prognozowane wartości ED i BARIERY wynikają z ocen eksperckich. W praktyce powinny wynikać z pomocniczych modeli objaśniających kształtowanie się tych zmiennych w zależności od zmiany UP.

W ten sposób przedsiębiorstwo może realizować swoje (ograniczone) cele przy bezpiecznym poziomie ryzyka antymonopolowego. Alternatywą jest pozostanie przy większej ekspansji, realizacja początkowych celów i przekroczenie akceptowanej dotychczas, skali ryzyka antymonopolowego. Wówczas z prawdopodobieństwem wyznaczonym przez wartość WRA_1 przedsiębiorstwo musi się liczyć z poniesieniem konsekwencji wymiernych finansowo obejmujących: karę nałożoną przez organ antymonopolowy, koszty postępowania antymonopolowego, koszty poniesionych dotychczas nakładów na zwiększenie działalności.

3. Model WRA na znormalizowanych zmiennych objaśniających

Przedstawiony powyżej model jest wygodny ze względu na łatwą interpretację parametrów – wzrost danej zmiennej objaśniającej o jej jednostkę wywołuje efekt wzrostu/spadku WRA o sile równej wielkości parametru stojącego przy tej zmiennej. Jednak różne skale wartości zmiennych objaśniających utrudniają porównanie siły oddziaływania każdej z nich na WRA. Rozwiązaniem tego problemu może być normalizacja zmiennych, sprowadzająca ich wartości do jednej skali np. przedziału $\langle 0, 1 \rangle$. Z wielu metod normalizacji wybrano normalizację min-max (np. Strahl i Walesiak 1997). Do transformacji zmiennych użyto następującego wzoru:

$$X_{n_i} = \frac{X_i - \min\{X_i\}}{\max\{X_i\} - \min\{X_i\}} \quad (2)$$

W tabeli 4 przedstawione są wyniki estymacji modelu WRA z wykorzystaniem znormalizowanych zmiennych objaśniających⁹.

Tabela 4. Wyniki estymacji modelu WRA ze znormalizowanymi zmiennymi objaśniającymi
Zmienna zależna WRA. Wykorzystane obserwacje 1–40

	Współczynnik	t-Studenta	wartość p	
UP_n	0,476399	7,5	<0,00001	***
ED_n	0,229672	8,3	<0,00001	***
C3_n	0,390879	6,9	<0,00001	***
BARIERY_n	0,072530	2,5	0,01788	**

⁹ Alternatywą do oceny relatywnej siły wpływu poszczególnych zmiennych objaśniających na zmienną objaśnianą mogłaby być też analiza standaryzowanych współczynników regresji w równaniu ze zmiennymi nieznormalizowanymi.

Średn.aryt.zm.zależnej	0,573	Odch.stand.zm.zależnej	0,244
Suma kwadratów reszt	0,211	Błąd standardowy reszt	0,077
Wsp. determ. R-kwadrat	0,986	Skorygowany R-kwadrat	0,985
F(4, 36)	649,701	Wartość p dla testu F	0,000
Logarytm wiarygodności	48,148	Kryt. inform. Akaike'a	-88,296
Kryt. bayes. Schwarz	-81,541	Kryt. Hannana-Quinna	-85,854

Źródło: obliczenia własne.

Model w tej wersji ma analogiczne własności statystyczne, jak oszacowany na danych bez normalizacji. Oceny parametrów modelu informują, że z uwzględnionych w modelu zmiennych, z największą siłą oddziałuje na WRA udział przedsiębiorstwa w rynku, zdecydowanie najmniejszy wpływ mają bariery wejścia na rynek.

4. Model regresji logistycznej WRA

Dla problemu, w którym modelowane są prawdopodobieństwa zajścia określonego zdarzenia warto rozważyć zastosowanie regresji logistycznej. Dotyczy to modelowania prawdopodobieństwa przynależności obiektu do jednej z dwóch klas, w zależności od charakteryzującego go wektora zmiennych niezależnych. Modele tego typu znajdują szerokie zastosowanie m.in. w scoringu kredytowym (pozytywna lub negatywna decyzja kredytowa), czy też określaniu ryzyka upadłości przedsiębiorstwa (przedsiębiorstwo zagrożone lub nie).

Zauważmy, że w problemie określenia ryzyka antymonopolowego, przedsiębiorstwo jest ostatecznie zainteresowane wystąpieniem sytuacji, kiedy zostanie na nie nałożona kara za naruszenie prawa antymonopolowego. Z tego względu model regresji logistycznej może być cennym narzędziem wspomagającym zarządzanie ryzykiem monopolowym w przedsiębiorstwie. Przyjmijmy założenie, że przekroczenie ustalonego poziomu Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego powoduje nałożenie kary na przedsiębiorstwo. W poniższym przykładzie przyjęto taką graniczną wartość WRA równą 0,7. Pozwala to zamienić źródłowe dane ciągle WRA z przedziału $\langle 0, 1 \rangle$ na dane dyskretne: 0, jeśli wartość WRA $< 0,7$, i 1, jeśli WRA $\geq 0,7$ ¹⁰.

¹⁰ Preferowanym sposobem postępowania w analizowanym problemie byłoby wykorzystanie danych rzeczywistych wynikających z decyzji Prezesa UOKiK – zebranie danych rynko-

Ogólnie model regresji logistycznej zapisać można wzorem:

$$p_i = \frac{\exp(\alpha_0 + \alpha_1 X_{1i} + \dots + \alpha_k X_{ki})}{1 + \exp(\alpha_0 + \alpha_1 X_{1i} + \dots + \alpha_k X_{ki})} = \frac{\exp(Z_i)}{1 + \exp(Z_i)} \quad (3)$$

Wygodnie jest przekształcić powyższy wzór do postaci następującej:

$$\ln \frac{p_i}{1 - p_i} = \alpha_0 + \alpha_1 X_{1i} + \dots + \alpha_k X_{ki} \quad (4)$$

Zmienna po lewej stronie to tzw. logit, który jest równy logarytmowi ilorazu szans przyjęcia i nieprzyjęcia wartości 1 przez zmienną objaśnianą.

Przeprowadzono estymację wielu wariantów modelu logistycznego wykorzystując różne kombinacje zmiennych objaśniających (w tym zestaw z modelu opisanego w poprzednich punktach artykułu). Ostateczna wersja modelu zawiera dwie zmienne istotne statystycznie dla wyjaśnienia kształtowania się wartości Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego – liczbę konkurentów NK oraz indeks Lerner¹¹. Estymacji dokonano na próbie obserwacji 1–40, pozostawiając 20 obserwacji dla walidacji trafności wskazań modelu. W tabelach 5 i 6 zaprezentowano otrzymane wyniki.

Tabela 5. Wyniki regresji logistycznej modelu WRA

Zmienna zależna WRA (wartości binarne 0, 1). Wykorzystane obserwacje 1–40

	Współczynnik	Z	Efekt krańcowy	wartość p	
NK	-0,64441	-3,3	-0,09187	0,0012	***
IL	7,33151	3,1	1,04527	0,0021	***

Średn.aryt.zm.zależnej	0,35000	Odch.stand.zm.zależnej	0,4830
McFadden R-kwadrat	0,63372	Skorygowany R-kwadrat	0,5565
Logarytm wiarygodności	-9,48575	Kryt. inform. Akaike'a	22,9715
Kryt. bayes. Schwarza	26,34978	Kryt. Hannana-Quinna	24,1928
Test ilorazu wiarygodności: Chi-kwadrat(2) = 32,8242 [0,0000]			

Źródło: obliczenia własne.

wych dla sytuacji, kiedy na przedsiębiorstwa zostały nałożone kary (WRA=1) i kiedy takich kar, mimo zmian na rynku, nie było (WRA=0).

¹¹ Powodem uzyskania innej specyfikacji modelu w stosunku do omawianej w poprzednich punktach jest inna definicja zmiennej objaśnianej, czyli WRA, jako zmiennej dychotomicznej.

Tabela 6. Tablica trafności w okresie estymacji i prognozy (walidacji) modelu regresji logistycznej WRA

Okres próby, obserwacje 1–40			
Empiryczne	Prognozowane		Razem
	1	0	
1	25	1	26
0	3	11	14
Razem	28	12	40
Liczba przypadków poprawnej predykcji = 36 (90,0%)			
Okres testowy, obserwacje 41–60			
Empiryczne	Prognozowane		Razem
	1	0	
1	9	7	16
0	0	4	4
Razem	9	11	20
Liczba przypadków poprawnej predykcji = 13 (65,0%)			

Źródło: obliczenia własne.

Interpretując wyniki estymacji (efekty krańcowe) stwierdzamy, że wzrost wartości indeksu Lerner'a o 0,1 (*ceteris paribus*) zwiększa prawdopodobieństwo nałożenia kary o 0,104 natomiast pojawienie się konkurenta na rynku zmniejsza prawdopodobieństwo nałożenia kary o 0,092. Analizując oszacowania parametrów możemy stwierdzić, że pojawienie się kolejnego konkurenta na rynku zmniejsza szansę zaistnienia sytuacji wywołującej karę, średnio o 47,5%.

Model charakteryzuje się stosunkowo wysoką zdolnością predykcji w próbie (90%) i znacznie niższą w okresie walidacji modelu (65%).

V. Podsumowanie

Wyniki wstępnych prac nad konstrukcją Wskaźnika Ryzyka Antymonopolowego są satysfakcjonujące. Pozytywnie przetestowano możliwość stworzenia takiego wskaźnika na danych hipotetycznych i, w szerszej perspektywie, możliwość kwantyfikacji i analiz ryzyka antymonopolowego. Jednak kolejne etapy prac są potrzebne do zastosowania WRA w praktyce zarządzania ryzykiem antymonopolowym. Dotyczy to dwóch dziedzin: wykorzystanych danych oraz konstrukcji wskaźnika. Z pewnością docelowym rozwiązaniem byłaby

analiza decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK w zakresie naruszenia prawa antymonopolowego. Baza danych zbudowana na tej podstawie byłaby bardzo cennym źródłem dla estymacji parametrów modelu WRA. W idealnej sytuacji oznaczałoby to dostęp do danych rynkowych i podstawowych charakterystyk działań konkretnego przedsiębiorstwa w momentach powstania podejrzeń naruszenia prawa antymonopolowego oraz wyników decyzji Prezesa UOKiK. Stworzenie takiej bazy danych dla przypadków historycznych wydaje się jednak mało realne. W takiej sytuacji, poza dokumentowaniem bieżących przypadków naruszeń prawa antymonopolowego, warto w celu tworzenia bazy danych skorzystać z rzeczywistych danych rynkowych, jeśli chodzi zmienne objaśniające. Aktualna struktura i warunki panujące na danym rynku powinny stanowić podstawę do generowania losowych scenariuszy zmian tej sytuacji w określonych, realnych granicach. Skorzystanie z takich danych powinno wzmocnić jakość otrzymanego modelu WRA. Drugim istotnym i powiązaniem elementem jest opracowanie szczegółowych zależności między zmiennymi objaśniającymi kształtowanie się WRA. Przykładem może być np. zależność Indeksu Lerner, udziału przedsiębiorstwa w rynku i cenowej elastyczności popytu. Postulowanym w tym zakresie rozwiązaniem może być stworzenie wielorównaniowego modelu uwzględniającego zależności między zmiennymi objaśniającymi.

Bibliografia

- Antonielli, M. i Mariniello M. (2014). Antitrust risk in EU manufacturing: a sector level ranking. *Bruegel Working Paper* 2014/07.
- Gual, J. i Mas, N. (2011). Industry characteristics and anti-competitive behavior: evidence from the European Commission's decisions. *Review of Industrial Organization* 2011 (39): 207–230.
- Fornalczyk, M. (2015). *Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jako element systemu zarządzania przedsiębiorstwem*, referat prezentowany na Konferencji UOKiK i CARS, „Ekonomia ochrony konkurencji”, Warszawa 13–14 X 2015.
- Ilzkovitz, F., Dierx, A. i Sousa, No. (2008). An analysis of the possible causes of product market malfunctioning in the EU: First results for manufacturing and service sector. *Economic Papers* 336, European Commission.
- Strahl, D. i Walesiak, M. (1997). Normalizacja zmiennych w skali przedziałowej i ilorazowej w referencyjnym systemie granicznym. *Przegląd Statystyczny* 1997 (Zeszyt 1).

Bartosz Targański*

Analiza ekonomiczna porozumień wertykalnych w handlu elektronicznym – wybrane aspekty

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Wpływ handlu elektronicznego na konkurencję
- III. Ograniczenia wertykalne w teorii ekonomii
 1. Efekty pozytywne porozumień wertykalnych
 2. Skutki negatywne porozumień wertykalnych
 3. Ocena pozytywnych i negatywnych skutków porozumień wertykalnych
- IV. Wertykalne ograniczenia konkurencji w handlu elektronicznym
 1. Klauzule najwyższego uprzywilejowania (KNU)
 2. Ustalanie cen odsprzedaży w Internecie
 3. Zakaz sprzedaży i ograniczanie reklamy w Internecie
 4. Stosowanie cen podwójnych
- V. Wnioski

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest problematyka porozumień wertykalnych występujących w handlu elektronicznym. Jest to temat niezwykle istotny i aktualny, co potwierdzają m.in. liczne postępowania przeprowadzone w ostatnich latach przez organy ochrony konkurencji w UE i poza nią. Celem artykułu jest przedstawienie roli analizy ekonomicznej w uzasadnieniu ograniczeń wertykalnych najczęściej występujących w handlu elektronicznym, tj.:

* Radca prawny, starszy prawnik w dziale prawa konkurencji kancelarii Clifford Chance w Warszawie, doktor nauk ekonomicznych, adiunkt w Szkole Głównej Handlowej w Warszawie.

- klauzul najwyższego uprzywilejowania,
- ustalania cen odsprzedaży w Internecie,
- ograniczania reklamy w Internecie,
- stosowania cen podwójnych.

Słowa kluczowe: handel elektroniczny, Internet, porozumienia wertykalne, klauzule najwyższego uprzywilejowania, RPM, ceny podwójne.

Klasyfikacja JEL: L420.

I. Wprowadzenie

Ocena wpływu Internetu na konkurencję jest wielopoziomowa. Z perspektywy konsumentów wydają się przeważać korzyści. Dzięki większej przejrzystości rynku konsument ma dostęp do szerszej oferty produktów, może kupić towary szybciej i wygodniej, a jednocześnie taniej, gdyż Internet zaostrza konkurencję międzymarkową i wewnątrzmarkową.

Z perspektywy przedsiębiorców korzyści, jakie daje Internet, uzależnione są od rodzaju i skali działalności. Inna będzie ocena szans i zagrożeń dla małej firmy, która dzięki Internetowi może dotrzeć do potencjalnie nieograniczonej liczby odbiorców, a inna dla międzynarodowego koncernu, który oferując produkty renomowane, obawia się, że sposób ich prezentowania w Internecie naruszy renomę wypracowaną przez dziesięciolecia w ramach tzw. gospodarki tradycyjnej (*brick and mortar*).

Ścieranie się tych dwóch interesów stanowi tło licznych postępowań antymonopolowych z zakresu handlu elektronicznego prowadzonych w ostatnich latach w wielu państwach. W sprawach tych dostawcy ograniczali działania dystrybutorów w Internecie, jednak w większości przypadków nie potrafili przedstawić rzetelnej analizy ekonomicznej na uzasadnienie swych praktyk.

II. Wpływ handlu elektronicznego na konkurencję

Ze względu na szybkość komunikacji oraz wysokie tempo innowacji technologicznych, konkurencja w gospodarce cyfrowej nabrała nowego wielowektorowego charakteru. Stała się procesem trudnym do „uchwycenia” i zinterpretowania. To, co w gospodarce tradycyjnej dawało trwałą przewagę konkurencyjną i stanowiło o sile rynkowej, w Internecie może okazać się przewagą iluzoryczną. Podczas gdy w gospodarce tradycyjnej

konkurenci byli znani, a struktura rynku stabilna, na gruncie gospodarki cyfrowej (potencjalni) konkurenci mogą być trudni do zidentyfikowania.

W gospodarce cyfrowej trudniejsza może być również ocena praktyk ograniczających konkurencję. Choć reguły konkurencji pozostają niezmiennione, to wydaje się, że właśnie ze względu na dynamikę i wielowektorowość konkurencji w gospodarce cyfrowej, wzrasta ryzyko błędnej oceny.

Wpływ handlu elektronicznego na konkurencję jest wieloaspektowy. Z perspektywy konsumentów wydają się przeważać korzyści. Dzięki większej przejrzystości rynku konsument ma dostęp do szerszej oferty produktów, może kupić towary szybciej i wygodniej, a jednocześnie taniej, gdyż Internet zaostrza konkurencję międzymarkową i wewnątrzmarkową. Oczywiście, nie można zapominać o szeregu nieuczciwych praktykach rynkowych i wyłudzeń typowych dla Internetu.

Na płaszczyźnie handlu detalicznego do najważniejszych skutków rozwoju handlu elektronicznego można zaliczyć:

- **poszerzenie geograficznego zakresu, na którym dochodzi do walki konkurencyjnej** – Internet zmniejszył znaczenie odległości umożliwiając przedsiębiorcom dotarcie do klientów na odległych terytoriach. Z drugiej strony, z perspektywy konsumentów Internet obniża koszty dotarcia i porównania informacji o produktach i ich cenach;
- **wzrost konkurencji cenowej** – przejrzysta informacja cenowa, jaką konsument uzyskuje np. dzięki porównywarkom cenowych może skłaniać część dystrybutorów do zaostrenia konkurencji cenowej, zamiast rozwijania innych ważnych walorów strategii handlowej (np. obsługę klienta przed i po sprzedaży)¹. W konsekwencji mogą nasilać się napięcia związane z efektem *gapowicza* (*free-riding*), tzn. część dystrybutorów internetowych może chcieć skorzystać z promocji i obsługi świadczonej przez sprzedawców stacjonarnych bez ponoszenia ich kosztów;
- **obniżenie barier wejścia na rynek** – Internet obniża bariery wejścia na rynek związane z promocją i reklamą. Dobrym przykładem są platformy handlu elektronicznego w obszarze mody i odzieży (Showroom, DaWanda), które umożliwiają tysiącom polskich młodych projektantów oferowanie oryginalnych produktów bez znaczącego zaplecza finansowego. W konsekwencji zwiększa się różnorodność produktów, a renomowane marki odzieżowe znane z handlu stacjonarnego stają wobec presji konkurencyjnej ze strony bardzo wielu drobnych podmiotów;
- **bezpośrednia komunikacja z klientem i zindywidualizowanie produktu** – innowacje technologiczne pozwalają producentom na bezpośrednią komu-

¹ „OECD Policy Roundtables Vertical Restraints for On-line Sales”, 2013, s. 21.

nikację z klientem z pominięciem dotychczasowych pośredników, czego dobrym przykładem jest branża turystyczna². Internet pozwolił wielu drobnym usługodawcom (hotelom, pensjonatom, właścicielom kwater prywatnych) na promocję swoich usług i bezpośrednią komunikację z klientami.

Z perspektywy przedsiębiorców korzyści, jakie daje Internet, uzależnione są od rodzaju i skali działalności. Inna będzie ocena szans i zagrożeń dla małej firmy, która dzięki Internetowi może dotrzeć do potencjalnie nieograniczonej liczby odbiorców, a inna dla międzynarodowych koncernów, które obawiają się, że sposób prezentowania produktów w Internecie przez dystrybutorów może naruszyć renomę wypracowaną w ramach tradycyjnych systemów dystrybucji (tzw. *brick and mortar*).

Handel elektroniczny może również wywoływać specyficzne zagrożenia dla konkurencji. Przejrzystość cenowa w handlu elektronicznym może, w zależności od struktury rynku, prowadzić do większej stabilności cen. Jednocześnie występowanie silnych efektów sieciowych sprzyja budowaniu w poszczególnych obszarach władzy rynkowej (pozycji dominującej), czego najlepszym przykładem jest Google.

III. Ograniczenia wertykalne w teorii ekonomii

Ekonomiczna analiza wpływu porozumień wertykalnych na konkurencję jest bardziej złożona niż w przypadku porozumień między bezpośrednimi konkurentami. W ich ocenie uwzględnia się specyfikę danego rynku (np. bariery wejścia, dojrzałość rynku), pozycję rynkową przedsiębiorców i ich konkurentów, a także rodzaj i skalę danego ograniczenia. Analiza może być zatem kazuistyczna i prowadzić do różnych konkluzji. Ogólnie, celem analizy jest określenie ryzyka, tj. skali wystąpienia w danym przypadku efektów negatywnych (ograniczenia konkurencji), i porównanie go z możliwymi efektami pozytywnymi (np. wzrost efektywności ekonomicznej i korzyści dla odbiorców ostatecznych).

1. Efekty pozytywne porozumień wertykalnych

Ograniczenia wertykalne są przedmiotem zainteresowania ekonomii w kontekście podniesienia efektywności łańcucha dostaw jako całości. Łańcuch dostaw składa się z podmiotów o odmiennych interesach ekonomicz-

² Jednym z aktualnych przykładów w tej mierze są aplikacje umożliwiające zamawianie taksówek z pominięciem centrali radiowej.

nych i dysponujących innym zasobem informacji. Producent niedysponujący władzą rynkową, może zwiększyć swój zysk głównie dzięki optymalizacji procesów wytwarzania. W prostej transakcji z nabywcą, określającej jedynie cenę i ilość, producent nie ma mechanizmów oddziaływania na sprzedaż na poziomie detalicznym. Przykładowo, producentowi może zależeć na tym, aby detalista świadczył na rzecz odbiorcy końcowego usługi dodatkowe budujące renomę jego marki w długiej perspektywie. Detaliście może zaś zależeć głównie na jak największym wolumenie sprzedaży. Innymi słowy, każdy uczestnik łańcucha dostaw realizuje odmienną strategię, co na gruncie ekonomii określa się mianem problemów koordynacyjnych.

Problemy koordynacyjne mogą zostać zniwelowane poprzez wprowadzenie do porozumień wertykalnych pewnych ograniczeń. Ich celem jest zmotywowanie sprzedawcy do działań marketingowych i lepszej obsługi klienta, które przełożą się na wyższą sprzedaż i wyższe przychody dla producenta i dystrybutora³. Do najczęstszych uzasadnień ograniczeń konkurencji w porozumieniach wertykalnych należą:

- **ograniczenie efektu gapowicza** – w łańcuchu dostaw efekt gapowicza (*free-riding*) występuje na przykład w sytuacji, gdy dany dystrybutor inwestuje w wystrój lokalu, szkolenie personelu i promocję produktów. Wysiłki te przyciągają klientów również konkurencyjnym dystrybutorom (gapowicze). Poszczególni klienci nie płacą jednak za obsługę przed sprzedażą (Schulz, 2006), a w związku z tym dystrybutor nie czerpie wyłącznych korzyści ze swoich inwestycji.⁴ Tymczasem gapowicze nie ponosząc kosztów związanych z promocją i marketingiem, mogą zaproponować niższe ceny towarów. Efekt gapowicza jest tym silniejszy, im silniejszą renomą cieszy się dany produkt. Z jednej strony utrzymanie silnej renomy wymaga dużych nakładów na promocję i obsługę przed sprzedażą. Z drugiej strony wyższa cena produktu renomowanego jest silną pokusą dla gapowiczów do oferowania ich bez dokonywania inwestycji w promocję i obsługę. Efekt gapowicza może być ograniczony poprzez zmniejszenie liczby dystrybutorów (dystrybucja selektywna i wyłączna) lub poprzez sprzedaż do dystrybutorów o silnej marce własnej. Bez ograniczenia sprzedaży do sklepów wysokiej klasy, producent ponosi ryzyko, że produkt nie zdobędzie uznania docelowej grupy klientów⁵;
- **ułatwienie wejścia na nowe rynki produktowe lub geograficzne** – wejście na rynki produktowe lub geograficzne może wiązać się z wysokimi kosz-

³ Por. Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz. Urz. UE z 19.5.2010, C130/1 („Wytyczne wertykalne”), punkt 106.

⁴ Wytyczne wertykalne, punkt 107.

⁵ Tamże.

tami promocji nowej marki przez lokalnego dystrybutora. Aby mógł on uzyskać zwrot kosztów początkowych, konieczne może być zapewnienie mu czasowej wyłączności, która pozwoli na wyższe ceny⁶;

- **sfinansowanie inwestycji specyficznych** – wprowadzenie ograniczeń wertykalnych bywa niezbędne przy dużych inwestycjach dokonywanych na rzecz konkretnego klienta. Przykładowo, dostawca musi niekiedy zakupić albo stworzyć specjalną maszynę i przeszkolić personel, aby spełnić specyficzne wymogi odbiorcy. W takiej sytuacji zawarcie wcześniejszych uzgodnień nt. długoletnich dostaw, stanowi gwarancję zwrotu kosztów inwestycji dla dostawcy (Motta 2004, s. 335);
- **ochrona wizerunku marki** – ograniczenie liczby dystrybutorów może ułatwić narzucenie dystrybutorom standardów jakościowych i tym samym służyć ochronie wizerunku marki (Motta 2004, s. 335);
- **uzyskanie korzyści skali w dystrybucji** – ograniczanie sprzedaży do kilku dużych dystrybutorów może także podnieść wielkość sprzedaży, zmniejszyć koszty transakcyjne i w konsekwencji przełożyć się na niższą cenę detaliczną (Motta 2004, s. 335).

2. Skutki negatywne porozumień wertykalnych

Ograniczenia wertykalne pozwalają zmniejszyć problemy koordynacyjne w ramach łańcucha dostaw, co nie musi być jednoznaczne z ostatecznym pozytywnym wpływem na rynek (Rey i Vergé 2008, s. 353). Negatywne skutki zależą od struktury rynku i strategii konkurentów. Konsekwencją ograniczeń wertykalnych może być osłabienie konkurencji wewnątrzmarkowej oraz wzrost cen produktu, którego dotyczy ograniczenie. Literatura ekonomiczna wskazuje jednak, że ograniczenia wertykalne z reguły oddziałują pozytywnie na rynek, jeżeli panuje na nim silna konkurencja międzymarkowa. Do innych najczęściej wymienianych negatywnych skutków ograniczeń wertykalnych należą:

- **utrudnianie wejścia na rynek nowym graczom** – nowi gracze, którzy chcą wejść na rynek nie mogą podjąć współpracy z najbardziej efektywnymi dystrybutorami lub dostawcami, jeśli są oni związani umowami na wyłączność. W zamian muszą podjąć współpracę z mniej efektywnymi kontrahentami, co prowadzi do wzrostu kosztów ich działalności⁷;

⁶ Tamże.

⁷ Hintergrundpapier Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht”, Bundeskartellamt, 10. Oktober 2013, dostępny na stronie http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrund

- **ryzyko stabilizacji cen i osłabienie konkurencji międzymarkowej** – wprowadzenie ograniczeń wertykalnych na szczeblu detalicznym prowadzi do większej przejrzystości cenowej i tym samym może ułatwić detalistom koordynowanie ruchów cenowych. Ryzyko to występuje głównie w przypadku ustalania cen odsprzedaży. Dodatkowo, w przypadku sprzedaży przez Internet, producenci mogą monitorować przestrzeganie dyscypliny cenowej detalistów za pomocą programów, tzw. robotów wyszukujących (*search bots*) i szperaczy sieciowych (*crawlers*)⁸. Może to ułatwiać stabilizację już na etapie cen hurtowych.

3. Ocena pozytywnych i negatywnych skutków porozumień wertykalnych

Z jednej strony ograniczenia wertykalne mogą prowadzić do wzrostu efektywności łańcucha dostaw poprzez wyeliminowanie pewnych niedoskonałości rynkowych. Z drugiej strony mogą wywoływać negatywne zjawiska na rynku. Ocena, który z elementów jest bardziej prawdopodobny może wymagać szczegółowej analizy ekonomicznej dokonywanej w realiach konkretnej umowy i konkretnych rynków. W przypadku istotnego ryzyka ograniczenia konkurencji, poprzez analizę ekonomiczną przedsiębiorca będzie się starał wykazać istnienie obiektywnego uzasadnienia proporcjonalnego do gospodarczego celu, któremu służy dane ograniczenie. W praktyce wykazanie proporcjonalności ograniczenia dla zakładanego celu może być trudne i wymagać wysokiego standardu dowodowego (np. wyczenia kosztów związanych z danymi inwestycjami, wykazanie braku alternatywnych rozwiązań organizacyjnych i technicznych).

IV. Wertykalne ograniczenia konkurencji w handlu elektronicznym

W świetle analiz International Competition Network (ICN) ograniczeniami wertykalnymi w handlu elektronicznym, które najczęściej wzbudzały zastrzeżenia organów antymonopolowych w ostatnich latach są:

- klauzule najwyższego uprzywilejowania (*most favoured nation clauses*),
- ustalanie cen odsprzedaży w Internecie (*resale price maintenance, RPM*),
- ograniczania reklamy w Internecie,

papier/Bundeskartellamt%20-%20Vertikale%20Beschr%C3%A4nkungen%20in%20der%20Internet%C3%B6konomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2, data wejścia 2.9.2015, s. 9.

⁸ Tamże.

- stosowanie cen podwójnych (*dual pricing*),
- zakazy bądź ograniczenia w sprzedaży online⁹.

1. Klauzule najwyższego uprzywilejowania (KNU)

Zastosowanie KNU jest centralnym problemem postępowań przeciwko internetowym platformom rezerwacji miejsc hotelowych w wielu krajach UE¹⁰. KNU występują w relacji pomiędzy sprzedawcą usługi, a platformą handlu elektronicznego pośredniczącą w kontakcie z ostatecznymi nabywcami¹¹. KNU oznacza, że sprzedawca będzie oferować swoją usługę na platformie w cenie nie wyższej niż u innych pośredników (w tym również ewentualnych nowych pośredników) oraz w bezpośrednich kontaktach z klientem (np. na własnej stronie internetowej).

Zgodnie z argumentacją efektywnościową zgłaszaną na poparcie klauzul, właściciel platformy musi ponieść wysokie koszty inwestycji zapewniające platformie odpowiednio wysoką oglądalność. Platforma, jako tzw. rynek dwustronny w relatywnie krótkim czasie musi jednocześnie przyciągnąć dużą liczbę sprzedawców i kupujących. Jeśli nie stanie się atrakcyjna dla dużej liczby kupujących, sprzedawcy nie będą zmotywowani do umieszczania ofert na niej. Z kolei mała liczba ofert będzie prowadzić do spadku liczby kupujących¹².

Atrakcyjność platformy z perspektywy użytkownika zależy głównie od szczegółowości i aktualności informacji oraz możliwości przeszukiwania ofert sprzedawców przy użyciu wielu kryteriów (Wey 2015). Inwestycje właściciela platformy mogą obejmować szereg usług dodatkowych zmniejszających asymetrię informacyjną po stronie kupującego (np. zamieszczanie filmów, zdjęć), które ułatwiają dokonywanie porównań i podnoszą komfort zakupu¹³.

⁹ „Online Vertical Restraints Special Project Report”, International Competition Network, 2015, <http://www.icn2015.com.au/download/ICN2015-special-project-online-vertical-restraints.pdf>, s. 26 i następn.

¹⁰ Np. Decyzja l'Autorité de la concurrence nr 15-D-06 z 21 kwietnia 2015 r., Decyzja Bundeskartellamt nr B9-66-10 z 20 grudnia 2013 r., Decyzja Office of Fair Trading nr OFT1514dec z 31 stycznia 2014 r., Decyzja Konkurrensverket nr 596/2013 z 15 kwietnia 2015 r.

¹¹ W odniesieniu do klauzul najwyższego uprzywilejowania stosowanych w kontekście platform handlu elektronicznego stosuje się także pojęcie „parytetów cenowych pomiędzy platformami” (*across-platforms parity agreement*), por. „Can ‘Fair’ Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements”, September 2012, A report prepared for the OFT by Lear”, punkt 30.

¹² „OECD Policy...”, op. cit., s. 23.

¹³ „OECD Policy...”, op. cit., s. 23.

Funkcją platformy jest zatem ułatwienie wyboru nabywcy (wobec bezmiaru informacji w Internecie, samodzielne dokonanie oceny przez klienta może być nierzadko utrudnione)¹⁴. Rolą platformy jest pewna preselekcja ofert, zaprezentowanie ich w uporządkowany sposób i umożliwienie szybkich porównań. Wartość platformy z perspektywy nowego użytkownika jest tym większa, im większą liczbą użytkowników posiada platforma (czyli im więcej opinii zostało na niej zamieszczonych) i im więcej sprzedawców przedstawia swoje oferty na platformie. Użytkownikowi platformy zależy również na możliwości dokonania bezpiecznej transakcji ze sprzedawcą za pośrednictwem platformy (Wey 2015).

Wartość platformy dla sprzedawcy zależy od liczby użytkowników i od ruchu na niej (*traffic*). Z perspektywy sprzedawcy im większy ruch na platformie (im więcej użytkowników i im więcej wejść), tym większe prawdopodobieństwo, że jego oferta zostanie zauważona. Większy ruch na platformie uzyskiwany jest z kolei poprzez inwestycje w pozycjonowanie platformy oraz reklamę poprzez słowa kluczowe (np. nazwy hoteli czy miejscowości z ofertami na platformach).

Argumentacja efektywnościowa stara się uzasadnić KNU również ochroną przed efektem gapowicza. Jeśli nabywca korzysta z usług platformy A (np. ocen innych użytkowników, zdjęć lub prezentacji), która znajduje się wysoko w wynikach wyszukiwań, a następnie dokonuje zakupu na platformie B, która oferuje niższą cenę gdyż jej właściciel nie poniósł kosztów usług dodatkowych oraz kosztów reklamy w Internecie, platforma A nie będzie w stanie uzyskać zwrotu z inwestycji w usługi dodatkowe¹⁵.

Z drugiej strony, KNU mogą mieć negatywny wpływ na konkurencję pomiędzy platformami i prowadzić do wzrostu cen. Po pierwsze, mogą wykluczyć wejście na rynek nowych platform (*foreclosure*). Jeżeli nowa platforma chce zaoferować sprzedawcom niższe prowizje, aby dzięki nim zaoferować niższe ceny nabywcom, strategia ta może okazać się nieskuteczna, jeśli sprzedawcy związani są KNU z istniejącymi platformami. Zaoferowanie niższej ceny za pośrednictwem nowej platformy, oznacza dla sprzedawców automatyczną obniżkę cen dla platform, z którymi już współpracują. Innymi słowy, jeśli platforma A pobierałaby od sprzedawców wyższą prowizję niż platforma B, przy braku KNU sprzedawcy na platformie A oferowaliby wyższe ceny, aby pokryć wyższą prowizję. Jeśli sprzedawcy zwiążą się KNU z platformą A, będą musieli sprzedawać za pośrednictwem platformy A za cenę nie wyższą niż na platformie B. Optymalnym zachowaniem dla

¹⁴ Tamże.

¹⁵ „Can ‘Fair’ Prices...”, punkt 28.

sprzedawców w takiej sytuacji staje się ustalenie średniej ceny dla obydwu platform, aby pokryć wyższą prowizję na platformie A. W ten sposób dochodzi do subsydiowania kupujących z platformy B przez kupujących z platformy A¹⁶. Skoro reakcją sprzedawców na obniżenie prowizji na platformie B jest przeniesienie jej na użytkowników platformy A, platforma B faktycznie nie ma bodźców do redukcji prowizji, aby uatrakcyjnić swoją ofertę względem platformy A¹⁷. W związku z tym efektem, KNU zarzuca się, że prowadzą do stabilizacji cen pomiędzy konkurentami.

Postępowania w sprawach platform rezerwacyjnych pokazały także, że organy antymonopolowe w krajach UE oceniają KNU w niejednolity sposób. Organy antymonopolowe w Wielkiej Brytanii, Francji i Szwecji wprowadziły rozróżnienie na wąskie i szerokie KNU. Przy wąskiej KNU hotel zobowiązuje się wobec platformy A, że ceny na własnej stronie hotelu nie będą niższe niż na platformie A. Przy szerokiej KNU hotel zobowiązuje się, że ceny na platformach konkurencyjnych wobec A nie będą niższe niż na platformie A. Koncepcja wąskiej KNU została przyjęta w decyzjach zobowiązujących platformy do wprowadzenia zmian w umowach z hotelami w trzech ww. państwach. Z kolei niemiecki Bundeskartellamt nie wprowadził powyższego rozróżnienia i wydał stwierdzającą praktykę ograniczającą konkurencję.

2. Ustalanie cen odsprzedaży w Internecie

Sprawy polegające na ustalaniu ceny odsprzedaży w Internecie dotyczą w pierwszej kolejności produktów renomowanych i złożonych produktów technicznych. Uzasadnieniem zgłaszanym przez przedsiębiorcy jest ochrona przed efektem gapowicza i zagwarantowanie wysokiego standardu jakości obsługi przez detalistę.

Ponieważ większość krajowych systemów prawa konkurencji uznaje RPM (w Internecie i w sprzedaży stacjonarnej) za naruszenie prawa konkurencji, interesująca jest na tym tle decyzja Australian Competition and Consumer Commission („ACCC”) z 2014 r. w sprawie Tooltechnic Systems („Tooltechnic”), w której ACCC zaaprobowwała minimalną cenę odsprzedaży¹⁸.

¹⁶ “Can ‘Fair’ Prices...”, punkt 0.35.

¹⁷ Tamże, punkt 0.36.

¹⁸ Jest to pierwsza sprawa, w której ACCC zatwierdziła cenami odsprzedaży odkał organ ten dysponuje takim uprawnieniem, tj. od nowelizacji australijskiej Ustawy o Praktykach Handlowych w 1995 r. Zob. Determination. Application for authorisation A91433 lodged by Tooltechnic Systems (Aust) Pty Ltd in respect of resale price maintenance, Date: 5 December 2014, dostępna na stronie <http://registers.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/1179445/fromItemId/278039/display/acccDecision>, data wejścia 29.8.2015 r., s. iii.

Tooltechnic produkuje elektronarzędzia (wiertarki, wiertarki udarowe, wkrętkarki, piły, itp.) pod marką Festool¹⁹. Firma zobowiązała dystrybutorów do stosowania minimalnej ceny odsprzedaży, której celem miała być ochrona detalistów świadczących usługi okołosprzedażowe. Techniczny charakter narzędzi powodował, że klient potrzebował specjalistycznych porad przed zakupem. Usługi przed sprzedażą polegały na wyjaśnianiu i demonstrowaniu sposobu użycia elektronarzędzi, możliwości wypróbowania przed zakupem. Usługi posprzedażowe to serwis, możliwość wypożyczenia zastępczego sprzętu oraz przeszkolenie w korzystaniu ze sprzętu. Według Tooltechnic przy braku ceny minimalnej istniało ryzyko, że konsumenci będą zaopatrywać się u detalistów oferujących niższe ceny, którzy nie świadczą usług okołosprzedażowych. Minimalne ceny odsprzedaży nie były przy tym wymierzone przeciwko sprzedawcom internetowymi (wielu z nich oferowało usługi okołosprzedażowe).

ACCC wyraziła zgodę na stosowanie systemu RPM przez cztery lata. W tym okresie Tooltechnic ma dostarczać ACCC co roku informacje umożliwiające ocenę wpływu ustalania ceny odsprzedaży na konkurencję. Są to informacje nt.:

- minimalnych cen odsprzedaży na poszczególne produkty,
- średniej ceny hurtowej na poszczególne produkty,
- wartości sprzedaży do dystrybutorów,
- zmian ilości i zmian kategorii dystrybutorów, w tym szczegóły dotyczące zakończenia lub rozpoczęcia współpracy z danym dystrybutorem,
- zmian wprowadzanych w standardowych umowach z dystrybutorami,
- informacje nt. monitoringu i egzekwowania świadczenia usług okołosprzedażowych przez dystrybutorów,
- szczegóły skarg od klientów otrzymywanych przez Tooltechnic lub dealerów²⁰.

ACCC przyznał, że choć minimalne ceny odsprzedaży wyeliminują konkurencję cenową między sprzedawcami produktów Tooltechnic, to jednak uszczerbek dla klientów z tego tytułu powinien być niewielki. Wynika to z faktu, że na rynku są szeroko dostępne elektronarzędzia alternatywnych dostawców. Przy niskim udziale rynkowym Tooltechnic nie będzie ustalał minimalnych cen odsprzedaży znaczenie powyżej poziomu konkurencyjnego, gdyż najprawdopodobniej prowadziłoby to do zmniejszenia przychodów ze sprzedaży.

¹⁹ <http://www.festool.com.au/>

²⁰ Tamże, punkt 157.

ACCC doszedł również do wniosku, że wprowadzenie cen odsprzedaży nie powinno ułatwiać koordynacji cenowej między dostawcami elektronarzędzi ze względu na:

- niski udział rynkowy produktów Tooltechnic oraz licznych konkurentów o wyższych udziałach,
- historię wejść na rynek i rozwoju działalności międzynarodowych producentów elektronarzędzi,
- zróżnicowany charakter elektronarzędzi, który sprawia, że ich producenci konkurują na wielu płaszczyznach pozacenowych, np. innowacyjnością, wydajnością, niezawodnością, a także zakresem usług dodatkowych przed i po sprzedaży²¹.

ACCC wzięła pod uwagę również, że elektronarzędzia są często oferowane w Internecie lub ze zniżkami przez detalistów, którzy nie dokonali inwestycji w dodatkowe usługi detaliczne. Według ACCC minimalna cena odsprzedaży może ograniczyć „pasożytowanie” ze strony detalistów oferujących niższe ceny i zachęcić ich do oferowania usług dodatkowych w celu przyciągnięcia klientów. Ciekawym elementem tej decyzji jest również wskazanie, że usługi dodatkowe świadczone na rzecz klientów sprawiają, że podejmują oni bardziej świadome decyzje zakupowe²².

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę ACCC doszła do wniosku, że korzyści wynikające z usług okołosprzedażowych prawdopodobnie przewyższą szkodę w postaci ograniczonego wzrostu cen. Jednocześnie obowiązek raportowania nałożony na Tooltechnic umożliwia ACCC cofnięcie zgody na wypadek dostrzeżenia negatywnego wpływu RPM na rynek.

3. Zakaz sprzedaży i ograniczanie reklamy w Internecie

Organy antymonopolowe rozpatrywały również praktyki polegające na zakazywaniu dystrybutorom przez dostawcę sprzedaży w Internecie, podawania cen w reklamie internetowej bądź podawania cen niższych niż cena rekomendowana dla Internetu.

Brytyjski Office of Fair Trading wydał 5 sierpnia 2013 roku decyzję, w której stwierdził zawarcie niedozwolonego porozumienia przez producenta skuterów inwalidzkich (*mobility scooters*) Roma i siedmiu dystrybutorów na terenie całej Wielkiej Brytanii²³. Porozumienie polegało na zakazaniu deta-

²¹ Tamże, s. ii.

²² Tamże, s. iii.

²³ Decision of the Office of Fair Trading, Roma-branded mobility scooters: prohibitions on online sales and online price advertising, CE/9578-12, 5 August 2013 (“Decyzja Roma”).

listom sprzedaży skuterów inwalidzkich przez Internet oraz umieszczania reklam w Internecie zawierających ceny skuterów w okresie od lipca 2011 do kwietnia 2012. Pracownicy Roma weryfikowali przestrzeganie porozumienia, a sprzedawcom nie przestrzegającym zakazów, grozili zaprzestaniem dostaw. OFT uznał, że szkoda po stronie konsumentów polegała nie tylko na braku możliwości nabycia skuterów inwalidzkich po niższych cenach w Internecie, lecz również na braku możliwości nabycia konkretnych modeli niedostępnych u dystrybutorów stacjonarnych znajdujących się w pobliżu.

27 marca 2014 roku OFT wydał także decyzję dotyczącą innego producenta skuterów inwalidzkich, firmy Pride²⁴, który zawarł niedozwolone porozumienie dotyczące sprzedaży online z ośmioma dystrybutorami detalicznymi na terenie Wielkiej Brytanii. Porozumienie polegało na zakazie umieszczania przez detalistów w Internecie reklam skuterów inwalidzkich z cenami poniżej ceny rekomendowanej przez Pride. Praktyka miała miejsce w okresie od lutego 2010 do lutego 2012. Pracownicy Pride monitorowali przestrzeganie zakazu, a sprzedawcy nieprzestrzegający „rekomendacji” byli zobowiązani do podniesienia lub usunięcia cen ze swoich stron internetowych.

Producenci skuterów inwalidzkich nie przedstawili pogłębionego uzasadnienia ekonomicznego, które pozwalałoby skorzystać z wyłączenia indywidulanego. Powoływali jedynie ogólny argument ochrony przed efektem gapowicza w odniesieniu do usług przed sprzedażą świadczonych w handlu stacjonarnym oraz obawą przed zamykaniem sklepów stacjonarnych przez dystrybutorów²⁵. OFT uznało jednak, że zakazy nie były skorelowane z obowiązkiem świadczenia określonych usług na rzecz nabywców ostatecznych przed lub po sprzedaży. Ponadto producenci skuterów inwalidzkich nie przedstawili żadnych dowodów na to, że zakazy rzeczywiście eliminowały efekt gapowicza.

OFT uznał, że ograniczenia konkurencji w obydwu sprawach były poważne, gdyż pozbawiały konsumentów korzyści jakie daje Internet (przejrzystość cen, łatwość wyszukiwania). Co więcej praktyki były skierowane przeciwko wrażliwej grupie konsumentów korzystających ze skuterów inwalidzkich. Mimo to, OFT nie nałożyło kar finansowych na uczestników praktyk, a jedynie zobowiązało do poinformowania na piśmie sprzedawców detalicznych, że zakazy ograniczające sprzedaż oraz reklamę cenową w Internecie przestały obowiązywać.

²⁴ Decision of the Office of Fair Trading, Mobility scooters supplied by Pride Mobility Products Limited: prohibition on online advertising of prices below Pride's RRP, CE/9578-12, 27 March 2014 ("Decyzja Pride").

²⁵ Decyzja Roma punkt 3.218, Decyzja Pride punkt 3.216.

4. Stosowanie cen podwójnych

Jednym z działań uznawanych przez Komisję Europejską za najpoważniejsze ograniczenie sprzedaży biernej, jest uzgodnienie między producentem a dystrybutorem, że dystrybutor za partię towarów, którą będzie oferował w Internecie zapłaci wyższą cenę, niż za partię towarów oferowanych w sprzedaży tradycyjnej²⁶. Ze względu na to ryzyko antymonopolowe, dostawcy powinni ze szczególną ostrożnością podchodzić do różnicowania cen oferowanym dystrybutorom ze względu na kanał sprzedaży. W tym kontekście interesujące są poniżej przedstawione sprawy.

a) Sprawa *Games Workshop*

ACCC zaaprobowала system ograniczający odsprzedaż produktów firmy Games Workshop („GW”) będącej liderem rynku strategicznych gier wojennych²⁷ w Australii²⁸. GW sprzedaj produkty we własnych sklepach stacjonarnych i na swojej stronie internetowej, a także za pośrednictwem zewnętrznych sprzedawców stacjonarnych i ich stron internetowych.

GW zobligowała zewnętrznych sprzedawców do: (i) prowadzenia przynajmniej jednego sklepu stacjonarnego; (ii) nie sprzedawania gier GW sprzedawcom oferującym je na niezależnych platformach, np. Ebay, Amazon; (iii) nie sprzedawaniu produktów GW konsumentom poza Australią i Nową Zelandią. Ponadto GW zastosował tzw. macierz cennika usług dodanych – mechanizm uzależniający cenę hurtową od liczby usług dodatkowych świadczonych przez detalistę na rzecz konsumenta. Im więcej usług dodatkowych oferował dany punkt, tym bardziej atrakcyjny cennik hurtowy otrzymywał sprzedawca²⁹.

²⁶ Wytyczne wertykalne, punkt 52d.

²⁷ Games Workshop produkuje i sprzedaje gry planszowe (m.in. Warhammer, Warhammer 40K, Lord of the Rings Strategy Battle Game) i artykuły hobbystyczne (żołnierzyki, figurki), modele do sklepania oraz związane z nimi akcesoria (farby, kleje, książki). Więcej informacji na stronie www.games-workshop.com.

²⁸ Statement of reasons in respect of a notification lodged by Games Workshop Oz Pty Limited, Date: 19 November 2014, Notification no. N97404, dostępna na stronie <http://registers.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/1178319/fromItemId/776499/display/accDecision>, data wejścia 1.9.2015 r.

²⁹ Usługi dodatkowe dotyczyły m.in. dostępności personelu świadczącego usługi przedsprzedażowe w weekendy i w godzinach wieczornych, lokalizacji punktu sprzedaży, ekspozycji produktów GW, pomocy w organizacji wydarzeń społecznościowych i interakcji z klientami na danym obszarze, odpowiedniej ilości personelu gwarantującego szybką obsługę i realizację zamówień. Usługi dodatkowe były również odpowiednio dopasowane do klienta internetowego. Przykładowo, umożliwienie wzięcia produktu do ręki w przypadku

GW uzasadniał politykę cenową twierdzeniem, że „atmosfera w sklepach detalicznych, interakcja z pracownikami i możliwość omówienia, przeanalizowania i wypróbowania produktów GW w towarzyskiej atmosferze są czynnikami wywierającymi największy wpływ na pozyskanie nowych klientów”³⁰. Różnicowanie cenników pozwalało ograniczyć efekt gapowicza. Pojawiał się on np. gdy konsument mógł skorzystać z porady i zagrać w grę w sklepie stacjonarnym, a następnie kupić grę taniej u innego sprzedawcy (internetowego lub stacjonarnego), który nie oferuje porad i możliwości wypróbowania gier³¹.

ACCC uznała, że gry strategiczne i artykuły hobbystyczne są produktami złożonymi i że część konsumentów jest skłonna zapłacić wyższą cenę ze dodatkowe usługi podnoszące ich zadowolenie (*gaming experience*)³². Dlatego stworzenie silniejszej motywacji do lepszej obsługi konsumentów stanowiło dozwolony sposób rozwiązania problemu gapowicza.

b) Sprawa *Bosch Siemens Hausgeräte GmbH (BSH)*

Bundeskartellamt wszczął postępowanie przeciwko BSH na początku 2013 r. po otrzymaniu skarg od sprzedawców prowadzących sprzedaż stacjonarną i przez Internet (tzw. sprzedawcy hybrydowi)³³. Skargi dotyczyły systemu rabatowego, w którym rabat był tym wyższy, im mniejszy był udział sprzedaży w Internecie w całkowitej sprzedaży danego dystrybutora³⁴. Przykładowo, jeśli dany dystrybutor sprzedawał 80% sprzętu BSH przez Internet, a 20% w sklepie tradycyjnym to rabaty uzyskiwane za sprzedaży tradycyjnej były 5-krotnie wyższe, niż za sprzedaż w Internecie³⁵. W konsekwencji sprzedawcy byli zmotywowani do ograniczania, czy nawet zaprzestania sprze-

sprzedaży internetowej oznaczało, że na stronie sklepu znajdują się obracane trójwymiarowe obrazy figurek GW. Natomiast zapewnienie możliwości natychmiastowego zakupu bestsellerów w odniesieniu do Internetu oznaczało ekspresową wysyłkę produktu w ciągu 24 godzin od złożenia zamówienia; źródło: <http://trade.games-workshop.com/wp-content/uploads/2014/04/001-v-10-Australian-Trade-Terms.pdf>, data wejścia na stronę 2.9.2015 r.

³⁰ „...the atmosphere in retail stores, interaction with staff and the ability to discuss, examine and try out Games Workshop Products in a social atmosphere are amongst the most influential features in the recruitment of new customers”, Statement of reasons, pkt 3.15.

³¹ Statement of reasons..., pkt 4.18.

³² Tamże.

³³ „Rabattsysteme der Bosch Siemens Hausgeräte GmbH”, München, Komunikat prasowy Bundeskartellamtu z 23 grudnia 2013 r., http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B7-11-13.pdf?__blob=publicationFile&v=4, s.1, data wejścia na stronę 31.08.2015 r.

³⁴ Tamże, s.2.

³⁵ Tamże.

daży w Internecie na rzecz sprzedaży w punktach stacjonarnych. Według BSH tak skonstruowane rabaty miały wynagradzać koszty obsługi klienta w sklepach stacjonarnych³⁶.

Bundeskartellamt uznał, że system rabatowy prowadzi do ustalenia cen podwójnych. W jego wyniku dochodzi do wzrostu cen w Internecie, ograniczenia presji konkurencyjnej wywieranej przez Internet na tradycyjnych sprzedawców i spadku sprzedaży przez Internet. Bundeskartellamt stwierdził, że Bosch mógłby skorzystać z wyłączenia indywidualnego, gdyby wykazał, że negatywny skutek wynikający z wyższych cen w Internecie rekompensowany jest wzrostem „jakości konkurencji” (niem. Qualitätswettbewerb). Bundeskartellamt sam nie znalazł jednak argumentów na poparcie tej tezy. Urząd zauważył, że koszty doradztwa klientom, jakie ponosi sklep tradycyjny mogą być bardzo zróżnicowane w odniesieniu do poszczególnych klientów i w związku z tym nie można przypisać konkretnego obciążenia kosztowego sprzedaży stacjonarnej.

Bundeskartellamt uznał również, że system rabatowy nie był konieczny do realizacji celu BSH. Rozwiązaniem, które pozwalało wynagradzać sklepy stacjonarne za obsługę klientów i działania promocyjne i jednocześnie nie dyskryminowało sprzedaży w Internecie byłyby dopłaty dla sklepów stacjonarnych uzależnione np. od powierzchni wystawowej lub liczby pracowników obsługujących klientów³⁷.

W listopadzie 2013 r. BSH zaproponował zmianę systemu rabatowego polegającą na ujednoczeniu poziomu rabatów dla obydwu kanałów sprzedaży. Aby uzyskać rabat za sprzedaż w Internecie, dystrybutor miał spełnić szereg wymogów prezentacyjnych i doradczych (np. prezentacja produktów na stronie internetowej w odpowiednio wysokiej jakości, odpowiednie kwalifikacje personelu obsługującego zapytania internautów). Kryteria te były tożsame z kryteriami dla sprzedaży stacjonarnej. Ze względu na pozytywną ocenę zaproponowanych zmian 23 grudnia 2013 roku, Bundeskartellamt umorzył postępowanie³⁸.

³⁶ M. Gropp, „Gleiche Rabatte für alle”, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 26.12.2013, dostępny na <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/internethandel-gleiche-rabatte-fuer-alle-12727290.html>, data wejścia 1.9.2015 r.

³⁷ „Rabattsysteme der Bosch...” op. cit, s. 4. Co ciekawe Bundeskartellamt ustalił również, że koszty całkowite sklepu tradycyjnego nie są co do zasady wyższe od kosztów prowadzenia sklepu internetowego. W związku z tym ewentualne wprowadzenie dopłat dla sprzedaży stacjonarnej musiało być również poprzedzone ustaleniem, czy nie prowadziłyby do dyskryminacji sprzedaży internetowej.

³⁸ Komunikat prasowy Bundeskartellsamt „Household appliance manufacturer Bosch Siemens Hausgeräte GmbH abandons anti-competitive rebate system”, 23.12.2013, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/23_12_2013_

V. Wnioski

Internet obniża bariery wejścia na rynek, eliminuje koszty dotarcia do informacji i jednocześnie poszerza geograficzny zasięg dostępności towarów. Są to zjawiska pozytywne z perspektywy konsumenta, gdyż sprzyjają konkurencji cenowej i większej przejrzystości rynku. Te właściwości Internetu oznaczają jednak dla producentów i dystrybutorów (w szczególności produktów renomowanych), że handel w Internecie charakteryzuje się wysokim ryzykiem wystąpienia efektu gapowicza. Efekt gapowicza dotyczy usług okołosprzedazowych świadczonych przez dystrybutorów stacjonarnych na rzecz klientów ostatecznych. Jest to szeroki problem, który dotyka nie tylko dostawców tzw. towarów renomowanych, lecz szerokiej grupy przedsiębiorców korzystających z dystrybutorów. Wobec stałego wzrostu popularności handlu elektronicznego można się spodziewać, że również efekt gapowicza będzie stanowił istotny problem dla rosnącej liczby przedsiębiorców. W związku z tym producenci i dystrybutorzy, w szczególności dysponujący silnymi markami, będą stawać przed problemem, jakie ograniczenia dystrybucji internetowej mogą zostać uznane za konieczne i proporcjonalne w ich strategii handlowej.

Z zaprezentowanych spraw wynika, po pierwsze, że organy antymonopolowe dostrzegają problem efektu gapowicza i wydają się być otwarte na argumentację uzasadniającą wprowadzenie pewnych ograniczeń w handlu elektronicznym. Po drugie, widać, że samo ogólnikowe powołanie się przez przedsiębiorcę na jedno z uzasadnień (np. ochrona przed efektem gapowicza) wymienionych w Wytycznych wertykalnych, bez przedstawienia gruntownego uzasadnienia ekonomicznego, jest niewystarczające. Wydaje się, że sposób argumentacji przedstawiony w sprawach prowadzonych przez ACCC stanowi przykład godny do naśladowania zarówno dla przedsiębiorców, jak i organów antymonopolowych. Po trzecie, postępowania w sprawie platform rezerwacji miejsc hotelowych uwiaryściły istnienie znaczących różnic w podejściu organów antymonopolowych w UE do tych samych ograniczeń konkurencji w handlu elektronicznym. Występowanie tych różnic w ramach UE może niepokoić. Uzasadnione wydają się pytania o to, czy odmienne oceny tych samych ograniczeń mogą prowadzić do zakłócenia warunków konkurencji między podmiotami prowadzącymi działalność transgraniczną oraz, czy Europejska Sieć Konkurencji nie powinna zapewniać większej zbieżności stanowisk krajowych organów ochrony konkurencji.

Bosch-Siemens-Haushaltsger%C3%A4te.html?nn=3599398, data wejścia na stronę 3.08.2015 r.

Bibliografia

- „Can ‘Fair’ Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements”,
A report prepared for the OFT by Lear, OFT, 2012, http://www.learlab.com/pdf/oft1438_1347291420.pdf.
- Motta, M., (2004). *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
- „Online Vertical Restraints Special Project Report”, International Competition Network, 2015, <http://www.icn2015.com.au/download/ICN2015-special-project-online-vertical-restraints.pdf>.
- „OECD Policy Roundtables. Vertical Restraints for On-line Sales 2013”, <http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>.
- Rey, P. i Verge, T. (2008). Economics of Vertical Restraints. W: *Handbook of Antitrust Economics*, Buccirosi, P. (red.). Cambridge: MIT Press.
- Schulz, N. (2006). Does the Service Argument justify resale price maintenance?. *Würzburg Economic Papers*, 2006, No. 70, http://www.wiwi.uni-wuerzburg.de/fileadmin/12010300/Publikationen/wep70_01.pdf, data wejścia 3.9.2015.
- Wey, Ch. (2015). Ökonomische Analyse von Plattformmärkten in Zusammenspiel mit vertikalen Beschränkungen: insbesondere Mestbegünstigungsklauseln, prezentacja dostępna na stronie <http://www.bundeskartellamt.de/>, data wejścia 2.9.2015 r.

Zbigniew Jurczyk*

Co dalej z minimalnymi cenami odsprzedaży?

Spis treści:

- I. Wstęp
- II. Formy organizacji produkcji a porozumienia wertykalne
- III. Istota problemu minimalnych cen odsprzedaży w prawie antymonopolowym
- IV. Geneza standardu per se illegal
- V. Geneza standardu rule of reason
- VI. Minimalne RPM w modelach ekonomicznych
- VII. Przypadki RPM z praktyki sądów amerykańskich odpowiadające modelom W.S. Comanora
- VIII. Teoria szkody w badaniu skutków RPM
- IX. Stanowisko amerykańskich organów antymonopolowych w sprawie oceny minimalnych RPM
- X. Sytuacja po wyroku w sprawie Leegin
- XI. RPM w polityce konkurencji Unii Europejskiej
- XII. Zakończenie

Streszczenie

Debata wokół oceny skutków ograniczeń wertykalnych w prawie konkurencji jest wciąż jednym z najbardziej kontrowersyjnych problemów. Z punktu widzenia teorii organizacji gospodarczej oraz ekonomii efektywnościowej porozumienia wertykalne są działaniami rynkowymi proefektywnościowymi i prokonkurencyjnymi, dzięki którym zarówno producenci jak i sprzedawcy mogą oferować konsumentom nowe wartości, nieosiągalne w innych mode-

* Autor jest prof. nadzw. dr hab. w Wyższej Szkole Bankowej we Wrocławiu oraz dyrektorem delegatury UOKiK we Wrocławiu.

lach sprzedażowych. Prezentowane opracowanie jest poświęcone głównie RPM, których ocena w świetle prawa konkurencji, zależy od tego, czy organ antymonopolowy sprowadza tę ocenę wyłącznie do analizy prawnej, czy też poszerza ją o analizę ekonomiczną. Po wyroku w sprawie Leegin, w którym to SN US stwierdził, że ewaluacja według reguły *rule of reason*, a nie jak dotychczas wyłącznie według reguły *per se prohibition*, powinna być stosowana także do minimalnych RPM, wydawało się, że tym samym standardem oceny objęte zostaną wszystkie rodzaje RPM. Autor przedstawiając ewolucję oceny RPM przez organy antymonopolowe w ramach tych samych niezmiennych postanowień prawnych, omawia jednocześnie, na przykładzie modeli, jak ocena minimalnych RPM ze względu na ich wpływ na konkurencję i korzyści konsumenckie powinna być prowadzona. Pokazanie w świetle zaleceń teorii szkody metodologii oceny skutków minimalnych RPM jest głównym celem prezentowanego opracowania. W ramach prowadzonych rozważań autor stara się także odpowiedzieć na pytanie dlaczego rekomendacje zawarte w wyroku SN US nie znalazły uznania organów ochrony konkurencji. Pokazuje także opóźnienie UE w stosunku do Stanów Zjednoczonych we wdrażaniu nowych koncepcji i metod ekonomicznych do analizy RPM. W zakończeniu autor podkreśla, że legalny standard ewaluacji minimalnych RPM powinien bezwzględnie obejmować oraz dopuszczać dowody i okoliczności wskazujące na prokonkurencyjne i prokonsumenckie skutki minimalnych RPM i nie ograniczać się wyłącznie do legalnej wykładni zakazu zawierania porozumień cenowych pomiędzy przedsiębiorstwami lub dokonywania uzgodnień cenowych pomiędzy dwóch lub więcej przedsiębiorstwami.

Słowa kluczowe: ograniczenia wertykalne, minimalne ceny odsprzedaży, teoria szkody, konkurencja wewnątrzmarkowa, konkurencja międzymarkowa.

Klasyfikacja JEL: K21.

I. Wstęp

Wokół wertykalnych cen odsprzedaży toczy się najdłuższy spór w doktrynie polityki antymonopolowej. Trwa już ponad 100 lat i wciąż nie został zakończony. Ekonomizacja prawa antymonopolowego, rozpoczęta w latach 80. XX w. spowodowała, że w porozumieniach wertykalnych ceny odsprzedaży przestały być jednoznacznie oceniane, ze względu na ich antykonkurencyjny cel, jako bezwzględnie zakazane. Ten rygor prawny, czyli reguła *per*

se illegale nie ma już zastosowania w stosunku do cen maksymalnych i cen rekomendowanych. Natomiast wciąż występuje jako najbardziej użyteczny standard ewaluacji w przypadkach minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży (minimalnych RPM). Wydawało się, że stan ten ulegnie zmianie po ukazaniu się w 2007 r. wyroku SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Leegin Creative Leather Products*¹. Do przełomu jednak nie doszło. Stanowisko SN i zalecenia zawarte w tym wyroku natrafiły bowiem na silny opór organów antymonopolowych zarówno w Stanach Zjednoczonych (organów stanowych), jak i organów antymonopolowych UE, państw członkowskich i innych państw mających w swoim porządku prawnym prawo antymonopolowe.

Celem niniejszego opracowania jest zanalizowanie istoty sporu występującego wokół oceny minimalnych RPM w prawie antymonopolowym oraz naświetlenie przyczyn oporu przed odejściem od oceny tego rodzaju cen według reguły *per se illegal*. Zaprezentowane zostaną także osiągnięcia w zakresie poszukiwania odpowiednich modeli oraz standardów ekonomicznych i behawioralnych pozwalających na obiektywną ewaluację minimalnych RPM z punktu widzenia ich rzeczywistych skutków ekonomicznych. Modele te wskazują w jakich okolicznościach i sytuacjach minimalne RPM generują antykonkurencyjne bądź prokonkurencyjne skutki. Z perspektywy literatury ekonomicznej i opinii ekonomistów, wskazane zostaną także różnice w podejściu do minimalnych RPM istniejące pomiędzy Stanami Zjednoczonymi i UE (Komisją Europejską).

II. Formy organizacji produkcji a porozumienia wertykalne

Istnieją dwie podstawowe formy organizacji produkcji powiązanych wertykalnie przedsiębiorstw. Zamykają się one w procesach eksternalizacji lub internalizacji. Pierwsza oznacza, że są one oparte na niezależnych transakcjach rynkowych, druga zaś prowadzi do integracji gospodarczej, w wyniku czego transakcje rynkowe zastępowane zostają strukturą hierarchiczną w formie przedsiębiorstwa. Zastępowanie transakcji rynkowych strukturą przedsiębiorstwa następuje na drodze akwizycji i fuzji. Porozumienia wertykalne zawierane pomiędzy przedsiębiorstwami znajdującymi się na różnym poziomie łańcucha produkcji i dystrybucji są trzecią, hybrydową formą organizacji gospodarczej. W polu zainteresowania organów antymonopolowych w świetle przepisów o nielegalnych porozumieniach leżą przede wszystkim te porozumienia wertykalne, które kształtują ści-

¹ *Leegin Creative Lether Prods. V PSKS, Inc, U.S. 877, 2007.*

słą współpracę pomiędzy producentami i sprzedawcami detalicznymi. Do takich porozumień należą przede wszystkim systemy dystrybucji selektywnej, wyłącznej i franchisingowej. W modelu zarządzania biznesem wymienione systemy dystrybucji mają pełnić funkcje skutecznego i efektywnego kanału sprzedażowego oraz kanału komunikowania się z klientem. Przedsiębiorcy działający w takim wertykalnym łańcuchu powiązań gospodarczych pełnią w stosunku do siebie funkcje komplementarne. Wybór jednej z powyższych hybrydowych form organizacji produkcji jest podporządkowany kryterium efektywności ekonomicznej. Podstawą tej efektywności jest natomiast występowanie wspólnego interesu gospodarczego pomiędzy producentem i dystrybutorami działającymi w utworzonej przez niego sieci. Tym wspólnym interesem jest dążenie przez obie strony do maksymalizowania sprzedaży produktu wytwórcy.

Jest raczej rzadkością, aby obecnie wytwórca sam sprzedawał swoje produkty końcowym nabywcom. Wypracowano więc kilka wydajnych form dystrybucji opartych na kontraktach, jak wymienione już dystrybucja selektywna, dystrybucja wyłączna i franchising. Ponieważ przewaga kontraktowa w tego typu relacjach istnieje najczęściej po stronie producenta, precyzuje on dość dokładnie obowiązki i uprawnienia członków swojej sieci dystrybucyjnej, które mogą ograniczać ich autonomię ekonomiczną. Takimi szczególnymi przykładami mającymi wpływ na funkcjonowanie konkurencji są np. klauzula kontraktowa o wyłączności terytorialnej, klauzula o wyłącznej alokacji klienta, w ramach której dystrybutor został zobowiązany sprzedawać produkty tylko wskazanej przez niego grupie klientów, klauzula o wyłącznym zakupie produktów wytwórcy, oraz wyznaczanie dystrybutorowi cen odsprzedaży, czyli cen detalicznych w transakcjach z nabywcami finalnymi. Dystrybutorzy z reguły nie stwarzają oporu ani nie wyrażają sprzeciwu przeciw tym ograniczeniom, ponieważ ograniczenia te najczęściej dają im ochronę przed konkurencją wewnątrzmarkową i większe przychody. Z punktu widzenia interesu publicznego, na straży którego stoi prawo antymonopolowe, powstaje jednak pytanie, czy ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej nie szkodzi dobrobytowi konsumentów?

Odpowiedzi na tak postawione pytanie należy szukać w skutkach rzeczywistych wprowadzonych ograniczeń wertykalnych. Skutki skojarzone z porozumieniami wertykalnymi mogą dla konsumentów być zaś zarówno pozytywne jak i negatywne. Celem budowania kanałów dystrybucji opartych na umowach wertykalnych nie jest ograniczenie konkurencji, jak w przypadku porozumień horyzontalnych. Celem ich jest poszukiwanie bardziej racjonalnych, efektywnych i wydajnych form organizacji produkcji, poszukiwanie oszczędności w kosztach transakcyjnych, unikanie ryzyk tkwiących w czystych transakcjach

rynkowych oraz budowanie przewagi konkurencyjnej poprzez dotarcie do docelowego rynku (klienta) i utrzymanie z nim dobrych relacji. Takie działania marketingowe są zgodne z wymogami zarządzania współczesnym biznesem. Podstawą tej efektywności są korzyści płynące ze specjalizacji i podziału pracy, pozycjonowania produktu i marketingu relacyjnego.

Ekonomiści nie zaprzeczają, że porozumienia wertykalne oparte na restrykcyjnych kontraktach ograniczają wolność gospodarczą dystrybutorów i konkurencję wewnątrzmarkową. Zauważają i wskazują jednocześnie, że te same ograniczenia wertykalne za sprawą wzrostu skali sprzedaży kreują większą efektywność zarówno w części wytwórczej, jak i sprzedażowej organizacji produkcji, następnie podnoszą innowacyjność kanałów sprzedaży i marketingu, dzięki czemu jest możliwe dostarczanie konsumentom nowych wartości, a przez to budowanie przewagi konkurencyjnej firmy na rynku, pozyskiwanie nowych klientów i stale jej powiększanie jako grupy. Należy bowiem brać pod uwagę, że wartość dla klienta obecnie nie sprowadza się tylko do cech użytkowych produktu i ceny, ale także do takich wartości jak obsługa klienta, sprawny serwis, szybkość obsługi, wiarygodność przekazywanej informacji, poradnictwo i konsultacje, wystrój salonu sprzedaży, demonstracja działania, czy także wypożyczenie w celu sprawdzenia walorów produktu. Jeśli dzięki tym klauzom producent skuteczniej dociera do docelowych grup odbiorców i do nowych rynków zbytu, to zwiększa jednocześnie konkurencję międzymarkową, której obecnie przy bogactwie substytutów nadaje się rolę pierwszoplanową. Tak więc w warunkach funkcjonowania rynku nabywcy, gdy ani producenci ani dystrybutorzy nie posiadają znaczących udziałów w rynku, przy intensywnej konkurencji międzymarkowej, nie można *ex ante*, wyłącznie na podstawie prawnej analizy przepisów o zakazie zawierania porozumień pomiędzy przedsiębiorcami stwierdzać, iż minimalne ceny odsprzedaży, klauzule lokalizacyjne bądź wyłączność terytorialna dystrybucji są antykonkurencyjnymi porozumieniami ze względu na cel. Tylko analiza prawna przepisów o zakazie porozumień z punktu widzenia celu lub skutku porozumienia bez zbadania struktury rynku, celu zawarcia kwestionowanych klauzul, intensywności konkurencji międzymarkowej, fazy rozwoju przedsiębiorstwa, fazy cyklu życia produktu, intensywności konkurencji pozacenowej, udziałów w rynku, roli i funkcji stron w porozumieniu jest analizą nieadekwatną, w kontekście osiągnięć nauk ekonomicznych i nauki o zarządzaniu biznesem. Taką uproszczoną analizę prawną bez zbadania rzeczywistych skutków rynkowych nie można zatem uznać za użyteczną i zgodną z kryterium dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*). W konsekwencji ekonomicznego podejścia do porozumień wertykalnych uważa się, że kwestionowanie ograniczeń wertykalnych

na gruncie prawa antymonopolowego jest zasadne, jeśli (Cooper, Froeb, O'Brien i Vita 2005, s. 58–59):

- rezultaty pozytywne są gorzej oceniane od rezultatów negatywnych;
- istnieje silne umocowanie ekonomiczne, że tego typu praktyka jest antykonkurencyjna.

Z historii polityki konkurencji wynika, że najważniejszymi wertykalnymi porozumieniami, których zwalczaniem zajmowały się organy antymonopolowe były porozumienia dotyczące:

- wielkości sprzedaży. Porozumienie polega na ustaleniu wielkości zakupu i odsprzedaży przez detalistę. Mogą to być ilości minimalne, maksymalne lub sztywne. Ustalanie wielkości zakupu w przypadku przedsiębiorstwa dominującego może być wykorzystywane do respektowania przez przedsiębiorstwo detaliczne cen odsprzedaży;
- transakcji wiązanych (pakietowych). Transakcje wiązane zmuszają dystrybutora do zakupu jednego lub więcej produktów od producenta oprócz tego, którym dystrybutor jest zainteresowany. Na przykład dystrybutor musi kupować całą linię produktów a nie tylko wybrane produkty z tej linii;
- cen odsprzedaży. Porozumienie polega na tym, że cenę detaliczną nie wyznacza sprzedawca detaliczny tylko jest mu narzucona przez producenta. Mogą to być cena maksymalna, cena minimalna, cena sztywna, cena rekomendowana, cena promocyjna;
- klauzul wyłącznych: według takiej klauzuli dystrybutor zgadza się nie sprzedawać produktów firm konkurencyjnych. Wariantem takiego porozumienia jest klauzula o wyłącznym zakupie, która nakłada na dystrybutora zakup towarów wyłącznie od producenta – strony porozumienia.
- klauzul lokalizacyjnych definiujących tereny sprzedaży.

Największe zmartwienie organów antymonopolowych, jak podkreśla się to w literaturze, stanowią obecnie te porozumienia pionowe, które zamykają lub utrudniają konkurentom dostęp do działalności na tym samym szczeblu wertykalnego łańcucha powiązań gospodarczych oraz wertykalne porozumienia cenowe. Taki dostęp przy tych ograniczeniach może być bowiem dla potencjalnego konkurenta dużo kosztowniejszy z uwagi np. na korzyści skali lub rzadką lokalizację produktu (Harbord, von der Fehr, s. 22). Natomiast największe kontrowersje, co do ich szkodliwości i bezprawności w świetle prawa antytrustowego, mającego na celu ochronę rynku przed antykonkurencyjnymi porozumieniami, budzą wertykalne minimalne i sztywne ceny odsprzedaży. Gdy chodzi o pozostałe wymienione wyżej ceny wertykalne, to po przyjęciu wniosków wynikających z analiz ekonomicznych nie są one aktualnie przedmiotem postępowań organów antymonopolowych.

Rozwijając problem klauzul wyłącznych należy wskazać, iż według literatury ekonomicznej zagrożeniem dla konkurencji są tylko te z nich, które wykluczają lub utrudniają dostęp do rynku właściwego przedsiębiorstwom konkurencyjnym. Przy czym, gdy chodzi o kryteria takiego utrudnienia, to postawiono na czynnik efektywnościowy. W związku z tym bezprawnym będzie porozumienie, które blokuje dostęp do rynku przedsiębiorstwu bardziej efektywnemu, np. kiedy takie przedsiębiorstwo jest zmuszone budować od podstaw własną sieć dystrybucyjną. W takich okolicznościach porozumienia o wyłącznej dystrybucji dla potencjalnego konkurenta stają się barierą strategiczną o charakterze kosztowym.

Klauzule wyłączne mogą być niekorzystne nie tylko dla producentów – nowych graczy. Pokrzywdzonymi mogą zostać również dystrybutorzy (sprzedawcy detaliczni), gdy narzucona klauzula zabrania im umieszczanie w salonach sprzedaży produktów firm konkurencyjnych. Jeżeli natomiast zawarcie wyłącznych kontraktów na dystrybucję jest niemożliwe, dominujące na rynku przedsiębiorstwo produkcyjne może osiągnąć ten sam wynik ekonomiczny w postaci większego zysku poprzez narzucanie dystrybutorom wielkości sprzedaży jego produktów na rynku relevantnym. Klauzule tego rodzaju będą miały jednak antykonkurencyjny charakter wtedy, gdy producentem jest przedsiębiorstwo o silnej pozycji dominującej. Poza tym głównym czynnikiem, antykonkurencyjnym skutkiem klauzul wyłącznych sprzyja duże zróżnicowanie produktów, niski poziom konkurencji międzymarkowej oraz gdy ich nabywcami są bezpośrednio konsumenci.

III. Istota problemu minimalnych cen odsprzedaży w prawie antymonopolowym

Wyrok w sprawie *Leegin* z 2007 r. miał dokonać przełomu co do oceny minimalnych RPM. Sądono, że odtąd ekonomiczne standardy oceny cen minimalnych w umowach wertykalnych oparte na kryterium efektywności staną się stałą praktyką w pracy organów antymonopolowych. Takie oczekiwanie można było wysnuć z uzasadnienia wyroku, w którym SN U.S. stwierdził, że przy ewaluacji minimalnych cen odsprzedaży, należy kierować się nie regułą *per se illegal*, lecz regułą rozsądku. Za takim kierunkiem ewaluacji minimalnych RPM opowiada się również wielu ekonomistów zajmujących się polityką konkurencji, wskazując na przewagę korzyści nad kosztami, które odnoszą konsumenci z cen minimalnych. W swej argumentacji odwołując się do modeli opartych na ekonomii neoklasycznej i behawioralnej oraz do wyników badań okoliczności i skutków stosowania cen odsprzedaży. R. Bork

uważa, że porozumienia wertykalne powinny być poddane ewaluacji według reguły *rule of reason*, w której korzyści dostarczane przez efektywność byłyby przeciwstawiane kosztom konsumenckim, które mogłyby się pojawić gdyby firmy posiadały siłę rynkową. Według R. Borka ceny sztywne i podziały rynku powinny być legalne w każdym przypadku, w którym strony nie kontrolują rynku a wertykalny podział rynku oraz ceny sztywne powinny być legalne niezależnie od siły rynkowej stron porozumienia (Bork 1966, s. 373, 391).

Poglądy R. Borka z przełomu lat 70. XX w. wywarły duży wpływ na politykę antymonopolową w Stanach Zjednoczonych i na orzeczeniach amerykańskich sądów. Kilka dekad później stanowisko R. Borka w sprawie RPM najpierw zostało uwzględnione w orzeczeniu *State Oil Co* (1997)², w którym SN stwierdził, że maksymalne ceny odsprzedaży ustalone pomiędzy producentem a autoryzowanymi dilerami powinny zostać rozstrzygane według reguły rozsądku, a następnie dziesięć lat później podważył nielegalność minimalnych RPM, w wymienionym wyżej wyroku *Leegin*. SN stwierdził w nim, że reguła rozsądku ma również zastosowanie do minimalnych RPM. Tym samym po 96 latach zakwestionowana została reguła *per se prohibition* w odniesieniu do minimalnych RPM, przyjęta w wyroku *Dr. Miles Medical Co. w 1911 r.* (Levenstein i Suslow 2014, s. 34–35).

SN w wyroku tym nie pominął jednak całkowicie negatywnego wpływu minimalnych RPM na konkurencję. Rzadko jednak jest podkreślane w piśmiennictwie, że gdy chodzi o antykonkurencyjne skutki minimalnych RPM, SN także szukać ich w porozumieniach kartelowych. Do takich skutków dochodzi wtedy, gdy ceny minimalne odsprzedaży są wykorzystane do zorganizowania kartelu na poziomie sprzedaży detalicznej. Zdaniem M. Levenstein i V. Suslow historyczny kontekst wskazuje, iż jest uzasadniona obawa, że wertykalne ograniczenia mogą wspomagać tworzenie karteli cenowych i tym samym rujnować konkurencję. Tego rodzaju ograniczenia R. Bork nazywa ograniczeniami pomocniczymi (*ancillary restraints*). Z badań powyższych autorów wynika, że jedna czwarta karteli międzynarodowych wykorzystywała wertykalne ograniczenia jako część ich kartelowej strategii. Z tego wyprowadzają wniosek, że istnieją branże, w których wertykalne ograniczenia mogą kreować antykonkurencyjne skutki. Natomiast same porozumienia wertykalne nie uwikłane w strategię kartelistów, jak wskazują empiryczne studia, są generalnie prokonkurencyjne, nawet w wysoce skoncentrowanych branżach. Szkodzą konsumentom wtedy, gdy stają się narzędziem pomocniczym w rękach karteli (Levenstein i Suslow 2014, s. 48).

² *State Oil Co V. Khan* 522 U.S. 3, 1997.

IV. Geneza standardu *per se illegal*

Chcąc dobrze zrozumieć istotę problemu cen w porozumieniach wertykalnych, należy odwołać się do historii rozwoju polityki konkurencji. Z historii tej wynika, że właściwie do lat 80. XX w. cenowe porozumienia wertykalne były w świetle prawa antytrustowego traktowane surowiej od porozumień kartelowych. Traktowanie RPM jako *per se illegal* w prawie i polityce konkurencji ma długą swoją historię. Po raz pierwszy reguły tej użył SN U.S. w 1911 r. w sprawie *Dr. Miles Medical*.³ Uznał, że uzgodnione minimalne ceny odsprzedaży w wertykalnych relacjach handlowych są nielegalne, ponieważ producent za pośrednictwem tych cen usiłuje kontrolować aktywność dystrybutorów, sprzedawców hurtowych oraz detalicznych w wyniku czego dochodzi do ograniczenia między nimi konkurencji.

W ciągu następnych lat *regułą per se* zostały objęte transakcje wiązane i pakietowe oraz inne niecenowe ograniczenia narzucane dystrybutorom i dilerom, jak wyłączność terytorialna, klauzula lokalizacyjna, odmowy sprzedaży, bojkot, a w końcu również maksymalne RPM (Moore, 2011, s. 298). Zakaz posługiwania się maksymalnymi cenami wertykalnymi został ustalony jednak dużo później, bo dopiero w 1968 r. wyrokiem *Albrecht*.⁴ Uzasadnienie dla tak szerokiego wykorzystania reguły *per se illegal* w prawie antytrustowym SN zamieścił w wyroku *Pacific Railway*.⁵ Stwierdził, że reguła ta pozwala na uniknięcie niezbędnych, ale bardzo skomplikowanych i długich ekonomicznych badań wchodząc w całą historię przedsiębiorstwa, jak również branży i włożenie dużego wysiłku aby stwierdzić, czy rozpatrywane ograniczenie jest nadmierne, kiedy całe to postępowanie może okazać się na końcu bezowocne. SN odrzucił więc procedurę, według której zmuszony by był poświęcać swój czas i zasoby na żmudne i skomplikowane badania ekonomiczne. Innymi słowy, sądy nie były skłonne do poświęcania czasu i zasobów do długotrwałego i żmudnego analizowania skutków różnych ograniczeń rynkowych. Warto wskazać, iż SN podkreślając zalety reguły *per se illegal*, położył akcent nie tyle na wykazanie szkody, które ewentualnie ograniczenia wertykalne wyrządzają konkurencji i konsumentom, ile na ekonomikę procesową i jej atrakcyjność dla organów sądowych w stosowaniu prawa antytrustowego.

Ceny wertykalne pierwotnie były nawet rygorystyczniej oceniane niż kartele cenowe. Kartele cenowe zostały objęte standardem *per se illegal* 16 lat po ukazaniu się wyroku dr Miles na podstawie orzeczenia w sprawie

³ *Dr. Miles Medical co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 1911.

⁴ *Albrecht v. Herald Co.*, 390 US 145, 1968.

⁵ *U.S. v. Pacific Railway Co.*, 356 U.S. 1. 1958.

*Trenton Potteries*⁶. W istocie jednak kartele cenowe zaczęły być w Stanach Zjednoczonych traktowane jako *per se illegal* dopiero po wydania przez SN w 1940 r. wyroku *Socony Vacuum Oil Co.*⁷ W wyroku tym sąd odrzucił wiele popularnych usprawiedliwień dla cen sztywnych, mocno podkreślając, że porozumienie zawarte dla celu i ze skutkiem wzrostu, spadku, ustalenia, usztywnienia i stabilizacji cen produktu w handlu między stanami i w wymianie zagranicznej jest bezprawne w świetle antytrustowego prawa federalnego.

V. Geneza standardu *rule of reason*

Krytyka kierowania się standardem *per se illegal* w prawie antymonopolowym w odniesieniu do porozumień wertykalnych stawała się coraz bardziej głośna w licznych publikacjach oraz kręgach biznesu, niezadowolonego z wydawanych wyroków w Stanach Zjednoczonych. Szczególnie znaczenie odegrały tutaj publikacje przedstawicieli tzw. szkoły chicagowskiej, w tym wspomnianego już R. Borka. Pod wpływem dorobku tej szkoły sugerującej, aby organy antymonopolowe nie koncentrowały się na ochronie wolności gospodarczej przedsiębiorstw, lecz raczej skłaniały się do oceny zachowań rynkowych przedsiębiorstw z punktu widzenia ich rzeczywistego wpływu na efektywność ekonomiczną, SN zaczął naprawiać swoje błędy z przeszłości i stopniowo wracał do reguły rozsądku jako dominującego standardu analizy przypadków antymonopolowych. W wyroku *Continental T.V. v. GTE Sylvania* (1977)⁸ stwierdził jednoznacznie, iż wszystkie niecenowe ograniczenia wertykalne powinny być rozpatrywane nie według standardu *per se illegal*, lecz *rule of reason*. Powołując się na autorytety akademickie i sądownicze, wskazał prokonkurencyjne skutki takich ograniczeń, które powinny zostać wykazane przez oskarżoną stronę.

W latach 80. XX w. SN kontynuował podejście efektywnościowe, rozszerzając stosowanie reguły rozsądku do badania nie tylko porozumień wertykalnych ale również horyzontalnych. Nie akceptował jedynie eliminowania reguły *per se* przy praktykach typu ustalania cen odsprzedaży (RPM). Nie zgodził się też na to, aby w prawie antytrustowym zaniechać posługiwania się regułą *per se illegal* w ogóle (Moore, 2011, s. 302). W Stanach Zjednoczonych odwoływanie się do efektywności, czyli reguły rozsądku przy stosowania prawa konkurencji stało się odtąd stałą zasadą. Decydu-

⁶ U.S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392, 1927.

⁷ U.S. v. Socony Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150. 1940

⁸ Continental T.V. v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 1977.

jące znaczenie odegrał w tym wspomniany wcześniej wyrok z 1997 r. *State Oil Co.*, w którym SN orzekł, że maksymalne ceny RPM powinny być także analizowane zgodnie ze standardem *rule of reason*. Niedługo po tym, prokonkurencyjna ocena maksymalnych RPM, została także zaakceptowana przez organy ochrony konkurencji UE i państw członkowskich. W kwestii minimalnych cen odsprzedaży i reguły rozsądku SN wypowiedział się dziesięć lat później w przywoływanym orzeczeniu *Leegin*.

Analiza dowodów empirycznych wpływu na rynek porozumień wertykalnych wskazuje, że interesy przedsiębiorcy i konsumentów na takich rynkach mogą być zbieżne. Jest to prawdopodobne, ponieważ przedsiębiorcy są pod stałą presją do rozwijania smukłego i efektywnego systemu dystrybucji w celu dotarcia do konsumentów i dostarczania mu coraz bogatszego zestawu wartości, związanych nie tylko z jakością produktu i niską ceną. Ograniczenia wertykalne okazują się wtedy uzasadnione, jeśli prowadzą do rozwoju efektywności handlu detalicznego, niższych kosztów dystrybucji i sprzedaży i jeśli pobudzają konkurencję niecenową (Lafontaine i Slade, 2005, s. 22).

Uważa się, po analizie wyroku *Leegin*, że SN nie wskazał w nim jednak wystarczających przesłanek, kiedy minimalne RPM mogą być antykonkurencyjne a kiedy prokonkurencyjne. Pomimo braku tej jednoznaczności zidentyfikowano cztery okoliczności przemawiające za tym, że minimalne RPM można uznać jako antykonkurencyjne:

- kiedy są wykorzystane przez kartel producentów do zidentyfikowania członków, którzy oszukują odnośnie do ustalonych cen;
- kiedy są wykorzystane do zorganizowania kartelu sprzedawców detalicznych w celu eliminacji konkurencji cenowej;
- kiedy są wykorzystane przez dominanta detalicznego do własnej ochrony przed sprzedawcami detalicznymi o efektywniejszym systemie dystrybucji i niższych kosztach i tym samym do tłumienia innowacji w dystrybucji;
- kiedy są wykorzystywane przez producenta posiadającego siłę rynkową do nakłaniania sprzedawców detalicznych do nie sprzedawania produktów konkurentów lub nowych graczy.

Dwa pierwsze skutki mają charakter praktyk kartelowych, a kolejne dwa – praktyk wykluczających. Wykluczonym mogą stać się konkurenci silnego przedsiębiorstwa handlowego albo konkurenci producenta-organizatora sieci dystrybucyjnej.

Z kolei, jeśli chodzi o prokonkurencyjne skutki minimalnych RPM wymienia się zwykle następujące:

- wzrost konkurencji międzymarkowej;
- eliminowanie efektu pasażera na gapę (*free riding*);
- wzrost konkurencji w zakresie usług obsługi konsumentów;

- ułatwienie wejścia na rynek nowym konkurentom poprzez gwarantowanie dostatecznej marży zysku sprzedawcom detalicznym;
- obniżenie kosztów transakcyjnych.

Posługiwanie standardem *rule of reason* w ewaluacji minimalnych RPM nie jest jednak rzeczą łatwą w praktyce i przynoszącą sukcesy. Wskazują na to badania przeprowadzone za okres 1999–2009 w Stanach Zjednoczonych przez *M. A. Carrier*. Rezultaty tych badań są zaskakujące. Wynika z nich, że na 222 sprawy, które poddane zostały ocenie wedle reguły rozsądku, w 215, czyli w 96,8% strony powodowe, nie wykazały antykonkurencyjnych skutków. Na 222 spraw strona powodowa wygrała tylko w jednym przypadku, a w 5 efekty negatywne i pozytywne dla konkurencji zbilansowały się. Z orzeczeń sądowych autor wyciągnął wniosek, że powodowie prawie nigdy nie mają szans na wygranie sprawy rozpatrywanej w ramach reguły rozsądku (*Carrier 2009*, s. 829 i 830). W sumie, w 97% spraw powodowie nie byli zdolni wykazać antykonkurencyjnych skutków działalności oskarżonych o praktyki monopolistyczne przedsiębiorców (*Carrier 2009*, s. 837). Powodem tego, jak twierdzą niektórzy autorzy, jest nieuporządkowanie, niedopracowanie, jak w praktyce ma być stosowana reguła rozsądku (*Moore, 2011*, s. 308–310). Przede wszystkim nie zostały wypracowane użyteczne metody i narzędzia *rule of reason*, które prokonkurencyjne i antykonkurencyjne skutki minimalnych RPM pozwalałyby miarodajnie szacować.

VI. Minimalne RPM w modelach ekonomicznych

Rolę cen odsprzedaży w kształtowaniu konkurencji na przykładzie dwóch modeli ekonomicznych przedstawił *W.S. Comanor* (2009, s. 99 i 125). Pierwszy, przedstawia scenariusz, w którym ograniczenia wertykalne są wynikiem działań i zachowań producenta. Narzucone ograniczenie wertykalne mają dystrybutorom pozwalać osiągać marże, które pobudzać będą ich do zwiększonego wysiłku na rzecz wzrostu wolumenu sprzedaży. W tym scenariuszu uzgodniona działalność i zachowania producenta oraz dystrybutorów są względem siebie komplementarne. Drugi model przedstawia natomiast scenariusz, w którym ograniczenia wertykalne tym razem wymuszone są na producencie przez wiodącego dystrybutora lub grupę dystrybutorów. Ceny odsprzedaży mają pokrywać cały rynek producenta, czyli również objąć sprzedawców detalicznych nieautoryzowanych. Jest to zadanie producenta, które narzucone zostało mu przez wiodącego dystrybutora lub dystrybutorów. W modelu tym, działania i zachowania producenta oraz dystrybutorów, w przeciwieństwie do pierwszego, nie są w względem siebie komplementarne.

W pierwszym modelu z uwagi na to, że współpraca ma charakter komplementarny, a także, że większe ryzyko z powodu zakłóceń w tej współpracy ponosi producent, bez wprowadzenia ograniczeń wertykalnych, w tym minimalnych RPM, producent nie odgrywałby pierwszoplanowej roli na rynku detalicznym. Generalnie na rynku konkurencyjnym producent jest zainteresowany niskimi cenami, które będą zwiększać jego sprzedaż. Jednakże przy takich cenach dystrybutor może zachowywać się pasywnie i nie być zainteresowany rozwojem usług zwiększających sprzedaż produktu producenta. Tej pasywności przeciwdziałają mają właśnie ograniczenia wertykalne wprowadzone przez producenta oraz obowiązek przestrzegania ustalonych przez niego cen, czyli ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej a zdynamizowanie konkurencji niecenowej. Osiągając wyższą marżę dystrybutorzy rozwijają usługi handlowe na które konsumenci odpowiadają zwiększonym popytem, na skutek:

- wzrostu informacji o produkcie;
- prowadzenia handlu w lepszych dla konsumentów warunkach;
- zwiększenia atrakcyjności sprzedaży na kredyt;
- poprawy jakości produktu;
- większego zaangażowanie się dystrybutorów w sprzedaż produktu o wyższej marży.

Aby mieć dostęp do tego powiększonego wachlarza usług sprzedażowych, konsumenci muszą jednak być skłonni do zaakceptowania wyższych cen, ponieważ z dodatkowymi usługami wiązą się wyższe koszty dystrybucji. Nie ulegają natomiast zmianie przy ograniczeniu konkurencji wewnątrzmarkowej koszty producenta. Skutkiem tego jest wzrost cen detalicznych, który pokrywa wzrost kosztów handlowych. Pożądanym jednak tego skutkiem, z punktu widzenia efektywności ekonomicznej, jest wzrost produkcji i sprzedaży oraz wzrost jakości obsługi klienta. Przy takim scenariuszu ograniczeń wertykalnych beneficjentami minimalnych RPM są zatem również konsumenci a nie tylko producent i dystrybutorzy. Korzyści czerpią z rozwoju konkurencji pozacenowej w ramach sprzedaży tego samego produktu oraz konkurencji międzymarkowej. Skoro więc minimalnym (sztywnym) RPM towarzyszy zwiększenie wolumenu produkcji i sprzedaży oraz wzrost satysfakcji konsumentów z warunków zakupu i z podjętych decyzji o zakupie, ograniczenia te są efektywne i prokonkurencyjne i w związku z czym nie ma podstaw, aby traktowane były jako *per se prohibition*.

W modelu drugim, w którym to największy dystrybutor narzuca RPM, implikacje tego dla konkurencji i konsumentów są odwrotne. Narzucanie RPM ma charakter pośredni. Dystrybutor wiodący wymusza na producencie aby zmusił mniejszych jego konkurentów działających na rynku detalicz-

nym do stosowania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży. Korzyści przy takim scenariuszu działań odnosi jednak przede wszystkim wiodący dystrybutor w postaci wyższego zysku. Straty największe natomiast ponoszą konsumenci. Przy wyższych cenach detalicznych nie występują bowiem efekty zewnętrzne, w postaci wzrostu produkcji i sprzedaży oraz rozwój i wzbogacenie usług handlowych. W modelu tym podważona jest też komplementarność, ponieważ cenowe ograniczenia wymuszone przez największego dystrybutora, ułatwiają zawarcie i kontrolowanie porozumień horyzontalnych na poziomie sprzedawców detalicznych.

Porównując skutki dla konkurencji i konsumentów obu modeli można za *W.S. Comanorem* stwierdzić, iż:

- w obu modelach ceny są wyższe;
- w modelu pierwszym następuje rozwój usług obsługi konsumenta, co nie występuje w modelu drugim;
- w modelu pierwszym następuje wzrost produkcji i sprzedaży, co nie występuje w modelu w drugim;
- następuje wzrost konkurencji w warunkach pierwszego modelu a zredukowanie konkurencji w modelu drugim.

Zdaniem tego badacza debata i badania nad cenowymi porozumieniami wertykalnymi powinny być dalej kontynuowane w celu wyjaśnienia występujących rozbieżności co do skutków ich funkcjonowania w kontekście konkurencji i interesu konsumentów (*Comanor*, 2012).

VII. Przypadki RPM z praktyki sądów amerykańskich odpowiadające modelom W.S. Comanora

Modelowi w którym to producent jest inicjatorem wprowadzenia minimalnych RPM odpowiada sprawa *Leegin*. Firma ta jest producentem i dystrybutorem torebek, pasków, biżuterii i innych akcesoriów damskich sprzedawanych pod marką „*Brighton*”. Sprzedaż jest prowadzona dwoma kanałami marketingowymi. Pierwszym kanałem są organizowane okresowo wystawy. Sprzedaż tym kanałem ma charakter hurtowy a nabywcami są niezależni sprzedawcy detaliczni. Drugi kanał stanowią tzw. sklepy zależne, w skład w których wchodzi sklepy własne oraz sklepy kontrolowane przez *Leegin*. Takich sklepów było w 2002 r. ponad sto. Na rynku funkcjonują one jako sklepy marki „*Brighton*”. W celu harmonizacji i kontroli cen produktów marki „*Brighton*”, spółka wprowadziła strategię cenową opartą na minimalnych cenach odsprzedaży. Strategią tą zostali objęci wszyscy sprzedawcy zależni. Jeden ze sprzedawców, firma *PSKS, Inc.* nie podporząd-

kowała się jednak obowiązkowi stosowania minimalnych cen odsprzedaży, wprowadzając niezgodnione z producentem rabaty na sprzedawane wyroby marki „Brighton”. W reakcji na to niezależne zachowanie się, spółka *Leegin* wstrzymała wszystkie dostawy do tego przedsiębiorstwa. PSKS, Inc. nie widząc innego wyjścia pozwała *Leegin* do sądu, zarzucając jej wprowadzenie nielegalnego cenowego porozumienia wertykalnego, które jej zdaniem jest szkodliwe dla konsumentów, ponieważ wpływa na wzrost cen detalicznych. Sąd pierwszej instancji podzielił pogląd powódki, że minimalne RPM są niezgodne z dotychczasową utrwaloną linią orzecniczą pochodząca od wyroku *Dr. Miles*, iż tego rodzaju porozumienia są bezwzględnie zakazane. Zasądził w związku z tym na rzecz PSKS odszkodowanie w wysokości 3,75 mln USD.

Inaczej do prezentowanego przypadku podszedł jednak SN, w wyniku zaskarżenia zapadłego wyroku. Kluczowe było przez niego podkreślenie, że *per se rule prohibition* stosuje się tylko do ograniczenia, które jednoznacznie ujawnia antykonkurencyjne skutki i które nie są rekompensowane żadnymi korzyściami. Wychodząc z tej przesłanki SN uznał, że reguła ta nie jest dłużej właściwa dla minimalnych ocen odsprzedaży, uchylając tym samym jednocześnie orzeczenie zapadłe w wyroku *Dr. Miles*. W rezultacie wertykalne ograniczenia cenowe, zdaniem sądu, tak jak i ograniczenia niecenowe powinny być sądzone wg reguły rozsądku, która wymaga aby analiza dla każdego przypadku była dokonana oddzielnie (*case by case*), ponieważ w zależności od okoliczności, antykonkurencyjne skutki cen wertykalnych jak i niecenowych ograniczeń mogą się od siebie znacznie różnić.

SN odrzucił przy tym często używany argument broniący reguły *per se illegal*, że jest ona użyteczna i wygodna w postępowaniu sądowym, gdyż pozwala producentom i dystrybutorom na efektywne prowadzenie biznesu wskutek wiedzy tego, co jest dopuszczalne a co nie. Unieważnienie wyroku *Dr. Miles* nastąpiło jednak przede wszystkim na podstawie podważenia poglądu, że wertykalne minimalne ceny odsprzedaży nieodwołalnie prowadzą do wyższych cen detalicznych. Minimalne RPM mogą wywierać antykonkurencyjne i prokonkurencyjne skutki, co zależy od okoliczności w których są stosowane. SN podzielił tutaj poglądy i badania ekonomistów, że konkurencja przesuwa się w stronę konkurencji międzymarkowej, konkurencji w zakresie usług około sprzedażowych, przy spadku znaczenia konkurencji cenowej pomiędzy dystrybutorami tej samej marki. W związku z tym zwraca również uwagę na potrzebę badania konkurencji niecenowej i na korzyści, które z tej konkurencji odnoszą konsumenci. Inną ważną kwestią wymagającą rozważenia w takim postępowaniu jest znalezienie odpowiedzi, czy oskarżony producent może osiągnąć cel rynkowy w sposób mniej restrykcyjny, od tego który narzucają minimalne RPM. Przy ocenianiu dowodów należy

także, zdaniem SN, wziąć pod uwagę, że cel dla których producent stosuje RPM może być inny, niż tylko dążenie do osiągnięcia większej marży zysku.

Wprawdzie SN niezbyt szeroko przedstawił okoliczności kiedy minimalne RPM są prokonkurencyjne, tym niemniej w uzasadnieniu wskazał na kilka czynników, które powinny zostać zbadane i ustalone w postępowaniu antymonopolowym. Zaliczył do nich liczbę konkurentów na rynku, którzy zawarli porozumienie obejmujące RPM, następnie, kto jest inicjatorem RPM, producent czy dystrybutor i wreszcie, czy producent lub dystrybutor posiadają siłę rynkową.

Jak już wcześniej podkreślono, wskazówki podane przez SN są w ocenie komentatorów raczej ubogie i nie wyczerpują wszystkich okoliczności i dowodów, które powinny być brane pod uwagę przy rozpatrywaniu spraw z zakresu minimalnych RPM. Wskazują więc oni dodatkowo m.in. na:

- rodzaj produktu;
- poziom konkurencji międzymarkowej;
- znaczenie konkurencji niecenowej na rynku właściwym;
- znaczenie marki i pozycjonowanie marki;
- standard salonów sprzedaży;
- przyjęte standardy jakości obsługi klienta;
- efekt „jazdy na gapę”;
- innowacje w sprzedaży i obsłudze klienta.

Z kolei drugim modelowi Camerona, który różni się od pierwszego tym, że to wiodący dystrybutor jest inicjatorem wprowadzenia minimalnych RPM odpowiada mniej znany wyrok z 2009 r., dotyczący działalności firmy *The Babies R Us*, znanej pod nazwą *BRU*.⁹

BRU w Stanach Zjednoczonych jest wiodącym dystrybutorem wyrobów dla dzieci. Dystrybutor ten toczył ostrą walkę z nowymi rywalami, zwłaszcza ze sprzedawcami internetowymi, którym dzięki niższym cenom sprzedaż wzrastała. *BRU* został w pozwie zbiorowym oskarżony przez konsumentów, że jako zajmujący pozycję dominującą na rynku detalicznym produktów dziecięcych, zawarł z wytwórcami porozumienie mające na celu zobowiązanie wszystkich sprzedawców detalicznych do sprzedaży ich produktów po ustalonych cenach minimalnych lub powyżej cen minimalnych. Odnotowanym skutkiem rynkowym porozumienia był wzrost cen internetowych, spadek sprzedaży tym kanałem, zakończenie przez producentów dostaw swoich produktów do niektórych sprzedawców internetowych i w efekcie zmniejszenie konkurencji pomiędzy sprzedawcami detalicznymi. Sąd Stanowy Pensylwanii uznał to porozumienie za antykonkurencyjne z następujących powodów:

⁹ Carol M MCDonough v. Toys R Us., Inc., Us, Inc., 638, F. Supp. 2 d 461 2009.

- BRU wymusił na swoich dostawcach (producentach) aby narzucili minimalne RPM swoim odsprzedawcom, by w ten sposób chronić się przed konkurencją ze strony sprzedawców internetowych;
- ceny detaliczne BRU były wyższe od tych, które byłyby gdyby do porozumienia nie doszło;
- kiedy ograniczenie cenowe jest wymuszone działaniem dużego dystrybutora, nie dochodzi do rozwoju usług sprzedażowych i promocji marki produktu lub producenta;
- kiedy producenci wynagradzali BRU za zwiększony pakiet usług świadczonych konsumentom, będące integralną częścią jego modelu biznesowego, ograniczenia w postaci RPM nie były potrzebne;
- interwencja antymonopolowa była konieczna dla podtrzymania niezależności sprzedawców internetowych.

Z wyroku tego wynika, że skutki antykonkurencyjne stosowania na poziomie sprzedaży detalicznej minimalnych cen odsprzedawcy są dość jednoznaczne, gdy inicjatorem ich wprowadzenia za pośrednictwem producentów, jest przedsiębiorstwo handlowe (dystrybutor) zajmujące na rynku właściwym silną pozycję ekonomiczną.

VIII. Teoria szkody w badaniu skutków RPM

Zwolennicy ekonomicznego i efektywnościowego podejścia do oceny porozumień wertykalnych podkreślają, że niezbędne w postępowaniu antymonopolowym jest badanie całego kontekstu ekonomicznego zawartego porozumienia i jego rzeczywistych skutków w odniesieniu do konkurencji i konsumentów. Najlepiej zaś do tego celu, czyli wykazania czy porozumienia danego rodzaju są szkodliwe lub korzystne dla konkurencji i konsumentów nadaje się teoria szkody (*theory of harm*) (Cooper, Froeb, O'Brien i Vita, 2005, s. 63).

Teoria szkody oparta jest na znajdowaniu przeciwnych faktów w stosunku do skutków ocenianego porozumienia. Dla stwierdzenia czy porozumienie ogranicza lub eliminuje konkurencję, konieczne jest wykazanie, co zdarzyłoby się, gdyby porozumienie nie zostało zawarte. Organy antymonopolowe i sądy posługując się teorią szkody winny więc porównać skutki rynkowe ograniczeń wertykalnych poprzez porównanie rynków z ograniczeniami i bez ograniczeń, aby ustalić ich skutki. Innymi słowy, teoria szkody wymaga porównania tego samego rynku przed i po wprowadzeniu wertykalnych ograniczeń lub porównanie tego samego rynku produktowego na różnych obszarach geograficznych lub z innymi rynkami o tych samych właściwo-

ściach. Jest więc dużym uproszczeniem, jeśli uznaje się, że porozumienie jest antykonkurencyjne bez poszukiwania, czy istnieje alternatywa dla porozumienia i nie zbadanie jakie byłyby tego rynkowe skutki. Do stosowania teorii szkody w ramach reguły rozsądku nawiązuje wyraźnie orzeczenie w sprawie *Leegin* w stwierdzeniu, że minimalne ceny odsprzedaży nie powinny być rozpatrywane według reguły *per se illegale* tylko poddane ewaluacji zgodnie z *rule of reason* poprzez porównanie antykonkurencyjnych szkód z prokonkurencyjnymi korzyściami.

Jeśli chodzi o posługiwanie się teorią szkody w unijnym prawie konkurencji to trzeba w tym przedmiocie wyraźnie zaznaczyć, że szkoda konsumentów nie jest zawsze warunkiem pociągania do odpowiedzialności przedsiębiorstw w ramach unijnego prawa konkurencji. Wymóg ten wywodzący się z przyjęcia dobrobytu konsumentów jako jedyne go celu stosowania prawa antytrustowego jest jedną z istotnych występujących różnic pomiędzy orzecznictwem sądów amerykańskich a zwłaszcza SN U.S. a orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Sidak, 2008, s. 279).

IX. Stanowisko amerykańskich organów antymonopolowych w sprawie oceny minimalnych RPM

Jak wspomniano wyżej SN U.S. w wyroku *Leegin* nie uporządkował jakie czynniki są decydujące, że minimalne RPM mogą być prokonkurencyjne. Najważniejsze jednak dla orzecznictwa i polityki konkurencji pozostaje stwierdzenie, że nie można tego wykluczyć. Prokonkurencyjne i antykonkurencyjne skutki strony takiego postępowania muszą zatem wykazać. Ważne tym samym staje się opracowanie ram analizy dla wykazania ograniczeń (strona powodowa) lub skutków pozytywnych dla konkurencji i konsumentów minimalnych PRM (strona pozwana). SN w swym orzeczeniu zasugerował, że sądy niższej instancji powinny rozwinąć jasny i efektywny test dla określenia, które ograniczenia są antykonkurencyjne.

Pierwszą taką próbę wypracowania użytecznego testu podjęły jednak nie sądy, tylko rządowy organ antymonopolowy – *Federal Trade Commission* (FTC) i to znacznie wcześniej, bo już w 2002 r. Nastąpiło to w związku ze wszczęciem postępowania w sprawie *PolyGram Holding, Inc.*¹⁰ FTC wszczęła postępowanie przeciwko kilku dystrybutorom muzycznym, którym zarzucono, że ograniczają konkurencję cenową poprzez przyjęcie „muratorium reklamowego” przy sprzedaży niektórych albumów muzycznych. FTC, optując za

¹⁰ *PolyGram Holding, Inc. v. FTC*, 416 F. 3d 29 (D.C. Cir 2005).

uproszczoną analizą *rule of reason*, podkreśliła w swoim stanowisku, że powód może uniknąć pełnej analizy wg reguły rozsądku, włączając w to powoływanie się i dowiedzenie siły rynkowej oskarżonego przedsiębiorstwa, jeśli wynika, że analizowane zachowanie jest z „natury podejrzane”. A jest „podejrzane” wtedy, gdy zachodzi duże prawdopodobieństwo, iż prowadzi ono do ograniczenia konkurencji. Rozwijając swoje stanowisko FTC wyjaśniła, że:

- jeśli powód wykaże, że ograniczenie prawdopodobnie zakłóca konkurencję, to takie ograniczenie jest zakazane, chyba że oskarżony dostarczy pewnych i wiarygodnych informacji oraz prawnie właściwego usprawiedliwienia dla tego ograniczenia;
- jeśli oskarżony przedstawi zadowalające prokonkurencyjne uzasadnienie, wówczas powód, bez potrzeby wykonania pełnej analizy rynkowej, musi wykazać bardziej szczegółowo, że ograniczenia w rzeczywistości z dużym prawdopodobieństwem szkodzą konkurencji. W zależności od rodzaju ograniczenia i okoliczności sprawy, zestaw informacji musi zawierać minimalny wykaz zidentyfikowanych w oparciu o dostępne teorie, negatywne skutki i przekonać, że skutki te w praktyce są antykonkurencyjne;
- w następnym etapie oskarżony winien przedstawić dowody, które albo obalą argumenty powoda lub wzmocnią jego wcześniejsze uzasadnienie.

Stosując powyższą metodologię analizy FTC uznała, że „moratorium reklamowe” było antykonkurencyjne a oskarżeni nie dostarczyli przekonujących pod względem prawnym wyjaśnień. W odwołaniu sąd obwodowy stwierdził, że metodologia analizy ograniczeń nie była jednak całkiem adekwatna. Podtrzymując kolejność ustalonej przez FTC metody dodał, że na podstawie literatury ekonomicznej i funkcjonowania rynku jest bowiem oczywiste, że ograniczenie handlowe w praktyce szkodzi konkurencji, w związku z czym przyjmuje się je jako antykonkurencyjne i tym samym jako bezprawne. Chcąc obalić to założenie oskarżony musi więc pokazać racjonalny powód, dlaczego takie ograniczenie w handlu nie wyrządza szkody konsumentów albo przedstawić prokonkurencyjne efekty, które rekompensują ujawniające się lub możliwe szkody¹¹.

Po ukazaniu się tego orzeczenia sprawami minimalnych cen odsprzedaży zajęło się kilka wpływowych instytucji, łącznie z *American Antitrust Institute* oraz większość stanowych prokuratorów generalnych, opowiadających się, za zasadami analizy przedstawionymi w *PolyGram Holding*, w ramach której minimalne RPM będą osądzone jako „z natury podejrzane” (Moore, 2011, s. 312).

Zamieszanie co do takiego stanowiska nastąpiło po ukazaniu się wyroku *Leegin* i kontrowersji wokół petycji złożonej przez *Nine West Group Inc.*,

¹¹ Tamże.

(*Nine West*) do FTC w celu zmodyfikowania wydanego przez ten organ postanowienia (*Consent Order*) z 2000 r., w którym przedsiębiorstwo to zobowiązało się nie wyznaczać sztywnych cen odsprzedaży swoim sprzedawcom detalicznym. *Nine West* jest jedną z większych amerykańskich firm obuwia damskiego. Posiadając przewagę kontraktową, narzuciła swoim dilerom oraz zmusiła innych sprzedawców detalicznych do stosowania sztywnych cen detalicznych na swoje obuwie. Wyzaczyła też okresy, kiedy sprzedawcy obuwia mogą prowadzić promocje po niższych cenach.

Na podstawie orzeczenia *Leegin*, *Nine West* w październiku 2007 złożyła prośbę o zmodyfikowanie przyjętych postanowień w wydanym zarządzeniu w części dotyczącej zakazu stosowania sztywnych RPM. FTC w decyzji z 6 maja 2008 r. uwzględniła w dużej części petycję i pozwoliła na stosowanie przez *Nine West* sztywnych cen odsprzedaży.

Przeciwko modyfikacji federalnego zarządzenia i dopuszczalności zamieszczania w umowach wertykalnych minimalnych RPM wystąpiło jednak zdecydowanie 27 stanowych Prokuratorów Generalnych. Wnioskowali oni o odrzucenie petycji *Nine West*. Stany argumentowały, że SN w wyroku *Leegin* nie przesądził, że minimalne PRM są *per se legal*. W opinii prokuratorów SN tylko podniósł, że powinny być one przedmiotem analizy *rule of reason*. Ich zdaniem, odpowiedni test dla minimalnych RPM przedstawił sąd obwodowy w 2005 r. przy rozpatrywaniu sprawy, *PolyGram Holding*, że jeśli szkoda konsumentów jest oczywista, to w takim przypadku ograniczenie jest z „natury podejrzane”. W przypadku *Nine West* jak, przekonywały stany, skoro obciążenia konsumentów wyniosły ponad 45 mln dolarów, to czyni to sztywne RPM jako wyrządzające szkody konsumentom. A zatem, według stanów, *Nine West* powinna dlatego dowieść, że dzięki tym cenom sprzedawcy detaliczni dostarczają konsumentom faktycznie zwiększone wartości lub dodatkowe usługi. Przy czym różnica pomiędzy wzrostem popytu wywołanego tymi zwiększonymi wartościami lub usługami a spadkiem popytu spowodowanego wyższymi cenami, które są skutkiem ustalenia sztywnych RPM, powinna być dodatnia. Ale nawet gdyby *Nine West* pokazała takie efekty, to zdaniem protestujących prokuratorów, FTC powinna jeszcze rozważyć, czy istnieje mniej restrykcyjna alternatywa, która pozwala na osiągnięcie tych samych celów (Myers, 2008, s. 2).

FTC wzięła pod uwagę argumentacje stanów podkreślając, że wyrok *Leegin* może być odbierany jako sugerujący możliwość przeprowadzenia uproszczonej analizy *rule of reason*, jak to miało miejsce w sprawie *PolyGram Holding*. Przechodząc do stanowiska stanów FTC stwierdziła, że istnieją dwie metody poprzez które *Nine West* może wykazać, że użycie RPM nie będzie szkodliwe dla konkurencji (Moore, 2011, s. 312–313):

- wykaże brak siły rynkowej stron porozumienia;
- wykaże, że minimalne RPM są wynikiem inicjatywy producenta a nie sprzedawców detalicznych.

Ponieważ żadna ze stron nie miała siły rynkowej na rynku sprzedaży obu-wia damskiego (*Nine West* posiadała udział 15%), ani sprzedawcy detaliczni nie byli inicjatorami wprowadzenia minimalnych RPM, FTC częściowo, jak już o tym wspomniano, uwzględniła petycję. Narzuciła jednak dodatkowe warunki. *Nine West* musi przedstawiać okresowe raporty dotyczące stosowania sztywnych RPM, które pozwolą FTC zanalizować wpływ tego porozumienia cenowego na realną konkurencję¹². W komentarzach decyzji zwrócono uwagę, że zgoda FTC była podyktowana tym, że rynek na którym działa *Nine West* jest rynkiem, na którym w kontekście wyroku *Leegin* minimalne RPM są dopuszczalne (Mulin 2008).

W październiku 2009 r. alternatywny standard *rule of reason* dotyczący minimalnych RPM w związku z wyrokiem *Leegin* przedstawił także amerykański Departament Sprawiedliwości (DOJ). DOJ zaproponował, że RPM mogą przypuszczalnie być bezprawne, jeśli powód wykaże *prima facie*, że pewne zasadnicze warunki są takie, że istnieje duże prawdopodobieństwo, iż porozumienie w zakresie RPM pociągnie za sobą pojawienie się antykonkurencyjnych skutków. Podejście DOJ koncentruje się na czterech okolicznościach zidentyfikowanych w wyroku *Leegin*, w których zawarty jest największy antykonkurencyjny potencjał. Pierwsza i druga związane są z wiodącą rolą producenta w stosowaniu minimalnych RPM, natomiast trzecia i czwarta z wiodącą rolą dominującego dystrybutora.

Pierwszą okoliczność, gdy inicjatorem porozumienia typu minimalne RPM jest firma produkcyjna, stanowi związek RPM z działalnością kartelową. Gdy zachodzi taki związek, wówczas sąd może uznać, iż mają one charakter antykonkurencyjny, jeśli minimalne RPM wymuszone przez firmę produkcyjną ułatwiają porozumienie, które staje się narzędziem, dzięki któremu członkowie kartelu mogą kontrolować przestrzeganie przyjętych ustaleń (Varney, 2009). W ramach takiej sytuacji wymagane jest, aby powód przedstawił trzy elementy:

- wielkość sprzedaży rynkowej objętej porozumieniem RPM;
- czy warunki strukturalne są sprzyjające dla współpracy cenowej;
- czy RPM pomaga odkrywać oszustwa, czyli, czy jest narzędziem kontroli członków kartelu.

¹² In the Matter of *Nine West Group Inc.* no C-3937, F.T.C. Order Granting In Part Petition to Reopen and Modify Order Issued, April 11, 2008, May 6, 2008, <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/case/2008/05> (dostęp 18.11.2014.)

Druga okoliczność związana z zachowaniem producenta dotyczy efektu wykluczenia. Obejmuje to sytuację, w której skutkiem zachowania producenta polegającego na narzuceniu minimalnych RPM jest rynkowe wykluczenie konkurenta. Może do tego dojść, gdy RPM gwarantują sprzedawcom detalicznym na tyle duże marże zysku, że zniechęcają ich, aby zająć się sprzedażą produktów firm konkurencyjnych, a zwłaszcza nowych graczy. W takim scenariuszu powód musi wskazać, że:

- producent ma pozycję dominującą;
- wprowadzone minimalne RPM producenta pokrywają istotną część rynku, na którym sprzedawane są jego produkty;
- RPM mają istotny wykluczający skutek, uderzający w aktualnych rywali;
- skutek antykonkurencyjny nie jest tylko teoretyczny.

Okoliczność trzecia i czwarta związana jest z kolei z sytuacją, gdy inicjatorem RPM jest firma handlowa, czyli dominujący w układzie wertykalnym sprzedawca detaliczny. W takich to okolicznościach, gdy inicjatorem porozumienia typu RPM jest sprzedawca detaliczny, mogą one generować zarówno efekty wykluczenia jak i skutki prokartelowe.

W kręgu trzeciej okoliczności znajduje się możliwość wykluczenia detalisty (*retailer exclusion*) tj. konkurenta lub konkurentów inicjatora RPM. W sytuacji zajścia takiej okoliczności, zbadać należy, czy wiodący sprzedawca detaliczny lub grupa takich sprzedawców, posiadając siłę rynkową wymuszają na znaczących producentach, by wprowadzili minimalne RPM i w ten sposób utrudnili konkurencję rabatową lub sprzedaż internetową. W takim scenariuszu DOJ podpowiada sądom, że powód obciążając oskarżonego powinien ustalić następujące trzy fakty (Varney 2009):

- sprzedawcy detaliczni uczestniczący w porozumieniu mają wystarczającą siłę rynkową;
- narzucone przez detalistów RPM pokrywają istotną część rynku;
- RPM mają znaczący, wykluczający skutek, który dotyka aktualnych rywali.

Czwartą okoliczność, gdy rolę główną co do minimalnych RPM odgrywa sprzedawca detaliczny stanowi sytuacja, kiedy działający w porozumieniu sprzedawcy detaliczni zmuszają producentów do stosowania minimalnych RPM w celu utworzenia i kontrolowania przez wymuszających kartelu detalistów. Ta czwarta okoliczność, na którą wskazuje DOJ, potencjalnie jest najmocniej antykonkurencyjna w skutkach, ułatwia bowiem funkcjonowanie kartelu. W takim przypadku wg DOJ powód odwołując się do teorii kartelu powinien wykazać, że (Varney, 2009):

- RPM są stosowane w szerokim zakresie (pokrywają co najmniej w 50% sprzedaży rynkowej);

- RPM zostały wymuszone przez detalistę (nie tylko za pomocą perswazji);
- porozumienie detalistów nie może zostać udaremnione przez producentów (np. poprzez pozyskanie nowych sprzedawców).

W podsumowaniu Biuro Prokuratora Generalnego oświadczyło, że celem zaprezentowanych standardów oceny minimalnych RPM jest wsparcie praktyki sądowej w rozwoju prawa federalnego zgodnego z wyrokiem *Leegin*. Wyrokiem tym SN bowiem, jak odczytują to interpretatorzy, zaprosił sądy niższej instancji do ustalenia struktury prawnej sporów sądowych tego typu, w celu zapewnienia, że stosowanie *rule of reason* pozwoli eliminować z rynku antykonkurencyjne ograniczenia i dostarczyć odpowiednich wytycznych dla biznesu (Moore, 2011, s. 316).

X. Sytuacja po wyroku w sprawie *Leegin*

Wydawało się, że po wyroku *Leegin* minimalne ceny odsprzedaży przestaną być przynajmniej w Stanach Zjednoczonych traktowane ze względu na cel antykonkurencyjny jako *per se illegal*. W Stanach Zjednoczonych oprócz federalnego prawa antytrustowego obowiązują jednak również regulacje stanowe. I właśnie to stany, które mają własne prawo antytrustowe, na czele z takimi stanami jak New York, New Jersey, Kalifornia czy Michigan, wbrew stanowisku sądów federalnych i organów rządowych stoją na straży zakazu stosowania minimalnych RPM w porozumieniach wertykalnych. I tak np. stan Maryland w 2009 r. w na przekór wyroku SN dokonał nowelizacji prawa antymonopolowego, w którym zakazał ustalania minimalnych cen odsprzedaży na rynku detalicznym i hurtowym. Minimalne RPM są nielegalne, niezależnie od ich wpływu na konkurencję lub czy sprzedawca ma duży albo mały udział w rynku. Z kolei stan Kansas w 2012 r. stwierdził wprost, iż ceny odsprzedaży w porozumieniach wertykalnych są *per se illegal* i odrzucił zastosowanie reguły rozsądku do analizy cen minimalnych odsprzedaży do prawa stanowego. Tym samym wymienione stany stały się kolejnymi z 37 stanów, które formalnie stoją w opozycji do rozstrzygnięcia zapadłego w wyroku *Leegin*. Innym przykładem odrzucenia rekomendacji płynących z wyroku *Leegin* jest stanowisko Stanu Nowy Jork. Prokurator Generalny Stanu Nowy Jork a następnie Sąd Okręgowy dla Nowego Jorku uznali w 2008, po pięcioletnim okresie prowadzenia postępowania, dokonując ewaluacji zgodnie z *regulę per se illegal*, że firma *Herman Miller*, sprzedawca ergonomicznych foteli biurowych naruszył prawo federalne i stanowe poprzez wprowadzenie do kanałów dystrybucji minimalne RPM, które w skutkach podniosły ceny dla konsumentów.

Poza Stanami Zjednoczonymi, również wszystkie inne państwa w świecie jak np. Kanada, Australia, Chiny, Japonia, Korea, trwają przy stosowaniu standardu *per se prohibition* w zakresie minimalnych RPM. Minimalne RPM są traktowane jako nielegalne także w państwach Europejskich. W Niemczech, Francji, Danii, Wielkiej Brytanii, Chorwacji, Grecji, Austrii, Serbii, Polsce, itd., ceny minimalne są nielegalne *per se*, ponieważ ograniczając konkurencję na rynku detalicznym powodują wzrost cen, w związku z czym żadne dodatkowe wskazywanie pozytywnych skutków rynkowych nie jest potrzebne.

W Wielkiej Brytanii od 1997 r. stosowanie minimalnych cen odsprzedaży jest dozwolone tylko na rynku sprzedaży książek. Jak utrzymuje organ antymonopolowy tego kraju (*Office of Fair Trading*) jest mało bowiem dowodów na korzyści płynące z RPM, a ponadto biznes nie naciska na zmiany oceny stosowania wertykalnych RPM (Jung, 2012). To samo w obu przypadkach można odnieść również do stanowiska polskiego organu antymonopolowego i zachowania biznesu polskiego, który nie dostarcza dowodów wskazujących na pozytywne skutki minimalnych RPM, czy to po stronie konsumentów czy efektywności ekonomicznej.

XI. RPM w polityce konkurencji Unii Europejskiej

Sztynne stanowisko państw członkowskich jest pochodną twardego stanowiska Komisji Europejskiej. Komisja w sprawie minimalnych RPM nie zmienia swojego podejścia wypracowanego w latach 70. i 80 XX w. Zgodnie z ówczesnym orzecznictwem, minimalne RPM są bezwzględnie sprzeczne z art. 101 ust. 1 TFUE ze względu na ich antykonkurencyjny cel. Bagatelizowana jest w tym podejściu coraz liczniejsza literatura ekonomiczna wyjaśniająca, że konkurencja wewnątrzmarkowa na poziomie sprzedaży detalicznej ani nie jest wymagana, ani nie podnosi dobrobytu konsumentów (Gulati, 2012, s. 131).

Formalnie, wg unijnego prawa antymonopolowego, minimalne RPM mogą być wyłączone spod zakazu art. 101 ust. 1 TFUE, na podstawie jego ustępu 3, jeśli kumulatywnie spełnione są cztery warunki porozumienia:

- musi przyczyniać się do udoskonalenia produkcji lub dystrybucji produktów albo popierania technicznego lub ekonomicznego postępu;
- pozwalać konsumentom na uczciwy udział w wynikających z tego korzyściach;
- nie nakładać na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- nie dawać przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

W celu stworzenia jasnej sytuacji prawnej, jak aktualnie należy rozumieć postanowienia art. 101 ust. 3 TFUE, Komisja wydaje stosowne rozporządzenia do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, czyli tzw. rozporządzenie o wyłączeniach grupowych oraz wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, w których szeroko wyjaśnia swoje stanowisko, jakie ograniczenia wertykalne są bezprawne a kiedy zakaz ustanowiony w art. 101 ust. 1 TFUE nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych.

Komisja, wydając w 2010 r. nowe Rozporządzeniu nr 330/2010 w sprawie wyłączeń grupowych¹³ oraz wytyczne do tego rozporządzenia¹⁴, nie zmieniła jednak swojego stanowiska co do oceny minimalnych cen odsprzedaży jako twardych ograniczeń, przyjętego w poprzednich dekadach. W nowym rozporządzeniu Komisja zadekretowała pięć porozumień wertykalnych, które są bezwzględnie zakazane w świetle unijnego prawa konkurencji. W pierwszej kolejności zgodnie z art. 4 rozporządzenia 330/210 nie będą podlegać wyłączeniu spod zakazu art. 101 ust.1 TFUE na podstawie art. 101. ust. 3 wertykalne porozumienia cenowe w postaci sztywnych lub minimalnych, cen odsprzedaży, jeśli są wynikiem zachęt lub presji którejkolwiek ze stron porozumienia. Dostawcy mogą natomiast narzucać nabywcom maksymalne ceny odsprzedaży lub rekomendowane ceny odsprzedaży. Drugie najpoważniejsze ograniczenie dotyczy ograniczeń w sprawie terytorium lub kręgu klientów na których nabywca dystrybutor może sprzedawać swoje produkty. Trzecie i czwarte dotyczą dystrybucji selektywnej, tj. nie można ograniczyć dystrybutorów w zakresie wyboru nabywców końcowych, którym mogą sprzedawać produkty, zwłaszcza kanałem on-line oraz ograniczyć im możliwość sprzedaży i zakupu produktów od dystrybutorów ramach tej samej sieci. Piąte najważniejsze ograniczenie dotyczy sprzedaży części zamiennych. Porozumienie pomiędzy producentem części a nabywcą, który je wmontowuje do własnych produktów, nie może uniemożliwiać ani ograniczać producenta tych części w sprzedaży ich użytkownikom końcowym, niezależnym warsztatom naprawczym ani usługodawcom.

Pozostałe porozumienia wertykalne są wyłączone spod zakazu, jeśli spełniają podane rozporządzeniu 330/210 wymagania. Pierwszy z wymogów przyjmuje, że porozumienie nie może zawierać żadnego z najpoważniejszych ograniczeń określonych w rozporządzeniu. Drugi wymóg dotyczy progu udziału w rynku. Zwolnienie ma zastosowania, jeżeli udział w rynku

¹³ Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 330/210 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. UE 23.4.2010, L 102/1. Rozporządzenie to utraci moc 31 maja 2022 r

¹⁴ Wytyczne Komisji (UE) w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz. Urz. UE z 19.5 2010, C 130/1.

właściwym dostawcy lub nabywcy nie przekracza 30%. Podstawą wyłączeń porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień są argumenty ekonomiczne, przedstawione w wyjaśnieniach do rozporządzenia o wyłączeniach grupowych. Wyjaśnienia te uzasadniają jednocześnie dlaczego pięć porozumień wertykalnych w dalszym w ciągu naruszają unijny zakaz porozumień.

W oficjalnych dokumentach UE minimalne PRM traktowane są wciąż jako *hard core restrictions*. O ile można zgodzić się co do traktowania pozostałych czterech ograniczeń jako antykonkurencyjnych, to niewątpliwie takie dogmatyczne podejście do minimalnych cen odsprzedaży i to na taki długi okres, bo do 2022 r., hamuje proces ekonomizacji unijnego prawa konkurencji świetle rozwoju literatury ekonomicznej i zarządzania biznesem, zachodzących zmian w obszarze metod budowania i analizy modeli oraz czynników konkurencji a także postępujących zmian w zakresie preferencji i zachowań konsumentów.

Czego więc broni Komisja? Jeśli pominiemy cel budowania wewnętrznego rynku poprzez przeciwdziałanie działaniom, które utrudniają handel pomiędzy państwami członkowskimi, to gdy chodzi o cel prawa konkurencji sensu stricto, w przypadku ograniczeń wertykalnych celem jest cenowa konkurencja wewnątrzmarkowa oraz wolność ekonomiczna słabszej strony porozumienia, czyli dystrybutora. Na drugi plan schodzi natomiast kryterium rozpatrywania minimalnych cen odsprzedaży w porozumieniach wertykalnych od strony efektywności. Co prawda w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych Komisja w kilku miejscach łączy minimalne ceny odsprzedaży z efektywnością, ale jest to podejście dość ostrożnościowe. Ze względów ekonomicznych spod zakazu art. 101. ust. 1 TFUE wyłączone zostały definitywnie umowy agencyjne. W umowach agencyjnych sztywne ceny odsprzedaży są dopuszczalne, ponieważ agent i pryncypał (producent, ubezpieczyciel, bank) są integralną częścią tego samego biznesu, działają pod tą samą marką handlową. Tylko gdy agent jest niezależny pośrednio, musi mieć prawo do własnego stanowienia cen detalicznych. Agent jest traktowany jako uzupełnienie głównej aktywności ekonomicznej prowadzonej przez dostawcę produktu lub usługi, w związku z czym taka współpraca wymaga ściślejszego zintegrowania niż relacje wynikające z umowy dystrybucyjnej. Tym samym związki pomiędzy dostawcą (pryncypałem) a agentem można podciągnąć pod koncepcję jednego organizmu gospodarczego. Umowy agencyjne zawierają restrykcyjne postanowienia ograniczające wolność ekonomiczną agenta poprzez reprezentowanie wyłącznie swojego pryncypała, obowiązują go sztywne ceny odsprzedaży, wyłączność terytorialna i zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej ramach działającej sieci. W zamian, zwykle agent zwolniony jest od ryzyka związanego z biznesem, w którym uczestniczy.

Drugą umowę dystrybucji o daleko idącej integracji pionowej pomiędzy producentem i sprzedawcami detalicznym stanowi porozumienie franchisingowe. Tutaj również franczyzobiorca prowadzi sprzedaż według modelu biznesowego i planu marketingowego ustalonego całkowicie przez franczyzodawcę, czyli właściciela koncepcji franczyzy. Przekazanie modelu biznesowego następuje poprzez transfer licencji, praw własności intelektualnej – najczęściej odpłatnie – do franczyzobiorcy, odnoszących się w szczególności do marki i do logo oraz koncepcji handlu.

Również w tym systemie sprzedaży franczyzobiorca prowadzi funkcje uzupełniające w stosunku do działalności producenta lub usługodawcy. Franczyza tworzy jednolity system handlu, który zwiększa efektywność ekonomiczną całego biznesu tj. zarówno w sferze produkcji, jak i dystrybucji. Istniejący silny związek prawny i ekonomiczny zachodzący pomiędzy stronami umowy franchisingowej oraz silna integracja w ramach tego samego biznesu, może być również podstawą do kwalifikacji tego typu związku przedsiębiorców jako jednego organizmu gospodarczego. Ten czynnik oraz wzrost efektywności ekonomicznej powinny więc przemawiać za wyłączeniem dystrybucji franchisingowej spod zakazu porozumienia przedsiębiorstw we wszystkich obszarach współpracy objętych umową. Komisja jednak, podobnie jak polski UOKiK, w swoim rozporządzeniu, a zwłaszcza w swoich wytycznych w sprawie porozumień wertykalnych stoi dalej na stanowisku, że klauzule ustanawiające sztywne lub minimalne ceny odsprzedaży są twardymi ograniczeniami konkurencji i stosuje do nich prostą regułę prawną *per se illegal* pomimo, że inne ograniczenia występujące w dystrybucji franczyzowej eliminujące konkurencję wewnątrzmarkową niecenową zostały uznane jako spełniające warunki wyłączenia, czyli jako proefektywnościowe z punktu widzenia dobrobytu konsumenta. Poza tymi czynnikami trzeba również wskazać na aspekty związane z wymogami efektywnego zarządzania biznesem jak to, że ceny odsprzedaży w umowach franchisingowych są ważnym instrumentem pozycjonowania produktu i usługi na rynku oraz budowania przewagi konkurencyjnej za pomocą marki i czynnika wyróżniania. Franchising bowiem najczęściej jest stosowany właśnie tam gdzie toczy się silna konkurencja międzymarkowa, zaś marka staje się silnym wyróżnikiem rynkowym produktu lub firmy. Tymczasem, zdaniem Komisji, sztywne ceny odsprzedaży mogą być niezbędne do organizacji systemu franchisingowego lub podobnego systemu dystrybucyjnego wykorzystującego jednolity model dystrybucji tylko do krótkookresowej kampanii niskiej ceny, od 2 do 6 tygodni, czyli w początkowej fazie rozwoju przedsiębiorstwa lub produktu¹⁵.

¹⁵ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych..., op.cit., par. 225.

Komisji dostrzega wprawdzie, że RPM (maksymalne) pozwalają uniknąć podwójnej marży oraz, że większa marża osiągnięta dzięki minimalnym lub sztywnym RPM może umożliwić detalistom świadczyć dodatkowe usługi przedsprzedażne, szczególnie w przypadku produktów o których jakości można przekonać się dopiero w procesie ich użytkowania. Dostrzega także zalety minimalnych RPM w zwalczaniu zjawiska „jazdy na gapę” (*free riding*). Tylko, że chcąc uzyskać wyłączenie spod zakazu art. 101 ust. 1 TFUE powołując się na te efekty strony muszą wykazać, że wszystkie warunki wyłączenia zawarte w art. 101 ust. 3 TFUE są spełnione, a to przy negatywnym nastawieniu Komisji do minimalnych RPM jest mało realne. W ramach tego wykazania strony muszą przekonywująco udowodnić, że RPM mogą zapewniać nie tylko środki, ale także zachętę do przezwyciężenia ewentualnych problemów związanych z niewłaściwą działalnością rynkową prowadzoną między detalistami w odniesieniu do tych usług, oraz że usługi przedsprzedażne w sumie przynoszą korzyści konsumentom

I chociaż według sądów unijnych na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE można bronić wszystkich typów ograniczeń art. 101 ust. 1¹⁶, Komisja jednak jest sceptyczna aby taka obrona mogła objąć minimalne ceny odsprzedaży. Według niej, jest mało prawdopodobne, żeby sztywne lub minimalne RPM spełniały warunki wyłączenia, jeśli uważa się je za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji. Sytuacja taka rodzi bowiem domniemanie, że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3 TFUE, i z tego tytułu nie ma zastosowanie wyłączenie grupowe. Przedsiębiorcy wprawdzie mogą jeszcze ubiegać się o wyłączenie spod zakazu w trybie indywidualnego wniosku, powołując się na wzrost efektywności o której mówi art. 101 ust.3, jednakże sceptycyzm Komisji do wydania takiej decyzji wyrażony w par. 223 wytycznych jest niezmienny. Wynika on ze stwierdzenia, że wówczas Komisja będzie musiała dokonać rzeczywistej oceny prawdopodobnych negatywnych skutków dla konkurencji i konsumentów zanim stwierdzi, czy spełnione są warunki określone w art. 101 ust. 3¹⁷. Czyli pomimo udowodnienia pozytywnych skutków minimalnych RPM, ważniejsze dla Komisji pozostają i tak skutki negatywne. A te w świetle zarządzenia 330/210 i wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, w przypadku minimalnych RPM zawsze przeważają nad skutkami pozytywnymi.

¹⁶ Wyrok SPI z 15 lipca 1994 r. T-17/93 *Matra Hachette v. Commission*, Zb. Orz. 1994, II-00595.

¹⁷ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych..., op. cit., par. 223.

XII. Zakończenie

Argumenty ekonomiczne wskazują, że minimalne RPM nie muszą mieć charakteru antykonkurencyjnego i w prawie konkurencji nie powinny być niezmiennie traktowane jako nielegalne. Ekonomizacja prawa konkurencji dokonała w tym zakresie na przestrzeni ostatnich dwóch dekad zasadniczej weryfikacji oceny porozumień wertykalnych. Ostatnia gra liberalizacyjna toczy się o minimalne i sztywne RPM. Jak dotychczas podejście legalistyczne blokuje podejście bardziej pragmatyczne, które zawiera reguła rozsądku. Nawet pojawienie się wyroku *Leegin*, jak wynika to z niniejszego opracowania, nie spowodowało przełomu co do oparcia ich ewaluacji na ekonomicznych czynnikach, tj. zbadania rzeczywistego wymiaru i rodzaju konkurencji oraz zważenia rzeczywistych pozytywnych i negatywnych skutków rynkowych z punktu widzenia strat i korzyści dla konsumentów.

W obszarze ekonomizacji prawa konkurencji w odniesieniu do minimalnych RPM istnieje poza tym zasadnicza różnica pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską w poszukiwaniu odpowiedniej metodologii do badania minimalnych RPM. W Stanach Zjednoczonych trwają intensywne poszukiwania właściwych i efektywnych standardów aplikacyjnych do oceny minimalnych RPM. W Unii Europejskiej postanowienia zawarte w rozporządzeniu Komisji 330/210 w zasadzie wykluczają do 2022 r. jakiegokolwiek zmiany w podejściu do oceny minimalnych RPM. Możliwość bowiem skorzystania z derogacji na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE stanowi mało efektywną konstrukcję prawną a ponadto jak wskazano, przedsięwzięcie to z góry skazane jest na niepowodzenie. Z wyjaśnień Komisji bowiem wynika, że nie będzie ona skłonna do odstępstw od kwalifikowania minimalnych i sztywnych RPM do najpoważniejszych praktyk ograniczających konkurencję. Ta linia, że minimalne RPM są zazwyczaj związane z poważnymi antykonkurencyjnymi skutkami nie odpowiada jednak dłużej rzeczywistym faktom, chociaż regulatorzy powinni gwarantować, że standardy prawne powinny nadążać za wymogami i zmianami praktyki gospodarczej oraz zmieniającymi się wartościami wchodzącymi w skład dobrobytu konsumenta¹⁸. Nauki ekonomiczne i badania ekonomiczne nie wykluczają, że minimalne RPM mogą generować negatywne skutki w funkcjonowaniu efektywnej konkurencji i w dobrobycie konsumentów, ale jak wskazują to

¹⁸ Linia, że minimalne RPM są zazwyczaj związane z poważnymi antykonkurencyjnymi skutkami nie odpowiada dłużej rzeczywistym faktom, regulatorzy zaś powinni gwarantować, że ich polityka jest współmierna z obowiązującym standardem prawnym (Font-Galarza, Maier-Rigaud i Figueroa, 2013, s. 11).

również przedstawione rozważania, takiej oceny nie można przyjmować *ex ante*, ograniczając się wyłącznie do analizy prawnej bez przeprowadzenia rzetelnej analizy ekonomicznej. Niewątpliwie zatem, metody i scenariusze amerykańskich organów antymonopolowych oceny minimalnych RPM, które zostały przedstawione, powinny zostać przeniesione także na grunt praktyki analizy antymonopolowej w krajach członkowskich UE, w tym w Polsce oraz Komisji Europejskiej.

Bibliografia

- Bork, R. (1966). Price Fixing and market Division. Part II. *Yale Law Journal*.
- Carrier, M.A., (2009). The Rule Of Reason: An Empirical Update For 21st Century, *Geo. Mason L. Rev.* t. 16. vol. 4.
- Comanor, W.S. (1990). The Two Economics of Vertical Restraints, *Review of Industrial Organization*, vol. 5, no 2.
- Comanor, W.S. (2012). The Law and Economics of Resale Price Maintenance, RPM seminar – University College London, 13 November. https://www.ucl.ac.uk/cles/research_initiatives/gcl-economic/rpm-presentation-comanor.
- Cooper, J., Froeb, L., Brien, D.O. i Vita M. (2005). Vertical Restrictions and Antitrust Policy: What About the Evidence *Competition Policy International*, vol. 1. no 2.
- Font-Galarza A., Maier-Rigaud F.P. i Figueroa P. (2013). RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective, *CPI Antitrust Chronicle*, November (1).
- Gulati, B. (2012). Minimum Resale Price Maintenance Agreements- and the Dilemma Continues, *The Competition Law Review*, vol. 2, July.
- Harbord, D. i von der Fehr N-H. The Law of Vertical Restraints: An Overview, s. 22, <http://www.market-analysis.co.uk>.
- Jung, N., RPM – some observations from an enforcement perspective, RPM seminar – University College London 13 November https://www.ucl.ac.uk/cles/research_initiatives/gcl-economic/rpm-presentation-jung.
- Lafontaine, F. i Slade, M. (2005). Exclusive Contract and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy, *Journal of Economic Literature*, nr L.42, L81, http://econ.sites.olt.ubc.ca/files/2013/05/pdf_paper_margaret-slade-exclusivecontracts-verticalrestraints.pdf.
- Levenstein, MC. i Suslow V.Y. (2014). How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork's The Antitrust Paradox, *The Journal of Law & Economics*, vol. 57.
- Moore, J.A. (2011). Resale Price Maintenance After Leegin: Why Treating Vertical Price-Fixing As „Inherentny Suspect” Is the Only Viable Alternative to the Traditionale Rule of Reason, *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 36.

- Mulin, Sh. (2008). FTC Grants Petition To Permit Resale Price Maintenance, *Antitrust law Blog. Current Antitrust News&Regulatory Developments*, June 9, <http://www.antitrustlawblog.com/2008/06articles/ftc>.
- Myers, E. (2008). Recent Competition Advocacy by State Attorneys General, *NAAGazette*, March 18, <http://www.naag.org/recent-copmpetition-advocasy-bystate-attorneys-general.php>.
- Sidak, J.G. (2008). Abolishing The Price Squeeze As A Theory Of Antitrust Liability, *Journal of Competition Law and Economics*, Nr 4.
- Varney, Ch.A. (2009). Assistant Attorney Gen. Antitrust Div., U.S. Dept of Justice, Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation, Remarks as Prepared for the Nat'l Ass'n of Attorney Gen., October 7, <http://www.justice.gov/atr/public-speeches/250635.pdf>.2012.

**Przesłanki i warunki wykorzystywania
metod ilościowych w ochronie konkurencji**

Łukasz Ziarko*

Możliwość zastosowania narzędzi eksploracji danych do wykrywania praktyk naruszających konkurencję

Spis treści:

- I. Wstęp
- II. Eksploracja danych w praktyce antymonopolowej – koncepcja zastosowania
 - 1. Grupowanie podobnych obserwacji
 - 2. Weryfikacja prawdziwości danych liczbowych
 - 3. Kwantyfikacja procesu decyzyjnego
 - 4. Analiza relacji między obserwacjami
- III. Wnioski

Streszczenie

Opracowanie przedstawia koncepcje i przykłady zastosowania metod eksploracji danych w wykrywaniu praktyk naruszających konkurencję. Omówiono możliwości zastosowania czterech podstawowych metod eksploracji danych: analizy skupień w segmentacji rynku i grupowaniu umów, zastosowanie drzew dyskryminacyjnych do obrazowania procesu decyzyjnego przedsiębiorcy, koncepcja implementacji narzędzi analizy asocjacji do wykrywania zmów przetargowych oraz metoda weryfikacji autentyczności danych, bazująca na rozkładzie Benforda.

* Student studiów doktoranckich Ekonomii na Wydziale Ekonomiczno-Socjologicznym Uniwersytetu Łódzkiego, absolwent ekonomii na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz studiów podyplomowych z zakresu rachunkowości zarządczej oraz analizy danych. Zatrudniony na stanowisku specjalisty ds. ochrony konkurencji w COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp. j.

Słowa kluczowe: eksploracja danych; drzewa decyzyjne; rozkład Benforda; analiza asocjacji; grupowanie.

Klasyfikacja JEL: C10, K21, L40.

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszego referatu jest prezentacja koncepcji wykorzystania metod i narzędzi eksploracji danych w identyfikacji potencjalnych praktyk antykonkurencyjnych. W każdym procesie decyzyjnym, do tej kategorii zalicza się również analiza praktyk ograniczających konkurencję, niezbędna jest wiedza. Obiektywna wiedza o zjawiskach gospodarczych zawarta jest w danych je charakteryzujących. Kwestią otwartą pozostaje dobór metod analizy danych oraz interpretacji otrzymanych wyników. Naturalnym obszarem poszukiwań odpowiednich narzędzi jest ekonomia, nauka badająca m.in. relacje zachodzące w otoczeniu rynkowym. Nieodzownym elementem badania ekonomicznego jest stosowanie narzędzi statystycznych i matematycznych.

Powyższa teza znajduje uzasadnienie w przepisach i praktyce stosowania regulacji antymonopolowych. Decyzje podejmowane w sprawach dotyczących domniemanego naruszenia konkurencji muszą umożliwiać określenie przyczyn i skutków wydarzeń zaistniałych w przeszłości (nadużywanie pozycji dominującej, antykonkurencyjne porozumienia), jak i pozwalać na formułowanie wiarygodnych prognoz (kontrola koncentracji, definiowanie zobowiązań oraz antykonkurencyjne porozumienia). Z tego względu wykorzystywanie narzędzi analizy ekonomicznej, powinno być nieodzownym elementem każdej analizy antymonopolowej.

Użyteczną grupą narzędzi analizy ekonomicznej stanowią metody eksploracji danych. Celem ich stosowania jest odkrywanie modeli ukrytych w zbiorach danych. Modele te utożsamiać należy z modelowaniem statystycznym, uczeniem maszynowym, podsumowywaniem danych w różnych przekrojach, czy odnajdywaniem cech i zależności (Leskovec, Rajaraman i Ullman 2014, s. 1). Eksploracja jest procesem odkrywania nowych współzależności, wzorców, trendów dzięki przeszukiwaniu dużych ilości danych przechowywanych w bazach danych, za pomocą technik rozpoznawania wzorców, metod statystycznych i matematycznych (Larose, 2013, s. 2). Metody eksploracji danych dzielą się na dwie zasadnicze grupy: metody eksploracyjne (opisujące, *descriptive analytics*, uczenie nienadzorowane) oraz metody predykcyjne (*predictive analytics*, uczenie nadzorowane). Pierwsze z nich służą uzyska-

niu informacji o strukturze danych, ich zawartości, występujących wzorcach i powiązaniach. Metody predykcyjne opierają się natomiast na wykorzystaniu danych historycznych do uczenia algorytmu szacującego prognozy wydarzeń. Wydaje się więc, że użyteczność metod eksploracji danych, odpowiada podstawowym wymaganiom stawianym analizie antymonopolowej. W tym również analizie ukierunkowanej na identyfikację obszarów potencjalnego zagrożenia dla stanu konkurencji.

W kolejnych częściach opracowania omówione zostaną cztery metody eksploracji danych: grupowanie, badanie rozkładu cyfr w liczbach naturalnych, drzewa decyzyjne oraz analiza asocjacji. Dobór ten wynika z zestawienia oczekiwań formułowanych wobec procesu wykrywania praktyk antykonkurencyjnych z potencjałem analitycznym wskazanych metod.

II. Eksploracja danych w praktyce antymonopolowej – koncepcja zastosowania

Omówienie koncepcji zastosowania metod eksploracji danych w praktyce antymonopolowej wymaga nawiązania do wymagań stawianych skutecznej ich aplikacji. Eksploracja danych jest procesem wymagającym dostępu do odpowiednich zasobów. Podstawowym i kluczowym zasobem są dane. Kryterium oceny jakości tego zasobu jest wartość informacyjna. Im więcej informacji zawartych w danych, tym wyższa użyteczność wyniku analizy¹. Skuteczna implementacja rozwiązań bazujących na metodach eksploracji danych wymaga również połączenia kompetencji z analizowanego obszaru. W przypadku analizy antymonopolowej pożądane będzie połączenie wiedzy i umiejętności analitycznych, prawniczych oraz biznesowych. Zadaniem interdyscyplinarnego zespołu ekspertów jest dokonanie, metodą kolejnych prób, wyboru najlepszego modelu obrazującego wiedzę niezbędną do podjęcia decyzji. Przyjmuje się, że standard procesu eksploracji danych wyznaczany jest metodyką CRISP-DM (*Cross Industry Standard Process for Data Mining*)². Przyjęto w niej 6 etapów procesu: zrozumienie problemu, zrozumienie danych, modelowanie, ocenę modelu i wdrożenie, przy czym pomiędzy poszczególnymi etapami może występować (i najczęściej występuje) sprzężenie zwrotne. Z tego względu czas jest zasobem równie istotnym, jak wartość informacyjna danych oraz odpowiednie kompetencje.

¹ W eksploracji danych szczególnie wyraźna jest zależność „śmieci na wejściu – śmieci na wyjściu” (*garbage in – garbage out*).

² Opracowany w 1996 roku przez zespół specjalistów DeimlerChrysler, SPSS oraz NCR.

Z przeglądu praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK nie wynika, aby metody eksploracji danych były wykorzystywane w procesie analizy antymonopolowej. Nie wyklucza to jednak możliwości aplikacji tych metod, zwłaszcza, że narzędzia eksploracji danych mogą dostarczyć odpowiedzi na pytania stawiane przez organ ochrony konkurencji. Dodatkowo, ich zastosowanie może przynieść korzyści nieosiągalne w przypadku aplikacji dotychczas stosowanych metod analizy – wyższą jakość wyniku analizy oraz odkrycie nowych wzorców zawartych w danych. Warto zaznaczyć, że metody eksploracji danych są powszechnie znane i stosowane. Wynikającą z ich stosowania użyteczność doceniono w wielu dziedzinach życia, od zastosowań naukowych, przez społeczne (ochrona zdrowia, edukacja, organizacje non-profit) i biznesowe aż po związane z polityką i bezpieczeństwem (zwalczanie terroryzmu, wojskowość). Na szczególną uwagę, w kontekście niniejszego referatu, zasługuje popularność eksploracji danych w obszarze zarządzania relacjami z odbiorcami (23% z ankietowanych wskazało to zastosowanie), sprzedaży detalicznej i wykrywania nadużyć (po 14%) oraz e-commerce i produkcji przemysłowej (po 10%)³.

1. Grupowanie podobnych obserwacji

Dane wykorzystywane w ekonomicznej analizie antymonopolowej mają strukturę wielowymiarową. Najczęściej osadzone są w danym okresie (zmienna czasu), dotyczą jednej lub więcej kategorii obserwacji (koszty, ceny, produkcja, podaż, produkty), a opisywane są jednym lub więcej czynnikami. Czynniki te mogą mieć charakter mierzalny, wówczas są wyrażane w skalach ilorazowej lub interwałowej lub charakter niemierzalny – wyrażane najczęściej w skali nominalnej, rzadziej porządkowej. Aby skutecznie dokonać analizy wielowymiarowego zbioru danych, na początkowym etapie badania należy uporządkować i pogrupować badany materiał, adekwatnie do jej celu (Starzyńska, 2007, s. 28). Ta reguła ma istotne znaczenie dla prowadzenia ekonomicznej analizy antymonopolowej.

Do identyfikacji naruszenia konkurencji wymagane jest ustalenie w badanym materiale obserwacji należących do grupy charakteryzującej się względnie jednolitymi warunkami konkurencji. Już definicja rynku właściwego zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera odniesienie do podobieństw (różnic) w cechach mierzalnych i niemierzalnych

³ Na podstawie badania przeprowadzonego przez portal KD Nuggets – *Data Mining Community's Top Resource* www.kdnuggets.com/polls/2014/industries-applied-analytics-data-mining-data-science.html.

towarów. Towary wchodzące w skład jednego rynku właściwego muszą charakteryzować się zbliżonymi właściwościami, podobieństwem w poziomie cen oraz jakości⁴. Przepis ten naturalnie znajduje odzwierciedlenie w decyzjach organu antymonopolowego. Przykładowo, w decyzji w sprawie *Kamasoft*⁵, Prezes UOKiK wskazał, że szczególne właściwości towarów (w tym przypadku oprogramowania) stanowią przesłankę kluczową dla oceny stopnia ich substytucyjności. Również w odniesieniu do ustalenia geograficznego zasięgu rynku właściwego, decydująca jest jednolitość warunków konkurencji – cen, kosztów transportu, preferencji konsumentów i innych⁶. Warto podkreślić, że w obu przywołanych powyżej typach analizy, porównywane są zarówno cechy mierzalne (ceny, koszty) z niemierzalnymi (preferencje, właściwości, jakość). Taka kombinacja czynników czyni analizę bardziej wymagającą, zarówno od strony technicznej, jak i koncepcyjnej, a także z punktu widzenia wymagań odnośnie do jakości i ilości danych. W sprawie koncentracji Grupa Ożarów/Grupa Silikaty kryterium parametrów technicznych ścian wykonywanych w różnych technologiach pozwoliło uznać poszczególne rodzaje materiałów ściennych murowych za produkty należące do tego samego rynku właściwego⁷. Bardziej złożona analiza zbieżności charakterystyki produktów dokonana była przez Prezesa UOKiK w decyzji dotyczącej piwa⁸. Organ antymonopolowy zważył w tym przypadku rodzaje zaspokajanych potrzeb, właściwości fizyczne, różnice w cenach oraz jakość oferowanych produktów, konkludując uznaniem piw pochodzących od różnych producentów za substytuty. Na podstawie kilku powyższych przykładów potwierdzenie znajduje teza zakładająca, że grupowanie obserwacji charakteryzowanych wieloma zmiennymi stanowi istotny etap procesu decyzyjnego organu antymonopolowego. Warto również zwrócić uwagę, że niezależnie od kwestii definiowania przestrzeni walki konkurencyjnej, grupowanie obserwacji wg. określonego kryterium może mieć istotne znaczenie dla możliwości sformułowania zarzutu nadużycia pozycji dominującej. Dla właściwej oceny antymonopolowej działania dominanta rynkowego kluczowe może być przykładowo ustalenie czy zawarte umowy są do siebie podobne (Skoczny, 2014, s. 470)⁹ lub czy istnieje możliwość podziału klientów na jednorodne grupy,

⁴ Art. 4 pkt 9 ustawy z 16.02.2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 ze zm.).

⁵ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT – 49/2009 z 30.12.2009 r.

⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT – 8/2005 z 27.08.2015 r.

⁷ Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK – 39/09 z 29.06.2009 r.

⁸ Decyzja Prezesa UOKiK nr RPZ 25/2007 z 20.04.2007 r.

⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r. nr DOK – 8/2010 w sprawie *Wrigley Poland*.

czy też brak jest istotnych różnic, co byłoby uzasadnieniem dla stosowania jednolitych stawek (Skoczny, 2014, s. 461).

Ujmując zarysowany powyżej problem od strony analitycznej, ważne jest to, że wielowymiarowe zbiory danych mogą obejmować dwie lub więcej grup zawierających obserwacje podobne do siebie a jednocześnie niepodobne do innych. Kluczowe znaczenie będzie miała więc weryfikacja możliwości jego segmentacji oraz doboru stopnia jej głębokości. Segmentacja, czyli uporządkowanie i pogrupowanie obserwacji należących do złożonego zbioru danych z reguły nie jest zadaniem trywialnym. O ile względnie łatwo jest dokonać uporządkowania zbiorowości ze względu na jedną cechę (np. wielkość generowanego obrotu), o tyle uwzględnienie dwóch lub więcej cech może istotnie je utrudnić. Użyteczna w takim przypadku może okazać się metoda eksploracji danych – analiza skupień (grupowanie, *clustering*), która umożliwia m.in. porównywanie obiektów wielocechowych. Grupowaniem nazywany, jest zbiór metod pozwalających na podział grupy obserwacji na zbiory, wewnątrz których znajdują się obserwacje podobne do siebie nawzajem i jednocześnie różniące się od obserwacji przypisanych do innych zbiorów (klastrow). Ważną zaletą tego rodzaju analizy jest fakt, że badaniu mogą być poddawane obserwacje charakteryzowane wieloma zmiennymi. Grupowanie jest określane jako sposób na uzyskanie możliwie łatwej w interpretacji oraz „sensownej” klasyfikacji, z wykorzystaniem wartości zmiennych dla każdego z obiektów (Kopczewska, Kopczewski i Wójcik 2009, s. 423). Analiza skupień jest bardzo elastyczną metodą grupowania. Wielość narzędzi (grupowanie hierarchiczne, metoda k-średnich, sieci Kohonena) i możliwości dostosowywania algorytmów obliczających odległości między poszczególnymi obserwacjami a środkiem klastra, pozwalają na prowadzenie analiz zróżnicowanych zbiorów danych, w tym dużych, czy zawierających obserwacje odstające. Wymogiem stawianym zbiorom danych mających być przedmiotem procedury grupowania jest zapewnienie możliwie kompletnego zestawu zmiennych dla każdej obserwacji.

Poza zastosowaniami przedstawionymi powyżej, tj. definiowanie substytutów, segmentacja rynku, grupowanie podobnych umów, klientów, interesującym sposobem wykorzystania analizy skupień jest analiza rynków klastrowych (*cluster markets*) (szerzej m.in. Ayres, 1985; Youngsun, 2014). Koncepcja rynków klastrowych nie była wprost wykorzystywana w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK, niemniej jej elementy widoczne są w badaniu służącemu ocenie stanu konkurencji na rynkach usług telekomunikacyjnych, obejmującego analizę preferencji klientów w zakresie nabywania usług pakietowanych (usługi typu *double play*, *triple play*, *quadruple play*)¹⁰. W przy-

¹⁰ M.in. decyzja Prezesa UOKiK nr DKK – 101/11 z 5.09.2011 r.

padku analiz uwzględniających skłonność klientów do nabywania pakietów niesubstytucyjnych towarów (usługi bankowe, oferta centrów handlowych, czy stacji paliw), metody grupowania mogą przyczynić się do efektywnego ustalenia wymiarów rynków właściwych lub ich segmentacji.

Brak jest informacji o tym, w jaki sposób Prezes UOKiK prowadzi analizy ukierunkowane na grupowanie podobnych obserwacji, jakie techniki i metody znajdują zastosowanie w procesie. Wydaje się, że zastosowanie analizy skupień może zobiektywizować i usprawnić ten proces. Ponadto ma potencjał w postaci dostarczenia wiedzy nowej, trudno osiągalnej przy zastosowaniu metod opisowych, wynikających z doświadczenia życiowego lub prostych metod porównywania ilościowego. Wyniki takiego badania z pewnością nie będą wystarczające do wystawienia oceny dla praktyki przedsiębiorcy podlegającego analizie, niemniej możliwość uzyskania wartości dodanej w postaci innego spojrzenia na zbiór danych, uzasadnia podjęcie próby wykorzystania tego narzędzia analitycznego. Warto zaznaczyć, że analiza skupień może być również wykorzystywana w innych obszarach stosowania prawa ochrony konkurencji, w których wymagane jest grupowanie obserwacji charakteryzowanych zmiennymi mierzalnymi, jak i niemierzalnymi – definiowania rynków właściwych (segmentacja produktowa), czy analizy ograniczeń stosowanych w porozumieniach dystrybucyjnych (ograniczenie dostępu do sieci).

2. Weryfikacja prawdziwości danych liczbowych

Porozumienia o charakterze antykonkurencyjnym, w szczególności kartele, uznawane są za najcięższe formy zakłócenia konkurencji. Wyniki badań nad kształtowaniem się cen na skartelizowanych rynkach, wskazują na znaczące różnice między tymi cenami a cenami powstałymi w wyniku swobodnej gry podaży i popytu. Ta swoista nadwyżka w wysokości cen powstałych w wyniku zмовы szacowana jest na od 25% do 43% (Connor i Lande, 2006). Choć wyniki tych badań są kwestionowane, to niezależnie od skali indukowanych zmian, kartelizacja rynków prowadzi do wzrostu cen oraz pogorszenia dobrobytu konsumentów. Z uwagi na trudność w wykryciu, zмовы są jednak wyzwaniem, tak dla organów antymonopolowych, jak i dla przedsiębiorców i konsumentów poszkodowanych w wyniku zakłócenia konkurencji. Można postawić również tezę, że dążenie do wykrywania zмовы pozostaje również w obszarze zainteresowania osób odpowiedzialnych za zapewnienie zgodności działań przedsiębiorstwa z prawem ochrony konkurencji.

Z pomocą w wykrywaniu karteli przychodzi analiza statystyczna danych – cen, wielkości sprzedaży, udziałów rynkowych, czynników kształtujących popyt, poziomu kosztów (Harrington, 2008, s. 214). Z wykorzystaniem narzędzi analizy statystycznej i ekonometrii, opracowywane są testy i modele, pozwalające na wykrycie anomalii, niewystępujących na rynkach konkurencyjnych. Stosowanie wyżej wymienionych narzędzi, zasadniczo wymaga specjalistycznej wiedzy oraz doświadczenia w modelowaniu zjawisk gospodarczych. Wśród dostępnych metod analitycznych wskazuje się jednak na jedną, która wydaje się łatwiejsza do aplikacji i wymagająca mniejszego zaangażowania zasobów. Jest nią analiza z wykorzystaniem rozkładu Benforda (Harrington, 2008, s. 251).

Metoda ta zaliczana jest do metod eksploracyjnych – pozwala dokonać oceny danego stanu faktycznego. Narzędzie to służy do wyszukiwania osobliwości w danych liczbowych, wyrażonych w skali ilorazowej (liczb naturalnych). Osobliwości te definiowane są przez odstępstwo od, opisanego w 1938 roku przez Franka Benforda, rozkładu prawdopodobieństwa występowania określonych cyfr w liczbach naturalnych (Benford, 1938, s. 551–572). Zgodnie z badaniami Benforda, w zbiorach zawierających duże ilości danych o wielkościach występujących w naturze (np. powierzchnia jezior) można zaobserwować prawidłowość, polegającą na tym, że istnieje określone prawdopodobieństwo występowania poszczególnych cyfr z zakresu 1–9 na kolejnych miejscach w liczbie.

Rozkład Benforda jest narzędziem wykorzystywanym powszechnie do wykrywania nadużyć finansowych m.in. w zeznaniach podatkowych, systemach finansowo-księgowych, wnioskach kredytowych, jak również poprawności głosowań i wyborów, a także poprawności danych pochodzących z obserwacji naturalnych (umieralność, długość rzek, powierzchnia jezior i inne) (Grabiński, Farbaniec, Zabłocki i Zajac, 2012, s. 10; Larose, 2013, s. 120). Metoda ta znalazła również zastosowanie w analizach screeningowych cen, wykorzystywanych w badaniach antymonopolowych dotyczących karteli (m.in. zmowy na rynku międzybankowym dotyczącej manipulacji stopą LIBOR) (Abrantez-Metz i Bajari, 2009, s. 66; Abrantez-Metz, Villas-Boas i Judge 2013; Abrantez-Metz, 2012). Zastosowanie tego narzędzia polega na weryfikacji zgodności rozkładu danych empirycznych z rozkładem teoretycznym. Brak zgodności rozkładów, może wskazywać na nienaturalny proces powstawania liczb. Uzyskanie takiego wyniku uprawnia do podjęcia pogłębionych analiz stanu faktycznego w zakresie, w jakim ta niezgodność występuje (w danym okresie, w odniesieniu do danego produktu, przetargu itp.). W praktyce stosuje się trzy rodzaje testów wykorzystujących rozkład Benforda (Nigrini, 2012, s. 71):

- 1) testy pierwotne (*primary tests*) – obejmujące test pierwszej cyfry, test drugiej cyfry, test dwóch pierwszych cyfr (test pierwszego rzędu);
- 2) testy zaawansowane (*advanced tests*) – obejmujące test sumy (sumowanie liczb dla każdej kombinacji dwóch pierwszych cyfr), test dwóch pierwszych cyfr różnicy wartości uporządkowanych rosnąco (test drugiego rzędu);
- 3) testy powiązane (*associated tests*) – test dwóch ostatnich cyfr, test duplikatów.

Zastosowanie rozkładu Benforda możliwe jest w przypadku, w którym dane spełniają odpowiednie kryteria jakościowe (Grabiński, Farbaniec, Zabłocki i Zajac, 2012, s. 9):

- 1) dane podlegające analizie muszą być zgromadzone na jednym nośniku;
- 2) dane nie powinny być spójne, tj nie mogą być ograniczane poziomem minimalnym ani maksymalnym (np. odrzucenie transakcji poniżej określonej wartości);
- 3) analiza nie może obejmować wartości przypisanych do danych w sposób sztuczny (np. numery porządkowe, numery kont bankowych, identyfikacyjne);
- 4) dane powinny zawierać więcej liczb o niskich wartościach niż liczb o wartościach wysokich; same wartości nie muszą być zbyt rozpięte, ale powinny uwzględniać kilka rzędów wielkości (jednostki, dziesiątki, setki, tysiące, itd.).

Warto zaznaczyć, że zbiory podlegające rozkładowi Benforda zachowują swoje właściwości również wtedy, gdy są mnożone przez stałą, są do siebie dodawane, od siebie odejmowane, mnożone i dzielone przez siebie lub podnoszone do potęgi o tym samym wykładniku.

Diagnostyka modelu bazuje na testach statystycznych weryfikujących zgodność rozkładu empirycznego z rozkładem teoretycznym. W praktyce zastosowanie znalazły test zgodności χ^2 (Abrantez-Metz, Villas-Boas i Judge, 2013, s. 5), test Kołmogorowa – Smirnowa, jak również statystyka Z (Grabiński, Farbaniec, Zabłocki i Zajac 2012, s. 12). W przypadku testu zgodności χ^2 oraz statystyki Z, weryfikacja hipotezy zerowej przeprowadzana jest dla $\alpha = 0,05$ (Abrantez-Metz, Villas-Boas i Judge, 2013, s. 5; Grabiński, Farbaniec, Zabłocki i Zajac, 2012, s.14).

Rozkład Benforda może być zatem użytecznym narzędziem antymonopolowej analizy ekonomicznej. Wykorzystując doświadczenia z obszarów, w których różne rodzaje testów bazujących na tym rozkładzie wykorzystywane są do wykrywania nieprawidłowości, warto podjąć próby jego zastosowania również w wykrywaniu niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych, w szczególności karteli oraz zmów przetargowych. Czynnikiem warunkują-

cym możliwość podjęcia próby przeprowadzenia takiej analizy jest opracowanie bazy danych o stosowanych warunkach handlowych, w szczególności o cenach. Konieczne byłoby jednak stworzenie podzbiorów tych danych w różnych układach przedmiotowych oraz podmiotowych z uwzględnieniem zmiennej czasu. Mając to na uwadze, próby dostosowania istniejących lub opracowania nowych narzędzi opartych o rozkład Benforda mogłyby zostać skutecznie podjęte przede wszystkim przez Prezesa UOKiK, jako dysponenta największej ilości danych opisujących obszary rynku szczególnie narażone na ryzyko zawiązania zmywy. Nie można wykluczyć, że w określonych przypadkach, możliwe byłoby również wykorzystanie rozkładu Benforda do testowania hipotez dotyczących nadużywania pozycji dominującej. Naturalnym obszarem weryfikacji efektywności zastosowania tego narzędzia byłyby analizy dotyczące praktyk dyskryminacyjnych z wykorzystaniem cen.

3. Kwantyfikacja procesu decyzyjnego

Rozwiązanie zagadnienia antymonopolowego wymaga niejednokrotnie udzielenia odpowiedzi na pytanie – czym kierował się przedsiębiorca podejmując określoną decyzję, jakie czynniki wpłynęły na tę decyzję? Jaka była siła oddziaływania poszczególnych czynników na kształt ostatecznie podjętej decyzji? Pytania te mogą dotyczyć pełnego zakresu działań rynkowych przedsiębiorców – począwszy od kwestii ogólnych, takich jak przyczyny leżące u podstaw przyjęcia w polityce handlowej określonych reguł i kryteriów współpracy, podjęcia decyzji strategicznych dotyczących ekspansji, czy też wycofania się z określonej aktywności, aż po decyzje bieżące, dotyczące kształtowania relacji z innymi uczestnikami rynku, warunków handlowych, na jakich są realizowane są dostawy czy odbiory, wytycznych dla potrzeb negocjacji handlowych, podjęcia bądź zaniechania współpracy rynkowej z konkurentami. Odpowiedź formułowana na tego rodzaju wątpliwości konfrontowana jest ze stanowiskiem oponenta oraz danymi rynkowymi. Proces taki ma jednak ograniczenia, które mogą w sposób istotny utrudnić ustalenie przyczyn i skutków określonego działania. Wskazać należy na liczbę zmiennych opisujących warunki rynkowe istotne dla sprawy oraz naturalną skłonność zainteresowanych do prezentowania subiektywnego obrazu świata i akcentowania wspierających go argumentów. Powstaje zatem pytanie o możliwość zbudowania modelu, który opisałby proces decyzyjny przez pryzmat obiektywnych czynników decyzyjnych.

Model decyzyjny pozwalający ustalić przebieg procesu decyzyjnego lub, co najmniej go przybliżyć, mógłby znaleźć zastosowanie w analizie antymonopo-

lowej obejmującej ustalenie przyczyn leżących u podstaw określonej decyzji. Przykładem takiej analizy może być konieczność ustalenia, czy działanie przedsiębiorcy wypełnia przesłankę „(...) dyskryminacji części kontrahentów prowadzącej do zróżnicowania warunków konkurencji”¹¹ Powody podjęcia przez przedsiębiorcę określonej decyzji były przedmiotem zainteresowania organu antymonopolowego również w sprawach dotyczących nadużycia pozycji dominującej, przez odmowę dostępu do posiadanych przez niego aktywów (kolejowej stacji nadania)¹² oraz szerokiego kartelu zaopatrującego zakłady górnicze¹³. W drugiej ze wskazanych decyzji, Prezes UOKiK dokonał również analizy zachowania poszczególnych uczestników porozumień w każdej z trzech grup produktowych. W ramach innego postępowania, przedmiotem analizy były przyczyny różnicowania cen, które ostatecznie zostało zakwalifikowane, jako nadużycie pozycji dominującej¹⁴. Prowadzenie analiz, których przykłady przytoczone zostały powyżej, jest z pewnością pracochłonne. Wydaje się, że optymalnym rozwiązaniem byłoby, poza opisem przyczyn podjęcia określonych decyzji, sparametryzowanie całego procesu decyzyjnego. Wśród korzyści wynikających z zastosowania ilościowego podejścia do procesu decyzyjnego znajdują się obiektywizm uzyskanego wyniku oraz możliwość porównywania modeli (m.in. w czasie, w ramach sektora bądź rynku, między sektorami i rynkami). Rozwiązanie takie będzie jednak najczęściej nie możliwe bez użycia procedur i narzędzi statystycznych.

Rozwiązaniem zarysowanego powyżej problemu może być wykorzystanie metody drzew dyskryminacyjnych¹⁵ do przedstawienia procesu decyzyjnego przy wykorzystaniu drzewa decyzyjnego. Drzewa decyzyjne zaliczane są do tradycyjnych algorytmów klasyfikacyjnych. Dzięki klarownej konstrukcji drzewa decyzyjnego, możliwa jest intuicyjna interpretacja otrzymanego wyniku. Sposób konstruowania drzewa wywołuje pytanie o kryterium wyboru czynnika stanowiącego podstawę do pierwszego i kolejnych podziałów oraz wybór najlepszego sposobu na jego budowę. Sposobów podziału jest niemal nieskończenie wiele, stąd modelowanie każdego możliwego drzewa w celu ich późniejszego porównania byłoby działaniem zdecydowanie nieefektywnym. Z tego względu, zastosowanie znajduje metoda optymalizująca wybór najlepszego drzewa – „dziel i zwyciężaj” (odgórna indukcja drzew decyzyjnych, *top-down induction of decision trees*) (Williams, 2011, s. 209). Do najpopular-

¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK – 8/2010 z 26.08.2010 r.

¹² Decyzja Prezesa UOKiK nr RWR – 44/2012 z 31.12.2012 r.

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT – 46/2013 z 16.12.2013 r.

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT – 8/2015 z 27.08.2015 r.

¹⁵ Termin stosowany zamiennie z terminami: drzewa decyzyjne, drzewa klasyfikacyjne, drzewa regresyjne.

niejszych algorytmów budujących drzewa decyzyjne należą C4.5 oraz CART (*Classification and Regression Trees*) (Larose, 2013, s. 109). Wśród zasadniczych różnic występujących między oboma algorytmami należy wskazać możliwości budowy drzew niebinarnych (C4.5, w przeciwieństwie do CART, który tworzy wyłącznie drzewa binarne), podejście do danych niemierzalnych (C4.5 buduje odrębne gałęzie dla każdej wartości zmiennej niemierzalnej) oraz badania homogeniczności węzłów. Dla wyboru najlepszego drzewa decyzyjnego, algorytm C4.5 wykorzystuje koncepcję zysku informacyjnego. Podział dokonywany jest w taki sposób, aby uzyskany zysk informacyjny był wyższy, niż w przypadku innego, konkurencyjnego podziału. Pojęcie zysku informacyjnego korzysta z pojęcia entropii stosowanego w teorii informacji, czyli stopnia zaburzenia danych. Algorytm klasyfikacyjny będzie dążył do uzyskania jak najwyższego zysku informacyjnego, czyli jak najniższej entropii w podzbiorach powstałych na skutek podziału. Z kolei algorytm CART buduje drzewo z wykorzystaniem indeksu Giniego, czyli miary koncentracji rozkładu zmiennej. W praktyce, oba sposoby podziału zbioru danych dają zbliżone rezultaty (Williams, 2011, s. 215). Na poziomie podstawowym, diagnostyka modelu odbywa się na podstawie analizy macierzy strat. Macierz wykazuje poziom ryzyka wystąpienia błędów pierwszego oraz drugiego rodzaju.

Wykorzystanie opisywanej metody eksploracji danych w analizach antymonopolowych wydaje się zasadne. Algorytmy budujące drzewa decyzyjne mogą okazać się efektywnym narzędziem analitycznym w sprawach dotyczących dyskryminacji, segmentacji rynku, badania substytucyjności towarów czy preferencji konsumentów. Ciekawym zastosowaniem drzew dyskryminacyjnych byłaby parametryzacja decyzji organu antymonopolowego. Możliwość dostosowywania opisywanego modelu klasyfikacyjnego do analizowanych danych oraz celów analizy, czyni go bardzo efektywnym narzędziem. Modele drzew decyzyjnych mogą być stosowane również do prognozowania. W tym przypadku, obszarami zastosowania mogłyby być kontrola koncentracji oraz ocena porozumień (w odniesieniu do zmów zakazanych ze względu na wywoływany skutek). Działanie algorytmów klasyfikujących, wykorzystywanych w modelach drzew decyzyjnych, może być optymalizowane przy wykorzystaniu innych metod eksploracji – modeli lasów losowych, czy wzmocnienia (*boosting*).

4. Analiza relacji między obserwacjami

Ekonomiczna analiza antymonopolowa może w wielu przypadkach wymagać ustalenia stopnia i zakresu współwystępowania obiektów znajdujących się w badanym zbiorze danych. Czy w praktyce dwa produkty są względem

siebie komplementarne, czy może są substytutami? Jaki można ustalić stopień współpracy grupy przedsiębiorców składających oferty w przetargach na dostawę określonej usługi? Czy w ramach danej grupy produktowej można wyodrębnić produkt kluczowy dla funkcjonowania sieci dystrybucji? Jak wygląda profil typowego nabywcy? Jak intensywna jest współpraca dwóch lub więcej konkurentów? Jakie może być znaczenie tej współpracy dla ich dostawców, odbiorców lub konkurentów? To niektóre z pytań mogących pojawić się w toku analizy antymonopolowej. Choć ich celem nie zawsze jest rozstrzygnięcie kwestii zasadniczej – czy doszło do naruszenia konkurencji – to ustalenie na nie odpowiedzi może mieć istotny wpływ na dalszy kierunek analizy.

Wydaje się, że wykorzystanie analizy asocjacji mogłoby przynieść szczególnie wymierne korzyści w przypadku badania funkcjonowania przetargów. W postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK w tym przedmiocie, kluczowe jest często ustalenie wzorca zachowań przedsiębiorców i relacji występujących między nimi. W przypadku braku bezpośredniego dowodu z umowy (np. informacja od uczestnika porozumienia), skuteczna weryfikacja zarzutu wymaga rozpoznania wzorca zachowań przedsiębiorców, typowego dla porozumień przetargowych. W analizie dotyczącej stanu konkurencji w obszarze przetargów, organ antymonopolowy identyfikuje trzy zasadnicze formy zμών: wypłaty gotówki, podział rynku oraz rotację ofert (podział rynku w wymiarze czasowym) (*System...*, 2013, s. 70). Natomiast wśród mechanizmów, w oparciu o które funkcjonują porozumienia przetargowe – trzy główne typy: składanie ofert kurtuazyjnych, ograniczanie ofert oraz rozstawianie i wycofywanie ofert, będące kompilacją dwóch wcześniej wskazanych działań (*System...*, 2013, s. 73). Z doświadczeń Prezesa UOKiK wynika, że ważnym elementem analizy antymonopolowej w tego typu sprawach jest ustalenie regularności lub cykliczności, m.in. w odniesieniu do: rozstrzygnięć w postępowaniach przetargowych, rezygnacji z udziału w postępowaniu, użyczeniu potencjału, wycofywaniu najkorzystniejszych ofert, stabilnego podziału wygranych przetargów lub przychodów z tytułu ich zawarcia. Czynnikiem sygnalizującym możliwość istnienia z umowy przetargowej może być również funkcjonowanie grupy przedsiębiorców, którzy mimo, że pozostają aktywni w ubieganiu się o zlecenia, cyklicznie przegrywają w konkurencji o zawarcie kontraktu z zamawiającym. Kwestia zbieżności w udziale w wygranych przetargach oraz całkowitej rocznej wartości zamówień realizowanych na podstawie umów z zamawiającym była przedmiotem analizy Prezesa UOKiK¹⁶. Warto podkreślić, że samo podobieństwo

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK – 1/2015 z 7.07.2015 r.

zachowań przedsiębiorców nie może być decydujące w sprawie stwierdzenia naruszenia konkurencji – wymagane jest również wykazanie braku adekwatności takiego wzorca w określonych warunkach rynkowych¹⁷. Dla organu antymonopolowego istotne było również ustalenie sieci powiązań personalnych i biznesowych¹⁸.

W przypadku zbiorów danych o niewielkich rozmiarach, analizy których przykłady wskazano powyżej, mogą zostać przeprowadzone za pomocą narzędzi podstawowych, np. opisowo bądź przy wykorzystaniu podstawowych narzędzi statystycznych. Dla zbiorów rozbudowanych lub dla dużej liczby obserwacji, wykorzystanie narzędzi podstawowych może być bardzo zasobochłonne, z dużym prawdopodobieństwem nie da również satysfakcjonującego wyniku. W takim przypadku rozwiązaniem może być analiza asocjacji, której celem jest odkrywanie związków między obserwacjami. Analiza związków zachodzących między danymi uchodzi za jedną z najciekawszych metod eksploracji danych. Celem jej jest ujawnienie nieoczywistych i niewidocznych, dla klasycznej analizy statystycznej, relacji między obserwacjami – reguł asocjacji. Istotę analizy asocjacji doskonale oddaje problemu supermarketu – ustalenia kombinacji produktów, które wchodzi w skład koszyka częściej niż inne (*market basket analysis*). Relacje między produktami (obserwacjami, transakcjami) ujmowane są w reguły mające postać „jeżeli – to”. Problem analizy sprowadza się więc do ustalenia tzw. koszyków częstych (*frequent itemsets*). Stopień skomplikowania analizy, mierzony liczbą możliwych reguł, rośnie wraz z liczbą produktów¹⁹. W celu rozwiązaniem powyższego problemu stosuje się algorytm *a priori*, który redukuje liczbę możliwych kombinacji zawartości koszyka zgodnie z zasadą, że podzbiory zbiorów częstych, również muszą być częste. Naturalnym jest więc pytanie, jakie warunki muszą być spełnione, aby koszyk mógł zostać uznany za występujący często. W analizie asocjacji stosuje się najczęściej dwa parametry główne – wsparcie (*support*)²⁰ i ufność (*confidence*)²¹, oraz

¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR – 35/2014 30 grudnia 2014 r.

¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK nr RGD – 1/2015 z 30.06.2015 r.

¹⁹ Zakładając, że istnieje k produktów, a każdy z nich może zostać dodany lub niedodany do koszyka, to wzór na liczbę możliwych kombinacji koszyka przedstawia się w sposób następujący: $k * 2^{k-1}$. Łatwo więc policzyć, że dla 10 produktów, liczba możliwych koszyków wynosi 5 120, natomiast przy 20 produktach, kombinacji wynosi już ok. 10,5 mln.

²⁰ Reguła asocjacji, wyraża udział koszyków zawierających analizowane produkty do łącznej liczby koszyków.

²¹ Reguła dokładności, wyraża stosunek koszyków, w których występują oba produkty, do koszyków zawierających jeden z nich.

dwa pomocnicze – podniesienie (*lift*)²² i dźwignię (*leverage*)²³. Wnioskowanie z modelu odbywa się zasadniczo przy pomocy wskaźników wsparcia, ufności oraz podniesienia. W literaturze prezentowane są dwa podejścia dotyczące doboru poziomu wsparcia i ufności. Jedno, wskazuje, że wsparcie powinno być ustalane na możliwie niskim poziomie, gdyż poszukiwane są raczej nieoczywiste pary, natomiast ufność należy ustalić na poziomie wyższym niż wsparcie, ponieważ poszukiwane są raczej silne związki (Williams, 2011, s. 197). Drugie podejście zakłada ustalanie obu tych parametrów na poziomach adekwatnych do kontekstu analizy (Williams, 2011, s. 196–197). Poszukiwanie asocjacji w bazie transakcyjnej supermarketu, z uwagi na ilość produktów i możliwych koszyków, może być realizowane przy poziomach wsparcia i ufności, odpowiednio 20% i 70%. Natomiast analiza danych dotyczących ujawniania oszustw finansowych bądź zagrożenia terrorystycznego, z uwagi na bardzo niską ilość interesujących dla badacza „koszyków”, poziom wsparcia może być ustalony nawet poniżej 1%. Procedura eksploracji reguł asocjacji z zastosowaniem algorytmu *apriori* zakłada:

- 1) ustalenie koszyków częstych (zgodnie z przyjętym arbitralnie poziomem), a następnie
- 2) dla wszystkich koszyków częstych, określenia reguł asocjacji spełniające kryterium wsparcia i ufności (Larose, 2013, s. 184).

Warto zaznaczyć, że analiza asocjacji wykorzystywana jest również w innych dziedzinach życia, w których istotne jest ustalenie i ustrukturalizowanie reguł dla wielu obserwacji. Przykładowo można wskazać na m.in.: (Larose, 2013, s. 180; Thuraisingham, 2004).

- 1) badanie klientów sieci telekomunikacyjnej, którzy odpowiedzieli pozytywnie na propozycję zwiększenia liczby usług,
- 2) określanie proporcji dzieci, których rodzice czytali książki, w zbiorze dzieci dobrze czytających,
- 3) szacowanie degradacji sieci telekomunikacyjnych,
- 4) badanie częstotliwości przypadków, w których zastosowanie nowego leku nasiliło występowanie skutków ubocznych,
- 5) analiza nietypowych wniosków o wypłatę odszkodowania, które mogą stanowić próbę wyłudzenia,
- 6) poszukiwanie relacji między osobami w określonej grupie w związku ze zwalczaniem terroryzmu.

²² Oznacza zwiększone prawdopodobieństwo wystąpienia danego produktu w koszyku, w którym jest już inny i obliczane jest jako stosunek ufności dla obu produktów do wsparcia dla jednego z nich.

²³ Wskaźnik obliczany dla występowania interesujących produktów przy niższej wartości wskaźnika podniesienia.

Koncepcja wykorzystania analizy asocjacji w identyfikacji zmów przetargowych opiera się na przyjęciu, że każde postępowanie przetargowe stanowi odrębną transakcję, a oferty złożone w ramach takiego przetargu – transakcji, stanowią elementy koszyka (produkty). Zastosowanie proponowanej konstrukcji problemu umożliwia wykorzystanie algorytmu *apriori* do wyszukiwania wzorca zachowania przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniach przetargowych oraz analizy zachodzących w nim zmian w czasie. Zasadniczym wymogiem warunkującym aplikację tej metody do analizy antymonopolowej jest uzyskanie dostępu do bazy danych o przetargach. Cechy każdej obserwacji powinny obejmować, co najmniej, podstawową charakterystykę postępowania przetargowego, tj. wskazanie zamawiającego, opisu przedmiotu zamówienia oraz budżetu przeznaczanego na jego realizację, określenie oferentów, parametry finansowe i organizacyjne ofert, zdarzenia nadzwyczajne (np. wycofanie wygrywającej oferty). Optymalnym rozwiązaniem byłoby utworzenie bazy danych obejmującej wszystkie postępowania przetargowe znajdujące się w obszarze potencjalnego zainteresowania, uwzględniające również te, które z różnych przyczyn zostały zakończone przed etapem otwarcia ofert. Wśród wielu korzyści wynikających z przyjęcia takiego modelu, podkreślenia wymagają dwie: Nielimitowany dostęp do obserwacji historycznych oraz możliwość analizowania wzorców zachowania przedsiębiorców z uwzględnieniem dowolnej kombinacji zmiennych opisujących obserwacje. Postulowane rozwiązanie może jednak okazać się zbyt zasobochłonne (koordynacja pozyskiwania danych, utrzymanie bazy danych) względem korzyści uzyskiwanych lub potencjalnych. Z tego względu możliwe byłoby zainicjowanie procesu gromadzenia danych zgodnie z wymaganiami bazy sprofilowanej wg. określonego klucza: branży, grupy zamawiających czy przedmiotu zamówienia.

Wydaje się, że omawiane rozwiązanie mogłoby stanowić efektywne narzędzie organu antymonopolowego w procesie kontroli stanu konkurencji. Warto jednak zwrócić uwagę, że przedsiębiorcy, których działalność koncentruje się wokół udziału w przetargach, mogliby również uzyskać szereg korzyści z utworzenia takiej bazy danych. W przypadku tej grupy podmiotów, dysponowanie informacjami o postępowaniach przetargowych, w których brano lub rozważano wzięcie udziału, może wydajnie wesprzeć proces decyzyjny. Z doświadczenia wynika, że przedsiębiorcy gromadzą szczegółowe dane wyłącznie o postępowaniach, w których zawarli umowę lub które są przedmiotem sporu sądowego. Informacje o pozostałych sprawach są najczęściej archiwizowane w sposób nieustrukturalizowany (utrudniający praktyczne wykorzystanie) i często niszczone po upływie roku, dwóch lat. Poza aspektem biznesowego wykorzystania omawianego rozwiązania, warto zwrócić uwagę, że ustrukturalizowana baza informacji o udziale w prze-

targach (jak i wszelkich innych rodzajach aktywności rynkowej) ułatwia podjęcie skutecznej współpracy z organem antymonopolowym w ramach postępowań wyjaśniających czy antymonopolowych.

Przedstawiona powyżej koncepcja odbiega od rozwiązań bazujących na poszukiwaniu potencjalnych zmów przy wykorzystaniu metod ekonometrycznych, np. do identyfikacji rynków (struktur rynkowych) szczególnie narażonych na kartelizację lub rozbieżności w poziomie cen aktualnych względem prognozowanych dla tego okresu. Analiza asocjacji powinna być jednak postrzegana, jako metoda komplementarna względem innych narzędzi wykrywania zmów. Możliwości jej zastosowania nie są również ograniczane do porozumień przetargowych. Wydaje się, że analiza wzorców zachowań przedsiębiorców mogłaby zostać użyta również do analizy porozumień ocenianych ze względu na skutek, do analizy wpływu organizacji sieci dystrybucji na stan konkurencji, czy zachowań wykluczających i dyskryminacyjnych. Analiza asocjacji mogłaby również znaleźć zastosowanie w procedurze kontroli koncentracji, w szczególności do projektowanych rozwiązań transakcji polegających na nabyciu niekontrolujących udziałów mniejszościowych, dla oceny których istotne będzie ustalenie sieci powiązań występujących między przedsiębiorcami.²⁴

III. Wnioski

Metody eksploracji danych mogą skutecznie wspierać proces identyfikacji praktyk naruszających konkurencję. Naturalnie możliwości te nie są ograniczane prezentowanymi sposobami wykorzystania czterech podstawowych metod, a wachlarz zastosowań sposobów eksploracji ograniczany jest wyłącznie celem analizy oraz dostępnością danych. Z punktu widzenia analizy antymonopolowej, metody eksploracyjne pozwalają na wydajną segmentację obserwacji, umożliwiają wizualizację złożonych procesów biznesowych oraz prognozowanie rozwoju zjawisk. Nie należy jednak utożsamiać metod z uniwersalnym sposobem opisu wzorców występujących w świecie rzeczywistym. Żadna metoda analityczna nie daje przecież gwarancji opracowania modelu, który zrealizuje wszystkie cele zakładane na początku procesu. Z tego względu, metody eksploracji danych powinny stanowić uzupełnienie innych technik analitycznych. Stosowanie narzędzi eksploracji danych wymaga dobrego zrozumienia metod, a sam proces zaliczany jest do tzw. czynności zwinnych

²⁴ W kierunku skuteczniejszej unijnej kontroli łączenia przedsiębiorstw, COM(2014) 449 final, Bruksela, 9.7.2014 r.

(*agile activity*). Zwinność rozumieć należy, jako proces zawierający iteracyjny rozwój wymagań, wymagający ścisłej współpracy w ramach zespołu łączącego różne kompetencje, ciągłego testowania rozwiązań i wdrażania udoskonaleń.

Warto w tym miejscu odnieść się do formułowanych w środowisku prawniczym, jak również wśród ekonomistów zajmujących się prawem ochrony konkurencji, zastrzeżeń i wątpliwości dotyczących zasadności stosowania w praktyce antymonopolowej teorii ekonomicznych oraz narzędzi statystycznych i matematycznych. Wątpliwości te wynikają m.in. z doświadczeń wskazujących, że zastosowanie metod analizy ekonomicznej daje często niejednoznaczne wyniki i warunkowane jest posiadaniem specjalistycznej wiedzy. Wydaje się, że użycie metod eksploracji danych może sprzyjać redukcji ryzyka, o którym mowa powyżej. Można zidentyfikować, co najmniej, trzy powody dla zasadności tego stwierdzenia. Po pierwsze, eksploracja danych jest procesem, w którym łączone są kompetencje kluczowe z punktu widzenia celu analizy. Postulowany w metodologii CRISP-DM sposób organizacji pracy w projekcie eksploracyjnym umożliwia całemu zespołowi udział w formułowaniu celów, wyborze metody analitycznej i ewaluacji przyjętego rozwiązania. Ogranicza to do minimum możliwość uzyskania niezrozumiałego bądź nielogicznego wyniku analiz. Narzędzia wykorzystywane w procesie eksploracji danych umożliwiają prezentację wyników w sposób przystępny również dla osób nieposiadających wiedzy specjalistycznej lub silnie rozwiniętych kompetencji analitycznych. Szeroka gama narzędzi wizualizacji danych, efektu ich przetwarzania i analizy pozwala na intuicyjne zrozumienie wyników procesu. Trzecim argumentem, przemawiającym na korzyść stosowania metod eksploracji danych w analizie antymonopolowej, jest fakt wykorzystywania ich przez przedsiębiorców w codziennej analizie prowadzonej działalności. Eksploracja danych obecna jest w niemal każdej dziedzinie życia biznesowego. Metody eksploracji wykorzystywane są m.in. dla potrzeb analizy sprzedaży, badania rynku, czy procesów zarządzania, produkcji i organizacji. Można więc uznać, że wykorzystanie omawianych metod pozwoli rozwiązać wątpliwości związane z zasadności stosowania analizy ekonomicznej w procedurze antymonopolowej.

Bibliografia

- Abrantez-Metz, A.R. i Bajari, P. (2009). Screens for Conspiracies And Their Multiple Applications, *Antitrust*, vol. 24, nr 1, jesień.
- Abrantez-Metz, A.R., Villas-Boas, S.B. i Judge, G.G. *Tracking the LIBOR Rate*, 03.11.2013, CUDARE Working Papers.

- Benford, F. (1938). The Law of Anomalous Numbers, *Proceeding of the American Philosophical Society*, Vol. 78, nr 4, 31.03., s. 551–572.
- Connor, J. i Lande, R. (2006) The Size of Cartel Overcharges: Implications for US and EU Fining Policies, *Antitrust Bulletin* 54 (4) 983–1022.
- Gerardin, D., Layne-Farrar, A. i Petit N. (2012). *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press.
- Grabiński T., Farbaniec M., Zabłocki B. i Zając W. (2012). Application of the First Digit Law in Credibility Evaluation of the Financial-Accounting Data Based on Particular Cases, *Auditor. Journal for Theory and Practice*, Institute for Economic and Finance, Vol. XV, nr 59, wrzesień, Belgrad.
- Harrington, Jr. J.E. (2008). Detecting Cartels. W: Buccirossi, P. (ed.). *Handbook of Antitrust Economics*, Massachusetts Institute of Technology.
- Kopczewska, K., Kopczewski, T. i Wójcik P. (2009). *Metody ilościowe w R. Aplikacje ekonomiczne i finansowe*. Warszawa: Wydawnictwa Fachowe CeDeWu.
- Larose, D.T. (2013). *Odkrywanie wiedzy z danych: wprowadzenie do eksploracji danych*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Leskovec, J., Rajaraman, A. i Ullman, J.D. (2014). *Mining of Massive Datasets*, wydanie 2. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nigrini, M.J. (2012). *Benford's Law. Applications for Forensic Accounting, Auditing and Fraud Detection*. New Jersey: John Wiley and Sons, Inc.
- R., B., The scam busters. How antitrust economists are getting better at spotting cartels, *The Economist*, 15.12.2012.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, wydanie 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Starzyńska, W. (2007). *Statystyka praktyczna*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce. (2013). Warszawa: UOKiK. Wrzesień.
- The scam busters. How antitrust economists are getting better at spotting cartels, *The Economist*, 15.12.2012.
- Thuraisingham, B. (2004). *Data Mining for Counter-Terrorism*, [w:] Kargupta, H., Anupama Joshi, A., Sivakumar K., Yesha, Y., *Data Mining: Next Generation Challenges and Future Directions*, American Association for Artificial Intelligence, The MIT Press.
- Williams, G. (2011). *Data Mining with Rattle and R: The Art of Excavating Data for Knowledge Discovery*. Nowy Jork: Springer-Verlag.

Justyna Matuszczak-Piasta*

Wykorzystanie metod ilościowych w postępowaniach antymonopolowych – porównanie praktyki polskiego i brytyjskiego organu antymonopolowego

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Analiza decyzji polskiego i brytyjskiego organu antymonopolowego
 - 1. Decyzje Prezesa UOKiK
 - 2. Decyzje brytyjskiego organu antymonopolowego
 - 2.1. Decyzje wydane w fazie 1 postępowania
 - 2.2. Decyzje wydane w fazie 2 postępowania
- III. Potencjalne źródła danych niezbędnych do zastosowania analizy ekonomicznej
- IV. Wnioski

Streszczenie

Przedmiotem referatu jest wskazanie katalogu narzędzi ekonomicznych, stosowanych w postępowaniach z zakresu kontroli koncentracji przedsiębiorstw przed polskim i brytyjskim organem ochrony konkurencji. W pierwszej kolejności wskazane zostały instrumenty ekonomiczne stosowane przez Prezesa UOKiK, w podziale na instrumenty „miękkie” i metody ilościowe. Następnie przedstawione zostały narzędzia stosowane przez brytyjski organ antymonopolowy w pierwszej fazie postępowań koncentracyjnych. W celu zaprezentowania podejścia analitycznego stosowanego w postępowaniach w drugiej fazie, przedstawione zostały etapy badań przeprowadzonych

* Absolwentka Centrum Kształcenia Międzynarodowego Politechniki Łódzkiej, wieloletni doradca z zakresu ekonomicznych aspektów prawa ochrony konkurencji.

w trzech wybranych sprawach prowadzonych przez brytyjski organ. Trzecia część referatu zawiera katalog informacji najczęściej wykorzystywanych w toku prowadzonych postępowań z zakresu kontroli koncentracji.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji, metody ilościowe, instrumenty ekonomiczne, postępowanie przed Prezesem UOKiK, brytyjski organ antymonopolowy.

Klasyfikacja JEL: K21.

I. Wstęp

W postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji organ antymonopolowy zwykle opiera się na ekonomicznych koncepcjach, rozumowaniu i dowodach. Pojęcia ekonomiczne, takie jak elastyczność popytu, koszty krańcowe i zachowania oligopolistyczne stały się częścią języka antymonopolowego (Buccirossi, 2008; Baker i Bresnahan, 2006, s. 1–2). Ekonomizacja prawa ochrony konkurencji (*more economic approach*) nierozzerwalnie wiąże się z koniecznością prowadzenia badań i analiz, których wyniki pozwalają na wyciągnięcie istotnych wniosków odnośnie warunków rynkowych, pozycji i siły rynkowej czy otoczenia konkurencyjnego przedsiębiorcy. Stosowanie metod ilościowych powinno stanowić kluczowy element analizy antymonopolowej, przede wszystkim w sprawach, w których badanie pozycji i udziału rynkowego przedsiębiorców jest szczególnie istotne, a zatem w postępowaniach z zakresu antykonkurencyjnych praktyk dominantów rynkowych oraz kontroli koncentracji przedsiębiorców. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że podstawową cechą ekonomizacji prawa ochrony konkurencji jest odejście od formalnoprawnych wniosków w stronę indywidualnej analizy poszczególnych przypadków oraz oceny ich następstw (Bongard, Moeller, Raimann, Szadkowski i Dubejko, 2007, s. 6).

Pierwszym etapem analizy prowadzonej w ramach postępowania antymonopolowego jest ocena pozycji rynkowej przedsiębiorcy lub przedsiębiorców, w stosunku do których toczy się postępowanie. Etap ten poprzedzony jest wyznaczeniem rynków właściwych dla działalności przedsiębiorców. Dla potrzeb oceny antymonopolowej, rynek właściwy stanowi powiązanie rynku produktowego oraz rynku geograficznego i powinien być określany przy użyciu analizy ekonomicznej (Geradin, Layne-Farrar i Petit, 2012, s. 178).

W toku prowadzonej analizy ekonomicznej, poza określeniem pozycji i siły rynkowej przedsiębiorcy, istotne jest również badanie otoczenia

konkurencyjnego i szeroko rozumianych warunków rynkowych, w jakich funkcjonuje przedsiębiorca. Analizy ilościowe są niezbędne do zrozumienia warunków rynkowych, w których funkcjonuje przedsiębiorca i dynamiki konkurencji, którą spotyka. Wiarygodne dane ilościowe mogą umożliwić przeprowadzenie szczegółowych analiz statystycznych lub ekonometrycznych, mogących służyć, np. jako dowody w postępowaniach antymonopolowych z zakresu kontroli koncentracji. Statystyka pomaga także w określaniu efektywności i szacowaniu wpływu warunków lub zobowiązań nakładanych w decyzjach. Niemniej w celu przeprowadzenia kompleksowej i wiarygodnej analizy, organ antymonopolowy musi dysponować czasem niezbędnym do przeprowadzenia badania oraz otrzymać od stron postępowania odpowiednio szczegółowe i pełne dane¹

Niniejsze opracowanie dotyczy argumentacji stosowanej w postępowaniach antymonopolowych, w szczególności porusza kwestie stosowania narzędzi ekonomicznych (w tym metod ilościowych) w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz brytyjski organ ochrony konkurencji – Competition and Markets Authority (względnie Office of Fair Trading lub Competition Commission)² (dalej CMA, OFT lub CC). Analiza przeprowadzona została na przykładzie decyzji z zakresu kontroli koncentracji wydanych i opublikowanych przez te organy w okresie ostatnich dwóch lat.

W pierwszej części referatu wskazane zostały argumenty i narzędzia ekonomiczne stosowane w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) (zarówno przez organ antymonopolowy jak i uczestników postępowania³). Dla celów porównawczych, podobnej analizie poddane zostały decyzje wydane przez brytyjski organ antymonopolowy. Na podstawie katalogu metod stosowanych w postępowaniach koncentracyjnych, wskazany został zakres informacji, jakie mogą zostać wykorzystane w toku postępowania, a zatem jakie powinny zostać zgromadzone w celu wyznaczenia rynku/ rynków właściwych oraz rzetelnego zbadania zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa i jego otoczenia rynkowego.

¹ DG Competition, *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases*, European Commission, Staff Working Paper, s.14.

² 1 kwietnia 2014 r. funkcje Office of Fair Trading oraz Competition Commission zostały przejęte przez Competition and Markets Authority.

³ Na potrzeby niniejszego opracowania stosowane narzędzia nie zostały podzielone na te stosowane przez organ antymonopolowy i stosowane przez uczestników postępowania. Analizie poddane zostały łącznie wszystkie metody, wskazane w treści decyzji.

II. Analiza decyzji polskiego i brytyjskiego organu antymonopolowego

Na potrzeby niniejszego opracowania analizie poddane zostały 323 decyzje Prezesa UOKiK wydane na przestrzeni ostatnich dwóch lat (07.2013–07.2015). W 312 decyzjach organ antymonopolowy wydał zgodę na dokonanie koncentracji, w 5 zgodę warunkową, a 6 spośród decyzji dotyczyło innych spraw⁴. Jedynie 16% (tj. 52 decyzje) opublikowanych decyzji polskiego organu ochrony konkurencji zawierało uzasadnienie, a zatem dawało możliwość przeanalizowania zastosowanych metod i argumentacji.

W odniesieniu do brytyjskiego organu antymonopolowego, analizie poddane zostały 132 decyzje, z czego 119 zostało rozpatrzonych w pierwszej, a 13 w drugiej fazie postępowania. W przypadku 106 decyzji organ wydał bezwarunkową zgodę na dokonanie koncentracji, w odniesieniu do 3 spraw udzielono zgody warunkowej, w przypadku jednej sprawy wydano decyzję zobowiązaniową (*clearance with undertakings in lieu*), wydano jeden zakaz koncentracji. Pozostałe 21 decyzji dotyczyło spraw, które nie podlegały kontroli koncentracji, zostały umorzone lub wnioski zostały wycofane przez strony. Spośród 132 decyzji brytyjskiego organu 116 (88%) zawierało pełne uzasadnienie.

1. Decyzje Prezesa UOKiK

W teorii ekonomii przyjmuje się, że analiza koncentracji przedsiębiorców może być dokonana z punktu widzenia rynku i przedsiębiorstwa. Przy czym perspektywa rynku skupia się na udziale rynkowym przedsiębiorstwa lub jego produktów, natomiast perspektywa przedsiębiorstwa polega na badaniu zwiększenia się jego siły ekonomicznej i zdolności konkurencyjnej. Co do zasady, w analizie antymonopolowej powinno się łączyć te perspektywy badawcze, niemniej obecnie polski organ antymonopolowy większą wagę przykładą do wpływu koncentracji na strukturę rynku (Błachucki, 2012, s. 33).

W przypadku większości⁵ decyzji wydanych przez polski organ ochrony konkurencji w sprawach z zakresu kontroli koncentracji, opis działalności

⁴ Przyznanie kary za niezgłoszenie dokonanej transakcji, przyznanie kary za nieudzielenie informacji, umorzenie postępowania.

⁵ M.in. Decyzje Prezesa UOKiK z 05.08.2013 r., DKK-104/2013; z 5.08.2013 r., DKK-105/2013; z 24.10.2013 r., DKK-134/2013; z 06.02.2014 r., DKK-11/2014; z 24.02.2014 r., DKK-22/2014; z 31.03.2014 r., DKK-40/2014; z 13.05.2014 r., DKK-59/2014; z 28.04.2015 r., DKK-61/2015; z 29.01.2015 r., DKK-20/2015;.

stron transakcji stanowił podstawę dla wyznaczania rynków właściwych. Metoda opisowa polega na poddaniu szczegółowej charakterystyce cech, parametrów, właściwości i użyteczności analizowanych produktów bądź usług, a także wykazaniu ich ewentualnych podobieństw lub różnic, a następnie na tej podstawie wysnuwanie wniosków odnoszących się do ich substytucyjności względem innych produktów i usług. Metoda nie uwzględnia opinii ani preferencji konsumentów i opiera się wyłącznie na wiedzy eksperckiej stron transakcji oraz urzędników zajmujących się sprawą.

W praktyce polskiego organu ochrony konkurencji, zdarza się zarówno bardzo rzetelne podejście do przeprowadzonej analizy opisowej (np. sprawa DPD/Siódemka⁶) jak również, zastosowanie krótkiego opisu, zawierającego wyłącznie wskazanie definicji rynku właściwego bez przedstawienia uzasadnienia, argumentacji bądź źródeł zastosowania danego podejścia do problemu (np. sprawa PKO BP/Nordea i inne⁷).

Relatywnie często stosowaną przez organ antymonopolowy metodą definiowania rynków właściwych jest bazowanie na dotychczasowym orzecznictwie Komisji Europejskiej oraz wcześniejszych decyzjach Prezesa UOKiK w podobnych sprawach. Definicje stosowane we wcześniej rozpatrywanych podobnych sprawach stanowią zwykle wsparcie lub punkt wyjścia dla zastosowanego podejścia, niemniej zdarzają się również decyzje (np. Eurocash/Inmedio i inne⁸), w których przytoczona definicja zostaje zastosowana wprost, bez przedstawienia sposobu weryfikacji zasadności zastosowania danego podejścia i odniesienia definicji do bieżącego stanu faktycznego. Polski organ antymonopolowy, definiując rynki właściwe, posiłkuje się również podejściami organów ochrony konkurencji w innych krajach. Przykładem mogą być decyzje Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących sieci sklepów wielkopowierzchniowych⁹, do których z decyzji OFT i CC przeniesiono koncepcję asymetrycznej presji konkurencyjnej (Matuszczak-Piasta, 2014). Co do zasady uznaje się, że w określonych przypadkach, gdy dane produkty lub usługi były już przedmiotem wcześniejszych postępowań, organ antymonopolowy ma możliwość sięgnięcia po wyniki dokonanych wcześniej analiz lub powołanie się na postępowania prowadzone przez inne organy ochrony konkurencji, niemniej, w takim przypadku należy sprawdzić, czy zasadne jest przeniesienie definicji rynku do badanej aktualnie sprawy.

⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 01.10.2014 r., DKK-127/2014.

⁷ M.in. Decyzje Prezesa UOKiK z 14.10.2013 r., DKK-127/2013; z 27.01.2014 r., DKK-7/2014.

⁸ M.in. Decyzje Prezesa UOKiK z 01.10.2014 r., DKK-128/2014; z 07.10.2014 r., DKK-131/2014.

⁹ M.in. Decyzje Prezesa UOKiK z 21.01.2014 r., DKK-4/2014; z 30.05.2014 r., DKK-71/2014.

Podejście takie może być niewłaściwe np. w przypadku gdy zmieniły się warunki konkurencji, lub gdy na różnych obszarach geograficznych istnieją odmienne uwarunkowania konkurencyjne bądź regulacyjne (Bongard, Moeller, Raimann, Szadkowski i Dubejko, 2007, s. 64).

Innym argumentem, przytaczanym w decyzjach i stosowanym jako podstawa dla wyznaczania rynków właściwych, są regulacje prawne. W sprawach, w których przedsiębiorcy działają na rynkach ściśle obwarowanych przepisami prawa często stosuje się systematykę funkcjonującą w danej branży, jako proste przełożenie dla zdefiniowania zakresu produktowego lub geograficznego rynku właściwego. Podejście wykorzystujące regulacje prawne stosowane jest m.in. w decyzjach dotyczących branży farmaceutycznej¹⁰ (np. zezwolenia nadzoru farmaceutycznego), energetycznej¹¹ (ustawa prawo energetyczne), finansowej¹² (regulacje KNF), ubezpieczeniowej¹³ (ustawa o działalności ubezpieczeniowej), ale również np. mleczarskiej¹⁴ (ustawa o organizacji rynku mleka).

W nielicznych decyzjach Prezesa UOKiK pojawia się również aspekt gromadzenia w toku postępowania informacji poprzez ankietowanie innych uczestników rynku, np. dostawców, konkurentów, odbiorców końcowych, podwykonawców¹⁵. Informacje uzyskane z tego rodzaju badań mogą służyć jako wsparcie dla tez stawianych przy metodzie opisowej, tj. definiowaniu rynków właściwych, biorąc pod uwagę ogólną charakterystykę produktów lub usług oraz ogólną wiedzę dotyczącą istnienia potencjalnych substytutów. Narzędzie to jest stosowane relatywnie rzadko, choć wydaje się, że jego użyteczność i informacje, jakie mogą zostać pozyskane w wyniku jego zastosowania są nieocenione w każdym postępowaniu.

Ostatnim z „miękkich” narzędzi, jakie są wykorzystywane w postępowaniach, nie tylko w procesie definiowania rynków właściwych, lecz również przy projektowaniu ewentualnych skutków rynkowych planowanych działań, są raporty branżowe. Raporty, na których opiera się organ antymonopolowy w swojej praktyce, to dokumenty pochodzące od stron postępowania¹⁶ (raporty wewnętrzne przedsiębiorców), pozyskane od wyspecjalizowanych

¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.03.2014 r., DKK-40/2014.

¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 05.08.2013 r., DKK-104/2013.

¹² Decyzje Prezesa UOKiK z 14.10.2013 r., DKK-127/2013; z 28.04.2015 r., DKK-61/2015.

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK z 07.08.2014 r., DKK-108/2014.

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.02.2014 r., DKK-22/2014.

¹⁵ Decyzje Prezesa UOKiK z 06.02.2014 r., DKK-11/2014; z 14.03.2014 r., DKK-30/2014; z 22.05.2015 r., DKK-76/2015; z 30.01.2015 r., DKK-24/2015; z 07.08.2014 r., DKK-108/2014; z 26.06.2014 r., DKK-76/2014.

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.11.2014 r., DKK-150/2014.

agencji doradczych (zewnętrzne raporty branżowe)¹⁷ lub raporty UOKiK przygotowywane okresowo w odniesieniu do wybranych segmentów rynku¹⁸. Pozyskiwane w ten sposób informacje dotyczą zwykle preferencji klientów, fazy rozwoju rynku, segmentacji i struktury rynku czy trendów rynkowych.

W toku prowadzonych postępowań Prezes UOKiK posługiwał się również prostymi instrumentami ekonomicznymi. Analiza pozwoliła na wyodrębnienie następujących metod ilościowych (innych niż badanie udziałów rynkowych stron koncentracji):

- **analiza struktury rynku w czasie**¹⁹ – polega na badaniu zmian w strukturze rynku właściwego na przestrzeni kilku lat poprzedzających postępowanie. Badanie wspiera wyznaczenie pozycji rynkowej stron transakcji, jak również pozwala na zbadanie trendów, historii wejść i wyjść z rynku, oraz oszacowanie skali przewidywanych zmian, jakie mogą zaistnieć na skutek dokonania transakcji koncentracyjnej. Analiza ta jest jednym z najprostszych narzędzi ilościowych i wymaga dysponowania informacjami dotyczącymi wartości i wielkości sprzedaży realizowanej na poszczególnych rynkach właściwych przez największych uczestników rynku, w tym przez strony koncentracji oraz danych lub szacunków odnośnie wartości i wielkości danego rynku właściwego.
- **stopień wykorzystania mocy produkcyjnych**²⁰ – polega na zweryfikowaniu, jaka część dostępnych mocy produkcyjnych jest dostępna dla przedsiębiorców. Badanie może zostać przeprowadzone zarówno wyłącznie w odniesieniu do stron koncentracji, jak i w odniesieniu do wszystkich znaczących uczestników rynku. Dane dotyczące stopnia wykorzystania mocy produkcyjnych przez uczestników transakcji są z reguły łatwo dostępne, natomiast informacje o dostępnych i wykorzystywanych mocach produkcyjnych pozostałych uczestników rynku mogą zostać pozyskane ze źródeł zewnętrznych (raporty branżowe).
- **analiza cenowa**²¹ – polega na porównywaniu cen produktów, które potencjalnie mogą zostać uznane za substytuty. Analiza cenowa pozwala na częściowe zweryfikowanie założeń odnośnie postrzegania przez nabywców

¹⁷ Decyzje Prezesa UOKiK z 22.05.2015 r., DKK-76/2015; z 30.01.2015 r., DKK-24/2015; z 28.01.2015 r., DKK-17/2015.

¹⁸ *Raport z badania krajowego rynku transportu towarów (ze szczególnym uwzględnieniem transportu towarów kolejną)*, UOKiK, Warszawa, Październik 2012 r. oraz Decyzja Prezesa UOKiK z 12.03.2015 r., DKK-40/2015.

¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.01.2015 r., DKK-17/2015.

²⁰ Decyzje Prezesa UOKiK z 24.10.2013 r., DKK-135/2013; z 06.02.2014 r., DKK-11/2014; z 14.03.2014 r., DKK-30/2014 ; z 01.10.2014 r., DKK-127/2014.

²¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 06.02.2014 r., DKK-11/2014.

substytucyjności poszczególnych produktów, a także, przeprowadzona w dłuższym okresie, może pozwolić na dostrzeżenie trendów rynkowych czy też fazy rozwoju rynku. Przeprowadzenie analizy cenowej wymaga dostarczenia przez strony oraz innych uczestników rynku zestawienia cen produktów objętych analizą, obowiązujących w badanym okresie.

- **znaczenie importu i eksportu**²² – polega na badaniu udziału importu w konsumpcji krajowej oraz udziału sprzedaży eksportowej w sprzedaży ogółem. Analiza służy określeniu geograficznego zasięgu rynku właściwego i wymaga dysponowania danymi odnoszącymi się do wartości importu, eksportu, konsumpcji i sprzedaży ogółem dla każdego z analizowanych rynków właściwych.
- **udział kosztów transportu w cenie produktu**²³ – polega na zweryfikowaniu opłacalności transportu produktów i służy określeniu geograficznego aspektu rynku właściwego. W decyzjach nie wskazano, jaka wartość udziału stanowi granicę dla opłacalności transportu, a tym samym stanowi przesłankę dla wyznaczenia faktycznego zasięgu rynku. Co do zasady uznaje się, że udział kosztów transportu przekraczający 5% wartości ceny produktu stanowi granicę opłacalności, w praktyce, w przypadku niektórych produktów granica ta może zostać przekroczona. Analiza udziału kosztów transportu w cenie produktów wymaga dostarczenia przez strony transakcji koncentracyjnej informacji odnośnie cen produktów oraz kosztów ich transportu, względnie szacunków odnoszących się do wartości tego wskaźnika.
- **faktyczny zasięg sprzedaży**²⁴ – badanie polegające na wyznaczeniu obszaru, z którego pochodzą klienci generujący odpowiednią, wskazaną przez organ antymonopolowy, część przychodów przedsiębiorcy. Metoda służy wyznaczeniu geograficznego zasięgu rynku właściwego i najczęściej stosowana jest w przypadku badania zasięgu oddziaływania placówek handlowych należących do stron koncentracji (*catchment area*). Główną słabością metody stosowanej przez Prezesa UOKiK jest arbitralnie ustalany procentowy udział przychodów, do którego zlicza się wartość zakupów realizowanych przez klientów²⁵. Przeprowadzenie badania faktycznego

²² Decyzja Prezesa UOKiK z 24.10.2013 r., DKK-134/2013.

²³ Decyzje Prezesa UOKiK z 05.08.2013 r., DKK-104/2013; z 24.10.2013 r., DKK-134/2013; z 30.01.2015 r., DKK-24/2015; z 31.12.2014 r., DKK-174/2014.

²⁴ Decyzje Prezesa UOKiK z 05.08.2013 r., DKK-104/2013; z 31.03.2014 r., DKK-40/2014; z 05.08.2013 r., DKK-104/2013; z 29.01.2015 r., DKK-20/2015.

²⁵ W przypadku braku argumentów wskazujących na zasadność zastosowania danego progu procentowego, racjonalne wydaje się zastosowanie tzw. zasady Pareto (zwanej również zasadą 20/80).

zasięgu sprzedaży wymaga dysponowania szczegółowymi informacjami o miejscu dostaw lub adresie zamieszkania klientów realizujących zakupy w danej placówce, przy czym istotne jest przyporządkowanie odpowiednich rachunków (zakupów) do poszczególnych klientów. Informacje takie, aby cechowały się użytecznością i wiarygodnością, powinny być gromadzone w dłuższym okresie. Źródło informacji mogą stanowić zarówno uczestnicy transakcji, jak i inni uczestnicy rynku (w odniesieniu do własnych placówek handlowych).

W toku analizy treści decyzji Prezesa UOKiK uwagę zwracają uzasadnienia, w które wydają się niewystarczająco uargumentowane. Pośród przeanalizowanych dokumentów znajdowały się takie, w których nie znajduje się żadne uzasadnienie dla przyjętej definicji rynku właściwego, oraz takie, w których jedynym źródłem definicji rynków było orzecznictwo Komisji Europejskiej lub wcześniejsze decyzje Prezesa UOKiK w podobnych sprawach. W kontekście stosowanego w prawie ochrony konkurencji podejścia, stanowiącego, że każdorazowo rynek właściwy powinien być ustalany indywidualnie w zależności od obowiązującego stanu faktycznego, przytaczanie definicji rynku właściwego zastosowanej w innych okolicznościach rynkowych, a niekiedy nawet w innym kraju, bez zweryfikowania zasadności takiego przeniesienia wydaje się wątpliwe i relatywnie łatwe do podważenia np. w przypadku odwołania się od decyzji Prezesa UOKiK.

Innym problemem jest stosowanie arbitralnych stwierdzeń, niepopartych informacjami rynkowymi, które służą, jako argumenty w procesie definiowania rynków. Wątpliwości budzą m.in. stwierdzenia²⁶ „pewne różnice w cenach występują”, „zdecydowana większość pośredników zaopatruje się”, „przeciętny czas podróży z powiatu A do B i z powiatu A do C jest do siebie zbliżony”, „moce produkcyjne są znaczące” itp. Stosowanie tego rodzaju uzasadnień nie tylko osłabia linię argumentacyjną organu antymonopolowego, lecz również uniemożliwia wykorzystanie wniosków płynących z danej decyzji w innych postępowaniach.

Brak argumentacji i sposobu wyznaczania rynków właściwych w uzasadnieniach do decyzji Prezesa UOKiK oraz znacząca liczba decyzji nieposiadających uzasadnienia²⁷ sprawia, że przedsiębiorcy nie mają pewności co do stosowanej przez Urząd metodologii, a w efekcie mogą mieć wątpliwości co do punktu widzenia i wniosków, jakie może wysnuć organ antymonopolowy w toku postępowania. Oznacza to, że prowadzenie wszelkiego rodzaju

²⁶ Decyzje Prezesa UOKiK z 05.08.2013 r., DKK-104/2013; z 31.01.2014 r., DKK-10/2014; z 30.05.2014 r., DKK-71/2014; z 01.07.2014 r., DKK-79/2014.

²⁷ 84% z analizowanych 323.

analiz mających na celu szacowanie ryzyka związanego z możliwością braku uzyskania zgody ze strony Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji (*pre-merger assessment*) jest utrudnione.

2. Decyzje brytyjskiego organu antymonopolowego

W odróżnieniu od systemu kontroli koncentracji funkcjonującego w Polsce, zgłoszenie koncentracji w Wielkiej Brytanii ma charakter dobrowolny. Rolą organu antymonopolowego jest prowadzenie postępowań w sprawach koncentracji, które zostały zgłoszone lub co do których CMA podjęło decyzję o podjęciu kontroli z urzędu.

Postępowania antymonopolowe w Wielkiej Brytanii są dwuetapowe – w pierwszym etapie (tzw. faza 1) organ²⁸ przeprowadza wstępną ocenę wpływu koncentracji na stan konkurencji, w drugim (faza 2) CMA²⁹ dogłębnie bada sprawy, które w pierwszej fazie zostały uznane za dyskusyjne (skomplikowane)³⁰.

2.1. Decyzje wydane w fazie 1 postępowania

Podobnie jak w decyzjach Prezesa UOKiK we wszystkich decyzjach wydanych przez brytyjski organ ochrony konkurencji w sprawach koncentracji stosowana jest metoda opisowa³¹. Niemniej, w przypadku decyzji OFT i CMA służy ona wyłącznie jako wstęp lub uzupełnienie do zastosowanych innych metod analitycznych. Opisy działalności uczestników koncentracji oraz ich otoczenia rynkowego oraz etapy dochodzenia do definicji rynkowych są także bardziej szczegółowe niż w decyzjach polskiego organu. Co do zasady, w decyzjach OFT i CMA definiowanie rynków właściwych pro-

²⁸ W pierwszej fazie postępowania analizę prowadzi tzw. Rada CMA (CMA Board).

²⁹ W drugiej fazie postępowania analizę prowadzi tzw. Grupa Dochodzeniowa (Inquiry Group).

³⁰ *UK Merger Control*, Ashurst, Sierpień 2015.

³¹ M.in. sprawy ME/6513/15 Actavis/Auden, ME/6489/14 Marlowe Holdings Investments/Lockwell Electrical Distributors, ME/6495-14 esure Group/Gocompare.com, ME/6490/14 Cucina Acquisition/Fresh Holdings, ME/6497-14 Multi Packaging Solutions UK/Presentation Products Group, ME/6499-14 Healthcare Environmental Services/G.W. Butler, ME/6503/14 Crawford&Company/GAB Robins Holdings, ME/6505-14 Ticketmaster/Holdco, ME/6507/14 ForFarmers/Countrywide, ME/6515/15 Henry Schein/Plandent, ME/6522/15 Allflex/Cox Agri, ME/6511/15 Atlantic/Woolamai, ME/6512-15 Willis Group/Miller Insurance, ME/6525/15 Bako North Western/Bako Northern, Bako Scotland, Bakers, ME/5913/13 British Sky Broadcasting/Be Un, ME/6004/13 British Telecommunications/ESPN Global.

wadzone jest zgodnie z obowiązującymi w Wielkiej Brytanii wytycznymi³². Proces ten rozpoczyna się od przyjęcia najwęższej możliwej definicji rynków (zwykle rynki poszczególnych produktów lub usług), a następnie polega na przeprowadzeniu szczegółowej analizy możliwości włączenia potencjalnych substytutów w zakres rynku właściwego (grupowanie substytucyjnych produktów lub usług).

W procesie wyznaczania rynków właściwych brytyjski organ antymonopolowy regularnie korzysta z testu SSNIP³³. Organ ankietuje odbiorców produktów w celu uzyskania informacji czy byliby skłonni nabyć inny produkt w odpowiedzi na 5%-owy wzrost ceny produktu badanego³⁴. W ten sposób proces włączania kolejnych produktów lub usług w zakres produktowy rynku właściwego jest bardziej racjonalny i uzasadniony, niż np. w przypadku korzystania wyłącznie z metody opisowej bądź korzystania z dotychczasowej praktyki krajowych i zagranicznych organów antymonopolowych.

Poza testem SSNIP, brytyjski organ antymonopolowy w swoich decyzjach odwołuje się do dotychczasowego orzecznictwa Komisji Europejskiej oraz treści wcześniejszych decyzji wydanych w podobnych sprawach przez krajowy organ antymonopolowy w pierwszej fazie postępowania (decyzje OFT lub CMA)³⁵, oraz szczegółowych raportów powstałych w drugiej fazie postępowania (CMA lub CC)³⁶. Organ ten wspiera się również regulacjami prawnymi dotyczącymi analizowanych sektorów³⁷ oraz przytacza informacje

³² Merger Assessment Guidelines (OFT1254/CC2), September 2010 oraz Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure (CMA2), January 2014.

³³ Test SSNIP od *small but significant and non-transitory increase in price*, zwany również testem hipotetycznego monopolisty. Test służy zwykle do badania substytucyjności produktów z punktu widzenia nabywcy (Bongard, Moeller, Raimann, Szadkowski i Dubejko, 2007, s. 64).

³⁴ Sprawy ME/6497-14 Multi Packaging Solutions UK/Presentation Products Group, ME/6507/14 ForFarmers/Countrywide, ME/6062/13 Web Reservations/Hostelbookers.com, ME/6513/15 Actavis/Auden, ME/6500-14 Perrigo/Omega Pharma, ME/6503/14 Crawford&Company/GAB Robins Holdings.

³⁵ Sprawy ME/6489/14 Marlowe Holdings Investments/Lockwell Electrical Distributors, ME/6495-14 esure Group/GoCompare.com, ME/6490/14 Cucina Acquisition/Fresh Holdings, ME/6492-14 Key Publishing/Kelsey Publishing, ME/6505-14 Ticketmaster/Holdco, ME/6507/14 ForFarmers/Countrywide, ME/6504-14 Solera/CAP Automotive, ME/6513/15 Actavis/Auden, ME/6512-15 Willis Group/Miller Insurance, ME/5913/13 British Sky Broadcasting/Be Un, ME/6500-14 Perrigo/Omega Pharma, ME/6511/15 Atlantic/Woolamai, ME/6062/13 Web Reservations/Hostelbookers.com.

³⁶ Sprawy ME/6499-14 Healthcare Environmental Services/G.W. Butler, ME/6525/15 Bako North Western/Bako Northern, Bako Scotland, Bakers.

³⁷ Sprawy ME/6500-14 Perrigo/Omega Pharma, ME/6507/14 ForFarmers/Countrywide, ME/6513/15 Actavis/Auden.

zawarte w zewnętrznych raportach branżowych³⁸ (np. prognozy dotyczące danego rynku).

Stałym elementem postępowania jest analiza informacji otrzymywanych w toku prowadzonego postępowania od stron trzecich (*third parties views/ third parties evidence*)³⁹. Informacje uzyskane w ten sposób podlegają starannej analizie organu antymonopolowego i każdorazowo są szeroko omawiane w treści decyzji. Dodatkowo, w niektórych decyzjach organ ankietował również pozostałych uczestników rynku (*market investigation/ market testing*)⁴⁰ w celu uzupełnienia zakresu danych. Pytania zadawane ankietach dotyczyły m.in. potencjalnej reakcji przedsiębiorcy na wzrost cen produktów oferowanych przez uczestników transakcji, faktycznej możliwości zmiany dostawcy, czy występowania podażowej substytucyjności produkcji.

Wiele informacji niezbędnych dla potrzeb prowadzonych analiz pochodziło z wewnętrznych dokumentów i raportów uczestników postępowania⁴¹ (m.in. z dokumentów finansowych, raportów z badań konsumenckich, dokumentów odnoszących się do strategii biznesowej).

Metody ilościowe stosowane w praktyce brytyjskich organów antymonopolowych w pierwszej fazie postępowania są podobne do stosowanych w decyzjach Prezesa UOKiK i obejmują zwykle:

- analizę struktury rynku w czasie⁴²;

³⁸ Sprawy ME/6489/14 Marlowe Holdings Investments/Lockwell Electrical Distributors, ME/6495-14 esure Group/GoCompare.com, ME/6500-14 Perrigo/Omega Pharma, ME/6504-14 Solera/CAP Automotive, ME/6511/15 Atlantic/Woolamai, ME/6513/15 Actavis/Auden, ME/6020/13 R&R Ice Cream/Fredericks Dairies, ME/6004/13 British Telecommunications/ESPN Global, ME/6062/13 Web Reservations/Hostelbookers.com.

³⁹ Sprawy ME/6489/14 Marlowe Holdings Investments/Lockwell Electrical Distributors, ME/6492-14 Key Publishing/Kelsey Publishing, ME/6483/14 Vodafone/Phones4U, ME/6508-14 CVC Capital Partners/Sky Bet, ME/6499-14 Healthcare Environmental Services/G.W. Butler, ME/6503/14 Crawford&Company/GAB Robins Holdings, ME/6504-14 Solera/CAP Automotive, ME/6511/15 Atlantic/Woolamai, ME/6513/15 Actavis/Auden, ME/5913/13 British Sky Broadcasting/Be Un, ME/6020/13 R&R Ice Cream/Fredericks Dairies, ME/6004/13 British Telecommunications/ESPN Global.

⁴⁰ Sprawy ME/6522/15 Allflex/Cox Agri, ME/6511/15 Atlantic/Woolamai, ME/6512-15 Willis Group/Miller Insurance.

⁴¹ Sprawy ME/6497-14 Multi Packaging Solutions UK/Presentation Products Group, ME/6483/14 Vodafone/Phones4U, ME/6503/14 Crawford&Company/GAB Robins Holdings, ME/6500-14 Perrigo/Omega Pharma, ME/6504-14 Solera/CAP Automotive, ME/6512-15 Willis Group/Miller Insurance, ME/6525/15 Bako North Western/Bako Northern, Bako Scotland, Bakers, ME/5913/13 British Sky Broadcasting/Be Un, ME/6004/13 British Telecommunications/ESPN Global, ME/6062/13 Web Reservations/Hostelbookers.com.

⁴² Sprawy ME/6489/14 Marlowe Holdings Investments/Lockwell Electrical Distributors, ME/6490/14 Cucina Acquisition/Fresh Holdings.

- analizę cenową⁴³;
- badanie faktycznego zasięgu sprzedaży⁴⁴, przy czym udział procentowy przychodów, do którego zlicza się wartość zakupów realizowanych przez klientów wynosi każdorazowo 80%.

2.2. Decyzje wydane w fazie 2 postępowania

Raporty stanowiące decyzje wydawane w fazie 2 cechują się znaczną szczegółowością i wysoką wartością dowodową, ze względu na wykorzystanie typowo ilościowych metod zarówno w procesie wyznaczania rynków właściwych, jak i szacowania potencjalnych skutków transakcji i jej wpływu na stan konkurencji na rynku.

Ze względu na fakt, że każdą z decyzji wydawanych w fazie 2 cechuje inna problematyka i inne podejście analityczne, w tej części opracowania zestawienie najczęściej stosowanych narzędzi zastąpione zostało omówieniem metod zastosowanych w trzech wybranych postępowaniach. Jednocześnie należy podkreślić, że niniejsze opracowanie nie zawiera szczegółowego omówienia przytaczanych spraw, lecz jedynie wskazuje na zastosowane narzędzia analityczne, bez przedstawienia wniosków i decyzji organu antymonopolowego.

Sprawa *Cineworld/City Screen*⁴⁵

Sprawa dotyczyła przejęcia sieci kin wielosalowych City Screen przez sieć kin Cineworld. W toku postępowania antymonopolowego przeprowadzono analizę rynków właściwych dla działalności stron – zidentyfikowano obszary geograficzne, na których uczestnicy transakcji faktycznie ze sobą konkurują. W tym celu przeprowadzono badania oparte na listach klientów poszczególnych placówek kinowych dostarczonych przez uczestników koncentracji.

Dane dostarczone przez strony zawierały zestawienie klientów, którzy odwiedzili poszczególne kina w ciągu ostatnich 6 miesięcy i mieli realny wpływ na wybór danej placówki. Bazując na dostarczonych informacjach, organ antymonopolowy przeprowadził 21 797 wywiadów online⁴⁶. Dodatkowo w celu sprawdzenia reprezentatywności informacji udzielanych przez ankietowanych klientów przeprowadzono telefoniczne badanie rynku w oparciu

⁴³ Sprawy ME/6492-14 Key Publishing/Kelsey Publishing, ME/6062/13 Web Reservations/Hostelbookers.com.

⁴⁴ Sprawy ME/6489/14 Marlowe Holdings Investments/Lockwell Electrical Distributors, ME/6525/15 Bako North Western/Bako Northern, Bako Scotland, Bakers.

⁴⁵ Sprawa ME/5877/12

⁴⁶ Liczba ta odpowiada 6% klientów, którzy znajdowali się w zestawieniach i mieli ważny (działający) adres poczty elektronicznej.

o inną próbę respondentów⁴⁷. W ramach badania rynku sprawdzono m.in. profil klienta, liczbę jego wizyt w kinie w ciągu ostatnich 6 miesięcy, nazwy odwiedzanych placówek, czynniki wpływające na decyzje klientów odnośnie wyboru danego kina, płatności i ceny (ewentualne korzystanie z kart rabatowych, darmowych biletów, rabatów). Dodatkowo, na ankietowanych klientach przeprowadzono test SSNIP, w efekcie czego zidentyfikowano placówki, które klienci skłonni byłiby odwiedzić, gdyby w wybranej przez nich placówce ceny biletów wzrosły o 5%. Badanie pozwoliło na zdefiniowanie rynków właściwych, rozumianych jako obszary geograficzne, na których uczestnicy transakcji konkurują ze sobą.

W kolejnym etapie, w odniesieniu do każdego z rynków właściwych przeprowadzono:

- analizę cenową polegającą na sprawdzeniu jak daleko lokalna konkurencja wpływa na zahamowanie procesu wzrostu cen usług. Badanie przeprowadzono przy wykorzystaniu modelu ekonometrycznego⁴⁸ i oparto na danych cenowych w układzie miesięcznym dostarczonych przez strony oraz szczegółowych informacjach o innych kinach działających na poszczególnych rynkach lokalnych (ich właścicielach, kodach pocztowych, liczbie sali kinowych, liczbie miejsc). Model ekonometryczny pozwolił na zweryfikowanie faktycznego wpływu istniejących lokalnych kin alternatywnych położonych w zasięgu 20 min dojazdu do badanej placówki na ceny biletów. Ponadto w ramach badania sprawdzono jakie inne czynniki mogą również wpływać na stosowane ceny (tzw. *control variables* m.in. dane ekonomiczno-socjologiczne dla danego regionu – stopa bezrobocia, średnie wynagrodzenie, udział osób poniżej 35 roku życia w lokalnej społeczności⁴⁹),
- badanie możliwości wejścia na rynek (*likelihood of entry or expansion*) – w tym celu przeprowadzono szczegółową analizę polegającą na:
- badaniu historii wejść na rynek,
- identyfikacji barier wejścia (dostępność nowych lokalizacji, okres inwestycji, bariery regulacyjne oraz koszt uruchomienia nowego kina),
- wskazaniu ewentualnych dodatkowych barier, jakie musiałby pokonać nowy uczestnik rynku (przedsiębiorca wchodzący na rynek), oraz

⁴⁷ Przeprowadzono 345 rozmów telefonicznych z respondentami.

⁴⁸ Ekonometria jest metodą, która umożliwia sprawdzenie i kwantyfikowanie teorii i związków ekonomicznych za pomocą metod statystycznych przy użyciu danych empirycznych. Najpowszechniej stosowanym instrumentem ekonometrii jest analiza regresji (Bongard, Moeller, Raimann, Szadkowski i Dubejko, 2007, s.10).

⁴⁹ Na potrzeby badania dane roczne przekształcono na miesięczne i kwartalne za pomocą interpolacji liniowej.

- zbadaniu czy potencjalne nowe wejście lub ekspansja na rynku mogłyby wyrzucić presję konkurencyjną na uczestników koncentracji⁵⁰.

Sprawa *Optimax Clinics/Ultralase*⁵¹

Sprawa dotyczyła przejęcia sieci klinik wykonujących zabiegi laserowej korekcji wad wzroku przez inną sieć klinik okulistycznych. Analiza CC rozpoczęta została od badania danych finansowych stron. Następnie organ antymonopolowy przystąpił do badania geograficznego zasięgu rynku właściwego, rozumianego jako zasięg oddziaływania poszczególnych klinik okulistycznych. Każdy z rynków wyznaczony został jako obszar, z którego pochodzą klienci generujący 80% przychodów (badanie faktycznego zasięgu sprzedaży).

W kolejnym etapie dla każdego z wyznaczonych rynków właściwych przeprowadzono badanie stanu konkurencji na rynku (analiza trendów rynkowych, udziały największych uczestników rynku, porównanie cen usług, analiza przychodów w przeliczeniu na pojedynczego pacjenta z uwzględnieniem rodzajów świadczonych usług), a następnie ilościowe badanie efektów lokalnej konkurencji – przeprowadzono analizę PCA (*price concentration analysis*) polegającą na zbadaniu czy zmiana liczby dostępnych na rynku marek (*fascias*), jaka nastąpi na skutek koncentracji, może doprowadzić do podwyższenia cen świadczonych usług.

Analiza została przeprowadzona w oparciu o szczegółowe dane pochodzące od stron transakcji i dotyczące klientów klinik okulistycznych, Dane obejmowały charakterystykę pacjenta (m.in. wiek, płeć), rodzaj zabiegu, jakiemu został poddany, rodzaj schorzenia, obowiązującą cenę cennikową zabiegu oraz cenę, jaką ostatecznie zapłacił klient, miejsce pierwszej wizyty, miejsce zabiegu, oraz dane dotyczące poszczególnych klinik (lista działających placówek, ich lokalizacja, zakres działalności, nazwy i lokalizacje konkurentów, historia wyjść i wejść z rynku). Na podstawie zgromadzonych danych zbudowano model ekonometryczny, w którym zmienną objaśnianą była cena usług okulistycznych⁵², natomiast jako zmienne kontrolne wykorzystano informacje o lokalnej konkurencji każdej z badanych placówek (charakterystyka klientów, warunki ekonomiczne w danej lokalizacji, wiek i płeć pacjentów, oferowane zabiegi, ale również stopa bezrobocia oraz średni przychód brutto gospodarstwa domowego).

⁵⁰ Przeprowadzono analizę GUPPI (*Gross Upward Pricing Pressure Index*).

⁵¹ Decyzja z 20.11.2013 r.

⁵² W modelu ekonometrycznym logarytm z ceny, którą zapłacił pacjent w funkcji czasu został przyrównany do liczby konkurentów w danej lokalizacji, oraz skorygowany o zmienne kontrolne (*control variables*).

Sprawa *Breedon Aggregates/Aggregate Industries UK*⁵³

Postępowanie dotyczyło koncentracji na rynku produkcji kruszyw, asfaltu oraz RMX (od *ready-mix concrete*). W pierwszym etapie analizy zbadano lokalizacje wszystkich zakładów produkcyjnych należących do stron koncentracji. Następnie zbadano zasięg oddziaływania każdego poszczególnych zakładów produkcyjnych. Do badania wykorzystano szczegółowe dane sprzedażowe stron transakcji – dane w układzie kwartalnym odnoszące się wartości i wielkości sprzedaży w podziale na klientów, z uwzględnieniem lokalizacji klientów, rodzaju nabywanego produktu, rodzaju dostawy i kanału sprzedaży. Na mapy naniesione zostały również informacje dotyczące lokalizacji odbiorców, którzy nabyli produkty od uczestników transakcji w ciągu poprzedzającego roku.

Badanie wsparto analizą wrażliwości polegającą na weryfikacji spójności otrzymanych rezultatów z danymi za dwa poprzedzające lata. W efekcie, dla każdego z zakładów produkcyjnych należących do stron koncentracji zlokalizowano obszary, z których pochodzą klienci generujący 80% sprzedaży. Następnie dane o zasięgach oddziaływania poszczególnych zakładów uśredniono i zważono całkowitym wolumenem sprzedaży, otrzymując obszary stanowiące lokalne rynki właściwe.

W kolejnym kroku organ antymonopolowy wyznaczył obszary, na których zasięgi oddziaływania zakładów produkcyjnych pokrywają się (*overlaps*) i przeprowadził badanie lokalnego poziomu koncentracji rynku⁵⁴. Dla każdego z pokrywających się lokalnych rynków zidentyfikowano wszystkich jego uczestników, a następnie wyznaczono udziały rynkowe stron oraz ich konkurentów (analizowane dane obejmowały nazwę przedsiębiorcy, nazwę zakładu produkcyjnego, lokalizację zakładu produkcyjnego, wartość i wielkość produkcji każdego z zakładów, rodzaj zakładu, a w przypadku kopalni kruszyw również typ produktu). Przeprowadzone badanie pozwoliło wykluczyć lokalizacje (rynki lokalne), w których koncentracja nie wpłynie negatywnie na stan konkurencji.

Analiza wpływu koncentracji na konkurencję obejmowała (dla każdego z rodzajów produktów) przygotowanie map obszarów objętych analizą, uwzględniających lokalizacje zakładów produkcyjnych stron i konkurentów, oraz zebranie szczegółowych informacji o każdym ze znajdujących się na nich zakładów, w tym danych o wartości produkcji i ich udziale w produkcji ogółem.

⁵³ Sprawa ME/6082/13.

⁵⁴ Aby uniknąć możliwości pominięcia jakiegokolwiek obszaru nakładania się zasięgów oddziaływania, badaniu poddano zakłady produkcyjne zlokalizowane w odległości do dwukrotności przeciętnego zasięgu wyznaczonego 80% wartości sprzedaży.

III. Potencjalne źródła danych niezbędnych do zastosowania analizy ekonomicznej

Przeprowadzenie analizy ekonomicznej zawsze uzależnione jest od dysponowania odpowiednio szczegółowymi danymi o przedsiębiorcy i rynku. Organ antymonopolowy, co do zasady, pozyskuje dane z trzech rodzajów źródeł: od uczestników / stron transakcji, od innych uczestników rynku, a także z niezależnych źródeł np. z raportów branżowych przygotowywanych przez wyspecjalizowane firmy zajmujące się badaniem rynków. W większości postępowań, organy antymonopolowe pozyskują dane o rynku od stron koncentracji. Praktyka pokazuje, że zebranie odpowiednich informacji jest zwykle procesem długotrwałym, a przedsiębiorcy nie są świadomi zakresu wiedzy, jaką dysponują ze względu na posiadane doświadczenie rynkowe. W sprawach bardziej skomplikowanych, informacje o rynku gromadzi się wysyłając wnioski o udzielenie informacji bądź ankiety do głównych uczestników rynku – stron, konkurentów, bezpośrednich klientów i innych podmiotów dysponujących wiedzą o rynku.⁵⁵ Dane ilościowe, pozyskiwane przez organ antymonopolowy np. od firm zajmujących się badaniami rynku, pozwalają na uzupełnienie zgromadzonych informacji bądź weryfikację roszczeń zgłaszanych przez strony transakcji lub innych uczestników rynku, w toku prowadzonego postępowania antymonopolowego⁵⁶.

Na podstawie treści przeanalizowanych polskich i brytyjskich decyzji można wskazać na katalog informacji najczęściej wymaganych od stron postępowania koncentracyjnego. Do informacji takich należą:

- okresowe dane o wartości i wielkości sprzedaży, o ile jest to zasadne w podziale na typ produktu/odbiorcę/lokalizację odbiorcy/zakład produkcyjny itp.,
- okresowe dane o wartości i wielkości produkcji/importu eksportu, o ile jest to zasadne w podziale na typ produktu/zakład produkcyjny/kraj pochodzenia itp.,
- szczegółowe informacje na temat innych uczestników rynku i konkurentów (np. nazwa, właściciel, lokalizacja, charakterystyka działalności),
- dane cenowe w układzie dziennym/miesięcznym/kwartalnym (ceny cennikowe i transakcyjne, w podziale na produkty/kategorie odbiorców/lokalizacje odbiorców itp.),
- szczegółowa historia wejść i wyjść z rynku, wraz z nazwami podmiotów,

⁵⁵ DG Competition, *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases*, European Commission, Staff Working Paper, s.14.

⁵⁶ *Economic Evidence in Merger Analysis*, European Union, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, 15 February 2011, s.6.

- szczegółowe informacje na temat barier wejścia na rynek, w tym: szacowany okres inwestycji, dostępność kluczowych zasobów, szacowane koszty, w tym koszty utopione,
- jeżeli przedsiębiorca gromadzi tego rodzaju informacje, szczegółowe dane na temat odbiorców, w tym odbiorców końcowych (np. adresy klientów, wartości ich zakupów, charakterystyka).

Należy wskazać, że wiele informacji, jakie mogą zostać wykorzystane w toku postępowania antymonopolowego, a którymi nie dysponują uczestnicy koncentracji, mogą zostać zgromadzone przez organ antymonopolowy w toku badania rynku. Dane, jakie organy antymonopolowe pozyskują od innych uczestników rynku oraz ze źródeł zewnętrznych, obejmują najczęściej informacje takie jak:

- wartości i wielkości produkcji, sprzedaży, importu i eksportu w układach odpowiednich do zapotrzebowania,
- ceny oferowanych usług i produktów,
- stopień dywersyfikacji źródeł zaopatrzenia,
- szczegółowe informacje odnośnie realnej możliwości zmiany dostawcy oraz kosztów do poniesienia na wypadek takiej zmiany (bariery),
- moce produkcyjne zainstalowane na rynku,
- wszelkie informacje na temat zwyczajów i preferencji konsumentów,
- dane ekonomiczno-socjologiczne dotyczące poszczególnych regionów objętych analizą.

IV. Wnioski

Porównanie decyzji polskiego i brytyjskiego organu ochrony konkurencji pod względem wykorzystania analizy ekonomicznej wskazuje, że brytyjski organ antymonopolowy korzysta z bardziej zaawansowanych metod ilościowych, przede wszystkim w decyzjach wydawanych w fazie 2 postępowania. Można uznać, że decyzje Prezesa UOKiK, w konstrukcji i zakresie stosowanych metod zbliżone są do decyzji wydawanych w fazie 1 postępowania antymonopolowego w Wielkiej Brytanii.

Korzystanie z zaawansowanych narzędzi analitycznych daje bardziej obiektywny obraz skutków transakcji, a tym samym bardziej sprawiedliwy wynik decyzji. Uczestnicy transakcji mogą mieć poczucie, że za treścią decyzji stoi rzetelna analiza faktycznych warunków rynkowych, stanu koncentracji i potencjalnego wpływu koncentracji na stan konkurencji na rynku, nie zaś wiedza ogólna osób zajmujących się sprawą.

Należy jednak mieć na uwadze, że możliwość zastosowania narzędzi ilościowych wiąże się z koniecznością zgromadzenia i analizowania dużych zbiorów

danych. Dane takie mogą zostać pozyskane od uczestników postępowania, ze źródeł zewnętrznych lub od innych uczestników rynku. W przedsiębiorstwach przechowywane są, co do zasady, dane transakcyjne w systemach księgowych. Takie dane mogą być przydatne i zostać wykorzystane np. do zbadania, w jaki sposób ceny i wielkości sprzedaży stron transakcji zmieniały się w ciągu ostatnich kilku lat porównania ceny i kosztów, a także porównania marż na poziomie hurtowym i cen w ujęciu czasu, produktów i regionów w celu dostarczenia informacji odnośnie warunków konkurencji, w jakich funkcjonują strony.

Istotne jest również gromadzenie danych, które zwykle nie są zbierane w toku prowadzonej działalności, lecz mogą być niezwykle przydatne dla celów prowadzonych postępowań antymonopolowych. Dane takie obejmują na przykład historię wejść i wyjść z rynku, zmiany struktury rynku w czasie, czy przykłady zachowań rynkowych pojawiających się w odpowiedzi na działania konkurentów. W praktyce, często spotyka się sytuacje, w których przedsiębiorca w ogóle nie gromadzi pewnego rodzaju informacji bądź gromadzi je w formie niemożliwej do przeanalizowania w krótkim czasie (na przykład wyłącznie w formie papierowej). Informacje takie, w przypadku, gdy nie są gromadzone i przechowywane w zorganizowanym trybie, mogą zostać bezpowrotnie utracone, na przykład na skutek rotacji pracowników. Przedsiębiorcy działający na rynku powinni mieć świadomość, że wszelkie historyczne dane rynkowe mogą stać się niezwykle użyteczne w toku postępowania przez Prezesem UOKiK.

Bibliografia

- Baker, J.B. i Bresnahan, T.F. (2006). Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power, *Stanford Law and Economic Olin Working Papers No. 328*.
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: UOKiK.
- Bongard, Ch., Moeller, D., Raimann, A., Szadkowski, N. i Dubejko U. (2007). *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*. Bonn/Warszawa: UOKiK.
- Buccirossi, P. (red.). *Handbook of Antitrust Economics*. Massachusetts Institute of Technology 2008.
- Geradin, D., Layne-Farrar, A. i Petit, (2012). *EU Competition Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Matuszczak-Piasta, J. (2014). Koncepcja asymetrycznej presji konkurencyjnej. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach Auchan Polska i Jeronimo Martins w perspektywie doświadczeń brytyjskich, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 9(3). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Joanna Piechucka*
Marta Stryszowska**

Analiza korelacji cen – zastosowanie do wyznaczania rynków właściwych

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Aspekty techniczne
- III. Przykłady praktycznego zastosowania
 - 1. Sprawa *Ryanair/Aer Lingus*
 - 2. Sprawa *Nynas/Shell/Harburg Refinery*
 - 3. Sprawa *Huntsman/Rockwood*
 - 4. Sprawa *Marine Harvest/Morpol*
- IV. Uwagi końcowe

Streszczenie

Niniejszy artykuł omawia zastosowanie analizy korelacji cen w decyzjach Komisji Europejskiej i przedstawia wnioski z nich płynące. W pierwszej kolejności artykuł przedstawia techniczne aspekty zastosowania analizy korelacji cen do wyznaczania rynku właściwego. W szczególności omawia potencjalne problemy, jakie mogą się pojawić przy jej zastosowaniu oraz jakie można podjąć kroki, aby im zaradzić. Nakreśla przy tym jakie dane potrzebne są do wykonania analizy. W drugiej kolejności, omawia przykłady praktycznego zastosowania analizy korelacji cen do wyznaczania rynku właściwego w decyzjach Komisji Europejskiej. Analiza niedawnych decyzji Komisji Europejskiej pozwala wyciągnąć wnioski, co do prawidłowego zastosowania omawianej metody.

* Doktorant, Paris School of Economics – Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Ekonomista, Microeconomix, tel. +33 1 75 57 89 88, email: joanna.piechucka@psemail.eu.

** Wiceprezes, Microeconomix, tel. +33 1 75 57 89 88, email: marta.stryszowska@microeconomix.com.

Słowa kluczowe: definicja rynku, analiza korelacji cen, połączenia.

Klasyfikacja JEL: C01, L49.

I. Wprowadzenie

Analiza korelacji cen jest narzędziem ekonomicznym wykorzystywanym do wyznaczania rynku właściwego (Garcés i Davis, 2009). Pomaga ocenić substytucyjność rozpatrywanych dóbr. Jej celem jest wskazanie, jak bardzo ewolucja cen rozpatrywanych produktów jest do siebie zbliżona. W przypadku dóbr substytucyjnych, można się spodziewać, że charakteryzuje je podobna ewolucja cen. Wzrost ceny jednego produktu powoduje wówczas przepływ części konsumentów tego produktu do drugiego produktu, co z kolei powoduje wzrost również jego ceny. Podobnie, spadek ceny jednego produktu powoduje przepływ części konsumentów drugiego produktu do tego produktu, co z kolei powoduje spadek również jego ceny.

Można oczekiwać, że ceny produktów należących do tego samego właściwego rynku produktowego będą cechowały się podobną ewolucją w czasie. Podobnie, można spodziewać się, że ceny produktów w regionach należących do tego samego właściwego rynku geograficznego będą podobnie zmieniały się w czasie.

Analizę korelacji cen cechuje różny stopień zaawansowania. Można do niej zastosować zarówno prosty wskaźnik korelacji, jak i bardziej zaawansowane metody ekonometryczne. Najprostsza metoda wymaga jedynie danych na temat cen rozpatrywanych produktów. Z kolei, bardziej skomplikowane metody mogą dodatkowo wymagać danych na temat czynników kosztowych i popytowych mających wpływ na ceny rozpatrywanych produktów.

Należy pamiętać, iż wyniki analizy korelacji cen należy interpretować z pewną dozą ostrożności. W szczególności zastosowanie prostych wskaźników korelacji do wyznaczenia rynku właściwego może być obarczone błędem. Może się zdarzyć, że pozytywna korelacja cen nie świadczy o substytucyjności rozpatrywanych dóbr, ale o tym, że są one pod wpływem tych samych szoków kosztowych i popytowych. Przykładowo, dobra o wysoce energochłonnej produkcji mogą wykazywać wysoką korelację cen pomimo braku substytucyjności pomiędzy nimi. Podobnie, dobra stosowane tylko przy dobrej pogodzie mogą mieć podobną ewolucję cen, mimo że nie stanowią dóbr substytucyjnych.

Bardziej zaawansowane metody stosuje się właśnie w celu wyeliminowania potencjalnych błędów występujących przy zastosowaniu prostego

wskaźnika korelacji cen. Ich celem jest uwzględnienie w analizie wpływu ewentualnych szoków kosztowych i popytowych, które mogłyby zakłócić prawidłową interpretację wyników. Stosowane są one również do skorygowania ewentualnego błędu polegającego na nieprawidłowym stwierdzeniu substytucyjności rozpatrywanych dóbr w rezultacie występowania trendów cenowych w danych (związanych np. z inflacją).

Przy zastosowaniu analizy korelacji cen pojawia się również kwestia interpretacji otrzymanego współczynnika. Konieczne okazuje się określenie wartości współczynnika korelacji cen, powyżej której rozważane produkty należałyby do tego samego rynku właściwego. Kwestia ta jest w praktyce rozwiązana poprzez porównanie otrzymanego wyniku do współczynnika korelacji cen produktów uznanych za należące do tego samego rynku właściwego.

Niniejszy artykuł omawia zastosowanie analizy korelacji cen w decyzjach Komisji Europejskiej (dalej „Komisja”) i przedstawia wnioski z nich płynące. Część pierwsza omawia techniczne aspekty analizy korelacji cen. Część druga przedstawia przykłady praktycznego zastosowania analizy korelacji cen do wyznaczenia rynku właściwego w decyzjach Komisji. Część trzecia zawiera uwagi końcowe.

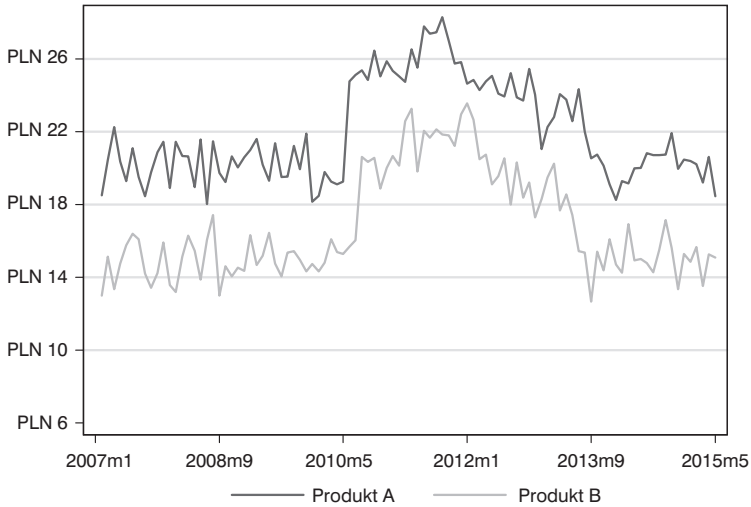
II. Aspekty techniczne

Współczynnik korelacji Pearsona może zostać zastosowany w celu zmierzenia korelacji cen rozpatrywanych produktów. W przypadku gdy przyjmuje on wartość zbliżoną do 1, mamy do czynienia z silną korelacją cen. Z kolei jego wartość bliska 0 świadczy o niższej korelacji cen (Garcés i Davis, 2009). Przykładowa ewolucja cen dwóch dóbr substytucyjnych została przedstawiona na poniższym wykresie. Jak można zauważyć, ceny produktów zmieniają się w dużym stopniu równolegle w czasie. W takim przypadku mamy właśnie do czynienia z wysoką korelacją cen (około 0,91).

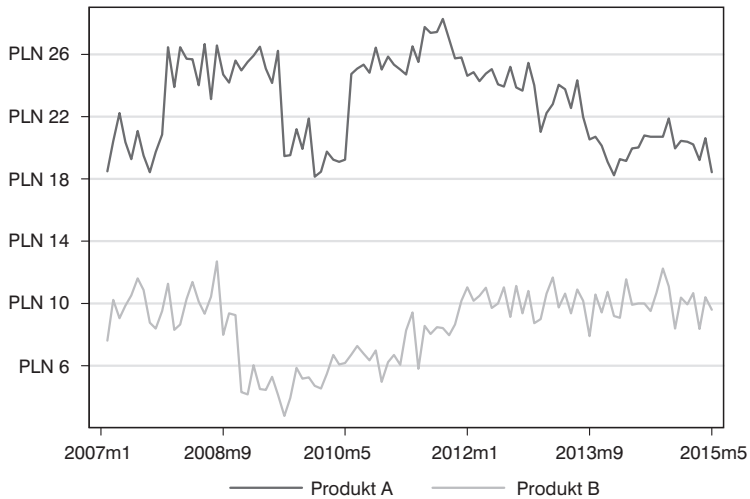
Dla porównania, na poniższym wykresie przedstawiono ewolucje cen, które cechują się niskim współczynnikiem korelacji (około -0,04).

W celu zinterpretowania otrzymanego współczynnika korelacji Pearsona, porównuje się z reguły otrzymany wynik do przyjętego punktu odniesienia. Przykładowo, rozważając czy woda gazowana oraz woda niegazowana należą do tego samego rynku właściwego, jako punkt odniesienia można uznać współczynnik korelacji cen pomiędzy różnymi markami wody niegazowanej¹.

¹ Takie podejście przyjęto w decyzji KE nr IV/M.190 – Nestlé/Perrier z dnia 22/07/1992.

Wykres 1. Przykładowa ewolucja cen dwóch dóbr substytucyjnych

Źródło: Opracowanie Microeconomix.

Wykres 2: Przykładowe ewolucje cen o niskim współczynniku korelacji

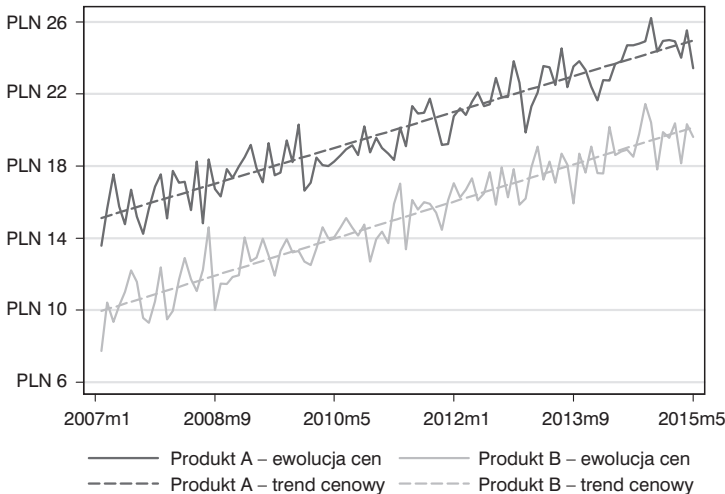
Źródło: Opracowanie Microeconomix.

Stwierdzenie substytucyjności rozpatrywanych dóbr przy użyciu współczynnika korelacji Pearsona może być obarczone błędem. Stwierdzona korelacja cen może mianowicie wynikać z czynników równocześnie wpływających

na ceny obydwu rozpatrywanych produktów. Może ona być konsekwencją tego, że obydwa produkty są pod wpływem tych samych szoków kosztowych czy też popytowych (Garcés i Davis, 2009). Wysoki współczynnik korelacji cen może również wynikać z istnienia trendu w danych (Yule, 1926).

Poniższy wykres przedstawia przykład dwóch produktów, których ceny są ze sobą silnie skorelowane, gdyż mają podobną tendencję wzrostową. Wskaźnik korelacji cen tych produktów wynosi około 0,93. Rozpatrywane dobra nie muszą jednak stanowić substytutów. Wystarczy przykładowo, żeby ich ceny były pod silnym wpływem inflacji. Można się wówczas spodziewać, że będą one miały podobny trend cenowy, co z kolei przyczyni się do silnej korelacji ich cen.

Wykres 3. Niestacjonarny szereg cenowy



Źródło: Opracowanie Microeconomix.

Bardziej zaawansowane metody analizy korelacji cen mogą zostać zastosowane w celu wykluczenia błędów, jakimi może być obciążona analiza oparta na prostym współczynniku korelacji. Wśród tych metod można wskazać na analizę korelacji cząstkowej (Greene, 2012). Polega ona na oczyszczeniu danych dotyczących cen rozpatrywanych dóbr z czynników, które równocześnie na nie wpływają. W analizie korelacji cen podejmuje się zwykle trzy kroki. W pierwszym kroku dokonuje się różnicowania danych (czyli obliczenia różnicy pomiędzy ceną w danym okresie a ceną w poprzedzającym okresie). Zabieg ten ma na celu wyeliminowanie ewentualnych trendów cenowych występujących w wykorzystywanych danych.

W drugim kroku dokonuje się regresji otrzymanych w pierwszym kroku zróżnicowanych cen na czynnikach je determinujących (Sherwin i Stigler, 1985). Czynniki te zwykle uwzględniają zmienne kosztowe i/lub popytowe, które wpływają na ceny obydwu produktów. Zabieg ten ma na celu oczyszczenie analizowanych danych z wpływu zidentyfikowanych czynników kosztowych i/lub popytowych na ceny analizowanych produktów. Pominięcie tego kroku mogłoby doprowadzić do stwierdzenia wysokiej korelacji cen rozważanych produktów tylko dlatego, że są one pod wpływem takich samych szoków kosztowych czy popytowych.

W trzecim kroku mierzy się korelację pomiędzy oszacowanymi błędami regresji (czyli różnicami pomiędzy rzeczywistymi zróżnicowanymi cenami a zróżnicowanymi cenami oszacowanymi na podstawie zastosowanego modelu regresji). Innymi słowy, analizę korelacji cen dokonuje się po wyizolowaniu wpływu wspólnych czynników kosztowych i/lub popytowych na ceny analizowanych produktów. Zastosowanie analizy korelacji cząstkowej do definicji rynku właściwego pozwala więc na przewyżczenie niektórych wad, którym może być obarczona prosta analiza korelacji cen.

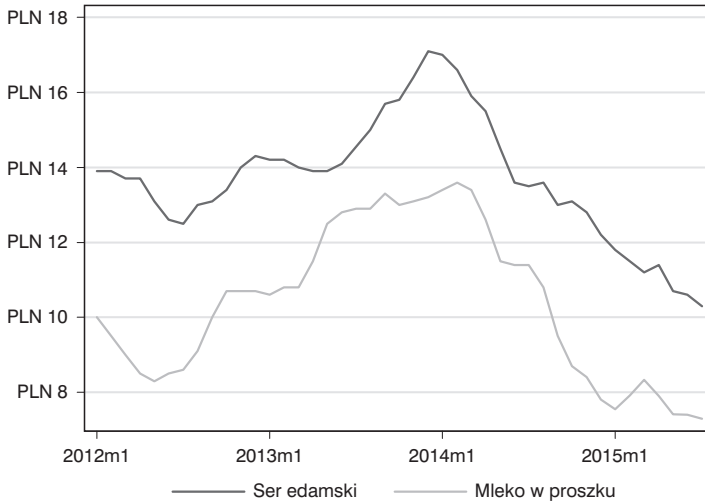
Analizę korelacji cen można zilustrować na przykładzie cen sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku. Na poniższym wykresie przedstawiono średnie miesięczne ceny sprzedaży sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku od stycznia 2009 r. do lipca 2015 r. w Polsce. Współczynnik korelacji cen tych produktów wynosi około 0,91. Trudno sobie jednak wyobrazić, aby ser edamski oraz odtłuszczone mleko w proszku należały do tego samego właściwego rynku produktowego.

Aby wyeliminować ewentualne trendy cenowe występujące w danych (związane przykładowo z inflacją) dokonano różnicowania cen. W analizie uwzględniono więc różnicę pomiędzy ceną produktu w danym miesiącu a jego ceną w miesiącu poprzedzającym. Na poniższym wykresie zaprezentowano otrzymane zróżnicowane ceny sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku. Po dokonaniu wyżej opisanego zabiegu różnicowania cen, współczynnik korelacji cen spadł do poziomu około 0,42.

W kolejnym kroku wyizolowano wpływ wspólnych zmiennych kosztowych na ceny sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku. W tym celu dokonano regresji zróżnicowanych cen odpowiednio sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku na zróżnicowanych cenach skupu mleka.

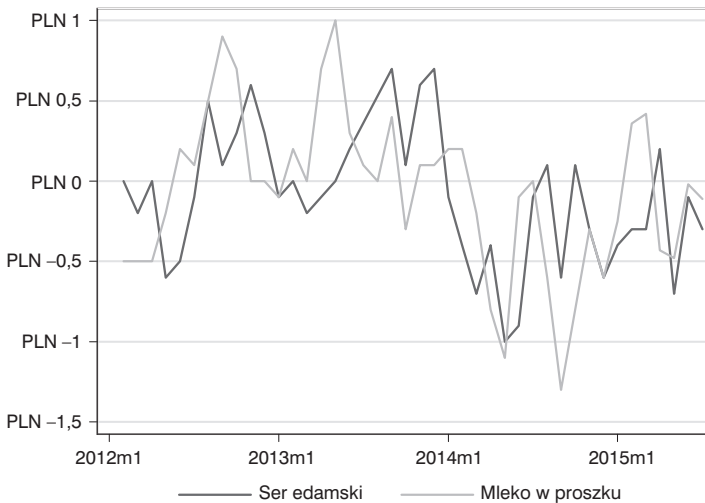
Na poniższym wykresie przedstawiono otrzymane błędy regresji. Oszacowany współczynnik korelacji pomiędzy nimi wyniósł jedynie około 0,26.

Wykres 4. Średnie miesięczne ceny sprzedaży sera edamskiego oraz odtuszczonego mleka w proszku [w zł/kg]



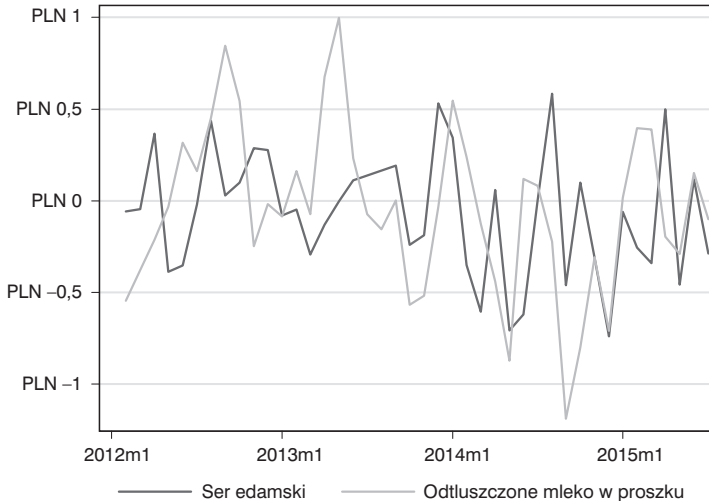
Źródło: Opracowanie Microeconomix na podstawie danych Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi.

Wykres 5. Zróżnicowane miesięczne ceny sera edamskiego oraz odtuszczonego mleka w proszku



Źródło: Opracowanie Microeconomix na podstawie danych Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi.

Wykres 6. Zróżnicowane ceny sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku po wyizolowaniu wpływu zróżnicowanych cen skupu mleka



Źródło: Opracowanie Microeconomix na podstawie danych Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi.

Aby zinterpretować otrzymany współczynnik korelacji cen jako punkt odniesienia należy przyjąć produkty, które mogą być uznane za należące do tego samego rynku produktowego. W analizowanym przykładzie za takie artykuły uznano ser edamski oraz ser gouda. W poniższej tabeli przedstawiono współczynniki korelacji cen dla poszczególnych etapów analizy. Wyniki te zestawiono ze współczynnikami korelacji cen pomiędzy serem edamskim a serem gouda, które przyjęto jako punkt odniesienia do interpretacji otrzymanych wyników. Jak widać w poniższej tabeli, współczynnik korelacji cen pomiędzy serem edamskim oraz odtłuszczonego mleka w proszku otrzymany po zróżnicowaniu cen i wyizolowaniu wpływu wspólnych zmiennych kosztowych (0,262) jest istotnie niższy niż współczynnik ten oszacowany dla sera edamskiego oraz sera gouda (0,752).

Powyższy przykład pokazał, że przy zastosowaniu prostego wskaźnika korelacji cen, korelacja pomiędzy cenami sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku mogłaby być uznana za wysoką. Jednak po uwzględnieniu trendu czasowego w danych oraz wyizolowaniu wpływu wspólnych zmiennych kosztowych (ceny skupu mleka) na ceny analizowanych produktów współczynnik korelacji cen okazał się być o wiele niższy. Aby zinterpretować otrzymany współczynnik, jego wartość odniesiono do współczynnika korelacji cen sera edamskiego oraz sera gouda. Porównanie to potwierdziło niską substytucyjność rozpatrywanych produktów.

Tabela 1. Współczynniki korelacji cen sera edamskiego oraz odtłuszczonego mleka w proszku w odniesieniu do współczynnika korelacji cen sera edamskiego oraz sera gouda

Współczynnik korelacji cen	Pomiędzy serem edamskim a odtłuszczonego mlekiem w proszku	Pomiędzy serami edamskim i gouda
Prosty współczynnik korelacji	0,907	0,987
Po zróżnicowaniu cen	0,425	0,843
Po zróżnicowaniu cen i wyizolowaniu wpływu wspólnych zmiennych kosztowych	0,262	0,752

Źródło: Opracowanie Microeconomix.

III. Przykłady praktycznego zastosowania

Niniejszy rozdział przedstawia przykłady zastosowania analizy korelacji cen przez Komisję Europejską w ramach wzmocnienia argumentacji służącej do wyznaczenia rynku właściwego. W szczególności omówiono następujące sprawy: *Ryanair/Aer Lingus*², *Nynas/Shell/Harburg Refinery*³, *Huntsman/Rockwood*⁴ oraz *Marine Harvest/Morpol*⁵.

1. Sprawa *Ryanair/Aer Lingus*

Analiza korelacji cen została zastosowana do wyznaczenia rynku właściwego w sprawie dotyczącej koncentracji pomiędzy Ryanair a Aer Lingus. W sprawie tej padło pytanie, czy loty do różnych lotnisk obsługujących tę samą aglomerację (np. lotnisko Bruksela i lotnisko Bruksela-Charleroi) należą do tego samego rynku właściwego. Kwestia ta okazała się kluczowa, gdyż w wielu przypadkach Ryanair i Aer Lingus obsługiwały loty do różnych lotnisk docelowych w ramach tej samej aglomeracji. Zatem stwierdzenie, że na danej trasie (np. Dublin – Bruksela) powinny być wzięte pod uwagę różne lotniska docelowe obsługujące tę samą aglomerację wzbudzało podejrzenie wystąpienia horyzontalnych skutków koncentracji.

W swoim postępowaniu Komisja podjęła kroki, by wyeliminować błędy, które mogły się pojawić przy zastosowaniu prostej analizy korelacji cen. Po pierwsze, analizę oparto na różnicy pomiędzy ceną w danym okresie

² Decyzja KE nr COMP/M.6663 – *Ryanair/Aer Lingus* III z dnia 27/02/2013 r..

³ Decyzja KE nr COMP/M.6360 – *Nynas/Shell/Harburg Refinery* z dnia 02/09/2013 r..

⁴ Decyzja KE nr M.7061 – *Huntsman Corporation/Equity Interests held by Rockwood Holdings* z dnia 10/09/2014 r.

⁵ Decyzja KE nr M.6850 – *Marine Harvest/Morpol* z dnia 30/09/2013 r.

a ceną w poprzedzającym okresie. Operacja ta miała na celu wykluczenie przypisania korelacji wynikających z zaistniałych ogólnych trendów w czasie do korelacji wynikającej z przynależności do tego samego rynku właściwego. Po drugie, Komisja „oczyściła” analizę z czynników, które mogłyby mieć równoczesny wpływ na ceny stosowane przez obydwie linie lotnicze (takie jak ceny paliw czy efekty sezonowe).

W swojej analizie Komisja posłużyła się danymi na temat średnich miesięcznych cen biletów stosowanych przez Ryanair i Aer Lingus na poszczególnych trasach. Zadanie polegało na sprawdzeniu, na ile ewolucja cen stosowanych przez jedną z linii lotniczych na danej trasie łączącej dwa miasta jest zbliżona do ewolucji cen stosowanych przez drugą linię lotniczą na trasie łączącej te same miasta, ale przy użyciu innego lotniska docelowego. W celu zinterpretowania otrzymanych wyników Komisja porównała korelację cen na tych trasach ze średnią korelacją cen stosowanych przez te linie w przypadku obsługiwanego identycznych tras (tj. tras łączących te same miasta przy użyciu tych samych lotnisk).

Komisja wykorzystwała otrzymane wyniki jako jeden z elementów świadczących o tym, że loty do pobliskich lotnisk należą do tego samego rynku właściwego. Otrzymane wyniki wykazały bowiem, że w wielu przypadkach korelacja pomiędzy cenami lotów na trasach do pobliskich lotnisk była porównywalna do korelacji cen lotów na identycznych trasach.

2. Sprawa *Nynas/Shell/Harburg Refinery*

W decyzji dotyczącej koncentracji pomiędzy Shell a Nynas przedstawiono ciekawe zastosowanie analizy korelacji cen do wyznaczenia zarówno właściwego rynku produktowego, jak i właściwego rynku geograficznego. Dotyczyła ona sprzedaży olejów naftenowych i parafinowych.

Strony zgłaszające koncentrację twierdziły, że wykonana przez nich analiza korelacji cen świadczy o szerokim właściwym rynku produktowym, obejmującym olej naftenowy oraz parafinowy. Analizę oparto na danych dotyczących średnich cen rozpatrywanego oleju pomniejszonych o ceny próżniowego oleju gazowego (*VGO*). Próżniowy olej gazowy stanowił bowiem istotny składnik kosztowy cen rozważanych olejów. Takie podejście miało na celu wyeliminować wpływ wspólnych czynników kosztowych wpływających na ceny analizowanych olejów. Otrzymane wyniki wskazywały na silną korelację pomiędzy cenami olejów naftenowych i parafinowych.

Komisja podważyła jednak podejście przyjęte przez strony zgłaszające koncentrację. Zdaniem Komisji, w analizie należało wziąć pod uwagę ceny

VGO sprzed trzech miesięcy. Okazuje się bowiem, że ceny olejów naftenowych i parafinowych nie kształtują się na podstawie cen *VGO* panujących w danym okresie, ale są ustalane o wiele wcześniej. Ponadto, ceny olejów naftenowych i parafinowych są raportowane z pewnym opóźnieniem w systemie księgowym.

Po naniesieniu sugerowanej poprawki, otrzymane wyniki wskazywały na o wiele niższą korelację cen olejów naftenowych i parafinowych. Na ich podstawie Komisja stwierdziła, że oszacowana korelacja nie stanowi przesłanki do przyjęcia szerokiej definicji rynku właściwego.

Strony zgłaszające koncentrację zastosowały również analizę korelacji cen do wsparcia swojej argumentacji dotyczącej przyjęcia szerokiego rynku geograficznego. Przedstawiona analiza dotyczyła porównania ewolucji cen olejów naftenowych w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) oraz Ameryce Północnej. Analiza polegała na oszacowaniu współczynnika korelacji cen amerykańskich oraz europejskich olejów naftenowych i parafinowych pomniejszonych o cenę *VGO*. Komisja Europejska pokazała jednak, że po uwzględnieniu cen *VGO* sprzed trzech miesięcy w analizie, oszacowane korelacje znacząco spadły i okazały się stosunkowo niskie. Na tej podstawie Komisja przyjęła, iż analiza nie pozwala przyjąć definicji właściwego rynku szerszej niż EOG.

3. Sprawa *Huntsman/Rockwood*

Decyzja dotycząca koncentracji pomiędzy *Huntsman* a *Rockwood* przedstawia kolejne ciekawe zastosowanie analizy korelacji cen do wyznaczenia właściwego rynku produktów. Komisja zdecydowała się zbadać w tej sprawie korelację cząstkową pomiędzy pigmentami do farb drukarskich a pigmentami kryjącymi.

Metoda przyjęta przez Komisję polegała na zbadaniu korelacji cen dwóch rodzajów pigmentów, uwzględniając przy tym czynniki kosztowe mające na nie równocześnie wpływ. Wśród uwzględnionych czynników znalazły się zmienne kosztowe takie jak np. ceny szlaki tytanowej i ilmenitu oraz koszty energii. W analizie uwzględnione zostały również zmienne sezonowe. Ewentualne trendy cenowe zostały usunięte poprzez dokonanie wyżej opisanej operacji różnicowania cen.

Dodatkowo Komisja uwzględniła tylko te pigmenty, dla których dostępna była wystarczająca liczba danych. W szczególności pominięto te pigmenty, dla których dostępne dane obejmowały okres krótszy od dwóch lat. Ponadto skoncentrowano się na dziesięciu najlepiej sprzedających się pigmentów każdej z łączących się stron.

W swojej decyzji Komisja posłużyła się różnym stopniem agregacji danych. Poza analizą korelacji cen pomiędzy przedsiębiorstwami, przeprowadzono również analizę w ramach przedsiębiorstwa oraz analizę w ramach fabryki.

Analiza korelacji cen pomiędzy przedsiębiorstwami unaoczniała bowiem problem występowania czynników kosztowych różniących się pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorstwami oraz fabrykami. W toku analizy okazało się, że istniały specyficzne czynniki kosztowe charakterystyczne dla poszczególnych fabryk. Takie zjawisko utrudniało uwzględnienie w analizie zjawiska występowania wspólnych czynników kosztowych. Aby zaradzić temu problemowi, w drugiej kolejności została podjęta analiza w ramach każdego przedsiębiorstwa. W analizie tej uwzględniono czynniki kosztowe charakterystyczne dla poszczególnego przedsiębiorstwa. W tym celu oszacowano średnią współczynników korelacji cen pomiędzy pigmentami do farb drukarskich i pigmentami kryjącymi w ramach jednego przedsiębiorstwa i porównano wynik do średniej współczynników korelacji pomiędzy cenami pigmentów kryjących w tym samym przedsiębiorstwie.

W kolejnym kroku rozważono czynniki kosztowe specyficzne dla poszczególnych fabryk. Analiza polegała na porównaniu średniej współczynników korelacji cen pigmentów do farb drukarskich i pigmentów kryjących w danej fabryce do średniej współczynników korelacji cen pigmentów kryjących w tej samej fabryce.

Na podstawie przeprowadzonej analizy Komisja doszła do wniosku, że korelacja pomiędzy cenami pigmentów kryjących a cenami pigmentów do farb drukarskich jest niższa niż korelacja pomiędzy cenami dwóch różnych pigmentów kryjących. Otrzymany wynik został wykorzystany przez Komisję jako jeden z elementów świadczących o tym, że pigmenty do farb drukarskich nie należą do tego samego rynku właściwego co pigmenty kryjące.

W swojej decyzji Komisja podkreśliła, że analiza korelacji cen nadaje się bardziej do wykluczenia pewnych produktów z rynku właściwego niż do ich włączenia. Jest to związane z tym, że nie zawsze możliwe jest oczyszczenie danych ze wspólnych szoków kosztowych czy popytowych. W związku z tym może dojść do istnienia silnej pozytywnej korelacji cen dwóch produktów, które nie są substytutami.

Komisja wskazała również na trzy warunki, które jej zdaniem powinna spełniać rzetelna analiza korelacji cen. Po pierwsze, należy wykluczyć ewentualny wpływ wspólnych czynników mających na analizowane ceny (takich jak wspólne koszty czy też wspólne czynniki determinujące popyt). Po drugie, należy się upewnić, że analizowane dane są stacjonarne (czyli nie zawierają trendu). Po trzecie, analizowane dane powinny zawierać odpowiednią liczbę obserwacji z możliwie jak najmniejszą liczbą luk.

4. Sprawa *Marine Harvest/Morpol*

Komisja zastosowała również analizę korelacji cen do definicji właściwego rynku produktowego w swojej decyzji dotyczącej koncentracji dwóch producentów łososia. W szczególności została ona zastosowana jako uzupełnienie analizy jakościowej dotyczącej substytucyjności pomiędzy łososiem pochodzenia norweskiego a łososiem pochodzenia szkockiego.

Strona zgłaszająca koncentrację dostarczyła Komisji analizę korelacji cen dokonanej na podstawie danych dotyczących średnich tygodniowych cen transakcyjnych łososia norweskiego oraz szkockiego. Analiza została przeprowadzona dla różnych kategorii wagowych rozważanych ryb (1–2 kg, 2–3 kg, 3–4 kg, 4–5 kg, 5–6 kg, 6+ kg łososia patroszonego z głową). Strona zgłaszająca argumentowała, że otrzymane wyniki wskazywały na silną korelację pomiędzy cenami łososia norweskiego oraz szkockiego. Jej zdaniem wynik ten przemawiał za włączeniem rozważanych dwóch typów łososia do tego samego rynku właściwego.

Komisja wskazała jednak na problemy metodologiczne związane z przeprowadzoną analizą i zdecydowała się przeprowadzić własne badanie. Problemy dotyczyły przede wszystkim występowania wspólnych składników cenowych oraz trendu w danych. Aby przezwyciężyć te wady, w swojej analizie Komisja wzięła pod uwagę różnice pomiędzy cenami w kolejnych okresach. Taki zabieg miał na celu zapewnić, aby analizowane dane były stacjonarne i usunąć do pewnego stopnia problem występowania wspólnych kosztów. W ramach swojego badania Komisja przeprowadziła analizę korelacji cząstkowej. Przyjęła w tym celu, że średni miesięczny koszt karmy rybnej może stanowić miarę wspólnych składników kosztowych. Taki zabieg miał na celu przezwyciężyć problem występowania wspólnych składników kosztowych właściwych zarówno dla łososia norweskiego, jak i szkockiego.

Analizę przeprowadzono dla różnych poziomów agregacji danych, tj. na poziomie tygodniowym i miesięcznym. Dodatkowo, w celu interpretacji wyników Komisja przyjęła dwa punkty odniesienia, a mianowicie (1) współczynnik korelacji pomiędzy cenami łososia norweskiego o różnych kategoriach wagowych oraz (2) współczynnik korelacji pomiędzy cenami łososia szkockiego o różnych kategoriach wagowych. Otrzymane wyniki wskazały na ograniczoną korelację cen pomiędzy łososiem norweskim a szkockim. Na podstawie przeprowadzonej analizy Komisja przyjęła, iż łosoś szkocki oraz łosoś norweski stanowią oddzielne rynki właściwe.

IV. Uwagi końcowe

Analiza korelacji cen jest narzędziem stosowanym przez Komisję Europejską do wyznaczenia rynku właściwego. Jest ona zwykle oparta o dane cenowe, jak również dane na temat czynników kosztowych oraz popytowych. Relatywna łatwość zebrania tych danych zachęca do zastosowania tej metody.

Jak często podkreśla to Komisja, analiza korelacji cen nie jest narzędziem doskonałym. Otrzymane wyniki wskazujące na pozytywną korelację cen nie muszą bowiem przemawiać za przyjęciem szerszego rynku właściwego, ale mogą być związane z nieodpowiednim zastosowaniem tej metody. W szczególności wspólne aspekty kosztowe i/lub popytowe porównywanych produktów mogą utrudnić interpretację otrzymanych wyników. Podobnie, obecność trendu w analizowanych cenach może prowadzić do błędnych wniosków.

Mając na uwadze niedoskonałości prostej analizy korelacji cen, Komisja podejmuje w swoich decyzjach kroki mające na celu ich wyeliminowanie. W szczególności Komisja stosuje analizę korelacji cząstkowej w celu wykluczenia wspólnych czynników kosztowych i popytowych analizowanych produktów. Ponadto, w celu wyeliminowania problemu związanego z obecnością trendu w analizowanych danych Komisja przeprowadza analizę w oparciu o dane zróżnicowane, tj. stanowiące różnicę pomiędzy ceną w danym okresie a ceną w poprzedzającym okresie.

Niedoskonałość analizy korelacji cen powoduje, że Komisja woli ją wykorzystywać raczej do wykluczenia rozpatrywanych produktów z rynku właściwego niż do ich włączenia. Stwierdzenie, że ceny rozpatrywanych produktów nie są wystarczająco skorelowane pomaga jej więc ustalić, że rozpatrywane produkty nie należą najpewniej do tego samego rynku właściwego. Analiza korelacji cen stanowi wówczas uzupełnienie pozostałego zebranego materiału dowodowego.

Bibliografia

- Garcés, Eliana i Peter Davis. (2009). *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University.
- Greene, William H. (2012). *Econometric Analysis*. 7. New Jersey: Pearson Education.
- Sherwin, Robert Stanley i George Joseph Stigler. (1985). „The Extent of the Market.” Redakcja: The University of Chicago Press. *Journal of Law and Economics* 28, nr 3 (October): 555–585.
- Yule, George Udny. (1926). „Why do we Sometimes get Nonsense-Correlations between Time-Series? – A Study in Sampling and the Nature of Time-Series.” *Journal of the Royal Statistical Society* (Journal of the Royal Statistical Society) 89, nr 1 (January): 1–63.

Wojciech Dorabialski*

Analityczne metody wykrywania karteli i zmów przetargowych

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Metody proaktywne i reaktywne
- III. Klasyfikacje ekonomicznych metod analitycznych
 - 1. Metody ekonometryczno-statystyczne a metody wskaźnikowe
 - 2. Metody strukturalne a metody behawioralne
 - 3. Badania przesiewowe a badania pogłębione
- IV. Przegląd metod wykrywania karteli i zmów przetargowych
 - 1. Metody ekonometryczne i statystyczne
 - 2. Metody wskaźnikowe
- V. Różnice w wykrywaniu karteli i zmów przetargowych
- VI. Perspektywy rozwoju detekcji porozumień antykonkurencyjnych

Streszczenie

W niniejszym artykule podejmuję próbę analizy użyteczności analitycznych metod wykrywania karteli i zmów przetargowych, z punktu widzenia organu antymonopolowego. Opis możliwych klasyfikacji oraz krótka prezentacja poszczególnych narzędzi, stanowi tło dla identyfikacji możliwych obszarów zastosowań dla każdej z technik. Artykuł zamykam refleksjami na temat ogólnych perspektyw rozwoju tego działu ekonomii ochrony konkurencji.

Słowa kluczowe: Polityka konkurencji, kartele, umowy przetargowe, wykrywanie nieprawidłowości.

Klasyfikacja JEL: K21, K42, L11, L12.

* Radca Prezesa w Departamencie Analiz Rynku UOKiK. Zawarte w artykule poglądy są poglądami prywatnymi i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

I. Wprowadzenie

Kartele i zmowy przetargowe – w odróżnieniu od działań jednostronnych czy fuzji przedsiębiorców – nie są, co do zasady, łatwo obserwowalne przez innych uczestników rynku. Co więcej, przedsiębiorcy mają zwykle świadomość nielegalności i konieczności utrzymywania w tajemnicy takich porozumień. Dotyczy to również jurysdykcji o niewielkich tradycjach antymonopolowych. Dlatego ściganie antykonkurencyjnych porozumień przez organy antymonopolowe wymaga stawienia czoła szczególnym wyzwaniom, które nie występują w innych obszarach ochrony konkurencji: problemowi wykrycia praktyki oraz problemowi zdobycia dowodów. Zjawisko ukrywania dowodów/szczegółów praktyki, czy też odmowy współpracy z organem ochrony konkurencji występuje również w toku innych rodzajów postępowań, ale tylko w przypadku ścigania antykonkurencyjnych porozumień stanowi ono podstawowe wyzwanie, będące w stanie zaważyć na skuteczności organu antymonopolowego.

Wykrywanie karteli i zmów można porównać do łowienia ryb w mętnej wodzie. Skuteczność działania wymaga bowiem wiedzy, doświadczenia, umiejętności, ale także odpowiednich narzędzi. Nieprzejrzystość wody jest czynnikiem utrudniającym nie tylko sam połów, ale również komplikującym dobór optymalnych jego technik. Słabe rezultaty nie muszą bowiem wynikać z niedoskonałości metody, ale być konsekwencją braku ryb w akwenu. Podobnie dobre połowy nie muszą świadczyć o zastosowaniu optymalnych technik rybackich. Jednocześnie należy się pogodzić z faktem, że nawet doświadczone i dobrze wyposażone organy nie mogą się pochwalić szczególnie wysoką wykrywalnością karteli. Mierzenie wykrywalności karteli jest równie trudne, co samo ich wykrywanie, jednak niezależnie od przyjętej metodyki badania, ekonomiści zgodnie szacują jej górną granicę na 10–20% [np. Ormosi, 2010]. Taki poziom wskaźnika nie może być uznany za zadowalający, dlatego organy antymonopolowe powinny niezmiennie dążyć do jego poprawy i eksperymentować z nowymi narzędziami identyfikacji antykonkurencyjnych porozumień. Poniżej dokonam klasyfikacji i krótko opiszę najpopularniejsze metody wykrywania takich porozumień, ze szczególnym uwzględnieniem metod analitycznych.

Należy zaznaczyć, że metody wykrywania antykonkurencyjnych porozumień mogą być skuteczne jedynie wtedy, gdy są częścią szerszego systemu zwalczania karteli, na który składać powinny się takie elementy jak: wykrywanie naruszeń, promowanie konkurencji, aktywne narzędzia pozyskiwania materiałów dowodowych (przeszukania) oraz polityka karania pełniąca funkcję prewencyjną.

II. Metody proaktywne i reaktywne

Najprostszą i najbardziej logiczną klasyfikacją metod wykrywania porozumień horyzontalnych jest podział na techniki reaktywne i proaktywne. Techniki reaktywne polegają głównie na pasywnym oczekiwaniu na pojawienie się dowodów porozumienia. Można je porównać do „stacycznych” metod połowu ryb: wędkowania i zarzucania sieci. Techniki proaktywne polegają na aktywnym poszukiwaniu sygnałów i dowodów, co można porównać do aktywnych metod wspomagania połowu, takich jak wykrywanie ryb za pomocą sonaru, stosowanie zanęty, czy badania statystyczne pomagające wytypować najęśniej zarybione akweny.

Poniższa tabela zawiera zestawienie metod reaktywnych i proaktywnych wykorzystywanych obecnie przez organy antymonopolowe na całym świecie.

Tabela 1. Reaktywne i proaktywne metod wykrywania antykonkurencyjnych porozumień

Metody reaktywne	Metody proaktywne
<ul style="list-style-type: none"> • Zawiadomienia: <ul style="list-style-type: none"> – od kontrahentów i konsumentów – od konkurentów – od sygnalistów (<i>whistleblowers</i>) – od innych organów antymonopolowych – od innych organów władzy publicznej • Osobowe źródła informacji (płatne) • Programy leniency 	<ul style="list-style-type: none"> • Analiza skarg • Monitorowanie mediów • Monitorowanie działalności organów ochrony konkurencji • Wywiad gospodarczy • Infiltracja, obserwacja • Metody operacyjne • Badania rynku • Ekonomiczne metody ilościowe

Źródło: opracowanie własne na podstawie [Hueshelrath 2010] i ICN¹.

Podstawową pasywną metodą wykrywania karteli i zmów są zawiadomienia. Mogą one pochodzić od kontrahentów lub konsumentów, którzy czasem dość trafnie identyfikują podejrzane zachowanie przedsiębiorców. Źródłem zawiadomień mogą być również inne organy władzy publicznej (prokuratura, organy kontrolne), jak również inne organy antymonopolowe. Zawiadomienia pochodzące od sygnalistów, a więc insiderów, byłych lub obecnych pracowników firm uczestniczących w nielegalnym porozumieniu, są szczególnie cenne, gdyż zwykle zawierają bezpośrednie dowody zmywy. Najcięższym orężem w arsenale metod reaktywnych, obok programów leniency, jest wykorzystywanie programów nagród (płatnych informatorów)².

¹ *Anti-cartel enforcement manual. Chapter 4: Cartel case initiation*, International Competition Network, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, April 2011.

² Płacenie informatorom praktykują organy antymonopolowe w Izraelu i Wielkiej Brytanii.

Do najprostszych narzędzi proaktywnych należy monitorowanie publicznie dostępnych źródeł informacji: publicznych mediów, informacji dostarczanych przez wywiadownie gospodarcze, czy też informacji o interwencjach dokonywanych przez organy antymonopolowe w innych jurysdykcjach. Cennym źródłem sygnałów dotyczących potencjalnych zagrożeń w danej branży może być analiza skarg zgłaszanych do organu antymonopolowego. Pojedyncza skarga na przedsiębiorcę może nie wyglądać alarmująco, jednak powtarzające się skargi na firmy z tej samej branży mogą wskazywać na brak efektywnej konkurencji, w tym również na istnienie antykonkurencyjnych porozumień. Badania rynku polegają na pozyskaniu i przanalizowaniu kompleksowych danych dotyczących danej branży. Infiltracja i inne metody operacyjne wykorzystywane są w nielicznych jurysdykcjach, mimo, iż wydają się być skuteczne. Stosunkowo mało jeszcze rozpowszechnione są również ekonomiczne metody ilościowe, które zostaną omówione w dalszych częściach artykułu.

Większość organów antymonopolowych korzysta z mniej lub bardziej szerokiego spektrum wyżej wymienionych technik. Każda z nich ma swoje wady i zalety. Ogólną przewagą metod reaktywnych nad proaktywnymi jest ich prostota i niski koszt. Metody proaktywne wymagają z reguły większych nakładów pracy oraz potencjału analitycznego. Stosowanie niektórych z nich uzależnione jest od dostępu do odpowiednich danych. Dodatkową wadą metod proaktywnych jest fakt, iż nie dostarczają one z reguły bezpośrednich dowodów antykonkurencyjnego porozumienia, lecz stanowią jedynie źródło dowodów pośrednich.

Wszystkie wspomniane metody służą osiągnięciu tego samego celu i jednocześnie każda w pewnym stopniu obciąża zasoby organu antymonopolowego. Dlatego niektóre urzędy ochrony konkurencji mogą postrzegać poszczególne metody jako substytucyjne, co prowadzić musi do redukcji ich wachlarza i posługiwania się tylko tymi, które przynoszą najlepsze efekty w stosunku do nakładów. Taką preferowaną metodą stały się w ostatnim czasie programy leniency. Pierwszy tego typu program wprowadzono w USA w latach 70., jednak wymierne efekty zaczął on odnosić dopiero po reformie w 1993 r. Drugą jurysdykcją, która wprowadziła przyjęła program leniency w 1996 r. była Komisja Europejska. Sukces tych pionierskich programów w drugiej połowie lat 90. zadziałał jak katalizator ich popularyzacji w innych jurysdykcjach. Obecnie programy leniency funkcjonują we wszystkich krajach OECD i w zdecydowanej większości innych krajów stosujących prawo antymonopolowe.

Sukces jaki odniosły programy leniency w niektórych jurysdykcjach sprawił, iż niektóre organy antymonopolowe polegają na nich jako na głównej

metodzie wykrywania karteli. Gdy program leniency dostarcza dużej liczby wniosków, organy antymonopolowe przestają widzieć w potrzebę stosowania innych metod wykrywania karteli, w szczególności kosztownych metod proaktywnych³. „Monokulturowe” podejście do wykrywania karteli spotyka się od jakiegoś czasu z krytyką⁴, związaną z zagrożeniami, wynikającymi z autoselekcji wnioskodawców. Brak proaktywnych środków wykrywania karteli sprawia bowiem, że najsilniejszy bodziec do składania wniosków mają członkowie karteli już wykrytych, niestabilnych, lub znajdujących się w końcowej fazie cyklu trwania. W takiej sytuacji rola programu leniency zostaje zredukowana do środka pozyskania materiału dowodowego przeciwko kartelom, których dalsza żywotność jest niewielka, co mocno ogranicza funkcję prewencyjną programu.

Konieczność stosowania szerszego wachlarza metod, szczególnie proaktywnych, w celu stworzenia spójnego systemu wykrywania karteli, postuluje m.in. OECD⁵. Fakt występowania synergii między dwoma podstawowymi rodzajami metod wykrywania karteli są dość oczywiste. Brak działań proaktywnych oznacza, że kartel może być wyłącznie rozbity od wewnątrz, co jest mało prawdopodobne w przypadku długo funkcjonującego kartelu. Metody proaktywne stwarzają możliwość wykrycia kartelu z zewnątrz, dlatego mogą zapobiegać formowaniu się nowych karteli, jednak jak wspomniano wcześniej, nie są w stanie dostarczyć bezpośrednich dowodów porozumienia. Metody reaktywne destabilizują istniejące kartele i dostarczają bezpośrednich dowodów porozumienia. Dlatego urzędy antymonopolowe powinny postrzegać metody reaktywne i proaktywne jako komplementarne i starać się dobrać odpowiednią ich mieszankę, odpowiadającą specyfice krajowych rynków, systemowi prawnemu i potencjałowi analitycznemu jakim dysponuje dany organ.

W dalszych częściach artykułu omawiam szczegółowo proaktywne techniki bazujące na analizach ilościowych. Warto zaznaczyć, że choć z reguły

³ 88% spraw kartelowych prowadzonych przez Komisję Europejską w latach 2002–2008 było wszczętych na skutek wniosku leniency, w przypadku spraw prowadzonych przez DoJ w USA w latach 1996–2012 odsetek ten sięga 90%, por. *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*, OECD Policy Roundtables, 2013, DAF/COMP(2013)27, s. 13.

⁴ Na problem braku zrównoważonego podejścia w polityce antykartelowej Komisji Europejskiej zwracał np. uwagę w 2006 roku H.W. Friederiszick, w: *Detecting Cartels in Europe – the Role of Economics*, prezentacja na 25th Conference on Political Economy, 12–14 October 2006 Saarbrücken, dostępna na: https://www.esmt.org/fm/312/Detecting_Cartels_in_Europe.pdf, data pobrania 6.10.2015.

⁵ *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*, OECD Policy Roundtables, 2013, DAF/COMP(2013)27.

bazują one na teoriach i narzędziach ekonomicznych, nie zawsze ich stosowanie wymaga szerokiej wiedzy ekonomicznej – często dużo istotniejsza jest intuicja i znajomość realiów funkcjonowania rynku. Cechą wspólną tych metod w większym stopniu są duże wymagania pod względem wykorzystywanych danych, niż stopnia skomplikowania metod analitycznych.

III. Klasyfikacje ekonomicznych metod analitycznych

Różnorodność analitycznych metod wykrywania karteli i zmów przetargowych sprawia, że poddają się one klasyfikacji w wielu płaszczyznach. Poniżej omówimy główne kryteria podziału tych metod, tworząc tło dla przedstawienia istotnych cech, którymi mogą się charakteryzować poszczególne metody. Wprowadzimy jednocześnie terminy, którymi będziemy posługiwać się podczas późniejszego przeglądu indywidualnych technik.

1. Metody ekonometryczno-statystyczne a metody wskaźnikowe

Pierwszą linią podziału, jaką można zastosować podczas klasyfikacji metod wykrywania nielegalnych porozumień, jest sposób przetwarzania danych. Część metod, które można zaliczyć do statystycznych lub ekonometrycznych, wykorzystuje modelowanie ekonometryczne lub wnioskowanie statystyczne, w celu oszacowania prawdopodobieństwa wystąpienia porozumienia ograniczającego konkurencję na rynkach. Druga grupa to tzw. metody wskaźnikowe, czyli metody deterministyczne skupiające się na pojedynczych symptomach lub, częściej, na zestawach symptomów lub skonstruowanych w oparciu o nie indeksach, które pozwalają zidentyfikować „podejrzane” rynki.

Wyższość metod statystycznych nad wskaźnikowymi, polegająca na możliwości wyliczenia konkretnego prawdopodobieństwa wystąpienia nieprawidłowości na rynku jest jednak w pewnym stopniu pozorna.

Po pierwsze, metody statystyczne i ekonometryczne generują wyniki potencjalnie obciążone różnorodnymi błędami, dlatego do oszacowanych wartości prawdopodobieństwa należy zawsze podchodzić z dużą rezerwą. Najpoważniejszym źródłem problemów są różnice w funkcjonowaniu rynku badanego i trudności w dobraniu odpowiedniego benchmarku⁶. Takim benchmarkiem, a więc punktem odniesienia, może być inny rynek, ten sam rynek w innym okresie, lub inny zbiór przedsiębiorców (nie-kartelistów)

⁶ Głównym wyzwaniem jest znalezienie odnośnika, w stosunku do którego mamy pewność, że sam nie jest „zainfekowany” nielegalnym porozumieniem.

działających w tym samym czasie na rynku podejrzanym o kartelizację. Innym źródłem błędów mogących obciążać wyniki metod statystycznych jest niewłaściwa specyfikacja modelu czy testu statystycznego, która często jest wymuszona zakresem dostępnych danych.

Po drugie, metody wskaźnikowe mogą również posiłkować się metodami ekonometrycznymi. Wykorzystuje się je np. przy doborze wskaźników czy wag w indeksach konkurencji. Ponadto metodom tym nie można zarzucać braku „naukowości”, gdyż bazują silnie na teoriach ekonomicznych oraz informacjach pozyskanych w trakcie badań przeglądowych historycznych spraw kartelowych.

Po trzecie, w odróżnieniu od metod czysto statystycznych, metody wskaźnikowe można stosować do tworzenia rankingu rynków lub przedsiębiorców pod względem ryzyka wystąpienia nielegalnego porozumienia, co czyni je szczególnie użytecznymi narzędziami badań przesiewowych.

2. Metody strukturalne a metody behawioralne

Innym kryterium klasyfikacji jest rodzaj symptomów, które poddaje się badaniu w celu wykrycia nielegalnych porozumień. Można wyróżnić symptomy odnoszące się do cech badanych rynków (metody strukturalne) oraz te opisujące zachowania przedsiębiorców (metody behawioralne). Cechy strukturalne mogą w pewnym stopniu wynikać z zachowań czy strategii firm, ale co do zasady powinny one wynikać z „natury” rynku, a więc specyfiki branży, jej struktury kosztowej i popytu. Chodzi o takie atrybuty, jak stopień koncentracji rynkowej, bariery wejścia (administracyjne, prawne, wydatki na R&D oraz reklamę), czy stopień koncentracji rynku po stronie nabywców, stabilność popytu, przepływy klientów między przedsiębiorcami (*churn*) czy częstotliwość wejść nowych firm na rynek. Cechy strukturalne rynków sprzyjające formowaniu się i trwaniu karteli i zmów przetargowych można wywieść z warunków stabilności kartelu, które dyktuje teoria gier.

Cechy behawioralne odnoszą się do zachowania poszczególnych przedsiębiorców, a więc głównie strategii cenowych i dynamiki indywidualnych udziałów w rynku, zaś w przypadku zmów przetargowych – szerzej rozumianego zachowania firm w przetargu. W przypadku tych metod, teorie ekonomiczne, jak również wnioski z badania wcześniej wykrytych karteli, są źródłem kryteriów identyfikacji wzorców zachowania zgodnych z istnieniem nielegalnego porozumienia lub lepiej pasujących do hipotezy działania w porozumieniu niż do hipotezy niezależnego podejmowania decyzji biznesowych przez przedsiębiorców. Wyboru między metodą strukturalną

a behawioralną dokonuje się w zasadzie zawsze w oparciu o dostępne dane, trudno bowiem wskazać szczególne wady i zalety tych dwóch rodzajów metod⁷.

3. Badania przesiewowe a badania pogłębione

Kolejnym ważnym wyróżnikiem metod analitycznych jest zakres rynków, jakie obejmuje się pojedynczym badaniem. Metody wykorzystujące standardowe i łatwo dostępne dane pozwalają na przeprowadzenie badań przesiewowych (*screens*), obejmujących wiele rynków. Takie badania umożliwiają dokonanie wstępnej selekcji rynków narażonych na występowanie nieprawidłowości. Podobnie jak w badaniach medycznych, dobrą metodę przesiewową powinien cechować niski poziom tzw. błędu II rodzaju (wynik negatywny w przypadku występującej faktycznie nieprawidłowości), ale można w ich przypadku dopuszczać wysoki poziom błędu pierwszego rodzaju (wynik pozytywny w przypadku niewystępującej faktycznie nieprawidłowości).

Badania pogłębione ogranicza się do pojedynczych rynków. Wykorzystywane w tym celu metody nie nadają się do badań przesiewowych, głównie ze względu na pracochłonność i konieczność dopasowania technik do specyfiki danej branży. Ich zaletą jest dogłębność badania, która pozwala ograniczyć poziom błędu pierwszego rodzaju w wykrywaniu nielegalnych porozumień. O ile badaniami przesiewowymi obejmuje się szeroki zakres rynków, co do których *a priori* nie istnieją szczególne podejrzenia lub dowody na występowanie nieprawidłowości, to badania pogłębione muszą być uzasadnione już istniejącymi podejrzeniami dotyczącymi rynku. Główna trudność związana jest z faktem, że tego typu badania wymagają dużej ilości szczegółowych danych, które zwykle nie są dostępne w domenie publicznej. Prowadzenie badania pogłębionego niesie z sobą ryzyko zaalarmowania przedsiębiorców podejrzanych o uczestnictwo w nielegalnym porozumieniu, co utrudnia późniejsze pozyskanie bezpośrednich materiałów dowodowych. W konsekwencji organy antymonopolowe wykorzystują te narzędzia dość rzadko – wtedy, gdy dobrej jakości dane są dostępne publicznie (jak to ma miejsce np. w przypadku rynków regulowanych) lub w przypadku, gdy nie występuje ryzyko zaalarmowania kartelistów (np. gdy badania ma celu weryfikację, czy i kiedy doszło do zaniechania wcześniej wykrytego porozumienia). Prowadzenia badań pogłębionych

⁷ Niektóre metody mogą, przynajmniej potencjalnie, korzystać z obu rodzajów danych. Jako przykład można podać algorytmy wielostopniowe lub indeksy konkurencji, które obok danych strukturalnych mogą uwzględniać również dane behawioralne, np. poziom marż czy stabilność cen.

podejmują się dość chętnie badacze akademicy, którzy wykorzystują dane dotyczące historycznych karteli aby sprawdzić *ex post*, czy możliwe było ich wykrycie metodami analitycznymi. Takie podejście do problemu wykrywania karteli pozwala tworzyć i weryfikować nowe techniki ich wykrywania.

IV. Przegląd ekonomicznych metod wykrywania karteli i zmów przetargowych

Poniżej przedstawiamy przegląd metod ilościowych wykorzystywanych do wykrywania antykonkurencyjnych porozumień. Zainteresowanie nimi ze strony organów antymonopolowych w ostatnim czasie szybko rośnie, dynamicznie rozwija się również zestaw dostępnych narzędzi. Dlatego omówiony poniżej zbiór technik prawdopodobnie będzie wkrótce wymagał uaktualnienia.

1. Metody ekonometryczne i statystyczne

1.1. Ekonometryczne modele ryzyka kartelizacji

Zapewne najbardziej znanym przykładem zastosowania metod ekonometrycznych do wykrywania karteli była analiza wykonana na zamówienie brytyjskiego Office of Fair Trading przez Paula Grouta i Sylwię Sonderegger (Grout i Sonderegger, 2005). Było to badanie o charakterze przesiewowym, objęło bowiem 181 branż⁸. Autorzy oszacowali wpływ cech strukturalnych branż – takich jak wielkość rynku i jego stopa wzrostu, koszty siły roboczej, wydatki na B&R, wskaźnik koncentracji C3, oraz mierniki kapitałowych barier wejścia na rynek – na występowanie kartelu. Ponieważ obecność (lub nieobecność) kartelu jest cechą nieobserwowalną, jako zastępczą zmienną objaśnianą przyjęto wykrycie (lub niewykrycie) kartelu w danej branży w USA lub przez Komisję Europejską w latach 1990–2004. Wyniki estymacji modeli logitowych wykorzystano następnie do wyliczenia prawdopodobieństw wystąpienia kartelu w branżach, w których do tej pory nie zostały one wykryte w powyższych jurysdykcjach. Metodę Grouta i Sonderegger można w uproszczeniu określić sposób na identyfikację sektorów podobnych (pod względem cech strukturalnych) do tych, w których kartele zostały w przeszłości wykryte.

⁸ Branże badane przez Grouta i Sonderegger nie były rynkami właściwymi, lecz branżami wydzielonymi według statystycznych kodów działalności gospodarczej.

Zbliżone do opisanego wyżej podejście zastosowali autorzy raportu dotyczącego korupcji przygotowanego na zamówienie Komisji Europejskiej⁹. Raport ten dotyczy wykrywania nieprawidłowości w przetargach publicznych, a główną grupą nieprawidłowości (48% analizowanych przypadków) są horyzontalne zmywy przetargowe. Zmienną objaśnianą jest tu wykrycie (lub nie) nieprawidłowości w konkretnym przetargu, jednak autorzy podkreślają, że ta zmienna jest bardzo dobrym przybliżeniem faktycznego występowania nieprawidłowości, gdyż przyjęta do regresji próba przetargów została przez autorów Raportu pod tym kątem bardzo szczegółowo sprawdzona. Estymacja modelu probitowego posłużyła autorom do wskazania, które z przyjętych zmiennych objaśniających (takich jak skrócenie procedury przetargowej, skargi/odwołania oferentów, przekroczenie założonego budżetu, nierzetelne wypełnienie formularzy ogłoszeń, zmiany w przedmiocie zamówienia, wartość przetargu) mają statystycznie istotny wpływ na prawdopodobieństwo wystąpienia nieprawidłowości. Statystycznie istotne zmienne zostały w dalszej części badania wykorzystane jako sygnały ostrzegawcze (*red flags*) wskazujące na potencjalne nieprawidłowości. Częstości występowania tak wyselekcjonowanych wskaźników posłużyły w kolejnym kroku do oceny ryzyka wystąpienia nieprawidłowości w podziale na sektory i kraje członkowskie.

1.2. Ekonometryczne modele funkcji ofert

Porter i Zona wykorzystali metody ekonometryczne do dogłębnej analizy przetargów na dostawę mleka do szkół w stanie Ohio [Porter i Zona, 1999]. Polegały one na oszacowaniu funkcji ofert, czyli identyfikacji statystycznych powiązań między czynnikami kosztotwórczymi a decyzją o złożeniu oferty w danym przetargu oraz poziomem oferowanej ceny. Ponieważ analiza wykonywana była po wykryciu zmywy przetargowej, zachowanie każdego z kartelistów porównywano do grupy kontrolnej, którą byli przedsiębiorcy nieuczestniczący w zмовie. Okazało się, że zachowanie członków zmywy różniło się istotnie od zachowania członków grupy kontrolnej. Wśród istotnych wyróżników była większa skłonność członków kartelu do składania ofert dla odbiorców zlokalizowanych najbliżej ich mleczarni (zachowanie zgodne z mechanizmem podziału rynku). Oferty dwóch lub więcej kartelistów były składane w tym samym przetargu częściej, niż wynikało to z konkurencyjnego modelu zachowania (zachowanie zgodne z mechanizmem sztucznych ofert). Co ciekawe, oferty składane przez uczestników zmywy były tym droższe, im

⁹ *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, Raport PwC i Ecorys dla Komisji Europejskiej, 30 czerwca 2013.

bliżej ich mleczarni znajdował się dany odbiorca. Taki wzorzec zachowania jest niezgodny z modelem konkurencji, gdzie koszty transportu powinny powodować wzrost oferowanej ceny ze wzrostem odległości.

Ci sami autorzy zastosowali nieco inną metodę do przetestowania różnic w zachowaniu kartelu działającego w latach 80. na rynku budowy dróg w Long Island [Porter i Zona, 1993]. W „zainfekowanych” przetargach startował niemal zawsze więcej niż jeden członek porozumienia, a materiały dowodowe wskazywały, że stosowany był mechanizm sztucznych ofert. Autorzy artykułu postanowili zatem zbadać, czy istnieją statystycznie istotne korelacje między poziomem ofert w grupie kartelistów, w odniesieniu do grupy kontrolnej. Test ten wykazał, że „ustawione” oferty były mniej rozproszone niż oferty konkurencyjne (mniejsza różnica między dwiema najniższymi ofertami). Estymacja prawdopodobieństw złożenia zwycięskiej oferty dla każdej z firm w poszczególnych przetargach pozwoliła następnie zastosować test na rozkład kolejności ofert. Rzeczywisty rozkład ofert był zgodny z rozkładem teoretycznym (modelowym) dla grupy nie-kartelistów. Zachowanie członków kartelu odbiegało istotnie od zachowania modelowego – ich oferty były mniej ściśle powiązane z miernikami kosztów świadczenia usługi, niż oferty przedsiębiorców nie biorących udziału w zмовie.

1.3. Testowanie niezależności ofert

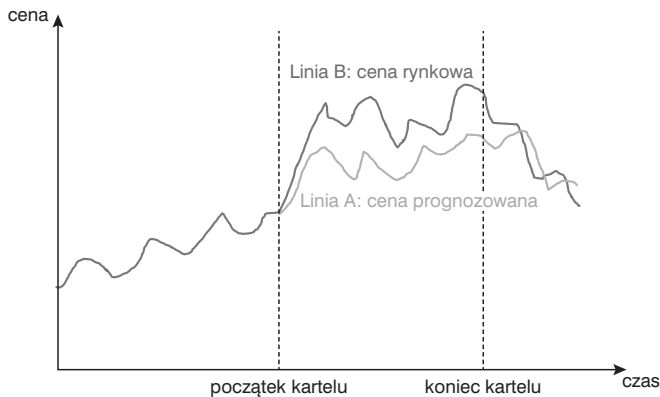
Opisana wyżej estymacja modeli funkcji ofert wymaga wiedzy na temat składu kartelu, dlatego w praktyce można ją stosować jedynie do analizy zachowania uczestników wcześniej wykrytych zmów (analiza *ex post*). Bajari i Ye opracowali metodę testowania zachowania uczestników zмовy przetargowej pod kątem niezależności złożonych przez nich ofert bez konieczności porównania ich zachowania z grupą kontrolną (Bajari i Ye, 2003). Wykazali oni, że funkcje ofert (*bid functions*) w równowadze konkurencyjnej muszą spełniać dwa warunki: niezależności warunkowej (*conditional independence*) oraz wymienności (*exchangeability*). Pierwszy warunek oznacza, że po uwzględnieniu wszystkich indywidualnie obserwowalnych czynników kosztowych, oferty niezależnych przedsiębiorców nie powinny być ze sobą skorelowane. Wymiennosc oznacza, że jeśli przedsiębiorcy wymieniają się indywidualnymi charakterystykami kosztowymi, to ogólny rozkład ofert pozostanie taki sam. Nawet jeśli w przetargach uczestniczą przedsiębiorcy będący z zмовie, warunki niezależności warunkowej i wymienności pozostaną spełnione dla nie-kartelistów. Metoda Bajari i Ye służyć może zatem do faktycznej identyfikacji członków zмовy kartelowej *ex ante*, w odróżnieniu od testów Portera i Zony, które trudno zastosować bez uprzedniej hipotezy dotyczącej składu kartelu.

1.4. Modele predykcji cen

Marshall i Marx (2012), w książce analizującej schematy działania karteli, wskazują następujący „mocnym wskaźnik” *super-plus factor*) istnienia kartelu: „[...] *Ceny transakcyjne powyżej poziomów prognozowanych*: Niezawodny ekonometryczny model predykcyjny, który uwzględnia wpływ wszystkich istotnych czynników zewnętrznych na cenę, oszacowany z użyciem danych porównawczych, odpowiadających zachowaniu nieskoordynowanemu, prognozuje ceny, które nie są zgodne z faktyczną ścieżką cenową w okresie lub na obszarze potencjalnie objętym zumą, na założonym poziomie ufności”.

Predykcyjne modele ekonometryczne, o których piszą Marshall i Marx, wykorzystywane są najczęściej do szacowania renty kartelowej (*overcharge*) na potrzeby odszkodowań w pozwach prywatnych. W przypadku wykrywania karteli, nie chodzi o wyliczenie kwoty nadpłaconej przez kontrahentów, a jedynie zweryfikowanie, czy ceny były zawyżane. Opis tego typu modeli znaleźć można w raporcie Oxery¹⁰ dla Komisji Europejskiej oraz w późniejszym dokumencie Komisji¹¹. Kluczem do skuteczności takich metod jest określenie odpowiedniego benchmarku (najczęściej jest nim okres, co do którego istnieje pewność, że jest wolny od zmywy kartelowej) pozyskanie danych, pozwalających na uwzględnienie wszystkich istotnych czynników wpływających na kształtowanie się cen w równowadze konkurencyjnej.

Wykres 1. Zasada działania ekonometrycznych modeli predykcji cen



Źródło: opracowanie własne na podstawie Raportu Oxera (2009).

¹⁰ *Quantifying Damages. Towards non-binding guidance for courts*, Oxera, Study Prepared for the European Commission, December 2009.

¹¹ *Practical Guide. Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the functioning of the European union*, Commission Staff Working Document, Komisja Europejska, SWD(2013) 205, Strasbourg, 11.6.2013.

2. Metody wskaźnikowe

2.1. Pojedyncze wskaźniki

Przegląd literatury nt. wykrywania karteli, którego dokonał Harrington, umożliwił zdefiniowanie zestawu wskaźników, czyli prostych faktów behawioralnych dotyczących zachowania się cen i udziałów rynkowych, które mogą służyć do wykrywania karteli (Harrington, 2006). Wskaźniki związane z przerwą strukturalną w cenach (wskazujące na powstanie lub załamanie kartelu to:

- wzrost poziomu cen, któremu towarzyszy zmniejszenie zróżnicowania cen (zacieśnienie polityki rabatowej);
- gwałtowny wzrost ceny po okresie ostrych spadków cen, wywołanym spadkiem popytu;
- wzrost cen, któremu towarzyszy spadek importu (handlu międzyregionalnego);
- spadek wariancji cen.

Wskaźniki związane z jednolitością cen konkurentów to:

- silna korelacja cen niektórych konkurentów („klastry cenowe”);
- wysoka jednolitość cen i innych parametrów kontraktów;
- schodkowe (mało płynne) fluktuacje cen.

Wskaźniki związane z udziałami rynkowymi:

- stabilność udziałów rynkowych;
- ujemna autokorelacja udziałów rynkowych (praktyka odkupywania udziałów).

Marshall i Marx wskazali nieco inny zestaw wskaźników, przy czym podzielili je na wskaźniki słabe (*plus factors*) oraz mocne (*super plus factors*), jednym z których jest wspomniane wcześniej utrzymywanie cen powyżej poziomu prognozowanego przez model ekonometryczny (Marshall i Marx, 2012). Wskaźniki zaproponowane przez tych autorów są jednak skomplikowane lub wymagają dostępu do szczegółowych danych, przez co nie nadają się do stosowania w badaniach przesiewowych.

Przykładem zastosowania prostego wskaźnika behawioralnego w badaniu przesiewowym jest praca Abrantes-Metz i współautorów (Abrantes-Metz i in., 2006). Zbadali oni sprzedaż detaliczną paliw silnikowych na obszarze miasta St. Louis, poszukując okolic/dzielnic miasta, gdzie ceny wykazują dwie cechy: są wyższe od przeciętnych i jednocześnie mają niższą niż przeciętna wariancję (mierzoną współczynnikiem zmienności). Badanie nie wskazało żadnych obszarów, gdzie występowało skoncentrowanie stacji, których praktyka cenowa wykazywała wyżej wskazane cechy. W tym samym artykule autorzy wskazali przykład wykrytego wcześniej kartelu na

rynku mrożonych ryb, gdzie zastosowanie powyższej metody pozwoliłoby wykryć załamanie kartelu. Gwałtownemu spadkowi średnich cen (o 16%, mimo wzrostu kosztów jedynie o 6,8%) towarzyszył wzrost współczynnika zmienności o ponad 300%.

Metody wskaźnikowe nie wymagają co do zasady modelowania ekonometrycznego ani stosowania testów statystycznych, choć mogą, jak w wyżej opisanym przykładzie, wykorzystywać pewne miary statystyczne. Takie podejście nie wyklucza jednak stosowania formalnych testów statystycznych. Przykładem zastosowania wnioskowania statystycznego do identyfikacji antykonkurencyjnego porozumienia jest praca Bejgera (2011), który zastosował testy statystyczne m.in. do oceny stabilności udziałów rynkowych uczestników kartelu cementowego funkcjonującego w Polsce w latach 1998–2006.

2.2. Metody wielowskaźnikowe

Omawiając swój zestaw wskaźników, Marshall i Marx zauważyli, że łącząc kilka słabych wskaźników można stworzyć jeden mocny. Takie podejście, stosowane często w programach screeningowych, można określić mianem metody wielowskaźnikowej. Rynki prześwietlać można pod kątem występowania kilku a nawet kilkunastu wskaźników. W przypadku bardzo szerokich badań, takich jak automatyczny System Analizy Zmów Przetargowych (*Bid-Rigging Automated Analysis System*) stworzony przez Koreański Urząd Antymonopolowy¹², metody wielowskaźnikowe pozwalają na przypisywanie przetargom lub ich uczestnikom punktacji i tworzenie rankingów ryzyka nieprawidłowości, co znacznie podnosi efektywność interwencji antymonopolowych.

2.3. Indeksy konkurencji

Wariantem metody wielowskaźnikowej jest indeksowanie rynków na podstawie cech wskazujących na ryzyko kartelizacji. Przykładem takiego podejścia jest Indeks Konkurencji (*Competition Index*) stworzony przez Niderlandzki Urząd Antymonopolowy, który wykorzystuje 9 wskaźników strukturalnych (takich jak wysoki stopień koncentracji rynkowej, niska dynamika popytu, stopień partycypacji w organizacjach branżowych), świadczących o podwyższonym ryzyku powstania i trwania karteli (Petit, 2012). Przypisanie wag poszczególnym wskaźnikom pozwala na stworzenie indeksu porządkującego branżę pod kątem ich „skłonności do zachowań antykonkurencyjnych”. Warto podkreślić, że metodyka konstrukcji indeksu (w szcze-

¹² Zob. *Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*, OECD Policy Roundtables, 2013.

gólności doboru wag) nie jest zupełnie arbitralna, ale została zweryfikowana poprzez porównanie wyników indeksowania z niezależnymi miarami konkurencji w branży (m.in. ze wzrostem produktywności branży). Innym przykładem takiego indeksu jest Zagregowany Indeks Presji Konkurencyjnej, stworzony przez ekonomistów Rumuńskiego Komitetu ds. Konkurencji (Paun i Prisecaru, 2013).

2.4. Eksploracja danych

Metody wskaźnikowe mogą mieć swoje źródła w ekonomicznych teoriach koordynacji oligopolistycznej lub być oparte o wiedzę dotyczącą funkcjonowania wykrytych wcześniej karteli. Pojęcie eksploracja danych (*data mining*) odnosi się do wszelkich metod wyszukiwania wzorców powiązań w dużych zbiorach danych, bez zakładania *a priori* istnienia jakichkolwiek podstaw teoretycznych dla występowania takich wzorców. Metody eksploracji danych są od dawna stosowane do wykrywania oszustw czy nieprawidłowości i posiadają potencjał do ich wykorzystania w wykrywaniu antykonkurencyjnych porozumień, w szczególności zmów przetargowych. W odróżnieniu od metod wskaźnikowych, badania takie polegają na analizowaniu danych pod kątem występowania jakichkolwiek powiązań czy zależności, a następnie sprawdzeniu, czy zaobserwowane wzorce zachowania są zgodne z jakimkolwiek dowolnym mechanizmem zмовy. Mogą one zatem być pomocne w wykrywaniu nieprawidłowości bez uprzedniej wiedzy na temat tożsamości członków porozumienia czy mechanizmu ich współpracy. Techniki eksploracji danych mogą stanowić uzupełnienie metod wskaźnikowych lub być używane do konstrukcji narzędzi wielowskaźnikowych. Z technik tych korzystają m.in. twórcy Systemu Analizy Zmów Przetargowych. Potencjał w zakresie wykrywania zmów przetargowych mogą mieć także inne techniki wykrywania oszustw, takie jak testy na fałszowanie danych, bazujące na analizie rozkładu Benforda¹³.

2.5. Algorytmy wielostopniowe

Algorytmy wielostopniowe polegają na przeprowadzaniu testów iteracyjnie, zwykle za pomocą różnych wskaźników behawioralnych, w celu sukcesywnego zawężania grupy rynków (przetargów) lub przedsiębiorców podejrzanych o uczestnictwo w porozumieniu. Przykładem takiego podej-

¹³ Zgodnie z prawem Benforda, liczby generowane w sposób naturalny (niezmanipulowane) charakteryzuje określona częstość występowania każdej z cyfr 1–9 na pierwszej pozycji w liczbie. Analiza częstości występowania określonych cyfr na pierwszym miejscu w odpowiednio dużym zbiorze liczb pozwala na przetestowanie tego zbioru pod kątem manipulowania danymi.

ścia jest badanie przeprowadzone przez Imhofa i współautorów (Imhof i in., 2014)], którzy ujawnili szczegóły procedury, jakiej poddali przetargi na projekty budowlane organizowane przez władze kantonalne w Szwajcarii w latach 2004–2010. Zastosowali oni 5-etapową procedurę. W pierwszym etapie ograniczono zbiór podejrzanych przetargów z 282 do 80 na podstawie stworzonego na te potrzeby wskaźnika kontestowalności. W drugim kroku zawężono zbiór badanych przedsiębiorców do 17 najbardziej aktywnych. W kolejnym kroku podzielono przedsiębiorców na grupy, w ramach których potencjalnie mogli współpracować, na podstawie ich interakcji w przetargach. W kroku 4 zweryfikowano skład grup przedsiębiorców pod kątem zasięgu geograficznego ich działalności. W ostatniej iteracji przeanalizowano parami zachowanie przedsiębiorców na wykresach zestawiających ich znormalizowane oferty cenowe w przetargach, w których wspólnie uczestniczyli. Zastosowanie takiego algorytmu pozwoliło na wskazanie kilku regionów, w których zachowanie pewnej grupy przedsiębiorców przypominało mechanizm obserwowany w wykrytej wcześniej znowie na przetargi drogowe.

V. Różnice w wykrywaniu karteli i zmów przetargowych

W Tabeli 2 podsumowano omówione wcześniej techniki wykrywania antykonkurencyjnych porozumień, z wykorzystaniem przedstawionych wcześniej klasyfikacji. Ciemnym kolorem oznaczono techniki stosowane wyłącznie do wykrywania zmów przetargowych, jasnoszarym – techniki wykorzystywane do identyfikacji obu rodzajów porozumień, natomiast białe pola oznaczają techniki przydatne jedynie w wykrywaniu karteli.

Zestawienie omówionych technik w tej formie pozwala zauważyć pewne prawidłowości. Po pierwsze, techniki wykorzystujące dane strukturalne sprawdzają się w zasadzie wyłącznie jako środki wykrywania karteli, podczas gdy dostęp do danych behawioralnych pozwala na identyfikację obu rodzajów porozumień.

Druga, nieco mniej oczywista prawidłowość polega ona na tym, że techniki „zarezerwowane” do wykrywania zmów przetargowych są często „szyte na miarę”, czyli dostosowane do warunków konkurencji panujących na badanych rynkach. Techniki, które wykorzystywać można do wykrywania karteli, są dość standardowe; wymagają jedynie dostosowania pod kątem dostępnych danych.

Różnice między technikami wykrywania karteli i zmów przetargowych wynikają z różnic między tymi dwoma rodzajami porozumień. Skuteczne kartele obejmują co do zasady wszystkich lub prawie wszystkich uczestników

rynku i charakteryzują się pewną ciągłością. Zmowy przetargowe najczęściej pewien podzbiór przedsiębiorców działających w branży i jedynie wybrane przetargi, przez co charakteryzuje je brak ciągłości i powszechności. Dlatego dane strukturalne, opisujące cechy rynku, które są tak przydatne w wykrywaniu karteli, rzadko sprawdzają się w obszarze wykrywania zmów przetargowych. Szczegółowe dane behawioralne, dostępne w domenie publicznej w przypadku przetargów, nie występują w przypadku innych rynków (a już sama dostępność takich danych może być wskaźnikiem nieprawidłowości). Rodzaj użytych danych rzutuje również na wyniki analiz – w przypadku identyfikacji karteli na podstawie danych strukturalnych, możliwe jest zidentyfikowanie jedynie **ryzyka kartelizacji**, podczas gdy wykorzystanie danych behawioralnych (dostępnych częściej w przypadku podejrzenia zmowy przetargowej) może pozwolić na **pozyskanie pośrednich dowodów** zmowy.

Tabela 2. Techniki wykrywania antykonkurencyjnych porozumień

	Ekonometryczno-statystyczne		Wskaźnikowe	
	Przesiewowe	Pogłębione	Przesiewowe	Pogłębione
Strukturalne	Ekonometryczne modele ryzyka kartelizacji (Grout i Sonderegger)		Indeksy konkurencji	
Behawioralne	Ekonometryczne modele ryzyka zmowy (PwC i Ecorys)	Testowanie niezależności ofert	Pojedyncze wskaźniki	
		Ekonometryczne modele funkcji ofert	Metody wielo-wskaźnikowe	
		Modele predykcji cen	Eksploracja danych	
			Algorytmy wielostopniowe	

Źródło: opracowanie własne.

VI. Perspektywy rozwoju detekcji porozumień antykonkurencyjnych

Jak zaznaczono wcześniej, metody proaktywne nie są substytucyjne, lecz komplementarne w stosunku do reaktywnych metod wykrywania antykonkurencyjnych porozumień. Metody ilościowe nie powinny być postrzegane jedynie jako ciekawostka, lecz jako realna opcja uzupełniająca inne metody reaktywne i proaktywne. Metody analityczne mają oczywiście swoje wady

i ograniczenia, jednak ich zalety, takie jak obiektywizm i możliwość zastosowania do zbadania wielu rynków, sprawiają, że nie należy ich pomijać podczas tworzenia efektywnego systemu zwalczania karteli i zμών przetargowych. Wśród opisanych tutaj technik znaleźć można narzędzia stosunkowo proste, nadające się do wykorzystania przez organy antymonopolowe posiadające nawet niewielki potencjał analityczny. Co więcej, stopień skomplikowania metody nie zawsze idzie w parze z jej użytecznością, a praktyczne przykłady pokazują, że skuteczność analizy zależy w większym stopniu od inwencji analityków i jakości danych niż od samej metody. Racjonalne podejście organów antymonopolowych do problemu doboru arsenału narzędzi ekonomicznych powinno przede wszystkim skupiać się na dotarciu do źródeł danych dostępnych w domenie publicznej, szczególnie takich, które umożliwiają przeprowadzenie badań przesiewowych. Dobranie lub skonstruowanie odpowiedniej metody analitycznej jest problemem drugorzędym, bezpośrednio warunkowanym dostępnością danych.

Istotną rolę w rozwoju technik analitycznych mają do odegrania akademicy i konsultanci ekonomiczni. Ci pierwsi mogą napotykać problemy z dostępem do danych, dlatego ich rola powinna polegać przede wszystkim na tworzeniu i ulepszaniu istniejących metod detekcji, do czego mogą wykorzystywać historyczne dane dotyczące rynków, na których wcześniej wykryto kartele i zmony przetargowe. Konsultanci ekonomiczni mają natomiast potencjalnie łatwy dostęp do danych behawioralnych znajdujących się w domenie prywatnej, a więc będących w dyspozycji przedsiębiorców, którym doradzają. Wykrywanie nieprawidłowości z zakresu prawa konkurencji metodami analitycznymi powinno stanowić standardowy element programów *compliance*. Metody te mogą również służyć identyfikacji nieprawidłowości w zachowaniu kontrahentów i stanowić podstawę do występowania z roszczeniami o rekompensaty z tytułu zawyżania cen.

Bibliografia

- Abrantes-Metz, R.M. i in. (2006). A variance screen for collusion, *International Journal of Industrial Organization* 24 pp. 467–487.
- Bajari, P., Ye, L. (2003). Deciding Between Competition and Collusion. *The Review of Economics and Statistics*, November, Vol. 85 (4), pp. 971–989.
- Bejer, S. (2011). Polish cement industry cartel – preliminary examination of collusion existence. *Business and Economic Horizons*, January.

- Grout, P., Sonderegger, S. (2005). Predicting cartels, *OFT Economic Discussion Paper*, March
- Harrington, J.E. (2006). Behavioral Screening and the Detection of Cartels. *EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings*.
- Hueschelrath, K. (2010). How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, No. 6, pp. 522–527.
- Imhof, D. i in. (2014). Screening for Bid Rigging – Does it Work?, march, mimeo.
- Marshall, R.C., Marx, L.M. (2012). *The Economics of Collusion*, MIT Press, April.
- Ormosi, P.L. (2011). A tip of the iceberg? The probability of catching cartels, *CCP Working Paper* 11–6.
- Paun, R., Prisecaru, P. (2013). An Economic Instrument to Evaluate the (Pro) Competitive Nature of Industries: The Aggregate Index of Competitive Pressure, *Romanian Competition Journal*, December.
- Petit, L. (2012). The Economic Detection Instruments of the Netherlands Competition Authority: The Competition Index, *NMa Working Papers*, January.
- Porter, R.H, Zona, J.D. (1993). Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, *Journal of Political Economy*, Vol. 101, No. 3 (Jun.), pp. 518–538.
- Porter, R.H., Zona, J.D. (1999). Ohio school milk markets: an analysis of bidding, *RAND Journal of Economics*, Vol. 30, No. 2, Summer, pp. 263–288.

**Ekonomia ochrony konkurencji i regulacji
wobec zachowań
ograniczających konkurencję**

Jacek Prokop, Adam Karbowski*

Pozioma współpraca badawczo-rozwojowa a kartelizacja gałęzi

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Przegląd literatury
 - 1. Założenia przyjmowane w standardowych modelach poziomej współpracy badawczo-rozwojowej
 - 2. Wyniki modelowania poziomej współpracy badawczo-rozwojowej
- III. Konkurencja Stackelberga
 - 1. Wariant liniowych funkcji kosztów produkcji
 - 2. Wariant kwadratowych funkcji kosztów produkcji
- IV. Kartelizacja gałęzi a konkurencja Stackelberga
 - 1. Wariant liniowych funkcji kosztów produkcji
 - 2. Wariant kwadratowych funkcji kosztów produkcji
- V. Zakończenie

Streszczenie

Celem pracy jest zbadanie wpływu poziomej współpracy badawczo-rozwojowej na powstawanie karteli na rynku produktu finalnego. Rozpatrzono sytuację, w której nakłady na badania i rozwój, poprzedzające proces produkcyjny, prowadzą do obniżenia własnych kosztów jednostkowych produkcji, a jednocześnie wywołują korzystne efekty zewnętrzne dla potencjalnych konkurentów. Dokonano porównania, jak różny stopień współpracy na etapie badań i rozwoju wpływa na przedsiębiorstwa, dając im bodźce do

* Jacek Prokop i Adam Karbowski, Katedra Ekonomii II, Kolegium Gospodarki Światowej, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Al. Niepodległości 162, 02-554 Warszawa, dane kontaktowe: jacek.prokop@sgh.waw.pl oraz adam.karbowski@sgh.waw.pl.

utworzenia kartelu na rynku dobra finalnego. Podobnie jak we wcześniejszej literaturze (Kaiser, 2002; Kamien i in., 1992) analizę przeprowadzono w ramach gry dwuetapowej z dwoma przedsiębiorstwami jako graczami. W pierwszym etapie gry przedsiębiorstwa jednocześnie podejmują decyzje o wartości nakładów na badania i rozwój, a w etapie drugim – „spotykają się” na rynku produkowanego dobra. Przyjęto założenie, że w przypadku braku porozumienia kartelowego na rynku produktu finalnego konkurencja pomiędzy przedsiębiorstwami przebiega zgodnie z modelem lidera Stackelberga. Analizę przeprowadzono dla dwóch wariantów całkowitych kosztów produkcji ponoszonych przez przedsiębiorstwa: 1) dla liniowych funkcji kosztów oraz 2) dla kwadratowych funkcji kosztów. Zarówno w przypadku liniowych, jak i kwadratowych funkcji całkowitych kosztów produkcji ponoszonych przez przedsiębiorstwa analiza numeryczna wykazała, że zacieśnianie współpracy na etapie badawczo-rozwojowym zwiększa bodźce do utworzenia kartelu na rynku produktu finalnego. W konsekwencji należy przypuszczać, że pozioma współpraca badawczo-rozwojowa przedsiębiorstw niesie ze sobą wymierne ryzyko kartelizacji gałęzi. Rodzi to tym większe wyzwania regulacyjne dla stosownych organów państwowych. Kartelizacja gałęzi oznacza w ostatecznym rozrachunku niekorzystną sytuację dla nabywców dobra finalnego na danym rynku.

Słowa kluczowe: współpraca badawczo-rozwojowa, kartelizacja rynku, konkurencja typu Stackelberga.

Klasyfikacja JEL: L13, L41, O31.

I. Wprowadzenie

Już w 1952 roku John Kenneth Galbraith ocenił, że „era tanich innowacji” dobiegła końca (*era of cheap innovation is over*) (za Kaiserem, 2002). Reakcją wielu przedsiębiorstw na powyższe wyzwanie gospodarki światowej stało się dzielenie zasobami i wspólne prace nad wynalazkami.

Trzeba jednak zauważyć, że do połowy lat osiemdziesiątych dwudziestego wieku rozwój współpracy badawczo-rozwojowej przedsiębiorstw był hamowany przez restrykcyjne prawo antymonopolowe obowiązujące zarówno w Europie, jak i w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. Wyjątkowa na tle powyższych tendencji regulacyjnych była Japonia, której polityka przemysłowa od 1959 roku wspierała rozwój współpracy badawczo-rozwojowej przedsiębiorstw. Zdaniem niektórych ekonomistów współpraca japońskich

przedsiębiorstw w zakresie badań i rozwoju (B+R) była jednym z ważniejszych czynników szybkiego tempa wzrostu gospodarczego Japonii w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych dwudziestego wieku (Horvath, 2001).

Stany Zjednoczone złagodziły swoją politykę antymonopolową w zakresie współpracy badawczo-rozwojowej przedsiębiorstw, wprowadzając w 1984 roku ustawę *National Cooperative Research Act*, a następnie w roku 1993 *National Cooperative Research and Production Act*. Ustawy te gwarantowały m.in. indywidualne traktowanie każdego partnerstwa badawczego (*research joint venture*), które złamało prawo antymonopolowe (w praktyce oznaczało to uelastycznienie amerykańskiego orzecznictwa antymonopolowego). W latach dziewięćdziesiątych dwudziestego wieku administracja Clintona znacznie zwiększyła budżet projektu rządowego *Advanced Technology Program*, którego celem było finansowanie wspólnie prowadzonych badań w sektorze prywatnym (Horvath, 2001).

W Europie początkiem zmian prawnych mających na celu stymulowanie współpracy badawczo-rozwojowej przedsiębiorstw było ogłoszenie w 1985 roku wyjątków od prawa antymonopolowego (wyjątki od artykułu 85 traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą) dla niektórych form porozumień przedsiębiorstw w zakresie B+R (Kaiser, 2002).¹ Zmianom tym towarzyszyło powstanie programów współfinansowanych przez Komisję Europejską, których celem była promocja współpracy w zakresie badań i rozwoju. Sztandarowym przykładem takiego programu był ESPRIT (*European Strategic Programme for Research in Information Technologies*), który dotyczył wspólnych przedsięwzięć badawczych w dziedzinie technik informatycznych, mikroelektroniki, produkcji półprzewodników oraz energii i mechanizacji przemysłu. W latach 1983–1996 (okres realizacji programu) ze wsparcia skorzystało około 9000 przedsiębiorstw (Horvath, 2001).

Intensywny rozwój współpracy badawczo-rozwojowej przedsiębiorstw od połowy lat osiemdziesiątych dwudziestego wieku doprowadził do wykrywania się różnych form tej współpracy.

Szczególnie ważna z punktu widzenia struktury rynku oraz tempa wprowadzania innowacji w gałęzi jest pozioma współpraca badawczo-rozwojowa przedsiębiorstw, czyli współpraca w zakresie B+R rywali na danym rynku produktu finalnego. Według Kamienia i in. (1992) przedsiębiorstwa w ramach poziomej współpracy badawczo-rozwojowej koordynują decyzje o wartości ponoszonych wydatków na badania i rozwój, ale jednocześnie rywalizują na rynku produktu końcowego po wdrożeniu wynalazku. Wielu autorów podkreśla, że pozioma współpraca badawczo-rozwojowa przynosi przedsię-

¹ Dokładniej o tych zmianach prawnych piszą Geroski (1993) i Cassiman (2000).

biorstwom liczne korzyści (Becker i Dietz, 2004; Camagni, 1993). Wśród nich wymienia się: dostęp do zasobów rywala, specjalizację oraz osiągnięcie korzyści skali w zakresie prac badawczo-rozwojowych, redukcję niepewności związanej z tworzeniem innowacji, a także skrócenie czasu trwania prac rozwojowych (szansa na szybsze wdrożenie wynalazku na rynku). Rodzi się jednak pytanie, czy zacieśnianie kooperacji przez przedsiębiorstwa na etapie badań i rozwoju nie przyczynia się do zmniejszenia konkurencji na rynku dobra finalnego, a w konsekwencji do powstania kartelu na tym rynku, co w ostatecznym rozrachunku mogłoby mieć negatywne skutki dla renty konsumenta oraz całkowitego dobrobytu?

Celem niniejszej pracy jest zbadanie wpływu poziomej współpracy badawczo-rozwojowej na powstawanie karteli na rynku produktu finalnego. Rozpatrzmy sytuację, w której nakłady na badania i rozwój, poprzedzające proces produkcyjny, mają za zadanie obniżyć własne koszty jednostkowe produkcji, a jednocześnie mogą wywoływać korzystne efekty zewnętrzne dla potencjalnych konkurentów. Dokonamy porównania, jak różny stopień współpracy na etapie badań i rozwoju wpływa na przedsiębiorstwa, dając im bodźce do utworzenia kartelu na rynku dobra finalnego. Podobnie jak we wcześniejszej literaturze (Kaiser, 2002; Kamien i in., 1992) analiza zostanie przeprowadzona w ramach gry dwuetapowej z dwoma przedsiębiorstwami jako graczami. W pierwszym etapie przedsiębiorstwa jednocześnie podejmują decyzje o wartości nakładów na badania i rozwój, a w drugim – „spotykają się” na rynku produkowanego dobra. Przyjęto założenie, że w przypadku braku porozumienia kartelowego na rynku produktu finalnego konkurencja pomiędzy przedsiębiorstwami przebiega zgodnie z modelem lidera Stackelberga.

Konstrukcja pracy jest następująca. W kolejnym punkcie przedstawiono syntetyczny przegląd literatury mikroekonomicznej z zakresu modelowania poziomej współpracy badawczo-rozwojowej.

Dalej, na podstawie prac Prokopa i Karbowskiego (2013) oraz Prokopa (2014), pokazano wyniki analizy dla duopolu, w którym przedsiębiorstwa nie koordynują swoich działań, to znaczy nie pojawia się zmowa kartelowa ani na etapie badawczo-rozwojowym, ani na etapie sprzedaży dobra finalnego na rynku. W pracy analiza prowadzona jest dla dwóch wariantów całkowitych kosztów produkcji ponoszonych przez przedsiębiorstwa:

- 1) dla liniowych funkcji kosztów;
- 2) dla kwadratowych funkcji kosztów.

W pierwszym wariantcie każde z przedsiębiorstw charakteryzuje się liniową funkcją całkowitych kosztów produkcji: $C_i(q_i, x_i, x_j) = (c - x_i - \beta x_j)q_i$, gdzie c jest danym parametrem początkowej efektywności przedsiębiorstwa i , zaś x_i

oraz x_j oznaczają wartości nakładów na badania i rozwój ponoszone odpowiednio przez przedsiębiorstwa i oraz j . Natomiast parametr β ($0 \leq \beta \leq 1$) określa rozmiary efektów zewnętrznych w zakresie B+R, czyli korzyści dla danego przedsiębiorstwa uzyskane dzięki badaniom podjętym przez rywala. Im większy poziom β , tym bardziej nakłady na badania i rozwój poniesione przez jedno przedsiębiorstwo pozwalają na obniżkę kosztów produkcji przez konkurenta. Wielkość podaży przedsiębiorstwa i oznaczono jako q_i .

W drugim wariancie każde z przedsiębiorstw charakteryzuje się kwadratową funkcją całkowitych kosztów produkcji:

$$C_i(q_i, x_i, x_j) = \frac{q_i^2}{c + x_i + \beta x_j}.$$

W kolejnym punkcie zbadano zachowanie przedsiębiorstw, które podjęły współpracę w ramach kartelu na rynku produktu końcowego oraz dokonały koordynacji nakładów na badania i rozwój, czyli utworzyły pełny kartel w gałęzi.

Po rozpatrzeniu obu przypadków porównano je i wyciągnięto ostateczne wnioski co do bodźców, jakie skłaniają przedsiębiorstwa do utworzenia kartelu.

II. Przegląd literatury

Stosowna literatura mikroekonomiczna (np. Katz, 1986; Spence, 1984; Brander i Spencer, 1984; d'Aspremont i Jacquemin, 1988; Kamien i in., 1992) koncentruje się na mechanizmach absorpcji wiedzy technicznej przez przedsiębiorstwo, które prowadzi działalność innowacyjną. Przedsiębiorstwo takie może podjąć decyzję o współpracy z konkurentami w zakresie badań i rozwoju. W ten sposób przedsiębiorstwo uzyskuje dostęp do wiedzy technicznej współpracującego partnera (partnerów). Intencjonalna wymiana wiedzy technicznej w ramach poziomej współpracy badawczo-rozwojowej nie jest jednak jedynym źródłem pozyskiwania wiedzy przez przedsiębiorstwo. Inne źródło stanowią efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych (*knowledge spillovers*) w gałęzi. O występowaniu tych efektów mówimy, gdy część wiedzy wytworzonej przez przedsiębiorstwo A, staje się (najczęściej w niezamierzony przez przedsiębiorstwo A sposób) udziałem przedsiębiorstwa B (zazwyczaj konkurenta przedsiębiorstwa A), przy czym jedynie przedsiębiorstwo A poniosło koszty wyprodukowania tejże wiedzy. Geroski (1995) w swoim artykule omawia przykładowe kanały, poprzez które mogą powstawać efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych w gałęzi:

- naukowcy zatrudniani przez różne przedsiębiorstwa wymieniają swoje poglądy i pomysły na konferencjach i seminariach, a także w czasie wspólnych, często nieformalnych spotkań, czy przy okazji przygotowywania wspólnych publikacji,
- naukowcy zmieniają miejsca pracy, a tym samym przenoszą wiedzę² z jednego przedsiębiorstwa do drugiego,
- szpiegostwo przemysłowe lub kradzież *know-how*.

Mansfield (1985) zauważa, że efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych mogą powstawać także w wyniku stosowania przez rywalizujące przedsiębiorstwa tzw. inżynierii wstecznej (*reverse engineering*). Inżynieria wsteczna to proces badania danego urządzenia w celu odkrycia sposobu jego konstrukcji i zastosowanej technologii. Inżynieria wsteczna ma umożliwić pozyskanie informacji niezbędnych do dokonania repliki danego urządzenia bądź technologii. Mansfield (1985) podkreśla również, że bezpośrednim źródłem efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych w gałęzi są wnioski (zgłoszenia) patentowe konkurentów.

W stosownych modelach mikroekonomicznych porównuje się dwie strategie pozyskiwania wiedzy technicznej przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność innowacyjną. Przedsiębiorstwo takie może rywalizować w zakresie B+R (własne tworzenie wiedzy technicznej, brak współpracy badawczo-rozwojowej), albo współpracować poziomo w zakresie B+R (intencjonalna i sformalizowana wymiana wiedzy technicznej z kooperującymi konkurentami).

Modele mikroekonomiczne są zazwyczaj dwuetapowe, tj. przedsiębiorstwa w pierwszym etapie (etap badań) podejmują decyzje o wartości ponoszonych wydatków na B+R, a następnie w etapie drugim (etap konkurencji na rynku produktu) podejmują decyzje o produkcji dóbr (ilości, albo cenie dóbr w zależności od przyjętej formy konkurencji). Inwestycje przedsiębiorstw w B+R mają tu bezpośrednie przełożenie na niższe koszty produkcji dóbr (przypadek innowacji procesowej) albo wzrost popytu na dobra wytwarzane przez przedsiębiorstwo (przypadek innowacji produktowej).

Powyższa charakterystyka modeli mikroekonomicznych dotyczy m.in. prac Katza (1986), Spence'a (1984), Brandera i Spencera (1984), d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Beatha i współpracowników (1988), Kamienna i in. (1992), De Bondta i Veugelers (1991) oraz Vonortasa (1994). Modele te opierają się na następujących założeniach.

² Także tzw. wiedzę cichą, niejawną (*tacit knowledge*).

1. Założenia przyjmowane w standardowych modelach poziomej współpracy badawczo-rozwojowej

Poniżej przedstawione zostały podstawowe założenia standardowo przyjmowane w modelach poziomej współpracy przedsiębiorstw w zakresie badań i rozwoju.

1. Rywalizacja w zakresie B+R nie ma charakteru wyścigu³. Oznacza to, że rywalizujące przedsiębiorstwa nie muszą podążać tą samą ścieżką badawczą, aby wytworzyć określony wynalazek.
2. Modele mają charakter deterministyczny (nie rozważa się tu niepewności związanej z ukończeniem wynalazku).
3. Badania i rozwój są zorientowane na proces (przypadek innowacji procesowej) albo na produkt (przypadek innowacji produktowej). Modele te nie pozwalają na jednoczesną analizę innowacji procesowych i produktowych.
4. Przedsiębiorstwa rywalizujące w zakresie B+R są symetryczne (na potrzeby modelowania matematycznego przyjmuje się, że nie różnią się wielkością, siłą rynkową oraz innymi czynnikami, które mogą dać jakiemś przedsiębiorstwu przewagę w momencie rozpoczęcia rywalizacji).
5. Pozioma współpraca badawczo-rozwojowa dotyczy zazwyczaj całej gałęzi (*industry-wide cooperation*), co oznacza, że wszystkie rozważane przedsiębiorstwa albo rywalizują ze sobą w zakresie B+R albo współpracują poziomo.
6. Forma organizacyjna poziomej współpracy badawczo-rozwojowej zazwyczaj nie jest dyskutowana. Najczęściej przyjmuje się, że współpracujące przedsiębiorstwa tworzą partnerstwo badawcze.
7. Przedsiębiorstwa współpracujące poziomo koordynują wartość ponoszonych wydatków na B+R, tak aby maksymalizować wspólny zysk.

Zasadniczą kwestią dyskutowaną w mikroekonomicznym nurcie literatury jest pozyskiwanie wiedzy technicznej przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność innowacyjną. W obecności efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych w gałęzi należy jednak wprowadzić rozróżnienie pomiędzy wiedzą pochodzącą wyłącznie z własnych prac B+R (badania własne) oraz całkowitą wiedzą pozyskiwaną przez przedsiębiorstwo (uwzględniającą także wiedzę pochodzącą od rywali). Ta pierwsza kategoria nazywana jest w literaturze przedmiotu krótko *wiedzą własną*, ta druga zaś *wiedzą efektywną*.

³ Rywalizacja w formie wyścigu jest przedmiotem rozważań innego nurtu badań mikroekonomicznych, który zajmuje się konkurencją przedsiębiorstw o patent (*patent race*) – zob. np. (Tirole, 1988).

2. Wyniki modelowania poziomej współpracy badawczo-rozwojowej

Wyniki modeli mikroekonomicznych dotyczących poziomej współpracy badawczo-rozwojowej pozwalają udzielić odpowiedzi na następujące pytania:

- w jaki sposób efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych w gałęzi wpływają na wartość wydatków przedsiębiorstwa na B+R w warunkach rywalizacji oraz współpracy badawczo-rozwojowej?
- w jaki sposób efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych w gałęzi wpływają na zyskowność przedsiębiorstw prowadzących działalność innowacyjną w formie rywalizacji albo współpracy badawczo-rozwojowej?
- jakie są konsekwencje poziomej współpracy badawczo-rozwojowej dla dobrobytu ogólnospołecznego (*social welfare*)?

Na podstawie analizy stosownych modeli można powiedzieć, że rosnące efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych w gałęzi prowadzą do obniżenia wartości wydatków przedsiębiorstwa na B+R w warunkach rywalizacji badawczo-rozwojowej oraz podwyższenia wartości tych wydatków w warunkach poziomej współpracy badawczo-rozwojowej. W omawianych modelach istnieje zazwyczaj tzw. *krytyczna wartość efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych* w gałęzi, dla której wartość wydatków przedsiębiorstwa na B+R jest taka sama (równa) w warunkach rywalizacji oraz współpracy badawczo-rozwojowej. Dla wyższych poziomów efektów zewnętrznych niż wartość krytyczna przedsiębiorstwo współpracujące charakteryzuje się wyższą wartością inwestycji w B+R niż przedsiębiorstwo, które nie podjęło poziomej współpracy badawczo-rozwojowej. Wynik taki uzyskali d'Aspremont i Jacquemin (1988), Beath i in. (1988), Kamien i in. (1992), De Bondt i Veugelers (1991), Motta (1992), Suzumura (1992) oraz Vonortas (1994).

Wskazane wyniki modelowania sugerują, że pozioma współpraca badawczo-rozwojowa jest odpowiednią dla przedsiębiorstwa strategią działalności innowacyjnej, jeżeli trudno jest w danej gałęzi utrzymać wytworzoną wiedzę techniczną w tajemnicy. Rosnące efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych w gałęzi obniżają atrakcyjność tradycyjnego, rywalizacyjnego modelu B+R, ponieważ efekty te przyczyniają się do zwiększenia zysku konkurentów i jednocześnie redukują zysk własny danego przedsiębiorstwa. Skutecznym sposobem ograniczenia niezamierzonych transferów wiedzy technicznej między rynkowymi rywalami jest podjęcie współpracy badawczo-rozwojowej przez konkurujące przedsiębiorstwa. Literatura mikroekonomiczna pokazuje, że partnerstwa badawcze efektywnie internalizują efekty zewnętrzne inwestycji rozwojowych w gałęzi (np. Kamien i in., 1992).

Kilka artykułów z zakresu mikroekonomii próbowało odpowiedzieć na pytanie, od czego zależy wartość krytyczna efektów zewnętrznych inwestycji

rozwojowych w gałęzi, dla której wartość wydatków przedsiębiorstwa na B+R jest taka sama w warunkach rywalizacji oraz współpracy badawczo-rozwojowej. Okazuje się, że interesująca nas krytyczna wartość efektów zewnętrznych maleje wraz ze wzrostem zróżnicowania produktów oferowanych na rynku przez rywalizujące przedsiębiorstwa (De Bondt i Veugelers, 1991). W konsekwencji należy oczekiwać, że pozioma współpraca badawczo-rozwojowa będzie częściej wybieraną strategią B+R w gałęzi charakteryzującej się wysokim stopniem zróżnicowania produktów niż w gałęzi produkującej dobra jednorodnie czy mało zróżnicowane. Także liczba przedsiębiorstw konkurujących w gałęzi wpływa na postulowaną wartość krytyczną efektów zewnętrznych (De Bondt, Slaets i Cassiman, 1992). Wpływ ten jednak nie ma charakteru monotonicznego.

Na podstawie analizy stosownych modeli (d'Aspremont i Jacquemin, 1988; Kamien i in., 1992; De Bondt i Veugelers, 1991) należy stwierdzić, że pozioma współpraca badawczo-rozwojowa zazwyczaj prowadzi do wzrostu zysku przedsiębiorstwa prowadzącego działalność innowacyjną. Wzrost efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych w gałęzi redukuje zysk przedsiębiorstwa rywalizującego w zakresie B+R oraz podnosi zysk przedsiębiorstwa współpracującego poziomo. Dla efektów zewnętrznych przekraczających wartość krytyczną, zysk przedsiębiorstwa jest większy w warunkach współpracy niż rywalizacji badawczo-rozwojowej. W gałęzi charakteryzującej się odpowiednio silnymi efektami zewnętrznymi przedsiębiorstwa mają więc wymierne bodźce mikroekonomiczne do angażowania się w poziomą współpracę badawczo-rozwojową.

Z cytowanych modeli mikroekonomicznych płyną także wnioski dotyczące konsekwencji poziomej współpracy badawczo-rozwojowej dla dobrobytu ogólnospołecznego. Okazuje się, że dobrobyt ogólnospołeczny jest większy w warunkach poziomej współpracy badawczo-rozwojowej niż w przypadku rywalizacji w zakresie B+R. Rezultat ten obowiązuje dla efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych przekraczających określoną wartość progową⁴ (d'Aspremont i Jacquemin, 1988; Kamien i in., 1992; De Bondt i Veugelers, 1991).

⁴ Dla wartości niższych niż wartość progowa wyniki są niejednoznaczne i zależą od wartości przyjętych parametrów modelu. Dla niskich wartości efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych w gałęzi (niższych niż wartość progowa) pozioma współpraca badawczo-rozwojowa nadal prowadzi do wzrostu zysku i renty producenta, ale redukuje rentę konsumenta z powodu spadku produkcji dóbr.

III. Konkurencja Stackelberga

1. Wariant liniowych funkcji kosztów produkcji

Rozpatrujemy gałąź, w której funkcjonują tylko dwa przedsiębiorstwa (oznaczamy je 1 i 2). Każde z nich wytwarza identyczne dobro, odpowiednio w ilości q_1 i q_2 . Popyt rynkowy na to dobro jest dany w postaci liniowej funkcji ceny:

$$p = \alpha - Q, \quad (1)$$

gdzie p oznacza cenę rynkową, $Q = q_1 + q_2$ jest wielkością całkowitej produkcji dobra w gałęzi, natomiast α ($\alpha > 0$) jest danym parametrem.

Każde z przedsiębiorstw charakteryzuje się liniową funkcją całkowitych kosztów produkcji:

$$C_i(q_i, x_i, x_j) = (c - x_i - \beta x_j)q_i, \quad (2)$$

gdzie c ($c < \alpha$) jest danym parametrem początkowej efektywności przedsiębiorstwa i , x_i oznacza wielkość nakładów na badania i rozwój dokonanych przez przedsiębiorstwo i , zaś x_j jest wielkością nakładów poniesionych przez konkurenta. Parametr β ($0 \leq \beta \leq 1$) określa rozmiary efektów zewnętrznych w zakresie badań i rozwoju, czyli korzyści dla danego przedsiębiorstwa uzyskane dzięki badaniom podjętym przez rywala. Im większy poziom β , tym bardziej nakłady na badania i rozwój poniesione przez jedno przedsiębiorstwo pozwalają na obniżkę kosztów produkcji przez konkurenta.

Koszty podjętych badań mają postać funkcji kwadratowej:

$$\gamma \frac{x_i^2}{2}, \quad (3)$$

gdzie γ ($\gamma > 0$) jest danym parametrem.

Celem każdego z przedsiębiorstw i jest maksymalizacja indywidualnego zysku w postaci:

$$\pi_i = (\alpha - Q)q_i - (c - x_i - \beta x_j)q_i - \gamma \frac{x_i^2}{2} \quad (4)$$

przy czym $j \neq i$.

Zakładamy, że w rozpatrywanej gałęzi jedno przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwo 1) odgrywa rolę lidera Stackelberga, a drugie przedsiębiorstwo (2) jest naśladowcą. Zatem przedsiębiorstwo 1 jako pierwsze ustala wielkość swojej podaży, przedsiębiorstwo 2, z kolei, znając poziom produkcji ustalony przez lidera, decyduje o własnej wielkości podaży.

Gra przebiega w dwóch etapach. W pierwszym etapie każde z przedsiębiorstw jednocześnie decyduje o poziomie wydatków na badania i rozwój. Decyzje te wpływają na funkcję kosztów całkowitych każdego z przedsiębiorstw w kolejnych etapach. W drugim etapie przedsiębiorstwa konkurują na rynku produktu finalnego zgodnie z modelem lidera Stackelberga.

W pracy Prokopa i Karbowskiego (2013) znajdują się szczegółowe obliczenia, w których „krok po kroku” wyznaczono: (1) wielkość podaży naśladowcy jako funkcję poziomu produkcji lidera, (2) optymalną wielkość produkcji lidera, (3) optymalną wielkość produkcji naśladowcy, (4) cenę równowagi na rynku oferowanego dobra oraz (5) wartości zysków naśladowcy i lidera w warunkach równowagi Nasha.

Wyniki numeryczne dla wartości parametrów $\alpha = 100$, $c = 1$, $\gamma = 200$ przy różnych poziomach parametru β przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1. Równowaga w przypadku konkurencji Stackelberga przy liniowej funkcji kosztów produkcji

β	x_1	x_2	q_1	q_2	p	π_1	π_2
0,0	0,248277	0,185739	49,6554	24,7652	25,5794	1226,67	609,864
0,1	0,235860	0,173398	49,6547	24,7711	25,5742	1227,23	610,603
0,2	0,223438	0,161047	49,6528	24,7765	25,5707	1227,71	611,280
0,3	0,211011	0,148687	49,6496	24,7812	25,5692	1228,09	611,896
0,4	0,198581	0,136319	49,6452	24,7853	25,5695	1228,38	612,451
0,5	0,186149	0,123944	49,6396	24,7887	25,5717	1228,58	612,944
0,6	0,173715	0,111562	49,6328	24,7915	25,5757	1228,69	613,375
0,7	0,161280	0,099175	49,6247	24,7937	25,5816	1228,70	613,744
0,8	0,148846	0,086783	49,6153	24,7953	25,5894	1228,63	614,052
0,9	0,136413	0,074389	49,6048	24,7962	25,5990	1228,46	614,298
1,0	0,123982	0,061991	49,5930	24,7965	25,6105	1228,20	614,482

Źródło: obliczenia własne.

Na podstawie powyższej tabeli można przeanalizować zachowanie przedsiębiorstw w punkcie równowagi w zależności od wielkości parametru β , tj. od rozmiarów efektów zewnętrznych w zakresie badań rozwoju. Gdy korzyści dla danego przedsiębiorstwa uzyskane dzięki badaniom podjętym przez rywala są stosunkowo niewielkie (parametr β jest względnie mały), to nakłady na badania i rozwój każdego z przedsiębiorstw są stosunkowo wysokie i maleją wraz ze zwiększaniem się skali efektów zewnętrznych inwe-

stycji rozwojowych. Jest to wynik zgodny z wnioskami płynącymi z modeli d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Beatha i in. (1988), Kamiena i in. (1992), De Bondta i Veugelers (1991), Motty (1992), Suzumury (1992) oraz Vonortasa (1994).

Nie jest niespodzianką, że wydatki badawczo-rozwojowe naśladowcy są mniejsze niż lidera, który odnosi stosunkowo większe korzyści rynkowe ze względu na swoją pozycję rynkową. Warto jednak podkreślić, iż wraz ze wzrostem β relatywny wysiłek badawczo-rozwojowy lidera w porównaniu do naśladowcy jest coraz większy; o ile dla $\beta = 0$ proporcja ta wynosiła ok. 4:3, to dla $\beta = 1$ osiąga stosunek 2:1.

W przypadku, gdy przedsiębiorstwa podejmują prace badawczo-rozwojowe w ramach wspólnego przedsięwzięcia (partnerstwa badawczego), parametr β przyjmuje wartość 1, co oznacza pełną internalizację efektów zewnętrznych. Ponieważ w tym wariacie gry pomiędzy przedsiębiorstwami współpraca na etapie przedprodukcyjnym nie prowadzi do współpracy na rynku dobra finalnego, więc decyzje o nakładach na badania i rozwój są podejmowane indywidualnie w celu maksymalizacji zysków każdego z przedsiębiorstw oddzielnie. Jednocześnie należy zauważyć, że wspólne przedsięwzięcie badawczo-rozwojowe przedsiębiorstw prowadzi do ogólnego spadku wysiłku na rzecz zmniejszenia kosztów produkcji.

Zauważmy, że wielkość produkcji lidera, q_1 , maleje wraz ze wzrostem skali efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych i osiąga wartość najmniejszą w przypadku wspólnego przedsięwzięcia. Natomiast odwrotna relacja charakteryzuje naśladowcę: wraz ze wzrostem skali efektów zewnętrznych wielkość jego produkcji, q_2 , rośnie i osiąga wartość największą w przypadku wspólnego przedsięwzięcia. Łączna podaż rynkowa ($q_1 + q_2$) najpierw nieco wzrasta (dla niskich wartości parametru β), a następnie maleje osiągając najmniejszą wartość w przypadku wspólnego przedsięwzięcia. To z kolei przekłada się na wysokość ceny na rynku, która osiąga wartość największą, gdy przedsiębiorstwa prowadzą prace badawczo-rozwojowe w ramach wspólnego przedsięwzięcia.

Zyski poszczególnych przedsiębiorstw, jak można było oczekiwać, również nie zmieniają się jednakowo dla lidera i dla naśladowcy. Lider najpierw osiąga coraz wyższe zyski wraz ze wzrostem parametru β , ale gdy parametr ten przekroczy wartość 0,7, to jego wyniki ekonomiczne zaczynają spadać i nie są największe w przypadku wspólnego przedsięwzięcia. Natomiast zyski naśladowcy cały czas rosną w zależności od β i przyjmują wartość maksymalną, gdy przedsiębiorstwa decydują się na zorganizowanie wspólnego przedsięwzięcia. Zatem wspólne przedsięwzięcie jest w przypadku konkurencji Stackelberga korzystne dla naśladowcy, ale mniej korzystne

dla lidera, który wolałby ograniczyć skalę efektów zewnętrznych. Wynik ten nie jest zgodny z wnioskami płynącymi z cytowanych analiz d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Kamiena i in. (1992) oraz De Bondta i Veugelers (1991). Lider Stackelberga woli bowiem w przypadku wysokich efektów zewnętrznych w gałęzi rywalizować niż współpracować w zakresie B+R.

2. Wariant kwadratowych funkcji kosztów produkcji

Prokop (2014) jako pierwszy przedstawił analizę wpływu poziomej współpracy badawczo-rozwojowej na powstanie kartelu w gałęzi przy założeniu kwadratowych funkcji kosztów całkowitych produkcji (w tym przypadku można zaobserwować rosnące koszty krańcowe produkcji). Wcześniejsze prace ograniczały się jedynie do liniowego przedstawienia kosztów całkowitych wytwarzania.

Przedsiębiorstwo i -te charakteryzuje się kwadratową funkcją całkowitych kosztów produkcji:

$$C_i(q_i, x_i, x_j) = \frac{q_i^2}{c + x_i + \beta x_j},$$

gdzie c ($c < \alpha$) jest danym parametrem początkowej efektywności przedsiębiorstwa i , x_i oznacza wielkość nakładów na badania i rozwój dokonanych przez przedsiębiorstwo i , zaś x_j jest wielkością nakładów poniesionych przez konkurenta. Parametr β ($0 \leq \beta \leq 1$) określa rozmiary efektów zewnętrznych w zakresie badań i rozwoju, czyli korzyści dla danego przedsiębiorstwa uzyskane dzięki badaniom podjętym przez rywala.

W przypadku kwadratowej funkcji kosztów produkcji celem każdego z przedsiębiorstw i jest maksymalizacja indywidualnego zysku w postaci:

$$\pi_i = (\alpha - Q)q_i - \frac{q_i^2}{c + x_i + \beta x_j} - \gamma \frac{x_i^2}{2}, \quad (5)$$

przy czym $j \neq i$.

Metodyka przyjęta w pracy Prokopa (2014) jest taka sama jak w pracy Prokopa i Karbowskiego (2013), tj. „krok po kroku” wyznaczono: (1) wielkość podaży naśladowcy jako funkcję poziomu produkcji lidera, (2) optymalną wielkość produkcji lidera oraz (3) optymalną wielkość produkcji naśladowcy. Ponieważ algebraiczne przedstawienie ceny rynkowej oraz wartości zysków obu przedsiębiorstw w warunkach równowagi Nasha jest mało czytelne (skomplikowany zapis matematyczny), posłużono się analizą numeryczną.

Wyniki numeryczne dla wartości parametrów $\alpha = 100$, $c = 1$ oraz $\gamma = 200$ przy różnych poziomach parametru β przedstawiono w tabeli 2. Na pod-

stawie tabeli możemy zauważyć, że wartość wydatków przedsiębiorstw na B+R maleje wraz ze wzrostem efektów zewnętrznych. Jest to wynik zgodny z wnioskami płynącymi z modeli d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Beatha i współpracowników (1988), Kamienna i in. (1992), De Bondta i Veugelers (1991), Motty (1992), Suzumury (1992) oraz Vonortasa (1994). Należy zauważyć, że wartość wydatków na B+R ponoszonych przez naśladowcę maleje znacząco szybciej niż w przypadku lidera. W sytuacji partnerstwa badawczego (parametr β przyjmuje wartość 1), gdy efekty zewnętrzne są w pełni zinternalizowane, całkowita wartość wydatków na B+R jest najniższa.

Tabela 2. Równowaga w przypadku konkurencji Stackelberga przy kwadratowej funkcji kosztów produkcji

β	x_1^*	x_2^*	q_1^*	q_2^*	p^*	π_1^*	π_2^*
0,0	1,018250	0,886902	28,8017	23,2679	47,9304	865,78	749,66
0,1	0,949352	0,806896	28,8566	23,3133	47,8300	879,90	764,19
0,2	0,886675	0,732236	28,8668	23,3426	47,7906	891,08	776,60
0,3	0,829270	0,661707	28,8337	23,3573	47,8090	899,75	787,34
0,4	0,776456	0,594279	28,7575	23,3586	47,8839	906,14	796,75
0,5	0,727794	0,529018	28,6370	23,3474	48,0156	910,43	805,09
0,6	0,683080	0,465002	28,4695	23,3245	48,2060	912,65	812,58
0,7	0,642403	0,410223	28,2508	23,2910	48,4582	912,74	819,46
0,8	0,606268	0,336408	27,9740	23,2489	48,7771	910,47	825,94
0,9	0,575902	0,268705	27,6284	23,2021	49,1695	905,38	832,37
1,0	0,553976	0,194921	27,1956	23,1597	49,6447	896,53	839,27

Źródło: obliczenia własne.

Dla wartości parametru β większych od 0,3 każdy wzrost poziomu efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych prowadzi do zmniejszenia wielkości podaży dobra finalnego przez oba przedsiębiorstwa. Każde z przedsiębiorstw oferuje najmniejszą podaż produktu finalnego w warunkach partnerstwa badawczego, co oznacza, że funkcjonowaniu partnerstwa towarzyszy najwyższa cena równowagi. W konsekwencji, na podstawie przeprowadzonych analiz, można stwierdzić, że funkcjonowaniu partnerstwa badawczego w opisywanej gałęzi towarzyszy najniższy poziom renty konsumenta. Wynik ten jawnie kontrastuje z wnioskami uzyskanymi przez d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Kamienna i in. (1992) oraz De Bondta i Veugelers (1991),

zgodnie z którymi współpraca badawczo-rozwojowa sprzyja wzrostowi renty konsumenta.

Wartość efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych wpływa na wartość zysków przedsiębiorstw w różny sposób. To znaczy, z jednej strony wartość zysku naśladowcy wzrasta wraz ze wzrostem efektów zewnętrznych i osiąga swoje maksimum w przypadku funkcjonowania partnerstwa badawczego (wynik zgodny z wnioskami z analiz d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Kamienna i in. (1992) oraz De Bondta i Veugelers (1991)). Z drugiej jednak strony, wartość zysku lidera wzrasta wraz ze wzrostem wartości parametru β , ale gdy parametr ten przekracza wartość 0,7, wartość zysku lidera zaczyna spadać. W konsekwencji na rynku produktu z konkurencją Stackelberga funkcjonowanie partnerstwa badawczego jest korzystne jedynie dla naśladowcy, zaś nieatrakcyjne dla lidera, który preferowałby średnie poziomy efektów zewnętrznych w gałęzi (wynik ten wyraźnie niuansuje ogólne wnioski płynące z prac d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Kamienna i in. (1992) oraz De Bondta i Veugelers (1991)).

Przejdziemy teraz do rozważenia przypadku współpracy przedsiębiorstw w ramach kartelu.

IV. Kartelizacja gałęzi a konkurencja Stackelberga

1. Wariant liniowych funkcji kosztów produkcji

W tej części opracowania rozpatrzmy przypadek, w którym oba przedsiębiorstwa podjęły współpracę w ramach kartelu na rynku produktu końcowego oraz dokonały koordynacji nakładów na badania i rozwój, czyli utworzyły pełny kartel w gałęzi (rozważania te rozszerzają i uzupełniają analizy d'Aspremonta i Jacquemina (1988), Beatha i współpracowników (1988), Kamienna i in. (1992), De Bondta i Veugelers (1991), Motty (1992), Suzumury (1992) oraz Vonortasa (1994), które nie przewidywały współpracy przedsiębiorstw także na rynku produktu finalnego).

Przedsiębiorstwa ustalają wielkości podaży przy danych nakładach na badania i rozwój zgodnie z warunkiem maksymalizacji zysków w postaci:

$$\pi_i = (\alpha - Q)Q - (c - x_1 - \beta x_2)q_1 - (c - x_2 - \beta x_1)q_2 - \gamma \frac{x_1^2}{2} - \gamma \frac{x_2^2}{2} \quad (6)$$

Rozpatrujemy równowagę symetryczną Nasha, czyli $x_1 = x_2 = \tilde{x}$ oraz $q_1 = q_2 = \tilde{q}$, zaś $\tilde{\pi}_i = \frac{\pi}{2}$.

Dokładne algebraiczne wyrażenia wartości podaży, nakładów na B+R, zysków przedsiębiorstw oraz rynkowej ceny równowagi odnaleźć można w pracy Prokopa i Karbowskiego (2013). W tabeli 3 przedstawiono wyniki numeryczne dla wartości parametrów $\alpha = 100$, $c = 1$ oraz $\gamma = 200$ przy różnych poziomach parametru β w sytuacji pełnej kartelizacji gałęzi w warunkach liniowych kosztów produkcji.

W przypadku pełnej kartelizacji gałęzi, wraz ze zwiększaniem się skali efektów zewnętrznych w procesie badawczo-rozwojowym, rosną również nakłady poszczególnych przedsiębiorstw nakierowane na zmniejszenie krańcowych kosztów produkcji. Jednocześnie rośnie wielkość podaży dobra finalnego oferowanego przez każde z przedsiębiorstw. Prowadzi to w konsekwencji do spadku ceny tego dobra wraz ze wzrostem skali efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych. Z kolei zyski każdego z przedsiębiorstw funkcjonujących w warunkach pełnego kartelu monotonicznie rosną wraz ze zwiększającym się zakresem efektów zewnętrznych na etapie badań i rozwoju.

Tabela 3. Równowaga w przypadku pełnej kartelizacji gałęzi przy liniowej funkcji kosztów produkcji

β	\tilde{x}	\tilde{q}	\tilde{p}	$\tilde{\pi}_i$
0,0	0,123905	24,7810	50,4380	1226,66
0,1	0,136331	24,7875	50,4250	1226,98
0,2	0,148768	24,7946	50,4107	1227,33
0,3	0,161216	24,8024	50,3952	1227,72
0,4	0,173676	24,8108	50,3784	1228,13
0,5	0,186149	24,8198	50,3604	1228,58
0,6	0,198636	24,8295	50,3411	1229,06
0,7	0,211138	24,8397	50,3205	1229,57
0,8	0,223656	24,8506	50,2987	1230,11
0,9	0,236191	24,8622	50,2756	1230,68
1,0	0,248744	24,8744	50,2513	1231,28

Źródło: obliczenia własne.

Przy pełnej kartelizacji gałęzi przedsiębiorstwa osiągają największe zyski, gdy prace badawczo-rozwojowe są prowadzone w ramach wspólnego przedsięwzięcia (partnerstwa badawczego), co oznacza pełną internalizację efektów zewnętrznych.

Porównując wyniki analiz dokonanych w tabeli 1 oraz w tabeli 3, możemy wyprowadzić wnioski w zakresie bodźców do kartelizacji gałęzi. Gdy korzyści dla danego przedsiębiorstwa uzyskane dzięki badaniom podjętym przez rywala są stosunkowo niewielkie ($\beta < 0,5$), to zyski osiągnięte przez lidera Stackelberga są wyższe niż zyski w przypadku powstania pełnego kartelu w gałęzi, tj. porozumienia na etapie badawczo-rozwojowym oraz na rynku produktu końcowego. Zatem w sytuacji, gdy poziom efektów zewnętrznych jest względnie nieduży, to przedsiębiorstwo, które może odgrywać rolę lidera nie będzie zainteresowane utworzeniem kartelu w danej gałęzi.

Natomiast w warunkach znacznego poziomu efektów zewnętrznych ($\beta < 0,5$), porównanie zysków lidera Stackelberga z zyskami osiąganymi przez każde z przedsiębiorstw w skartelizowanej gałęzi wskazuje, że żadne z przedsiębiorstw nie będzie miało bodźców do pozostania poza kartelem. Przy czym największe korzyści zostaną osiągnięte przez każde z przedsiębiorstw, gdy oprócz koordynacji wydatków na badania i rozwój oraz wielkości produkcji dobra finalnego w ramach pełnego kartelu w danej gałęzi, podejmą one również współpracę w formie wspólnego przedsięwzięcia (partnerstwa badawczego), które pozwoli na pełną internalizację efektów zewnętrznych. W konsekwencji należy przypuszczać, że niemal każde funkcjonujące na rynku porozumienie badawczo-rozwojowe niesie ze sobą wymierne ryzyko kartelizacji gałęzi. Rodzi to tym większe wyzwania regulacyjne dla stosownych organów państwowych.

2. Wariant kwadratowych funkcji kosztów produkcji

Podobnie jak w poprzednim śródtytułe rozpatrzmy przypadek, w którym oba przedsiębiorstwa podjęły współpracę w ramach kartelu na rynku produktu końcowego oraz dokonały koordynacji nakładów na badania i rozwój, czyli utworzyły pełny kartel w gałęzi. Tym razem jednak przedsiębiorstwa doświadczają rosnących krańcowych kosztów produkcji.

W przypadku kwadratowych kosztów produkcji przedsiębiorstwa maksymalizują łączny zysk w postaci:

$$\pi_i = (\alpha - Q)Q - q_1^2/(c + x_1 + \beta x_2) - q_2^2/(c + x_2 + \beta x_1) - \gamma \frac{x_1^2}{2} - \gamma \frac{x_2^2}{2} \quad (7)$$

W punkcie równowagi symetrycznej Nasha mamy: $x_1 = x_2 = \tilde{x}$ oraz $q_1 = q_2 = \tilde{q}$, zaś $\tilde{\pi}_i = \frac{\pi}{2}$.

W ramach analizy Prokopa (2014) przedsiębiorstwa ustalają wielkości podaży przy danych nakładach na badania i rozwój zgodnie z warunkiem maksymalizacji zysków. Algebraiczne wyrażenia wartości podaży oraz zysków przedsiębiorstw, a także rynkowej ceny równowagi znajdują się w pracy Prokopa (2014). Ze względu na zastosowanie kwadratowych funkcji kosztów nie można znaleźć dokładnych postaci analitycznych rozwiązania, dlatego posłużono się metodami numerycznymi.

Na podstawie tabeli 4 możemy zauważyć, że w sytuacji pełnej kartelizacji gałęzi wartości wydatków na B+R zmieniają się w sposób monotoniczny. Najniższe poziomy wydatków na B+R możemy zaobserwować w przypadku braku efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych w gałęzi. Najwyższe wartości wydatków na B+R osiągane są w przypadku pełnej internalizacji efektów zewnętrznych w gałęzi.

Tabela 4. Równowaga w przypadku pełnej kartelizacji gałęzi przy kwadratowej funkcji kosztów produkcji

β	\tilde{x}	\tilde{q}	\tilde{p}	$\tilde{\pi}_i$
0,0	0,666056	19,2291	61,5417	917,09
0,1	0,680133	19,4399	61,1203	925,74
0,2	0,691130	19,6337	60,7326	933,92
0,3	0,699689	19,8124	60,3752	941,66
0,4	0,706302	19,9775	60,0449	948,99
0,5	0,711348	20,1305	59,7389	955,93
0,6	0,715125	20,2727	59,4547	962,49
0,7	0,717865	20,4050	59,1899	968,72
0,8	0,719755	20,5286	58,9428	974,63
0,9	0,720945	20,6443	58,7114	980,24
1,0	0,721553	20,7528	58,4944	985,58

Źródło: obliczenia własne.

W warunkach równowagi przy pełnej kartelizacji gałęzi większemu poziomowi wydatków na B+R towarzyszy też większa podaż dobra finalnego ze strony przedsiębiorstw (a także wyższy poziom osiąganych zysków). Wprawdzie to zwiększanie podaży dobra finalnego prowadzi do obniżenia rynkowej ceny równowagi, to jednak należy podkreślić, że ceny te i tak są znacząco wyższe niż w przypadku konkurencji Stackelberga.

W przypadku pełnej kartelizacji gałęzi maksymalna podaż i maksymalne zyski osiągane są w warunkach funkcjonowania partnerstwa badawczego (parametr β przyjmuje wartość 1).

Porównując wyniki analiz dokonanych w tabeli 2 oraz w tabeli 4, możemy wyprowadzić wnioski w zakresie bodźców do kartelizacji gałęzi. Gdy korzyści dla danego przedsiębiorstwa uzyskane dzięki badaniom podjętym przez rywala są stosunkowo niewielkie ($\beta < 0,6$), lider Stackelberga decyduje się ponosić większe wydatki na B+R niż kartel. Podobny wniosek można wyciągnąć w przypadku naśladowcy Stackelberga, ale tylko dla wartości $\beta < 0,3$.

Dla wysokich poziomów efektów zewnętrznych inwestycje w B+R dokonane przez każde z przedsiębiorstw tworzące kartel są wyższe niż w przypadku inwestycji dokonanych przez każde przedsiębiorstwo uczestniczące w konkurencji Stackelberga. Należy jednak zauważyć, że, pomimo efektywniejszego sposobu wytwarzania, kartel sprzedaje produkowane dobra po znacząco wyższych cenach niż przedsiębiorstwa uczestniczące w rywalizacji Stackelberga. Działanie kartelu prowadzi więc do obniżenia renty konsumenta.

Warto także zauważyć, że bez względu na poziom efektów zewnętrznych inwestycji rozwojowych w gałęzi wyższe zyski nadzwyczajne osiągane są w przypadku kartelu niż konkurencji Stackelberga. Maksymalne zyski obserwuje się w warunkach funkcjonowania partnerstwa badawczego w skartelizowanej gałęzi. W konsekwencji należy oczekiwać, że zacieśnianie współpracy przez przedsiębiorstwa na etapie B+R (również w przypadku kwadratowych funkcji kosztów produkcji) stwarza silne bodźce do uformowania kartelu na rynku produktu finalnego. Rodzi to istotne wyzwanie regulacyjne dla polityki antymonopolowej państwa.

V. Zakończenie

W niniejszej pracy pokazano, że zarówno w przypadku liniowych, jak i kwadratowych funkcji całkowitych kosztów produkcji ponoszonych przez przedsiębiorstwa zacieśnianie współpracy na etapie badawczo-rozwojowym zwiększa bodźce do utworzenia kartelu na rynku produktu końcowego. W konsekwencji należy przypuszczać, że pozioma współpraca badawczo-rozwojowa przedsiębiorstw niesie ze sobą wymierne ryzyko kartelizacji gałęzi. Rodzi to tym większe wyzwania regulacyjne dla stosownych organów państwowych. Kartelizacja gałęzi oznacza bowiem w ostatecznym rozrachunku niekorzystną sytuację dla nabywców dobra finalnego na danym rynku.

Naturalnym rozwinięciem analiz zaprezentowanych w niniejszej pracy wydaje się rozpatrzenie omówionej konkurencji Stackelberga w postaci dynamicznej (gry powtarzanej). Podobne, dynamiczne modele konkurencji i kooperacji przedsiębiorstw w zakresie B+R można znaleźć w literaturze

przedmiotu. Yao i Zheng (2014) pokazują, że w kontekście dynamicznym (powtarzanej gry z nieskończonym horyzontem) współpraca badawczo-rozwojowa przedsiębiorstw (obejmująca jedynie koordynowanie decyzji o wartości wydatków na B+R) jest osiągalna dla wystarczająco „cierpliwych przedsiębiorstw” (w sensie wartości współczynnika dyskontowego), albo dla przedsiębiorstw, które tworzą kartel na rynku produktu końcowego. Jeżeli przedsiębiorstwa tworzą kartel na rynku dobra finalnego, współpraca badawczo-rozwojowa pomiędzy nimi jest osiągalna, nawet gdy te przedsiębiorstwa okazują się stosunkowo „mało cierpliwie”. Interesująca wydaje się odpowiedź na pytanie, czy powyższe wnioski znalazłaby zastosowanie także dla modelu konkurencji Stackelberga omówionej w niniejszej pracy.

Bibliografia

- Beath, J., Katsoulacos, Y. i Ulph, D. (1997). Sequential product innovation and industry evolution. *Economic Journal* 97: 32–43.
- Becker, W. i Dietz, J. (2004). R&D cooperation and innovation activities of firms – evidence for the German manufacturing industry. *Research Policy* 33: 209–223.
- Brander, J. i Spencer, B. (1983). Strategic commitment with R&D: the symmetric case. *Bell Journal of Economics* 14: 225–235.
- Camagni, R. (1993). Inter-firm industrial network: The cost and benefits of cooperative behaviour. *Journal of Industry Studies* 1: 1–15.
- Cassiman, B. (2000). Research joint ventures and optimal R&D policy with asymmetric information. *International Journal of Industrial Organization* 18: 283–314.
- d’Aspremont, C. i Jacquemin, A. (1988). Cooperative and Noncooperative R&D in Duopoly with Spillovers. *American Economic Review* 78: 1133–1137.
- De Bondt, R. i Veugelers, R. (1991). Strategic Investment with spillovers. *European Journal of Political Economy* 7: 345–366.
- De Bondt, R., Slaets, P. i Cassiman, B. (1992). Spillovers and the number of rivals for maximum effective R&D. *International Journal of Industrial Organisation* 10: 35–54.
- Geroski, P. (1993). Antitrust policy towards co-operative R&D ventures. *Oxford Review of Economic Policy* 9: 58–71.
- Geroski, P. (1995). Do spillovers undermine the incentive to innovate?. W: Dowrick, S. *Economic approaches to innovation*. Aldershot (UK): Edward Elgar.
- Horvath, R. (2001). *Cooperation in Research and Development*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- Kaiser, U. (2002). An empirical test of models explaining research expenditures and research cooperation: evidence for the German service sector. *International Journal of Industrial Organization* 20: 747–774.

- Kamien, M., Muller, E. i Zang, I. (1992). Research Joint Ventures and R&D Cartels. *American Economic Review* 82: 1293–1306.
- Katz, M. (1986) An Analysis of Cooperative Research and Development. *RAND Journal of Economics* 17: 527–543.
- Mansfield, E. (1985). How rapidly does new industrial technology leak out?. *Journal of Industrial Economics* 34: 217–223.
- Motta, M. (1992). Cooperative R&D and vertical product differentiation. *International Journal of Industrial Organization* 10: 643–661.
- Prokop, J. i Karbowski, A. (2013). Współpraca badawczo-rozwojowa przedsiębiorstw a kartelizacja gałęzi. *Przegląd Zachodniopomorski XXVIII*: 259–272.
- Prokop, J. (2014). Research Joint Ventures and Cartelization of Industries. *Procedia – Economics and Finance* 14: 507–514.
- Spence, M. (1984). Cost Reduction, Competition, and Industry Performance. *Econometrica* 52: 101–121.
- Suzumura, K. (1992). Co-operative and non-cooperative R&D in oligopoly with spillovers. *American Economic Review* 82: 1307–1320.
- Tirole, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: MIT Press.
- Vonortas, N. (1994). Inter-firm co-operation in imperfectly appropriable research.” *International Journal of Industrial Organisation* 12: 413–435.
- Yao, Z. i Zheng, B. R&D Cooperation between Impatient Rivals. *Bulletin of Economic Research*, in press, doi: 10.1111/boer.12037.

Piotr Semeniuk*

Drapieżnictwo cenowe – mit kosztów dominanta

Spis treści:

- I. Wstęp – hipoteza badawcza
- II. Przegląd standardów prawnych z zakresu drapieżnictwa cenowego
 1. Drapieżnictwo cenowe w prawie Unii Europejskiej
 2. Drapieżnictwo cenowe w polskim prawie ochrony konkurencji
- III. Argumenty przeciwko braniu pod uwagę wyłącznie kosztów przedsiębiorców dominujących
 1. Argument o „dynamicznym” dobrobycie konsumenta
 2. Pozostałe argumenty
 - 2.1. Argument z „semantycznej hipokryzji”
 - 2.2. Argumenty o podkreślające inne wartości konkurencji niż niskie ceny
- IV. Wnioski

Streszczenie:

Autor artykułu próbuje dowieść, że – wbrew powszechnym opiniom – polityka cenowa przedsiębiorstw dominujących może być uznana za nadużycie pozycji dominującej nawet wtedy, gdy ceny stosowane przez dominanta są wyższe niż jego koszty. Kluczowa dla analizy drapieżnictwa cenowego na skutek działań cenowych dominanta jest, w opinii autora, możliwość wystąpienia efektu wykluczającego (ang. *exclusionary effect*) po stronie kon-

* Autor kieruje działem prawnym w centrum analitycznym Polityka Insight. Wcześniej pracował w wiodących międzynarodowych kancelariach w Warszawie oraz w Dyrekcji ds. Konkurencji w Brukseli. Specjalizuje się w prawie antymonopolowym oraz publicznym prawie gospodarczym. Obronił doktorat z prawa konkurencji na Uniwersytecie Jagiellońskim oraz ukończył studia LL.M na Uniwersytecie Nowojorskim. Adwokat stanu Nowy Jork. Kontakt z autorem pod adresem: p.semeniuk@politykainsight.pl.

konkurentów dominanta i możliwość efektywnej konkurencji ze strony tych konkurentów w najbliższej przyszłości.

Autor, przytaczając polskie i europejskie sprawy z zakresu drapieżnictwa cenowego, argumentuje, że uwaga organów konkurencji może w równej mierze skupiać się na kosztach „ofiary” (*prey*) i na kosztach drapieżnika (*predator*). Z kolei w sektorach, w których obniżenie kosztów przedsiębiorstw możliwe jest dopiero po uzyskaniu znaczącego efektu skali lub sieci (*network or scale effect*) oraz w sektorach, w których przedsiębiorstwo dominujące posiada dostęp do tzw. niezbędnej infrastruktury (*essential facilities*), ważniejsze dla oceny zaistnienia efektu wykluczającego wydają się być koszty ofiary.

Słowa kluczowe: drapieżnictwo cenowe, efektywność dynamiczna, efektywność alokacyjna, Arriva, Kompania Węglowa, UOKiK, konkurencja cenowa, konkurencja jakościowa.

Kod JEL: K210.

I. Wstęp – hipoteza badawcza

Głównym celem niniejszego artykułu jest pokazanie, że – wbrew powszechnym opiniom – polityka cenowa przedsiębiorstw dominujących może być uznana za nadużycie pozycji dominującej nawet wtedy, gdy ceny stosowane przez dominanta są wyższe niż jego koszty. Kluczowa dla analizy drapieżnictwa cenowego w świetle praktyk cenowych dominanta powinna być możliwość wykluczenia konkurentów dominanta, nie tylko tych równie efektywnych ale również tych mniej efektywnych, jeżeli w niedalekiej przyszłości byliby w stanie obniżyć swoje koszty, a dominant poświęca krótkoterminowe zyski w celu wykluczenia z rynku tych konkurentów.

II. Przegląd standardów prawnych z zakresu drapieżnictwa cenowego

1. Drapieżnictwo cenowe w prawie Unii Europejskiej

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) standard w zakresie drapieżnictwa cenowego wyznaczy wyrok tego Trybunału w sprawie *AZKO*¹. Zgodnie z powyższym wyrokiem stosowanie cen

¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86, *AKZO Chemie BV p. Komisji Europejskiej*.

poniżej średniego kosztu zmiennego (*average variable cost, AVC*)² przez przedsiębiorstwo dominujące jest niezgodne z art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) w każdym wypadku, a stosowanie cen poniżej średniego kosztu całkowitego (*average total cost*)³ tylko wtedy, jeżeli przedsiębiorstwu dominującemu da się wykazać „antykonkurencyjny” zamiar. Sądom unijnym zdarzało się jednak w szczególnych okolicznościach uznać za zakazane praktyki cenowe dominantów, nawet jeżeli stosowane przez nich ceny były powyżej kosztów⁴.

Chociaż wyrok AKZO nie został uchylony i dalej jest cytowany w orzeczeniach TSUE, podejście Komisji Europejskiej do drapieżnictwa cenowego jest nieco bardziej znuansowane. Komisja w swoich wytycznych z 2009 r.⁵ dla uznania polityki cenowej dominanty za zakazane drapieżnictwo cenowe wymaga spełnienia dwóch przesłanek: „poświęcenia przez dominantę zysków” (*sacrifice of losses*) oraz „wykluczenia hipotetycznego, równie efektywnego konkurenta” (*as efficient competitor*). W celu analizy wystąpienia dwóch powyższych przesłanek Komisja zapowiada, że będzie posługiwała się dwiema miarami kosztów: średnim kosztem możliwym do uniknięcia (*average avoidable cost, AAC*)⁶ oraz długookresowym średnim kosztem przyrostowym (*long-run average incremental cost, LRAIC*)⁷. Jeżeli dominant stosuje ceny poniżej AAC, świadczy to według Komisji o tym, że „poświęca on zyski w perspektywie krótkoterminowej i że równie efektywny konkurent nie może obsługiwać docelowych odbiorców bez ponosze-

² Koszt zmienny (czyli koszt uzależniony od wielkości produkcji) podzielony przez liczbę wyprodukowanych jednostek.

³ Koszt całkowity (obejmujący koszty stałe i zmienne) podzielony przez liczbę wyprodukowanych jednostek.

⁴ Zob. np. wyrok TSUE w połączonych sprawach C-395/96 P i C-396/96P, *Compagnie maritime belge p. Komisji Europejskiej*.

⁵ Komunikat Komisji — 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, Dz.Urz.UE C 45, 24.2.2009.

⁶ Koszt, którego można byłoby uniknąć, gdyby przedsiębiorstwo nie wytwarzało odrębnej (dodatkowej) ilości produktów podzielony przez liczbę wyprodukowanych jednostek tych produktów; istota AAC jest podobna do AVC, tyle, że na AAC składa się zatem zarówno AVC, jak i specyficzne dla wytworzenia danego produktu koszty stałe (*product-specific fixed costs*).

⁷ Koszt (zmienny i stały), który przedsiębiorstwo ponosi w celu wytworzenia danego produktu; LRAIC i ATC można traktować jako koszty wzajemnie zamienne i są one takie same w przedsiębiorstwie, które wytwarza jeden produkt; w przedsiębiorstwie wieloproduktowym. LRAIC może być niższy od ATC dla każdego produktu, ponieważ kosztów stałych, wspólnych dla wszystkich produktów, nie bierze się pod uwagę przy wyliczaniu LRAIC

nia straty”. Brak pokrycia przez przedsiębiorstwo LRAIC świadczy z kolei o tym, że „mogłoby dojść do zamknięcia dostępu do rynku równie efektywnemu konkurentowi”.

2. Drapieżnictwo cenowe w polskim prawie ochrony konkurencji

W Polsce drapieżnictwo cenowe jest zakazane na mocy art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik). Przepis ten za jeden z przejawów nadużywania pozycji dominującej uznaje narzucanie przez dominanta „cen rażąco niskich”.

Spośród praktyki decyzyjnej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) z zakresu drapieżnictwa cenowego na szczególną uwagę zasługuje niedawna decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Arriva*⁸. W grudniu 2013 r. Prezes UOKiK nałożył na spółkę Arriva (zajmującą się przewozem osób w krajowym transporcie drogowym) karę w wysokości ok. 80 tys. zł. Podstawą nałożenia kary była obniżka cen biletów autobusowych na wybranych trasach dokonana przez Arriva w 2011 r. w odpowiedzi na pojawienie się na tych trasach konkurencyjnego przewoźnika (zaprzestał on działalności na początku 2012 r.). Prezes UOKiK uznał, że Arriva posiadała pozycję dominującą na rynku „wykonywania regularnych przewozów osób komunikacją zwykłą w krajowym transporcie drogowym (rynek produktowy) na liniach komunikacyjnych Kętrzyn – Srokowo przez Siniec oraz na linii Kętrzyn – Barciany przez Rodele”.

Prezes UOKiK porównał koszty ponoszone przez Arriva na wybranych trasach (wyrażone pln/wzkm) z przychodami osiąganymi przez Arriva na tych trasach po czym stwierdził, że w analizowanym okresie przychody Arriva z wybranych tras często nie pokrywały kosztów, a w konsekwencji, że niektóre z cen biletów stosowane przez Arriva należy zaklasyfikować jako, niezgodne z prawem konkurencji, drapieżnictwo cenowe. Prezes UOKiK uznał, że niektóre ceny stosowane przez Arriva były „rażąco niskie”, a tym samym naruszają ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. Co ciekawe za „rażąco niskie” Prezes UOKiK nie uznał niektórych cen stosowanych przez dominanta niższych niż jego koszty. W ocenie Prezesa UOKiK, „cenę [...] przy uśrednionych parametrach kosztów zmiennych (...) należy uznać za cenę niską – pokrywającą koszty zmienne w 77 %. Natomiast cena [...] (...) zdaniem Prezesa UOKiK była ceną rażąco niską, jako że pokrywała jedynie 72% kosztów”⁹. Z powyższego fragmentu można domniemywać,

⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2013 r., RBG-51/2013.

⁹ *Tamże*, s. 49.

że Prezes UOKiK uznał cenę pokrywającą koszty zmienne w 77% za nie-sprzeczną z art. 9 polskiej ustawy antymonopolowej.

W 2015 r. UOKiK zajął się zarzutami drapieżnictwa cenowego wysuwany-ymi przez prywatną kopalnię Bogdanka przeciwko należącej do Skarbu Państwa Kompanii Węglowej. Bogdanka poskarżyła się do UOKiK, że Kompania nadużywa pozycji dominującej sprzedając węgiel poniżej kosztów wydobycia. W obszernym uzasadnieniu opublikowanym na swojej stronie internetowej¹⁰ UOKiK uznał, że Kompania co prawda sprzedaje węgiel poniżej kosztów wydobycia, ale nie posiada pozycji dominującej, ponieważ rynek sprzedaży węgla ma wymiar europejski, a nie krajowy. Mimochodem UOKiK przypomniał też, że „drapieżnictwo cenowe – jako praktyka ograniczająca konkurencję – prowadzić ma do eliminacji konkurentów”. Według UOKiK, trudna sytuacja Kompanii Węglowej, pokazuje, że „jej udział w rynku będzie się zmniejszał”, a w takiej sytuacji trudno domniemywać, że ewentualne drapieżnictwo cenowe stosowane było z zamiarem eliminacji konkurentów.

3. Na czym polega test równie efektywnego konkurenta?

Zaprezentowane w powyższych częściach tego artykułu podejście, ku któremu skłaniały się do tej pory organy Unii Europejskiej a także UOKiK, istnienie niedozwolonego drapieżnictwa cenowego uzależnia przede wszystkim od spełnienia tzw. testu równie efektywnego konkurenta (*as efficient competitor test*). Na podstawie powyższego testu najważniejsza przy ocenie drapieżnictwa cenowego jest nie tyle możliwość wykluczenia konkurentów dominującego przedsiębiorstwa, co porównanie efektywności kosztowej dominanta i jego konkurentów. Jeżeli dominant stosuje cenę poniżej swoich kosztów, oznacza to że cenie takiej nie są w stanie sprostać nawet (hipotetyczni) konkurenci, którzy są równie efektywni co dominant. Ponieważ przedsiębiorstwo dominujące stosujące ceny poniżej swoich kosztów jest w stanie, z racji swojej wielkości i skali operacji, dłużej niż równie efektywni konkurenci „znosić” (*forebear*) straty, drapieżna polityka cenowa dominanta może spowodować wykluczenie z rynku konkurentów równie lub nawet bardziej efektywnych. Ponieważ reżimom antymonopolowym powinno zależeć na utrzymaniu efektywności produkcyjnej konkurentów, głosi test równie efektywnego konkurenta, dominant nie powinien być w stanie legalnie stosować cen poniżej swoich kosztów.

¹⁰ Uzasadnienie dostępne pod adresem: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11713&news_page=5, dostęp 11.10.2015 r.

III. Argumenty przeciwko braniu pod uwagę wyłącznie kosztów przedsiębiorców dominujących

Zarówno w prawie unijnym jak i polskim (sprawy *AKZO*, *Arriva*) organy konkurencji analizując zarzut stosowania przez dominantów drapieżnictwa cenowego zdają się brać pod uwagę przede wszystkim koszty ponoszone przez przedsiębiorstwa dominujące, a nie ich konkurentów. Poniżej przedstawione zostaną argumenty, że analiza organów antymonopolowych powinna w większym stopniu uwzględniać koszty tych drugich.

1. Argument o „dynamicznym” dobrobycie konsumenta

Zgodnie z tym argumentem, nawet jeżeli przedsiębiorca dominujący jest bardziej efektywny niż jego konkurenci, szybkie wykluczenie tych konkurentów z rynku przez selektywne obniżki cenowe poniżej kosztów ponoszonych konkurentów może umożliwić dominantowi szybkie podniesienie cen powyżej poziomów konkurencyjnych i osiągnięcie w krótkiej perspektywie czasowej renty monopolisty. W opinii niektórych ekonomistów (np. Edlin, 2002; Williamson, 1977; Baumol, 1979; Lee, 2004; Baker, 1994), tradycyjne podejście organów konkurencji skupiające się przede wszystkim na kosztach dominantów i udzielające „ochrony” jedynie równie efektywnym konkurentom, a nie na kosztach „ofiary” drapieżnictwa cenowego, ignoruje długoterminowy „dynamiczny” zysk dla konsumentów, do którego może doprowadzić pojawienie się nowych przedsiębiorców oferujących im konkurencyjne produkty lub usługi. Szczególnie na rynkach gdzie istotne znaczenie mają efekty skali i sieci, przedsiębiorcom wchodzącym na takie rynki zdominowane przez zasiedziałą firmę (*incumbent*) ciężko zbić od razu koszty poniżej kosztów dominanta, gdyż kosztowy efekt skali lub sieci mogą oni wypracować dopiero po jakimś czasie. Dopiero w dalszej perspektywie czasowej wchodzący na rynek konkurenci mogą uzyskać dostęp do bardziej efektywnych dostawców, którzy związani są z dominantem umowami wyłącznościowymi oraz wypracować sobie silną markę, co pozwoli z kolei na obniżenie wydatków marketingowych (np. Edlin, 2002)¹¹. Do takich rynków należą np. rynki transportu pasażerskiego oraz rynki usług *online*. Krótkotrwała strata konsumentów polegająca na obniżeniu cen przez dominanta dokonującego selektywnych obniżek cen jest często mniej istotna niż ich

¹¹ „A monopoly will often enjoy non-cost advantages as well. Its product, quality, and brand name may be familiar to customers”.

długofalowy zysk polegający na większej konkurencji na rynku, a „ochrona” prawa antymonopolowego należy się nie tylko „równie efektywnym konkurentom” ale również „jeszcze nie równie efektywnym konkurentom” (*not yet as efficient competitors*). Kluczowe dla klasyfikacji zachowania dominanta jako zakazanego drapieżnictwa cenowego jest możliwość długofalowego obniżenia cen przez konkurentów dominanta oraz to na ile selektywne obniżki dominanta stanowią „poświęcenie zysku” (*profit sacrifice*).

Praktycznym przykładem na zilustrowanie powyższego argumentu może być sprawa *American Airlines*¹². Linie lotnicze American Airlines, mając na celu wykluczenie z rynku tzw. tanich linii, zaczęły wybiórczo obniżać ceny na trasach lotniczych, na których spotykały się z konkurencją. Po skutecznym wyeliminowaniu konkurentów, American podniosły ceny do poprzednich poziomów. Sąd oddalił jednak skargę amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości (*Department of Justice*) przeciwko American Airlines twierdząc, że linie nawet selektywnie obniżając ceny w celu eliminacji konkurentów, nie zbiły tych cen poniżej średniego kosztu zmiennego (jedynie w takim wypadku wykluczenie byłoby nielegalne, ponieważ oznaczałoby, że American Airlines wyeliminowały konkurentów, którzy byli w stanie dostarczyć tej same usługi po równych lub niższych kosztach). Jak stwierdził sąd, „tanie linie” musiały wycofać się z rynku, nie będąc w stanie sprostać konkurencji cenowej ze strony American, ponieważ ich koszty były wyższe od kosztów American Airlines. Tanie linie nie były więc równie efektywnym konkurentem, a tym samym ukaranie American za obniżkę cen wymierzone byłoby w konsumentów (pasażerów). Powyższy wyrok jest niekiedy krytykowany dlatego, że gdyby wchodzące na rynek „tanie linie” nie spotkały się z błyskawiczną odpowiedzią American, mogłyby w dłuższej perspektywie stać się bardziej efektywne, a tym samym oferować konsumentom niższe niż American ceny.

2. Pozostałe argumenty

2.1. Argument z „semantycznej hipokryzji”

Zgodnie z powyższym argumentem, większość reżimów antymonopolowych, w tym reżim obowiązujący w Unii Europejskiej, od dawna zakazują już przedsiębiorstwom dominującym stosowania zbyt niskich cen, które jednak nie przekraczają kosztów dominanta. Zakazy takie obowiązują jednak tylko wtedy, kiedy politykę cenową dominanta da się scharakteryzować jako szczególny rynkowy typ zachowania, np. jako tzw. „nożyce cenowe” lub

¹² *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003).

„rabaty wiązane” (*bundling*). Odnosząc powyższe typy spraw do klasycznego drapieżnictwa cenowego można argumentować, że podobnie jak w sprawach zakazanych nożyc cenowych nie jest „winą” wykluczonego konkurenta, że nie posiada pozycji dominującej na rynku wyższego szczebla, a w sprawach z zakresu rabatów wiązanych, że nie dysponuje on dostatecznie szeroką gamą produktów, tak w sytuacji konkurentów przedsiębiorcy dominującego stosującego drapieżną strategię nie jest ich winą, że nie zdołali obniżyć swoich kosztów na skutek efektu skali lub sieci.

2.2. Argumenty o podkreślające inne wartości konkurencji niż niskie ceny

Zgodnie z powyższymi argumentami, w niektórych sytuacjach ochrona przed drapieżnym zachowaniem dominanta należy się nie tylko „mniej efektywnym” konkurentom ale również konkurentom, którzy nie będą równie efektywni nawet w dalszej perspektywie czasowej. Autorzy tych argumentów podkreślają wartość samą w sobie, jaką jest możliwość wyboru wielu produktów przez konsumentów (np. Nihoul, 2012, s. 55–70), a także fakt, że konkurenci mogą wywierać presję konkurencyjną nawet, jeżeli są mniej efektywni (tj. wywierać presję nie tylko ceną ale również, jakością swoich produktów lub usług).

IV. Wnioski

Podejście do analizy drapieżnictwa cenowego, które skupia się w równej, a być może nawet większej mierze na kosztach „ofiary”, a nie „drapieżnika” w opinii autora skuteczniej realizuje postulat, zgodnie z którym polityka antymonopolowa powinna uwzględniać tzw. „efektywność dynamiczną” (w opozycji do tzw. „efektywności alokacyjnej”). Podejście takie wydaje powoli torować sobie drogę w świecie polityk antymonopolowych i wyrażone jest np. w najnowszych wytycznych dotyczących drapieżnictwa cenowego Międzynarodowej Sieci Konkurencji z 2014 r.¹³ Już w drugim punkcie powyższych Wytycznych, ich autorzy zwracają uwagę, że zakazane drapieżnictwo cenowe może mieć miejsce również wtedy, kiedy przedsiębiorstwo dominujące poświęca „krótkoterminowe zyski” (*foregoing short-run profits*), czyli niekoniecznie stosuje ceny poniżej swoich kosztów. Poświęcanie krótkoterminowych zysków to bardziej przejaw punktowego obniżania cen mającego na celu wykluczenie konkurentów, również tych chwilowo mniej efektywnych.

¹³ Zob. ICN Unilateral Conduct Working Group Recommended Practices on Predatory Pricing, dokument dostępny na <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc966.pdf>.

Bibliografia

- Baker, Jonathan B. (1994). Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective. *Antitrust Law Journal* 62: 585–603.
- Baumol, William J. (1979). Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing. *Yale Law Journal* 89: 1–26.
- Edlin, Aaron S. (2002). Stopping Above-Cost Predatory Pricing. *Yale Law Journal* 111: 681–827.
- Lee, David. (2004). The Lack of Guidance for Proving the Pricing Below Cost Element of Predatory Pricing and a Call for a Revised Approach to Predatory Pricing Analysis. *Administrative Law Review* 56: 285–1306.
- Nihoul, Paul. (2012). Freedom of choice: The emergence of a powerful concept in European competition law. *Concurrences* 3: 55–70.
- Williamson, Oliver. (1977). Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis. *Yale Law Journal* 87: 284–341.

Krystyna Nizioł*

Ekonomia regulacji na rynku kart płatniczych na przykładzie opłaty *interchange*

Spis treści

- I. Uwagi wstępne
- II. Istota ekonomii regulacji
- III. Charakterystyka opłaty *interchange* jako elementu rynku kart płatniczych
- IV. Ingerencja regulacyjna dotycząca opłaty *interchange* w Unii Europejskiej oraz w Polsce
 - 1. Uzasadnienie
 - 2. Potencjalne rezultaty ekonomiczne w świetle doświadczeń wybranych państw
- V. Uwagi końcowe

Streszczenie:

Celem opracowania jest ekonomiczna analiza regulacji prawa konkurencji oraz prawa finansowego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa rynku finansowego, dotycząca jednego z elementów rynku kart płatniczych, którym jest opłata *interchange*. Na szczeblu unijnym i krajowym wprowadzono bowiem regulacje, które ustalają maksymalną wysokość tej opłaty. W opracowaniu podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy powyższe unormowania mogą przynieść postulowane efekty ekonomiczne, a także poprawić konkurencję na rynku kart płatniczych (krajowym oraz unijnym). W związku z tym, czy ta interwencja jest uzasadniona ekonomicznie.

* Doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego; e-mail: knizioł@mec.univ.szczecin.pl.

Słowa kluczowe: opłata interchange, rynek finansowy, prawo konkurencji, prawo finansowe, ekonomiczna analiza prawa.

Klasyfikacja JEL: G2, G28, K21, L51.

I. Uwagi wstępne

Celem opracowania jest ekonomiczna analiza regulacji prawa konkurencji oraz prawa finansowego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa rynku finansowego, dotycząca jednego z elementów rynku kart płatniczych, którym jest opłata *interchange*. Na szczeblu unijnym i krajowym wprowadzono bowiem regulacje, które ustalają maksymalną wysokość tej opłaty.

W opracowaniu posłużono się sformułowaniem *ekonomia regulacji* (*economics of regulation*). Zestawienie pojęcia ekonomii albo ekonomiki z naukami prawnymi jest stosunkowo rzadko wykorzystywane w opracowaniach z zakresu nauk prawnych¹. Można jednak uznać, iż ekonomia regulacji nawiązuje do ekonomicznej teorii regulacji, która koncentruje się na ekonomicznej regulacji rynków przez państwo (szerzej Solek, 2006, s. 5 i nast.). Jednocześnie pojęcie *ekonomii regulacji* jest pojęciem szerszym od *oceny skutków regulacji* (*regulatory impact assessment*), która jest stosowana w przypadku gospodarczych i finansowych rezultatów wprowadzanych unormowań. W piśmiennictwie wskazuje się, że ocena skutków regulacji powinna określać podmioty, na które oddziałuje projektowane prawo, jego wpływ na finanse publiczne, rynek pracy, konkurencyjność gospodarki, sytuację i rozwój regionów (Szpringer i Rogowski 2007, s. 8). W sformułowaniu *ekonomii regulacji* mieści się bowiem celowe działanie państwa zmierzające do oddziaływania państwa na gospodarkę, w taki sposób, aby usprawnić działanie rynku np. poprzez wyeliminowanie jego niesprawności (zarówno w skali makroekonomicznej, jak i mikroekonomicznej). Przedmiotem interwencji państwa mogą być bowiem również określone rynki mikroekonomiczne, a jej celem między innymi kształtowanie alokacji na rynku poprzez wpływanie na decyzje producentów i konsumentów związane z popytem i podażą (Rumianowska, 2010, s. 129).

W opracowaniu analizie poddano rynek kart płatniczych, który jest typowym rynkiem dwustronnym (*two-sided market*), a także modele funkcjonowania kart płatniczych, w tym szczególnie występujący najczęściej, stosunkowo skompli-

¹ Np. wykorzystuje się takie pojęcia jak *ekonomika regulacji finansowych i nadzoru finansowego* (Hryckiewicz i Pawłowska, 2013, s. 6), czy *ekonomia twórczości i ochrony własności* [Szpringer i Rogowski, 2012, s. 15].

kowany model czterostronnego systemu powiązań². W związku z tym, celem opracowania jest odpowiedź na następujące pytania badawcze. Po pierwsze, czy model rynku kart płatniczych uzasadnia podjęcie przez państwo interwencji w zakresie opłaty *interchange* w celu wspierania prokonkurencyjnych zachowań uczestników rynkowych. Po drugie, czy na podstawie badań empirycznych z zakresu nauk ekonomicznych interwencja regulacyjna na tym rynku jest uzasadniona, oraz jakie mogą być jej spodziewane rezultaty ekonomiczne.

Analiza tych zagadnień pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy unormowania wprowadzone na szczeblu unijnym i krajowym związane z interwencją ustawodawcy w odniesieniu do opłaty *interchange* mogą przynieść postulowane efekty ekonomiczne, a także poprawić konkurencję na rynku kart płatniczych (krajowym oraz unijnym). W związku z tym, czy powyższa interwencja jest uzasadniona ekonomicznie. Tytułem przykładu można wskazać, iż celem krajowej regulacji³, która wprowadziła zmiany do ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych⁴ (u.u.p.) jest zwiększenie konkurencyjności na rynku finansowym; wyrównanie opłat ponoszonych przez polskich przedsiębiorców, korzystających z terminali płatniczych; obniżenie cen produktów i usług nabywanych przez konsumentów, a także rozwój obrotu bezgotówkowego⁵. Natomiast celem regulacji unijnej jest między innymi wzrost innowacyjności i rozwój obrotu bezgotówkowego; zwiększenie konkurencyjności poprzez stworzenie *równych warunków działania*, i tym samym ograniczenie jego rozdrobnienia, będącego konsekwencją różnic w wysokości opłaty *interchange*; zmniejszenie barier dostępu dla nowych podmiotów ogólnoeuropejskich⁶. Można zatem uznać, iż celem unormowań, na mocy których ustalono maksymalną stawkę opłaty *interchange* na wspólnym rynku Unii Europejskiej (UE) jest wzrost konkurencyjności na rynku finansowym poprzez wprowadzenie *równych warunków działania* na rynku kart płatniczych.

² W piśmiennictwie model czterostronnego systemu powiązań na rynku kart płatniczych (*four-party credit card transactions*) określany jest również np. jako *model biznesowy czterostronnego systemu kart płatniczych*, który ilustruje schemat opłat na rynku kart płatniczych. Opłata *interchange* jest jedną z opłat występujących na tym rynku (Maciejewski, 2012, s. 44 i n.).

³ *Ustawa z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych* (Dz. U. z 2013 r., poz. 1271).

⁴ Tj.: Dz. U. z 2014 r., poz. 873 ze zm.

⁵ *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o usługach płatniczych*, Druk Sejmu RP nr 1213, s. 4.

⁶ *Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie opłat interchange w odniesieniu do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę*, Bruksela, 24.07.2013 COM(2013) 550 final, s. 3 i n.

II. Istota ekonomii regulacji

W przedmiotowym opracowaniu zaproponowano pojęcie *ekonomii regulacji* w celu uwypuklenia związku nauk ekonomicznych z naukami prawnymi. Zestawienie pojęć *ekonomii* i *regulacji* na potrzeby niniejszego opracowania ma przede wszystkim zaakcentować ekonomiczne cele, którym powinny służyć określone unormowania, a więc ekonomiczną racjonalność ich stanowienia. W tym kontekście zasadnym jest również wyjaśnienie pojęcia ekonomii, a następnie jego odniesienie do sfery prawnej. W piśmiennictwie z zakresu nauk ekonomicznych ekonomia jest definiowana jako nauka, która bada jak *ludzie radzą sobie z rzadkością – brakiem nieograniczonej dostępności dóbr, jak rozwiązują dotkliwy problem alokacji ograniczonych zasobów w celu zaspokojenia konkurencyjnych chęci aby zaspokoić ich tyle, ile jest w danej sytuacji możliwe* (Kamerschen, McKenzie i Nardinelli, 1993, s. 7). Ekonomia jest zatem nauką o procesach gospodarczych (Milewski, Kwiatkowski, 2005, s. 3). W znaczeniu leksykalnym wyrażenie *ekonomia* oznacza m.in. *naukę o racjonalnym gospodarowaniu lub umiejętność racjonalnego użytkowania czegoś, oszczędnego postępowania się czymś, oszczędność* (Szymczak, 1978, s. 521). W tym znaczeniu należy odwołać się do działania racjonalnego w rozumieniu prakseologii, a więc działania opartego na logicznej, rozumowej ocenie zjawisk i zasad postępowania (Milewski, Kwiatkowski, 2005, s. 23). W związku z tym można uznać, że zestawienie pojęć *ekonomii* i *regulacji* służy zaakcentowaniu racjonalności związanej ze stanowieniem unormowań, które mają realizować cele, w tym przypadku – cele ekonomiczne – pożądane przez ustawodawcę. Jednym z celów prawa formułowanych w ramach ekonomicznej analizy prawa jest właśnie efektywność ekonomiczna (Stelmach, Brożek i Załuski, 2007, s. 17 i nast.). W praktyce jednak określenie efektywności ekonomicznej prawa może być utrudnione, ponieważ postulat ten może być rozumiany niejednoznacznie z uwagi na metodologię ustalania efektywności ekonomicznej (m.in. idea maksymalizacji dobrobytu społecznego, efektywności w sensie Pareto, efektywności w sensie Kaldora – Hicksa) (Stelmach, Brożek i Załuski, 2007, s. 25 i nast.). Ponadto stosowanie wyłącznie kryterium ekonomicznej efektywności prawa może prowadzić do naruszenia innych zasad etyczno-prawnych. W związku z tym za równie ważną wartość prawa, oprócz ekonomicznej efektywności, można uznać sprawiedliwość (Stelmach, Brożek i Załuski, 2007, s. 40 i nast.). Dlatego też, za trafne można uznać stwierdzenie, iż: *Spełnienie kryteriów ekonomicznych przez prawo (regulacje) następuje dzięki zapewnieniu efektywności systemu regulacji, w taki sposób, aby w trakcie zaspokajania potrzeb nie dochodziło do marnotrawienia zasobów (...) dzięki przyjęciu pew-*

nych minimalnych standardów, które odpowiadają oczekiwaniom społecznym. (Szpringer i Rogowski, 2007, s. 13). Celem unormowań powinno być zatem również to, aby były one efektywne ekonomicznie, a także spełniały oczekiwania społeczne. W praktyce jednoczesne spełnienie obu tych przesłanek może być trudne do zrealizowania, z uwagi na wcześniej wskazane niejednoznaczności dotyczące np. metody ustalania ekonomicznej efektywności. Zadanie to utrudnia również brak jednolitego rozumienia pojęcia *regulacji*. W piśmiennictwie wskazuje się bowiem na brak jednoznacznego zdefiniowania pojęcia *regulacja*, również pod względem ekonomicznym. Regulacja definiowana jest jako *uwarunkowania prawne polegające na oddziaływaniu państwa na gospodarkę poprzez wydanie decyzji administracyjnych nakazujących przedsiębiorstwom wykonywanie określonych obowiązków związanych z rynkiem, oraz analizowaniu, monitorowaniu funkcjonowania rynku jako całości* (Szalbierz i Kott, 2014, s. 368). Regulacja jest również określana jako *podejmowanie przez państwo działań, których celem jest niwelowanie lub naprawianie skutków ubocznych mechanizmu rynkowego oraz stanowienie ram prawnych, które będą usprawniały funkcjonowanie gospodarki. Podstawowym celem regulacji jest zastąpienie przez państwo zasad wolnej konkurencji na rynku poprzez wyspecjalizowane organy regulacyjne oraz stanowienie odpowiednich przepisów prawnych i norm* (Szalbierz i Kott, 2014, s. 368). Zakres regulacji nie ogranicza się zatem jedynie do legislacji, ponieważ można również odwołać się do bardziej specyficznego znaczenia regulacji, widocznego również w prawie konkurencji. W tym aspekcie regulacja to *uwarunkowana prawnie metoda oddziaływania państwa na gospodarkę polegająca na wydawaniu decyzji administracyjnych nakazujących przedsiębiorstwom wykonywanie określonych obowiązków związanych ze stanem konkurencji na danym rynku. Organy regulacyjne są upoważnione do ich wydawania tylko wtedy, gdy nie działają w pełni siły konkurencji* (Hoff, 2008, s. 18). Wydaje się jednak, że ograniczenie się w niniejszym opracowaniu do takiego rozumienia regulacji zawęziłoby rozważania tylko do jednego z jej aspektów. Pominięto by bowiem wszystkie pozostałe przejawy regulacji utożsamianej z szeroko pojętą legislacją, której konsekwencje ekonomiczne mogą pośrednio lub bezpośrednio wpływać na określone zachowania przedsiębiorców (np. regulacje prawa podatkowego)⁷. W związku z tym można zaproponować

⁷ Tytułem przykładu można wskazać na regulacje prawa podatkowego, które mogą w sposób mniej lub bardziej preferencyjny traktować określone grupy podatników prowadzących działalność gospodarczą. Państwo może wprowadzając odstępstwa od zasady powszechności opodatkowania w postaci ulg i zwolnień, w sposób celowy, stymulować określone zachowania gospodarcze przedsiębiorców, zgodne z realizowaną polityką podatkową. Takie regulacje, niezwiązane bezpośrednio z prawem konkurencji,

wyodrębnienie dwóch aspektów regulacji. Pierwszym z nich jest regulacja na szczeblu ogólnym – rozumiana jako legislacja pośrednio lub bezpośrednio oddziałująca na zachowania przedsiębiorców, która ma na celu usprawnienie gospodarki, zniwelowanie skutków niesprawności rynku (w aspekcie makroekonomicznym lub mikroekonomicznym). Natomiast drugim rodzajem jest regulacja szczególna, która przybiera postać konkretnych rozstrzygnięć organu regulacyjnego, który w sposób władczy ingeruje w działalność przedsiębiorcy (np. w razie stwierdzenia działań naruszających konkurencję rynkową). Dla celów niniejszego opracowania celowym jest wykorzystanie pojęcia regulacji w pierwszym, ogólnym znaczeniu tak, aby nie ograniczać skutków ekonomicznych unormowań wyłącznie do sytuacji występującej na rynku, na którym działa określony przedsiębiorca.

Aktywność regulacyjna państwa jest przedmiotem rozważań prowadzonych w naukach ekonomicznych w ramach teorii regulacji. W tym kontekście ocena skutków regulacji stanowi jeden z elementów zaproponowanego pojęcia *ekonomii regulacji*, ponieważ w jego treści mieści się także celowe oddziaływanie interwencyjne państwa (za pośrednictwem stanowionego prawa) na gospodarkę – przede wszystkim, aby przeciwdziałać określonym niesprawnościom rynku, które powodują konieczność publicznej regulacji państwa⁸. Oddziaływanie w sferze prawnej przybiera formę stanowienia określonych unormowań, a więc regulacji wybranego fragmentu stosunków gospodarczych. W naukach ekonomicznych teorie regulacji są przedmiotem badań w ramach jednego z nurtów nowej ekonomii instytucjonalnej – nowego instytucjonalizmu (Staniek, 2015, s. 4). W piśmiennictwie wskazuje się na dwa podejścia występujące w teorii regulacji – pozytywne i normatywne. W ujęciu pozytywnym regulacja jest ujmowana jako towar, *a jej zakres i narzędzia kształtują się pod wpływem popytu na regulację zgłaszanego przez grupy interesu i podaży oferowanej przez interesownych polityków* (Borkowska 2013, s. 200). Z kolei normatywne koncepcje regulacji (określanie również jako teorie regulacji w interesie publicznym) przyjmują zawodność rynku w dwóch sferach: osiągnięciu efektywnej alokacji zasobów oraz realizacji innych, niż efektywność ekonomiczna, celów społecznych. W związku z tym

mogą również pośrednio wpływać na konkurencję na danym rynku. Innym przykładem, również z zakresu polityki podatkowej, jest podatek od towarów i usług, który jest również instrumentem ochrony konkurencji, ponieważ *ma zapewniać równe warunki opodatkowania dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego* (Goettel i Lemonnier (red.), 2011, s. 177).

⁸ Należy mieć na uwadze, że publiczną regulację, którą podejmuje państwo cechują określone słabości opisane w literaturze ekonomicznej (np. (Ratajczak, 2000, s. 74 i n.; Przesławska, 2006, s. 35 i n.)).

można wyróżnić regulację ekonomiczną i regulację społeczną. W ramach regulacji ekonomicznej ujmuje się regulację struktury rynków oraz regulację zachowań podmiotów działających na rynkach. Natomiast celem regulacji społecznej jest m.in. zapewnienie społecznie pożądanym sposobów wykorzystania zasobów, ochrona osób przed określonymi rodzajami ryzyk występującymi w gospodarce rynkowej (Borkowska, 2013, s. 201). W zależności od realizowanych wartości można przyznać prymat albo wartościom ekonomicznym albo wartościom społecznym (Borkowska, 2013, s. 202 i nast.).

W praktyce zatem stosowanie ekonomii regulacji może być utrudnione z następujących powodów. Po pierwsze, z racji wcześniej opisanych trudności w ustaleniu stosowanego kryterium ekonomicznej efektywności prawa, a także konieczności posługiwania się również kryterium sprawiedliwości, a nie jedynie kryterium ekonomicznej efektywności. Po drugie, w praktyce ocena skutków ekonomicznych wprowadzanych unormowań zazwyczaj ogranicza się do zwięzłego określenia prognozowanych efektów oddziaływania danej regulacji (finansowych⁹, gospodarczych), które są ujęte w uzasadnieniu do projektu aktu prawnego. W ramach tak rozumianych skutków regulacji nie ujmuje się z reguły problematyki dotyczącej interwencji państwa w gospodarkę. Ponadto brak jest właściwych narzędzi badawczych, w oparciu o które należałoby taką ocenę przeprowadzić (Hoff, 2008, s. 25)¹⁰. Wymaga zaznaczenia, że sam problem roli państwa w gospodarce również jest niejednocie ujmowany w naukach ekonomicznych, w których wyróżnić można dwa główne, przeciwstawne stanowiska: liberalne postulujące minimalny udział państwa w gospodarce oraz interwencjonistyczne zakładające celowe oddziaływanie państwa na procesy gospodarcze (Nizioł, 2004, s. 34 i nast.). W praktyce wybór danej polityki gospodarczej determinuje przyjęty zakres regulacyjnej interwencji państwa w gospodarce, tym samym określa przyjęty model gospodarki (Ćwikliński, 2004, s. 22 i nast.). Również to powoduje, że przyjęta koncepcja roli państwa w gospodarce wpływa na zakres interwencji i cele unormowań. Ponadto koniecznym jest również określenie, czy w ogóle zachodzi konieczność regulacji, ponieważ czasem mniej kosztowne będzie funkcjonowanie rynku (nawet niedoskonałego) niż regulacja. Ingerencja państwa uzasadniona występowaniem niedoskonałości rynku występuje przede wszystkim w przypadku regulacji sektorowej (Szpringer i Rogowski 2007, s. 13 i nast.).

⁹ W przypadku projektów ustaw przygotowywanych przez Radę Ministrów, powodujących wzrost wydatków lub zmniejszenie dochodów jednostek sektora finansów publicznych, obowiązują ograniczenia ustalone w art. 50 *ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych* (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.).

¹⁰ Podejmowane są jednak próby ich stworzenia (np. Jerzak i Kitala, Warszawa 2012 *passim*).

III. Charakterystyka opłaty *interchange* jako elementu rynku kart płatniczych

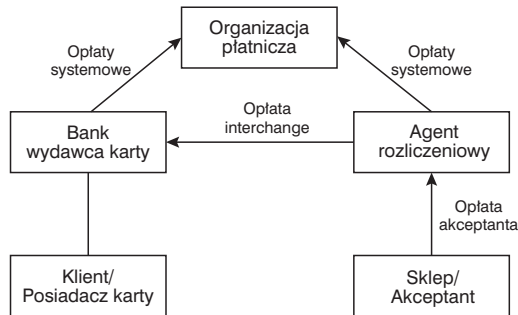
Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza ekonomii regulacji na rynku kart płatniczych. Jako przykład elementu funkcjonującego w ramach tego rynku wybrano opłatę *interchange*. Wybór ten był podyktowany zmianami wprowadzonymi na przez ustawodawcę unijnego i krajowego związanymi z normatywnym ustalaniem maksymalnej wysokości tej opłaty. Takie działania sprowokowały, zarówno na gruncie nauk ekonomicznych, jak i prawnych, dyskusję dotyczącą zasadności podejmowania przez państwo takiej interwencji i jej spodziewanych skutków, w tym szczególnie o charakterze ekonomicznym. W związku z tym celowym jest w pierwszej kolejności scharakteryzowanie zarówno rynku kart płatniczych, jego modeli, a także istoty samej opłaty *interchange*, jako jednego z elementów tego rynku.

Opłata *interchange* jest elementem tzw. czterostronnego systemu kart płatniczych, który ma charakter otwartego modelu płatności. Uproszczone modele są dwustronny i trzystronny, w których opłata *interchange* nie występuje (Maciejewski 2013, s. 114 i nast.). Najprostszym systemem kart płatniczych jest model dwustronny, w którym występują konsumenci (dokonujący płatności kartą) i wydawcy kart, np. sieci sprzedawców (którzy również przetwarzają i rozliczają transakcje). Z kolei w trzystronnym systemie kart płatniczych występuje oprócz konsumentów (posiadaczy kart), akceptantów, również instytucja centralna będąca bankiem lub organizacją płatniczą, która pełni funkcje wydawcy i agenta rozliczeniowego (Maciejewski 2013, s. 114). Natomiast model czterostronny systemu kart płatniczych funkcjonuje w ramach rynku dwustronnego, będącego rodzajem rynku wielostronnego. Rynek wielostronny charakteryzuje się następującymi cechami: istnieje przynajmniej dwie rozłączne grupy klientów (którzy nie muszą być przypisani na stałe do jednej z grup), istnieje wielostronny, zewnętrzny efekt sieciowy między ww. grupami klientów, ponieważ wzrost liczby klientów jednej grupy wpływa na zwiększenie korzyści dla klientów z drugiej grupy, istnieje pośrednik obsługujący ww. grupy klientów i wykorzystujący wielostronne efekty sieciowe (jego istnienie wpływa na zmniejszenie kosztów transakcyjnych i internalizację efektów zewnętrznych) – kupujący i sprzedający korzystają z efektów sieciowych (Doligalski, 2015)¹¹. W piśmiennictwie rynek dwustronny jest definiowany jako taki, na którym jedna lub

¹¹ Efekty sieciowe (*network effect, network externalities*) to sytuacja, w której wartość dla klienta zależy od liczby użytkowników danego produktu, w szczególności wzrasta przy ich rosnącej liczbie (Doligalski, 2013, s. 114).

kilka platform umożliwia interakcje między końcowymi użytkownikami oraz wejście dwóch lub więcej stron na ww. rynek w zamian za nałożoną na nie opłatę (Rochet i Tirole, 2004, s. 2). Na rysunku nr 1 zaprezentowano opłatę *interchange* jako element czterostronnego modelu systemu kart płatniczych.

Rys. 1. Opłata *interchange* w modelu czterostronnego systemu kart płatniczych



Źródło: (Maciejewski, 2013, s. 115).

Uczestnikami modelu czterostronnego systemu kart płatniczych są:

- **Organizacje kart płatniczych** (np. Visa, MasterCard) skupiające wystawców kart płatniczych i zapewniające m.in. technologię i infrastrukturę konieczną do autoryzacji transakcji, wdrożenie technologii służących wydawaniu kart płatniczych, opracowują i rozwijają standardy z nimi związane,
- **Wydawcy kart płatniczych** – zwykle banki – które wydają karty płatnicze ich posiadaczom,
- **Agenci rozliczeniowi** – centra rozliczeniowe (może to być bank, lub podmiot niebankowy), które zawierają umowę ze sklepem/akceptantem dotyczącą zapłaty przy użyciu karty płatniczej,
- **Klienci/posiadacze kart będący konsumentami**, którzy dokonują płatności kartami płatniczymi za kupowane dobra lub usługi,
- **Sklepy/akceptanci**, który przyjmują zapłatę za dobra lub usługi kupione przy użyciu kart płatniczych (Maciejewski, 2012, s. 8).

W modelu czterostronnym można wyróżnić trzy rynki, które są wzajemnie powiązane w każdej transakcji, a nadwyżka z ostatecznej transakcji jest dzielona pomiędzy nie. Rynki te występują między wystawcą karty i konsumentem (rynek pierwszy), agentem rozliczeniowym i wystawcą karty (rynek drugi), akceptantem karty/sklepem i agentem rozliczeniowym (rynek trzeci) (Economides, 2009, s. 14).

W związku z tym opłatę *interchange* definiuje się jako prowizję wypłacaną przez agenta rozliczeniowego na rzecz banku wydawcy od każdej bezgotówko-

wej transakcji realizowanej przy użyciu karty płatniczej (Maciejewski, 2012, s. 43). Wymaga zaznaczenia, że nie jest to jedyna opłata, która występuje w tym modelu czterostronnego systemu kart płatniczych. Innymi opłatami są np. opłata *surchance*, opłata akceptanta, opłaty posiadacza karty, opłaty systemowe (Maciejewski, 2013, s. 115 i nast.).

IV. Ingerencja regulacyjna dotycząca opłaty *interchange* w Unii Europejskiej oraz w Polsce

1. Uzasadnienie

Jednym z powodów regulacji na rynku kart płatniczych w UE była sytuacja, która doprowadziła do wydania decyzji Komisji¹², w której stwierdzono, że model wielostronnych opłat *interchange* stosowany przez MasterCard jest umową antykonkurencyjną naruszającą art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu UE¹³. W toku dalszego postępowania sądowego utrzymano stanowisko, iż ww. system jest antykonkurencyjny i nie jest konieczny dla prawidłowego systemu funkcjonowania kart¹⁴. Ponadto wskazano, że argumenty natury ekonomicznej dotyczące roli modelu wielostronnych opłat *interchange* w utrzymywaniu systemu MasterCard w równowadze i w osiąganiu przezeń maksymalnej efektywności nie są wystarczające do wykazania tego, że stosowanie tych opłat przysparza obiektywnych korzyści. W szczególności (...) dowodów świadczących o tym, że ewentualne obiektywne korzyści rekompensowałyby akceptantom i ich klientom niedogodności wynikające ze stosowania tych systemów¹⁵. W związku z powyższym zdecydowano się uregulować maksymalną wysokość opłat *interchange* w państwach UE wskazując, że jeżeli ich wysokość ponoszona przez akceptantów jest nadmierna, to skutkuje to wzrostem ceny końcowej towarów i usług płaconych przez wszystkich kon-

¹² Zob. streszczenie decyzji Komisji z dnia 26 lutego 2014 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w art. 53 Porozumienia EOG (Sprawa AT.39398 Visa MIF) (notyfikowana jako dokument nr C(2014) 1199 final).

¹³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE C 115 z 9.5.2005 r.).

¹⁴ Pkt 2.11 Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie opłat *interchange* w odniesieniu do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o karte, COM (2013) 550 final-2013/0265 (COD).

¹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157521&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=82691> [dostęp 20.09.2015 r.].

sumentów. Zaznaczono również, że celem konkurencji między systemami kart płatniczych było w istocie *przekonanie jak największej liczby dostawców usług płatniczych wydających karty do wydawania ich kart, co zwykle prowadzi do podwyższenia, a nie obniżenia opłat, w przeciwieństwie do występującego zwykle wpływu konkurencji w gospodarce rynkowej, polegającego na obniżeniu cen*¹⁶. W konsekwencji wzrost cen wywołany przez opłaty *interchange* wpływa negatywnie na konsumentów, a także akceptantów, którzy nie mają rzeczywistej wiedzy np. co do różnic w opłatach. Powoduje również zmniejszenie przejrzystości rynku m.in. wskutek *łączenia* opłat, zakazywania akceptantom wybierania tańszej marki kart spośród kart płatniczych opatrzonych więcej niż jedną marką, czy też oddziaływania na konsumentów, aby używali takich tańszych kart płatniczych¹⁷.

Powyzszym nieprawidłowościom związanym z opłatą *interchange*, występującym na rynku kart płatniczych mają przeciwdziałać na rynku wspólnotowym unormowania Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/751 z dnia 29 kwietnia 2015 r. w sprawie opłat *interchange* w odniesieniu do transakcji płatniczych realizowanych w oparciu o kartę¹⁸ (Rozporządzenie nr 2015/751). W art. 3 ust. 1 tego rozporządzenia określono maksymalną wysokość opłaty *interchange* ustalaną przez dostawców usług płatniczych na 0,2% wartości transakcji dokonywanej przy użyciu karty debetowej. Natomiast w art. 4 tego aktu ustalono, że przy pojedynczej transakcji kartą kredytową pułap opłaty nie może być wyższy niż 0,3% wartości transakcji. Natomiast państwa członkowskie w przypadku transakcji krajowych mogą ustalić pułap niższy.

Również w Polsce wprowadzenie maksymalnej wysokości opłaty *interchange* było poprzedzone postępowaniem antymonopolowym¹⁹ dotyczącym stosowania praktyk ograniczających konkurencję polegającym na wspólnym ustalaniu stawek opłaty *interchange*. W ramach tego postępowania Prezes UOKiK nałożył na 20 banków karę finansową za nielegalne porozumienie dotyczące ustalania wysokości prowizji pobieranych za transakcje płatnicze dokonywane kartami płatniczymi Visa i MasterCard. W ocenie sądu bowiem przeanalizowane mechanizmy rozliczeń między poszczególnymi uczestnikami

¹⁶ *Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie opłat interchange...*, s. 2 i n.

¹⁷ Tamże, s. 3.

¹⁸ Dz. L UE 123/1 z dnia 19 maja 2015 r.

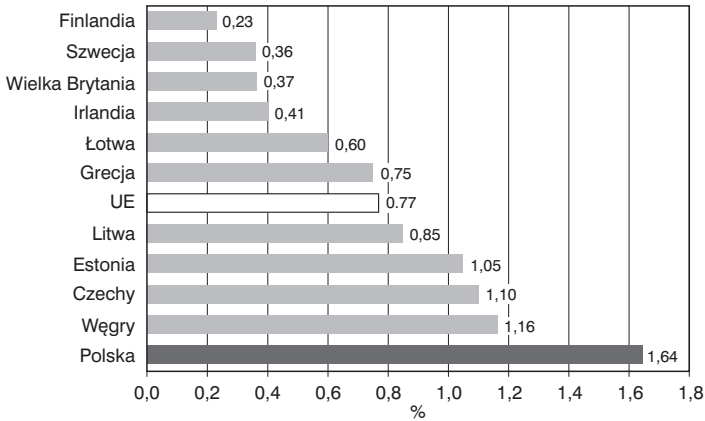
¹⁹ Zob. *Decyzja Prezesa UOKiK nr DAR 15/2006 z dnia 29.12.2006 r. w sprawie ustalania opłaty interchange w systemach Visa i MasterCard, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. akt. XVII AmA 114/10.*

transakcji dokonywanych kartą wskazują, że o cenach za obsługę transakcji decyduje w głównej mierze porozumienie banków, nie zaś wolna konkurencja²⁰.

Również w art. 38a ust. 1 u.u.p. wprowadzono maksymalną ustawową stawkę opłaty *interchange* od jednostkowej transakcji płatniczej, która nie może przekroczyć odpowiednio: 0,2% jej wartości, jeżeli jest wykonana przy użyciu karty debetowej, 0,3% jej wartości, jeżeli jest wykonana przy użyciu karty kredytowej lub innej niż karta kredytowa lub karta debetowa. Jako uzasadnienie wprowadzanych zmian wskazywano m.in. ochronę krajowego rynku usług przetwarzania transakcji bezgotówkowych (kartowych), dokonywanych przez agentów rozliczeniowych, zapobieżenie spadkowi konkurencyjności polskiego rynku agentów rozliczeniowych, przeciwdziałanie wzrostowi kosztów dla agentów rozliczeniowych związanych z przeniesieniem ich działalności poza granice Polski z jednoczesnym zapobieżeniem obniżeniu dochodów podatkowych Skarbu Państwa, przeciwdziałanie zakłóceniu „równych warunków konkurencji” dla organizacji działających na terytorium Polski²¹. Wymaga podkreślenia, że opłaty *interchange*, które obowiązywały w Polsce przed wprowadzeniem powyższej regulacji oceniono jako najwyższe w UE. Natomiast *dobrowolne* metody doprowadzenia do ich samoregulacji, i w konsekwencji obniżenia, zainicjowane przez NBP w 2011 r. nie doprowadziły do ich zredukowania (Pacak, 2014). W Raporcie w sprawie opłaty *interchange* przygotowanym przez Grupę Roboczą ds. Opłaty Interchange w NBP, przyjętym w dniu 29 listopada 2007 r., wskazywano m.in. na możliwość dalszego obniżania opłaty *interchange*, szczególnie w kontekście jej wysokości w niektórych państwach UE. Z danych z tego okresu, dotyczących jej wysokości wynikało bowiem, że opłata ta wahała się w Polsce od 1,35% do 1,9% wartości transakcji, i pomimo wcześniejszych obniżek, jej poziom uznano za jeden z najwyższych w państwach UE (Maciejewski, 2012, s. 71). Przykładowe dane dotyczące wysokości opłaty *interchange* dla kart Debit MasterCard używanej przez klientów indywidualnych (wrzesień 2011 r.) prezentuje Wykres nr 1.

²⁰ *Oplata interchange – Wygrana UOKiK, informacja z dnia 23.04.2010 r.*, https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=1997 [dostęp 20.09.2015 r.].

²¹ *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o usługach płatniczych*, Druk Sejmu RP nr 2860, s. 6.

Wykres 1. Stawki opłat *interchange* dla kart Debit MasterCard – klienci indywidualni

Źródło: (Maciejewski, 2013, s. 120).

Analiza danych ujętych na Wykresie nr 1 wskazuje, że wysokość opłaty *interchange* w Polsce wynosząca wg. danych z września 2011 r. – 1,64%, ponad dwukrotnie przekraczała średni poziom tej opłaty w UE (wynoszący 0,77%). Niższe opłaty *interchange* niż w Polsce były we wszystkich państwach objętych badaniem²².

2. Potencjalne rezultaty ekonomiczne w świetle doświadczeń wybranych państw

Wprowadzenie regulacji zmierzającej do ustalenia maksymalnej wysokości opłaty *interchange* nie jest oceniane jednoznacznie. Wśród argumentów przemawiających za koniecznością wprowadzenia maksymalnej wysokości opłaty *interchange* na poziomie określonym w unijnym rozporządzeniu nr 2015/751 powoływano się na tzw. *test obojętności dla akceptanta* (*Merchant Indifference Test*). Pozwala on ustalić wysokość opłat, jaką akceptant byłby w stanie płacić, gdyby porównał koszty korzystania przez konsumenta z karty płatniczej z kosztami płatności bez użycia karty (gotówką)²³.

W piśmiennictwie brak jest jednoznacznej oceny konsekwencji ekonomicznych obniżenia stawek opłaty *interchange* do maksymalnego poziomu,

²² Podobne wyniki uzyskano badając wysokość stawek opłaty *interchange* w ujęciu procentowym dla transakcji typu EMV Chip – karty debetowe VISA wydawane klientom indywidualnym [Maciejewski, 2013, s. 119].

²³ *Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie opłat interchange...*, s. 19.

ustalonego przez ustawodawcę. Przeciwnicy normatywnego ustalania maksymalnej wysokości opłaty *interchange* wskazują, że w przypadku tej opłaty brak jest przesłanek interwencji publicznej spowodowanych niesprawnościami rynku. Na poparcie takiego stanowiska przytacza się argument, iż nie jest korzystnym dla organizacji płatniczych wybór wysokości opłaty, który wyraźnie odchyła się od optimum społecznego. Powodem takiego stanu jest m.in. to, że efekty sieciowe implikują osłabienie przeciwnej strony branży, redukując tym samym własny popyt, czy też konkurencja między sieciami powoduje, że akceptanci i/lub posiadacze kart mogą zmienić dostawców, kiedy jedna sieć zdecyduje się podnieść swoje ceny (Rochet i Tirole, 2003 s. 77 i nast.). Wskazuje się, również że teoria ekonomii dostarcza pewnych wskazówek, co do interwencyjnego obniżenia stawek opłaty *interchange*, niemniej jednak praktyczne rozmiary tych efektów są jak na razie nieznanne, a wybór odpowiedniego sposobu regulacji może stanowić wyzwanie dla ustawodawcy. W idealnym przypadku, ustawodawca powinien bowiem dążyć do ustalenia opłaty *interchange*, której wysokość będzie optymalna. Określenie optymalnej stawki tej opłaty jest jednak bardzo trudne, lub w ogóle niemożliwe, ponieważ konieczne jest dokonanie kalkulacji kosztów i korzyści społecznych. W konsekwencji, w niektórych przypadkach ustala się wysokość opłaty *interchange* w oparciu o koszty lub na poziomie zerowym (Prager, Manuszak, Kiser i Borzekowski, 2009, s. 46 i nast.). Również w sytuacji wprowadzenia maksymalnej stawki opłaty *interchange* w Polsce wskazywano na potencjalne negatywne rezultaty takie jak m.in. wzrost kosztów netto po stronie konsumentów, będących konsekwencją prognozowanego podwyższenia przez banki innych opłat w celu zrekompensowania spadku wpływów wywołanych zmniejszeniem stawki opłaty *interchange*²⁴.

Wśród korzyści związanych z ustaleniem poziomu stawek opłaty *interchange* w piśmiennictwie ekonomicznym wskazuje się m.in. na fakt, że wpływa ona na wzrost konkurencji zarówno po stronie agentów rozliczeniowych, jak i wystawców kart płatniczych (Heimler, 2006, s. 12). Dokonywanie takiej interwencji zmierzającej do obniżenia wysokości opłaty *interchange* jest korzystne choćby z uwagi przejrzystość takich działań, czy też wyraźne skoncentrowanie uwagi akceptantów, polityków na tym, że opłata *interchange* jest zbyt wysoka (Prager, Manuszak, Kiser i Borzekowski, 2009, s. 47). Wymaga również zaznaczenia, że dynamika wykorzystywania kart płatniczych ciągle rośnie, a tymczasem konkurencja na rynku kart płatniczych prowadzi do

²⁴ *The Economic Impact of Interchange Fee Regulation. Poland*, Europe Economics Chancery House, London, 25.09.2014 r. http://www.europe-economics.com/publications/economic_impact_of_if_regulation_-_poland.pdf [dostęp 21.09.2015 r.], s. 59.

wyższych cen (a nie do ich obniżenia). W tej sytuacji, taka prawidłowość stanowi także istotny powód do regulacji dotyczącej obniżenia poziomu opłaty *interchange* (Malaguti, A. Guerrieri, 2014, s. 38).

Pewne wnioski, dotyczące ekonomicznych efektów regulacji w zakresie opłaty *interchange* można sformułować w oparciu o doświadczenia państw, w których ograniczono jej wysokość. W Tabeli nr 2 zaprezentowano doświadczenia uzyskane w tym zakresie w Australii, Hiszpanii, Stanach Zjednoczonych i na Węgrzech. Wybór akurat tych państw był podyktowany dostępnością danych, które umożliwią ukazanie problematyki zmian związanych z analizowaną opłatą.

Tabela 2. Ingerencja regulacyjna dotycząca opłaty *interchange* i jej skutki w wybranych państwach

Kraj	Kontekst zmian i działania	Skutki
Australia	<ul style="list-style-type: none"> – w 1999r. australijski bank centralny i urząd monopolowy dokonały wspólnej analizy funkcjonowania rynku kart płatniczych, zgłaszając zastrzeżenia m.in. co do wspólnego ustalania wysokości opłaty <i>interchange</i>, ograniczeń dostępu do systemów kart płatniczych dla podmiotów niebędących instytucjami kredytowymi, – w 2002 r. bank centralny opublikował standardy dotyczące opłaty <i>interchange</i>, które zostały początkowo zakwestionowane przez Visa i MasterCard, ale ich odwołanie zostało odrzucone w sądzie, – od dnia 01.01. 2003 r. rozpoczął się okres reformy systemy kart kredytowych opierający się na m.in. na zasadzie obiektywnego, przejrzystego, opartego na kosztach sposobu ustalania opłaty <i>interchange</i> 	<ul style="list-style-type: none"> – obniżenie średniego poziomu stawek opłaty <i>interchange</i> z 0,95% do 0,55% w.t. dla kart kredytowych, – zmniejszenie prowizji płaconych przez handlowców na rzecz centów rozliczeniowych ze średniego poziomu 1,41% do 0,99% w.t., – wydawcy kart dążąc do ograniczenia własnych kosztów zaczęli ograniczać korzyści dotychczas dostępne dla posiadaczy kart, – wydawcy kart zaczęli migrować z systemu czterostronnego do lokalnych systemów trójstronnych, – użytkownicy kart kredytowych ponoszą wyższe koszty na rzecz wystawców, niż użytkownicy kart debetowych, – koszty akceptacji kart kredytowych obniżyły się, a kart debetowych nieznacznie wzrosły, – szacunkowe dane pokazują, że koszt netto kart debetowych i kart kredytowych jest niemal identyczny dla posiadaczy, – sprzedawcy zaoszczędzili ok. 1 mld dolarów rocznie, – w latach 2006–2010 liczba transakcji dokonywanych poszczególnymi rodzajami kart <i>per capita</i>, wartość transakcji <i>per capita</i> i liczba terminali rosły dynamicznie

Kraj	Kontekst zmian i działania	Skutki
Hiszpania	<ul style="list-style-type: none"> – porozumienie zawarte w 1999 r. m.in. przez banki, zrzeczenia wystawców kart, na mocy którego opłata <i>interchange</i> miała być stopniowo obniżana do poziomu 2% do 2007 r., – w 2005 r. decyzja Trybunału Ochrony Konkurencji – ustalająca szczegółowe warunki dla systemów płatniczych, aby mogły stosować opłatę <i>interchange</i>, – po zaskarżeniu ww. decyzji do sądu zainteresowane strony jeszcze w grudniu 2005 r. zawarły porozumienie, – w wyniku porozumienia zawartego w grudniu 2005 r. między krajowymi systemami kart płatniczych, handlowcami, bankami i Ministerstwem Handlu ustalono m.in.: <ul style="list-style-type: none"> • harmonogram, stopniowej redukcji opłat <i>interchange</i> w latach 2006–2008, i jednocześnie podjęcie dalszej dyskusji co do metody jej ustalania, • od 2009 r., co do zasady, ustalanie stawek opłaty <i>interchange</i> na podstawie kosztów, • zobowiązanie do dalszego zmniejszania stawek opłaty <i>interchange</i> do poziomu w innych państwach UE, • utworzenie Grupy Zadaniowej w celu monitorowania realizacji porozumienia i promowania korzystania z kart 	<ul style="list-style-type: none"> – obniżenie stawek opłaty <i>interchange</i> spowodowało znaczący wzrost akceptacji i wykorzystania kart płatniczych w Hiszpanii
Węgry	<ul style="list-style-type: none"> – postępowanie wszczęte przez Urząd Konkurencji w 2008 r., – obniżenie opłaty dla kart Visa z ok. 1,8% początkowo do 0,28%, a później – w lutym 2011 r. – do 0,2% w.t. euro dla transakcji debetowych, oraz do 0,7% w.t. dla transakcji kredytowych – obniżenie opłaty <i>interchange</i> dla kart Maestro i MasterCard 	<ul style="list-style-type: none"> – sieć akceptacji na Węgrzech rozwija się znacznie lepiej niż średnio w UE, ale słabiej niż w Finlandii, w której opłata <i>interchange</i> jest najniższa w Europie, – poziom nasycenia sieci akceptacji wynosi ok. 25%, jest więc zbliżony do rynku polskiego i charakteryzuje się dużym potencjałem wzrostu
Stany Zjednoczone	<ul style="list-style-type: none"> – od dnia 01.10.2011 r. obowiązuje tzw. „Poprawka Durbina” stanowiąca część ustawy Restoring American Financial Stability Act of 2011. Uznano, że wysokość opłaty <i>interchange</i> nie opiera się na rzeczywistych kosztach i jest ustalana odgórnie w celu osiągnięcia wysokich zysków przez banki i organizacje płatnicze, co stanowi nielegalną zmwę cenową, – dla każdej transakcji przy użyciu karty debetowej ustalono maksymalną stawkę opłaty na poziomie 21 (lub 22) centów + 0,05% w.t. (nie obejmuje to wydawców kart, których wartość aktywów jest mniejsza niż 10 mld dolarów), – regulacja nie dotyczy kart kredytowych (których w USA jest więcej, niż kart debetowych), – Bank of America i niektóre inne banki zareagowały ogłoszeniem o podniesieniu miesięcznych opłat za użytkowanie kart debetowych od 5 do 10 dolarów, 	<ul style="list-style-type: none"> – prawdopodobny spadek przychodów wydawców kart debetowych, – wielu akceptantów przez pierwsze dwa miesiące zwiększało swoje zyski, ponieważ nie przekazali konsumentom poprzez obniżki cen, oszczędności, które powstały wskutek redukcji stawek opłaty <i>interchange</i>

Kraj	Kontekst zmian i działania	Skutki
Stany Zjednoczone	– klienci rozpoczęli protest, co spowodowało, że banki te wycofały się z tych działań, rozwijały się również alternatywne formy bankowości – unie bankowe, co skutkowało tym, że klienci zaczęli zamykać swoje rachunki bankowe w wielu bankach komercyjnych	

Skróty: w.t. –wartość transakcji

Źródło: Opracowanie własne na podstawie (Maciejewski, 2012, s. 83 i n).

Analiza sytuacji w badanych państwach, dotyczącej zmian wprowadzanych w zakresie maksymalnego poziomu opłaty *interchange* i ich skutków, pozwala na sformułowanie następujących wniosków. Przede wszystkim w badanych państwach zazwyczaj inicjatorem obniżenia opłaty *interchange* była władza publiczna, która dostrzegła nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemów płatniczych. Były to takie zastrzeżenia jak m.in.: wspólne ustalanie opłaty *interchange* (Australia), odgórne ustalanie tej opłaty bez uwzględnienia jej rzeczywistych kosztów w celu osiągnięcia wysokich zysków przez banki i organizacje płatnicze (Stany Zjednoczone). Niekiedy obniżenie opłaty *interchange* było wynikiem porozumienia między zainteresowanymi stronami (Hiszpania), ale również w tym procesie aktywnie uczestniczyła władza publiczna. W prawie wszystkich badanych państwach redukcja poziomu opłaty *interchange* spotkała się ze sprzeciwem banków i organizacji płatniczych (Stany Zjednoczone, Hiszpania, Węgry). W niektórych przypadkach stosunkowo szybko instytucje te dążyły do zawarcia porozumienia (Hiszpania), czy też wycofywały się z początkowych zapowiedzi podniesienia opłat (Stany Zjednoczone). Rezultaty ekonomiczne dokonanej regulacji w analizowanych państwach można generalnie ocenić pozytywnie. Należy mieć jednak na uwadze, że zmiany te były dokonane stosunkowo niedawno, co może utrudniać kompleksową ocenę ich rezultatów ekonomicznych. Aktualnie można jednak wskazać na takie pozytywne rezultaty redukcji poziomu opłaty *interchange* jak m.in.: oszczędności po stronie sprzedawców, obniżenie kosztów akceptacji kart kredytowych (Australia²⁵), znaczący wzrost akceptacji i wykorzystania kart płatniczych (Hiszpania), dobry rozwój sieć akceptacji (Węgry). Wśród skutków negatywnych można wymienić m.in. dążenie wydawców kart do ograniczenia własnych kosztów poprzez ograniczanie korzyści dotychczas dostępnych dla posiadaczy kart, migrowanie wydawców kart z systemu czterostronnego do lokalnych systemów trójstron-

²⁵ Wskutek redukcji opłaty *interchange* w Australii nie ucierpieli również konsumenci (Heimler, 2006, s. 12).

nych (Australia), zwiększanie, w początkowym okresie, swoich zysków przez wielu akceptantów, którzy nie przekazali konsumentom poprzez obniżki cen oszczędności, które powstały wskutek redukcji stawek opłaty *interchange* (Stany Zjednoczone).

W przypadku Polski potencjalne ekonomiczne konsekwencje obniżenia poziomu opłaty *interchange* można oszacować w oparciu o przeprowadzoną analizę scenariuszową. W razie obniżenia tej opłaty do średniego poziomu obowiązującego w UE prognozowano, że dotychczasowe tempo rozwoju polskiego rynku kart płatniczych zostanie utrzymane. Wśród innych potencjalnych skutków takiego działania wymieniano m.in. stosunkowo niewielkie zmniejszenie przychodów banków, korzyści po stronie konsumentów, którzy powinni płacić mniej za usługi i towary, podjęcie przez niektórych wystawców ewentualnej decyzji o wprowadzeniu opłat dla klientów (np. za posiadanie lub użytkowanie karty) (Maciejewski, 2012, s. 102 i nast.). Wskazuje się również, że jednorazowe i znaczne obniżenie opłaty *interchange* w Polsce może spowodować m.in. wycofywanie się przez banki z oferty bezpłatnych rachunków bankowych i kart płatniczych, obciążanie klientów opłatami za te produkty i usługi tak, aby zrekompensować przychody utracone wskutek obniżenia opłaty *interchange* (Maciejewski, 2013, s. 122). Takie działania byłoby niekorzystne dla rozwoju obrotu bezgotówkowego w Polsce. Niemniej jednak, podobnie niekorzystne byłoby dalsze utrzymywanie opłat *interchange* na wysokim poziomie, znacznie przekraczającym średni poziom tej opłaty w innych państwach UE. W Polsce występuje bowiem stosunkowo niewielki poziom popularności płatności bezgotówkowych, niska skłonność akceptantów do korzystania z transakcji płatniczych. Taki stan powinien skłaniać organizacje płatnicze raczej do ustalania opłaty *interchange* na niskim poziomie. W ten sposób nastąpiłoby rozszerzenie bazy dla płatności bezgotówkowych i w konsekwencji odniosłyby one korzyści z rosnącej liczby płatności bezgotówkowych (Byrski i Wyżnikiewicz 2013, s. 37). Można się bowiem przychylić do wniosku, iż *Polski rynek kart płatniczych ma na tyle duży potencjał, że osiągnięcie średniego poziomu UE w zakresie liczby bezgotówkowych transakcji kartowych może pozwolić bankom na uzyskanie przychodów wyższych niż dotychczas. Obniżenie opłaty interchange może zatem przyspieszyć osiągnięcie przez Polskę średnich unijnych poziomów wskaźników rozwoju rynku kart płatniczych* (Maciejewski, 2012, s. 103). Jednak, jak dowodzą przytoczone powyżej dane dotyczące wysokości opłaty *interchange* w Polsce na tle innych państw UE, działanie mechanizmu rynkowego konkurencji nie doprowadziło do obniżenia wysokości tej opłaty. Utrzymała się ona nadal na najwyższym poziomie w UE. Mimo potencjalnych korzyści z jej obniżenia, w postaci wzrostu wolumenu transakcji obrotów

bezgotówkowych w Polsce, organizacje płatnicze nie zdecydowały się na taki zabieg. Dopiero interwencja regulacyjna (a wcześniej postępowanie antymonopolowe) wymusiły redukcję opłaty *interchange* i doprowadziły do jej obniżenia, poprawiając również konkurencję na rynku kart płatniczych.

V. Uwagi końcowe

Analiza przeprowadzona w niniejszym opracowaniu pozwala stwierdzić, że zasadne jest podejmowanie przez państwo interwencji na rynku kart płatniczych w zakresie ustalenia wysokości opłaty *interchange* w celu wspierania prokonkurencyjnych zachowań uczestników rynkowych. Za dokonaniem takiej interwencji przemawiają następujące argumenty. Przede wszystkim, przedstawione w opracowaniu, przykładowe doświadczenia wybranych państw (Australii, Hiszpanii, Stanów Zjednoczonych i Węgier) wskazują, że działanie mechanizmu rynkowego nie doprowadziło do samoczynnego obniżenia opłaty *interchange*. Nie doszło to tego także w sytuacji dynamicznego rozwoju rynku płatności bezgotówkowych, co przy rosnącej liczbie takich transakcji, powinno skłaniać organizacje płatnicze do obniżenia stawek opłaty *interchange*. W analizowanych państwach inicjatorem zmian zmierzających do obniżenia opłaty *interchange* była władza publiczna (m.in. bank centralny, organ antymonopolowy). Uzasadnieniem działań podejmowanych przez instytucje publiczne była konieczność zapobieżenia takim nieprawidłowościom funkcjonowania konkurencji na rynku jak np. odgórne ustalanie tej opłaty bez uwzględnienia jej rzeczywistych kosztów w celu osiągnięcia wysokich zysków przez banki i organizacje płatnicze (Stany Zjednoczone). Również przykład polskiego rynku kart płatniczych pokazuje, że bez regulacji wysokości opłaty *interchange* działanie mechanizmu rynkowego nie doprowadziło do ich redukcji. Można zatem uznać, że w tym zakresie zabrakło mechanizmu konkurencji rynkowej. Wymaga podkreślenia, że dopiero postępowania antymonopolowe na szczeblu unijnym i krajowym skłoniły organizacje płatnicze do stopniowej redukcji tych stawek, jeszcze zanim wprowadzono regulacje ustalające maksymalną wysokość opłaty *interchange*. Niewątpliwie korzystniejsze dla banków, byłoby – tak jak np. w Hiszpanii – stopniowe obniżanie wysokości opłaty *interchange*. W ten sposób zminimalizowano by ewentualne związane z tym zmniejszenie przychodów banków, a tym samym również ewentualne obciążenie konsumentów opłatami za inne usługi, które miałyby zrekompensować ten ubytek.

Aktualnie trudno jest jednoznacznie ocenić ekonomiczne konsekwencje regulacji dotyczącej opłaty *interchange*. Częściowo przyczyną takiego stanu

jest skomplikowany charakter rynku dwustronnego, którego badania są dopiero w fazie początkowej, a w ramach którego funkcjonuje model czterostronny systemu kart płatniczych (Rochet i Tirole, 2003, s. 78). Ponadto rynek kart płatniczych powinien być analizowany w szerszym kontekście, tj. nie tylko problematyki potencjalnych działań naruszających konkurencję, ale również np. poziomu koncentracji rynku, czy dostępu do niego (Malaguti i Guerrieri, 2014, s. 39). W Polsce analiza powinna również obejmować cały system elektronicznych płatności (m.in. przelewy bankowe), a nie jedynie rynek kart płatniczych. Jednocześnie trzeba mieć na uwadze fakt, że ustalenie wpływu obniżenia opłaty *interchange* na rynek kart płatniczych może być również utrudnione z powodu trudności z wyeliminowaniem innych czynników ekonomicznych i nieekonomicznych (Maciejewski, 2013, s. 123 i nast.). W związku z tym można stwierdzić, że badania dotyczące ekonomicznych skutków regulacji dotyczącej opłaty *interchange* znajdują się dopiero w początkowej fazie. Niemniej jednak, na podstawie doświadczeń wskazanych państw, można uznać, że dopiero interwencja państwa wymusiła redukcję opłaty *interchange* i doprowadziła do jej obniżenia, poprawiając również konkurencję na rynku kart płatniczych.

Bibliografia

- Borkowska, B. (2013). Regulacja – wartości – ramy instytucjonalne. *Ekonomia* (4): 197–209.
- Byrski, J. i Wyżnikiewicz, B. (2013). *Opłata interchange. Ekonomiczne i prawne uwarunkowania ustawowej regulacji*, Instytut Badań nad Gospodarką Rynkową, Traple, Konarski, Podrecki i Wspólnicy, Kancelaria Prawna.
- Ćwikliński, H. (red.) (2004). *Polityka gospodarcza*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Doligalski, T. (2013). *Internet w zarządzaniu wartością klienta*, Warszawa: Oficyna Wydawnicza SGH.
- Doligalski, T. (2015). *Platformy wielostronne, rynki wielostronne, multi-sided markets*. Dostęp 16.09.2015 r. <http://www.doligalski.net/multi-sided-markets/>.
- Europe Economics Chancery House. (2014). *The Economic Impact of Interchange Fee Regulation. Poland*. Dostęp 21.09.2015 r. http://www.europe-economics.com/publications/economic_impact_of_if_regulation_-_poland.pdf.
- Economides, N. (2009). Competition Policy Issues in the Consumer Payment Industry. W: Litan, R.E. i M.N. Baily (red.). *Moving Money: The Future of Consumer Payment*. Waszyngton: Brookings Institution.

- Heimler, A. (2006). *Competition Policy, Antitrust Enforcement and Banking: Some Recent Developments*. OECD. Dostęp 21.09.2015. <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38821319.pdf>.
- Hoff, W. (2008). Prawo wobec zjawisk ekonomicznych – regulacja sektorowa. *Management and Business Administration. Central Europe* 3: 18–28.
- Hryckiewicz, A., Pawłowska, M. (2013). Czy nowy nadzór spełni swoje zadanie? Zmiany w nadzorze finansowym w Europie oraz ich konsekwencje dla Polski. *Materiały i Studia NBP* 289: 3–35.
- Jerzak, M. i Kitala, M. (2012). Prawo w gospodarce. Metodyka oceny oddziaływania prawa na gospodarkę. *Materiały i Studia NBP* 276: 3–31.
- Kamerschen, D.R., McKenzie, R.B. i Nardinelli, C. (1993). *Ekonomia*, Gdańsk: Fundacja Gospodarcza NSZZ „Solidarność”.
- Maciejewski, K. (2012). *Analiza funkcjonowania opłaty interchange w transakcjach bezgotówkowych na rynku polskim*. Warszawa: NBP.
- Maciejewski, K. (2013). Znaczenie opłaty interchange dla rozwoju rynku kart płatniczych w Polsce. *Copernican Journal of Finance and Accounting* 2: 111–124.
- Malaguti, M.Ch., Guerrieri, A. (2014). *Multilateral Interchange Fees. Competition and regulation in light of recent legislative developments*. Bruksela: European Credit Research Institute, 15: 5–48.
- Milewski, R. i Kwiatkowski, E. (red.) (2005). *Podstawy ekonomii*. Warszawa: PWN.
- Nizioł, K. (2007). *Prawne aspekty polityki podatkowej*. Warszawa: Difin.
- Pacak, M. (2014). Komentarz do art. 38a ustawy o usługach płatniczych. W: Pacak, M. *Usługi płatnicze. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska. LEX Omega.
- Prager, R.A., Manuszak, M.D., Kiser, E.K. i Borzekowski, R. (2009). *Interchange Fees and Payment Card Networks: Economics, Industry Developments, and Policy Issues*. Finance and Economics Discussion Series, 23: 1–85.
- Przesławska, G. (2006). Ekonomiczna rola państwa w ujęciu nowej ekonomii politycznej. W: *Ład instytucjonalny w gospodarce*, t. II. Polszakiewicz, B., Bohelke, J., (red.) Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Ratajczak, M. (2000). Prywatyzacja i deregulacja w sferze infrastruktury. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1: 71–91.
- Rochet, J.-Ch. i Tirole, J. (2003). *An Economic Analysis of the Determination of Interchange Fees in Payment Card Systems* *Review of Network Economics* 2: 69–79.
- Rochet, J.-Ch. i Tirole, J. (2004). *Two-Sided Markets: An Overview*. Dostęp 16.09.2015 r. http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf.
- Rumianowska, I. (2010). Normatywne a ekonomiczne ujęcie regulacji ekologicznych, ze szczególnym uwzględnieniem roli grup interesu w ich kształtowaniu. W: *Ekonomia i Prawo. Zawodność rynku – zawodność państwa – etyka zawodowa*, t. VI, Polszakiewicz, B. i Bohelke, J. (red.). Toruń: Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Solek, A. (2006). Regulacja rynków przez państwo w teorii ekonomii. *Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie* 728: 5–20.
- Stelmach, J., Brożek, B. i Załuski, W. (2007). *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer business.

- Staniek, Z. (2015). Zróżnicowanie ekonomii instytucjonalnej Dostęp 08.08.2015 r. <https://www.e-sgh.pl/niezbednik/plik.php?id=27233173&pid=1081>.
- Szpringer, W. i Rogowski, W. (2007). Problemy metodologiczne oceny skutków regulacji w Polsce – czy powstają nowe perspektywy ekonomicznej analizy prawa. W: Szpringer, W. i Rogowski W. (red.) *Ocena skutków regulacji – poradnik OSR, doświadczenia, perspektywy*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Szpringer, W. i Rogowski, W. (2012). *Prawo i ekonomia regulacji otwartego dostępu do publicznych zasobów wiedzy (analiza ekonomiczno-prawna dla oceny skutków regulacji)*. Dostęp 02.11.2015 r. <https://mac.gov.pl/files/ocena-wplywu-rogowski-2012-12-12.pdf>.
- Szalbierz, Z. i Kott, J. (2014). Regulacje instytucjonalne w sektorach infrastrukturalnych. *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu* 372: 367–375.
- Szymczak, M. (red.) (1978). *Słownik języka polskiego*, t. 1. Warszawa: PWN.

Magdalena Olender-Skorek*

Między ekonomią konkurencji a praktyką regulacyjną – przykład rynku telekomunikacyjnego

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Konkurencja okiem teoretyka ekonomii
 1. Ewolucja pojęcia konkurencji – rys historyczny
 2. Efektywna konkurencja i paradygmat struktura – zachowania – efekty
 3. Konkurencja w ujęciu dynamicznym, czyli podejście współczesne
- III. Konkurencja okiem praktyka rynku telekomunikacyjnego
 1. Specyfika rynku telekomunikacyjnego
 2. Konkurencja usługowa a konkurencja infrastrukturalna
- IV. Zastosowanie teorii ekonomii w praktyce regulacyjnej – badanie własne
- V. Wnioski z przeprowadzonej analizy

Streszczenie:

Artykuł rozpoczyna przegląd teorii ekonomicznych z zakresu konkurencji. Silne założenia klasycznego ujęcia konkurencji prowadzą do nierealistycznego modelu. Kolejne modyfikacje tego modelu, pojawiające się w teorii ekonomii, urealniamy go i sprawiają, że staje się on bardziej dynamiczny. W drugiej części przedstawiono aspekty praktyczne związane z regulacją rynku telekomunikacyjnego w Polsce. W trzeciej części następuje połączenie podejścia teoretycznego z praktyką regulacyjną. Badanie przeprowadzone w tej części polega na przeanalizowaniu poszczególnych decyzji polskiego regulatora rynku telekomunikacyjnego (UKE) pod kątem zastosowania w nich analiz ekonomicznych. Okazuje się, że w kilku obszarach praktyka regulatora UKE, nie wykorzystuje potencjału nauk ekonomicznych.

* Adiunkt w Katedrze Gospodarki Narodowej, Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

Słowa kluczowe: konkurencja, ekonomia regulacji, regulacja, telekomunikacja.

Klasyfikacja JEL: L400, L510, L980.

I. Wprowadzenie

Temat konkurencji i konkurowania towarzyszy rozważaniom ekonomicznym praktycznie od samego początku. Co więcej, pomimo mnogości teorii dotyczących tego zagadnienia wciąż tkwi w nim potencjał do odkrywania nowych prawidłowości rządzących rynkiem, czego przykładem jest dorobek nagrodzonego w 2014 r. Noblem, Jeana Tirole. Nie mniej popularna jest konkurencja w ujęciu prawnym – zarówno jeśli chodzi o ochronę konkurencji *ex post*, jak i samo regulowanie rynków *ex ante*. Czy jednak badania obu tych dziedzin idą w parze? Czy przepisy legislacyjne i praktyka regulacyjna odpowiadają osiągnięciom ekonomii?

Niniejszy artykuł stanowi próbę zweryfikowania tych wątpliwości. Za główny cel postawiono sobie połączenie podejścia ekonomicznego z regulacyjnym, by następnie przeprowadzić analizę praktyk regulacyjnych rynku telekomunikacyjnego w świetle osiągnięć teorii ekonomii konkurencji. Punktem wyjścia do analizy jest wskazanie rosnącego znaczenia konkurencji w teorii ekonomii. W syntetyczny sposób przedstawiona zostanie ewolucja ekonomicznego ujęcia konkurencji. Rys historyczny prezentujący istotę konkurencji w ekonomii sięgnie początku, czyli czasów Adama Smitha, poprzez efektywną koncepcję konkurencji (prezentowane odpowiednio przez szkołę harwardzką i chicagowską) po dynamiczne podejście do konkurencji. Wszystko po to, by wyznaczyć najważniejsze elementy analizy konkurencji, na które ekonomia kładzie nacisk.

Wbrew osiągnięciom teoretycznym i wypracowanym przez ekonomistów podejściom do efektywnej konkurencji, praktyczne analizy rynkowe mogą w znaczący sposób różnić się między sobą. Z tego względu przedstawione zostaną także rodzaje konkurencji charakterystyczne dla analizowanego sektora. Uwagę zwraca tutaj widoczna dychotomia w praktycznym podejściu do konkurencji w telekomunikacji (konkurencja usługowa vs. konkurencja infrastrukturalna¹).

W ostatniej części artykułu podjęta zostanie próba połączenia teorii ekonomii z praktyką regulacyjną rynku telekomunikacyjnego. Za pomocą

¹ Niekiedy (przeważnie na rynkach bardziej dojrzałych) obok konkurencji usługowej i infrastrukturalnej mówi się też o tzw. konkurencji regulacyjnej.

dwuwymiarowej macierzy, weryfikacji poddane zostaną decyzje regulatora rynku (Prezesa UKE), związane z analizą rynków właściwych. Rozdzielenie wszystkich analizowanych decyzji na dwie grupy, tj. przed i po 2010 r., pozwoli wychwycić kierunek zmian w jakim podąża regulator.

II. Konkurencja okiem teoretyka ekonomii

1. Evolucja pojęcia konkurencji – rys historyczny

Konkurencja jest jednym z ważniejszych i najczęściej pojawiających się pojęć w teorii ekonomii. Zdarza się jednak, że poszczególni ekonomiści nie definiują tego zjawiska, a zakładają jego istnienie a priori. Nie oznacza to, że pod pojęciem *konkurencji* zawsze rozumie się to samo – to co było *konkurencją* w XIX wieku zdecydowanie różni się od tego, co dziś kryje się pod tym terminem. Na każdym etapie rozwoju ekonomii znaleźć można autorów, którzy redefiniują *konkurencję*, polemizując i poprawiając dotychczasowe jej ujęcia. Przykłady takiej redefinicji pojawiają się w pracach przedstawicieli różnorodnych nurtów ekonomicznych, od przedstawicieli ekonomii klasycznej i neoklasycznej (Smith, Cournot, Bertrand, Schumpeter), przedstawicieli szkoły austriackiej (Mises, Hayek), poprzez twórców ekonomii instytucjonalnej (Veblen, Commons) i nowej ekonomii instytucjonalnej (Coase, Williamson), skończywszy na autorach z zakresu organizacji rynku (Clark, Bain, Stigler, Kahn, Tirole).

Jednym z najstarszych podejść do konkurencji w ekonomii jest podejście nawiązujące do klasycznej *wolnej konkurencji* A. Smitha, który traktował konkurencję jako zjawisko analogicznie do zjawisk pojawiających się w innych naukach przyrodniczych – przede wszystkim do fizycznego pojęcia „siły”. Konkurencja w ekonomii miała być czymś na kształt siły grawitacji, a cytując Smitha *niewidzialną ręką rynku*, która działa niezależnie od woli poszczególnych podmiotów gospodarczych. Można więc założyć, że przedsiębiorcy u Smitha nie decydują o cenie, ale mechanizm rynkowy sam prowadzi do ustalenia jej na poziomie tzw. ceny naturalnej.

Koncepcja zaprezentowana przez A. Smitha stała się podstawą do konstruowania i rozbudowywania innych teorii dotyczących konkurencji. Najpopularniejszą jest *konkurencja doskonała*, czyli sformalizowana forma idealnego stanu w gospodarce. Teoria ta, rozwijana przez ekonomistów stosujących w swojej analizie metody matematyczne, opiera się na szeregu założeń, na gruncie których dokonywana jest dalsza analiza problemu. Założeńiami tymi są:

- 1) bardzo duża liczba niewielkich przedsiębiorstw działających na rynku, z których żaden nie ma wpływu na cenę;
- 2) pełna racjonalność i niezależność podmiotów działających na rynku;
- 3) pełna informacja, w jednakowym stopniu dostępna wszystkim graczom rynkowym;
- 4) homogeniczność sprzedawanych usług bądź świadczonych na rynku towarów;
- 5) jednakowy proces produkcji wszystkich firm działających na rynku;
- 6) wolne wejście na rynek oraz brak ograniczeń ruchu cen i czynników produkcji.

W modelu konkurencji doskonałej znaleźć można rozszerzenie podejścia klasyków o element struktur rynkowych, które wcześniej traktowane były bardzo pobieżnie. Jedyną rzeczą, jaką Smith miał do powiedzenia na temat liczby podmiotów, było stwierdzenie, że powinna ona zapobiegać nadzwyczajnym zyskom. Nie powiedziano jednak wówczas, czy do spełnienia tego warunku nie wystarczy istnienie już dwóch przedsiębiorstw.

Kolejną cegiełkę do rozwoju teorii konkurencji dołożyła tzw. szkoła lozańska (działająca w nurcie szkoły neoklasycznej). Przedstawiciel tej szkoły, A. Cournot (McNulty, 1968, za Kultys, 2007), sformułował matematyczne rozwiązanie modelu wyłonionego na bazie założonych wcześniej przesłanek. Podmioty rynkowe w jego teorii konkurują ze sobą ilościowo, pozostając przy tym cenobiorcami. Koncepcja rozwijana m.in. przez Cournota zwracała baczniejszą uwagę na liczbę podmiotów, które działają na rynku. Im więcej firm na rynku, tym cena bliższa jest kosztom krańcowym. Wynika to bezpośrednio z faktu, że przedsiębiorcy muszą brać pod uwagę globalny popyt na dany produkt, nie mając jednocześnie wpływu na cenę, jaka kształtuje się na rynku. Stąd cena nie zmieni się wraz z wielkością produkcji pojedynczej firmy (krzywa popytu na produkt pojedynczej firmy jest doskonale elastyczna) (Stigler, 1957). Jeszcze dalej idzie w swoim modelowaniu Bertrand, u którego mechanizm wyznaczania poziomu cen prowadzi do ustalenia ich na poziomie równym kosztom krańcowym – co implikuje zerowe zyski przedsiębiorstw.

Mechanizm, na którym opiera się działanie konkurencji w modelu konkurencji doskonałej sprawia, że każdy zasób dostępny w gospodarce i wykorzystywany do produkcji jest alokowany do tych zastosowań, które przynoszą najwyższe produktywności - gdyby tak nie było, gospodarka nie byłaby w stanie równowagi. Na osiąganą w ten sposób optymalną efektywność gospodarczą wskazują w swoim modelu równowagi K. Arrow i G. Debreu

(Noga, 1993). Efektywność ekonomiczna, jaką potencjalnie zapewnia istnienie konkurencji doskonałej jest zapewne jednym z powodów, dla których model ten tak świetnie broni się w literaturze ekonomicznej. Dzięki temu, model ten służyć może jako wzorzec optymalnych rozwiązań (*first best*) dla rzeczywistych sytuacji rynkowych, które traktuje się wówczas jako rozwiązania suboptymalne (*second best*) (Blaug, 2000, za Kultys, 2007). Zdaniem wielu autorów, zaleta ta przekłada się na duże możliwości predykcyjne, jakie niesie ze sobą model konkurencji – im sytuacja na rynku bliższa jest sytuacji z modelu, tym dokładniej za pomocą czystej teorii można przewidzieć przyszłość (Hunt, 2000). Dodatkowymi atutami modelu jest prostota jego konstrukcji – zakładając konkretne funkcje produkcji, otrzymać można schematy mechanizmów podejmowania decyzji zarówno przedsiębiorców, jak i klientów.

Niestety, podstawą modelu nie jest sam mechanizm dochodzenia do równowagi, a stan jej osiągnięcia. Po ukształtowaniu się cen, w konkurencji doskonałej nie dzieje się praktycznie nic więcej. Sytuacja pozostaje statyczna, gdyż żadne nowe przedsiębiorstwo nie jest zainteresowane wejściem na rynek, a sytuacja firm działających na rynku jest stabilna. Działające podmioty ustaliły wielkość swojej produkcji i poziom cen, przyjmując do obliczeń egzogeniczne dane rynkowe. Formalizacja idei konkurencji i chęć możliwości jej uściślenia sprawiły, że *konkurencja* stała się bardziej statyczna niż jej poprzedniczka opisana przez A. Smitha. Zwrócił na to uwagę Friedrich von Hayek pisząc, że gdyby spełnione były wszystkie założenia konkurencji doskonałej, żadne z działań powszechnie kryjących się pod pojęciem *konkurowania* nie mogłoby zachodzić. Przez to, że konkurencja doskonała jest stanem statycznym, a nie procesem, pozostaje w sprzeczności z podejmowaniem jakichkolwiek działań konkurencyjnych.

Ile zatem narzędzi stosowanych w tym celu w codziennym życiu byłoby wciąż przydatnych dla sprzedawcy na rynku, na którym dominuje tak zwana „konkurencja doskonała”? Uważam, że absolutnie żadne. Reklama, obniżki cen, doskonalenie („różnicowanie”) produkowanych dóbr czy usług – wszystko to byłoby z definicji wykluczone: konkurencja „doskonała” oznacza w istocie brak jakichkolwiek działań o charakterze konkurencyjnym. [wyróżnienie red.] (F. Hayek, 1945, s. 110).

Ta swoista „wewnętrzna sprzeczność”, widoczna jest w statyczności modelu. Statyczność koncepcji konkurencji doskonałej wynika przede wszystkim z jej podstaw, czyli założeń, mocno oderwanych od rzeczywistości gospodarczej.

2. Efektywna konkurencja i paradygmat struktura – zachowania – efekty

Jak zatem zbliżyć *konkurencję* do sytuacji rynkowej? Problemem tym zajął się Clark, konstruując swoją koncepcję konkurencji, która miała unikać wszelkich ekstremalnych sytuacji, jakie zakładał dotychczasowy model. Dzięki temu konkurencja miała się stać zjawiskiem obserwowalnym w gospodarce, nazwanym po prostu *konkurencją zdolną do działania* (*workable competition*). Podstawą swojej pracy Clark uczynił urzeczywistnienie dotychczasowego modelu. Nie podważa on przy tym stosowania konkurencji doskonałej jako swego rodzaju wzorca, czy ideału. Autor obawia się tylko, że wyniki uzyskane z takiego porównania nie są wystarczające w świetle istniejących na rynku warunków, które nie spełniają silnych założeń modelu. Uchylenie nawet jednego z założeń konkurencji doskonałej prowadzić może do sytuacji, w której spełnienie pozostałych założeń pogłębi jeszcze stan niedoskonałości rynku.

Główną ideą tej koncepcji jest rzeczywista praktyka konkurencji, polegająca na reakcjach podmiotów na działania konkurentów. Struktura rynku branżowego nie ma w tej koncepcji decydującego znaczenia (Gorynia, 1995). Według Clarka, konkurencja jest więc po pierwsze rywalizacją w sprzedawaniu dóbr i w walce o klienta. Nie ma w niej zatem miejsca na anonimowość producentów i kupujących. Nieważna jest też liczba podmiotów działających na rynku – liczy się tylko współzawodnictwo. Po drugie, wysokość ustalanych cen jest ograniczona możliwościami rynku, a dokładniej: możliwościami zakupu podobnych produktów od działających konkurentów. I wreszcie po trzecie, sprzedający starają się, żeby ich oferta była równa a nawet lepsza od oferty konkurentów. Dodatkowo, wprowadza on w swojej analizie rozróżnienie na okres długi i krótki, dzięki czemu udaje mu się uchwycić możliwość zmian, jakie zachodzą na rynku pod wpływem rywalizacji pomiędzy podmiotami. Koncepcja przedstawiona przez Clarka ma zatem pewne elementy analizy dynamicznej, choć mimo to, nadal prowadzi do statycznego rozwiązania równowagowego. Konkurencja zdolna do działania wciąż jednak nie jest procesem ciągłym, a jednorazową zmianą pomiędzy dwoma analizowanymi okresami (Hunt, 2000).

W związku z tym konieczne stało się pewne doprecyzowanie alternatywnego ujęcia konkurencji, które w pierwszej kolejności zwracałoby uwagę na ciągłość procesu. Kamieniem milowym w tej kwestii stało się podejście zaproponowane przez Clarka (w kolejnych jego pracach), polegające na uczynieniu z konkurencji procesu dynamicznego, w którym obok struktury rynku, ważne są także interakcje, do jakich dochodzi pomiędzy przedsiębiorcami. Podejście to rozpatruje zatem konkurencję nie jako stan równo-

wagi, do której dąży gospodarka, ale jako ewolucyjny, ciągły proces. Celem odróżnienia dotychczasowej nomenklatury i wcześniejszych badań autora nad konkurencją, ten nowy, dynamiczny tym razem proces, postanowił on ochrzcić mianem *efektywnej konkurencji*. Pod pojęciem tym kryje się: *niezależne działanie przedsiębiorstw w pogoni za wzrostem dochodów (...) poprzez stosowanie innych zachęt niż oferowane są przez pozostałe podmioty działające na rynku* (M. Clark, 1954, s. 326).

Koncepcja efektywnej konkurencji zaczęła cieszyć się coraz większą popularnością przez równoległe rozwijającą się nową gałąź ekonomii, tzw. *industrial organization*. Punktem wyjścia do przeprowadzenia analizy w jej duchu stała się struktura rynku. Determinowała ona zachowania podmiotów działających na rynku oraz poziom wyników, jakie przedsiębiorcy ci mogą uzyskać. Ekonomistami, którzy szczególnie przyczynili się do rozwoju tego podejścia są ekonomiści szkoły harwardzkiej – głównie Mason (1939, 1949) i Bain (1951, 1956, 1959). Przedstawiciele szkoły harwardzkiej stworzyli schemat, nazwany w literaturze paradygmatem: struktura-zachowania-efekty² (*structure-conduct-performance*, w skrócie *SCP paradigm*), który, jak pisał Noga, *wyraża jednoznaczny przyczynowo-skutkowy związek*. Charakterystyczną cechą tego paradygmatu był brak sprzężenia zwrotnego. Całość rozumowania opierała się zatem na bardzo uproszczonym założeniu, w którym o wszystkim, co dzieje się na rynku decydują struktury rynkowe. Wysoki stopień koncentracji kapitału przekładał się na wysoki stopień ograniczeń konkurencji (rys. 1).

Rys. 1. Schemat paradygmatu SCP w wersji podstawowej



Źródło: (Gorynia, 1995, s. 828).

Pod pojęciem *struktury* w pierwotnej wersji modelu zaprezentowanego przez szkołę harwardzką kryje się przede wszystkim hierarchizacja gospodarki. Badając strukturę, w pierwszej kolejności sprawdzano stopień koncentracji sprzedawców, stopień koncentracji kupujących, zróżnicowanie produktów, a także naturalne warunki wejścia i wyjścia z rynku. Duże znaczenie miała tutaj liczba przedsiębiorstw działających na danym rynku oraz liczba nabywców. Przewaga wynikająca ze struktury rynku była niezmienna

² W literaturze polskiej paradygmat *Structure-Conduct-Performance* tłumaczony bywa także jako struktura-kierowanie-wyniki, czego przykładem jest książka *Industrial Organization. Organizacja rynku i konkurencji*, W. Łyszkiewicz, WSHiFM, Warszawa 2000.

w krótkim okresie – konkurenci pozostawali bezsilni wobec struktury i nie mogli reagować na nią w sposób natychmiastowy. Struktura stała się zatem czynnikiem, który w krótkim okresie pozostawał praktycznie niezmienny, stąd podejście szkoły harwardzkiej niejednokrotnie identyfikuje się jako podejście krótkookresowe³.

Drugi element paradygmatu, czyli *zachowania*, to reakcje podmiotów gospodarczych działających na badanym rynku na zmiany w strukturze. W pierwotnym ujęciu paradygmatu, zachowania ograniczały się praktycznie tylko i wyłącznie do zachowań determinowanych strukturą rynku. Jedynym mechanizmem świadczącym o konkurencji, było zatem obniżanie ceny. W modelu SCP nie było miejsca na, jak pisze Gorynia (1995): *zachowania strategiczne rynku branżowego, czy też zachowania autonomiczne*.

Ostatnim z podstawowych składników paradygmatu są *efekty*, obejmujące wszystko to, co stanowi wynik działania dwóch pozostałych elementów. Efekty świadczyły o sile rynkowej, jaką w określonej strukturze rynku i przy określonych zachowaniach udało się przedsiębiorstwu wypracować. Odzwierciedleniem efektów są np. wskaźniki finansowe (mierników wzrostu firmy). W analizie efektów wykorzystywano także jakość oferowanych produktów, która miała być przejawem dbałości o klienta.

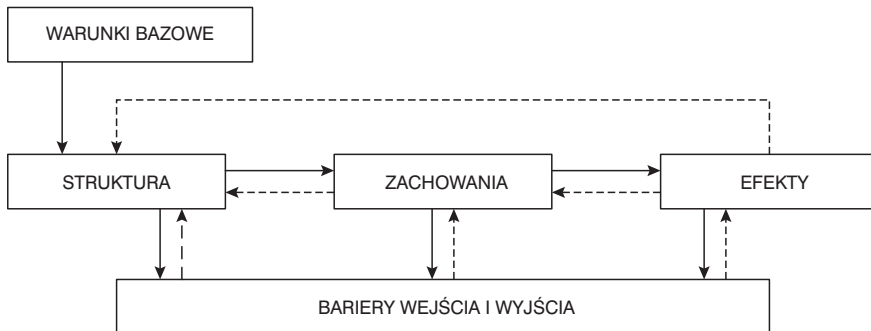
Szybko zauważono, że jednokierunkowa zależność przedstawiana przez pierwotną wersję paradygmatu, nie była do końca spójna z rzeczywistością. Skoro sama już struktura determinowała pozostałe dwa elementy, w badaniu konkurencji wystarczyłoby sprawdzić tylko strukturę. Jeśli wskazywałaby ona na gospodarkę konkurencyjną, wniosek ten mógłby być w prosty sposób przełożony także na zachowania i efekty. Autorzy coraz częściej zaczęli wskazywać, na sytuacje rynkowe, w których niedoskonała, czyli skoncentrowana struktura rynku implikowała zachowania zgodne z bardzo rozproszoną strukturą (Clark, 1940). Dochodziło także do sytuacji odwrotnej, tzn. pomimo *efektywnej* struktury rynku i zachowań podmiotów rynkowych z niej wynikających, wcale nie osiągnano *satysfakcjonujących* wyników (Sosnick, 1958). Oznaczać to mogło tylko jedno: trzy elementy paradygmatu szkoły harwardzkiej traktować należy jako łączne i konieczne warunki do istnienia efektywnej konkurencji na rynku, a zależności pomiędzy elementami modelu mają charakter zależności dwukierunkowych. Nie tylko struktura oddziałuje na zachowania i pośrednio determinuje określone wyniki, ale i zachowania oraz efekty mają wpływ na strukturę rynkową (Philips 1976, Clarke 1985, za: Lipczyński et al., 2005).

³ Do takich zaliczył je np. T. Przybyciński (2000, s. 41–55).

3. Konkurencja w ujęciu dynamicznym, czyli podejście współczesne

Poza sprzężeniem zwrotnym, podejście SCP zaczęto poszerzać o nowe czynniki. Próba doprecyzowania i rozszerzenia elementów triady, zaczęła przysparzać szereg problemów związanych z jednoznacznym rozdzieleniem poszczególnych czynników rynkowych na te, które faktycznie odzwierciedlają strukturę, te, które odnoszą się do zachowań i wreszcie te, które przedstawiają efekty. Między innymi na skutek tego, do paradygmatu zaczęto dodawać czwarty element – tzw. warunki bazowe, które determinować miały strukturę rynku [Gorynia, 1995]. Warunki bazowe w tej modyfikacji to elementy kształtujące popyt i podaż na rynku. Są to zatem zmienne egzogeniczne, na które podmioty rynkowe poprzez swoje działania nie mają wpływu, ale których w analizie konkurencji nie sposób jest pominąć. Każda branża powstawała w inny sposób, różne będą więc jej uwarunkowania historyczne i różne funkcje produkcji oraz możliwości rynku. Kłopotliwym czynnikiem stały się także bariery wejścia i wyjścia z rynku, wprowadzone do koncepcji konkurencji przez J.S. Baina (1956). Ekonomista ten dokonał prostego podziału barier rynkowych, dzieląc je na dwa rodzaje: naturalne (wynikające ze specyfiki rynku) oraz strategiczne (związane z zachowaniami przedsiębiorstw). Paradygmat SCP uzupełniony o warunki bazowe i bariery wejścia przedstawiono na rys. 2.

Rys. 2. Schemat paradygmatu SCP po modyfikacji o warunki bazowe i bariery wejścia



Źródło: (Lipczyński et al. 2005, s. 7), zmodyfikowany rys. 1.1.

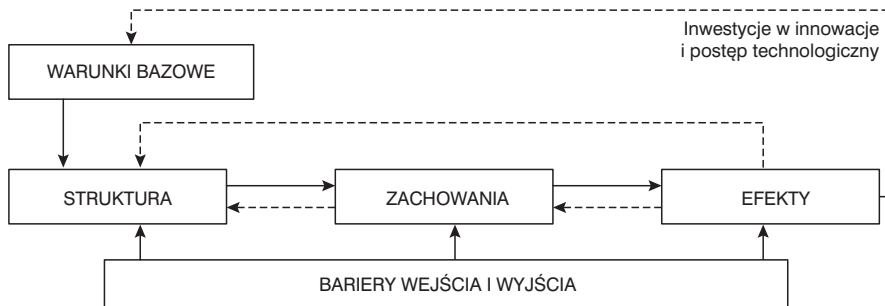
Przyczynkiem do dalszych zmian stały się badania empiryczne i pojawiająca się coraz częściej krytyka paradygmatu, która apogeum osiągnęła w latach 70. na skutek prac ekonomistów związanych ze szkołą chicagowską⁴. Zakładając, że

⁴ Przedstawicielami szkoły chicagowskiej byli: Posner, Stigler, Demsetz. Tak, jak dla szkoły harwardzkiej punktem wyjścia w analizie konkurencji była struktura, tak dla przedstawicieli szkoły chicagowskiej podstawą były zachowania i efektywność.

podstawowym wynikiem konkurencji jest zwiększenie efektywności konsumentów, ograniczenie analizy ekonomicznej do modeli statycznych nie miało sensu. Zaczęto zatem zwracać baczniejszą uwagę na dynamikę konkurencji, traktując ją jako proces a nie wyłącznie jako statyczną równowagę. Z ekonomicznego punktu widzenia, korzenie tego podejścia sięgają tzw. teorii twórczej destrukcji (*creative destruction*), sformułowanej przez J. Schumpetera sporo wcześniej, bo w latach 40. XX w. Pisząc o postępie ekonomicznym, wskazywał on na innowacyjność jako *podstawowy bodziec, który uruchamia i podtrzymuje ruch kapitalistycznej maszynierii, wychodzi od nowych dóbr konsumpcyjnych, nowych rynków, nowych form przemysłowej organizacji, tworzonych przez kapitalistyczne przedsiębiorstwo*. Elementami, na które zwraca uwagę analiza dynamiczna są trendy rynkowe, fluktuacje siły rynkowej, pojawienie się nowych produktów, usług czy technologii. Z jednej strony ważne jest zatem przeprowadzenie analiz w pewnym szeregu czasowym, z drugiej zaś uwzględnienie innowacyjności, czy postępu technologicznego (Sidak, 2009, Ryall 2013).

Zaproponowany w niniejszym artykule model, choć pozornie tradycyjny, opiera się na zbiorze dotychczasowych osiągnięć teoretycznych – jego schemat przedstawiono na rys. 3.

Rys. 3. Propozycja współczesnego ujęcia konkurencji – paradygmat struktura–zachowania–efekty rozszerzony o elementy dynamiczne



Źródło: opracowanie własne z wykorzystaniem (Lipczyński et al., 2005, s. 7), modyfikacja rys. 1.1.

III. Konkurencja okiem praktyka rynku telekomunikacyjnego

1. Specyfika rynku telekomunikacyjnego

O tym, że rynek telekomunikacyjny zdecydowanie różni się od większości rynków, jakie działają we współczesnej gospodarce, nie trzeba przekonywać. Do charakterystycznych elementów tego sektora należą m.in. uwarunko-

wania historyczne, istnienie silnych barier wejścia na rynek, czy wreszcie stały postęp technologiczny.

Przez wzgląd na złożoność i wielowymiarowość działalności telekomunikacyjnej, podmioty działające na tym rynku trudnią się zaspokajaniem różnego rodzaju potrzeb sektora – od konstruowania specjalistycznego sprzętu wykorzystywanego przy budowie infrastruktury, poprzez oprzyrządowanie służące użytkownikom końcowym, do samego świadczenia usług i działalności czysto doradczej i eksperckiej, pomagającej wdrożyć jak najbardziej optymalne systemy teleinformatyczne w firmach działających w innych gałęziach gospodarki. Zdecydowanie najczęściej jednak działalność telekomunikacyjna wiąże się z działalnością usługową i wokół takiej działalności koncentruje się niniejszy artykuł. Usługowy charakter rynku determinuje szereg elementów, które mają duże znaczenie przy prowadzeniu działalności telekomunikacyjnej. Jedną ze specyficznych cech sektora jest jednoczesność produkcji i konsumpcji. Z wytwarzanych usług klienci korzystają w czasie rzeczywistym, co oznacza, że usług tych nie można magazynować. Przedsiębiorca telekomunikacyjny może co prawda zawczasu zabezpieczyć się przed ewentualnymi skutkami zwiększonej aktywności klientów w jednym momencie, tak by móc obsłużyć możliwie wszystkich swoich użytkowników, ale tylko poprzez zwiększenie wydajności swojej sieci. Z jednoczesnością produkcji i konsumpcji wiąże się też niemożność poprawy jakości usług telekomunikacyjnych po ich wytworzeniu. Przedsiębiorca zmuszony jest zatem uwzględnić wszelkie trudności, jakie mogą pojawić się w trakcie świadczenia usług i tak dostosować wykorzystywaną przez siebie sieć, żeby owe trudności nie zmniejszyły jakości usług. Trudno byłoby jednak mówić o świadczeniu usług bez podkreślenia wagi, jaką ma specjalnie budowana infrastruktura – i to właśnie z niej wynika kolejna cecha analizowanego sektora. Infrastruktura telekomunikacyjna jest ściśle związana z kwestiami technicznymi – wymaga opracowania architektury sieci, która będzie w najbardziej optymalny sposób spełniać swoje funkcje. Architektura modelu sieci zależy od stopnia niezawodności usługi, którą operator chce świadczyć swoim klientom, ale przede wszystkim od opłacalności inwestycji, czyli kosztów, jakie jest on skłonny ponieść by zapewnić dostęp do sieci.

W tym miejscu pojawia się kolejny ważny element, a mianowicie kwestia własności infrastruktury – cała sieć należy zazwyczaj do pojedynczego przedsiębiorcy – byłego monopolisty państwowego, co generuje przynajmniej dwa rodzaje problemów. Po pierwsze, posiadanie sieci daje takiemu przedsiębiorcy dodatkową przewagę nad pozostałymi graczami rynkowymi, stając się tym samym tzw. *wąskim gardłem* w rozwoju konkurencji na rynku. Po drugie, swoisty monopol na infrastrukturę przez wiele lat prowadził do

braku inwestycji w modernizację i rozbudowę sieci⁵, co spowodowało, że duża część starych sieci obecnie nie jest w stanie sprostać rosnącym oczekiwaniom klientów.

Przed inwestowaniem w infrastrukturę powstrzymuje podmioty rynkowe między innymi duży stopień niepewności – dotyczący popytu, zachowań konkurentów, rozwoju technologii, ale i pojawiających się na rynku nowych regulacji. Szczególnie ważne są dwa ostatnie czynniki, czyli szybki rozwój techniczny i silny stopień regulacji rynku.

Z szybkim rozwojem technicznym wiąże się nieustanne pojawianie się nowych usług najczęściej o coraz wyższej jakości. Branża telekomunikacyjna jest jednym z najszybciej rozwijających się rynków na świecie. Praktycznie z dnia na dzień powstają nowe możliwości techniczne, pozwalające użytkownikom na spełnienie ich najbardziej wygórowanych oczekiwań. Od momentu, kiedy Graham Bell wymyślił telefon, telekomunikacja przeszła prawdziwą rewolucję – obecnie za jej pomocą można nie tylko komunikować się głosowo pomiędzy dwoma użytkownikami znajdujących się w ściśle określonych lokalizacjach, ale możliwa jest też jednoczesna komunikacja wielu użytkowników przebywających w dowolnym miejscu na świecie. Obecnie jednak przesyłanie głosu jest tylko niewielkim wycinkiem możliwości, jakie daje telekomunikacja – możliwa i coraz częściej stosowana jest bowiem komunikacja poprzez wideokonferencję, czy też przesyłanie wszelkiego rodzaju plików nie tylko tekstowych, ale i multimedialnych. Co więcej, sposoby porozumiewania się poprzez techniki telekomunikacyjne, poza swoją wygodą i gwarancją szybkości przesyłu informacji, są również najtańszym spośród tradycyjnie dostępnych form komunikacji międzyludzkiej (szczególnie, jeśli w grę wchodzi znacząca odległość między kontaktującymi się użytkownikami). Cała grupa zalet, jakie niesie ze sobą postęp techniczny, nie eliminuje jednak pojawiających się przy tej okazji wad i dużej dozy niepewności na rynku. Przedsiębiorca podejmujący działalność i decydujący się na budowę własnej infrastruktury, nigdy nie jest w stanie przewidzieć dokładnego rozwoju rynku, na bieżąco więc musi śledzić zmiany jakie zachodzą wśród jego najbliższych konkurentów, jak i tendencje ogólnoświatowe. Pełna predykcja rynku jest o tyle trudna, że w każdej chwili może pojawić się usprawnienie techniczne, rewolucjonizujące rynek i eliminujące rywalizujące ze sobą do tej pory technologie. Moment przeoczenia zmieniających się tendencji może zatem kosztować firmę telekomunikacyjną stratę swojej dotychczasowej pozycji, a wraz z nią także stratę pozyskanych klientów.

⁵ Monopolista nie musi ubiegać się o klientów, oferując im np. wyższą jakość, bo i tak nie ma na rynku konkurenta, do którego klienci mogliby potencjalnie przejść.

Z drugiej strony, niepewność w telekomunikacji generowana jest przez czynniki sztuczne, takie jak asymetryczną regulację otoczenia rynkowego, w jakim zmuszeni są działać przedsiębiorcy telekomunikacyjni. Asymetria podejmowanych regulacji, czyli nakładanie obowiązków regulacyjnych tylko na wybrane podmioty (a dokładniej: na podmioty o znaczącej pozycji rynkowej) zwiększa niepewność na temat przyszłości całego sektora.

Każdy przedsiębiorca chce zdobyć jak największą część rynku, a jednocześnie ma świadomość, że zbyt silna pozycja może spowodować nałożenie nań dodatkowych obostrzeń i przepisów. Efektem takiej niepewności jest konieczność uwzględniania czysto instytucjonalnych, zewnętrznych czynników w ekonomicznym rachunku dotyczącym np. podejmowania decyzji inwestycyjnych.

Kolejną cechą rynku telekomunikacyjnego jest występowanie na nim ograniczonych zasobów. Ograniczoność ta dotyczy przede wszystkim zasobów częstotliwości, które muszą być wykorzystywane do świadczenia usług łączności bezprzewodowej, np. radiowych połączeń użytkowników. Wynika to z faktu, że infrastruktura telekomunikacyjna, to nie tylko i wyłącznie fizycznie połączone ze sobą przewody i kable (kiedyś miedziane, a współcześnie coraz częściej światłowodowe), ale też możliwość połączeń bezprzewodowych, wykorzystywanych m.in. w sieciach mobilnych (ruchomych). Fale radiowe pełnią zatem w telekomunikacji niebagatelną rolę i brak możliwości korzystania przez przedsiębiorców z określonego pasma częstotliwości, (całkowicie bądź częściowo) uniemożliwia świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Bardzo specyficzną i charakterystyczną głównie dla rynku telekomunikacyjnego własnością są tzw. efekty sieciowe (*network effects, network externalities*). Polegają one na tym, że każda z usług telekomunikacyjnych nabywana pojedynczo, tj. przez pojedynczego klienta, jest bezużyteczna. Wartość ich rośnie dopiero wraz ze wzrostem liczby nabywców. Im więcej użytkowników korzysta z danej usługi, tym silniejsze są bodźce do tego, aby kolejne jednostki przyłączyły się do sieci. Można to wyjaśnić w bardzo prosty sposób, a mianowicie: liczba osób z którą będzie można się komunikować na odległość zależy bezpośrednio od liczby osób, które mają dostęp do sieci (Katz et al., 1994). Zgłaszając popyt na usługi łączności elektronicznej konsumenci uwzględniają dodatkowo możliwość połączeń bezpłatnych (popyt rośnie wprost proporcjonalnie do liczby numerów bezpłatnych), w tym dzwonienia na numery ratunkowe. Konstruowany w ten sposób popyt sprawia, że wraz ze wzrostem globalnej liczby użytkowników, lepsza staje się również sytuacja pojedynczych klientów, przedsiębiorców ich obsługujących, jak i każdej z firm działających na rynku.

Wszystkie specyficzne cechy sektora telekomunikacyjnego sprawiają, że na rynku tym występuje szereg ograniczeń rozwoju konkurencji, z których najpoważniejszymi są bariery wejścia. Bariery te w równym stopniu dotyczą zupełnie nowych przedsiębiorstw (*de novo entry*), jak i firmy, które już działają na sąsiednich rynkach (*reciprocal entry*) (Lommerud, Sörgard, 2003).

2. Konkurencja usługowa a konkurencja infrastrukturalna

Najbardziej tradycyjnym podejściem do konkurencji w sektorze jest spojrzenie na nią przez pryzmat **przedmiotu konkurowania**. Wówczas najczęściej dotyczy ona produktów bądź usług, którymi firmy konkurują ze sobą na rynku. Konkurencja tego typu nosi nazwę *konkurencji usługowej* (*service-based competition*) lub odpowiednio *konkurencji produktowej* (*product-based competition*). Wydaje się, że jest to jednocześnie podejście najbliższe ekonomicznej koncepcji, ale tej w ujęciu pierwotnym (czy też *tradycyjnym*).

W modelu usługowym, analizie poddaje się wachlarz substytucyjnych względem siebie usług, sprawdzając w nim poszczególne elementy świadczące o występowaniu (względnie: nie występowaniu) na rynku konkurencji. W przypadku rynku telekomunikacyjnego spojrzenie na konkurencję przez wiele lat ograniczało się wyłącznie do konkurencji usługowej, czemu sprzyjały zasady funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego, preferujące właśnie ten model konkurencji (Kamiński, 2005). Obecnie, w ramach konkurencji usługowej wyróżnia się trzy sposoby konkurowania. Pierwszy sposób to odkupienie usług od przedsiębiorcy zasiedziałego i odsprzedaż ich użytkownikom końcowym. Druga metoda to fizyczne wykorzystanie sieci *incumbenta* i świadczenie na niej własnych usług (najczęściej przy użyciu dodatkowych własnych urządzeń). Trzecia z metod konkurowania, to świadczenie usług z wykorzystaniem wyłącznie własnej infrastruktury.

Świadczenie usług na rynku telekomunikacyjnym obejmuje zazwyczaj obszar kraju lub jego części, a specyfika rynku w sposób naturalny dopuszcza działanie kilku firm na jednym, nawet bardzo niewielkim obszarze. Ciężko jest zatem, w przypadku tej branży mówić o preferowaniu jednego z trzech kluczowych w ekonomii modeli konkurencji, do którego powinien dążyć rynek. Konkurencja usługowa może przybrać charakter konkurencji cenowej, ilościowej lub jakościowej. O ile początkowo faktycznie konkurencja obserwowana na rynku telekomunikacyjnym miała charakter ściśle cenowy, o tyle obecnie coraz częściej do gry dochodzą podmioty pragnące wyróżnić swoje usługi. Przy realizacji tego celu przedsiębiorstwa stosują na przykład sprzedaż łączną lub wprowadzają na rynek różnego rodzaju oferty będące

kombinacją ceny, czasu trwania umowy i warunków technicznych świadczonych usług, co powoduje, że konkurencja nabiera bardziej ilościowego charakteru, ale przeważnie nie prowadzi do wzrostu jakości.

Obok usług, duże znaczenie w telekomunikacji mają kwestie infrastrukturalne. Wynika to ze specyfiki sektora – rynek telekomunikacyjny, podobnie jak np. rynek energetyczny, należy do tzw. *grupy rynków sieciowych*. Oznacza to, że do prowadzenia działalności na tym rynku konieczne jest korzystanie ze specjalnie w tym celu powstałej infrastruktury. Przedsiębiorca, chcący wejść na rynek, w pierwszej kolejności staje przed dylematem: czy wejść na rynek płacąc za możliwość korzystania z infrastruktury istniejącej, czy też może wybudować własną sieć. Natura konkurencji zależy od decyzji nowo wchodzącego przedsiębiorstwa, którą niekiedy określa się mianem strategii *kupić czy budować* (*buy or build*) (Bourreau et al., 2004). Infrastruktura stanowi zatem jeden z ważniejszych elementów i wokół niej koncentruje się praktycznie cały rynek. Nic więc dziwnego, że także badania konkurencji w telekomunikacji od pewnego czasu poświęcają infrastrukturze osobne miejsce w swojej analizie, przypisując jej odrębną sferę – tzw. *konkurencję infrastrukturalną* (*infrastructure-based competition* lub inaczej *facilities-based competition*). Okazuje się, że poza usługami i produktami, przedmiotem konkurencji może być także szeroko rozumiana sieć telekomunikacyjna⁶. Najzdrowszą dla rynku sytuacją byłaby zatem zrównoważona regulacja, nie promująca a priori żadnego spośród dwóch modeli konkurencji – ani usługowej, ani infrastrukturalnej.

W praktyce wygląda to nieco inaczej. Chociaż rola konkurencji infrastrukturalnej w polityce regulacyjnej sukcesywnie rośnie, to nadal, w porównaniu z konkurencją usługową, jej udział oceniany jest przez analityków rynku za zbyt skromny. Dużą rolę, jaką przypisuje się konkurencji opartej na infrastrukturze, wy tłumaczyć można przeświadczeniem, że ten rodzaj konkurencji jest w stanie zlikwidować lub przynajmniej ograniczyć konieczność tak silnej regulacji rynku telekomunikacyjnego, jaki ma miejsce w chwili obecnej. Aby tak się jednak stało, każdy z przedsiębiorców powinien zapewnić sobie możliwość świadczenia usług w całości własnymi środkami, czyli powinien posiadać jak najlepiej rozbudowany własny system podaży. Dodatkowo, poziom konkurencji infrastrukturalnej poprzez poziom inwestycji, rzutuje na stopień rozwoju rynku. Im większa konkurencja infrastrukturalna, tym większy poziom nakładów inwestycyjnych, co z kolei (jak wskazują niektórzy autorzy) przekłada się na długookresową efektywność:

⁶ Odróżnienie konkurencji usługowej od infrastrukturalnej nabiera szczególnie dużego znaczenia w świetle problematyki dostępu strony trzeciej do sieci.

Konkurencja infrastrukturalna jest postrzegana jako warunek konieczny do osiągnięcia długookresowej efektywności. Dzieje się tak ponieważ korzyści płynące z elastyczności i innowacyjności osiągniętej w takiej sytuacji zdecydowanie przewyższają te osiągnięte w warunkach dzielenia się infrastrukturą (M. Bourreau et al., 2004, s. 288).

Wyjaśnić to można przez ograniczoność wyboru, przed jakim staje przedsiębiorca chcący skorzystać z infrastruktury podmiotu już działającego na rynku. Ograniczenia te to przede wszystkim małe możliwości wyboru techniki świadczenia usług oraz fakt, że podpisana na korzystanie z sieci umowa determinuje koszty świadczenia usług, nie pozostawiając praktycznie żadnego wariantu ich obniżenia, czy elastycznego modyfikowania (Woroch, w: Cave et al., 2002). Konkurencja infrastrukturalna likwiduje determinizm w wyborze technologii, a tym samym daje większą swobodę w kształtowaniu jakości usług. Kluczem do wyjaśnienia mechanizmu działania konkurencji infrastrukturalnej na innowacyjność i wprowadzanie nowych technologicznie rozwiązań jest koncepcja tzw. *drabiny inwestycyjnej*. Zakłada ona, że przedsiębiorcy alternatywni początkowo zainteresują się najprostszymi usługami dostępu do sieci, czyli takimi, które nie wymagają inwestycji. Dzięki tym usługom hurtowym, przedsiębiorcy są w stanie szybko i sprawnie pojawić się na rynku, poznając tym samym jego stronę popytową, a także rozbudowując bazę swoich klientów. Ze względu na to, że pierwsze oferty tych przedsiębiorstw stanowią wierne odzwierciedlenie oferty operatora zasiedziałego, jedynym elementem różnicującym pozostaje cena. Drugim stopniem w koncepcji drabiny inwestycyjnej jest etap, w którym przedsiębiorcy chcą swobodniejsze kształtować swoje usługi i w tym celu zaczynają korzystać z bardziej zaawansowanych rodzajów dostępu do sieci. Przedsiębiorcy alternatywni są w stanie ponieść pewne nakłady inwestycyjne, czyli np. zakupić własne urządzenia, które umożliwią im samodzielne świadczenie usług. W kolejnej fazie przedsiębiorcy budują własną sieć, wycofując się stopniowo z najprostszymi modelami wykorzystania obcej infrastruktury polegających na odsprzedaży. Daje im to możliwość wprowadzania na rynek innowacji technologicznych i uzyskiwania przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi podmiotami. Zaobserwowana zależność pomiędzy konkurencją infrastrukturalną a konkurencją usługową, wynika z determinizmu – tylko konkurencja infrastrukturalna daje bowiem pełną swobodę kształtowania usług, w tym zmieniania ich jakości⁷.

Dodatkowo, przez wzgląd na silną pozycję prowadzonej na rynku telekomunikacyjnym polityki regulacyjnej, wyróżnia się jeszcze trzeci rodzaj kon-

⁷ Do podniesienia jakości konieczna jest rozbudowa i modernizacja infrastruktury, gdyż pewnych usług ze względów technicznych nie da się świadczyć na dotychczasowych urządzeniach.

kurencji – *konkurencję regulacyjną*. Jest to najmłodszy rodzaj konkurencji, jednak coraz szybciej nabierający na znaczeniu. Na potrzeby niniejszego artykułu, pojęcie konkurencji regulacyjnej zostanie jednak pominięte.

IV. Zastosowanie teorii ekonomii w praktyce regulacyjnej – badanie własne

Ze względu na to, że badanie empiryczne łączy praktyczne i teoretyczne podejście do konkurencji, pierwszym krokiem jest wypracowanie konsensusu pomiędzy tymi podejściami. Jak wskazano w poprzednich częściach artykułu, z jednej strony mamy do czynienia z postępującym rozwojem koncepcji konkurencji w ekonomii, z drugiej praktyką regulacyjną, która z tej teorii powinna czerpać. Oba te spojrzenia można połączyć w jedną dwuwymiarową macierz, której poszczególne wymiary odpowiadają zidentyfikowanym w poprzednich częściach artykułu elementom konkurencji. Macierz tak służyć będzie analizie wielokryterialnej. O ile jednak samo wprowadzenie dużej liczby kryteriów komplikuje badanie rynku, o tyle uszeregowanie ich i przypisanie do poszczególnych obszarów konkurencji, ułatwia wnioskowanie, a tym samym pozwala na trafniejsze podejmowanie decyzji regulacyjnych. Podejście takie widoczne jest też w prowadzonych przez Komisję Europejską działaniach, czego przykładem może być stworzony w 2008 roku wielowymiarowy wskaźnik rozwoju szerokopasmowego Internetu, nazywany w skrócie BPI (*Broadband Performance Index*) (więcej Olender-Skorek, 2010).

Przeprowadzone badanie polegało na przeglądzie decyzji regulatora (UKE) w latach 2006–2015 w sprawie analizy rynków właściwych – dla 7 rynków detalicznych (razem 14 decyzji) i dla 12 rynków hurtowych (razem 19 decyzji). Dokładną listę rynków właściwych poddanych analizie przedstawiono w aneksie 1 ww. pracy (Skorek, 2010)⁸. Liczba decyzji jest większa niż liczba analizowanych rynków, ze względu na fakt, że w badanym okresie analizy rynkowe zostały powtórzone (zgodnie z obowiązującymi przepisami analizy i obowiązki nakładane na przedsiębiorcę wyznaczonego podlegają weryfikacji co kilka lat). Cały materiał podzielono zatem na dwie grupy: przed i od 2010. Grupy nie są równe liczebnie, ze względu na pojawiające się

⁸ O ile rynek detaliczny pod względem rynków właściwych jest stabilny, o tyle problemy pojawiły się w analizie rynków hurtowych – 1) rynki zostały zmodyfikowane, 2) analizy rynków 9. i 16. wydawane są per operator – sama analiza w nich przeprowadzona wygląda identycznie, stąd w niniejszym artykule przyjęto w tym miejscu uproszczenie polegające na nie powielaniu takich decyzji.

Tabela 1. Macierz czynników najistotniejszych dla analizy konkurencji na rynku telekomunikacyjnym

TEORIE EKONOMICZNE / PRAKTYKA RYNKOWA	USŁUGOWA	INFRASTRUKTURALNA
WARUNKI BAZOWE	<ul style="list-style-type: none"> - popyt na usługi i jego zmiany - zmiany w strukturze kosztów 	<ul style="list-style-type: none"> - jakość oferowanej infrastruktury - historyczne uwarunkowania powstawania sieci i wynikająca z nich struktura właścicielska
BARIERY WEJŚCIA/ WYJŚCIA	<ul style="list-style-type: none"> - oferty lojalnościowe, - koszty zmiany dostawcy usług, - umowy na czas określony, utrudniające zmianę dostawcy usług - brak możliwości konstruowania konkurencyjnych ofert 	<ul style="list-style-type: none"> - ograniczenia geograficzne i techniczne - czasochłonność budowy sieci, - kapitałochłonność budowy sieci
STRUKTURA	<ul style="list-style-type: none"> - dostępność zróżnicowanych ofert substytucyjnych produktów (oferowanych przez wiele firm) - struktura rynku mierzona wskaźnikami koncentracji (w zakresie dostawców usług) 	<ul style="list-style-type: none"> - dostępność zróżnicowanych ofert usług o nowej jakości/ nowej funkcjonalności (oferowanych przez wiele firm) - struktura rynku mierzona wskaźnikami koncentracji (w zakresie sieci)
ZACHOWANIA	<ul style="list-style-type: none"> - siła przetargowa dostawców usług - dostępność cenowa - kształtowanie cen 	<ul style="list-style-type: none"> - inwestowanie w infrastrukturę
EFEKTY	<ul style="list-style-type: none"> - wyniki i wskaźniki finansowe przedsiębiorstw działających na rynku telekomunikacyjnym - redystrybucja dochodów 	<ul style="list-style-type: none"> - poprawa wskaźników KPI
INNOWACYJNOŚĆ	<ul style="list-style-type: none"> - nowe usługi 	<ul style="list-style-type: none"> - nowe technologie (B+R) - patenty i nowości w zakresie infrastruktury
ZMIANY W CZASIE	<ul style="list-style-type: none"> - pokazanie kilkuletnich trendów, - zestawienia r/r 	<ul style="list-style-type: none"> - pokazanie kilkuletnich trendów, - zestawienia r/r

Źródło: opracowanie własne.

zmiany w rodzajach identyfikowanych rynków właściwych: przed 2010 r. rynków było więcej, ale w miarę rozwoju technologicznego i zmian zachodzących w telekomunikacji, ich liczbę ograniczono (pojawiły się nowe rynki, np. rynek 4/2014, a z części dotychczasowych zrezygnowano). Następnie, w każdej z decyzji wyszukiwano przedstawione w macierzy czynniki i zero-jedynkowo określano ich brak lub obecność. Po analizie wszystkich decyzji uzupełniono macierz o dane zagregowane, wypełniając kolejne komórki udziałem procentowym decyzji, w których konkretna sfera konkurencji została przebadana. Otrzymane wyniki przedstawiono w dwóch kolejnych zestawieniach – pierwsze zawiera próbkę sprzed 2010, a druga – od 2010 r.

Tabela 2. Macierz czynników najistotniejszych dla analizy konkurencji na rynku telekomunikacyjnym – wyniki analizy decyzji regulacyjnych sprzed roku 2010

TEORIE EKONOMICZNE \ PRAKTYKA RYNKOWA	USŁUGOWA	INFRASTRUKTURALNA
	WARUNKI BAZOWE	100%
BARIERY WEJŚCIA/WYJŚCIA	100%	100%
STRUKTURA	25%	87,5%
ZACHOWANIA	100%	75%
EFEKTY	62,5%	0%
INNOWACYJNOŚĆ	12,5%	0%
ZMIANY W CZASIE	87,5%	100%

Źródło: opracowanie własne na podstawie decyzji Prezesa UKE publikowanych na www.uke.gov.pl

Tabela 3. Macierz czynników najistotniejszych dla analizy konkurencji na rynku telekomunikacyjnym – wyniki analizy decyzji regulacyjnych od roku 2010

TEORIE EKONOMICZNE \ PRAKTYKA RYNKOWA	USŁUGOWA	INFRASTRUKTURALNA
	WARUNKI BAZOWE	100%
BARIERY WEJŚCIA/WYJŚCIA	100%	100%
STRUKTURA	77,8%	66,7%
ZACHOWANIA	100%	100%
EFEKTY	66,7%	44,4%
INNOWACYJNOŚĆ	22,2%	0%
ZMIANY W CZASIE	88,8%	100%

Źródło: opracowanie własne na podstawie decyzji Prezesa UKE publikowanych na www.uke.gov.pl

V. Wnioski z przeprowadzonej analizy

Na podstawie przeprowadzonego przeglądu decyzji regulacyjnych Prezesa UKE zauważyć można, że właściwie decyzje zarówno w sferze usługowej, jak i infrastrukturalnej osiągały zbliżone wyniki w zakresie stosowanych teorii ekonomicznych. Pojawiające się rozbieżności (braki w elementach teoretycznych) pojawiały się w pojedynczych decyzjach. Obserwacja ta jest o tyle zaskakująca, że wielu analityków zarzucało (szczególnie przed 2010 r., kiedy UKE nie przeprowadzało jeszcze inwentaryzacji infrastruktury telekomunikacyjnej w Polsce) Prezesowi UKE nie przykładanie wystarczającej wagi do kwestii infrastrukturalnych i nadmierną dbałość o sferę usługową. Jak widać z zaprezentowanego zestawienia – zarzuty tak sformułowane były bezzasadne.

Na uwagę zasługuje także osiągany wysoki wynik spójności regulacji z teorią ekonomii w zakresie barier wejścia/wyjścia z rynku. W uzasadnieniach decyzji ten fragment analizy przeprowadzony jest wyjątkowo rzetelnie, z zastosowaniem klasyfikacji ekonomicznych i specyficznych pojęć, pojawiających się w teoriach ekonomii w temacie barier wejścia na rynek. Co więcej, tak dogłębna analiza barier cechuje nie tylko najnowsze decyzje regulatora, ale także te sprzed 2010 roku.

Pełną spójność teorii z praktyką wykazały również elementy związane z warunkami bazowymi. Faktycznie stanowią one punkt wyjścia każdej analizy, niestety (czego nie widać w zestawieniu) w grupie pierwszej (sprzed 2010 r.), warunki bazowe traktowane były inaczej niż w grupie drugiej. Brakowało w nich typowo ekonomicznego spojrzenia dotyczącego np. elastyczności popytu. W części uzasadnienia co prawda pojawiały się informacje związane ze zmianami popytu pod wpływem ceny, ale element ten nie był nazywany elastycznością.

Duży postęp regulator odnotował w zakresie analizy struktury rynkowej. W pierwszych decyzjach w ramach struktury pojawiała się co najwyżej wzmianka o konkurentach działających na rynku, a tylko niekiedy informacja ta uzupełniana była danymi dotyczącymi udziałów rynkowych. Przed 2010 rokiem nie pojawiały się żadne wyliczenia typowych dla ekonomii wskaźników koncentracji rynku (takich jak HHI czy CR). W najnowszych decyzjach braki te zostały usunięte, a w analizach struktury rynkowej wprost zaczęto stosować narzędzia ekonomiczne. W świetle ostatnich osiągnięć ekonomii, która wskazuje strukturę jako mocno niedoskonałą determinantę zniekształceń na rynku, pozostaje jednak pytanie: na ile ta zmiana faktycznie jest spójna z teorią ekonomii? Czy samo zastosowanie narzędzi ekonomicznych wystarcza, żeby podejmować decyzje istotne z punktu widzenia analizowanego sektora?

Najczęściej pomijanymi elementami teorii ekonomii w analizach rynkowych przeprowadzanych w ramach decyzji Prezesa UKE są efekty i inno-

wacyjność. Brak wnikliwszego przeglądu wyników, jakie osiąga podmiot w związku z prowadzoną przez siebie działalnością, prowadzić może błędnych wniosków. Tym bardziej, w przypadku gdy regulator dużą rolę będzie przykładał do struktury rynkowej. To właśnie w efektach operatora odzwierciedlenie znajduje realna siła rynkowa. O ile efekty towarzyszyły ekonomii już od pierwszych rozważaniach z zakresu konkurencji, o tyle innowacyjność pojawiła się później, bo przy analizach dynamicznych. Wydaje się, że na tak szybko rozwijającym się rynku jakim jest rynek telekomunikacyjny, elementy dynamiczne powinny się bezwzględnie znaleźć w analizach regulacyjnych. Problemem w tym miejscu może być niejednoznaczność i wciąż jeszcze wysoki poziom ogólności teorii ekonomicznych w tym zakresie. Brak też jest powszechnie stosowanych narzędzi, które mogłyby w prosty sposób przysłużyć się regulacjom sektorowym w dynamicznej analizie rynków.

Jak pokazała przeprowadzona w niniejszym artykule analiza zastosowań teorii ekonomii w praktyce, jest jeszcze pole do wdrażania zasady *more economic approach*. Tym bardziej, jeśli uwzględni się stan wiedzy i wyjątkowo szeroki zakres informacji, jakimi dysponuje regulator rynku telekomunikacyjnego. Przed ekonomistami z kolei stoi zadanie doprecyzowania teorii w ujęciu dynamicznym oraz przedstawienia prostych i skutecznych narzędzi pomiaru innowacyjności i dynamiki na potrzeby analizy sektorowej.

Bibliografia

- Bain, J.S. (1956). *Barriers to New competition: their character and consequences in manufacturing industries*, Harvard University Press.,
- Bijl, P. de i Peitz, M. (2003). *Regulation and Entry into Telecommunications Markets*. Cambridge University Press.
- Bourreau, M. i Doğan, P. (2004). Service-based vs facility-based competition in local access networks. *Information Economics and Policy*, nr 16.
- Cave, M., Majumdar, S.K. i Vogelsang, I. (2002). *Handbook of Telecommunications Economics. Structure, Regulation and Competition*, vol. 1, Elsevier.
- Clark, J.M. (1925). What is Competition? *The University Journal of Business*, Vol. 3, nr 3.
- Clark, J.M. (1940). Toward a Concept of Workable Competition. *The American Economic Review*, Vol. 30, nr 2.
- Clark, J.M. (1954). Competition and the Objectives of Government Policy. W: Chamberlin, E.H. (red.). *Monopoly and Competition and Their Regulation*. London: Macmillan.
- Clark, J.M. (1955). Competition: Static Models and Dynamic Aspects. *The American Economic Review*, Vol. 45, nr 2, Papers and Proceedings of the Sixty-seventh Annual Meeting of the American Economic Association.

- Clark, J.M. (1961). *Competition as a dynamic process*. Washington: The Brookings Institution.
- Gorynia, M. (1995). Mezoekonomia – modele samoregulacji branży. *Ekonomista* nr 5–6.
- Hayek, F. (1998). *Indywidualizm i porządek ekonomiczny*. Kraków: Znak.
- Hunt, S.D. (2000). *A general theory of competition: Resources, Competences, Productivity, Economic Growth*. Sage Publications.
- ITU, (2007). *Value-Added Services (VAS)*.
- Kamiński, F. (2005). Inwestycyjne aspekty regulacji konkurencji na rynku komunikacji elektronicznej w Unii Europejskiej. *Telekomunikacja i Techniki Informatyczne* nr 1–2.
- Katz, L. i Shapiro, C. (1994). Systems Competition and Network Effects. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 8, nr 2, American Economic Association.
- Komisja Europejska. (2002). *Wytyczne Komisji Europejskiej 2002/C165/03 w sprawie analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej zgodnie z ramami regulacyjnymi Wspólnoty dotyczącymi sieci i usług łączności elektronicznej*.
- Kultys, J. (2007). Znaczenie konkurencji w teorii ekonomii. W: Kopycińska, D. (red.) *Zachowania rynkowe w teorii i praktyce*. Wydawnictwo Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Laffont, J.J. i Tirole, J. (2000). *Competition in telecommunications*, The MIT Press.
- Lipczynski, J., Wilson, J. i Goddard, J. (2005). *Industrial Organization. Competition, Strategy, Policy*, Pitman.
- Lommerud, K.E. i Sörgard, L. (2003). Entry in telecommunication: customer loyalty, price sensitivity and access prices, *Information Economics and Policy*, nr 15.
- McNulty, P.J. (1968). Economic Theory and the Meaning of Competition. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 82, nr 4.
- Noga, A. (1993). *Dominacja a efektywna konkurencja*. Warszawa: Fundacja Naukowa Taylora.
- Olender-Skorek, M. (2010). Broadband Performance Index – najnowszy wskaźnik mierzenia rozwoju Internetu szerokopasmowego. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego*.
- Przybyciński, T. (2000). *Konkurencja a sektor bankowy w Polsce*. Warszawa: SGH.
- Ryall, M. (2013). *The New Dynamics of competition*. Harvard Business Review.
- Shy, O. (1995). *Industrial Organisation: Theory and Application*. The MIT Press.
- Sidak, G. (2009). Dynamic competition in antitrust law. *J. Competition Law & Economics*, Vol. 5, No. 4.
- Sosnick, S.J. (1958). A Critique of Concepts of Workable Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol 72, nr 3.
- Stigler, G. (1957). Perfect competition. Historically contemplated. *The Journal of Political Economy* nr 65(1).
- Tesler, L.G. (1987). *Theories of competition*. North-Holland.
- Tirole, J. (1988). *The theory of Industrial Organization*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

**Dotychczasowe publikacje Programu Wydawniczego CARS/
Previous publications of the CARS Publishing Programme**
(www.cars.wz.uw.edu.pl/publikacje)

- Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji [Pursuing damages for competition law infringements before Polish courts]*. Pod redakcją Anny Pisz 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 w 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, *Spółeczna 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.

This book presents the contributions to an international conference co-organised by the Polish Competition Authority [...] and the Centre for Antitrust and Regulatory Studies (CARS) of the University of Warsaw, Faculty of Management. The conference took place on the 13th and 14th October 2015 in Warsaw and gathered competition law practitioners from the US, the European Commission and a number of national competition authorities from several EU Member States. Many representatives of the academia from both Poland and abroad were also present. The participants of the conference took an active part in panel discussions, presented scientific papers and benefited from the possibility to attend many interesting exchanges of professional opinions and practical experiences. [...] what characterized this publication is that it represents both the theoretical as well as the practical approach to the application of economics in competition law enforcement. It is, at the same time, the first time that Poland sees a publication that offers both Polish and foreign economic and legal contributions that look for the optimal solution to the use of economic analyses and tools in the administrative decision-making process by competition authorities as well as in the judicial review process following such decisions.

From the Editors

Zamysł redaktorów niniejszej monografii jest czytelny: chodzi o pionierską – na rynku wydawniczym w Polsce – próbę zaprezentowania zbioru opracowań, analizujących możliwości i ograniczenia zastosowania ekonomii w prawie ochrony konkurencji. Spośród wielu walorów recenzowanej książki na szczególną uwagę zasługują dwa. Po pierwsze, autorzy artykułów sięgają nie tylko do zastosowań ekonomii neoklasycznej, ale także do współczesnych nurtów ekonomii, takich jak: ekonomia informacji i ekonomia behawioralna. Po drugie, ponieważ wśród autorów niniejszej monografii są przedstawiciele urzędów antymonopolowych z kilku krajów członkowskich Unii Europejskiej, Komisji Europejskiej oraz USA, to lektura książki pozwala zwrócić uwagę, że źródłem różnic w sposobie i zakresie zastosowania ekonomii w prawie konkurencji mogą być odmienne systemy prawne. [...] Praca stanowi wartościowy dorobek, na który składają się artykuły rzucające nowe lub pogłębione światło na problemy zastosowania ekonomii w prawie ochrony konkurencji. Może zainteresować i być pomocna zarówno praktykom, jak i teoretykom zajmującym się zagadnieniami ekonomicznymi i prawnymi ochrony konkurencji.

Prof. UE dr hab. Bożena Borkowska
Katedra Mikroekonomii Instytucjonalnej,
Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu