

Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Stosowanie analizy jakościowej w postępowaniach przed Prezesem UOKiK
- III. Możliwość prezentowania przez przedsiębiorców argumentów jakościowych
- IV. Analiza wybranych decyzji Prezesa UOKiK
 1. Uwagi wstępne
 2. Wyniki analizy
 3. Decyzje, w których przedsiębiorcy podejmowali analizę jakościową
 4. Decyzje, w których Prezes UOKiK podjął analizę jakościową
- V. Możliwość poszerzenia podejścia do przeprowadzania analizy jakościowej
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia analizę stosowania argumentów jakościowych w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK dotyczących nadużywania pozycji dominującej. Wskazano liczbę decyzji, w których ocena pozycji rynkowej przedsiębiorcy poparta była badaniem jakościowym, w odniesieniu do całkowitej liczby wydanych decyzji. Przeprowadzono analizę treści decyzji pod kątem wpływu zastosowanych argumentów jakościowych na ocenę pozycji rynkowej strony postępowania. Dodatkowo, dokonano przeglądu stosowanych argumentów jakościowych i zaproponowano poszerzone podejście do ich doboru.

Słowa kluczowe: pozycja rynkowa; analiza jakościowa; analiza ilościowa; pozycja dominująca; Prezes UOKiK.

I. Wstęp

Ocena pozycji rynkowej przedsiębiorstwa jest kluczowym etapem prowadzenia analizy antymonopolowej, przede wszystkim w sprawach dotyczących antykonkurencyjnych praktyk dominantów rynkowych oraz kontroli koncentracji przedsiębiorców. Niniejszy artykuł porusza kwestie oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem

* Analityk rynku w COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp. j.; absolwentka Centrum Kształcenia Międzynarodowego Politechniki Łódzkiej.

Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) dotyczących nadużywania pozycji dominującej.

Pierwszym etapem oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy jest analiza jego udziału rynkowego, liczona wartością lub wielkością sprzedaży. Następnie wartość oszacowanego udziału rynkowego odnoszona jest do obowiązującego ustawowego progu, stanowiącego wyznacznik do przyjęcia domniemania o zajmowaniu przez przedsiębiorcę pozycji dominującej.

Należy pamiętać, że statyczna, ilościowa analiza rynkowej pozycji przedsiębiorcy obciążona jest wieloma słabościami. Dlatego też określenie pozycji i siły rynkowej przedsiębiorcy, w kolejnym etapie, powinno zostać poparte analizą jakościową, czyli oceną sposobu funkcjonowania przedsiębiorcy, badaniem jego otoczenia konkurencyjnego i szeroko rozumianych warunków rynkowych.

Przedsiębiorca, w odniesieniu do którego toczy się postępowanie antymonopolowe w sprawie o nadużywanie pozycji dominującej (zwany również stroną), ma możliwość ustosunkowania się do kwestii posiadanej przez niego pozycji rynkowej. W tym celu, w toku prowadzonego postępowania może przedstawić Prezesowi UOKiK argumenty jakościowe, pozwalające na rzetelną i obiektywną ocenę jego pozycji na rynku właściwym. Niemniej, w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK, w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹ (dalej: uokik z 2007 r.), niewiele jest decyzji, w których przeprowadzono jakościową analizę pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

W niniejszym artykule przedstawione zostały wyniki analizy decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej w latach 2008–2012. Treść decyzji została przebadana pod kątem wykorzystywania w nich argumentów jakościowych do oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców. Ponadto, omówione zostały argumenty jakościowe wykorzystywane w toku tego rodzaju postępowań, a także wskazano możliwości poszerzenia podejścia do przeprowadzenia analizy jakościowej w celu oceny pozycji i siły rynkowej przedsiębiorców.

II. Stosowanie analizy jakościowej w postępowaniach przed Prezesem UOKiK

Stwierdzenie czy przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku nie jest procesem łatwym². Treść definicji, na podstawie której dokonuje się oceny pozycji rynkowej zawarta jest w art. 4 pkt 9 uokik z 2007 r. Definicja wskazuje, że przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą to przedsiębiorca mający możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez działanie w znacznym stopniu niezależne od konkurentów, kontrahentów i konsumentów, przy czym domniemuje się, że przedsiębiorca, którego udział rynkowy przekracza 40% zajmuje pozycję dominującą na rynku. Analizując zatem szczegółowo treść definicji ustawowej, można wskazać, że pozycja dominująca przedsiębiorcy występuje wówczas, gdy spełnione są następujące przesłanki: (1) przedsiębiorca posiada możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym oraz (2) przedsiębiorca posiada zdolność działania w znacznym zakresie niezależnie od swoich konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Uznaje się, że obie przesłanki

¹ Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.

² Por. T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*. Pod redakcją T. Skocznego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 612.

jakościowe muszą być spełnione łącznie, aby można było uznać, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą³.

Również Komisja w swoich wytycznych⁴ (dalej: Wytyczne Komisji) wskazuje, że sformułowana przez ETS w wyrokach⁵ definicja pozycji dominującej oznacza pozycję ekonomiczną przedsiębiorstwa, która umożliwia mu zapobieganie lub utrudnianie skutecznej konkurencji na rynku właściwym poprzez możliwość działania w znacznym stopniu niezależne od konkurentów, klientów, a w końcu także od konsumentów.

Należy zaznaczyć, że definicja pozycji dominującej ma również istotne znaczenie w kontroli koncentracji. Decyzje organów antymonopolowych podejmowane są bowiem przy użyciu tzw. testu SIEC (ang. *significant impediment of effective competition*) – testu istotnego ograniczenia konkurencji, którego szczególnym przypadkiem jest powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku⁶.

W polskim prawie definicja ustawowa pozycji dominującej została uzupełniona o ilościowe domniemanie posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, którego udział w rynku właściwym przekracza próg 40%. Ustalenie czy dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą nie może jednak zostać oparte wyłącznie na badaniu udziału rynkowego⁷, wymaga bowiem odwołania się do dwóch rodzajów czynników: wielkości udziału w rynku przedsiębiorstwa w odniesieniu do siły rynkowej i liczby konkurentów (rzeczywistych i potencjalnych) działających na tym samym rynku oraz wskaźników dodatkowych (jakościowych). Wysoki udział rynkowy nie determinuje pozycji dominującej, na przykład w przypadku występowania na rynku właściwym skutecznej konkurencji⁸. Dodatkowo, podkreślenia wymaga fakt, że działalność rynkowa i konkurencja jest procesem dynamicznym. Dlatego też ocena pozycji rynkowej przedsiębiorcy czy presji konkurencyjnej, której poddawane jest przedsiębiorstwo, nie powinna opierać się na chwilowej sytuacji na rynku⁹.

Obalenie ustawowego domniemania pozycji dominującej możliwe jest przez wykazanie, że pomimo posiadania udziału rynkowego przekraczającego próg 40%, przedsiębiorca nie posiada pozycji dominującej – nie spełnia przesłanek jakościowych (wówczas ciężar dowodu spoczywa po stronie przedsiębiorcy, wobec którego toczy się postępowanie) lub wykazanie, że przedsiębiorca posiada taką pozycję, mimo że jego udział w rynku nie osiąga ustawowego progu 40% (w takim przypadku ciężar dowodu spoczywa na organie antymonopolowym)¹⁰.

Prezes UOKiK posiada zatem narzędzie w postaci domniemania prawnego, a zastosowanie przez niego analizy jakościowej konieczne jest jedynie w przypadku analizy pozycji rynkowej przedsiębiorcy o udziale rynkowym nieprzekraczającym progu 40%, wobec którego zachodzi podejrzenie, że posiada pozycję dominującą na rynku.

³ Ibidem, s. 236. Zob. także K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 193; E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 52–53.

⁴ 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 2009 C 45/02).

⁵ Wyr. ETS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company i United Brands Continental przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1978, s.207); wyr. ETS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. przeciwko Komisji* (Zb. Orz 1979, s.461).

⁶ T. Skoczny [w:] *Ustawa...*, s. 235.

⁷ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 199.

⁸ Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2004, s. 239–240.

⁹ Por. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 82.

¹⁰ Por. T. Skoczny [w:] *Ustawa...*, s. 243.

Analiza decyzji Prezesa UOKiK pozwala zauważyć, że podejście Urzędu w kwestii stosowanych kryteriów oceny pozycji rynkowej strony postępowania nie jest jednolite. W decyzji w sprawie PZU¹¹ Prezes UOKiK zastosował domniemanie posiadania pozycji: „wprawdzie powołany przepis art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie (...) opiera definicję pozycji dominującej na spełnieniu przez przedsiębiorcę dwóch kryteriów, tj.: możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów oraz możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji, to jednak wprowadza *in fine* domniemanie prawne oparte na ilościowym kryterium udziału w rynku, które jest wiążące dla organu antymonopolowego. Skoro więc udział w rynku PZU jest wyższy niż udział wskazany w powołanym przepisie wynoszący 40%, to należy uznać, że Ubezpieczyciel ten posiada pozycję dominującą na rynku (...)”. Prezes Urzędu informuje również po czyjej stronie powinna zaistnieć ewentualna inicjatywa w przeprowadzeniu analizy jakościowej – „kryterium ilościowe udziału w rynku (...) nie może być samodzielnym wyznacznikiem tejże pozycji, bowiem stwarza jedynie domniemanie prawne w rozumieniu art. 243 Kpc, które może być obalone przez stronę mającą w tym interes prawny”¹² czy też „(...) ciężar dowodów pozwalających obalić zawarte w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów domniemanie posiadania pozycji dominującej, jakie przepis ten wiąże z przekroczeniem 40% udziału rynkowego, spoczywa na kwestionującym je przedsiębiorcy”¹³.

Niemniej, w części decyzji to Prezes UOKiK podejmował analizę jakościową (zarówno wspierającą domniemanie o posiadaniu pozycji, jak i wskazującą na brak znaczącej siły rynkowej przedsiębiorcy), podczas gdy strona postępowania nie przedstawiła żadnych argumentów na swoją obronę. Przykładowo, w decyzji w sprawie nadużywania pozycji dominującej przez spółkę PTC¹⁴, pomimo że udział PTC w rynku właściwym został określony jako „zbliżony i nieznacznie przekraczający 40%”, Prezes Urzędu podkreśla, iż „(...) do uznania, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku nie wystarczy proste obliczenie udziału w oderwaniu od innych realiów rynkowych. Konieczne jest bowiem odniesienie się do rynku (specyfika, bariery wejścia na rynek), na jakim przedsiębiorca działa, a przede wszystkim określenie pozycji jego konkurentów (...)”. Prezes UOKiK w treści tej decyzji akcentuje zatem wagę i znaczenie analizy jakościowej dla procesu wyznaczania pozycji rynkowej przedsiębiorcy, pomimo udziału rynkowego spełniającego domniemanie pozycji dominującej.

Niezależnie od powyższego, jak zostanie zaprezentowane w dalszej części artykułu, w większości decyzji Prezesa UOKiK dotyczących stosowania przepisów art. 9 uokik z 2007 r., badanie pozycji rynkowej przedsiębiorców ograniczone zostało wyłącznie do badania kryterium ilościowego. Można zatem uznać, że również przedsiębiorcy nie podejmowali próby obalenia domniemania prawnego. W relatywnie niewielu sprawach badano występowanie wskazanych w uokik z 2007 r. jakościowych przesłanek posiadania pozycji dominującej.

¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 11.08.2009 r., RKR-12/2009.

¹² Postanowienie Sądu Antymonopolowego z 3.10.1994 r., sygn. akt XVII Amr 5/93, Wokanda Nr 9 z 1995 r. [w:] decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2009 r., RGD-1/2009.

¹³ M.in. decyzja Prezesa UOKiK z 13.12.2010 r., RWA-23/2010.

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.12.2011 r., DOK-11/2011.

III. Możliwość prezentowania przez przedsiębiorców argumentów jakościowych

Stosowane przez Urząd domniemanie o posiadaniu pozycji dominującej może zostać wzruszone w przypadku, gdy istnieją obiektywne argumenty wskazujące na fakt, że przedsiębiorca nie może działać na rynku niezależnie od kontrahentów, konkurentów oraz konsumentów. W toku postępowania antymonopolowego przedsiębiorcy, wobec którego toczy się postępowanie, przysługuje prawo do przedstawiania argumentacji i podejmowania dyskusji z Prezesem UOKiK, w tym m.in.¹⁵ w sprawie oceny zajmowanej przez niego pozycji rynkowej i domniemania posiadania pozycji dominującej.

Mając na uwadze treść art. 4 pkt 10 uokik z 2007 r. oraz dotychczasową praktykę decyzyjną Prezesa Urzędu, można wskazać, że w przypadku gdy przedsiębiorca będący stroną postępowania nie podejmie próby obalenia domniemania prawnego, wyznaczenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy zostanie z dużym prawdopodobieństwem ograniczone do analizy wartości jego udziału rynkowego (na mocy domniemania prawnego).

W przypadku, gdy przedsiębiorca przedstawi w toku postępowania antymonopolowego argumenty jakościowe służące ocenie jego pozycji na rynku właściwym, argumenty takie powinny zostać przedstawione w treści decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 107 § 3 kpa¹⁶ „uzasadnienie faktyczne decyzji powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej (...)”. Uznając zatem przedstawione przez przedsiębiorcę argumenty jakościowe za dowody w postępowaniu antymonopolowym, można zbudować założenie, że Prezes UOKiK ma obowiązek odniesienia się do każdego z nich, a tym samym wskazania każdego podniesionego przez zainteresowaną stronę argumentu w treści decyzji. Powyższe obowiązuje bez względu na fakt, czy przedstawione argumenty są w opinii Prezesa UOKiK zasadne. Możliwe jest więc przyjęcie założenia, że jeżeli Prezes UOKiK w treści decyzji nie odniósł się do analizy jakościowej przedstawionej przez przedsiębiorcę, przedsiębiorca takiej analizy nie przeprowadził i nie podjął dyskusji w tym względzie.

W związku z powyższym sprawdzenie, czy przedsiębiorcy wykorzystują możliwość przedstawiania jakościowych argumentów dla oceny swojej pozycji rynkowej w dyskusji podejmowanej w toku postępowania antymonopolowego, zostało oparte na analizie decyzji Prezesa UOKiK publikowanych na stronie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Urząd). Badaniu poddane zostały wybrane decyzje w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej wydane przez Prezesa UOKiK w okresie 2008–2012 i opublikowane na stronie internetowej Urzędu¹⁷.

¹⁵ Należy zwrócić uwagę, że poprawne obliczenie (bądź oszacowanie) udziału rynkowego jest bezpośrednio związane z poprawnym zdefiniowaniem rynku właściwego, na którym działa przedsiębiorca i jego konkurenci. Podejście do definiowania rynku właściwego może stanowić kolejny obszar, w którym przedsiębiorca ma możliwość podjęcia dyskusji z Prezesem UOKiK, jeżeli uzna, że zgodnie z jego wiedzą i doświadczeniem rynkowym definicja rynku właściwego jest inna od tej przyjętej przez Urząd.

¹⁶ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267).

¹⁷ Pobrano z: http://uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php.

IV. Analiza wybranych decyzji Prezesa UOKiK

1. Uwagi wstępne

Analizując treść decyzji pod kątem zaprezentowanego w nich podejścia do oceny pozycji rynkowej, można wyodrębnić trzy metody weryfikacji pozycji rynkowej przedsiębiorcy stosowane w postępowaniach przed Prezesem Urzędu. Na potrzeby niniejszego badania, podejścia te zostały podzielone na:

- prostą analizę ilościową – polegającą wyłącznie na obliczeniu udziału rynkowego przedsiębiorcy i odniesieniu go do ustawowego progu 40%;
- poszerzoną analizę ilościową – obejmującą, poza obliczeniem udziału rynkowego przedsiębiorcy, badanie stabilności udziału rynkowego przedsiębiorcy (lub wszystkich konkurentów) w długim okresie lub ilościowe badanie otoczenia rynkowego polegające na sprawdzeniu udziału rynkowego największego konkurenta przedsiębiorcy bądź na badaniu struktury rynku właściwego;
- analizę jakościową – w zakres której można włączyć wszelkie inne argumenty analizowane w postępowaniu, dotyczące siły rynkowej przedsiębiorcy i jego otoczenia rynkowego, takie jak np. bariery wejścia na rynek, siła przetargowa nabywców, faza rozwoju rynku; analizę jakościową opisano odrębnie dla postępowań, w których została ona podjęta z inicjatywy Prezesa Urzędu oraz odrębnie dla postępowań, w których została ona podjęta z inicjatywy przedsiębiorcy będącego stroną postępowania.

Zaproponowany podział, wynika z braku możliwości uznania wszystkich omawianych w decyzjach czynników, wybiegających poza obliczenie udziału rynkowego przedsiębiorcy, jako kryteria jakościowe. Nie można bowiem uznać, że odniesienie udziału rynkowego przedsiębiorcy będącego stroną postępowania do udziałów konkurentów, czy też zbadanie wskaźnika koncentracji rynku stanowią już analizę jakościową. Jednocześnie brak rozróżnienia między decyzjami, w których definiowanie pozycji rynkowej zostało oparte wyłącznie na udziale rynkowym przedsiębiorcy, a tymi, w których choćby częściowo zbadano również otoczenie rynkowe, mogłoby wpłynąć na zafałszowanie wyników analizy i wniosków.

Badanie treści decyzji Prezesa UOKiK w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej polegało na sprawdzeniu w ilu, z analizowanych spraw przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy:

- analizowane były wyłącznie argumenty ilościowe;
- analizowane były jakiegokolwiek argumenty jakościowe;
- przedsiębiorcy podejmowali dyskusję z Prezesem UOKiK, prezentując argumenty jakościowe;
- analiza argumentów jakościowych wpłynęła na uznanie przez Prezesa UOKiK, że pomimo wysokiego udziału w rynku przedsiębiorca nie zajmuje dominującej pozycji rynkowej;
- analiza argumentów jakościowych nie wpłynęła na uznanie przez Prezesa UOKiK, że przedsiębiorca zajmuje dominującą pozycję rynkową.

Ponadto, sprawdzono również jakiego rodzaju argumenty jakościowe analizowane były w toku prowadzonych postępowań antymonopolowych.

2. Wyniki analizy

Spośród 388 decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK w latach 2008–2012 w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej, niniejszej analizie zostało poddanych 40. Analizą nie zostały

objęte decyzje dotyczące monopolii (głównie usługi wodociągowo-kanalizacyjne, usługi cmentarne i prosektoryjne, organizacja usług odbioru i składowania odpadów, składowanie i unieszkodliwianie odpadów, zarządzanie prawami autorskimi, dystrybucja energii elektrycznej, udostępnianie budynków pod instalacje telekomunikacyjne), quasi-monopolii (sytuacja, w której przedsiębiorcy nie są w stanie zagrozić jego konkurencji, ze względu na skalę przewagi siły rynkowej; quasi-monopolista dysponuje zwykle udziałem rynkowym przekraczającym 90%¹⁸), decyzje zmieniające decyzje wcześniejsze, dotyczące nałożenia kary ze zwłokę w wykonaniu wcześniejszej decyzji, a także w sprawy, które nie wchodziły w zakres kompetencji Prezesa UOKiK (postępowania te zostały umorzone).

Spośród przedmiotowych 40 decyzji, 2 nie spełniały kryteriów, które umożliwiały włączenie ich do analizy – dotyczyły kolektywnej pozycji dominującej, przy której Urząd nie dokonuje badania pozycji rynkowej przedsiębiorcy na podstawie definicji ustawowej, lecz wykorzystuje innego rodzaju przesłanki¹⁹. Szczegółowej analizie zostało poddanych zatem 38 decyzji Prezesa UOKiK.

W 15 spośród 38 analizowanych decyzji, a więc w ok. 40% decyzji, w których podjęto analizę pozycji rynkowej strony postępowania, nie dokonywano poszerzonej analizy ilościowej ani nie przedstawiono żadnych argumentów jakościowych przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy. W decyzjach tych, ocena pozycji rynkowej prowadzona przez Prezesa UOKiK została oparta wyłącznie na prostej analizie ilościowej, tj. domniemaniu prawnym. Przyjęte wcześniej założenia, pozwalają więc wysnuć wniosek, że przedsiębiorcy, wobec których toczyły się przedmiotowe postępowania nie podejmowali dyskusji z Prezesem UOKiK w tej kwestii.

W 7 decyzjach (18%), poza prostą analizą ilościową, Prezes Urzędu zastosował poszerzoną analizę ilościową, badając również otoczenie rynkowe strony postępowania. Tego rodzaju badanie pomaga stwierdzić czy przedsiębiorca spotyka się na rynku z konkurencją ze strony porównywalnych (pod kątem udziału) przedsiębiorców. Na przykład, w decyzji nr RBG-12/2010²⁰ poszerzona analiza ilościowa pozwoliła stwierdzić, że na rynku oprócz strony postępowania, posiadającej relatywnie wysoki udział rynkowy, obecny jest również konkurent o zbliżonym udziale w rynku właściwym. Pozwoliło to Prezesowi Urzędu na stwierdzenie, że przedsiębiorca spotyka się na rynku z istotną presją konkurencyjną. Sytuacja ta została określona jako duopol, w przypadku którego można uznać, że żaden z przedsiębiorców nie posiada wystarczającej siły rynkowej, aby zajmować pozycję dominującą. Przeprowadzenie prostej analizy otoczenia rynkowego przedsiębiorcy doprowadziło w tym przypadku do wniosków odmiennych od tych, które można by wysnuć na podstawie wyłącznie prostej analizy ilościowej.

W każdej z pozostałych 16 decyzji (42%), poza analizą ilościową (prostą lub poszerzoną), przedstawiony został co najmniej jeden argument jakościowy pozwalający na szerszą ocenę pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Niemniej jednak, jedynie w 4 postępowaniach, a więc jedynie w ok. 10% decyzji, argumenty takie przedstawiła strona postępowania. W przypadku pozostałych

¹⁸ T. Skoczny [w:] T. Skoczny, *Ustawa...*, s. 239.

¹⁹ Jak zostało wskazane m.in. w decyzji Prezesa UOKiK nr RWR-11/2008 z 12.03.2008 r. (za B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1998, s. 116), kolektywna dominacja występuje na rynkach o strukturze oligopolistycznej, w przypadku gdy każdy z oligopolistów, poprzez swoje zachowanie może wywierać wpływ na pozycje konkurencyjne pozostałych oligopolistów. W przypadku kolektywnej pozycji dominującej, kryterium nie stanowi suma udziałów poszczególnych przedsiębiorców, lecz spełnienie warunków, takich jak: (1) wysoki poziom przejrzystości rynku, (2) długotrwałe utrzymywanie się stanu „milczącej koordynacji”, (3) wspólna strategia, której nie mogą zagrozić konkurenci lub konsumenci.

²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 29.07.2010 r.

32% (w 12 decyzjach), to Urząd był inicjatorem jakościowego badania pozycji rynkowej strony postępowania.

Przy ocenie skutków stosowania argumentów jakościowych w postępowaniach antymonopolowych w sprawach o nadużywanie pozycji dominującej istotne jest sprawdzenie jak stosowanie tego rodzaju argumentów wpłynęło na końcową ocenę pozycji rynkowej przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK. Należy zatem wskazać, że na 16 postępowań, w których Prezes UOKiK przeprowadził analizę opartą na argumentach jakościowych, w 5 analiza ta pomogła stwierdzić, że przedsiębiorca, pomimo relatywnie wysokiego udziału rynkowego (przekraczającego 40%), nie może zostać uznany za dominanta. W 11 pozostałych postępowaniach przeprowadzona analiza jakościowa potwierdziła domniemanie o zajmowaniu pozycji dominującej przez stronę postępowania bądź też nie pozwoliła Prezesowi UOKiK uznać, że przedsiębiorca nie zajmuje pozycji dominującej na rynku.

3. Decyzje, w których przedsiębiorcy podejmowali analizę jakościową

Jak zostało wskazane powyżej, jedynie w 10% spośród analizowanych decyzji przedsiębiorcy podjęli dyskusję z Prezesem UOKiK w kwestii oceny ich pozycji rynkowej. Argumenty przedstawiane przez strony w toku postępowań były nieliczne. Przedsiębiorcy wskazywali średnio trzy argumenty, spośród których dominowało twierdzenie o borykaniu się z silną konkurencją na rynku, niekiedy poparte informacjami o utracie klientów bądź części udziałów rynkowych na rzecz konkurentów.

Dwie spośród czterech decyzji odnosiły się do działalności rynkowej spółki PKP Cargo²¹. W obu sprawach, spółka ta wskazała na fakt, że rynek kolejowego transportu towarów jest rynkiem przetargowym, co wpływa na istotne zwiększenie siły przetargowej nabywców usług. Dodatkowo w sprawie DOK-4/2012, przedsiębiorca ten podnosił, że bariery wejścia na rynek usług kolejowego transportu towarów są na tyle niskie, że umożliwiają nowym przedsiębiorcom względnie łatwe podjęcie działalności, co skutecznie obniża jego siłę rynkową. Argumenty te nie zostały jednak uznane przez Prezesa UOKiK za zasadne. Po przeprowadzeniu poszerzonej analizy ilościowej pozycji rynkowej spółki PKP Cargo (analiza udziałów rynkowych w długim okresie oraz odniesienie udziału rynkowego do udziałów konkurentów), Prezes Urzędu uznał, że spółka jest dominantem rynkowym.

W drugim z postępowań, oprócz wskazania na występującą silną konkurencję na rynku właściwym oraz przetargowy charakter rynku, spółka PKP Cargo argumentowała, iż za niską pozycją rynkową przemawia niepowodzenie prowadzonej przez nią promocji cenowej. Również w tym postępowaniu zaprezentowane argumenty nie znalazły uznania Prezesa Urzędu.

W postępowaniu dotyczącym działalności Amadeus Polska sp. z o.o.²² argumenty jakościowe przedsiębiorcy skupiały się na przedstawieniu Prezesowi UOKiK zmian technologicznych i postępu technicznego, jaki zaistniał na rynku właściwym w ciągu ostatnich lat. Zmiany te, zdaniem tego przedsiębiorcy, doprowadziły do pojawienia się i ekspansji na rynku konkurentów świadczących podobne usługi przy wykorzystaniu nowych technologii. W przedmiotowym postępowaniu Prezes UOKiK uznał jednak, że usługi świadczone we wskazywanych technologiach nie mogą zostać uznane za substytucyjne i nie wchodzą w zakres rynku właściwego. W efekcie przedstawione

²¹ Decyzje Prezesa UOKiK z 26.07.2012 r., DOK-4/2012 oraz z 7.07.2009 r., DOK-3/2009.

²² Decyzja Prezesa UOKiK z 13.12.2010 r., RWA-23/2010.

przez przedsiębiorcę argumenty jakościowe nie wpłynęły na ocenę pozycji rynkowej przez Prezesa UOKiK.

W ostatniej z czterech decyzji, w których przedsiębiorcy podjęli próbę dyskusji z Prezesem UOKiK w kwestii oceny ich pozycji rynkowej, spółka Multimedia Polska S.A.²³ w korespondencji z Urzędem wskazała, że nie jest w stanie „zapobiegać skutecznej konkurencji na rynku właściwym”, ale twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi argumentami. Prezes UOKiK po przeprowadzeniu poszerzonej analizy ilościowej oraz analizy jakościowej (badanie przepływu klientów między konkurentami, ocena skutków działań promocyjnych) uznał, że spółka nie zajmuje pozycji dominującej na rynku właściwym. Niemniej nie można uznać, że na decyzję tę wpływ miało twierdzenie przedsiębiorcy o braku wpływu jego działań rynkowych na konkurencję.

4. Decyzje, w których Prezes UOKiK podjął analizę jakościową

Decyzje, w których analiza jakościowa podejmowana była z inicjatywy Prezesa UOKiK można zasadniczo podzielić na te, w których badanie wsparło domniemanie prawne o posiadaniu przez stronę postępowania pozycji dominującej, oraz te, w których analiza jakościowa wykazała brak siły rynkowej, pozwalającej przedsiębiorcy na funkcjonowanie niezależne od konkurentów, konsumentów oraz kontrahentów. Niemniej analizując uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK, można zauważyć, że stosowane przez Urząd argumenty jakościowe nie są zróżnicowane. Co do zasady, Prezes Urzędu badał w podobnych sprawach te same czynniki, które w efekcie przemawiały za lub zaprzeczały istnieniu istotnej siły rynkowej przedsiębiorcy.

Do katalogu czynników badanych przez Prezesa UOKiK w postępowaniach, w których podejmował analizę jakościową, należą w szczególności: badanie barier wejścia na rynek, przynależność przedsiębiorcy do grupy kapitałowej i posiadana przewaga ekonomiczna (zaplecze finansowe).

Barierę wejścia na rynek właściwy, analizowane były m.in. w decyzji RGD-1/2009²⁴, dotyczącej przedsiębiorcy działającego na lokalnym rynku wywozu odpadów, ograniczonym do obszaru jednej gminy. W tej sprawie łatwość wejścia na przedmiotowy rynek, przez innych przedsiębiorców świadczących analogiczne usługi na obszarach sąsiednich gmin, przemawiała za relatywnie niską siłą rynkową strony postępowania. Natomiast w postępowaniu w sprawie praktyk stosowanych przez PKP Cargo²⁵ identyfikacja wysokich barier wejścia na rynek kolejowego transportu towarów dodatkowo wzmocniła domniemanie o silnej pozycji rynkowej przedsiębiorcy.

Posiadanie przez przedsiębiorcę zaplecza finansowego w postaci rozbudowanej grupy kapitałowej jest kolejnym z argumentów wykorzystywanych przez Prezesa UOKiK do wsparcia domniemanie o silnej pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Przewaga ekonomiczna stanowiła istotny argument jakościowy m.in. w sprawach dotyczących Krajowej Stacji Chemiczno-Rolniczej²⁶, będącej jednostką budżetową, oraz PKP Cargo²⁷, przedsiębiorcy zasiedziałego, należącego do grupy kapitałowej PKP S.A. o znacznym potencjale finansowym.

²³ Decyzja Prezesa UOKiK z 9.07.2010 r., RGD-9/2010.

²⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2009 r.

²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.07.2012 r., DOK-4/2012.

²⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2008 r., RBG – 45/2008.

²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.07.2012 r., DOK-4/2012.

Innymi argumentami jakościowymi wykorzystywanymi przez Prezesa UOKiK były: dostęp do niezbędnej i rzadkiej bądź kosztownej infrastruktury²⁸, rozpoznawalność marki²⁹, porównanie zdolności produkcyjnych przedsiębiorcy i konkurentów³⁰, faza rozwoju rynku³¹, czy też rozwój nowych konkurencyjnych technologii wypierających technologie wykorzystywane przez przedsiębiorcę³².

Katalog argumentów jakościowych wykorzystywanych w postępowaniach antymonopolowych nie jest szeroki. Jedynie w nielicznych decyzjach odnaleźć można odpowiednie argumenty jakościowe, które użyte w konkretnej sprawie, pozwoliły na trafną ocenę sytuacji rynkowej. Zastosowanie tego rodzaju argumentu jakościowego miało miejsce na przykład w decyzji dotyczącej Przedsiębiorstwa Farmaceutycznego JELFA³³, posiadającego znaczący udział w rynku. W tym przypadku Prezes UOKiK wykorzystał informacje historyczne o działalności rynkowej przedsiębiorcy, okazało się bowiem, że w przeszłości miała miejsce sytuacja pomocna w ustaleniu jego pozycji rynkowej. W roku 2007, na okres 4 miesięcy, JELFA znacząco podwyższyła ceny oferowanych przez siebie produktów. W odpowiedzi klienci zaprzestali nabywania jej produktów i zaczęli nabywać substytuty pochodzące od mniejszych konkurentów przedsiębiorcy. Zachowanie konsumentów pozwoliło stwierdzić, że mimo posiadania znaczącego udziału w rynku właściwym, JELFA nie ma możliwości działania niezależnie od konsumentów oraz pozostałych uczestników rynku.

Interesująca jest również treść uzasadnienia decyzji w sprawie dotyczącej działalności spółki Wrigley Poland sp. z o.o.³⁴, producenta gum do żucia. W postępowaniu tym, pomimo faktu, że udział rynkowy przedsiębiorcy został oszacowany na ok 90%, Prezes UOKiK przedstawił argumenty jakościowe wskazujące na specyfikę prowadzonej przez niego działalności i posiadanie siły rynkowej niższej niż można by przypuszczać w przypadku posiadania tak znaczącego udziału w rynku. W swojej decyzji, Prezes UOKiK podkreślił, że producent tak specyficznego produktu, jakim jest guma do żucia, nie ma istotnej siły przetargowej w relacjach handlowych z dystrybutorami. Sprzedaż tego rodzaju produktów generuje bowiem bardzo nieznaczny odsetek przychodów dystrybutorów. Dodatkowo Prezes UOKiK uznał, że siłę rynkową strony postępowania obniżają występujące na rynku dystrybucji tendencje konsolidacyjne. Ostatecznie pozycja rynkowa Wrigley Poland sp. z o.o. oceniona została jako dominująca, na co wpływ miała analiza barier wejścia na rynek oraz znaczna rozpoznawalność marki.

V. Możliwość poszerzenia podejścia do przeprowadzania analizy jakościowej

Dokumentem, na którym można opierać się przy doborze argumentów jakościowych, w celu przeprowadzenia jakościowej analizy pozycji rynkowej przedsiębiorcy, są Wytyczne Komisji. W treści dokumentu Komisja wskazuje na konieczność zbadania podstawowych czynników, takich jak: struktura konkurencji na rynku, struktura udziałów rynkowych czy bariery wejścia i wyjścia z rynku. Dodatkowo, wskazuje jednak również na inne aspekty, których badanie może pozwolić na

²⁸ Decyzje Prezesa UOKiK z 29.12.2008 r., RBG – 45/2008 oraz z 7.07.2009 r., DOK-3/2009.

²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2008 r., RBG – 45/2008.

³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2009 r., RGD-1/2009.

³¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 29.01.2009 r., DOK-1/2009.

³² Decyzja Prezesa UOKiK z 9.07.2010 r., RGD-9/2010.

³³ Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2008 r., RWR-14/2008.

³⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r., DOK-8/2010.

przeprowadzenie obiektywnej analizy jakościowej, np. badanie barier ograniczających ekspansję na rynku (takich jak uprzywilejowany dostęp do zasadniczych czynników produkcji, zasobów naturalnych lub ważnych technologii czy też uczestnictwo w ugruntowanej sieci dystrybucji), badanie wyrównawczej siły nabywczej czy badanie pozycji odbiorców i dostawców czynników produkcji.

Innym dokumentem zawierającym możliwe do wykorzystania argumenty jakościowe są Wyjaśnienia UOKiK w sprawie oceny zgłaszanych koncentracji³⁵ (dalej: Wyjaśnienia UOKiK) oraz Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw³⁶ (dalej: Wytyczne horyzontalne). Wyjaśnienia UOKiK oraz Wytyczne horyzontalne zostały stworzone w celu badania skutków procesów koncentracyjnych, niemniej część wskazanych w tych dokumentach metod identyfikacji ograniczeń konkurencji może być stosowana również do przeprowadzenia analogicznego badania w kontekście oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach w sprawie nadużywania pozycji dominującej. Wyjaśnienia UOKiK zwracają uwagę na konieczność zbadania m.in. fluktuacji udziałów rynkowych, łatwości zmiany kontrahentów (stosowanie długoterminowych umów), fazy rozwoju rynku czy też specyfiki funkcjonowania danego rynku.

Należy podkreślić, że katalog możliwych do wykorzystywania argumentów jakościowych jest otwarty. Zasadniczo w postępowaniach antymonopolowych analizie powinny być poddawane argumenty dobrane do danej sprawy i do rodzaju działalności przedsiębiorcy. Dodatkowo, ocena pozycji rynkowej przedsiębiorcy może zostać poparta analizą wskaźników ekonomicznych, takich jak Indeks Lerner (dla strony postępowania oraz – jako punktu odniesienia – dla konkurentów), elastyczność cenowa popytu czy badanie preferencji konsumentów.

Argumenty jakościowe, będące elementami procesu oceny pozycji rynkowej przedsiębiorcy, mogą odnosić się do struktury przedsiębiorstwa i wpływu, jaki wywiera ono na kontrahentów lub do struktury rynku, na którym przedsiębiorca działa. Czynniki odnoszące się do struktury przedsiębiorstwa mogą opierać się na rozmiarze przedsiębiorstwa, pozwalającym na większą swobodę działania na rynku, jego zdolnościach gospodarczych, technicznych, produkcyjnych, międzynarodowej pozycji oraz stopniu integracji wertykalnej. Czynniki charakteryzujące strukturę rynku, to m.in. wielkość konkurentów, bariery wejścia oraz konkurencja potencjalna³⁷.

Pojęcie siły rynkowej czy też potencjału rynkowego nie jest zarezerwowane wyłącznie do postępowań antymonopolowych. Dziedziny nauki zgłębiające zasady funkcjonowania przedsiębiorców, takie jak ekonomia, marketing i nauki o zarządzaniu, charakteryzują i definiują silnego przedsiębiorcę zwykle jako model, do którego należy dążyć przy użyciu odpowiednich technik zarządczych. Przegląd literatury opisującej modelowego przedsiębiorcę o istotnym potencjale rynkowym może pomóc w znalezieniu cech i argumentów, których zbadanie w odniesieniu do strony postępowania antymonopolowego może doprowadzić do obiektywnych wniosków w kwestii oceny jego pozycji rynkowej. Czynniki te mogą stanowić również potencjalne argumenty dla przedsiębiorców, wobec których toczy się postępowanie antymonopolowe.

W ujęciu zarządzania strategicznego³⁸ silna pozycja rynkowa przedsiębiorstwa może wynikać z efektywności operacyjnej, skutkującej możliwością oferowania produktów wyższej jakości

³⁵ Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji, UOKiK (2012.06.11).

³⁶ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03).

³⁷ Z. Brodecki (red.), *Konkurencja...*, s. 240.

³⁸ M.E. Porter, *Porter o konkurencji*, PWE, Warszawa 2001, s. 47–80.

po niższej cenie. Zatem analiza możliwości bądź braku możliwości stosowania przez przedsiębiorcę działającego na rynku atrakcyjnych cen, a także porównanie efektywności operacyjnej przedsiębiorcy do efektywności konkurentów może pozwolić na sprawdzenie czy przedsiębiorcę tego cechuje istotna siła rynkowa. Dodatkowo, analizie podlegać może umiejętność tworzenia przewagi konkurencyjnej przez przedsiębiorcę (obniżanie kosztów, zwiększanie zróżnicowania oferty, zwiększenie zasięgu konkurowania) oraz jego zdolność do dostosowania się do nowych warunków konkurencyjnych.

W procesie przeprowadzania analizy jakościowej weryfikacji może podlegać również potencjał przedsiębiorcy³⁹, rozumiany nie tylko jako posiadane przez niego zasoby, również lecz także kompetencje, charakteryzują one bowiem aktualną jego zdolność ekonomiczną, organizacyjną i techniczną do przetrwania i rozwoju.

W ujęciu marketingowym silna pozycja przedsiębiorcy⁴⁰ przejawia się w prowadzonych przez niego różnorodnych działaniach marketingowych i promocyjnych, wspierających jego działalność rynkową. Niezwykle istotna jest również umiejętność przedsiębiorcy do dostosowywania się do zmian pojawiających się na rynku. Badając reakcje przedsiębiorcy na zachodzące na rynku zmiany, można wywnioskować czy zachowuje się on jak lider rynkowy czy też stara się nadążyć za konkurentami i nie ulec presji konkurencyjnej na rynku⁴¹.

O pozycji konkurencyjnej przedsiębiorcy świadczy również jego standing finansowy⁴². Kondycja finansowa przedsiębiorstwa wiąże się bowiem z jego wiarygodnością i siłą ekonomiczną na rynku, co bezpośrednio wpływa na zaufanie kontrahentów. Należy zauważyć, że wyniki analizy finansowej działalności przedsiębiorcy nie są wyłącznie jego wewnętrzną sprawą. Finanse przedsiębiorcy mogą stanowić wyznacznik jego siły, ale również – narzędzie walki konkurencyjnej. W warunkach silnej konkurencji przedsiębiorstwa powinny interesować się standingiem finansowym konkurentów, aby móc wykorzystać tę wiedzę w najbardziej dogodnym momencie. Brak wiedzy o kontrahentach może stanowić zatem jedną z istotnych przesłanek posiadania silnej pozycji rynkowej.

Wykorzystując badanie standingu finansowego przedsiębiorcy jako argumentu przemawiającego za posiadaniem przez niego istotnej siły rynkowej, można spotkać się z zarzutem, iż „karze” się przedsiębiorców za dobrą organizację i umiejętność zarządzania oraz funkcjonowania na rynku. Niemniej należy pamiętać, że nie jest zabronione posiadanie pozycji dominującej na rynku. Zabronione jest jedynie jej nadużywanie⁴³.

VI. Podsumowanie

Badanie wykorzystywania analizy jakościowej w postępowaniach antymonopolowych dotyczących spraw o nadużywanie pozycji dominującej przed Prezesem UOKiK wykazało, że stosowanie tego narzędzia nie jest regułą. W ponad połowie (ok. 58%) postępowań, w których możliwe było zastosowanie tego rodzaju analizy, ocenę pozycji rynkowej strony postępowania oparto wyłącznie na kryterium ilościowym (analiza podstawowa lub poszerzona).

³⁹ I. Penc-Pietrzak, *Planowanie strategiczne w nowoczesnej firmie*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2010 s. 184.

⁴⁰ P. Kotler, *Marketing, Analiza, planowanie, wdrażanie i kontrola*, Northwestern University, wyd. 8, Warszawa 1994, s. 46.

⁴¹ Ibidem, s. 81.

⁴² Witold Bień, *Zarządzanie finansami przedsiębiorstwa*, Difin, Warszawa 1999, s. 81.

⁴³ M.in. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 336.

Należy podkreślić, że zastosowanie analizy jakościowej pozwala na bardziej kompleksową i obiektywną ocenę sytuacji i pozycji rynkowej przedsiębiorcy. W przeciwieństwie do postępowań, w których ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy służyła wyłącznie analiza ilościowa, w przypadku przeprowadzenia analizy jakościowej możliwe jest uznanie, że pomimo relatywnie wysokiego udziału, przedsiębiorca nie jest dominantem rynkowym bądź też, że relatywnie niski udział rynkowy nie przesądza o braku posiadania takiej pozycji. Prowadzenie analizy jakościowej powinno zatem stanowić regułę w postępowaniach antymonopolowych.

Wobec istnienia przewagi analizy jakościowej nad wyłącznym domniemaniem prawnym i prostą analizą ilościową należy się zastanowić, dlaczego przeprowadzanie takiej analizy nie jest stałym etapem podejmowania decyzji w postępowaniach antymonopolowych. Ważną konkluzją przeprowadzonego badania byłoby wskazanie po której stronie – Urzędu czy też strony postępowania – leży przyczyna takiej sytuacji.

Na podstawie treści przeanalizowanych decyzji trudno jest wskazać jednoznacznie, jaki jest stosunek Prezesa UOKiK do stosowania jakościowego badania pozycji rynkowej przedsiębiorców. Domniemanie prawne zawarte w art. 4 pkt 10 uokik z 2007 r. daje Prezesowi Urzędu możliwość braku stosowania tego rodzaju argumentów w sprawach, w których udział rynkowy przedsiębiorcy przekracza próg 40%. Niemniej treść decyzji wskazuje, że w części spraw Prezes Urzędu podejmuje szerszą analizę jakościową. Niezależnie jednak od podejścia Prezesa UOKiK, należy podkreślić, że każdorazowo stronie postępowania antymonopolowego przysługuje prawo do prezentowania własnych dowodów i argumentów w postępowaniu.

Postępowania, w których przedsiębiorcy stosowali argumentację jakościową w procesie wyznaczania ich pozycji na rynku właściwym są jednostkowe. Można jedynie przypuszczać, że przyczyną braku zainteresowania przedsiębiorców taką formą współpracy z Prezesem UOKiK może być brak świadomości o możliwości podjęcia tego rodzaju kroków lub brak obiektywnych informacji, które mogłyby zostać wykorzystane jako argumenty w postępowaniu. W niektórych sprawach niepodjęcie tego rodzaju kroków może być również działaniem świadomym bądź wynikającym z przekonania o faktycznym zajmowaniu silnej pozycji rynkowej.

Przyczyny niekorzystania przez przedsiębiorców z przysługującego im prawa do podjęcia dyskusji z Prezesem Urzędu w tej kwestii nie są zatem jasne. Analizując treść decyzji Prezesa UOKiK można łatwo zauważyć, że zdecydowanie częściej przedsiębiorcy przedstawiają swoje uwagi do sposobu definiowania rynku właściwego. Należy jednak pamiętać, że również na etapie ustalania pozycji rynkowej przedsiębiorca może bronić się przed koniecznością poniesienia kary, w przypadku gdy uważa, że podejmowane przez niego działania są niezbędne do prowadzenia działalności na rynku.