



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Ekonomika ekonomizacji ochrony konkurencji z perspektywy UOKiK – priorytety w stosowaniu narzędzi ekonomicznych

Paweł Ważniewski,
Wojciech Dorabialski



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Ekonomika ekonomizacji ochrony konkurencji z perspektywy UOKiK – priorytety w stosowaniu narzędzi ekonomicznych

Paweł Ważniewski,
Wojciech Dorabialski

Paweł Ważniewski*, Wojciech Dorabialski**

Ekonomika ekonomizacji ochrony konkurencji z perspektywy UOKiK – priorytety w stosowaniu narzędzi ekonomicznych

Spis treści:

I. Źródła ekonomizacji ochrony konkurencji

1. Uwagi wstępne
2. Prawo i praktyka ochrony konkurencji a teoria ekonomii
3. Konieczność zindywidualizowanego podejścia do oceny praktyk a ekonomizacja
4. Historia ekonomizacji ochrony konkurencji na świecie i w Polsce

II. Ekonomika stosowania narzędzi ekonomicznych w poszczególnych obszarach działalności antymonopolowej

1. Uwagi wstępne
2. Poprawa jakości orzecznictwa
3. Zwiększenie wykrywalności naruszeń
4. Promowanie konkurencji
5. Koszty i korzyści z ekonomizacji

III. Podsumowanie

Streszczenie:

Celem referatu jest przedstawienie analizy wybranych metod ekonomicznych stosowanych w ochronie konkurencji oraz określenie kierunku ekonomizacji optymalnego z perspektywy UOKiK. Wstępem do analizy będzie wyjaśnienie źródeł i przyczyn rosnącego zaangażowania ekonomistów w ochronę konkurencji oraz krótkie streszczenie historii ekonomizacji ochrony konkurencji na świecie i w Polsce. Następnie szczegółowo omówione zostaną poszczególne obszary zastosowania teorii ekonomii oraz metod ekonomicznych. W szczególności chodzi o ochronę konkurencji *sensu stricte* przejawiającą się w orzecznictwie antymonopolowym oraz o pozostałe działania będące domeną polityki konkurencji (ochrona konkurencji *sensu largo*).

* Starszy Specjalista w Departamencie Analiz Rynku UOKiK. Zawarte w artykule poglądy są poglądami prywatnymi i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

*** Doktor nauk ekonomicznych. Radca Prezesa w Departamencie Analiz Rynku UOKiK. Zawarte w artykule poglądy są poglądami prywatnymi i nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

Fakty opisane w pierwszej części referatu stanowią punkt wyjścia i tło do analizy „ekonomiki” wykorzystania narzędzi ekonomicznych przez UOKiK. Wynikiem analizy jest lista priorytetów zastosowania ekonomii oraz zarys ścieżki rozwoju ekonomicznego podejścia w ochronie konkurencji przez UOKiK.

I. Źródła ekonomizacji ochrony konkurencji

1. Uwagi wstępne

Prawo ochrony konkurencji powstało na kanwie argumentacji zaczerpniętej z teorii ekonomii, według ówczesnego stanu wiedzy w obrębie tej dyscypliny. Historycznie prawo i praktyka antymonopolowa ewoluowały równolegle z rozwojem badań ekonomicznych i w pewnym zakresie za nim podążały. W związku z tym w najważniejszych pozycjach podręcznikowych i w publikacjach naukowych dotyczących ochrony konkurencji, w ramach wprowadzenia, prezentowany jest przegląd literatury z zakresu ekonomii. Dotyczy to zarówno opracowań skupiających się na aspektach ekonomicznych, jak i prac traktujących szerzej o polityce i prawie konkurencji¹. Poniżej przedstawiony został skrócony rys najważniejszych teorii i postaci szkół ekonomicznych mających wpływ na powstanie i rozwój prawa konkurencji lub przynajmniej uczestniczących w dyskursie na temat potrzeby istnienia polityki konkurencji oraz jej formy. Następnie przedstawiono zmiany w podejściu do stosowania ekonomii w ramach dwóch wiodących ośrodków praktyki ochrony konkurencji: USA i UE, co doprowadziło do podejścia bardziej zindywidualizowanego i w większym stopniu opartego na skutkach praktyk.

2. Prawo i praktyka ochrony konkurencji a teoria ekonomii

Prawo konkurencji odwołuje się głównie do dziedziny ekonomii, jaką jest mikroekonomia, zajmująca się procesami gospodarczymi, w tym produkcją i wymianą handlową w obrębie pojedynczych rynków, w odróżnieniu od makroekonomii traktującej o dużych agregatach obejmujących więcej rynków na obszarze regionu, kraju czy świata – przykładem takiego agregatu jest popyt globalny². W związku z doświadczeniami ostatnich dekad, gdy przewidywalność zjawisk makroekonomicznych okazała się niewystarczająca³,

1 Przegląd literatury ekonomicznej mającej wpływ na rozwój prawa konkurencji zawarto m.in. w: A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials Paperback*, Oxford, 9th March 2014.

2 Por. D. Begg, R. Dornbusch, S. Fischer, *Mikroekonomia*, PWE, Warszawa 2007.

3 *Jak zbankrutowali nobliści?*, 9.10.2006 r.; <http://biznes.interia.pl/wiadomosci-dnia/news/jak-zbankrutowali-nobliści.797379>; data pobrania 14.01.2015 r.; A. Koźmiński, *Zarządzanie w warunkach niepewności*, [w:] *Kontrowersje wokół marketingu w Polsce*, L. Garbarski, J. Tkaczyk (red.), Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, Akademia Leona Koźmińskiego, Warszawa 2009, s. 24.

coraz bardziej docenia się mikroekonomię jako tę dziedzinę, która ma większe znaczenie aplikacyjne i prognostyczne w podejmowaniu decyzji zarówno biznesowych jak i politycznych⁴. Zwłaszcza, że nowe technologie sprzyjają pozyskiwaniu, gromadzeniu i zarządzaniu dużymi zbiorami danych opisujących poszczególne rynki.

Refleksję nad znaczeniem konkurencji i potrzebą jej promowania odnajdujemy już w pracach ekonomistów szkoły klasycznej na przełomie XVIII i XIX wieku, czyli w czasach, gdy ekonomia dopiero wyodrębniała się jako osobna dyscyplina naukowa. Przykładowo Smith opisywał ekonomiczne mechanizmy funkcjonowania rynku w warunkach ustanowionych przez państwo, monopoli prawnych lub wyłącznych przywilejów cechowych oraz ich potencjalny wpływ na wielkość podaży i ceny⁵.

Bardziej szczegółowo, w oparciu o modele matematyczne, funkcjonowanie rynku w warunkach monopoli i oligopoli lub konkurencji doskonałej wyjaśniali przedstawiciele Lozańskiej Szkoły Ekonomicznej⁶. W oparciu o tego rodzaju metodykę, szkoła ta wyjaśniała kwestie wyboru konsumenta i producenta, problemy maksymalizacji zysku w przedsiębiorstwach działających w różnych strukturach rynkowych. W tym zakresie szczególny wkład wniósł Cournot⁷. Model Cornouta (konkurencja ilościowa) obok modelu Bertranda (konkurencja cenowa) zalicza się do pierwszych modeli oligopolu (w ich przypadku duopolu). W XX w. ekonomia matematyczna zaczęła opisywać modele konkurencji za pomocą teorii gier⁸. Uogólnienie równowagi opisanego modelami Cournota i Bertranda zaczęto formułować jako równowagę Nasha, która jest podstawowym narzędziem służącym do znajdowania rozwiązań gier – problemów decyzyjnych o charakterze strategicznym.

Równoległe do ekonomistów głównego nurtu, coraz śmielej wprowadzających matematykę do refleksji ekonomicznej (wedle wzorca metodologicznego nauk przyrodniczych), rozwijały się szkoły prezentujące podejście subiektywno-marginalistyczne, odwołujące się do prawa rządzących psychiką i zachowaniem jednostki a w konsekwencji zbiorowości (metodologia nauk społecznych i humanistycznych), których przykładem jest szkoła austriacka. Ekonomiści ci postulowali swobodę konkurencji na wolnym rynku, na którym jednostki nie działają pod wpływem przymusu i który pozbawiony państwowych

⁴ *A Long way from dismal* (s. 8), *Meet the market shapers* (s. 63), *The Economist*, 10.01.2015.

⁵ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 1954, s. 73.

⁶ W. Stankiewicz, *Historia myśli ekonomicznej*, PWE, Warszawa 2006, s. 193-196.

⁷ A. Cournot, *Recherches sur les Principes Mathematiques de la Theorie des Richesses*, Hachette, Paris 1838.

⁸ D. Fudenberg, J. Tirole, *Game theory*, MIT Press, Cambridge 2002.

interwencji⁹. Z pewnością zgodnymi z postulatami tej szkoły jest część działań *advocacy* (czyli promowania konkurencji), przejawiające się w deregulacji i prywatyzacji na poszczególnych rynkach. Z drugiej strony ekonomiści tej szkoły oraz ich kontynuatorzy nie zgadzają się na interwencję antymonopolową. Ich zdaniem w warunkach wolnego rynku i własności prywatnej środków produkcji, w dłuższej perspektywie, monopolista traci swoją pozycję a kartele się rozpadają¹⁰.

Wracając do głównego nurtu ekonomii, w XIX i XX w. (gdy w USA zainicjowano a następnie rozwijano doktrynę antymonopolową), rozważania szkoły klasycznej na temat różnych modeli konkurencji kontynuowali ekonomiści szkół neoklasycznych, w szczególności, na prawo i praktykę ochrony konkurencji, miały wpływ szkoły harwardzka (Uniwersytet Harvarda) i chicagowska (Uniwersytet Chicago)¹¹. Chodzi przede wszystkim o badania prowadzone przez te uniwersytety w ramach zdefiniowanej i wyodrębnionej w XX w. subdyscypliny ekonomii: organizacji rynku i konkurencja¹² (ang. *Industrial Organization*¹³)¹⁴. Zajmuje się ona relacjami między firmami, zarządzaniem, działalnością innowacyjną w firmach, deregulacją oraz restrukturyzacją¹⁵. Centralnym zagadnieniem tej teorii było rozszerzenie analizy mikroekonomicznej o rynki niedoskonale konkurencyjne, a głównym rozważanym modelem w tej teorii jest model oligopolu. W swoich badaniach na temat konkurencji wykorzystywali oni metody strukturalne¹⁶, czyli metody wymagające informacji o strukturze rynku. Podobnym obszarem począwszy od lat 70. XX w. zajmowały się nurty

9 L. Mises, *Human Action*, Fox & Wilkes, San Francisco 1996, s. 257-270.

10 M. Rothbard, *Ekonomia wolnego rynku*, t. III, Fijor Publishing, Warszawa 2008, s. 41.

11 Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007, s. 13.

12 W. Łyszkiwicz, *Industrial organization: organizacja rynku i konkurencja*, Wyd. Elipsa, Warszawa 2000; P. Joskow, M. Waterson, *Empirical Industrial Organization*, Edward Elgar Pub., 2004.

13 Można też znaleźć tłumaczenie nazwy powyższej teorii jako „Teorii organizacji przemysłowej”. Por.: P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, tom 1, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 289.

14 Podobny obszar badań, w literaturze ekonomicznej określa się też terminem „*Industrial Economics*”. Jest to subdyscyplina ekonomiczna, której twórca jest Stigler (1968). Jej celem jest badanie zachowań przedsiębiorstw w ramach teorii cen i alokacji zasobów. Stara się odpowiedzieć na pytania dotyczące polityki antytrustowej, determinant stopnia koncentracji firm, wpływu koncentracji na konkurencji (por. S. Martin, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, Macmillan Publishing Company New York, Collier Macmillan Publishers London, 1989, s. 1–2).

15 M. Pawłowska, *Rentowność a struktura rynku – wyniki badania panelowego zgodnie z modelem SCP*, Bank i Kredyt, kwiecień 2007.

16 J. Kraciuk, *Rola fuzji i przejęć w procesach koncentracyjnych w polskim przemyśle spożywczym*, Wydawnictwo SGGW, Warszawa 2010, s. 56.

badawcze posługujące się metodami niestrukturalne, w szczególności nowa teoria organizacji rynku i konkurencji (ang. *New Industrial Organization*).

Szkoła harwardzka reprezentuje stanowisko, iż jest wiele celów polityki antymonopolowej i nie są to tylko cele ekonomiczne, ale także natury społecznej. Przedstawiciele szkoły harwardzkiej, tworząc teoretyczne dla niej podstawy, oparli się na paradygmacie Struktura – Zachowanie – Wynik. Przyjmując ów paradygmat, oparła się na przekonaniu, że rynki działają w sposób zawodny (*fragile*), w związku z czym prawo antytrustowe powinno być stosowane przede wszystkim do ochrony małych przedsiębiorstw przed dużymi firmami. Struktura rynku determinuje zachowanie firm, a zachowanie determinuje wyniki rynkowe, takie jak rentowność, skuteczność, postęp techniczny i wzrost. Odmienny pogląd ma natomiast szkoła chicagowska, według której jedynym celem tej polityki powinien być dobrobyt konsumenta (*consumer welfare*) osiągany przez promocję efektywności¹⁷. Obecnie rozróżnia się dwie szkoły: starochicagowską oraz drugą szkołę chicagowską. Ta druga jest jeszcze bardziej prorynkowa, proefektywnościowa i liberalna niż jej poprzednia odmiana – zbliżona jest zatem w swych poglądach do szkoły austriackiej¹⁸.

W warunkach europejskich prawo ochrony konkurencji również było kształtowane przez ośrodki akademickie. Duży wpływ miał na nie bowiem niemiecki nurt ordoliberalny, będący odłamem ekonomii neoliberalnej, który widział aktywną rolę państwa w zapewnieniu efektywnego działania mechanizmów konkurencji. Według przedstawicieli tego kierunku ekonomii organ ochrony konkurencji miał mieć silną pozycję, ale podejmować interwencje ściśle zapisanych w prawie obiektywnych reguł, popierali oni zatem ściśle formalistyczne podejście do orzecznictwa antymonopolowego¹⁹.

Jak wcześniej wspomniano, prawo i praktyka konkurencji posiłkuje się zwykle teoriami ekonomicznymi powstałymi na bazie metod strukturalnych, których elementem jest diagnoza struktury rynku, za pomocą porównywalnych wskaźników²⁰. W związku z tym zbliżony jest też system pojęciowy w prawie antymonopolowym i w ekonomii w przypadku oceny

17 Szerszy przegląd teorii powstałych w ramach szkół harwardzkiej i chicagowskiej w polskiej literaturze ekonomicznej opisywane m.in. w: M. Pawłowska, *Rentowność a struktura rynku...*, op. cit.; J. Kraciuk, *Rola fuzji i przejęć...*, op. cit., s. 48-56.

18 F. Marty, *Towards an economics of Convention-based approach of the European competition policy*, Working Papers SeriesGroupe de REcherche en Droit, Economie, Gestion, UMR CNRS 7321; <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2014-06.pdf>; data pobrania 20.01.2015 r.

19 Zob. D. Gerber, *Competition Law and International Trade: The European Union and the Neo-Liberal Factor*, Pacific Rim Law and Policy Journal, Vol.4 no.1, 1995, s. 43-45.

20 Podstawowe wskaźniki struktury rynku omówiono w: Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007, s. 6-7.

struktury rynku. W tym kontekście problematyka (struktury rynku) w teorii ekonomii sprowadza się głównie do dwóch kategorii: czystego monopolu (lub konkurenta o pozycji dominującej, czyli o sile/władzy rynkowej) i oligopolu, w przypadku którego stosunkowo mała liczba firm²¹ koordynuje swoje działania, osiągając wspólnie siłę rynkową²². Obszar zainteresowań prawa i praktyki ochrony konkurencji również dotyczy tych dwóch kategorii, począwszy już od jej genezy, czyli pierwszych amerykańskich ustaw antymonopolowych. Rozdział drugi ustawy Shermana tyczy się monopolizacji w sensie zarówno strukturalnym jak i behawioralnym. Rozdział 7. ustawy Claytona zakazuje fuzji i przejęć, których efektem „może w sposób istotny ograniczać konkurencję lub prowadzić do monopolu” („*may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*”).

Także przykładowo w przypadku definiowania barier wejścia stosowane są definicje z teorii ekonomicznych. FTC (Federalna Komisja Handlu USA) używa czasami pojęcia „stigleriańskiej” (ang. *Stiglerian*) definicji barier wejścia²³. Wedle tej definicji bariery wejścia to „dodatkowe koszty długookresowe, które nie zostały poniesione przez aktualnego uczestnika danego rynku, ale muszą być poniesione przez podmiot wchodzący na ten rynek”²⁴. Alternatywnie stosować można definicję Baina, gdzie bariery wejścia jak czynniki, które ograniczają wejście a jednocześnie pozwalają podmiotowi już obecnemu na rynku osiągać zyski monopolowe. W prawie antymonopolowym używa się także pojęcia siły lub władzy rynkowej. Siły rynkowe kształtujące zachowanie firm na rynku zostały sklasyfikowane przez Portera - innego przedstawiciela szkoły harwardzkiej. Oprócz sił wewnętrznych (rywalizacja na rynku) wyróżnił on 4 siły zewnętrzne oddziałujące na podmioty obecne na danym rynku: groźba wejścia nowych podmiotów, groźba ze strony producentów substytutów, siła przetargowa dostawców oraz siła przetargowa kupujących²⁵.

3. Konieczność zindywidualizowanego podejścia do oceny praktyk a ekonomizacja

21 Artykuł posługuje się terminologią nauk ekonomicznych, a zatem „firma” oznacza też, w zależności od kontekstu, przedsiębiorcę lub przedsiębiorstwo (w odróżnieniu od nauk prawnych, gdzie te pojęcia są w większym stopniu rozgraniczanie).

22 J. Kwoka Jr., L. White, *The Antitrust Revolution*, HarperCollinsPublishers, 1989, s. 8.

23 Ph. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston, Toronto, London, Supplement 1991.

24 G. Stigler, *The Organization of Industry*, R.D. Irwin Inc., Homewood, Illinois 1968 (rozdział 6).

25 Michael E. Porter, *The Five Competitive Forces that Shape Strategy*, Harvard Business Review, January 2008, s. 86-104.

W dokumentach np. UE ekonomizacja ochrony konkurencji, od pewnego czasu, określana jest jako „*more economic approach*”²⁶(podejście bardziej ekonomiczne) lub też „*more economics based approach*”²⁷. Założenie podejścia bardziej ekonomicznego jest odstępianiem od legalistycznego (formalistycznego) stosowania regulacji antymonopolowych (ang. *form-based approach*) opartych na ogólnych zasadach (tj. bezwzględne zakazy określonych praktyk przedsiębiorców), których konstrukcja nie wymaga dokonywania oceny rzeczywistego oddziaływania konkretnego zachowania przedsiębiorcy na rynek²⁸. Z ekonomizacją w praktyce stosowania prawa ochrony konkurencji, wiążą się nieodłącznie takie pojęcia jak „podejście zindywidualizowanego” (ang. *case-by-case* lub *rule-of-reason*) oraz „ocena efektów” (ang. *effect-based approach*)²⁹, przeciwstawiana ściganiu praktyk jako antykonkurencyjnych ze względu na ich cel (ang. *violations by object*).

Przykładem obrazującym rolę ekonomicznego podejścia do prawa konkurencji jest podejście organów oraz sądów do regulacji sprzedaży wiązanej i pakietowej, w której pierwotny bezwzględny zakaz (ang. *per se approach*)³⁰ zostaje stopniowo zastępowany przez znajdujący szersze oparcie w ekonomii *effect-based approach*³¹. Obecnie duże zmiany zachodzą również w przypadku rozpatrywania spraw z zakresu porozumień wertykalnych, w szczególności tzw. RPM (ang. *resale price maintenance*), czyli utrzymywanie uzgodnionych cen odsprzedaży, co znajduje swoje odzwierciedlenie także w orzecznictwie polskim³².

26 K. Kohutek, M Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 70.

27 A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, op. cit., s. 273.

28 P. Behrens, *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 58.

29 Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, op.cit., s. 6-7.

30 Właściwy zakaz bezwzględny (*per se*) występuje obecnie w amerykańskim systemie ochrony konkurencji. W Europie do wszystkich zakazów porozumień ujętych w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, mogą mieć zastosowanie wyłączenia wynikające z art. 101 ust. 3. We wspomnianym art. 101 ust. 1 mowa jest o porozumieniach, których „celem lub skutkiem” jest ograniczenie konkurencji. W związku z tym w europejskiej i polskiej literaturze i orzecznictwie zwykle dzieli się porozumienia antykonkurencyjne ze względu na skutek oraz z uwagi na cel (ang. *by object*). Niemniej w niniejszym artykule używa się również pojęcia *per se*, na określenie podejścia formalistycznego w czystej formie (obecnie tylko teoretycznego z punktu widzenia polskich i europejskich uwarunkowań prawnych).

31 I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, UOKiK, Warszawa 2013.

32 K. Kohutek, *RPM nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży?*, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13; Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2014, nr 6(3), s. 119; <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/20/pdf/119.pdf>; data pobrania 12.01.2015 r.

W polskiej literaturze prawniczej, proces ekonomizacji prawa konkurencji, odnajdujemy klasyfikację podstawowych instrumentów ekonomizacji, a wśród nich: racjonalizacja zakazu porozumień ograniczających konkurencję (poprzez ustanowienie wyjątku legalnego opartego na samoocenie przedsiębiorców), relatywizacja tego zakazu poprzez ukształtowanie wyłączeń grupowych dla określonych kategorii porozumień, czy stosowanie doktryny niezbędnych ograniczeń³³. Według Jurkowskiej-Gomułki przejawami ekonomizacji są w polskim orzecznictwie są:

- 1) przyjęcie dobrobytu konsumentów jako zasadniczej przesłanki interwencji antymonopolowej,
- 2) uwzględnianie kontekstu zawarcia i/lub funkcjonowania porozumienia jako ostatecznej determinanty oceny antymonopolowej,
- 3) odwołania (bezpośrednie lub pośrednie) do ugruntowanych ekonomicznie doktryn antymonopolowych, takich jak doktryna jednego przedsiębiorcy, czy doktryna niezbędnych ograniczeń,
- 4) umarzanie postępowań antymonopolowych ze względu na spełnienie przez porozumienie przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – dalej: okik (wyjątek legalny),
- 5) skalę zastosowania tzw. decyzji zobowiązujących, wydawanych na podstawie art. 12 ustawy okik.

4. Historia ekonomizacji ochrony konkurencji na świecie i w Polsce

Choć niekiedy w literaturze stwierdza się, że tradycje ustawodawstwa antymonopolowego sięgają odległych czasów starożytnych³⁴, zwykle za genezę uznaje się uchwalenie ustawy Shermana w USA w 1890 r.³⁵. Zasięg działania tej ustawy został następnie poszerzony przez ustawę Claytona z 1914 r.³⁶. Zmiany te nie wnosiły jednak zbyt dużo w zakresie ekonomizacji. Dominował wówczas formalizm prawny, a głównym celem było ograniczenie powstania ogólnokrajowych monopolii. W ciągu ponad stuletniej historii

33 A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1(1); https://www.wsiz.rzeszow.pl/pl/Uczelnia/kadra/ajurkowska/Documents/01_jurkowska_stosowanie.pdf; data pobrania 20.01.2015 r.

34 Por. D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York 1998, s. 5; T. Sedlacek, *Ekonomia dobra i zła*, Emka, Warszawa 2012.

35 W. Kip Viscusi, J. Vernon, J. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, Wydanie 4, MIT Press, 19.08.2005.

36 R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011, s. 189.

zachodziły jednak oczywiście pewne zmiany w podejściu do oceny koncentracji i praktyk antykonkurencyjnych, wyznaczane kalendarzem wyborczym, czyli podejściem kolejnych administracji w tym zakresie oraz pod wpływem ekonomistów głównych amerykańskich ośrodków akademickich – przywołanych powyżej szkół harwardzkiej i chicagowskiej.

W latach 80. XX w., za prezydentury R. Reagana, wpływ na politykę konkurencji zaczęli mieć ekonomiści szkoły chicagowskiej (i ich podejście efektywnościowe), którzy wcześniej począwszy od lat 50. byli bardzo krytyczni wobec amerykańskiej polityki konkurencji³⁷. Okres dominacji tej szkoły charakteryzował się daleko idącą tolerancją amerykańskich organów ds. konkurencji dla praktyk monopolizujących rynki zależne, porozumień wertykalnych czy też połączeń horyzontalnych³⁸. Obecnie w literaturze mowa jest o ekonomii post-chicagowskiej, gdzie zwraca się uwagę nie tylko na nadwyżkę konsumenta, ale stosuje się indywidualne podejście do każdej sprawy, uwarunkowań danego rynku i wpływu danych praktyk czy koncentracji na rynek i gospodarkę ogółem³⁹.

Według literatury z zakresu ekonomizacji prawa konkurencji, w Unii Europejskiej, wprowadzenie nowego podejścia stało się głównym celem Komisarza ds. Konkurencji w Komisji Europejskiej (KE), gdy stanowisko to obejmował włoski ekonomista i polityk Mario Monti, we wrześniu 1999 r. Kilka miesięcy wcześniej r. opublikowano białą księgę w sprawie modernizacji implementacji prawa konkurencji, w której pojawił się postulat „*more economic approach*”⁴⁰. Udział w dalszym rozwoju tych procesów, miała też władza sądownicza UE. W 2002 r. Sąd Pierwszej Instancji uchylił trzy decyzje w sprawie koncentracji z powodu braku argumentacji ekonomicznej⁴¹. Wówczas Mario Monti przeprowadził reorganizację dyrekcji, powołując głównego ekonomistę, a w orzecznictwie zaczęto częściej wykorzystywać modelowanie przewidywanych efektów ekonomicznych.

W 2005 r. Grupa Doradcza Ekonomistów ds. Polityki Konkurencji przy KE (Commission’s Economists Advisory Group on Competition Policy, EAGCP) opublikowała

37 F. Marty, *Towards an economics of Convention-based...* op. cit.; A. Director, E.H. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, Northwestern Law Review, volume 51, 1956 r., s. 281-296.

38 Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 100-101.

39 J. Drexel, W. Kerber, R. Podszun, *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, Edward Elgar Publishing, Northampton 2011, s. 1-3.

40 *White paper on modernisation of the rules implementing articles 85 and 86 of the EC Treaty*, Commission Programme No 99/027, EC, Brussels, 28.04.1999; http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com99_101_en.pdf; data pobrania 30.01.2015 r.

41 J. Drexel, W. Kerber, R. Podszun, *Competition Policy and the Economic Approach...*, op. cit., s. 1-3.

raport zawierający mapę drogową implementacji podejścia bardziej ekonomicznego, której główne tezy można podsumować w następujący sposób:

- ciężar dowodu spoczywa na organie publicznym lub na prywatnym powodzie, którzy muszą wykazać szkodę w oparciu na analizę ekonomiczną i dowody;
- ocena dotyczyć powinna w większym stopniu efektów niż samej praktyki;
- kryterium oceny praktyki rynkowej jest wpływ na dobrobyt konsumentów;
- zasada rozsądku powinna przeważać nad zasadą *per se*;
- interwencja organu powinna ograniczać się głównie do usuwania barier wejścia⁴².

Określone w ten sposób „bardziej ekonomiczne podejście”, do którego odwołuje się KE, czerpie w dużej mierze ze szkoły chicagowskiej, różni się jednak od liberalnych koncepcji, według których wolność gospodarcza powinna być głównym celem polityki. Nowe podejście ekonomiczne nie stawia za główny cel ochrony samego procesu, ale skupia się na jego efektach⁴³.

W 2006 r. pojawił się kolejny wyrok wskazujący na potrzebę lepszej argumentacji ekonomicznej⁴⁴. Europejski Sąd Pierwszej Instancji wydał decyzję w sprawie GlaxoSmithKline, nakazując KE wykazanie szkody dla konsumenta wynikającej z zakazu równoległej sprzedaży leków.

Oprócz wspomnianych decyzji dotyczących organizacji pracy Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji (podległej Komisarzowi ds. Konkurencji) oraz wyroków orzecznictwa sądów, w instytucjach unijnych powstawały dokumenty wzywające do wykorzystywania w większym stopniu ekonomii w orzecznictwie, sugerując przy tym wykorzystywanie wybranych metod ekonomicznych. Przykładem tego jest 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 wyłączonej

42 W. Allan, *The Effects-based Approach Under Article 102 TFEU: History and State of Play*, [w:] J. Bourgeois, D. Walbroeck (red.), *Ten years of effects-based approach in EU Competition Law – State of play and perspectives*, Global Competition Law Centre Annual Conference Series, n°3, Bruylant, Bruxelles 2012, s. 43-96.

43 F. Marty, *Towards an economics of Convention-based approach...*, *op. cit.*

44 J. Drexler, W. Kerber, R. Podszun, *Competition Policy and the Economic Approach...*, *op. cit.*, s. 3.

(wykluczeniowej), podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące⁴⁵ i postulowana w nich „metoda analizy równie efektywnego konkurenta”.

Odrębną kategorią spraw, wymagającą szczególnej analizy ekonomicznej są te dotyczące rynków, wyłączonych, pod pewnymi warunkami spod prawa konkurencji. Ostatnim przykładem są zmiany dotyczące unijnej regulacji rynków rolnych (reforma Wspólnej Polityki Rolnej z 2013 r.). Wyłączenie tego sektora gospodarki zostało już wcześniej określone we wspólnotowych traktatach, w szczególności w obecnie obowiązującym TFUE, w art. 42, wedle którego unijne reguły konkurencji stosują się do produkcji rolnej i handlu produktami rolnymi jedynie w zakresie ustalonym przez Parlament Europejski i Radę z uwzględnieniem celów określonych w art. 39, tj. m.in. zwiększenie wydajności rolnictwa, zapewnienie odpowiedniego poziomu życia ludności wiejskiej, zapewnienie rozsądnych cen w dostawach dla konsumentów. W nowym rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólną organizację rynków produktów rolnych w art 169, 170 i 171, dopuszczono pod pewnymi warunkami wspólną negocjację wolumenu i cen produktów rolnych przez rolników. W rozporządzeniu przewiduje się ocenę ekonomicznego efektu tych porozumień, przy czym, w odróżnieniu od innych sektorów, w tym przypadku ewentualne efekty zostały ściśle określone i dotyczą celów wymienionych w TFUE (w szczególności rozważany jest nie tylko dobrobyt ogółem oraz dobrobyt konsumenta, ale też dobrobyt wybranej grupy zawodowej – rolników czy demograficznej – ludności wiejskiej).

II. Ekonomia stosowania narzędzi ekonomicznych w poszczególnych obszarach działalności antymonopolowej

1. Uwagi wstępne

Jak wskazano w pierwszej części opracowania, właściwie wszystkie metody analityczne stosowane w ochronie konkurencji są metodami ekonomicznymi. Reguły funkcjonujące w podejściu formalistycznym, typy praktyk objęte zakazem *per se* lub zakazanych ze względu na cel zostały stworzone w oparciu o teorie z zakresu ekonomii. W tej części pracy skupimy się na omówieniu tych metod, których popularyzację uważamy za przejaw „ekonomizacji” ochrony konkurencji. Postanowiliśmy zaliczyć głównie metody stojące po stronie podejścia

⁴⁵ 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 45/7 z 24.2.2009 r.; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224%2801%29&from=EN>; data pobrania 20.01.2015 r.

zindywidualizowanego, opartego na badaniu skutków praktyk. Nie należy tej decyzji postrzegać jako próby dezawuowania dorobku intelektualnego stojącego za podejściem formalistycznym i regułami identyfikowania praktyk antykonkurencyjnych ze względu na cel. Jest to raczej konsekwencja przyjętego celu badawczego, którym jest określenie optymalnych kierunków ekonomizacji z punktu widzenia polskiego organu ochrony konkurencji.

Rozpocznijmy od krótkiego omówienia każdego z potencjalnych obszarów ekonomizacji ochrony konkurencji i możliwych do zastosowania w tych obszarach „bardziej ekonomicznych” metod analitycznych, po czym dokonamy próby nakreślenia wyłonienia optymalnej „ścieżki” ekonomizacji działalności UOKiK w oparciu o analizę kosztów-korzyści.

2. Poprawa jakości orzecznictwa

Najbardziej oczywistym obszarem zastosowania „bardziej ekonomicznych” metod w ochronie konkurencji jest poprawa jakości orzecznictwa. Ekonomia może być pomocna właściwie na każdym etapie postępowania antymonopolowego: od momentu podejmowania decyzji o wszczęciu postępowania (wyjaśniającego i później antymonopolowego), aż po pomoc w analizie argumentów stron i przygotowywaniu kontrargumentów w postępowaniu odwoławczym. Poprawa jakości na etapach przed wydaniem decyzji antymonopolowej może być rozumiana jako zmniejszanie ryzyka popełnienia dwóch rodzajów błędów: podejmowania interwencji przez organ antymonopolowy gdy nie wystąpiło naruszenie (tzw. błąd 1. rodzaju) oraz niepodjęcia interwencji w przypadku, gdy nastąpiło naruszenie (tzw. błąd 2. rodzaju). Ekonomizacja orzecznictwa dotyczy przede wszystkim definiowania rynków właściwych, określania pozycji rynkowej podmiotów, budowania i testowania teorii szkody oraz oceny skutków koncentracji.

Warto w tym miejscu uczynić ogólną dygresję na temat charakterystyki metod ekonomicznych. Ekonomia skupia się na badaniu zachowań podmiotów gospodarczych przez pryzmat bodźców i reakcji na nie. Ponieważ podmiotami gospodarczymi są ludzie lub organizacje tworzone i kierowane przez ludzi, wśród których występuje szerokie spektrum schematów odbierania bodźców i reagowania na nie, analiza taka musi opierać się na dużych uproszczeniach i silnych założeniach. Ekonomiści tworzą zatem modele, mocno uproszczone odwzorowania rzeczywistości, pozwalające na prognozowanie reakcji „typowych” podmiotów na najistotniejsze obserwowalne bodźce natury ekonomicznej. Analizy ekonomiczne nie są zatem narzędziem uniwersalnym. W przypadkach, w których wiadomo jest, że dana organizacja kieruje się innymi przesłankami niż przyjmowana w ekonomii

neoklasycznej maksymalizacja zysku, to przydatność modeli ekonomicznych w analizie jej zachowania staje się istotnie ograniczona.

Ekonomizacja definiowania rynków właściwych może polega

na wykorzystaniu metod ilościowych do przeprowadzenia testu SSNIP. Możliwość ich zastosowania zależy od dostępności danych pozwalających oszacować elastyczność cenową popytu oraz poziom marży sprzedaży, co ma miejsce dość rzadko. Inne narzędzia, takie jak bazujący na przepływach międzyregionalnych test Hogarty-Elzinga⁴⁶ czy analiza korelacji cen są mniej wymagające pod względem danych, ale też ich zakres zastosowania jest dużo węższy (w przypadku testu Hogarty-Elzinga ograniczony jest do wyznaczania rynku geograficznego). Poprawne zbadanie korelacji cen może być bardzo pracochłonne, czego świadectwem jest analiza przeprowadzona przez Komisję Europejską na potrzeby pierwszej decyzji Ryanair/Aer Lingus⁴⁷. Pomijając problemy z dostępnością danych, wszystkie wymienione metody mają szeroki potencjalny zakres zastosowania, jako że obowiązek wyznaczenia rynku właściwego dotyczy wszystkich postępowań antymonopolowych.

Określanie pozycji rynkowej podmiotów (pozycja dominująca, kolektywna pozycja dominująca) w wersji bardziej ekonomicznej powinno zawsze uwzględniać pełen wachlarz sił rynkowych oddziałujących na badany podmiot. Oprócz struktury rynku szczególną uwagę należy zwrócić na zbadanie wszystkich „sił Portera”: przeciwważącej siły nabywców, barier wejścia na rynek, barier zmiany dostawcy, relacji wertykalnych oraz specyficznych regulacji sektorowym. Podejście to ma dość szerokie zastosowanie – pozycję rynkową można w ten sposób określać zarówno w postępowaniach z art. 6 i 9 ustawy okik, jak również w niektórych postępowaniach koncentracyjnych.

Ekonomizacja w zakresie teorii szkody polega natomiast na lepszym dopasowywaniu właściwej standardowej teorii (sprzedaż wiązana, różnicowanie cen, ograniczanie konkurencji wewnątrzmarkowej w RPM) do stanu faktycznego, co może oznaczać pewne modyfikacje lub syntezę standardowych modeli. Analizy ekonomiczne są szczególnie przydatne w sprawach o charakterze precedensowym, wymagających stworzenie zupełnie nowych teorii szkody. Metody te znajdują zastosowanie głównie bardziej skomplikowanych postępowaniach z art. 9 ustawy okik, jak i nietypowych porozumieniach horyzontalnych i wertykalnych. W kategorii

⁴⁶ R. Schlossberg (red.), *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, American Bar Association, United States, March 2008, s. 120-122. Przykład zastosowania analizy przepływów międzynarodowych przy definiowaniu rynków można znaleźć na stronie 6 decyzji koncentracyjnej UOKiK: DKK 5/2008 z dnia 4 stycznia 2008 r.

⁴⁷ Zob. Aneks III do decyzji COMP/M.4439 Ryanair/Aer Lingus z 27 czerwca 2007 r.

„dopasowywanie teorii szkody” można również umieścić formalne testowanie teorii szkody, które wymaga dostępu do odpowiednich danych.

W niektórych jurysdykcjach na organie antymonopolowym spoczywa ciężar skwantyfikowania faktycznej szkody wyrządzonej odbiorcom lub korzyści odniesionej z tytułu stosowania antykonkurencyjnej praktyki, co wymaga korzystania z ekspertyz ekonomicznych. Wybór odpowiedniej metody zależy od charakteru praktyki i dostępnych danych, jednak zwykle są one dość skomplikowane i pracochłonne⁴⁸. Kwantyfikacja szkody niewątpliwie może służyć wzmocnieniu uzasadnienia decyzji i wysokości kar nakładanych na podmioty naruszające prawo antymonopolowe, dlatego takie analizy należy zaliczyć do działań ukierunkowanych na poprawę jakości orzecznictwa.

Rola analiz ekonomicznych jest szczególnie istotna w postępowaniach w sprawach koncentracji. W „standardowych” sprawach dotyczących antykonkurencyjnych porozumień czy nadużywania pozycji dominującej, zaawansowana wiedza ekonomiczna często nie jest konieczna do zebrania i przeanalizowania materiału dowodowego. Prowadzący sprawę mogą bowiem korzystać z reguł prawnych i testów ekonomicznych oraz bezpośrednich dowodów wystąpienia faktycznych skutków praktyki. Sprawy koncentracyjne opierają się na tzw. analizie kontrfaktycznej. Prowadzący sprawę przewidzieć, jak zmienią się warunki konkurencji na rynkach w wyniku zmian w strukturze rynku wywołanych zgłoszoną transakcją i/lub środkami zaradczymi nałożonymi w decyzji warunkowej. Nie istnieją alternatywy dla analiz ekonomicznych jako metod prognozowania skutków koncentracji. Stosunkowo proste testy, bazujące na określeniu zmian struktury rynków właściwych wskutek koncentracji, są coraz częściej uzupełniane nowoczesnymi technikami ekonomicznymi wykorzystującymi dane dotyczące przepływu klientów (*upward pricing pressure*)⁴⁹, analizy ekonometryczne (analiza zależności między ceną a koncentracją), a nawet matematyczne modele oligopolu (symulacje koncentracji)⁵⁰.

Narzędziem o dużym potencjale poprawy jakości orzecznictwa antymonopolowego jest ocena jego trafności (ewaluacja) *ex post*. Polega ona zwykle na zbadaniu stanu konkurencji na

⁴⁸ Przegląd metod szacowania szkód z praktyk antymonopolowych można znaleźć w dokumencie Komisji Europejskiej: „*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*” – załączniku do komunikatu KE C(2013)3440, dostępnym na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf.

⁴⁹ Tzw. wskaźniki UPP wykorzystuje się do wstępnej oceny skutków koncentracji na rynkach dóbr zróżnicowanych, czyli w przypadkach, gdy granice między produktowymi rynkami właściwymi są rozmyte. Opis techniki można znaleźć np. w J. Farrell, C. Shapiro, *Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: Response*, The CPI Antitrust Journal, February 2010.

⁵⁰ Opis tego rodzaju narzędzi znaleźć można w: S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010 (wydanie 3.), rozdział 15.

rynku kilka lat po wydaniu decyzji antymonopolowej i porównaniu zmiany warunków konkurencji na rynku właściwym z ze zmianami na innych, ale podobnych rynkach geograficznych. Analizy *ex post* są właściwie jedynym dostępnym sposobem oceny trafności decyzji koncentracyjnych, choć może być wykorzystana również do oceny innych rodzajów decyzji antymonopolowych. Analizy takie nie są obecnie szczególnie popularne, głównie ze względu na dużą pracochłonność oraz brak bezpośredniego wpływu na realizację zadań organu antymonopolowego⁵¹.

Charakter podobny do ewaluacji *ex post* mają badania dotyczące efektywności organów antymonopolowych i skuteczności polityki ochrony konkurencji. Chodzi w nich nie tyle o ocenę trafności konkretnych decyzji antymonopolowych, co o sporządzenie bilansu kosztów i korzyści organu ochrony konkurencji w skali makro lub w poszczególnych działach/departamentach, co pozwala na optymalne wykorzystanie ograniczonych zasobów organów antymonopolowych i poprawę ekonomiki ich działania. Tego typu pracami zajmują się nie tylko ekonomiści zatrudnieni w urzędach antymonopolowych⁵², lecz również naukowcy prowadzący badania na temat skuteczności polityki ochrony konkurencji⁵³.

3. Zwiększenie wykrywalności naruszeń

Drugim obszarem zastosowania ekonomii w ochronie konkurencji jest podnoszenie skuteczności organu antymonopolowego poprzez poprawę wykrywalności naruszeń prawa. Niektóre organy antymonopolowe mogą w pełni polegać na mechanizmach takich jak programy *leniency* czy na sygnałach zgłaszanych przez uczestników rynku jako metodach wykrywania antykonkurencyjnych praktyk. Niski poziom znajomości prawa ochrony konkurencji, ograniczone zaufanie do organów władzy, czy też negatywne społeczne postrzeganie „donosicielstwa” zmuszają niektóre organy ochrony konkurencji do stosowanie proaktywnych metod wykrywania nieprawidłowości. Do metod takich należą również narzędzia ekonomiczne: badania rynku, badania przesiewowe (*screens*)⁵⁴. Badania rynku,

51 Przykład analizy wpływu koncentracji *ex post* można znaleźć w publikacji J. Farrell i in. *Economics at the FTC: Retrospective Merger Analysis with A Focus on Hospitals*, FTC, October 2009, dostępny pod adresem: http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-ftc-retrospective-merger-analysis-focus-hospitals/farrelletal_rio2009.pdf.

52 Przykładem takiego badania jest raport: „*OFT Positive Impact 11/12*”, OFT 2012, dostępny pod adresem: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205150610/http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/oft1428.pdf.

53 Zob. np. ewaluację reformy polityki koncentracyjnej Komisji Europejskiej: T. Duso i in., *An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform*, WZB Discussion Paper SP II 2010-16, Listopad 2010.

54 Przegląd teorii i praktycznych zastosowań badań przesiewowych do wykrywania karteli znaleźć można w raporcie „*Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*”, OECD Policy Roundtables, 2013, dostępny na: <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>.

biorące pod lupę pojedyncze rynki, przeprowadza się zwykle w oparciu o dane pozyskane od przedsiębiorców. W badaniach przesiewowych, nastawionych głównie na wykrywanie karteli i zmów przetargowych przez wykrywanie podejrzanych wzorców behawioralnych, wykorzystuje się dane dostępne publicznie. Szczególną formą badań *screeningowych* są analizy wielokryterialne (indeksy konkurencji), które polegają na poszukiwaniu rynków, których cechy strukturalne sprzyjają funkcjonowaniu karteli⁵⁵.

4. Promowanie konkurencji

Trzecią grupę działań w literaturze z obszaru ochrony konkurencji określa się zwykle angielskim terminem *competition advocacy*, w Polsce „promowaniem konkurencji”. Polegają one na wpływaniu na proces tworzenia regulacji (głównie regulacji sektorowych) tak, aby nowe regulacje w minimalnym stopniu ograniczały konkurencję na rynkach. Działania te mogą być podejmowane reaktywnie, w odpowiedzi na pojawiające się propozycje legislacyjne (zarówno rządowe jak i pozarządowe), ale również proaktywnie – poprzez identyfikację sektorów wymagających zmian regulacyjnych likwidujących legislacyjne ograniczenia konkurencji. Reaktywne działania promujące konkurencję wymagają stałego monitorowania procesów legislacyjnych i szybkiego reagowania na pojawiające się propozycje mogące godzić w proces konkurencji. Działania proaktywne są równie żmudne, wymagają bowiem dokładnego zbadania rynku oraz przedstawienia spójnych propozycji zmian w prawie opartych m.in. o rozwiązania stosowane w innych krajach lub rekomendacje organizacji międzynarodowych. Konieczność zaznajomienia się ze specyfiką rynku oraz ze stanem regulacji sektorowych w kraju i za granicą wynika z faktu, iż organ antymonopolowy musi w ich rezultacie stworzyć opcje regulacyjne poparte wiedzą ekspercką argumentami na tyle silnymi, że będą w stanie skłonić właściwe organy do podjęcia inicjatywy ustawodawczej. Analizy ekonomiczne odgrywają bardzo ważną rolę w obu rodzajach działań, gdyż wykazanie wpływu regulacji na dobrobyt konsumentów oraz sytuację małych i średnich przedsiębiorstw, poparte spójną analizą teoretyczną lub odpowiednio skwantyfikowane, posiadają w praktyce dużą moc przekonywania. Przykładem działania promującego konkurencję, w istotną rolę odegrały analizy ekonomiczne był raport UOKiK dotyczący rynku zamówień publicznych⁵⁶. Opublikowanie raportu z pewnością przyczyniło się do

⁵⁵ Przykładem zastosowania indeksu konkurencji do typowania rynków, na których konkurencja nie działa prawidłowo, jest indeks stworzony przez Urząd Antymonopolowy Niderlandów, zob. L. Petit „*The Economic Detection Instrument of the Netherlands Competition Authority: The Competition Index*”, Nma Working Papers No. 6, January 2012.

⁵⁶ Raport: „*System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*”, UOKiK, 2013, dostępny na: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=13832.

uwzględnienia głosu UOKiK podczas debaty nad sejmowymi i rządowymi projektami zmian w prawie zamówień publicznych. Trzeba zaznaczyć, że ogół działań *advocacy* charakteryzuje wysoka pracochłonność, to analizy ekonomiczne stanowiące wkład do nich zwykle nie są szczególnie skomplikowane, mogą natomiast wymagać pozyskania szczegółowych danych od podmiotów prywatnych.

5. Koszty i korzyści z ekonomizacji

W celu wyznaczenia optymalnej ścieżki ekonomizacji działań UOKiK, dokonaliśmy analizy kosztów i korzyści poszczególnych opisanych wyżej metod. Uwzględniliśmy w niej dwa składniki kosztowe. Pierwszy odnosi się do stopnia, w jakim konkretna technika wykorzystuje dane liczbowe. Drugi dotyczy stopnia skomplikowania techniki i nakładów pracy z nią związanych. Zasadność rozbicia analizy kosztów na te dwa składniki wynika z faktu, że pierwszy z nich (pozyskanie danych) obciąża zwykle najmocniej przedsiębiorców, podczas gdy drugi (nakłady pracy analitycznej) ponoszony jest przez organ antymonopolowy.

Nasza analiza ma pewne wady. Pierwszą z nich jest fakt, iż oceny strony kosztowej i wartości dodanej są w dużym stopniu subiektywne i odzwierciedlają nasze doświadczenie i wiedzę na temat rzeczywistych wymagań i praktycznych korzyści jakie niesie dana technika. Druga wiąże się z tym, że kategorie nazywane tutaj „metodami” czy technikami są dość szerokie i zwykle obejmują *de facto* cały wachlarz narzędzi ekonomicznych (np. badania rynku).

Wyniki analizy przedstawiono w Tabeli 1. Dla zachowania przejrzystości, każdemu ze wskaźników kosztowych oraz wskaźnikowi wartości dodanej przypisaliśmy jedną z trzech wartości: 1-„niski”, 2-„średni”, 3-„wysoki”. Na przykład technika „testy ilościowe SSNIP” charakteryzuje się wysokimi wymaganiami pod względem danych oraz wysokimi nakładami pracy, lecz jej wartość dodana oceniona została jako niska. Następnie porównujemy **średni** poziom wskaźnika kosztowego z poziomem wskaźnika wartości dodanej. Metody, dla których poziom wskaźnika wartości dodanej jest wyższy od średniej wskaźników kosztu, są tymi, które w naszej ocenie charakteryzuje korzystny bilans kosztów-korzyści⁵⁷.

⁵⁷ Ponieważ stosujemy wskaźniki jakościowe, nie jesteśmy w stanie wyznaczyć absolutnego bilansu (dodatni, ujemny), a jedynie bilans relatywny. Nasze zestawienie pokazuje które metody mają bardziej, a które mniej korzystny bilans kosztów-korzyści.

Tabela 1. Wskaźniki kosztów i korzyści metod ekonomicznych oraz potencjał ich zastosowania w UOKiK

Obszar zastosowania		Metoda (uporządkowane wg potencjału zastosowania – od największego, w ramach danego obszaru)	Wymagania pod względem danych (a)	Pracochłonność/ stopień skomplikowania (b)	Wartość dodana (c)	Znak różnicy wartości dodanej i średnik kosztów (c-(a+b)/2)	Potencjał zastosowania	
P o p r a	Definiowanie rynków właściwych	Testy ilościowe SSNIP	3	3	1	-	3	
		Testy bazujące na kosztach transportu i przepływach międzynarodowych	2	1	2	+	2	
		Analiza korelacji cen	2	2	1	-	1	

w a j a k o ś c i o r z e c z n i c t w a , w t y m :	Ustalanie pozycji rynkowej	Kompleksowa analiza sił rynkowych	1	1	3	+	3
	Określanie skutków praktyki	Budowanie/testowanie teorii szkody	2	2	3	+	2
		Kwantyfikacja szkody	3	3	1	-	2
	Ocena skutków koncentracji	Metody oparte o przepływy nabywców (UPP)	2	1	2	+	2
		Metody ekonometryczne	3	3	2	-	1
		Symulacja koncentracji	3	3	2	-	1
	Ocena trafności i skuteczności organu	Badanie trafności orzecznictwa <i>ex post</i>	3	3	3	0	1
		Badanie efektywności polityki ochrony konkurencji	3	3	2	-	1
	Wykrywanie praktyk	Badania rynku	3	3	3	0	3
		Badania przesiewowe	2	3	3	+	1
Indeksy konkurencji		3	3	2	-	1	
Promowanie konkurencji	Reaktywne	1	3	3	+	3	
	Proaktywne	3	3	3	0	1	

Źródło: Opracowanie własne.

Metody charakteryzujące się najlepszym bilansem, są tymi, których wykorzystanie jest najbardziej „ekonomiczne” w obecnym czasie. Są to:

- kompleksowa analiza sił rynkowych przy ustalaniu pozycji rynkowej podmiotu,
- reaktywne działania promujące konkurencję,
- budowanie i testowanie teorii szkody przy określaniu skutków praktyki,
- testy bazujące na kosztach transportu i przepływach międzynarodowych przy definiowaniu rynków właściwych,
- testy oparte na przepływach nabywców (*upward pricing pressure*) przy ocenie skutków koncentracji,
- badania przesiewowe w celu wykrywania karteli i zmów przetargowych,
- badanie trafności orzecznictwa UOKiK *ex post*,
- proaktywne działania promujące konkurencję.

Ostatnia kolumna w Tabeli 1, zatytułowana „Potencjał zastosowania”, pokazuje jak często **potencjalnie** dany rodzaj analizy mógłby być stosowany w urzędzie. Tutaj również zastosowano indeks liczbowy: 1 – poziom niski - oznacza nie więcej niż 3 przypadki rocznie, 2 – poziom średni – oznacza więcej niż 3, ale mniej niż 6 przypadków rocznie, 3 – poziom wysoki – oznacza 6 lub więcej przypadków rocznie. Oszacowanie potencjału zastosowania jest istotne gdyż jest wyznacznikiem całkowitego kosztu adopcji danej techniki. Wskaźnik ten, w połączeniu z bilansem kosztów i korzyści, daje lepszy pogląd na prawdopodobieństwo wykorzystania danej techniki przez UOKiK w najbliższym czasie.

Powyższa lista przedstawia harmonijną wizję ekonomizacji działań UOKiK. Techniki charakteryzujące się pozytywnym bilansem kosztów-korzyści znaleźć można w każdym obszarze zastosowań. Dwie techniki, które zajęły najwyższe pozycje w zestawieniu (kompleksowa analiza sił rynkowych oraz reaktywne działania *advocacy*) charakteryzuje jednocześnie wysoki potencjał zastosowania. Ponadto te dwie metody, oraz większość pozostałych, są już obecnie stosowane przez UOKiK, co jest ich dodatkowym ich atutem, gdyż ich dalsza popularyzacja będzie względnie łatwa. Żadna z metod, które nie znalazły się na powyższej „białej liście”, nie była do tej pory wykorzystana przez polski organ antymonopolowy. Oznacza to, że ekonomizacja będzie się w początkowym okresie odbywać głównie w oparciu o rozwój metod, z którymi organ jest już mniej lub bardziej zaznajomiony, co również zwiększa prawdopodobieństwo zrealizowania się prognozowanego scenariusza.

Wartość dodana danej metody oceniana jest przez pryzmat wpływu na osiągnięcie celów urzędu w **obecnym warunkach**. Użyteczność niektórych technik może zwiększyć się

istotnie w przyszłości, szczególnie ze względu na ewentualny wzrost ilości i jakości analiz ekonomicznych przedstawianych przez strony postępowań antymonopolowych. Może zatem okazać się, że wykorzystanie tańszych i prostszych metod nie będzie w stanie zapewnić sukcesu UOKiK w postępowaniu odwoławczym. Innymi słowy, rozwój doradztwa ekonomicznego świadczonego stronom postępowania istotnie zmieni ocenę wartości dodanej poszczególnych metod analitycznych. Z kolei popularyzacja programu *leniency i leniency plus* oraz wzrost znajomości prawa ochrony konkurencji wśród przedsiębiorców powinny w przyszłości wpłynąć na obniżenie wartości dodanej proaktywnych technik wykrywania karteli i zmów przetargowych.

Zakres zastosowania omówionych tutaj technik przez podmioty prywatne nie ogranicza się tylko do wykonywania ekspertyz na potrzeby stron postępowań antymonopolowych. Oszacowania szkód wywołanych praktykami antymonopolowymi jest nieodzownym dowodem w prywatnych postępowaniach odszkodowawczych. Ekonomiczne metody wykrywania karteli, takie jak badania przesiewowe, mogą być wykorzystywane przez prywatne podmioty do identyfikowania zmów między dostawcami towarów, jak również do detekcji wewnętrznych nieprawidłowości w badaniach typu *compliance*. Skuteczność i trafność decyzji antymonopolowych może być przedmiotem niezależnych badań naukowych. Systematyczną analizę ścieżki rozwoju ekonomizacji z perspektywy podmiotów prywatnych pozostawiamy osobom lepiej od nas zaznajomionym ze specyfiką tej sfery zastosowań ekonomii w ochronie konkurencji.

III. Podsumowanie

Myśl ekonomiczna kształtowała prawo i praktykę ochrony konkurencji od jego zarania. Obserwowany obecnie trend „ekonomizacji” ochrony konkurencji nie jest zatem fenomenem nowym a jedynie pewnym etapem rozwoju ekonomicznych metod stosowanych w ochronie konkurencji. Ekonomia nie jest dziedziną jednorodną a składające się na nią nurty prezentują odmienne, czasem sprzeczne propozycje odnośnie do stosowania prawa ochrony konkurencji. Nie jest to również nauka ścisła, co oznacza, że wyniki analiz obarczone są zawsze ryzykiem błędu a w niektórych sytuacjach okazują się mało użyteczne.

Przeprowadzona przez nas analiza kosztów i korzyści wykazała, że w obecnych warunkach zastosowanie nowoczesnych metod ekonomicznych może przynosić relatywnie duże korzyści we wszystkich obszarach działalności organu ochrony konkurencji: od szeroko rozumianej poprawy jakości orzecznictwa, poprzez wykrywanie praktyk, aż po działania

promujące konkurencję. Szczególnie korzystnym bilansem kosztów-korzyści charakteryzują się metody kompleksowej oceny pozycji rynkowej (stosowane w sprawach z art. 9 ustawy o UOKiK i w sprawach koncentracyjnych) oraz metody stosowane w reaktywnych działaniach promujących konkurencję. Na wachlarz narzędzi ekonomicznych używanych przez UOKiK w przyszłości istotny wpływ będzie miało tempo rozwoju doradztwa ekonomicznego z zakresu ochrony konkurencji świadczonych podmiotom prywatnym.

Bibliografia:

1. *A Long way from dismal*, The Economist, 10.01.2015.
2. Allan W., *The Effects-based Approach Under Article 102 TFEU: History and State of Play*, [w:] J. Bourgeois, D. Walbroeck (red.), *Ten years of effects-based approach in EU Competition Law – State of play and perspectives*, Global Competition Law Centre Annual Conference Series, n°3, Bruylant, Bruxelles 2012.
3. Areeda Ph., H. Hovenkamp, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston, Toronto, London, Supplement 1991.
4. Begg D., R. Dornbusch, S. Fischer, *Mikroekonomia*, PWE, Warszawa 2007.
5. Behrens P., *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007.
6. Bishop S., M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010 (wydanie 3.).
7. Bongard Ch., D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, Bonn-Warszawa 2007.
8. Cournot A., *Recherches sur les Principes Mathematiques de la Theorie des Richesses*, Hachette, Paris 1838.
9. Decyzja COMP/M.4439 Ryanair/Aer Lingus z 27 czerwca 2007 r. (Aneks III).
10. Decyzja UOKiK nr DKK 5/2008 z dnia 4 stycznia 2008 r.
11. Director A., E.H. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, Northwestern Law Review, volume 51, 1956 r.
12. Drexel J., W. Kerber, R. Podszun, *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, Edward Elgar Publishing, Northampton 2011.
13. Duso T. i in., *An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform*, WZB Discussion Paper SP II 2010-16, Listopad 2010.

14. Farrell J. i in., *Economics at the FTC: Retrospective Merger Analysis with A Focus on Hospitals*, FTC, October 2009, dostępny pod adresem: http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-ftc-retrospective-merger-analysis-focus-hospitals/farrelletal_rio2009.pdf.
15. Farrell J., C. Shapiro, *Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: Response*, The CPI Antitrust Journal, February 2010.
16. Fudenberg D., J. Tirole, *Game theory*, MIT Press, Cambridge 2002.
17. Gerber D., *Competition Law and International Trade: The European Union and the Neo-Liberal Factor*, Pacific Rim Law and Policy Journal, Vol.4 no.1, 1995.
18. Gerber D., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York 1998.
19. *Jak zbankrutowali nobliści?*, 9.10.2006 r.; <http://biznes.interia.pl/wiadomosci-dnia/news/jak-zbankrutowali-noblisci,797379>; data pobrania 14.01.2015 r.;
20. Jones A., B. Sufirin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2011.
21. Joskow P., M. Waterson, *Empirical Industrial Organization*, Edward Elgar Pub., 2004.
22. Jurczyk Z., *Cele polityki antymonopolowej*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, UOKiK, Warszawa 2007.
23. Jurczyk Z., *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012.
24. Jurkowska-Gomułka A., *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1(1); https://www.wsiz.rzeszow.pl/pl/Uczelnia/kadra/ajurkowska/Documents/01_jurkowska_stosowanie.pdf; data pobrania 20.01.2015 r.
25. Kip Viscusi W., J. Vernon, J. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, Wydanie 4, MIT Press, 19.08.2005.
26. Kohutek K., M Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
27. Kohutek K., *RPM nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży?*, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13; Internetowy Kwartalnik

- Antymonopolowy i Regulacyjny 2014, nr 6(3), s. 119;
<http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/20/pdf/119.pdf>; data pobrania 12.01.2015 r.
28. Komunikat KE C(2013)3440, załącznik: *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*”, dostępny na:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf.
29. 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 45/7 z 24.2.2009 r.; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224%2801%29&from=EN>; data pobrania 20.01.2015 r.
30. Koźmiński A., *Zarządzanie w warunkach niepewności*, [w:] *Kontrowersje wokół marketingu w Polsce*, Garbarski L., J. Tkaczyk (red.), Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, Akademia Leona Koźmińskiego, Warszawa 2009.
31. Kraciuk J., *Rola fuzji i przejęć w procesach koncentracyjnych w polskim przemyśle spożywczym*, Wydawnictwo SGGW, Warszawa 2010.
32. Kwoka J. Jr., L. White, *The Antitrust Revolution*, HarperCollinsPublishers, 1989.
33. Łyszkiewicz W., *Industrial organization: organizacja rynku i konkurencja*, Wyd. Elipsa, Warszawa 2000.
34. M. Pawłowska M., *Rentowność a struktura rynku – wyniki badania panelowego zgodnie z modelem SCP*, Bank i Kredyt, kwiecień 2007.
35. Małobęcki I., *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji — ekonomiczna i prawna analiza problemu*, UOKiK, Warszawa 2013.
36. Martin S., *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, Macmillan Publishing Company New York, Collier Macmillan Publishers London, 1989.
37. Marty F., *Towards an economics of Convention-based approach of the European competition policy*, Working Papers SeriesGroupe de REcherche en Droit, Economie, Gestion, UMR CNRS 7321; <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2014-06.pdf>; data pobrania 20.01.2015 r.
38. *Meet the market shapers*, The Economist, 10.01.2015.
39. Mises L., *Human Action*, Fox & Wilkes, San Francisco 1996.

40. Petit L. „*The Economic Detection Instrument of the Netherlands Competition Authority: The Competition Index*”, Nma Working Papers No. 6, January 2012.
41. Porter M., *The Five Competitive Forces that Shape Strategy*, Harvard Business Review, January 2008.
42. Raport: „*Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*”, OECD Policy Roundtables, 2013, dostępny na:
<http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>.
43. Raport: „*OFT Positive Impact 11/12*”, OFT 2012, dostępny pod adresem:
http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205150610/http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/of1428.pdf.
44. Raport: „*System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*”, UOKiK, 2013, dostępny na: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=13832.
45. Rothbard M., *Ekonomia wolnego rynku*, t. III, Fijor Publishing, Warszawa 2008.
46. Samuelson P.A. , W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, tom 1, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004.
47. Schlossberg R. (red.), *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, American Bar Association, United States, March 2008.
48. Sedlacek T., *Ekonomia dobra i zła*, Emka, Warszawa 2012.
49. Smith S., *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 1954.
50. Stankiewicz W., *Historia myśli ekonomicznej*, PWE, Warszawa 2006.
51. Stigler G., *The Organization of Industry*, R.D. Irwin Inc., Homewood, Illinois 1968.
52. Tokarczyk R., *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011.
53. *White paper on modernisation of the rules implementing articles 85 and 86 of the EC Treaty*, Commission Programme No 99/027, EC, Brussels, 28.04.1999;
http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com99_101_en.pdf; data pobrania 30.01.2015 r.