



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych

Bartosz Turno



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych

Bartosz Turno

Draft Paper.
Please do not quote

Bartosz Turno*

**Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z
uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz
propozycje rozwiązań alternatywnych**

Spis treści:

- I. Definiowanie rynku czy mierzenie siły rynkowej?
- II. Problemy związane z definiowaniem rynku właściwego
- III. Metodologia definiowania rynku właściwego typu *non SSNIP*
- IV. W jakich sprawach antymonopolowych definiowanie rynku właściwego nie jest konieczne?
- V. Rewolucja UPP? – rozwiązanie alternatywne w zakresie definiowania rynku właściwego w sprawach kontroli koncentracji
- VI. Podsumowanie

Streszczenie:

Przedmiotem niniejszego artykułu jest definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z szerokim uwzględnieniem podejścia ekonomicznego. Jego teza sprowadza się do twierdzenia, że to nie definicja rynku jest kluczowa w sprawach antymonopolowych lecz ustalenie presji konkurencyjnej a dzięki temu określenie siły rynkowej, która może skutkować ograniczeniem dobrobytu konsumentów. Zmierzenie tej siły (pośrednio przy wykorzystaniu instrumentu jakim jest definicja rynku właściwego) nie jest jednak konieczne w każdej sprawie antymonopolowej (choć *de lege lata* konieczność ta w odniesieniu do każdej sprawy zdaje się wynikać z przepisów art. 6 i 9 uokik) lecz tylko w niektórych sprawach (tych w których brak bezpośrednich dowodów ograniczenia konkurencji, a konieczne jest określenie skutków analizowanej praktyki lub gdy zastosowanie ma znaleźć wyłączenie spod zakazu porozumień). Celem artykułu jest więc próba wskazania (możliwie wolnej od błędów) metodologii definiowania rynku właściwego do mierzenia siły rynkowej – tam gdzie takie określanie jest konieczne – oraz przedstawienie (w oparciu o

✉* Doktor nauk prawnych; LL.M. (King's College London); *Counsel* w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr; e-mail: Bartosz.Turno@wkb.com.pl.

wyniki badań podejmowanych głównie w USA) alternatywnych metod (w sprawach kontroli koncentracji) prognozowania wpływu na ceny (z pominięciem w ogóle definiowania rynku właściwego).

Słowa kluczowe: rynek właściwy, siła rynkowa, substytucyjność popytu/podaży, test SSNIP, *Upward Pricing Pressure*

I. Definiowanie rynku czy mierzenie siły rynkowej?

Rynek właściwy, w największym skrócie, jest definiowany poprzez identyfikowanie towarów lub usług, które są względem siebie substytutami (rynek właściwy produktowo) na określonym terytorium (rynek właściwy geograficznie)¹. Innymi słowy rynek właściwy jest to taki rynek, który jest właściwy dla zmierzenia siły rynkowej. Definiowanie rynku właściwego na potrzeby prawa konkurencji oznacza z kolei metodologię odkrywania i rozumienia ograniczeń wpływających na graczy rynkowych wynikających z konkurencji, czyli presji konkurencyjnej (*competitive constraints*) ze strony aktualnych oraz przyszłych konkurentów oraz nabywców².

Z uwagi na fakt, że ograniczenia konkurencji, a co za tym idzie interwencja organu antymonopolowego, mają miejsce na rynkach, nie są zaskoczeniem tezy mówiące, że definicja rynku właściwego jest kluczowa, ma fundamentalne i zasadnicze znaczenie w sprawach antymonopolowych a pojęcie rynku właściwego „*jest pojęciem podstawowym dla całej praktyki antymonopolowej*”³. Dodatkowo, podkreśla się, że wyznaczenie granic rynku właściwego jest niezbędne dla oceny zachowań przedsiębiorców na gruncie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów („uokik”)⁴ i „*koniecznym elementem*

1 Szerzej zob. M. Garcia Perez, A. Criscuolo, *Commission Notice on the definition of relevant market: A change of policy?*, „EU Focus” 1998, nr 4, s. 2-4; M.B. Coate, J.H. Fisher, *A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition*, „Journal of Competition Law and Economics” 2008, nr 4, s. 1031-1063; A. ten Kate, G. Niels, *The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition*, „Journal of Competition Law and Economics” 2008, nr 5, s. 297-333.

2 Por. D. Bailey, *Division I – Principles of EC and UK competition law*, w: *Butterworths Competition Law Service*, B. Allan, B. Sufrin, M. Furse (red.), LexisNexis 2010, (praca udostępniona przez Autora), s. 1-3. Metodologię wyznaczania rynku właściwego na gruncie unijnego prawa konkurencji określa Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. WE C 372 z dnia 9 grudnia 1997 r., s. 5-13.

3 C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Wyd. 1, s. 111. Podobnie również SOKiK w wyroku z dnia 22.4.2002 r., sygn. Ama 43/01, LEX nr 55990.

4 Zob. K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, 2 wydanie, Warszawa 2014, s. 186-190, 246. Podobnie również E. Kulińska, „*Rynek właściwy*” w *świecie orzecznictwa antymonopolowego*, „Glosa” 2003, nr 12, s. 35.

prawidłowości każdego postępowania antymonopolowego tak wspólnotowego jak i polskiego”⁵. Również orzecznictwo sądowe konsekwentnie podkreślało, że „uprzednie wyznaczenie rynku jest warunkiem wstępnym do zastosowania przepisów ustawodawstwa antymonopolowego”⁶. Tymczasem obecnie, niejako wbrew tym tezom wydaje się, że **kluczowym pojęciem** – zwłaszcza stosując bardziej ekonomiczne podejście do egzekwowania reguł konkurencji – **powinno być jednak pojęcie siły rynkowej** oraz ewentualnie związane z tym zagadnienie wielkości, stopnia tej siły, który powinien uruchamiać odpowiednią reakcję ze strony organów ochrony konkurencji. W dużym skrócie siłę rynkową definiuje się jako zdolność do zyskowego oferowania towarów po cenach powyżej kosztów marginalnych (w krótkim okresie) oraz powyżej średnich kosztów całkowitych (w długim okresie), do zyskowego ograniczenia produkcji czy sprzedaży, jakości, wyboru czy też innowacyjności towarów lub usług⁷. **Definicja rynku właściwego nie jest więc celem samym w sobie i może być więc jedynie instrumentem, który jest często (lecz nie zawsze) pomocny, dzięki poznaniu presji konkurencyjnej, przy pośrednim mierzeniu siły rynkowej**⁸. Tam gdzie mamy bezpośrednie dowody wskazujące na szkodę dla dobrobytu konsumentów⁹ tam nie ma już potrzeby mierzenia siły rynkowej, a w konsekwencji definiowania rynku właściwego. Sytuacja ta może mieć miejsce np. w sprawie kartelowej gdy dysponujemy dowodami, że zmowa doprowadziła do znaczącego wzrostu cen, który nie miałby miejsca przy jej braku albo jesteśmy w stanie porównać koszty przedsiębiorstwa oraz stosowane przez nie ceny towaru i możemy stwierdzić, że uzyskuje ono nienaturalnie wysoki

5 T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, [w]: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, C.H. Beck, Wyd. II, Warszawa 2014, s. 148-149.

6 Zob. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26.10.1994 r., sygn. XVII Amr 24/94, „Wokanda” 1995, nr 8, poz. 55; wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26.04.1995 r., sygn. XVII Amr 74/94, „Wokanda” 1996, nr 5, poz. 55; wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 31.05.1995 r., sygn. XVII Amr 9/95, „Wokanda” 1995, nr 6 – cyt. za M. Sendrowicz, St. Gronowski, *Wyznaczenie rynku w sprawie antymonopolowej w świetle orzecznictwa*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 7-8, s. 58. Podobnie także SOKiK w wyroku z dnia 18.12.2002 r., sygn. XVII Ama 19/01, Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 2, poz. 260.

7 Szerzej na temat siły rynkowej zob. np. L. Peeperkorn, V. Verouden [w]: *The EC Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, wyd. 2, Oxford University Press 2007, s. 9-10.

8 D.W. Carlton, *Market Definition: Use and Abuse*, „Competition Policy International” 2007, nr 1 (3), s. 3-27.

9 Przez dobrobyt konsumentów rozumiem różnicę pomiędzy oceną przez konsumenta (nabywcę) wartości danego towaru lub usługi a rzeczywistą płaconą przez niego ceną. Jest to więc tzw. nadwyżka konsumenta (*consumer surplus*). Innymi słowy jest to kwota ponad zapłaconą cenę, którą konsument byłby skłonny, w razie konieczności, wydać na zakupiony przez niego towar lub usługę – tak M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004, s. 18 oraz D.W. Carlton, J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4th Edition, Addison-Wesley 2005, s. 70-71.

zysk¹⁰. Z uwagi jednak na fakt, że mierzenie siły rynkowej bezpośrednio (w tym za pomocą *Lerner Index*) jest bardzo trudne, a czasami wręcz niemożliwe, dlatego też używa się **konstrukcji rynku właściwego jako pośredniej metody mierzenia siły rynkowej**, definiując rynek właściwy w aspekcie produktowym oraz geograficznym, a następnie ustalając – posługując się przy tym między innymi udziałami rynkowymi – czy jeden lub więcej przedsiębiorców posiada na takim rynku siłę rynkową.

Jednocześnie definicja rynku właściwego nie jest jedynym instrumentem do mierzenia siły rynkowej i samodzielnie nie determinuje również wniosków w tym zakresie. Konieczne jest ustalenie barier wejścia na rynek i wyjścia z rynku, przeciwstawnej siły nabywczej (*buyer power*), modelu konkurencji, której ograniczenie rozpatrujemy¹¹, skutków badanego zachowania dla tej konkurencji oraz w końcu możliwych skutków prokonkurencyjnych. Żaden z tych kryteriów nie jest więc kryterium samodzielnym.

II. Problemy związane z definiowaniem rynku właściwego

W praktyce definiowanie rynku właściwego przez Prezesa UOKiK (a tym bardziej przez samych przedsiębiorców lub ich doradców) jest dosyć problematyczne. Po pierwsze, przez wiele lat istniała **(błędna) tendencja** (popierana przez orzecznictwo sądowe i przedstawicieli doktryny), **że rynki właściwe powinny być definiowane możliwie wąsko** (zwłaszcza w sprawach praktyk jednostronnych)¹². W oczywisty sposób mogła ona prowadzić do błędów typu *false positive*. Tymczasem rynki powinny być definiowane nie wąsko ani szeroko lecz po prostu prawidłowo¹³.

Po drugie, **rynek musi być w każdej sprawie definiowany na nowo, odrębnie („na świeżo”)**, a jego granice muszą być określone w związku z faktami istniejącymi w każdej

¹⁰ D.W. Carlton, *Market Definition...*, s. 5-7, 20; *Assessing profitability in competition policy analysis*, Economic Discussion Paper 6, July 2003 (a report prepared for the Office of Fair Trading by OXERA), dostępne na <http://www.oxera.com/Oxera/media/Oxera/downloads/reports/OFT-Assessing-profitability.pdf?ext=.pdf>.

¹¹ Podstawowe (osiągalne) modele konkurencji to: konkurencja funkcjonująca, skuteczna konkurencja, dynamiczna konkurencja, konkurencja jako rywalizacja w dłuższym okresie, model rynku bez barier wejścia i wyjścia z niego – szerzej zob. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 55-63 oraz M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, [w]: *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*. Tom 15, red. M. Kępiński, Wydawnictwo C.H. BECK, INP PAN, Warszawa 2014, s. 725-731.

¹² Zob. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4.10.1993 r., XVII Amr 29/93, Wokanda 1994, nr 3, s. 54; wyrok SOKiK z dnia 14.09.2006 r., XVII Ama 71/05, Dz.Urz. UOKiK nr 4, poz. 61. Szerzej T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, [w]: T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 151-152 oraz wskazane tam orzecznictwo i literatura.

¹³ Tak słusznie SN w wyroku z dnia 19.9.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9-10, poz. 144 oraz Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8.8.2005, VI ACa 6/05, Głosa 2006, nr 2, s. 88 oraz T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork, [w]: T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 151-152.

konkretnej sprawie w analizowanym czasie¹⁴. Tymczasem niekiedy Prezes UOKiK wbrew ww. regule wynikającej z orzecznictwa TSUE, a czasami również bez stosowania jakiegokolwiek metodologii definiowania rynku właściwego, odwołuje się jedynie do swoich wcześniejszych decyzji (lub decyzji KE), w których określony rynek został już wcześniej zdefiniowany, bez prowadzenia analiz, na poparcie przyjętej w sprawie definicji rynku¹⁵. Tymczasem, nie można oprzeć konkluzji co do stanu konkurencji na rynku i samej definicji rynku właściwego w oparciu np. o analizy lub definicje rynku przeprowadzone we wcześniejszych sprawach. Takie definicje mogą stanowić co najwyżej punkt wyjściowy czy punkt odniesienia, inspirację dla nowej analizy.

Po trzecie, **bardzo problematyczny jest test hipotetycznego monopolisty** (test SSNIP od *Small but Significant, Non-transitory Increase of Price*), który w założeniu ma być stosowany do definiowania rynku. Sprowadza się on do ustalenia produktu i obszaru geograficznego, na którym hipotetyczny monopolista mógłby zyskownie i trwale (w sposób nieprzemijający) podnieść cenę tego towaru (ponad poziom konkurencyjny) o niewielką, ale znaczącą wielkość. W sprawach praktyk ograniczających konkurencję test SSNIP rozpoczynany więc od możliwie wąsko zdefiniowanego produktu i obszaru (zaopatrywanego przez badanego przedsiębiorcę)¹⁶ – istotne znaczenie ma bowiem moment, od którego zaczynamy analizę – i dodajemy do tego zakresu popularne alternatywne produkty (przy założeniu niezmienności ich ceny) i poszerzamy obszar geograficzny tak długo, jak niewielka lecz znacząca i nieprzemijająca (trwała) podwyżka ceny (zazwyczaj o 5-10%) spowoduje, że byłaby ona nieopłacalna, albowiem odbiorcy przerzuciliby się na ten substytucyjny, dodany produkt lub obszar co doprowadziłoby do spadku popytu na analizowany produkt. Test jest powtarzany do czasu, gdy ustalimy kategorię produktów których podwyżka cen będzie dla hipotetycznego monopolisty zyskowna (nie dojdzie do spadku popytu). Innymi słowy test SSNIP ma dać odpowiedź czy opłacałoby się zmonopolizować dany produkt na określonym terytorium.

Test SNNIP jest jednak raczej czysto teoretycznym eksperymentem myślowym, niż działaniem matematycznym, ustalającym jedynie ramy pojęciowe rynku właściwego (i to przy pomocy środków ilościowych a nie jakościowych), niż dającym się stosować

¹⁴ Zob. np. Wyrok Sądu z dnia 22.3.2000 r. w sprawie T-125/97 oraz T-127/97 *Coca-Cola v. Komisja*, Zb. Orz. z 2000 r., s. II-1733.

¹⁵ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29.12.2008 r. nr DOK-9/2008, pkt. 110-126.

¹⁶ Przy definiowaniu rynku w sprawach regulacyjnych (zwłaszcza telekomunikacyjnych) działamy odwrotnie – definiujemy początkowy zakres produktowy i geograficzny możliwie szeroko i stopniowo go ograniczamy.

w praktyce precyzyjnym narzędziem definiowania rynku właściwego na cele pośredniego ustalenia siły rynkowej. W praktyce (również organów antymonopolowych) raczej mamy do czynienia z analizą typu *non-SSNIP* niż SSNIP. Jest to więc test atrakcyjny w teorii, ale w zasadzie niestosowalny w praktyce zwłaszcza przez przedsiębiorców, którzy z obiektywnych przyczyn (w przeciwieństwie do organów antymonopolowych) nie posiadają instrumentów do uzyskania odpowiednich informacji niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia tego testu. Użyteczność testu SSNIP ogranicza się więc głównie do wskazania wzorca zachowań odnośnie do substytucyjności i to przy towarach, za które pobierana jest cena (trudno jednak stosować test SSNIP w przypadku towarów darmowych).

Istnieje również cały szereg problemów skutecznie zakłócających wyniki testu SSNIP. Podstawowy problem to ustalenie ceny na poziomie konkurencyjnym, od której powinno się rozpoczynać badanie. W praktyce jest to szalenie trudne, zwłaszcza w sektorach, które charakteryzują się dużymi kosztami stałymi lub w których już mają miejsce praktyki ograniczające konkurencję. Bez znajomości tej ceny stosowanie testu SSNIP nie ma sensu¹⁷. Jeśli cena, od której rozpoczynamy analizę jest zawyżona (np. na skutek praktyki ograniczającej konkurencję) to pojawi się błąd tzw. *cellophane fallacy*¹⁸ a ustalona definicja rynku będzie najpewniej zbyt szeroka i będzie obejmować fałszywe substytuty (przy zawyżonej cenie każda dodatkowa podwyżka może skutkować przerzucaniem się również na fałszywe substytuty a nawet porzucaniem w ogóle nabywania produktu). Z kolei jeśli cena startowa jest sztucznie zaniżona (np. na skutek praktyki stosowania przez dominanta cen drapieżnych – *predatory pricing*) to pojawi się błąd tzw. *reverse cellophane fallacy*¹⁹. Z uwagi na zaniżoną cenę, nawet przy podwyżce o 5-10%, nabywcy nie przerzucają się na substytuty, co prowadzi do zbyt wąskiego zdefiniowania rynku właściwego. Dlatego też w sytuacjach gdy konkurencja została już zaburzona ze szczególną ostrożnością należy odnosić się do wzorców zachowań nabywców analizowanego towaru. W sprawach praktyk ograniczających konkurencję definiowanie rynku należy więc poprzedzić ustaleniem ceny hipotetycznej tzn. ceny jaka byłaby na rynku gdyby praktyka nie miała miejsca (*counterfactual*). Z kolei w sprawach koncentracji przedsiębiorców analizę należy

¹⁷ D.W. Carlton, *Market Definition...*, s. 20

¹⁸ Szerzej zob. np. R. Which, D. Bailey, *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press 2012, s. 32-33; M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, [w]: *System...*, s. 978-979 oraz K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 378-382.

¹⁹ Zob. np. wyrok Competition Appeal Tribunal w Londynie z dnia 19.3.2002 r. w sprawie *Aberdeen Journals v. Director General of Fair Trading*, sygn. 1005/1/1/01, pkt. 262 i 278.

rozpocząć od ceny obowiązującej w momencie badania ponieważ tutaj interesuje nas przyrost siły rynkowej i zmiany na przyszłość²⁰.

O ile przy produktach homogenicznych relatywnie łatwo jest ustalić, które z nich są substytutami i konkurują ze sobą o tle przy produktach zróżnicowanych, które występują przecież najczęściej na rynku (i nie chodzi tu tylko o fizyczne zróżnicowanie) nie jest to już takie proste²¹. Ocena substytucyjności takich podobnych do siebie ale nie będących doskonałymi substytutami produktów może być sztuczna i może prowadzić do błędnych wniosków w postaci niepotrzebnej segmentacji rynku. Dlatego też ważniejsze jest pytanie, o to które produkty w ocenie nabywców (i to niekoniecznie wszystkich) są bliskimi substytutami a nie pytanie czy kwalifikują się one do jednego rynku produktowego. W konsekwencji, dla ustalania substytucyjności produktów bez znaczenia jest to, że część nabywców obiektywnie nie może przenieść się na inny produkt np. osoby starsze, chore czy małe dzieci nie zastąpią bananów jabłkami (z uwagi na ich fakturę) zatem te dwie grupy mogłyby postrzegać banany jako odrębny rynek. Definiowanie rynku oparte tylko na fizycznych cechach produktu oraz profilu części nabywców (zwłaszcza tych infra-marginalnych), którzy nie mogą się przenieść, może prowadzić do błędu określanego właśnie jako *toothless fallacy*²².

Warto pamiętać, że w przypadku niektórych produktów, przy niewielkich zwyżkach ceny to nie ona odgrywa zasadniczą rolę przy wyborze dokonywanym przez konsumentów lecz charakterystyka, funkcja czy cechy danego produktu (dotyczy to np. kawy). Może się także okazać, że pojedynczy towar brany pod uwagę indywidualnie (podczas testu SSNIP) może nie stanowić substytutu dla produktu analizowanego. Ale grupa takich produktów już tak.

W końcu, jeśli mamy do czynienia z łańcuchem substytucyjnych produktów (czy terytoriów), których zakresy nakładają się na siebie (*chain of substitution*) to wtedy cena produktu A oddziałuje na cenę produktu B, która z kolei oddziałuje na cenę produktu C pomimo, że produkt A oraz C nie są wobec siebie bezpośrednimi substytutami. W takim

20 D.W. Carlton, *Market Definition...*, s. 13-22.

21 Jako przykład wskazuje się np. cukier i syrop kukurydziany o wysokiej zawartości fruktozy czy butelki szklane i plastikowe – G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press 2011, s. 27.

22 Nazwa tego błędu swoją nazwę zawdzięcza sprawie United Brands, w której rozpatrywano między innymi czy inne świeże owoce są substytutami dla bananów. Szerzej zob. wyrok TS z dnia 14 lutego 1978 r., w sprawie 27/76 *United Brands v. Komisja*, Zb. Orz. WE 1978, poz. 00207.

przypadku produkty od A do C należą do tego samego rynku produktowego²³ (taką charakterystykę przejawia np. rynek nowych samochodów w Europie)²⁴.

III. Metodologia definiowania rynku właściwego typu *non SSNIP*

Jak zatem powinna wyglądać w praktyce metodologia (przy przyjęciu podejścia *non SSNIP*) pośredniego mierzenia siły rynkowej przy pomocy definiowania rynku właściwego w sprawach praktyk a jaka w sprawach koncentracji? Innymi słowy w jaki sposób powinniśmy ustalać, z szerokim uwzględnieniem ekonomicznego podejścia, które podmioty i ich produkty lub usługi są wobec siebie konkurentami na określonym terytorium oraz – co ważniejsze – **jaka powinna być metodologia odkrywania i rozumienia – w sposób systemowy – ograniczeń wpływających na graczy rynkowych wynikających z konkurencji (*competitive constraints*)?**

Przede wszystkim definiowanie rynku nie jest przeprowadzane według ścisłych reguł naukowych i sprowadza się do ważenia różnego rodzaju dowodów. Jest to więc raczej pewien pragmatyczny koncept myślowy. Nie jest również tak, że definicja rynku ustala jasną i wyraźną granicę pomiędzy produktami na rynku i poza nim, pomiędzy substytutami i niesubstytutami (takie uproszczone podejście określa się jako „*zero one fallacy*”). W rzeczywistości przedsiębiorcy konkurują z wieloma innymi podmiotami (również spoza rynku) z różnym stopniem intensywności. Nie ma także hierarchii dowodów przy definiowaniu rynku właściwego²⁵. Co ważne, definiowanie rynku w wymiarze produktowym i geograficznym powinno być dokonywane na takich samych zasadach i symultanicznie, a nie po sobie, tj. najpierw rynek w wymiarze produktowym a następnie geograficznym (co może prowadzić do błędów). W końcu, to jak definiujemy rynek właściwy i określamy na nim udziały rynkowe przedsiębiorców na potrzeby ustalenia stopnia posiadanej siły rynkowej nie jest niezależne od oceny zachowania przedsiębiorcy poddanego analizie w postępowaniu (zachowanie może bowiem świadczyć o posiadanej znaczącej sile rynkowej).

Tradycyjnie rynek definiuje się z perspektywy substytucyjności popytu oraz podaży. Analizując presję konkurencyjną ze strony aktualnych konkurentów (czyli substytucyjność

²³ *Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji* (97/C 372/03), pkt. 57.

²⁴ Z uwagi na ograniczone ramy tego artykułu poza jego zakresem pozostają zagadnienia: rynków asymetrycznych; rynki dwustronne oraz rynki produktów podstawowych i części zamiennych.

²⁵ Nie jest więc tak, że dowody „ekonomiczne” takie jak wywiady, ankiety z nabywcami, badania i analizy rynkowe lub statystyczne mają większą wartość dowodową niż oświadczenia i zachowania przedsiębiorców – zob. wyrok Competition Appeal Tribunal w Londynie z dnia 19.3.2002 r. w sprawie *Aberdeen Journals v. Director General of Fair Trading*, sygn. 1005/1/1/01, pkt. 126.

popytu na dany produkt) pytamy jaka będzie reakcja nabywców na trwałą (nieprzemijalną) wyższą cenę za dany towar o 5-10% i przy założeniu, że ceny innych, wystarczająco bliskich substytucyjnych towarów pozostają bez zmian na poziomie konkurencyjnym. Czy taka podwyżka skutkowałaby tym, że relatywnie szybko tj. w ciągu jednego roku (a więc niekoniecznie natychmiast) nabywcy ci „przerzuciliby się” na inny substytucyjny produkt lub na inne terytorium, na którym nabywaliby ten produkt²⁶. Badając substytucyjność popytu na rynku w wymiarze produktowym oraz geograficznym należy jednak mieć na uwadze, że:

- konkretny poziom podwyżki warunkującej przerwienie się nabywców zależy od sektora gospodarki, który analizujemy oraz natury samego produktu²⁷.
- nie wszyscy nabywcy muszą przenieść się na inny produkt lub terytorium (wystarczy, że uczyni to znacząca część nabywców, przy czym nie chodzi tutaj o typowych czy „uśrednionych” konsumentów ale tych marginalnych)²⁸;
- niektórzy nabywcy nie mają możliwości przerwienia się²⁹;
- decyzja nabywców może być determinowana innymi czynnikami niż cena towaru (np. na rynku usług dentystycznych znacznie może mieć renoma konkretnego lekarza-dentysty, a przy podejmowaniu decyzji o zakupie piwa w barze albo w supermarkecie

26 Poza zakresem tego artykułu pozostaje kwestia *critical loss*, czyli zagadnienia sprowadzającego się w dużym uproszczeniu do tego jaka wielkość sprzedaży zostaje utracona w wyniku podwyżki i jakiej wielkości podwyżka ceny czyni ją nieopłacalną (z uwagi na odpływ nabywców, zmniejszenie popytu) – szerzej S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, 3rd edition, Sweet&Maxwell 2010, s. 116-118; 'Could' or 'would'? *The difference between two hypothetical monopolies*, Oxera, November 2009.

27 Tanie produkty mogą wymagać większej podwyżki do przerwienia się nabywców. Dodatkowo to czy wysokość podwyżki jest wystarczająca do przerwienia się zależy również od sztywności rynku. W relacji wertykalnej inaczej podwyżkę ceny o 5% dokonanej przez dostawcę odbiera dystrybutor, który kupuje ten produkt za 100 zł i odsprzedaje za 200 zł a inaczej ten który kupuje za 100 zł i odsprzedaje za 106 zł. W tej drugiej sytuacji podwyżka przez dostawcę o 5% ma więc istotne znaczenie; innymi słowy znacznie ma czy odsprzedawca (dystrybutor) działa w warunkach monopolu czy też skutecznej konkurencji. Z kolei jeśli decyzja nabywcy czy przenieść się zależy od tego czy podwyżka wynosi 5 czy 10% to definicja rynku w takim przypadku powinna być raczej szersza. Szerzej na temat zakresu podwyżki zob. np. *Market Definition. Understanding Competition Law*, OFT, December 2004, dostępne na https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/of403.pdf, s. 5-6.

28 Przyjmuje się, że wystarczy takiej zmiany (w odpowiedzi na 5% podwyżki ceny) dokonało 10% marginalnych nabywców czyli tych najbardziej wrażliwych na podwyżkę, tych którzy uważają, że już obecnie płacą za produkt cenę według jego aktualnej wartości i podwyżka wymusi zmianę na towar substytucyjny. Liczbę taką uznaje się już za znaczącą i może to stanowić wystarczającą presję konkurencyjną aby podwyżka stała się nieopłacalna i aby jej zaniechano. Innymi słowy relatywnie niewielka zmiana dokonana przez marginalnych nabywców może ochronić pozostałych przed podwyżką ceny.

29 Może to wynikać choćby z faktu związania ich umowami terminowymi czy programami lojalnościowymi (np. *miles and more*) czy kosztami takiej zmiany dostawcy (*switching costs*) np. zmiana ogrzewania węglowego na gazowe. Zob. np. *Switching costs. Part one: Economics models and policy implications*, *Economics Discussion Paper* 5, OFT 655, April 2003, dostępny na http://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/secteurs-professionnels/etudes/nasse-annexe2.pdf.

znacznie może mieć nastój i atmosfera panująca w barze a nie tylko niższa cena w supermarkecie³⁰);

- konsumenci równie często podróżują poza analizowane terytorium w celu nabycia towaru i tam nabywają pożądane towary jak i otrzymują te towary spoza terytorium.

Analizując natomiast presję konkurencyjną w ramach analizowanego terytorium oraz poza nim ze strony potencjalnych konkurentów (możliwość nowych wejść na rynek czyli substytucyjność podaży) pytamy czy w krótkim okresie (w ciągu jednego roku) dostawcy są w stanie przestawić produkcję (w reakcji na trwałą podwyżkę ceny produktu o 5-10%) przy posiadanym kapitale i infrastrukturze produkcyjnej.

W ramach analizy *non SSNIP* musimy również uświadomić sobie z jakim rodzajem rynku mamy do czynienia, jaka jest na nim natura konkurencji oraz za pomocą jakich parametrów konkurują ze sobą przedsiębiorcy (cena, jakość, innowacyjność, system dystrybucji itp.). Następnie konieczne jest zadanie szeregu pytań – należy opierać się bowiem na faktach a nie na założeniach – przy czym trudno tutaj o jakiś zamknięty katalog. Jaka jest charakterystyka i przeznaczenie analizowanego produktu oraz czy spełnia on wymagania nabywców? Czy kierują się oni jakimiś preferencjami? Co wyróżnia ten produkt od innych i sprawia, że stopień substytucyjności jest mały albo duży? Jak kształtuje się cena w różnych regionach, czy są różnice (przy czym różnice w cenach pomiędzy regionami mogą wynikać nie tylko z powodu presji konkurencyjnej)? Jaka cena będzie ceną na poziomie konkurencyjnym? Jak kształtuje się substytucyjność popytu oraz podaży? Jakie były reakcje konkurentów na nowe wejścia na rynek? Jaki spadek sprzedaży na skutek niewielkiej lecz znaczącej i trwałej podwyżki ceny towaru ma znaczenie dla odstąpienia od tej podwyżki? Jak negocjowane są ceny? Jaka jest strategia cenowa na szczeblu lokalnym a jaka na krajowym? Jaka jest rola importu i czy stanowi on alternatywę? Bariery regulacyjne? Koszty transportu? Czy istnieją jakieś narodowe zwyczaje czy szczególne gusta nabywców?³¹. Celem tych pytań jest więc zrozumienie w jaki sposób są podejmowane decyzje nabywców oraz sprzedawców oraz co na nie wpływa.

Źródłem wiedzy mogą być ankiety do uczestników rynku (czy nawet telekonferencje i spotkania z nimi), tj. aktualnych oraz byłych nabywców analizowanych oraz podobnych

³⁰ Zob. np. wyrok TS z dnia 28.2.1991 r. w sprawie C-234/89, *Delimitis v. Henninger Bräu*, Zb. Orz. z 1991 r., I-935, pkt. 16 oraz wyrok Sądu z dnia w sprawie T-25/99 *Roberts v. Komisja*, Zb. Orz. z 2001 r., II-1881, pkt. 40.

³¹ Szerzej zob. *Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03)* oraz *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pkt. 11-19.

produktów, ich sprzedawców hurtowych i detalicznych w danym regionie oraz poza nim, organizacji branżowych, czy nawet grup konsumentów oraz GUS, a także:

- analiza trendów w zakresie wielkości sprzedaży przy określonej cenie;
- testy statystyczne i ekonometryczne dotyczące substytucyjnych produktów;
- analiza jak wyglądała sprzedaż produktu w przypadku niespodziewanych zdarzeń (tzw. *shock analysis/natural experiment* – np. strajku, interwencji organu regulacyjnego, kampanii reklamowej, znaczącej podwyżki ceny składnika niezbędnego do produkcji).

Nie sposób jednak zaprzeczyć, że zdecydowana większość tych pytań i ww. metod może być zadana oraz przeprowadzona w zasadzie tylko przez organy antymonopolowe, które dysponują instrumentami do pozyskania z rynku odpowiednich danych.

Warto pamiętać, że wymiar rynku właściwego nie ogranicza się jednak tylko do produktu i terytorium. Obejmuje również inne wymiary takie jak (przy czym katalog ten nie jest zamknięty)³²:

- czas nabycia lub konsumpcji³³;
- szczebel obrotu w ramach łańcucha dostaw³⁴;
- kanał dystrybucji³⁵;
- innowacyjność i jej fazy³⁶;

32 Szerzej na ten temat zob. G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for...*, s. 29-31.

33 Czasowy wymiar rynku wynika z różnej charakterystyki popytu i kosztów w zależności od czasu – pory dnia, roku, sezonu. Przykładem mogą być usługi transportowe w porach szczytu komunikacyjnego i poza szczytem. Odbiorcy tych usług podróżujący do pracy nie mają przecież możliwości „przerzucenia się” na godziny poza szczytem. Z kolei restauracje mogą być elementem szerszego rynku produktowego w porze obiadowej/lunchu (i mogą wtedy konkurować z barami serwującymi kanapki), ale już nie w porze wieczornej, kiedy te bary są raczej zamknięte.

34 Ustalenie, który szczebel rynku np. hurtowa dystrybucja czy detaliczna dystrybucja jest właściwy wynika z tego, na jakim szczeblu występują problemy antymonopolowe. Dobre przykłady definiowania rynku właściwego z uwzględnieniem szczebla obrotu stanowią decyzje Prezesa UOKiK np.: z dnia 2.09.2004 r., nr RPZ 21/2004 (kotły grzewcze); z dnia 18.09.2006 r. nr DOK-107/06 (farby i lakiery).

35 Wymiar ten nie zawsze determinuje odrębną definicję rynku i zależy to od wzorców zachowań po stronie nabywców. Niemniej jednak ta sama butelka piwa sprzedawana w barze oraz w supermarkecie należy do innych rynków właściwych. Nabywcy nie mają tutaj możliwości „przerzucenia się” np. z baru do supermarketu jeśli tam ta butelka jest tańsza.

36 Konieczność definiowania takich rynków bierze się z tego, że siła rynkowa może również skutkować spowolnieniem badań i rozwoju. Problem rynków innowacyjnych dotyczy głównie dynamicznie rozwijających się sektorów technologicznych, farmakologicznych czy chemicznych. Jednocześnie brak jest jakiś teoretycznych ram dla definiowania takich rynków albowiem skoro produkt jeszcze nie istnieje to nie znamy jego ceny. Można jednak tutaj dokonać podziału na stadia: przed-innowacyjne, po-innowacyjne i rynek innowacyjny sam w sobie. Analizy rynkowe skupiają się w takich przypadkach nie na rezultacie ale na wkładzie (rozumianym jako badania i rozwój) mierzonym jako poziom poświęconych zasobów na te badania i rozwój – D.W. Carlton, *Market Definition...*, s. 24-25.

- okres, do którego odnosi się badanie w ramach postępowania antymonopolowego³⁷.

Ponadto, dla jednego produktu może istnieć kilka rynków relewantnych dla różnych nabywców jeśli część z nich ma możliwość nabywania produktów alternatywnych (ponieważ mogą sobie na to pozwolić). Względnie jeśli dostawca może sprzedawać produkt grupie nabywców po wyższej cenie (z uwagi na to, że charakteryzują się oni niską elastycznością popytu) to w takim przypadku taka grupa nabywców może być częścią oddzielnego rynku.

IV. W jakich sprawach antymonopolowych definiowanie rynku właściwego nie jest konieczne?

Czy ustalenie siły rynkowej a przez to definiowanie rynku jest niezbędne w każdej sprawie antymonopolowej? Czy wymuszają to przepisy uokik? Teza mówiąca, że definiowanie rynku jest niezbędne w każdej sprawie antymonopolowej jest z pewnością zbyt daleko idąca. Definicja rynku właściwego nie zawsze jest przecież potrzebna. Wskazuje się, że gdyby nie postępowania w sprawach koncentracji nie mielibyśmy tak rozwiniętej doktryny dotyczącej rynku właściwego. Z całą pewnością definiowanie rynku jest niezbędne w sprawach dotyczących naruszeń reguł konkurencji, które są zakazane z uwagi na skutek, a więc zwłaszcza w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej oraz w sprawach porozumień zakazanych z uwagi na skutek³⁸ oraz w sytuacjach w których niezbędne jest określenie udziału rynkowego z uwagi na fakt, że porozumienie może korzystać z dobrodziejstwa tzw. bezpiecznej przystani czyli w przypadkach tolerowania porozumienia z uwagi na zasadę *de minimis* lub wyłączenie blokowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Nie ma generalnie bezwzględnej potrzeby definiowania rynku właściwego w sprawach dotyczących porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot), a zatem w sprawach kartelowych i innych naruszeniach typu *hard-core*. Definiowanie rynku jest nadal konieczne w sprawach koncentracji przedsiębiorców ale tylko takich, w których występują rynki wspólne (horyzontalnie) lub gdy pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w koncentracji występują relacje wertykalne a zwłaszcza gdy istnieje ryzyko spełnienia testu SIEC, czyli istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji. Jednak w sprawach „prozaicznych” koncentracji przedsiębiorców, w których brak w ogóle rynków wspólnych czy

³⁷ Przy postępowaniach w sprawach kontroli koncentracji analizy rynkowe są bowiem ukierunkowane na przyszłość i udzielenie odpowiedzi na pytanie jakiej presji będą podlegały określone produkty. Z kolei w sprawach praktyk ograniczających konkurencję analiza koncentruje się na przeszłości.

³⁸ Teza ta jest zgodna z coraz powszechniejszą postawą prezentowaną w decyzjach Prezesa UOKiK. Dla przykładu w decyzji z dnia 12.8.2011 r., nr RKT-22/2011 oraz z dnia 6 września 2011 r., nr DOK-7/2011 wskazano, że „Dokładne wyznaczenie rynku właściwego w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych porozumień jest niezbędne jedynie wtedy, gdy należy poddać analizie skutki takiego porozumienia”.

relacji wertykalnych obiektywne nie ma potrzeby definiowania rynków właściwych (a już tym bardziej precyzyjnego ich określania). Innymi słowy w tych ostatnich sprawach definicja rynku właściwego może pozostać otwarta.

Powyższe tezy są spójne z orzecznictwem sądów unijnych. W wyroku w sprawie *Volkswagen v. Komisja*³⁹ Sąd wskazał, że w sprawach dotyczących naruszenia art. 101 TFUE z uwagi na cel (przedmiot) – w przeciwieństwie do spraw dotyczących naruszenia art. 102 TFUE, w których definicja rynku właściwego jest zasadniczym elementem przy określaniu czy mamy do czynienia z pozycją dominującą na potrzeby stosowania tego przepisu⁴⁰ – zdefiniowanie rynku właściwego, co do zasady, nie jest ani nieodzowne, ani też konieczne dla stwierdzenia naruszenia. Nie stanowi również warunku wstępnego do takiego stwierdzenia. Podobnie w wyroku w sprawie *CMA CGM i Inni v. Komisja*⁴¹ Sąd stwierdził, że dla celów stosowania art. 101 TFUE, powodem dla definiowania rynku właściwego może być, jeśli w ogóle, określenie czy porozumienie może wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi i czy ma cel lub skutek w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji w ramach rynku wewnętrznego. W konsekwencji – stwierdził Sąd – w sprawach dotyczących naruszenia przepisu art. 101 ust. 1 TFUE, na Komisji ciąży obowiązek zdefiniowania rynku właściwego tylko wtedy, gdy bez takiej definicji, niemożliwym jest określenie czy porozumienie, decyzja związku przedsiębiorców lub praktyka uzgodniona ma wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi i ma za cel (przedmiot) lub skutkuje wyeliminowaniem, ograniczeniem lub naruszeniem konkurencji w ramach rynku wewnętrznego. Prawidłowo przeprowadzone analizy rynkowe, w tym należyte zdefiniowanie rynku właściwego, jest natomiast każdorazowo konieczne w sprawach dotyczących porozumień zakazanych z uwagi na ich skutek (*restriction by effect*)⁴².

Można chyba postulować, aby takie same zasady, jak wskazano powyżej odnośnie do definiowania rynku w sprawach dotyczących porozumień ograniczających konkurencję, odnieść do prawa polskiego. A zatem również w sprawach porozumień zakazanych przez

39 Wyrok Sądu z dnia 6.7.2000 r. w sprawie T-62/98, Zb. Orz. z 2000 r., s. II-2707, pkt 203, 230.

40 Wyrok TS z dnia 21.2.1973 r. w sprawie 6/72 *Continental Can v. Komisja*, Zb. Orz. z 1973 r., s. 215; wyrok Sądu z dnia 30.1.2007 r., w sprawie T-340/03 *France Telecom v. Komisja*, Zb. Orz. Z 2007 II-00107, pkt. 78-91.

41 Wyrok Sądu z dnia 19.3.2003 r. w sprawie T-213/00 *CMA CGM i Inni v. Komisja*, Zb. Orz. z 2003 r., s. II-913, pkt 206.

42 Wyrok Sądu z dnia 22.3.2000 r. w sprawie T-125/97 oraz T-127/97 *Coca-Cola v. Komisja*, Zb. Orz. z 2000 r., s. II-1733.

przepis art. 6 ust. 1 uokik ze względu na cel (przedmiot)⁴³ nie byłoby potrzeby definiowania (zwłaszcza precyzyjnego) rynku właściwego. Wydaje się, że wystarczyłoby jedynie określenie towarów lub usług będących przedmiotem zmony oraz zasięgu terytorialnego (co jest przydatne również na potrzeby nakładania kar pieniężnych – określa zasięg kartelu)⁴⁴.

Podsumowując ten fragment rozważań można więc pokusić się o tezę, że definicja rynku właściwego, a co za tym idzie określenie udziałów rynkowych, najlepiej sprawdza się dla ustalenia czy dane porozumienie korzysta z dobrodziejstwa „bezpiecznej przystani” w postaci wyłączenia *de minimis* czy też wyłączenia blokowego spod zakazu porozumień.

V. Rewolucja UPP? – rozwiązanie alternatywne w zakresie definiowania rynku właściwego w sprawach kontroli koncentracji

W końcu, czy w ogóle potrzebna jest jeszcze (nadal) tradycyjna definicja rynku właściwego? W sprawach kontroli horyzontalnych koncentracji proponuje się obecnie uzupełnienie klasycznej definicji rynku właściwego (i traktowanie na równi z indeksem HHI), a być może nawet zastąpienie jej bezpośrednim prognozowaniem (za pomocą instrumentów ekonometrycznych) wpływu koncentracji na zachowania jednostronne (*unilateral effects*) w zakresie wzrostu ceny zróżnicowanych produktu. Mowa tutaj o *Upward Pricing Pressure* wynikającej z koncentracji. W dużym skrócie propozycja ta sprowadza się więc do jednego krótkiego równania: czy (*diversion ratio* – procentowy współczynnik zmiany popytu z produktu A na B na skutek trwałej zwwyżki ceny) x (*markup* – marża) > (10% oszczędności) *marginal costs* – w kosztach marginalnych produkcji i sprzedaży⁴⁵?

43 Szerzej na temat tej kategorii zob. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 2, s. 33-51.

44 W literaturze wskazuje się jednak, że *de lege lata* nie jest to możliwe i że z treści przepisu art. 6 ust. 1 uokik zdaje się wynikać – poprzez odwołanie się ustawodawcy do rynku właściwego – obowiązek każdorazowego zdefiniowania takiego rynku (tutaj jest to rynek skutku porozumienia) dla każdego badanego przez Prezesa UOKiK porozumienia, w tym także wobec najcięższych ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) – tak A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 232-234; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 190 oraz jak się wydaje również A. Jurkowska-Gomułka, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 267-268. Warto jednak zauważyć, że treść art. 6 ust. 1 uokik nie przesądza przeciw, że ta definicja rynku w sprawach wszystkich porozumień musi być zawsze maksymalnie precyzyjna. Można więc tutaj przyjąć praktyczne podejście. O ile definiowanie rynku właściwego jest w każdej sprawie dotyczącej porozumień konieczne o tyle nie jest już konieczne jego precyzyjne definiowanie czy przesądzanie jego zakresu w sprawach porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot). Innymi słowy w tych sprawach definicja ta może nawet pozostać otwarta – podobnie C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 192. Takie podejście zdaje się również podzielać Prezes UOKiK – zob. np. decyzję z dnia 30.12.2014, nr DOK-7/2014, pkt. 104.

45 Szerzej J. Farrel, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, “The B.E. Journal of Theoretical Economics. Policies and Perspectives” 2010, Vol.10, Issue 1, s. 1-39, dostępny na <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>; J. Farrel, C. Shapiro, *Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis. Response*, “Competition Policy International” 2010, No. 2, s. 2-17.

Koncepcja UPP skupia się więc na wartości utraconej sprzedaży na skutek przetrzucenia się nabywców z analizowanego produktu A na inny analizowany produkt B (czyli produkty stron koncentracji), pomnożone przez różnicę pomiędzy ceną a kosztem wyprodukowania każdej dodatkowej jednostki produktu A (*incremental costs*). Wyższa wartość utraconej sprzedaży lub większa różnica między ceną a kosztem determinują zmiany odnośnie do zachęt przedsiębiorców w zakresie zmian ceny⁴⁶. Przy czym przed dokonaniem koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami produkującymi produkt A oraz produkt B zmiana popytu (z A na B) i jej wielkość stanowi siłę, która utrzymuje cenę na niższym poziomie (a sama cena jest już ustalona na poziomie maksymalizującym zysk). Natomiast po dokonaniu koncentracji ta siła ulega modyfikacji a sama zmiana pomiędzy produktami jest mniejsza jako, że produkt A oraz B są już częścią jednej firmy (i nie ma pomiędzy nimi bezpośredniej konkurencji). Z jednej strony pojawia się więc tendencja do podwyżki ceny. Z drugiej jednak strony, na skutek zwiększenia wydajności (zazwyczaj) wynikającej z koncentracji ma miejsce obniżenie kosztów marginalnych produkcji i sprzedaży, co może wywoływać presję na obniżkę ceny. Istnieją więc dwie przeciwstawne siły wpływające na cenę produktu i pytanie tylko, która okaże się silniejsza⁴⁷. Innymi słowy UPP bada czy mamy do czynienia z presją konkurencyjną wywieraną przez przedsiębiorców, pomiędzy określonymi (nawet zróżnicowanymi) produktami, która skutkuje podwyżką cen analizowanego produktu (*Upward Pricing Pressure*)? Jednocześnie formuła UPP nie daje odpowiedzi na pytanie o ile wzrośnie cena lecz tylko czy jest zachęta, presja do zwyżki. Koncentracje generujące (po ich dokonaniu) presję na podwyżkę cen (zwłaszcza odczuwalną dla nabywców), która jest większa niż presja na obniżkę wynikająca z oszczędności w kosztach marginalnych, wymagają co najmniej dogłębnego zbadania w toku postępowania przed organem antymonopolowym.

Jednak ta nowa koncepcja jest również krytykowana i wcale nie wydaje się łatwiejsza, szybsza ani też bardziej efektywna niż „tradycyjne” metody definiowania rynku właściwego⁴⁸. Podstawowy problem z formułą UPP sprowadza się zazwyczaj do braku odpowiednich danych pozwalających na jej szybkie przeprowadzenie. Trudność z ustaleniem kosztów marginalnych jest niezmienna. Przeciwnicy takich nowatorskich propozycji

⁴⁶ Roundtable on Market Definition – Note by the Delegation of the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2012)28, pkt. 30-33.

⁴⁷ R. Willig, *Change? The US Merger Guidelines. The Coming Revision*, prezentacja podczas konferencji w Brukseli w dniu 17.03.2010 r.; J. Farrel, C. Shapiro, *Antitrust Evaluation...*, s. 2.

⁴⁸ R. Schmalensee, *Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition*, “Competition Policy International” 2009, No. 12.

wskazują również, że definicja rynku właściwego stosowana w prawie konkurencji od dekad pozwala (zwłaszcza prawnikom) na zachowanie niezbędnej dyscypliny (gwarantuje, że analiza nie będzie arbitralna), ujmuje analizy ekonomiczne w pewne ramy organizacyjne i pojęciowe, przez co upraszcza oraz przyspiesza analizę antykonkurencyjnych skutków⁴⁹.

VI. Podsumowanie

Definiowanie konkretnego rynku właściwego z uwzględnieniem zasad ekonomii sprowadza się więc do odpowiedzi na pytania: które produkty są substytutami (i jaki jest stopień tej substytucyjności) oraz w konsekwencji czy dany produkt lub terytorium zawiera się w przyjętej definicji. A jeśli tak, to jaka presja konkurencyjna z tego wynika? Jest to więc tylko krok na drodze ku odpowiedzi na pytanie z jaką presją konkurencyjną spotyka się dany przedsiębiorca i ostatecznie czy dysponuje on znaczącą siłą rynkową.

Definiowanie rynku, które nigdy nie jest wolne od błędów, jest konieczne tam gdzie ustalenie stopnia tej siły determinuje rozstrzygnięcie organu antymonopolowego, względnie podjęcie interwencji przez ten organ. To nie tyle praktyka ograniczająca konkurencję ujawnia się na rynku właściwym (może się ujawnić na kompletnie innym rynku powiązonym – w sprawach np. jednostronnych praktyk polegających na lewarowaniu), ale zawsze siła rynkowa ujawnia się na konkretnym rynku właściwym. Dlatego też w sprawach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK bardziej powinniśmy się skupić na analizie siły rynkowej i jej stopnia a nie tylko na definiowaniu rynku i stwierdzeniu, że przedsiębiorca posiada na nim określony udział rynkowy. Takie ustalenia będą wystarczające jedynie do stwierdzenia, że przedsiębiorca korzysta z tzw. bezpiecznej przystani typu *de minimis* czy z wyłączenia blokowego, ale już nie do stwierdzenia, że nadużywa on swojej pozycji dominującej, zwłaszcza, że znaczącej siły rynkowej nie sposób w uprawniony sposób wywnioskować z samego tylko udziału rynkowego przedsiębiorcy.

Definiowanie rynku mimo, że nie wolne od błędów czy zagrożeń gwarantuje jednak nadal przedsiębiorcom i ich doradcom duży stopień pewności prawnej. Chroni również przed całkowicie arbitralnymi decyzjami organów antymonopolowych oraz przed subiektywną oceną zachowań przedsiębiorców (poprzez stosowanie obiektywnych kryteriów i metodologii definiowania rynku). Dlatego też jeszcze długo całkowita rezygnacja z definiowania rynku w sprawach antymonopolowych będzie niemożliwa.

⁴⁹ M. Coate, J. Fischer, *Why markets matter for evidence-based merger analysis*, Oxera, January 2010, s. 4.

Bibliografia:

1. Bailey D., *Division I – Principles of EC and UK competition law*, w: *Butterworths Competition Law Service*, Allan B., Sufrin B., Furse M. (red.), LexisNexis 2010
2. Banasiński C., Piontek E. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Wyd. 1
3. Bishop S., Walker M., *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, 3rd edition, Sweet&Maxwell 2010
4. Carlton D.W., *Market Definition: Use and Abuse*, *Competition Policy International* 2007, nr 1(3)
5. Carlton D.W., Perloff J.M., *Modern Industrial Organization*, 4th Edition, Addison-Wesley 2005
6. Coate M.B., Fisher J.H., *A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition*, *Journal of Competition Law and Economics* 2008, nr 4
7. Coate M.B., Fischer J.H., *Why markets matter for evidence-based merger analysis*, Oxera, January 2010
8. Farrel J., Shapiro C., *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, *The B.E. Journal of Theoretical Economics. Policies and Perspectives* 2010, Vol.10, Issue 1, dostępny na <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>
9. Farrel J., Shapiro C., *Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis. Response*, *Competition Policy International* 2010, No. 2
10. Faull J., Nikpay A. (red.), *The EC Law of Competition*, wyd. 2, Oxford University Press 2007
11. Garcia Perez M., Criscuolo A., *Commission Notice on the definition of relevant market: A change of policy?*, *EU Focus* 1998, nr 4
12. Niels G., Jenkins H., Kavanagh J., *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press 2011
13. ten Kate A., Niels G., *The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition*, *Journal of Competition Law and Economics* 2008, nr 5
14. Kępiński M. (red), *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*. Tom 15, Wydawnictwo C.H. BECK, INP PAN, Warszawa 2014
15. Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, 2 wydanie, Warszawa 2014

16. Kulińska E., „Rynek właściwy” w świetle orzecznictwa antymonopolowego, *Glosa* 2003, nr 12
17. Motta M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004
18. Schmalensee R., *Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition*, *Competition Policy International* 2009, No. 12.
19. Sendrowicz M., Gronowski St., *Wyznaczenie rynku w sprawie antymonopolowej w świetle orzecznictwa*, *Przegląd Sądowy* 1997, nr 7-8
20. Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, C.H. Beck, Wyd. II, Warszawa 2014
21. Stawicki A., Stawicki E. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska – LEX, Warszawa 2011
22. Turno B., *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex, Wolters Kluwer, Warszawa 2013
23. Turno B., *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 2
24. Which R., Bailey D., *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press 2012
25. Willig R., *Change? The US Merger Guidelines. The Coming Revision*, prezentacja podczas konferencji w Brukseli w dniu 17.03.2010 r.
26. *Assessing profitability in competition policy analysis*, Economic Discussion Paper 6, July 2003 (a report prepared for the Office of Fair Trading by OXERA), dostępne na <http://www.oxera.com/Oxera/media/Oxera/downloads/reports/OFT-Assessing-profitability.pdf?ext=.pdf>
27. *Could’ or ‘would’? The difference between two hypothetical monopolies*, Oxera, November 2009
28. *Market Definition. Understanding Competition Law*, OFT, December 2004, dostępne na https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf
29. *Roundtable on Market Definition – Note by the Delegation of the European Union*, OECD, DAF/COMP/WD(2012)28
30. *Switching costs. Part one: Economics models and policy implications*, *Economics Discussion Paper* 5, OFT 655, April 2003, dostępny na

http://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/secteurs-professionnels/etudes/nasse-annexe2.pdf