

## Czy zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jest możliwe i czy może przynieść korzyści?<sup>1</sup>

### Spis treści

- I. Co należy zrobić, aby móc zarządzać ryzykiem gospodarczym?
- II. Czy można zarządzać ryzykiem antymonopolowym?
- II. Czy można wycenić ryzyko antymonopolowe?
- IV. Jak mierzyć ryzyko antymonopolowe i wykorzystywać tę miarę w praktyce biznesowej?
- V. Czy organy antymonopolowe powinny brać pod uwagę wdrożone rozwiązania zarządzania ryzykiem antymonopolowym?
- VI. Wnioski dla dalszych działań

### Streszczenie

Prowadzenie działalności gospodarczej oznacza permanentne ścieranie się z różnorodnymi rodzajami ryzyka gospodarczego, rozumianymi jako wystąpienie zdarzenia niepożądanego, które ma negatywny wpływ na zakładane przez przedsiębiorcę efektywności gospodarcze. Powstają więc pytania: czy ryzykiem można zarządzać tak, aby minimalizować skutki wystąpienia niepożądanych zdarzeń i co należy rozumieć przez zarządzanie, a także jakimi narzędziami należy się posługiwać. Na te pytania Autor stara się odpowiedzieć w niniejszym artykule lub też zasygnalizować konieczność doprecyzowania określonych zakresów merytorycznych.

Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jest oczywiście możliwe, lecz warunkiem zwiększającym efektywność tego procesu jest ustalenie jak najściślejszych zasad oceny antymonopolowej lub też – krok dalej – kwantyfikacja takiej oceny. Dysponując określonymi algorytmami oceny antymonopolowej lub też skwantyfikowaną ich postacią (formalna postać może być zapisana jako funkcja), można tak zaprojektować działalność przedsiębiorstwa, aby pozwoliła na minimalizowanie ryzyka uznania określonych praktyk biznesowych za działania niezgodne z prawem antymonopolowym. W konsekwencji zminimalizowane zostałyby także ryzyko nałożenia na przedsiębiorcę (lub na osoby zarządzające) stosownych kar. Przygotowanie takiego mechanizmu analitycznego jest możliwe jedynie w warunkach skonkretyzowania przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wytycznych, na podstawie których możliwe byłoby prowadzenie analiz zgodności projektowanych zamierzeń biznesowych z prawem antymonopolowym i wprowadzanie stosownych modyfikacji.

**Klasyfikacja i słowa kluczowe:** K21, K20; zarządzanie; antymonopolowa ochrona konkurencji; ekonomia; ryzyko; ekonometria.

\* Absolwent Uniwersytetu Łódzkiego na kierunku Bankowość i Finanse oraz London King's College z zakresu prawa antymonopolowego; wspólnik w firmie doradczej COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp.j. zajmującej się ekonomicznymi aspektami prawa antymonopolowego i pomocy publicznej; e-mail: mformalczyk@comper.com.pl.

<sup>1</sup> Dziękuję za pomoc przy pisaniu tego artykułu dr Joannie Fornalczyk, Piotrowi Kulczykiemu i Łukaszowi Ziarko.

## I. Co należy zrobić, aby móc zarządzać ryzykiem gospodarczym?

Prowadzenie działalności gospodarczej oznacza funkcjonowanie w warunkach ciągłej zmiany i niepewności oraz endo- i egzogenicznego ryzyka. Co do zasady różne rodzaje ryzyka gospodarczego<sup>2</sup> (zarówno te z otoczenia dalszego, jak i bliższego<sup>3</sup>) prowadzą do obniżenia zakładanych efektów biznesowych, więc przedsiębiorcy często podejmują działania prowadzące do ich minimalizowania. Zdarza się jednak niekiedy, że przedsiębiorca podejmuje decyzję o braku działań minimalizujących ryzyko. Sytuacja taka jest racjonalna ekonomicznie pod warunkiem, że przewidywane efekty gospodarcze (lub szerzej – biznesowe), przeważają nad potencjalnymi konsekwencjami. Niemniej jednak, aby móc świadomie podejmować określone decyzje, należy wiedzieć, jak zarządzać danym ryzykiem gospodarczym.

Podstawowym elementem wprowadzenia mechanizmów zarządzania ryzykiem jest identyfikacja występowania danego zagrożenia<sup>4</sup>. Uczestnicy wymiany handlowej, oprócz wielu rodzajów ryzyka oddziałujących na działalność gospodarczą, są z zasady wystawieni na naruszenie prawa antymonopolowego. W wymiarze materialnym ryzyko to sprowadza się do konieczności zapłacenia kary nałożonej przez organ antymonopolowy (najczęściej będzie to Prezes UOKiK) lub też odszkodowania na rzecz podmiotów, które zdecydują się na złożenie pozwu cywilnego o odszkodowanie. Analizując treść uokik<sup>5</sup> można wskazać, że nawet niewielkie przedsiębiorstwo może naruszyć prawo antymonopolowe, chociażby poprzez zawieranie antykonkurencyjnych porozumień (naruszenie art. 6 uokik). Przykładem może być zawarcie porozumienia o charakterze kartelowym.

Niezalenie więc od wielkości lub siły rynkowej, wszystkie przedsiębiorstwa działające na rynku są wystawione na ryzyko antymonopolowe, choć niektórym zagrożenie to wydaje się enigmatyczne. Należy tu przywołać praktykę Prezesa UOKiK odnoszącą się do porozumień cenowych zawieranych w umowach dystrybucyjnych, gdzie uczestnikami przedmiotowych porozumień były przedsiębiorstwa niemające jakiegokolwiek siły rynkowej. W wielu przypadkach zawarte porozumienie nie miało realnego potencjału naruszenia konkurencji<sup>6</sup>, a niekiedy wręcz wzmacniało walkę konkurencyjną na danym rynku<sup>7</sup>.

Nadto, niejednokrotnie zdarza się, że analizując zamierzenia biznesowe w kontekście różnych rodzajów ryzyka, decydenci nie zadają sobie w ogóle pytania o konsekwencje podjętej decyzji w kontekście prawa i praktyki antymonopolowej. Przykładem mogą być sytuacje, w których szczegółowo zaprojektowane przedsięwzięcie (koncentracja lub strategia sprzedaży) nie może

<sup>2</sup> Ryzyko pojmowane jest jako prawdopodobieństwo wystąpienia określonego zdarzenia, które może prowadzić do negatywnych skutków, w tym przypadku skutków gospodarczych. Warunki niepewności wynikające z braku informacji, uniemożliwiają ustalenie możliwości wystąpienia odchyleń od stanu oczekiwanego. M. Romanowska (red.), *Leksykon zarządzania*, Diffin, Warszawa 2004, s. 362.

<sup>3</sup> G. Gierszewska, M. Romanowska, *Analiza strategiczna przedsiębiorstwa*, PWE, Warszawa 2009.

<sup>4</sup> M. Chrapko, *CMMI – Doskonalenie procesów w organizacji*, WN PWN, Warszawa 2010, s. 215–226.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2015 Nr 184 z dnia 2015.02.05).

<sup>6</sup> Przykładami mogą być sprawy rozpatrywane przez UOKiK, w których działania przedsiębiorców nie miały realnego wpływu na konkurencję (rozumianą jako proces ekonomiczny), a tym samym nie miały potencjału zniekształcenia tejże: dystrybucja produktów chemii gospodarczej, nawozów ogrodniczych i produktów leczniczych – decyzja DOK 10/2011 z 28 listopada 2011 r. (Inco Veritas); dystrybucja nart i produktów związanych ze sportami zimowymi – decyzja RPZ 42/2012 z 21 grudnia 2012 r. (Missions sp. z o.o. i dystrybutorzy); dystrybucja dachówki Roben Miedziana – decyzja RWR 20/2007 z 29 czerwca 2007 r. (Roben Ceramika Budowlana i dystrybutorzy); dystrybucja systemów rynnowych – decyzja RKR 32/2007 z 12 kwietnia 2007 r. (PSB, Gamrat, Budmech); dystrybucja artykułów wyposażenia łazienek – decyzja RBG 42/2013 (Excellent S.A. i dystrybutorzy).

<sup>7</sup> Organizacja sieci restauracji franczyzowych – decyzja DOK 1/2013 z 25 czerwca 2013 r. (Sfinks Polska i restauratorzy), również K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 332.

być realizowane ze względu na zablokowanie go przez organ antymonopolowy lub też inne konsekwencje wynikające z faktu nieuwzględnienia uwarunkowań antymonopolowych<sup>8</sup>.

Ryzyko naruszenia prawa antymonopolowego jest bezsprzecznie immanentnym elementem prowadzenia działalności gospodarczej. Oznacza to, że racjonalny przedsiębiorca powinien przeprowadzić analizę występowania tego ryzyka w swojej specyficznej sytuacji rynkowej. Identyfikacja ryzyka jest więc podstawowym krokiem dla wprowadzenia skutecznego zarządzania nim.

Kolejnym krokiem jest internalizacja diagnozy w ramach procesów zarządzania przedsiębiorstwem. W tym kontekście należy zauważyć, że konieczne jest wprowadzenie stosownych procedur, które pozwolą na przeprowadzenie analizy czy opłacalne jest podejmowanie ryzyka naruszenia prawa antymonopolowego przy jednoczesnej realizacji założonego celu biznesowego, czy też korzystniejsze dla przedsiębiorstwa jest stosowne zweryfikowanie celów biznesowych i wyeliminowanie zidentyfikowanego ryzyka. Proces ten to zarządzanie ryzykiem antymonopolowym.

## II. Czy można zarządzać ryzykiem antymonopolowym?

Podstawowe pytanie, jakie powinno zostać postawione w pierwszej kolejności, to „czy można w ogóle zarządzać ryzykiem antymonopolowym?”. W wielu przypadkach czynniki generujące ryzyko mają charakter zewnętrzny i niezależny od danej jednostki (w tym przypadku przedsiębiorstwa). Może to stanowić potencjalną przeszkodę dla skonstruowania takiego procesu. Jednak zarządzanie ryzykiem kursów walutowych, ryzykiem ubezpieczeniowym czy też logistycznym jest standardem – a wszystkie te rodzaje ryzyka są uzależnione od czynników zupełnie niezależnych od przedsiębiorcy – to można postawić tezę, że można również zarządzać ryzykiem antymonopolowym.

Należy jednak określić, co ma być celem zarządzania tym ryzykiem. Można postawić tezę, że przedsiębiorcy będą prowadzić takie działania, które mają w efekcie doprowadzić do niewystąpienia niepożądanego zdarzenia, jakim jest określenie danej praktyki jako naruszającej prawo antymonopolowe. Jednakże doświadczenie pokazuje, że praktyki nastawione na ukrywanie niezgodności z prawem pręcej czy później są wyświełane i wszczynane są postępowania antymonopolowe. Dodatkowo, intensywna działalność edukacyjna UOKiK (*competition advocacy*) oraz zwiększająca się świadomość konkurentów pozwalają oczekiwać, że racjonalny przedsiębiorca będzie wykorzystywał zarządzanie ryzykiem antymonopolowym do takiego zaprojektowania swej strategii biznesowej, aby nie naruszać regulacji antymonopolowych, lecz jednocześnie maksymalizować zakładane cele biznesowe.

Czy jednak można oczekiwać, że przedsiębiorcy będą tak prowadzić biznes, aby być w 100% w zgodzie z regulacjami antymonopolowymi? Raczej należy oczekiwać, że będzie to proces asymptotycznego dążenia do ideału. Mając równocześnie na uwadze, że regulacje antymonopolowe pozostawiają szeroki margines interpretacyjny, może się ponadto zdarzyć, że zarówno Urząd, jak i przedsiębiorcy będą odmiennie podchodzić do interpretacji przepisów. Należy wskazać, że pole interpretacyjne rozciąga się, poczynając od definicji rynku właściwego, poprzez określenie pozycji rynkowej<sup>9</sup> (niezmiernie ważne w sprawach dominacyjnych), na analizie samych praktyk wskazanych w art. 6 i 9 uokik kończąc. Obszar interpretacyjny można również zidentyfikować

<sup>8</sup> Przykładem takich spraw mogą być: PGE/Energa – decyzja DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011; Canal + / ITI Neovision – decyzja DKK 93/2012 z 14 września 2012; UPC / Aster – decyzja DKK 101/11 z 5 września 2011; Neuca S.A./ACP Pharma S.A. – decyzja DKK-40/2014 z 31 marca 2014r.

<sup>9</sup> J. Matuszczak-Piasta, *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 5(2).

w odniesieniu do analizy efektów koncentracji, gdzie optyka aplikantów i Urzędu może być odmienna. Występujący w tym zakresie margines interpretacji sam w sobie może być znaczącym elementem wpływającym na wysokość ryzyka antymonopolowego, z jakim muszą mierzyć się przedsiębiorcy. Kluczowe dla przejrzystości podstaw zarządzania ryzykiem antymonopolowym jest więc doprowadzenie do takiego stanu, w którym obydwie strony będą mogły posługiwać się uspołnionym aparatem pojęciowym i analitycznym.

Opracowany system zarządzania ryzykiem antymonopolowym powinien mieć więc na celu minimalizowanie ryzyka antymonopolowego przy założeniu maksymalizacji celów biznesowych. W efekcie przedsiębiorca, podejmując określone działania biznesowe, dysponowałby stosowną argumentacją, wskazującą na przyczyny leżące u podstaw danych decyzji. Dodatkowo posiadałby przygotowaną argumentację dotyczącą analizy zgodności z regulacjami antymonopolowymi. W przypadku wszczęcia postępowania, będzie więc miał możliwość dostarczenia twardych danych i analiz przygotowanych na poczet analizy *ex ante* projektowanych działań biznesowych. Obecnie przygotowanie takiego narzędzia jest utrudnione poprzez fakt, że tak naprawdę nie wiadomo, jakimi kryteriami posługuje się Urząd w analizach antymonopolowych. Tym samym nie można oczekiwać od przedsiębiorców, że odpowiedzą na oczekiwania Urzędu i nie będą naruszać prawa antymonopolowego, jeżeli nie wiedzą, jakie narzędzia oraz jakie efekty rynkowe są uznawane za korzystne dla rozwoju konkurencji i jak do tego podchodzi organ antymonopolowy.

Wdrożenie sposobu analizowania zamierzeń biznesowych opartego o ustrukturyzowaną analizę ryzyka antymonopolowego spowodowałoby, że Urząd miałby w swej dyspozycji materiał przygotowany przez świadomego uczestnika postępowania, który jest w stanie nawiązać dyskurs na poziomie pozwalającym na wydanie decyzji opartej na obiektywnych przesłankach ekonomicznych.

Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jest więc możliwe, podobnie jak każdym innym ryzykiem biznesowym. Co więcej, jego znaczenie jest niebagatelne, wpływa bowiem bezpośrednio na możliwość realizacji planowanych działań biznesowych. Wymaga jednak opracowania odpowiedniego zestawu narzędzi, stosowanych zarówno przez przedsiębiorcę, jak i przez Urząd.

### III. Czy można wycenić ryzyko antymonopolowe?

W praktyce biznesowej dużą wagę przykładą się do kwantyfikacji ryzyka zdarzeń gospodarczych, co w szczególności obserwowane jest przy podejmowaniu decyzji inwestycyjnych, restrukturyzacyjnych czy też optymalizacyjnych. Kwantyfikacja ryzyka jest również elementem niezbędnym do realizacji procesu zarządzania nim.

Należy postawić jednak pytanie: czy ryzyko antymonopolowe może zostać wycenione<sup>10</sup>? Ryzyko antymonopolowe, jako immanentny element działalności biznesowej, odnosi się praktycznie do każdego przedsiębiorcy. Nawet mały przedsiębiorca może być narażony na naruszenie regulacji antymonopolowych, np. poprzez stosowanie praktyk noszących znamiona nielegalnego porozumienia (np. cenowego lub przetargowego).

Ponieważ ryzyko to nic innego, jak prawdopodobieństwo wystąpienia określonego zdarzenia, można więc wskazać, że ryzyko antymonopolowe to prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia w postaci zdefiniowania przez właściwy organ antymonopolowy danej praktyki jako sprzecznej

<sup>10</sup> T.T. Kaczmarek, *Ryzyko i zarządzanie ryzykiem* – Ujęcie interdyscyplinarne, Difin, Warszawa 2005, s. 95–111.

z prawem antymonopolowym. Wycena zaś tego ryzyka opiera się na kosztach, jakie dane przedsiębiorstwo musi ponieść w konsekwencji realizacji tego niekorzystnego zdarzenia.

Wystąpienie niekorzystnego zdarzenia, jakim jest stwierdzenie przez organ antymonopolowy, że dana praktyka będzie prowadziła do naruszenia konkurencji, może przyczynić się do powstania znaczących kosztów i problemów, z jakimi będzie musiało zmierzyć się przedsiębiorstwo. Najważniejsze z nich to: (1) kara za naruszenie prawa antymonopolowego; (2) koszty prowadzenia postępowań; (3) koszty związane z koniecznością weryfikacji przyjętej strategii i koniecznością modyfikacji planów biznesowych, co prowadzi do zmiany prognoz finansowych przedsiębiorstwa; (4) koszty związane z utratą reputacji i (5) wystawienie na pozwy odszkodowawcze. Suma tych wartości pomnożona przez współczynnik prawdopodobieństwa<sup>11</sup> daje wycenę ryzyka antymonopolowego.

W procesie wyceny ryzyka antymonopolowego kluczowym elementem jest praktyka danego organu ochrony konkurencji, gdyż to właśnie praktyczna interpretacja regulacji antymonopolowych pozwala określić prawdopodobieństwo wszczęcia postępowania antymonopolowego oraz nałożenia kary. Ponadto, co chyba najważniejsze z punktu widzenia przedsiębiorcy, pozwala na wyszacowanie wysokości przewidywanej kary<sup>12</sup>. Te elementy złożone razem dają podstawę do wyznaczenia poziomu ryzyka, z jakim może spotkać się przedsiębiorca planujący wdrożyć określone strategie biznesowe. Jest to swoisty punkt odniesienia dla oceny działań planowanych przez przedsiębiorcę.

W powyższym kontekście, świadome podejmowanie decyzji biznesowych i wycena ryzyka wymagają posługiwania się wspólnym językiem analitycznym przez uczestników rynku i Urząd. Językiem analitycznym może być przygotowany przez Urząd zestaw miar ekonomicznych, w szczególności z zakresu ekonomii antymonopolowej, wraz z opisem ich istotności dla prowadzonych postępowań. Takie zestawienie nie może mieć postaci katalogu zamkniętego. Zasadnym byłoby przyjęcie koncepcji, że będą to wyjaśnienia czy też wytyczne mówiące o tym, w jaki sposób UOKiK postrzega zastosowanie miar ekonomicznych czy też analiz, zaczerpniętych z nauk o zarządzaniu w odniesieniu do zdarzeń najczęściej występujących w postępowaniach antymonopolowych. Na tej podstawie istniałaby możliwość przygotowania przez przedsiębiorstwo samooceny w zakresie planowanych działań rynkowych.

Wprawdzie Urząd przygotował szereg wytycznych, lecz dotyczą one w dużej mierze kwestii proceduralnych<sup>13</sup>. Przedsiębiorcom brakuje natomiast wiedzy, w jaki sposób UOKiK podchodzi do analiz ekonomicznych, które powinny być stosowane w odniesieniu do poszczególnych najpopularniejszych praktyk rynkowych ocenianych przez ten organ. Tego typu praktyka funkcjonuje na rynku europejskim – Komisja Europejska przygotowała bowiem szereg dokumentów wskazujących

<sup>11</sup> Prawdopodobieństwo, to „ilościowa miara niepewności (...), która wyraża siłę przekonania, że zajdzie niepewne zdarzenie” (por. A.D. Aczel, *Statystyka w zarządzaniu*, WN PWN, Warszawa 2000, s. 65), przy czym zwykle wyróżnia się prawdopodobieństwo obiektywne (rozumiane jako stosunek liczby wyników spełniających określone warunki do liczby wszystkich możliwych wyników) i prawdopodobieństwo subiektywne (miara psychicznej niepewności, występująca gdy ocena możliwości wystąpienia danego zdarzenia jest oparta na doświadczeniu i intuicji oceniającego) – por. M. Romanowska (red.), *Leksykon...*, s. 431.

<sup>12</sup> Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (Warszawa, grudzień 2008 r.), T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1375 i kolejne.

<sup>13</sup> Przykładem mogą być: Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (Warszawa, grudzień 2008 r.); Wyjaśnienia dotyczące oceny przez prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji ([https://uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_w\\_sprawie\\_zglaszania\\_koncentracji.php](https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php) (10.08.2015)).



na stosowane podejście do ekonomii antymonopolowej<sup>14</sup>. Pozwalają one określić sposób kalkulowania ryzyka z tej dziedziny. W konsekwencji przedsiębiorcy mogą wprowadzać mechanizmy pomagające zarządzać ryzykiem antymonopolowym.

Dokumenty opracowane przez Komisję mogą służyć za przewodnik dla analityka ekonomicznego i można z nich zaczerpnąć wiedzę o tym, jak Komisja podchodzi do rozpatrywanych zagadnień. Dodatkowo, wyraźnie z nich wynika, że w praktyce pracy Komisji rolę dużą wagę przykładła się do analiz ekonomicznych i ich opisu. Świadczą o tym również decyzje podejmowane przez KE<sup>15</sup>. Analizując opracowane przez KE wytyczne i decyzje, przedsiębiorcy mogą wyciągać istotne wnioski o tym, jak KE ocenia dane działania rynkowe. Taka wiedza jest przydatna w toku weryfikowania czy planowane działania rynkowe mogą spotkać się z negatywną oceną organu antymonopolowego, czy też mogą zostać uznane za zgodne z prawem. Oczywiście nie można oczekiwać, że przedstawione w tych dokumentach informacje będą swoistym „przepisem na sukces” w analizie ekonomicznej, lecz z pewnością mogą odegrać istotną rolę w ocenie zgodności planowanych działań przedsiębiorcy z prawem ochrony konkurencji. Droga transparentności w zakresie podejmowanych działań i wykorzystywanych narzędzi, przyjęta przez KE, pozwala więc na podejmowanie prób oszacowania ryzyka prowadzonych przez przedsiębiorców działań biznesowych.

Podobnie na gruncie polskim, przygotowanie zestawu narzędzi znanych w ekonomii antymonopolowej wraz z wykładnią, jak Urząd widziałby ich zastosowanie na przykładzie wybranych (najważniejszych) praktyk rynkowych, pozwoliłoby na określenie współczynnika prawdopodobieństwa naruszenia prawa antymonopolowego oraz w konsekwencji wzmocnienie możliwości samooceny przedsiębiorstw w zakresie zgodności z regulacjami antymonopolowymi. Należy zaznaczyć, że Urząd ma wiedzę i doświadczenie w zakresie analiz ekonomicznych, co oznacza, że istnieje potencjał do ich zebrania w postaci wytycznych, które mogłyby stanowić punkt odniesienia dla analiz zgodności planowanych działań biznesowych z ekonomiczną wykładnią antymonopolową.

#### IV. Jak mierzyć ryzyko antymonopolowe i wykorzystywać tę miarę w praktyce biznesowej?

Przygotowane narzędzia analityczne oraz wytyczne Urzędu pozwalające na parametryzowanie ryzyka pozwoliłyby na wytworzenie mechanizmu wiążącego cele biznesowe z efektem w postaci oceny ryzyka analitycznego. Zależność zbudowana na podstawie korelacyjnego modelu ekonometrycznego doposażona w ocenę ekspercką, umożliwi kwantyfikowanie oddziaływania planowanych decyzji na zmianę poziomu ryzyka antymonopolowego. Należy jednocześnie zauważyć, że zasadnym jest postulat o większej użyteczności analizy dynamiki tego ryzyka niż odnoszenie się do wartości bezwzględnych. Ocena stanu faktycznego, w jakim znajduje się przedsiębiorstwo, może bowiem dać jedynie obraz statyczny i nie pozwoli na pokazanie efektu, jaki zostanie

<sup>14</sup> Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE (Obecnie art. 102 TFUE – przyp. MF) w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (2009/C 45/02 z 24 lutego 2009 r.); Raport opracowany przez Europejską Grupę Doradczą z zakresu Polityki Konkurencji (EAGCP – Economic Advisory Group on Competition Policy) „Ekonomiczne podejście do artykułu 82”, (lipiec 2005); Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01 z 19 maja 2010 r.); Wytyczne dotyczące zastosowania art. 81 ust.3 Traktatu WE (Obecnie art. 102 TFUE – przyp. MF) (2004/C 101/08 z 27 kwietnia 2004 r.); Przewodnik praktyczny – Ustalanie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej; Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03 z 9 grudnia 1997).

<sup>15</sup> Przykładami mogą być: CVC/Lenzing – decyzja COMP/M.2187 z 17 października 2001; Rayanair/Aer Lingus – decyzja COMP/M.4439 z 27 czerwca 2007 i COMP/M.6663 z 27 lutego 2013.

wywołany zmianą strategii stosowanej aktualnie. Ważne jest więc odniesienie się do dynamiki zmian ryzyka antymonopolowego w funkcji zmian strategii.

Dla uchwycenia tych zależności ważne jest przygotowanie narzędzia kwantyfikującego zdefiniowane uprzednio ryzyko antymonopolowe. Przygotowany model ekonometryczny powinien zawierać w sobie zmienne, którymi zamierza operować przedsiębiorca. Mogą to być np. cena, koszty dystrybucji, koszty marketingu, średnioważony koszt kapitału zaangażowanego w dane przedsięwzięcie czy też elementy opisowe, takie jak: znaczenie sieci dystrybucji, istotność barier rynkowych, obowiązki dystrybutora itp.

Propozycja ujęcia w narzędziu analitycznym czynników, które nie mają postaci liczbowej jako zmiennych opisujących poziom ryzyka antymonopolowego może dziwić. Takie działanie jest jednak w pełni uzasadnione, gdyż nie wszystkie czynniki oddziałujące na ryzyko antymonopolowe są czynnikami ilościowymi, a są one istotne z punktu widzenia ekonomii antymonopolowej. Jeżeli więc zmienne te miałyby znaleźć się w modelu analitycznym, muszą one zostać skwantyfikowane. Można podjąć próbę przygotowania narzędzi służących do kwantyfikacji tych zmiennych lub też posłużyć się oceną ekspercką w tym zakresie. Uwzględniając okoliczności zarządcze oraz realia procesu decyzyjnego, należałoby postawić na wdrożenie rozwiązań eksperckich w zakresie kwantyfikacji zmiennych opisowych (nieliczbowych, jakościowych)<sup>16</sup>.

W efekcie powstaje zależność, którą można zobrazować jako wzór matematyczny będący postacią funkcji zlokalizowanej w  $N$  płaszczyznach<sup>17</sup> (gdzie  $N$  oznacza liczbę zmiennych opisujących ryzyko antymonopolowe), uzależniającej poziom ryzyka antymonopolowego od poszczególnych czynników, a więc parametrów prowadzonego biznesu. Przygotowanie modelu ekonometrycznego, który uwzględniałby czynniki opisujące ryzyko antymonopolowe umożliwi nawigowanie pośród raf antymonopolowych, a przynajmniej pozwoli na wyznaczenie w miarę bezpiecznego i – co ważniejsze – przewidywalnego kursu. Przedsiębiorca, dysponując algorytmem szacującym prawdopodobieństwo nałożenia kary wskutek wdrożenia danej praktyki biznesowej, mógłby lepiej przygotować się do analizy wariantowej swojego biznesu i jednocześnie opracować scenariusze postępowania alternatywnego. Taki sposób rozumowania biznesowego będzie również pomagał w procesie krzewienia wiedzy i świadomości antymonopolowej wśród pracowników. Opracowanie przez Urząd wytycznych w zakresie stosowania narzędzi ekonomicznych umożliwi wprowadzenie mechanizmów zarządzania ryzykiem antymonopolowym do wewnętrznych procedur przedsiębiorstwa i pozwoli na zwiększenie efektywności stosowania prawa antymonopolowego w Polsce.

W praktyce proces zarządzania ryzykiem można opisać następująco. Na podstawie analiz czynników opisujących ryzyko antymonopolowe dla danego przedsiębiorstwa zostaje opracowany algorytm obrazujący ryzyko antymonopolowe. Ryzyko jest zdefiniowane jako określenie danej praktyki za niezgodną z prawem ochrony konkurencji i nałożenie kary (wysokość kary stanowi odrębny element algorytmu). Powstaje więc wskaźnik ryzyka antymonopolowego (WRA).

Przedsiębiorstwo przyjmuje akceptowalny poziom ryzyka antymonopolowego mierzony w wartościach zawartych w przedziale od zera do jedności, przedział obustronnie zamknięty ( $WRA \in (0, 1)$ ).

<sup>16</sup> Zmienne takie przyjmują określoną, skończoną liczbę wartości. Ich reprezentacja w modelu ekonometrycznym następuje zwykle przez uwzględnienie ich jako tzw. zmiennych zero-jedynkowych (por. D.N. Gujarati, *Basic Econometrics*, The McGraw-Hill Companies, New York City 2004, s. 297–340 oraz W.H. Grenne, *Econometric Analysis*, Fifth Edition, Pearson Education, New Jersey 2003, sr. 116–122).

<sup>17</sup> Model regresji liniowej z wieloma zmiennymi objaśniającymi (gdzie  $N$  oznacza liczbę zmiennych) – por. A. Welfe, *Ekonometria*, PWE, Warszawa 2003, s. 61–87.

Przykładowo, przyjmijmy, że  $WRA_{max}$  nie może przekroczyć poziomu 0,7 ( $WRA_{max} = 0,7$ ). Przedsiębiorstwo zamierza zwiększyć ceny swych produktów o 10% ( $\Delta P = 10\%$ ) oraz wzmocnić obowiązki dystrybutorów w zakresie magazynowania produktów o dodatkowe postanowienia ( $\Delta D_{ystr.} = 20\%$ ), co zostało oszacowane metodą ekspercką.

Przed wprowadzeniem proponowanych zmian  $WRA$  wynosiło 0,4 ( $WRA = 0,4$ ), co daje 300 punktów bazowych zapasu, czyli marginesu do przekroczenia zakładanej w strategii wartości maksymalnej. Wprowadzenie do modelu nowych wartości zmiennych: „cena” i „warunki dystrybucji”, których wartości zwiększą się odpowiednio o 10 i 20%,  $WRA'$  wyniesie 0,75. Oznacza to, że wartość graniczna została przekroczona o 50 punktów bazowych ( $WRA_{max} - WRA' = 0,7 - 0,75 = -0,05$ ). Pojawia się więc informacja zarządcza, że konieczne jest podjęcie decyzji co do zaakceptowania wyższego ryzyka lub też weryfikacji planów biznesowych. Jeżeli przedsiębiorca będzie gotów zmodyfikować zakładaną zmianę cen lub odstąpić od wprowadzania nowych rozwiązań dystrybucyjnych, poziom ryzyka antymonopolowego może zostać utrzymany poniżej akceptowalnej wartości maksymalnej.

## V. Czy organy antymonopolowe powinny brać pod uwagę wdrożone rozwiązania zarządzania ryzykiem antymonopolowym?

Zarządzanie ryzykiem antymonopolowym nie jest przedsięwzięciem samym w sobie, lecz stanowi element systemu monitorowania zgodności podejmowanych działań z regulacjami antymonopolowymi i dobrymi praktykami w tym zakresie – systemu *Competition Compliance*<sup>18</sup>. Przedsiębiorcy, wdrażając taki system, dążą do prowadzenia biznesu w taki sposób, aby nie zniekształcać konkurencji w sposób nieuczciwy, a więc w jak najmniejszym stopniu wystawiać się na ryzyko naruszenia prawa antymonopolowego. Niemniej jednak prowadzenie biznesu coraz częściej wiąże się z uwzględnianiem czynników niekwantyfikowalnych, takich jak emocje, oczekiwania czy też dostarczenie towarów dających konsumentom satysfakcję. Można więc wskazać, że prowadzenie biznesu musi być – i jest – korelowane z przesuwaniem się po kolejnych poziomach piramidy potrzeb Maslova<sup>19</sup>, a obecnie przeciętny konsument znajduje się na wyższym jej etapie niż miało to miejsce w poprzednich dekadach. Można zauważyć to w szczególności w strategiach reklamowych i marketingowych przedsiębiorstw, gdzie nie kupujemy samochodu ze względu na pojemność silnika, liczbę niutonometrów, stosunek sprężania mieszanki paliwowej do wagi samochodu. Czynniki, na które konsumenci mają zwracać uwagę, są: bezpieczeństwo<sup>20</sup>, satysfakcja z posiadanej pozycji społecznej<sup>21</sup>, zadowolenie rodziny<sup>22</sup>, samorealizacja<sup>23</sup>, wolność wyboru<sup>24</sup>, radość<sup>25</sup>, zaskoczenie<sup>26</sup> czy też spełnienie marzenia o imponowaniu sąsiadom<sup>27</sup>.

<sup>18</sup> Zestaw narzędzi ICC do tworzenia programów przestrzegania prawa konkurencji, International Chamber of Commerce, 2013, s. 20–30.

<sup>19</sup> Por. [http://www.zarzyccy.pl/p\\_piramida-potrzeb-maslowa.html](http://www.zarzyccy.pl/p_piramida-potrzeb-maslowa.html) (2.09.2015).

<sup>20</sup> Reklama TV WARTA „Zaufanie”. Pobrano z: [https://www.youtube.com/watch?v=APt-t07\\_lxg](https://www.youtube.com/watch?v=APt-t07_lxg) (02.09.2015).

<sup>21</sup> KLER MEBLE KOLEKCJA LARGO 2014. Pobrano z: <https://www.youtube.com/watch?v=-6wsM2SBRg8> (02.09.2015).

<sup>22</sup> Beko reklama TV – „Dla Was zmieniamy się na lepsze: Rodzina” 2014. Pobrano z: <https://www.youtube.com/watch?v=TbQY2RciDAs> (02.09.2015).

<sup>23</sup> Młodsza ŠKODA Fabia. Pobrano z: <https://www.youtube.com/watch?v=YtRw283bzYo> (02.09.2015).

<sup>24</sup> JA + NA KARTĘ BEZ KOŃCA. Pobrano z: <https://www.youtube.com/watch?v=qUewIBRYWrE> (02.09.2015).

<sup>25</sup> Coca-Cola Podziel się Radością. Pobrano z: <https://www.youtube.com/watch?v=prGofMpO8zg> (02.09.2015).

<sup>26</sup> Motocykle BMW. Pobrano z: [https://www.youtube.com/watch?v=IS\\_ILDU757g](https://www.youtube.com/watch?v=IS_ILDU757g) (02.09.2015).

<sup>27</sup> Nowa ŠKODA Octavia RS. Pobrano z: <https://www.youtube.com/watch?v=Cisig4eHOGs> (02.09.2015).



Wprowadzenie systemu *Competition Compliance*, którego elementem będzie system zarządzania ryzykiem antymonopolowym, świadczy o dążeniu przedsiębiorcy do instytucjonalnego minimalizowania działań naruszających prawo ochrony konkurencji. W tym też kontekście, jeżeli działania przedsiębiorcy doprowadzą do naruszenia prawa antymonopolowego, to z pewnością w toku postępowania prezentowane będą argumenty o charakterze obiektywnym i kwantyfikowalnym. Takie podejście pozwoli na zobiektywizowanie postępowań oraz bazowanie na rzetelnych dowodach wspierających stawiane tezy.

Kolejnym aspektem wprowadzenia zinstytucjonalizowanego zarządzania ryzykiem antymonopolowym jest możliwość identyfikacji komórek bądź też osób wewnątrz organizacji, które doprowadziły do naruszenia prawa, co powinno również przyczyniać się do miarkowania nakładanych kar i tym samym oszczędzić długotrwałych postępowań administracyjnych i sądowych w odniesieniu do osób, które nie przyczyniły się do naruszenia prawa, nawet jeżeli pełnią funkcje zarządcze w przedsiębiorstwie.

Można więc wskazać, że Urząd, zachęcając przedsiębiorców do wdrażania zinstytucjonalizowanych systemów zarządzania ryzykiem antymonopolowym oraz systemów *Competition Compliance*, będzie przyczyniał się do zwiększenia świadomości prawa antymonopolowego i, tym samym, skuteczniej będzie wdrażać działania z zakresu *competition advocacy*.

## VI. Wnioski dla dalszych działań

Zwiększenie skuteczności stosowania prawa antymonopolowego jest uzależnione od swoistej współpracy między Urzędem a przedsiębiorcami. Z jednej strony przedsiębiorcy starają się zwiększyć efektywność prowadzonych przez siebie działań i mogą doprowadzić do, nawet nieświadomego, naruszenia prawa antymonopolowego. Z drugiej zaś – działania Urzędu skupione są na ściganiu praktyk naruszających ustawę antymonopolową. W sumie prowadzi to do sytuacji, w której brakuje ujednoczonego aparatu analitycznego dającego obu stronom możliwość podobnego postrzegania określonych zjawisk ekonomicznych. Brak homogeniczności zasad analiz ekonomicznych nie pozwala obecnie skutecznie zarządzać ryzykiem antymonopolowym. Trzeba podkreślić w tym miejscu, że każdy przedsiębiorca (nawet niewielki) jest wystawiony na ryzyko naruszenia prawa ochrony konkurencji, zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jest więc immanentnym elementem prowadzenia działalności gospodarczej.

Ryzyko antymonopolowe, jest obok innych rodzajów ryzyka, czynnikiem, który powinien być uwzględniony przez każdego przedsiębiorcę w procesie podejmowania decyzji biznesowych. Pomocnym narzędziem pozwalającym na skuteczne zarządzanie ryzykiem antymonopolowym jest model analityczny (najlepiej ekonometryczny), na podstawie którego możliwe byłoby prowadzenie biznesowych analiz wariantowych, prezentujących poziom ryzyka antymonopolowego w zależności od zakładanych efektów biznesowych, jakie ma uzyskać przedsiębiorstwo.

Do tego celu bezwzględnie konieczne jest opracowanie wyjaśnień lub wytycznych Prezesa UOKiK odnośnie do zasad analiz ekonomicznych, jakie stosuje Urząd w odniesieniu do poszczególnych spotykanych praktyk. Opracowany dokument będzie miał niebagatelne znaczenie dla praktycznego stosowania prawa antymonopolowego oraz budowania świadomości z zakresu *Competition Compliance*.

## Bibliografia

- Aczel A.D., *Statystyka w zarządzaniu*, WN PWN, Warszawa 2000.
- Benninga S., Sarig O., *Finanse przedsiębiorstw – Metody wyceny*, WIG-Press, Warszawa 2002.
- Blaug M., *Teoria ekonomii. Ujęcie retrospektywne*, WN PWN, Warszawa 2004.
- Chrapko M., *CMMI – Doskonalenie procesów w organizacji*, WN PWN, Warszawa 2010.
- Grenne W.H., *Econometric Analysis*, Fifth Edition, Pearson Education, New Jersey 2003.
- Frydman R., Goldberg M., *Imperfect Knowledge Economics. Exchange Rates and Risk*, Princeton University Press, Princeton 2007.
- Gerardin D., Layene-Farrar A., Petit N., *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Gierszewska G., Romanowska M., *Analiza strategiczna przedsiębiorstwa*, PWE, Warszawa 2009.
- Gujarati D.N., *Basic Econometrics*, The McGraw-Hill Companies, New York City 2004.
- International Chamber of Commerce*, Zestaw narzędzi ICC do tworzenia programów przestrzegania prawa konkurencji, Warszawa 2015.
- Kaczmarek T.T., *Ryzyko i zarządzanie ryzykiem. – Ujęcie interdyscyplinarne*, Difin, Warszawa 2005.
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Matuszczak-Piasta J., *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 5(2).
- Milewski R., *Podstawy ekonomii*, WN PWN, Warszawa 2002.
- Romanowska M. (red.), *Leksykon zarządzania*, Difin, Warszawa 2004.
- Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Welfe A., *Ekonometria*, PWE, Warszawa 2003.