

Peter C. Carstensen,
Competition Policy and the Control of Buyer Power:
A Global Issue,
Edward Elgar Publishing 2017, ss. 304

Zdecydowana, przekonująca analiza Prof. Petera C. Carstensena wskazuje dlaczego siła nabywcza (tzw. *buying power*) wymaga szczególnej uwagi ze strony organów ds. konkurencji i decydentów politycznych. W obliczu globalizacji i trwającego kryzysu ekonomicznego potraktowanie siły nabywczej jako poważnego globalnego problemu ochrony konkurencji wymagającego większej uwagi regulatorów rynku jest uzasadnione. W analizie antymonopolowej na całym świecie od dawna problem nadużywania pozycji rynkowej przez kupujących spychany jest do drugorzędnej roli, mimo że jest ono istotnym źródłem nieefektywności, szkód dla konkurencji i nadmiernej eksploatacji obywateli, grup społecznych oraz gospodarek. Tradycja, zgodnie z którą polityka konkurencji i prawo ochrony konkurencji powinny koncentrować się na dobrobycie konsumenta, utrudnia uznanie siły nabywczej za realny problem i rozwój skutecznego egzekwowania prawa w tym zakresie. Organy ds. konkurencji koncentrują się na sprzedażowej stronie transakcji. Wynika to z poparcia społecznego dla interwencji rynkowych odnoszących się do niesłusznie wysokich cen. Niskie płace oferowane wytwórcom, producentom i pracownikom (po to, by oferować większe rabaty nabywcom) nie budzą już takiego niepokoju. Brakuje też świadomości, jakie ostatecznie mają konsekwencje, a powodują one zmniejszenie dochodów producentów i ich zdolności do innowacji oraz siły nabywczej *per capita* pracowników, czym zwiększają prawdopodobieństwo stagnacji gospodarki.

Struktura i złożoność publikacji wynika z multidyscyplinarnego podejścia autora oraz przedstawienia problemu siły nabywczej w globalnej perspektywie. Autor posługuje się przykładami występowania i nadużyć siły nabywczej na rynku amerykańskim, europejskim, azjatyckim i afrykańskim oraz australijskim. Omawiana publikacja odnosi się w szczególności do następujących obszarów: cele i perspektywy polityki konkurencji, proces konkurencyjny, wskaźniki siły nabywczej, naruszenie konkurencji, regulacje rynkowe, potencjalne naruszenia, kartele zakupowe, kontrola dominującej siły nabywczej poprzez politykę fuzji etc. Każdy rozdział kończy się konkluzjami i obszernymi przypisami wraz z komentarzami, które objętościowo zajmują szóstą część publikacji.

Książka została opublikowana w serii brytyjskiego wydawnictwa pn. „New Horizons in Competition Law and Economics”¹. Celem serii jest określenie roli, jaką ekonomia może i powinna odegrać w formułowaniu zakazów nadużywania pozycji dominującej i ograniczenia konkurencji. Ekspansja roli ekonomii w kształtowaniu prawa ochrony konkurencji w Stanach Zjednoczonych i Europie powoduje konieczność ponownego zdefiniowania interesu publicznego i argumentacji w polityce ochrony konkurencji. Omawiana problematyka wykracza poza analizę tradycyjnej roli ekonomii w prawie.

¹ W serii znajdziemy między innymi takie tytuły jak: M. Filippelli, *Collective Dominance and Collusion Parallelism in EU and US Competition Law*; S. Weishaar, *Cartels, Competition and Public Procurement Law and Economic Approaches to Bid Rigging*; M. Faure, X. Zhang (red.), *The Chinese Anti Monopoly Law New Developments and Empirical Evidence*; B. Lundquist, *Joint Research and Development under US Antitrust and EU Competition Law*; C.S. Filho, *Monopolies and Underdevelopment From Colonial Past to Global Reality*.

Umieszczenie książki Prof. Carstensena na końcu serii niejako podsumowuje i zamyka tę dyskusję. Opracowania naukowe dotyczące problemu siły nabywczej i oceny stopnia szkodliwości nadużywania tej siły są ograniczone i koncentrują się raczej na zagadnieniach praw człowieka a nie polityki konkurencji. Autor podkreśla potrzebę analizy ekonomicznej kwestii z zakresu ochrony konkurencji oraz sformułowania standardów i kryteriów oceny postępowania kupujących, którzy nadużywając swojej pozycji wyrządzają długofalowe, nieodwracalne szkody gospodarce rynkowej. W opinii autora, każda gospodarka staje przed wyzwaniem stworzenia funkcjonującego systemu produkcji, alokacji towarów i usług oraz zachęt i nagród za innowacje, tak by powstały ład ekonomiczny był odporny i reagował pozytywnie na zmiany w ewoluującym środowisku. Globalny konsensus, że gospodarki powinny być oparte na procesach rynkowych, zdaniem autora, już nie wystarczy i nie rozwiąże współczesnych problemów rynkowych. Potrzeba zdecydowanych działań. W ocenie autora, nieuzasadnione jest ograniczanie ryzyka nadużycia siły kupujących do sytuacji, gdy na rynku jest wielu producentów i niewielu nabywców lub nabywca jest stosunkowo dużym przedsiębiorcą, a producenci, od których kupuje produkty, są stosunkowo niewielcy (np. rolnictwo, handel detaliczny, rynki pracowników). Potencjalne ryzyko nadużywania siły nabywczej jest rzeczywiście w wymienionych sytuacjach najwyższe. W rzeczywistości jednak, zdaniem Prof. Carstensena, ryzyko siły nabywczej istnieje na każdym rynku kupujących, w którym nabywca ma znaczącą siłę. Należy określić, kiedy wykorzystywanie siły nabywczej, która jest powszechnym aspektem wielu relacji rynkowych, powinno stać się źródłem obaw o naruszenie polityki konkurencji.

Autor przeprowadził analizę celów polityki konkurencji, koncentrując się na trafności polityki publicznej w odniesieniu do siły nabywczej. Zwolennicy dobrobytu gospodarczego sugerują, że jedyną opcją walki z nadużywaniem siły nabywczej jest ochrona uczciwości (*fairness*); wielu badaczy usiłowało wskrzesić koncepcję uczciwości jako głównego celu polityki konkurencji, natomiast niektóre analizy operują w dużej mierze pojęciem „sprawiedliwości” zamiast „analizą ekonomiczną” i pojęciem „konkurencji”². Oponenty twierdzą, że zyski wynikające z uczciwości przedsiębiorstw nie uzasadniają dodatkowych kosztów dla konsumentów. Uczciwość i związane z nią wartości polityczne nie są również użyteczne w kształtowaniu różnych rodzajów polityki. Poważnym problemem jest brak definicji uczciwości. Ma ona wartość normatywną, jednak jej zastosowanie jako kryterium określonych polityk konkurencji ma wartość ograniczoną. Idee uczciwości odgrywają swoją rolę w polityce konkurencji, nie mogą jednak dostarczyć przydatnych wytycznych, chyba że zostaną określone ich cechy w postaci ekonomicznych lub konkurencyjnych standardów.

Główną tezą książki jest stwierdzenie, że analiza antykonkurencyjnych skutków siły nabywczej wymaga specyficznych standardów i mierników, które różnią się od tych wskazujących na nadużycia po stronie sprzedawcy. Stosunkowo niewielki wzrost siły nabywczej połączonych nabywców może znacznie zwiększyć zdolność wykorzystania słabszych dostawców. Wynika to z kilku faktów ekonomicznych. Po pierwsze, kupujący decyduje, kiedy, od kogo, ile i czy w ogóle kupić. Ta siła decyzyjna odróżnia go od sprzedawcy i powoduje, że nabywcy mogą mieć znaczącą siłę, nawet jeśli nie dominują strukturalnie na rynku, tj. przy niższych poziomach koncentracji niż w przypadku sprzedawców. Po drugie, producentowi trudniej angażować się w arbitraż, w porównaniu z kupującym, który może walczyć z dyskryminacją cenową wśród producentów bez obaw

² Zob. s. 25 recenzowanej książki.

o późniejszą dyskryminację. Po trzecie, siła nabywczą rośnie także w miarę wzrostu inwestycji kupującego i specyfiki produktów. Te problemy zostały zauważone w odniesieniu do rynku produktów rolnych.

Autor zwraca uwagę czytelnika na niedocenianą, często szkodliwą dla konkurencji rolę kupujących. Możliwość narzucenia producentowi ceny poniżej kosztów końcowych to konwencjonalny model nadużycia siły nabywczej. Dominująca siła nabywczą jest rozpowszechnionym problemem w ekonomii rynkowej. Analiza polityki konkurencji i ewentualnych opcji umożliwiających kontrolę jednostronnego nadużycia siły nabywczej, ocena zasad, które pomogą kontrolować zarówno eksploatacyjne, jak i wykluczające wykorzystanie siły nabywczej, jak również środki zaradcze, które można stosować, gdy takie zachowanie ma miejsce, to przedmiot dalszych rozważań.

Autor wskazuje, że zasady konwencjonalnej polityki konkurencji mają ograniczoną użyteczność w łagodzeniu szkód spowodowanych przez nadużycia siły nabywczej. Przepisy zabraniające praktyk wyłączających musiałyby być dużo bardziej restrykcyjne, by były skuteczne. Przepisy regulujące nadużycia siły nabywczej są zdaniem autora niewystarczające. Celem rozszerzonej polityki konkurencji powinno być ułatwienie dynamicznego procesu konkurencyjnego. Zdaniem autora obecne regulacje rynku leczą tylko objawy, a nie chorobę. Głównym wyzwaniem jest jednak przekonanie organów ds. konkurencji do roli, jaką przepisy prawa mogą odegrać w zapobieganiu nadużywaniu siły nabywczej. Bezpośrednie naprawianie szkód spowodowanych nadużyciem siły nabywczej i długotrwałą eksploatacją producentów jest bowiem trudne i rzadko przynosi pożądane efekty.

Polityka ochrony konkurencji może przyjąć różne rozwiązania mające za zadanie regulację zachowania kupujących, procesu rynkowego lub narzucania wymogów transakcyjnych. Autor przytacza rozwiązania brytyjskie, gdzie wprowadzono kodeks dobrych praktyk w formie wiążących indywidualnych zobowiązań do stosowania kodeksu. Zobowiązane do przestrzegania określonych standardów są przedsiębiorstwa, których obrót jest równy lub przekracza jeden milion brytyjskich funtów. W 2013 r. rząd stworzył stanowisko arbitra, który ma za zadanie interpretować i egzekwować przepisy. W porządkach prawnych kilku państw istnieją przepisy pozwalające na ściganie nadużywania siły nabywcy oparte na koncepcji „zależności ekonomicznej”. Takie rozwiązania funkcjonują we Francji, Niemczech, Portugalii, Hiszpanii i Grecji.

Autor omówił formy reakcji na nadmierną siłę kupujących. Każdy ze sposobów odpowiedzi na nadużycie tej siły ma swoje słabe strony. Kontrola wykorzystywania siły nabywców jest bardzo utrudniona, najlepszy efekt, jaki można osiągnąć, to ograniczenie sposobu, w jaki nabywca może swojej siły nadużywać. Składanie przez producentów skarg do organów ścigania niesie za sobą ryzyko odwetu, a wszechobecny „czynnik strachu” wpływa na ograniczenie skuteczności wszelkich regulacji.

Polityka dotycząca koncentracji zdaniem autora powinna odzwierciedlać różnice między skutkami nadużycia siły kupujących i siły sprzedawców. Zainteresowanie doktryny i regulatorów rynku tym tematem jest wciąż zdaniem autora niewystarczające. Niewiele organów obecnie sprawdza konsekwentnie oba wymiary w przypadku fuzji. Powszechną praktyką jest koncentracja uwagi po stronie zakupów i to w kilku zaledwie branżach. Punktem wyjścia polityki dotyczącej fuzji powinno być zdaniem autora uznanie, że każde znaczące połączenie może mieć wpływ na konkurencję rynkową również po stronie siły nabywczej. Konkurencyjne przedsiębiorstwa, nawet jeżeli nie

są znaczące na rynku sprzedaży, silnie konkurują z nabywcami środków produkcji. Skutki fuzji w wymiarze geograficznym i produktowym strony nabywczej nie mają spójnego związku ze skutkami po stronie sprzedawcy. Analiza fuzji powinna więc obejmować te dwa odrębne wymiary.

Badanie europejskich fuzji w 2014 r. wykazało, że tylko kilka spraw było źródłem obaw o nadużycie siły rynkowej przez kupujących.

Obecna polityka jest w opinii autora zbyt tolerancyjna i pozwala na powstawanie znaczącej siły nabywczej bez żadnego uzasadnienia. Mimo że w niewielkich gospodarkach uzasadnia się czasem tworzenie znaczącej siły nabywczej w celu osiągnięcia korzyści płynących z powstającej skali, proces ten powinien pozostawać pod ścisłą kontrolą. Do kompleksowej oceny szkody konkurencyjnej wynikającej z fuzji potrzebne są narzędzia, które pozwolą ją odróżnić od realnych oszczędności i zmian w popycie spowodowanych przez przekształcenia w technologii produkcji lub metodach transakcji. Zdaniem autora możliwe jest posiadanie polityki konkurencji, która kontroluje tworzenie siły nabywczej poprzez jasne i spójne zakazy dotyczące zakupów.

Podsumowując, siła nabywcza i jej nadużywanie stanowi poważne zagrożenie dla procesu konkurencyjnego w różnych krajach i na rynku globalnym. Często szkody występujące w jednym kraju mają swoje źródło w nadużyciach podmiotów z innego kraju. Polityka konkurencji musi stawić czoła temu problemowi jurysdykcyjnemu. Polityka konkurencji powinna skupiać się na zachowaniu i utrzymaniu struktur rynkowych i obejmować bez wyjątku wszystkie przypadki, w których siła kupujących jest zwiększana niezależnie od wielkości producentów w danym sektorze gospodarki. Istnieją dowody, że już 20% udział nabywcy w rynku produktowym powoduje znaczącą siłę nabywczą, a nawet przy 10% udziale kupujący mogą sprawować kontrolę nad dostawcami, którzy mają niewiele możliwości, by konkurować o dostawców. Wspólnota interesów pomiędzy dominującym nabywcą i sprzedawcą stanowi przeszkodę dla silnej i innowacyjnej konkurencji, kluczowej dla procesów rynkowych.

Zdaniem autora wszystkie kraje powinny podjąć wysiłek w celu ustanowienia i egzekwowania zasad, które ograniczą niebezpieczny wzrost siły nabywczej i nadmierną koncentrację kupujących. Nie osiągniemy doskonałości w tym zakresie, możemy jednak zmniejszać ryzyko naruszenia konkurencji. Prof. Carstensen podkreśla, że nie warto ulegać pokusie łagodzenia lub rezygnacji z przestrzegania zasad konkurencji. Osiągnięcie jak największej konkurencji w zakresie kupowania na rynku chroni producentów przed wykorzystywaniem siły nabywczej (zdaniem autora, wystarczająca liczba nabywców na rynku to sześć lub więcej). Stworzenie takiej sytuacji wykracza jednak poza kompetencje regulatorów rynku i wymaga szerszego zaangażowania rządów w proces transformacji rynku poprzez odpowiednią legislację i egzekwowanie prawa. Na rynkach globalnych producenci z krajów rozwiniętych i rozwijających się napotykać również luki w prawie i jego skutecznym egzekwowaniu.

Ponieważ kompetencje krajowych regulatorów ograniczone do politycznych granic państw, w obliczu rozwoju transgranicznego handlu, nie są w stanie odgrywać tej roli, to regionalne organy konkurencji staną się podstawowymi jednostkami walczącymi z nieuczciwymi praktykami. Prof. Carstensen zostawia nas na ostatniej karcie swojej książki z lekturą ośmiostronicowego Memorandum ustanawiającego instytucjonalną współpracę i podwaliny promocji i wzmocnienia w zakresie polityki i prawa konkurencji. Lektura dokumentu podpisanego na okres czterech lat, w maju 2016 r. w Petersburgu pomiędzy organami ochrony konkurencji z Brazylii, Rosji, Indii, Chin

i Afryki Południowej zdumiewa elastycznością przyjętych rozwiązań. Jak możemy wywnioskować z lektury memorandum, globalne mocarstwa w przyjętych rozwiązaniach nie tylko wzorują się na USA i Europie. Idą o krok dalej, budując małe, kilkuosobowe, decyzyjne zespoły specjalistów ds. ochrony konkurencji wymieniające się informacjami o zmianach w prawie i praktyce.

Recenzowana publikacja, z uwagi na multidyscyplinarność (ekonomia, prawo) i globalną perspektywę, może inspirować do wielodyscyplinarnych badań w obszarze prawa ochrony konkurencji i ekonomii. Poglądy i wnioski przedstawione przez autora poparte są argumentami i stanowią istotny głos w dyskusji nad kierunkami dalszego rozwoju prawa ochrony konkurencji. Z pewnością monografia powinna zainteresować akademików, osoby stosujące prawo oraz zaangażowane w proces tworzenia prawa, ponieważ autor zgłosił pod ich adresem wiele postulatów.

Imponujący wykaz literatury zawiera pozycje anglojęzyczne: artykuły prasowe, komentarze, opinie, raporty, umieszczone po zakończeniu każdego z dziewięciu głównych rozdziałów książki. Autor cytuje ekonomistów i prawników z całego świata, szerzej komentuje niektóre kwestie. Autor w wykazie uwzględnił wyroki i postanowienia sądów amerykańskich oraz europejskich, dokumenty robocze, wytyczne Komisji Europejskiej i innych organów ds. konkurencji, OECD. Trzydziestostronicowy indeks zawiera wykaz pojęć i nazwisk wymienionych autorów, jak również nazwy instytucji i przedsiębiorstw opisanych w książce.

Karolina Liberadzka-Czubowska

absolwentka Uniwersytetu Warszawskiego (Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Dziennikarstwa i Nauk Społecznych)

audytor; wykładowca w Państwowej Wyższej Szkole Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży
e-mail: k.czubowska@pwsip.edu.pl