

Sławomir Dudzik\*  
Aleksander Tombiński\*\*

## Wyznaczanie rynków produktowych w ramach kontroli koncentracji sieci sklepów wielkopowierzchniowych. W kierunku konwergencji praktyk krajowych i unijnych?

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Sektor sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku
- III. Konkurencja na rynkach sprzedaży detalicznej AKCU w świetle decyzji Komisji Europejskiej i krajowych organów ochrony konkurencji
  1. Rynek HSD w orzecznictwie Komisji Europejskiej
  2. Rynek HSD w orzecznictwie belgijskich i hiszpańskich organów ochrony konkurencji
  3. Rynek HSD w orzecznictwie francuskich i włoskich organów ochrony konkurencji
  4. Rynek HSD w orzecznictwie brytyjskich i portugalskich organów ochrony konkurencji
  5. Rynek HSD w orzecznictwie niemieckiego organu ochrony konkurencji
  6. Rynek HSD w orzecznictwie Prezesa UOKiK
- III. Uwagi końcowe

### Streszczenie

Celem artykułu jest weryfikacja tezy o postępującej konwergencji w podejściu unijnych i krajowych organów ochrony konkurencji do kwestii wyznaczenia rynków produktowych na potrzeby kontroli koncentracji, na przykładzie sektora handlu detalicznego artykułami konsumpcyjnymi codziennego użytku (AKCU) w sklepach wielkoformatowych. Analiza decyzji wybranych organów ochrony konkurencji w UE ukazuje, że część organów wprowadziła asymetryczną definicję rynku, przyjmując, że z punktu widzenia supermarketów oraz dyskontów za ich konkurentów uznaje się również hipermarkety, podczas gdy z punktu widzenia hipermarketów, supermarkety i dyskonty z nimi nie konkurują. Inne organy natomiast uznają, że wszystkie trzy formaty sklepów wielkopowierzchniowych ze sobą konkurują. Różnice w orzecznictwie nie wydają się przy tym odzwierciedlać inherentnych różnic w strukturze konkurencji na poszczególnych rynkach narodowych. Tym samym nie może zostać pozytywnie zweryfikowana postawiona na wstępie teza. Autorzy postulują zatem intensyfikację współpracy między organami ochrony konkurencji w celu

\* Prof. dr hab. Sławomir Dudzik Katedra Prawa Europejskiego UJ. Członek Rady Doradczej przy Prezisie UOKiK. Partner w Kancelarii SPCG w Krakowie.

\*\* Mgr Aleksander Tombiński Associate w dziale prawa konkurencji Clifford Chance Bruksela.

wypracowania dobrych praktyk co do sposobów wyznaczenia rynków właściwych na potrzeby kontroli koncentracji.

**Słowa kluczowe:** kontrola koncentracji; rynek produktowy; definicja asymetryczna; handel detaliczny artykułami konsumpcyjnymi codziennego użytku

## I. Wstęp

Stosowanie prawa konkurencji we wszystkich jego obszarach wymaga wyznaczenia rynku właściwego. Dopiero dysponując bowiem narzędziem w postaci prawidłowej definicji rynku właściwego, organy ochrony konkurencji mogą identyfikować i skutecznie przeciwdziałać ograniczeniom konkurencji<sup>1</sup>. Komisja Europejska trafnie przy tym kładzie nacisk na konieczność zapewnienia przejrzystości działań w tym obszarze. Jest to szczególnie ważne w odniesieniu do definiowania rynku właściwego na potrzeby kontroli koncentracji przedsiębiorstw, ponieważ umożliwia, zwłaszcza przedsiębiorstwom zainteresowanym daną transakcją (połączeniem z innym przedsiębiorstwem, nabycie akcji lub udziałów innego przedsiębiorstwa, utworzeniem wspólnego przedsiębiorstwa itd.), ocenić szanse uzyskania zgody właściwego organu ochrony konkurencji oraz uwzględnić w swych kalkulacjach koszty koniecznych dostosowań do wymagań stawianych przez ten organ w tzw. decyzjach warunkowych.

Choć w Unii Europejskiej kontrola koncentracji przedsiębiorstw funkcjonuje zarówno na szczeblu ponadnarodowym, jak i krajowym, podejście do definiowania rynków właściwych oparte na kryteriach ekonomicznych powinno co do zasady skutkować analogicznymi wynikami, niezależnie który organ jest w danej sprawie właściwy. Nie można oczywiście pomijać specyfiki poszczególnych rynków krajowych lub lokalnych, niemniej jednak zniesienie w ramach rynku wewnętrznego UE barier w przepływie towarów usług i kapitału powinno ograniczać stosowanie rozwiązań partykularnych.

Celem niniejszego artykułu jest weryfikacja tezy, iż bardziej ekonomiczne podejście (*more economic approach*) do stosowania prawa konkurencji w Europie powinno prowadzić do daleko idącej konwergencji stanowisk w definiowaniu rynków właściwych (przede wszystkim w aspekcie produktowym) przez organy ochrony konkurencji (zarówno Komisję Europejską, jak i organy krajowe), natomiast ewentualne różnice powinny być usprawiedliwione w świetle właściwie przeanalizowanych i jasno wyłożonych przez organ danych ekonomicznych, przede wszystkim o charakterze ilościowym. Swoje rozważania odniesiemy przy tym do sektora sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku (AKCU), w tym przede wszystkim w sieciach sklepów wielkopowierzchniowych. Jest to sektor o szczególnym znaczeniu dla konsumentów z uwagi na jego związek z zaspokajaniem podstawowych ich potrzeb. Koncentracje w tym sektorze (w zależności od rozmiarów transakcji) podlegają kontroli na szczeblu unijnym lub krajowym (kontrola unijna wyłącza przy tym co do zasady możliwość kontroli krajowej), a zatem dobrze nadaje się on do badania podejścia różnych organów do kwestii definiowania rynku właściwego.

<sup>1</sup> Por. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03), Dz.Urz.WE 1997, C 372/5, pkt 2.

## II. Sektor sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku

W sektorze AKCU przy definiowaniu rynku właściwego w ujęciu produktowym, Komisja Europejska, a za nią organy ochrony konkurencji państw członkowskich, rozróżniają nowoczesne oraz tradycyjne formy handlu<sup>2</sup>.

Za nowoczesne formy handlu detalicznego uznawane są hipermarkety, supermarkety i dyskonty, które tworzą tzw. rynek HSD. Rynek ten dzielony jest tradycyjnie na dwa segmenty: hipermarketów oraz supermarketów i dyskontów<sup>3</sup>. Cechą, która pozwala na rozróżnienie hipermarketów od dwóch pozostałych nowoczesnych form handlu detalicznego jest powierzchnia sklepu. Warto jednak zauważyć, że różnice powierzchni pociągają za sobą różnice co do innych cech prowadzonej działalności, w tym odnośnie do oferowanego asortymentu lub lokalizacji sklepu. Dyskonty w stosunku do supermarketów i hipermarketów charakteryzuje także daleko posunięta polityka obniżania kosztów i cen oraz prostota wystroju<sup>4</sup>. Tego rodzaju różnice są jednak w wielu przypadkach trudno kwantyfikowalne, a zatem nie zawsze mogą stanowić użyteczne narzędzie analizy rynku.

Do form tradycyjnych handlu zaliczamy głównie tzw. sklepy osiedlowe. Pojęcie to obejmuje sklepy o małej powierzchni, gdzie towar podaje sprzedawca, chociaż w rzeczywistości jest to kategoria dużo bardziej różnorodna, zawierająca również m.in. małe sklepy samoobsługowe, kioski, targowiska oraz sklepy na stacjach paliw<sup>5</sup>.

Wiele argumentów przemawia za tym, by przy definiowaniu rynku właściwego w sektorze sprzedaży detalicznej rozdzielić nowoczesne i tradycyjne formy handlu detalicznego oraz by wykluczyć konkurencję pomiędzy nimi. Sklepy wielkopowierzchniowe oferują szerszy asortyment niż małe sklepy, szerszy wybór w ramach poszczególnych grup asortymentowych (tzw. głębszy asortyment) oraz wyróżniają się samoobsługowym charakterem. Ponadto, należą one do sieci handlowych, co zapewnia im rozpoznawalność wśród klientów i umożliwia oferowanie niższych cen (sieć handlowa posiada większą siłę nabywczą niż pojedynczy sklep małaformatowy). W końcu sklepy wielkoformatowe są zlokalizowane w miejscach z łatwym dojazdem i zwykle w pobliżu parkingu<sup>6</sup>. Sklepy małaformatowe nie posiadają wyżej wymienionych cech, w większości znajdują się one bliżej miejsca zamieszkania czy pracy.

Należy jeszcze zbadać, w jaki sposób oddzielić od siebie oba segmenty rynku HSD (tj. hipermarkety oraz supermarkety i dyskonty). Kryterium podziału może być przede wszystkim powierzchnia sklepu. Jednak państwa członkowskie nie wyznaczyły jednolitego progu, który rozgraniczałby hipermarkety z jednej, a supermarkety i dyskonty z drugiej strony. Ponadto, brytyjska *Competition*

<sup>2</sup> Zob. np. decyzja Komisji Europejskiej z 22.12.2005 r. w sprawie COMP/M.3905 *Tesco/Carrefour (Czech Republic and Slovakia)*, pkt 10; decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 76/2008 z 24.09.2008 r., s. 10–12; decyzja *Autoridade da Concorrência*, nr 51/2007 z 27.12.2007 r. w sprawie *Sonae/Carrefour*, pkt 356; decyzja *Autorité de la concurrence*, nr 12-DCC-15 z 08.02.2012 r. w sprawie dotyczącej przejęcia przez spółkę Retail Leader Price Investissement (groupe Casino) kontroli nad spółką DBMH, pkt 10.

<sup>3</sup> W. Szymczak, *Definicja rynku jako kluczowy element oceny koncentracji w handlu detalicznym*, [w:] M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 251.

<sup>4</sup> Urząd włoski dzieli jeszcze dyskonty na *hard* oraz *soft* dyskonty. *Hard* dyskonty prowadzą bardzo daleko posuniętą politykę obniżania cen, oferują bardzo okrojony asortyment (głównie marki własne) oraz wręcz „spartański” wystrój. U *soft* dyskontów cechy te nie są aż tak daleko posunięte. Decyzja *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* nr 6113 (C3037) z 18.06.1998 r., *Schemavenuto-Promodès/Gruppo GS*, pkt 14.

<sup>5</sup> W. Szymczak, *Definicja rynku...*, s. 248.

<sup>6</sup> Decyzja Prezesa UOKiK, Nr DKK – 76/2008 z 24.09.2008 r., s. 9–10. Por. także Badanie Pentor RI, *Zasięg oddziaływania sklepów wielkopowierzchniowych, multipleksów oraz aptek*, Warszawa 2009, s. 18, z którego wynika, że supermarkety są podobne do hipermarketów pod względem kryteriów najważniejszych dla konsumentów, tj. ceny oraz asortymentu.

*Commission* w ogóle nie wyznaczyła takiego progu, a jedynie przedział, w którym próg ten będzie określany w zależności od okoliczności danej sprawy<sup>7</sup>.

Liczne organy ochrony konkurencji definiują hipermarkety jako sklepy, których powierzchnia przekracza 2500 m<sup>2</sup>. Próg ten przyjęły organy francuski<sup>8</sup>, hiszpański<sup>9</sup> oraz włoski<sup>10</sup>. W. Szymczak zauważa, że taki sam próg używany jest w Polsce przez Główny Urząd Statystyczny oraz część firm badających rynek<sup>11</sup>. Natomiast w sprawozdaniu dot. konkurencji w sektorze sprzedaży detalicznej brytyjska *Competition Commission*<sup>12</sup> uważa, iż do kategorii *larger grocery stores* (którą można utożsamić z hipermarketami) należą sklepy o powierzchni przekraczającej 1000–2000 m<sup>2</sup>. W praktyce *Competition Commission* wyznacza próg w zależności od okoliczności i najczęściej jest to 1400 m<sup>2</sup> powierzchni<sup>13</sup>.

Warto zaznaczyć także, iż, jak zauważa francuska *Autorité de la concurrence*<sup>14</sup>, należy zachować pewną ostrożność przy porównywaniu punktów sprzedaży z różnych kategorii, jeżeli ich powierzchnia jest zbliżona do progu rozdzielającego supermarkety od hipermarketów, ponieważ w rzeczywistości mogą one być ze sobą w bezpośredniej konkurencji.

Całkowicie odmienne podejście prezentuje natomiast niemiecki *Bundeskartellamt*<sup>15</sup>. Dzieli on rynek podmiotowo właściwy na dwa segmenty, opierając rozróżnienie na kryterium szerokości i głębokości asortymentu. Bada on konkurencję między sklepami dyskontowymi, charakteryzującymi się niepełną ofertą oraz *Vollsortimenter* (super- i hipermarketami) – sklepami oferującymi pełny asortyment AKCU, z dużym udziałem artykułów markowych<sup>16</sup>. Sklepy należące do kategorii *Vollsortimenter* charakteryzują się znaczną rozpiętością pod względem posiadanej powierzchni handlowej: od małych supermarketów o powierzchni mniejszej niż 400 m<sup>2</sup> aż do hipermarketów o powierzchni pomiędzy ok. 1500 a 5000 m<sup>2</sup>.

W ostatnich latach istnienie odrębnego jednolitego rynku HSD zostało jednak poddane w wątpliwość. Organ ochrony konkurencji niektórych państw członkowskich UE, między innymi polski UOKiK, brytyjska *Competition Commission*, francuska *Autorité de la concurrence* oraz portugalska *Autoridade da Concorrência*, dopuściły możliwość braku symetrii konkurencji między segmentami rynku HSD. Definicja asymetryczna rynku HSD oznacza, iż z punktu widzenia supermarketów oraz dyskontów za ich konkurentów uznaje się również hipermarkety, podczas gdy w odwrotną stronę nie dopuszcza się takiej zależności, tzn., że z punktu widzenia hipermarketów, supermarkety i dyskonty z nimi nie konkurują. Warto jednak bardziej szczegółowo prześledzić stanowiska przyjmowane w tej kwestii w poszczególnych jurysdykcjach.

<sup>7</sup> *Competition Commission, Market investigation into the supply of groceries in the UK*, 30.04.2008 r., pkt 4.63. Dokument dostępny pod adresem: [http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep\\_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf).

<sup>8</sup> Np. decyzja *Autorité de la concurrence* z 08.02.2012 r., nr 12-DCC-15 w sprawie dotyczącej przejścia przez spółkę Retail Leader Price Investissement (groupe Casino) kontroli nad spółką DBMH.

<sup>9</sup> Np. decyzja *Comisión Nacional de la Competencia* z 02.09.2009 r., nr C/0171/09 EROSKI/SABECO (*Activos*).

<sup>10</sup> Np. decyzja *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* z 18.06.1998 r., nr 6113 (C3037) *Schemavenuto-Promodès/Gruppo GS*.

<sup>11</sup> W. Szymczak, *Definicja rynku...*, s. 254.

<sup>12</sup> *Competition Commission, Market investigation...*, pkt 4.63.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pkt 13.

<sup>14</sup> Np. decyzja *Autorité de la concurrence* z 08.02.2012 r., nr 12-DCC-15 w sprawie dotyczącej przejścia przez spółkę Retail Leader Price Investissement (groupe Casino) kontroli nad spółką DBMH.

<sup>15</sup> Decyzja *Bundeskartellamt*, z 25.08.2005 r., nr B9-52111-Fa-27/05Edeka/Spar oraz decyzja *Bundeskartellamt* z 30.06.2008 r. nr B2-333/07, *Edeka/Tengelmann*.

<sup>16</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 30.06.2008 r., nr B2-333/07 *Edeka/Tengelmann*, s. 30–31.

### III. Konkurencja na rynkach sprzedaży detalicznej AKCU w świetle decyzji Komisji Europejskiej i krajowych organów ochrony konkurencji

#### 1. Rynek HSD w orzecznictwie Komisji Europejskiej

Podejście Komisji Europejskiej do konkurencji na rynkach sprzedaży detalicznej AKCU pozostaje od lat niezmiennie<sup>17</sup>. Uznaje ona konieczność wyodrębnienia rynku sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku prowadzonej w supermarketach, hipermarketach i dyskontach. Do rynku tego nie zalicza np. sklepów osiedlowych, specjalistycznych, sklepów na stacjach benzynowych, hurtowni typu *cash&carry*. Wskazuje przy tym, że wszystkie te trzy formaty sklepów (a więc supermarkety, hipermarkety i dyskonty) bezpośrednio ze sobą konkurują i stanowią część jednego rynku produktowego.

W decyzji *Tesco/Carrefour (Czech Republic and Slovakia)* z 2005 r. Komisja, opierając się na badaniach rynkowych uznała, że jej podejście do rynku produktowego w tym obszarze jest właściwe także w odniesieniu do sytuacji w Republice Czeskiej, a więc w nowym państwie członkowskim UE o relatywnie niższym poziomie zamożności konsumentów w porównaniu z państwami „starej” Unii<sup>18</sup>. Komisja dostrzega tam wprawdzie, że dyskonty (oraz sklepy osiedlowe) różnią się od hipermarketów i supermarketów pod względem zakresu sprzedawanych produktów oraz rodzajów oferowanych marek (wybór w dyskontach jest zwykle mniejszy), niemniej jednak wskazuje, że w Czechach ceny stosowane przez hipermarkety i dyskonty są generalnie niższe niż ceny w supermarketach. W odniesieniu do polityki cenowej hipermarkety zdają się zatem być bliżej sklepów dyskontowych niż supermarketów. Jak można wnosić, okoliczność ta w powiązaniu z odnotowaną przez Komisję znaczną wrażliwością cenową konsumentów czeskich doprowadziła ją do konkluzji o wzajemnym konkurowaniu hipermarketów i dyskontów.

Podejście to kontynuowała Komisja w wydanej w 2012 r. decyzji w sprawie *Groupe Auchan/Magyar Hipermarket*<sup>19</sup>. Strony próbowały tam przekonać Komisję, że z uwagi na specyfikę rynku węgierskiego do nowoczesnych kanałów dystrybucji, jakimi są hipermarkety, supermarkety i dyskonty, należy włączyć jeszcze sklepy (hurtownie) *cash&carry*. Wskazywały one, że te ostatnie konkurują z HSD nie tylko o klientów biznesowych, lecz także o konsumentów. Stanowisko to nie zostało jednak przez Komisję potwierdzone. Na podstawie badań rynkowych uznała ona, że także w odniesieniu do rynku węgierskiego hipermarkety, supermarkety i dyskonty bezpośrednio ze sobą konkurują, przynależąc do tego samego rynku produktowego. Jeśli chodzi o sklepy *cash&carry* wyniki badań rynkowych okazały się jednak nierozstrzygające. Wprawdzie znaczna większość respondentów badania rynkowego wskazała, że nowoczesne kanały dystrybucji konkurują bezpośrednio z *cash&carry*, większość stowarzyszeń konsumenckich uznała zaś, że konsumenci mogą łatwo dokonywać zakupów także w *cash&carry*, a ich oferta jest porównywalna co do cen, zakresu oferowanych produktów oraz oferowanych udogodnień z ofertą HSD, jednakże część respondentów wskazywała na konieczność dopełnienia pewnych szczególnych wymagań koniecznych, by można było kupować w *cash&carry*. Komisja pozostawiła zatem kwestię zaliczenia *cash&carry*

<sup>17</sup> Zob. np. decyzja Komisji Europejskiej z 22.12.2005 r. w sprawie: COMP/M.3905 – *Tesco/Carrefour (Czech Republic and Slovakia)* oraz decyzja Komisji Europejskiej z 18.04.2012 r. w sprawie COMP/M.6506 – *Groupe Auchan/Magyar Hipermarket* oraz powołane tam wcześniejsze decyzje tego organu.

<sup>18</sup> Zob. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 22.12.2005 r. w sprawie *Tesco/Carrefour (Czech Republic and Slovakia)*, pkt 9–17.

<sup>19</sup> Zob. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 18.04.2012 r. w sprawie *Groupe Auchan/Magyar Hipermarket*, pkt 8–12.

do jednego rynku nowoczesnych kanałów dystrybucji otwartą, uznając, że nie ma to wpływu na ocenę zgodności zgłoszonej koncentracji z rynkiem wewnętrznym (Komisja wskazała, że zarówno przy przyjęciu węższej, jak i szerszej definicji rynku właściwego transakcja nie budzi zastrzeżeń).

## 2. Rynek HSD w orzecznictwie belgijskich i hiszpańskich organów ochrony konkurencji

Do organów ochrony konkurencji, które nie rozważyły wprost możliwości wprowadzenia definicji asymetrycznej rynku HSD zaliczyć można belgijski<sup>20</sup> (*Conseil de la concurrence*) i hiszpański<sup>21</sup> (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*<sup>22</sup>). Uznają one, iż najważniejszymi cechami punktów sprzedaży wielkopowierzchniowych, które pozwalają na uznanie ich za bezpośrednich konkurentów, jest oferowanie pełnego asortymentu artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku oraz organizacja sprzedaży na zasadzie samoobsługowej. Żaden z tych organów nie definiuje przy tym co rozumie przez pełną ofertę asortymentu AKCU, natomiast organ hiszpański krótko wypowiada się co do cechy braku obsługi: rynek właściwy obejmuje te punkty handlowe, w których klient sam wybiera artykuły i może je ze sobą porównywać<sup>23</sup>. W 2013 r. hiszpański organ ochrony konkurencji ponownie wskazał na brak spełnienia przesłanki zastępowalności między sklepami samoobsługowymi a sklepami z obsługą, przy czym nie została zaproponowana jakakolwiek dalsza segmentacja rynku właściwego<sup>24</sup>.

Orzecznictwo *Comisión Nacional de la Competencia* należy przy tym badać w świetle opublikowanego w 2011 r. sprawozdania dotyczącego stosunków między producentami a detalistami w sektorze spożywczym, które pokazuje m.in. konkurencję supermarketów w stosunku do hipermarketów<sup>25</sup>. Między 1996 a 2010 r. udział hipermarketów w rynku HSD nieprzerwanie malał (z 32,7 do 18,2%), podczas gdy udział supermarketów odpowiednio wzrastał. Działo się tak, ponieważ supermarkety potrafiły poprzez swoją specyfikę trafić do konsumentów, głównie dzięki dobrej lokalizacji (supermarkety znajdują się częściej bliżej miejsca zamieszkania lub pracy niż hipermarkety), ofercie szerokiego asortymentu artykułów oraz dogodnym godzinom otwarcia. Ukazuje to, iż w ocenie konsumentów supermarkety spełniały przesłankę zastępowalności względem hipermarketów. Wydaje się więc, że wprowadzenie definicji asymetrycznej rynku właściwego w Hiszpanii nie odzwierciedlałoby rzeczywistej sytuacji rynkowej.

Warto przypomnieć, że organy belgijski i hiszpański nie analizują szczegółowo konkurencji na rynku HSD. Ich orzecznictwo nie pozwala więc na dokładne określenie struktury konkurencji w sektorze sprzedaży detalicznej. W przeciwieństwie do nich, badania rynku i konkurencji między różnymi wielkopowierzchniowymi punktami sprzedaży przeprowadziły w pewnym stopniu francuska *Autorité de la concurrence* oraz włoska *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*. Wynikami bardziej szczegółowych badań dysponuje zaś brytyjska *Competition Commission* oraz portugalska *Autoridade da Concorrência*. Nie oznacza to jednak, że wyniki te są ze sobą dostatecznie zbieżne.

<sup>20</sup> Decyzja *Conseil de la concurrence* z 20.05.2005 r. w sprawie *La famille Voeten/Delhaize Groep SA/Cash Fresh Groep*, cyt. w *Rapport annuel 2005*, s. 25. Dokument dostępny pod adresem: [http://economie.fgov.be/fr/binaries/report\\_competition\\_2005\\_fr\\_tcm326-36151.pdf](http://economie.fgov.be/fr/binaries/report_competition_2005_fr_tcm326-36151.pdf).

<sup>21</sup> Decyzja *Comisión Nacional de la Competencia* z 02.09.2009 r., nr C/0171/09, *EROSKI/SABECO (Activos)*, pkt 26–28.

<sup>22</sup> Przed 2013 r. organem właściwym w sprawach ochrony konkurencji była *Comisión Nacional de la Competencia*. Od 07.10.2013 r. funkcję tę przejęła *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pkt 27–28.

<sup>24</sup> Raport i projekt decyzji oraz decyzja *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* z 19.12.2013 r., nr C/0539/13, *Fragadis/Miquel Alimentacio*.

<sup>25</sup> *Comisión Nacional de la Competencia, Report on the relations between manufacturers and retailers in the food sector*, s. 31. Dokument dostępny pod adresem: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=412222&Pag=4>.

### 3. Rynek HSD w orzecznictwie francuskich i włoskich organów ochrony konkurencji

Asymetryczna definicja rynku HSD została po raz pierwszy wprowadzona przez francuską *Autorité de la concurrence* w opinii z 2000 r. dotyczącej przejęcia spółki Promodès przez grupę Carrefour<sup>26</sup>. Organ stwierdza tam, że pomimo możliwości zaspokojenia pewnego popytu ze strony konsumentów, tak przez hipermarkety, jak i przez supermarkety oraz dyskonty (głównie chodzi o produkty spożywcze) lub sklepy specjalistyczne (sprzęt sportowy, AGD, RTV i in.), to oferta hipermarketów jest nazbyt specyficzna, pod względem przystępności cen, obszerności asortymentu oraz dogodności lokalizacji, aby móc porównać ją z ofertą innych wielkopowierzchniowych punktów sprzedaży. Jak zaznaczono wyżej, francuski organ ochrony konkurencji uważa, iż należy zachować ostrożność przy badaniu sklepów z różnych segmentów rynku HSD, jeżeli ich powierzchnie nieznacznie odbiegają od progu 2500 m<sup>2</sup>. Według późniejszego orzecznictwa *Autorité de la concurrence*<sup>27</sup> oznacza to, że w niektórych przypadkach, z punktu widzenia supermarketów, konkurują z nimi również hipermarkety. Natomiast w odwrotną stronę zależność ta prawie nigdy nie występuje.

Również w najnowszych decyzjach *Autorité de la concurrence* jednoznacznie przyjmuje definicję asymetryczną rynku właściwego w sektorze sprzedaży detalicznej<sup>28</sup>. Warto jednak zaznaczyć, że to podejście nie wynika z badań przeprowadzonych wcześniej wśród konsumentów i sklepów (a przynajmniej na takie badanie organ się nie powołuje), lecz zdaje się być wygłoszone *ex cathedra*. Opiera się ono wyłącznie na stwierdzeniu specyfiki usług oferowanych przez hipermarkety. Z tego faktu *Autorité de la concurrence* wyciąga wniosek, że konkurencją dla hipermarketów nie mogą być supermarkety.

Stanowisko włoskiej *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* jest bardzo bliskie stanowisku organu francuskiego. Wywodzi się ono z decyzji nr 6113 (C3037) z 1998 r.<sup>29</sup>, w którym włoski organ rozważa *expressis verbis* możliwość wprowadzenia definicji asymetrycznej rynku właściwego i do którego odsyła dzisiejsze jego orzecznictwo<sup>30</sup>.

W przeciwieństwie do organu francuskiego, włoski organ ochrony konkurencji opiera swe stanowisko w sprawie rynku HSD na pewnych badaniach rynkowych, które jednak nie są zbyt szczegółowe. Wynika z nich, iż podniesienie cen o 10% (tzw. ang. *SSNIP test*) nie powoduje, że ankietowani konsumenci włoscy zastąpiliby hipermarkety supermarketami. Różne punkty sprzedaży zaspokajają zatem różne potrzeby konsumentów. Organ zauważa także, że w większych grupach zarządzanie punktami sprzedaży jest przydzielone różnym spółkom w zależności od powierzchni punktów. Ponadto różnice w cenach artykułów odpowiadają różnicom powierzchni<sup>31</sup>. W niepopartym badaniach stanowisku organu, *hard* dyskonty, pomimo niskich cen, nie są w stanie zaoferować wystarczająco szerokiego asortymentu artykułów i podobnych usług w porównaniu

<sup>26</sup> Opinia *Conseil de la concurrence* z 03.05.2000 r., nr 2000-A-06 w sprawie dotyczącej przejęcia przez spółkę Carrefour spółki Promodès.

<sup>27</sup> Decyzja *Autorité de la concurrence* z 30.05.2012 r., nr 12-DCC-73 w sprawie utworzenia samodzielnego wspólnego przez spółkę Retail Leader Price Investissement (groupe Casino) oraz Panów Planes i Vemat, oraz decyzja z 27.08.2012 r., nr 12-DCC-125 w sprawie przejęcia przez *Union des Coopérateurs d'Alsace* i *Association des Centres Distributeurs E.Leclerc* wspólnej kontroli nad 28 placówkami handlu detalicznego przeważnie artykułami spożywczymi.

<sup>28</sup> Zob. np. decyzja *Autorité de la concurrence* z 18.02.2014 r., nr 14-DCC-23 w sprawie dotyczącej przejęcia przez grupę *Système U* kontroli wyłącznej nad 8 placówkami handlu detalicznego przeważnie artykułami spożywczymi.

<sup>29</sup> Decyzja *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* z 18.06.1998 r., nr 6113 (C3037), *Schemavenuto-Promodès/Gruppo GS*.

<sup>30</sup> Zob. np. decyzja *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* z 11.04.2012 r., nr 23502 (C11566), *Eurpspin Puglia/Fior di Frutta-Doglandia-Tenuzzo*; decyzja *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* z 05.06.2013 r., nr 24397 (C11903), *Coop Estense-unicoop Tirreno-Coop Adriatica-Novacoop-Coop Lombardia-Coop Liguria-Coop Consumatori Nordest/Distribuzione Roma*.

<sup>31</sup> Decyzja *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* z 18.06.1998 r., nr 6113 (C3037), *Schemavenuto-Promodès/Gruppo GS*, pkt 36.

do hiper- i supermarketów. Natomiast *soft* dyskonty powinny być objęte rynkiem właściwym stosownie do ich powierzchni<sup>32</sup>.

*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* stwierdza, iż tylko punkty sprzedaży kategorii przylegających do siebie mogą stanowić dla siebie bezpośrednią konkurencję i wprowadza definicję asymetryczną rynku właściwego. Z punktu widzenia hipermarketów, konkurują z nimi inne hipermarkety i supermarkety o powierzchni przekraczającej 1500 m<sup>2</sup> (oraz ewentualnie *soft* dyskonty o takiej samej powierzchni). Natomiast z punktu widzenia supermarketów konkurencją dla nich stanowią hipermarkety, inne supermarkety oraz mniejsze sklepy (powierzchnia pomiędzy 200 a 400 m<sup>2</sup>)<sup>33</sup>.

#### 4. Rynek HSD w orzecznictwie brytyjskich i portugalskich organów ochrony konkurencji

Brytyjska *Competition Commission* i portugalska *Autoridade da Concorrência* dogłębnie przeanalizowały konkurencję na swoich rynkach narodowych, by sprawdzić czy ewentualne wprowadzenie definicji asymetrycznej odpowiadałoby rzeczywistej sytuacji. Analiza *Competition Commission* zawarta jest głównie w sprawozdaniu *Market investigation into the supply of the groceries in the UK* z 2008 r.<sup>34</sup> oraz w raporcie *Somerfield plc and Wm Morrison Supermarkets plc* z 2005 r. dot. nabycia przez spółkę Somerfield 115 sklepów od spółki Wm Morrison Supermarkets<sup>35</sup>. Badania rynku przeprowadzone przez organ portugalski zostały wykorzystane w jego decyzji nr 51/2007 z 27 grudnia 2007 r. w sprawie *Sonae/Carrefour*<sup>36</sup>.

W sprawozdaniu z 2008 r. *Competition Commission* bada m.in. czy spełniona jest przesłanka zastępowalności między supermarketami a hipermarketami<sup>37</sup>. Opiera swoją analizę głównie na badaniu zastępowalności podaży, asortymentu oferowanego przez różne punkty sprzedaży oraz nawyków konsumentów. W konsekwencji *Competition Commission* przyjmuje definicję asymetryczną rynku. Uznaje, że dla hipermarketów (*larger grocery stores*, ponad 1000–2000 m<sup>2</sup>) przesłanka zastępowalności jest spełniona wyłącznie przez inne hipermarkety, ponieważ oferują one szeroki asortyment AKCU oraz liczne dogodności, których nie posiadają mniejsze sklepy<sup>38</sup>. Przy zastosowaniu testu hipotetycznego monopolisty, polegającego na zawężeniu asortymentu, większość klientów wybiera zakupy w innym hipermarkecie<sup>39</sup>. Ponadto, na zakupy w hipermarketach konsumenci wydają średnio więcej pieniędzy niż na zakupy w supermarketach. Wcześniejsze badania ukazują także różnice dotyczące tzw. misji zakupowych: w hipermarketach klienci zaopatrują się raz na tydzień, a w supermarketach uzupełniają bieżące braki<sup>40</sup>. Natomiast z punktu widzenia supermarketów (*mid-sized stores*, od 280 do 1000–2000 m<sup>2</sup>) konkurują z nimi nie tylko inne supermarkety, też lecz także hipermarkety. Badania skutków pojawienia się na danym

<sup>32</sup> Ibidem, pkt 37.

<sup>33</sup> Ibidem, pkt 39.

<sup>34</sup> *Competition Commission, Market investigation...*

<sup>35</sup> *Raport Competition Commission, Somerfield plc and Wm Morrison Supermarkets plc: a report on the acquisition by Somerfield plc of 115 stores from Wm Morrison Supermarkets plc*, The Stationary Office, 2005.

<sup>36</sup> Decyzja *Autoridade da Concorrência* z 27.12.2007 r., nr 51/2007 *Sonae/Carrefour*.

<sup>37</sup> W niniejszym artykule nie analizujemy konkurencji ze strony sklepów osiedlowych (*convenience store*), którym *Competition Commission* poświęca dużo uwagi.

<sup>38</sup> *Competition Commission, Market investigation...*, pkt 4.55.

<sup>39</sup> Ibidem, pkt 4.47.

<sup>40</sup> *Raport Competition Commission, Somerfield plc and Wm Morrison Supermarkets plc...*, pkt 6.19 i n.



obszarze nowego hipermarketu wykazują, że w takiej sytuacji dochody supermarketów mogą spaść nawet o 15%<sup>41</sup>.

W sprawozdaniu *Competition Commission*, a dokładniej w części dotyczącej zastosowania testu hipotetycznego monopolisty, brakuje analizy zmiennej cenowej. Organ wykluczył badanie wahań cen, ponieważ uznał, iż z powodu jednolitej polityki cenowej prowadzonej przez sieci super- i hipermarketów w skali całego kraju niełatwo sprawdzić skutki takich wahań na obszarze lokalnym<sup>42</sup>. Trudno zgodzić się z takim założeniem. Wykluczenie ceny z badań nad zachowaniami konsumentów podważa ich wyniki, ponieważ cena jest jednym z elementów kluczowych przy dokonywaniu zakupów i, jak przyznaje sama *Competition Commission*<sup>43</sup>, sklepy z łatwością mogą nią manipulować. Ponadto, ceny asortymentu różnią się w zależności od powierzchni punktu sprzedaży i są elementem, który m.in. pozwala na odróżnienie super- i hipermarketów od dyskontów. Tych ostatnich *Competition Commission* nie ujęła w swoim sprawozdaniu, oferują one bowiem mniej obszerny asortyment niż inne sklepy o podobnej powierzchni<sup>44</sup>. To także pokazuje, że w badaniu przesłanki zastępowalności *Competition Commission* woli skoncentrować analizę na skali oferowanego asortymentu, a nie na cenach produktów w poszczególnych kategoriach sklepów wielkopowierzchniowych.

W przeciwieństwie do *Competition Commission*, w decyzji w sprawie *Sonae/Carrefour*, portugalska *Autoridade da Concorrência* badała szczegółowo element cenowy. Z analizy rynku portugalskiego wynika jednoznacznie, iż cena ma największy wpływ na zachowanie konsumentów i wybór sklepu, daleko przed obszernością oferowanego asortymentu<sup>45</sup>. Badania wykazują, iż w opinii konsumentów ceny proponowane przez dyskonty są niższe od tych proponowanych przez hipermarkety<sup>46</sup>. To pierwszy element, który pozwala organowi stwierdzić, że dyskonty konkurują z hipermarketami, pomimo tego, iż asortyment oferowany przez hipermarkety jest szerszy od tego oferowanego przez supermarkety i dyskonty. Pod tym względem, portugalski organ ochrony konkurencji uznał, że dyskonty i supermarkety są w stanie zaoferować asortyment konkurujący z asortymentem hipermarketów<sup>47</sup>. Ponadto, istnieje potencjalna konkurencja ze strony dyskontów i supermarketów dla produktów oferowanych wyłącznie przez hipermarkety. Nawet dyskonty i supermarkety o małej powierzchni (500–1000 m<sup>2</sup>) są w stanie zaoferować asortyment konkurujący z artykułami typowymi dla koszyka konsumenta w hipermarkecie<sup>48</sup>.

*Autoridade da Concorrência* bada też takie elementy, jak lokalizacja sklepu czy zakres oferowanych usług i stwierdza, że nie pozwalają one na wykluczenie konkurencji między hipermarketami, supermarketami a dyskontami. Także z analizy subiektywnego punktu widzenia hipermarketów wynika, że uznają one supermarkety i dyskonty za konkurentów, ponieważ są one objęte systemami monitorującymi ceny konkurencji na danym obszarze, których używają hipermarkety do dostosowywania własnych cen<sup>49</sup>. Ponadto, w przeciwieństwie do badań *Competition*

<sup>41</sup> *Competition Commission, Market investigation...*, pkt 4.49–4.52.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pkt 4.43–4.44.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pkt 4.16.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pkt 3.3.

<sup>45</sup> Decyzja *Autoridade da Concorrência* z 27.12.2007 r., nr 51/2007 *Sonae/Carrefour*, pkt 107.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pkt 117.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pkt 125–137.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pkt 143–147.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pkt 160–192.

*Commission*, statystyki zachowań konsumentów portugalskich wykazują, że hipermarkety, supermarkety i dyskonty zaspokajają podobne potrzeby konsumentów i że te trzy rodzaje sklepów wielkopowierzchniowych zabiegają o tych samych klientów<sup>50</sup>. *Autoridade da Concorrência* odrzuca więc możliwość wprowadzenia definicji asymetrycznej rynku HSD i stwierdza, że hipermarkety, supermarkety i dyskonty stanowią wzajemnie wobec siebie konkurencję. W późniejszym orzecznictwie portugalskiego organu ochrony konkurencji konsekwentnie zaliczał do rynku produktowo właściwego wszystkie trzy nowoczesne formaty handlu detalicznego<sup>51</sup>.

## 5. Rynek HSD w orzecznictwie niemieckiego organu ochrony konkurencji

Podejście niemieckiego *Bundeskartellamt* do rynku HSD zdecydowanie różni się od podejścia innych wskazanych wcześniej organów ochrony konkurencji. Po pierwsze, badania konkurencji zostały zlecone nie w celu ewentualnego wprowadzenia definicji asymetrycznej, lecz w celu ewentualnego zaniechania wykluczenia dyskontów z rynku właściwego, jak miało to miejsce w decyzji organu z 1984 r.<sup>52</sup>. Po drugie, w przeciwieństwie do innych organów, które badają zależności konkurencyjne między hipermarketami z jednej, a supermarketami i dyskontami z drugiej strony, *Bundeskartellamt* dzieli rynek na segment hipermarketów i supermarketów oraz segment dyskontów. Podstawą takiego rozróżnienia jest szerokość i głębokość oferowanego asortymentu, nie zaś powierzchnia sprzedaży, do której natomiast organ niemiecki nawiązuje jako do jednego z elementów pozwalających na ocenę poziomu konkurencji w sektorze sprzedaży detalicznej AKCU<sup>53</sup>.

Z badań przeprowadzonych przez *Bundeskartellamt* wynika, iż w sektorze sprzedaży detalicznej dziesięć grup kapitałowych posiada 90% udziałów w rynku. Wysoki stopień koncentracji związany jest z wysokim stopniem konkurencji w zakresie oferowanych cen<sup>54</sup>. Z punktu widzenia ewolucji struktury rynku należy zauważyć, iż między 1994 a 2004 r., udział dyskontów w obrotach wzrósł do 40%. W tym samym okresie nastąpił 70% wzrost liczby lokalizacji sklepów tego formatu. Stały się więc one bardzo ważnym aktorem w sektorze sprzedaży detalicznej. Badanie, zrealizowane na potrzebę decyzji 27/05, potwierdziło wcześniejszą opinię organu o istnieniu wysokiej presji konkurencyjnej ze strony dyskontów, zwłaszcza odnośnie do najtańszego przedziału AKCU oferowanych przez super- i hipermarkety. Ma to jednak równocześnie wpływ na resztę asortymentu. Ponieważ dyskonty oferują okrojony asortyment, głównie w zakresie świeżych wyrobów spożywczych oraz artykułów niespożywczych, większość klientów nie ogranicza zakupów tylko do jednego dyskontu, lecz odwiedza też inne. Istnieje więc wysoki poziom wymiany klientów między sklepami dyskontowymi. Równocześnie większość tych klientów nie robi zakupów w sklepach oferujących pełny asortyment. Jednakże klienci super- i hipermarketów często robią zakupy w dyskontach.

Na zmianę zachowań klientów największy wpływ mają kolejno ceny, jakość oferowanych artykułów oraz lokalizacja. Znacznie mniejsze znaczenie mają różnorodność asortymentu, oferta produktów świeżych oraz produktów regionalnych. Wysoki poziom przepływu klientów między kategoriami form sprzedaży sprawia, iż ceny oferowane przez dyskonty mają istotny wpływ na

<sup>50</sup> Ibidem, pkt 193–211.

<sup>51</sup> Decyzja *Autoridade da Concorrência* z 31.07.2008 r., nr 44/2008.Sonae/Auchan, pkt 15.

<sup>52</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 14.08.1984 r., nr B9-712068-U-2006/84.

<sup>53</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 25.08.2005 r., nr B9-52111-Fa-27/05, s. 13.

<sup>54</sup> Ibidem, s. 13–14.

kształtowanie się cen sklepów pełnoasortymentowych. Jest to związane m.in. z rosnącą świadomością cenową klientów<sup>55</sup>.

Z analizy poszczególnych elementów wynika, że dyskonty stanowią na rynku niemieckim konkurencję dla super- i hipermarketów. Dlatego też *Bundeskartellamt* odstąpił w decyzji 27/05 od definicji wykluczającej z rynku podmiotowo właściwego dyskonty. Te ostatnie, głównie dzięki agresywnej polityce cenowej, wysokiej jakości oferowanych artykułów i dogodnej lokalizacji wywierają presję konkurencyjną na super- i hipermarkety.

## 6. Rynek HSD w orzecznictwie Prezesa UOKiK

Stanowisko Prezesa UOKiK w sprawach konkurencji na rynkach handlu detalicznego podlegało w ciągu ostatnich lat istotnym zmianom<sup>56</sup>. Do 2005 r. polski organ ochrony konkurencji wskazywał na istnienie jednego rynku sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku i dopiero w 2006 r. w decyzji w sprawie *Tesco/Leader Price* uznał, że konieczne jest wyodrębnienie rynku HSD jako odrębnego rynku produktowego<sup>57</sup>. W decyzji tej zaznaczono przy tym, że stanowisko to jest zgodne z linią orzeczniczą Komisji Europejskiej prezentowaną w wielu sprawach dotyczących kontroli koncentracji.

Analogiczne kwestię rynku produktowego w sprawach dotyczących koncentracji w sektorze handlu detalicznego ujmował Prezes UOKiK w kolejnych swych decyzjach, w tym w decyzji w sprawie *Carrefour/Ahold*<sup>58</sup> oraz *Jeronimo Martins Dystrybucja/Plus Discount*<sup>59</sup>. W tej ostatniej sprawie Prezes UOKiK obszernie scharakteryzował rynek HSD oraz odróżnił go od handlu tradycyjnego. Szczególną wagę przyłożył przy tym do wielkości powierzchni sprzedażowej, która w przypadku HSD jest zdecydowanie większa (wynosi ona od kilkuset do kilku tysięcy metrów kwadratowych). Wskazał też, że właśnie wielkość powierzchni determinuje inne cechy, które wyróżniają kanał HSD spośród pozostałych kanałów dystrybucji AKCU. Na dostrzeżone w działalności Prezesa UOKiK różnice składają się m.in. szerszy asortyment produktowy w HSD, samoobsługowy ich charakter, przynależność do sieci handlowej, duża siła nabywcza umożliwiająca oferowanie niskich cen i prowadzenie różnego rodzaju promocji, wydawanie gazetek reklamowych, oferowanie kart lojalnościowych, oferowanie tańszych produktów pod własną marką, dogodna lokalizacja powiązana z dodatkowymi udogodnieniami (np. parking dla samochodów), wydłużone godziny otwarcia, także w dni wolne od pracy. Polski organ ochrony konkurencji zwrócił również uwagę na znaczną wrażliwość cenową polskich konsumentów, którzy przy zakupach kierują się głównie ceną. Opierając się na wynikach przeprowadzonych badań UOKiK wskazał, że ceny w hipermarketach i dyskontach są znacznie niższe niż w sklepach tradycyjnych.

Sygnaly zmiany podejścia Prezesa UOKiK do wyznaczenia rynku produktowego w ramach sektora handlu detalicznego pojawiły się pod koniec 2011 r. w decyzji w sprawie *Jeronimo Martins Dystrybucja/Zatoka*<sup>60</sup>. W decyzji tej wskazano, że organ rozważał zastosowanie asymetrycznej definicji rynku właściwego (a więc uznanie, że supermarkety i dyskonty nie są konkurencją dla

<sup>55</sup> *Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/2002*, s. 177. Dokument dostępny pod adresem: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202002.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202002.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

<sup>56</sup> Szerzej na ten temat zob. W. Szymczak, *Definicja rynku...*, s. 252–257

<sup>57</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 21.11.2006 r., nr DOK – 143/2006.

<sup>58</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., nr DOK – 86/2007.

<sup>59</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., nr DKK – 76/2008.

<sup>60</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 15.12.2011 r., nr DKK – 161/2011.

hipermarketów, podczas gdy hipermarkety są konkurencją z punktu widzenia supermarketów i dyskontów), kwestię tę ostatecznie pozostawił jednak otwartą. Ewentualna zmiana definicji rynku produktowego nie miała bowiem wpływu na wynik rozstrzygnięcia (sprawa ta dotyczyła formatu supermarketów/dyskonty).

Stanowisko Prezesa UOKiK, co do sposobu definiowania rynku produktowego w kanale nowoczesnych systemów dystrybucji, uległo radykalnej zmianie w sprawie dotyczącej przejęcia przez sieć hipermarketów Auchan sieci hipermarketów real<sup>61</sup>. Sprawa ta została przekazana do rozstrzygnięcia przez polski organ decyzją Komisji Europejskiej<sup>62</sup> wydaną na podstawie wniosku strony złożonego w trybie art. 4 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004<sup>63</sup>. W wydanej w dniu 21 stycznia 2014 r. decyzji udzielającej warunkowej zgody na ww. koncentrację Prezes UOKiK wskazał w szczególności, że „na rynku HSD mamy do czynienia z konkurencją bądź też substytucją, pomiędzy poszczególnymi formatami sklepów, tylko «w jedną stronę». Oznacza to, że o ile hipermarkety spotykają się z ograniczoną presją konkurencyjną ze strony pozostałych placówek, to zarówno supermarketów, jak i dyskonty muszą się liczyć z presją ze strony hipermarketów. W rezultacie otrzymujemy dwa produktowe rynki właściwe istotne w niniejszej sprawie: rynek hipermarketów (z punktu widzenia oceny wpływu koncentracji między hipermarketami) oraz rynek HSD (z punktu widzenia oceny wpływu koncentracji na supermarketów i dyskonty)”. Organ wskazał, że podejście to prezentują również organy brytyjskie. Uzasadniając swe stanowisko, Prezes UOKiK podniósł analogiczne argumenty, jak przy wydzieleniu rynku HSD. Uznał zatem, że kryterium odróżniającym hipermarkety od supermarketów i dyskontów jest przede wszystkim powierzchnia sprzedaży<sup>64</sup>. To właśnie kryterium determinuje dalsze różnice odnoszące się do wielkości oferty w poszczególnych rodzajach sklepów wielkopowierzchniowych (oferta w hipermarketach jest znacznie większa niż w supermarketach i dyskontach i pozwala zaspokoić wszystkie potrzeby zakupowe konsumentów), realizowanych tam tzw. misji zakupowych (w hipermarketach realizowane są głównie „duże zakupy”, w supermarketach i dyskontach – głównie zakupy codzienne/bieżące) oraz sposobu postrzegania danych sklepów przez samych konsumentów. W konsekwencji prowadzi to Prezesa UOKiK do wniosku, że supermarketów i dyskonty nie są bliskimi/bezpośrednimi konkurentami, a ich oferty raczej się uzupełniają niż konkurują ze sobą.

Asymetryczność konkurencji na rynku HSD rozumianą jako sytuację, w której większe formaty sklepów wywierają istotną presję konkurencyjną na formaty mniejsze, natomiast wpływ mniejszych formatów (supermarketów, dyskonty) na największy format sklepów (hipermarkety) jest ograniczony, przyjął również Prezes UOKiK w najnowszej swej decyzji dotyczącej koncentracji sieci sklepów wielkopowierzchniowych, tj. decyzji dotyczącej przejęcia przez Jeronimo Martins Polska części mienia spółki Marcpol<sup>65</sup>. Co ciekawe, Prezes UOKiK powołał się w tym zakresie na dotychczasową swą „linię orzeczniczną”, choć ww. asymetryczność konkurencji przyjął jednoznacznie tylko w jednej decyzji wydanej zaledwie cztery miesiące wcześniej<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014 r., nr DKK – 4/2014. Zob. także: A. Piszcz, *Długa historia przejęcia Reala przez Auchan*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 3(3), s. 89–97.

<sup>62</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 07.03.2013 r. w sprawie COMP/M.6822 – *Groupe Auchan/ Real/ Real Hypermarket Romania*.

<sup>63</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz.Urz.UE 2004, L 24/1.

<sup>64</sup> Jak podaje Prezes UOKiK, średnio hipermarkety są siedem razy większe od supermarketów i dyskontów. Za hipermarket zostały przy tym uznane sklepy o powierzchni powyżej 2000 m<sup>2</sup>.

<sup>65</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 30.05.2014 r., nr DKK 71/2014.

<sup>66</sup> Tj. decyzji z 21.01.2014 r., nr DKK – 4/2014.

### III. Uwagi końcowe

Powyższy przegląd orzecznictwa w sprawach wyznaczenia rynków produktowych w sektorze AKCU wskazuje na istniejące daleko idące rozbieżności w podejściu do tych spraw ze strony poszczególnych organów ochrony konkurencji w UE. Istnienie jednolitego rynku HSD z wzajemną konkurencją hipermarketów, supermarketów i dyskontów przyjmuje się w tak zróżnicowanych gospodarkach, jak niemiecka i belgijska czy hiszpańska i portugalska. Rynek ten wyróżnia się także na potrzeby kontroli koncentracji w sektorze AKCU w nowych państwach członkowskich, takich jak Czechy i Węgry (stanowisko Komisji Europejskiej). Równie trudno wskazać podobieństwa sytuacji rynkowej między państwami przyjmującymi asymetryczną definicję rynku produktowego w tego rodzaju sprawach. Powstaje w szczególności pytanie, czy sytuacja konkurencyjna w sektorze AKCU w Polsce z jednej strony oraz w Wielkiej Brytanii, Francji i Włoszech z drugiej jest na tyle podobna, by stosować analogiczne rozwiązania?

Zastrzeżenia budzi również bardzo ograniczone, jak się wydaje, wykorzystywanie przez organy ochrony konkurencji badań nad podstawową dla wyznaczenia rynku produktowego kwestią, jaką jest substytutywność popytu<sup>67</sup>. W prezentowanych przez organy analizach najczęściej brakuje „twardych” danych ilościowych, w tym wskazywanych przez Komisję Europejską w jej obwieszczeniu w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji „różnych ekonometrycznych oraz statystycznych sposobów podejścia: oszacowania elastyczności oraz elastyczności krzyżowej cen w odniesieniu do popytu na produkt, badań opartych na podobieństwie zmian w cenach w danym okresie czasu, analizy związku przyczynowo-skutkowego między seriami cen a podobieństwem poziomów cen i/lub ich spójnością”<sup>68</sup>. Zgodzić się należy z poglądem, że podejście do tego rodzaju analiz nie powinno być mechaniczne, a one same mogą być obciążone różnymi błędami<sup>69</sup>, niemniej jednak wyraźne zaniechania ich przeprowadzenia lub stosowanie ich w bardzo ograniczonej, nadmiernie uproszczonej formie wydaje się istotnym błędem.

Tym samym nie może zostać pozytywnie zweryfikowana teza o postępującej (z uwagi na wykorzystanie w różnych jurysdykcjach tego samego rodzaju narzędzi analizy ekonomicznej) konwergencji w podejściu unijnych i krajowych organów ochrony konkurencji do kwestii wyznaczenia rynków produktowych na potrzeby kontroli koncentracji. Analizowana w artykule praktyka wskazuje raczej na istotne różnice w tym zakresie (przynajmniej w odniesieniu do sektora AKCU), które nie dają się łatwo uzasadnić specyfikami poszczególnych rynków krajowych lub lokalnych. Mając na uwadze wagę tych spraw dla zainteresowanych przedsiębiorstw, w tym konieczność tworzenia możliwie jednolitych reguł gry na całym rynku wewnętrznym Unii Europejskiej, postuluje należy intensyfikację współpracy między organami ochrony konkurencji w celu wypracowania dobrych praktyk co do sposobów wyznaczenia rynków właściwych na potrzeby kontroli koncentracji. Dogodnym forum dla tej współpracy mogłaby być powołana w 2010 r. i działająca w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji – Grupa Robocza ds. Kontroli Koncentracji (*EU Merger*

<sup>67</sup> Por. np. E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 95–95; L. Peepkorn, V. Verouden, *The Economics of Competition*, [w:] J. Faull, A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 423. R. Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 29–30; T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 219–220.

<sup>68</sup> Pkt 39 obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji.

<sup>69</sup> Zob. szerzej: E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control...*, s. 104–107.

*Working Group*), skupiająca przedstawicieli Komisji Europejskiej i organów ochrony konkurencji z państw członkowskich UE zajmujących się sprawami kontroli koncentracji<sup>70</sup>. Jej celem jest bowiem wspieranie spójności, konwergencji i współpracy między poszczególnymi jurysdykcjami w UE w tym właśnie obszarze spraw. Podobną rolę mogłaby odegrać również powołana w 2001 r. inicjatywa Europejskich Organów Ochrony Konkurencji (*European Competition Authorities*)<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> W roli obserwatorów występują tam także przedstawiciele organów ochrony konkurencji z państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zob. także: <http://ec.europa.eu/competition/ecr/mergers.html>.

<sup>71</sup> Zob. <http://ec.europa.eu/competition/publications/eca/>.