

Monika Bychowska*

Ocena przesłanki istotności ograniczenia konkurencji w kontekście definiowania rynków właściwych w orzecznictwie dotyczącym kontroli koncentracji przedsiębiorców

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Sprzeczne interesy
- III. Koncentracyjne istotne ograniczenia konkurencji
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Kontrola koncentracji jest jedną z kompetencji Prezesa UOKiK. Wykonywanie tej kompetencji ma na celu niedopuszczenie do ograniczenia konkurencji wskutek strukturalnych zachowań przedsiębiorców. Przesłanką, która jest badana w procesie orzekania w sprawach dotyczących kontroli koncentracji, to *istotne ograniczenie konkurencji*. Nie istnieją jednolite testy, które pozwalałyby na jednoznaczne przesądzenie o spełnieniu tej przesłanki. *Istotne ograniczenie konkurencji* jest każdorazowo analizowane w indywidualnych stanach faktycznych koncentracji.

Słowa kluczowe: koncentracja przedsiębiorców; kontrola koncentracji; istotne ograniczenia konkurencji; wpływ horyzontalny; wpływ wertykalny; rynek właściwy.

JEL: K21

I. Wstęp

Kontrola koncentracji przedsiębiorców jest jedną – obok przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję – z kompetencji przyznanych organom antymonopolowym państw Unii Europejskiej i nie tylko. Nadane uprawnienia w zakresie kontrolowania procesów koncentracyjnych mają doniosłe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania rynku, ponieważ w szczególności przeciwdziałają powstawaniu struktur monopolistycznych. Zauważyć należy przy tym, że w prawie unijnym dostrzeżono konieczność kontrolowania koncentracji przedsiębiorstw istotnie później niż konieczność ochrony rynku przed praktykami ograniczającymi konkurencję. O ile pierwsze kompleksowe regulacje dotyczące kontroli koncentracji powstały w późnych latach osiemdziesiątych (rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw), o tyle regulacje dotyczące przeciwdziałania praktykom

* Doktor nauk prawnych; specjalista z zakresu prawa ochrony konkurencji i konsumentów; wykładowca i prodziekan w Wyższej Szkole Menedżerskiej w Warszawie; były pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (w tym na stanowiskach kierowniczych); radca prawny; współnik Instytutu Prawa Konkurencji Sp.K.; e-mail: mbychowska@instytutkonkurencji.pl.

ograniczającym konkurencję obowiązywały od początku utworzenia Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej i znajdowały się bezpośrednio w traktacie rzymskim. Nie oznacza to bynajmniej, że kompetencja do kontrolowania łączenia przedsiębiorstw stanowi mniej pożądaną przez rynek kompetencję, a jedynie, że jej rynkową wagę dostrzeżono później.

Polskie regulacje dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorstw zawarte są w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹ oraz w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców². Regulacje unijne dotyczące kontroli koncentracji zawarte są w rozporządzeniu Rady (WE) Nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw³. Krajowe i europejskie regulacje są co do ich istoty analogiczne. Celem ich jest ochrona konkurencji przed monopolizującymi, strukturalnymi zachowaniami przedsiębiorców na rynku.

Zarówno w polskich, jak i w unijnych regulacjach podstawową przesłanką ustalenia czy planowana koncentracja może być dokonana bez uszczerbku dla skutecznej konkurencji istotne jest ograniczenie konkurencji, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Regulacje, formułując przykład istotnego ograniczenia konkurencji koncentrują się na ograniczeniu wynikającym z horyzontalnego wpływu koncentracji na rynek (powstanie albo umocnienie pozycji dominującej). Wynika to z tego, że jest to z założenia najczęściej występujące istotne ograniczenie, stąd zostało stypizowane w przepisie. Praktyka orzecznicza jednoznacznie jednak potwierdza, że istotne ograniczenie konkurencji może mieć też swoje źródło we wpływie koncentracji na rynek w układzie wertykalnym (ograniczenie dostępu albo zamknięcie rynku). Brakuje natomiast w orzecznictwie decyzji w sprawie kontroli koncentracji, w której wydany byłby zakaz, a nawet zgoda warunkowa z powodów zidentyfikowania istotnego ograniczenia konkurencji wynikającego z wpływu koncentracji na rynek w układzie konglomeratowym.

Odnosząc się do tez doktryny (Banasiński i Piontek, 2009), Prezes UOKiK wydaje zakaz dokonania koncentracji zawsze wtedy, gdy oceni, że jej wynikiem (skutkiem) będzie istotne ograniczenie konkurencji. Tym samym zgoda na dokonanie koncentracji musi być wydana, gdy w ocenie Prezesa UOKiK w wyniku danej koncentracji konkurencja będzie wprawdzie ograniczona, ale ograniczenie to będzie nieistotne⁴; tym bardziej więc, zgodę Prezes UOKiK musi wydać, gdy w wyniku zamierzonej koncentracji konkurencja nie będzie ograniczona wcale. Przesłanka istotności podlega oczywiście każdorazowej interpretacji w odniesieniu do indywidualnych stanów faktycznych.

II. Sprzeczne interesy

Oczywistą, choć być może często niedostatecznie artykułowaną okolicznością rozważanego problemu, jakim jest istotność ograniczenia konkurencji, jest sprzeczność zachodząca pomiędzy dobrem konkurencji i korzyścią przedsiębiorców. Dotyczy to nie tylko procesów koncentracyjnych, które zachodzą na rynku, lecz także zachowań polegających na nadużywaniu pozycji dominującej i zawieraniu porozumień ograniczających konkurencję. We wszystkich tych

¹ T.j. Dz.U. 2018, poz. 798.

² Dz.U. z 2015 r., poz. 80.

³ Dz. Urz. UE L Nr 24, s. 1.

⁴ Dec. Prezesa UOKiK z 5.12.2008 r., P4/Polkomtel/PTC/Centertel, Nr DKK-94/2008, niepubl.

aktywnościach dostrzec można cel przedsiębiorców, jakim jest maksymalizacja zysków, które przynosi przedsiębiorstwo. Maksymalizacja zysku własnego przedsiębiorcy jest zjawiskiem pozytywnym, wpływającym na rozwój branży, sektora i ostatecznie na całą gospodarkę. Zatem regulacje, których celem jest ochrona konkurencji winny rozważnie rozsądzać interesy konkurentów (przedsiębiorców) od interesów konkurencji, słusznie utożsamianej niejednokrotnie z interesami konsumentów, jako ostatecznych beneficjentów skutecznej konkurencji. Regulacje dotyczące ochrony konkurencji są co do istoty niezmiennie i analogicznie w obrębie całej Unii Europejskiej; przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję i kontrola koncentracji przedsiębiorców to od lat dwa filary prawa ochrony konkurencji. Nakazy i zakazy prawa ochrony konkurencji są tylko na pozór czytelne i ścisłe; mogą się takie wydawać z uwagi na długi czas obowiązywania w formach co do zasady niezmiennych. W rzeczywistości regulacje te obudowane są pojęciami niedookreślonymi i kontekstem ekonomicznym, który zawsze powinien być brany pod uwagę podczas procesów egzekwowania prawa ochrony konkurencji. W szczególności obowiązkiem organów antymonopolowych winno być uwzględnianie w procesach decyzyjnych efektywności, która nie jest pojęciem jednolitym, a jej optymalny poziom jest różny na różnych rynkach właściwych. Zachowanie przedsiębiorców oceniane być też powinno – zarówno przez samo prawo, jak i w procesie jego stosowania – jako zachowanie intencjonalnie „dobre” albo „złe”. Zachowaniem „dobrym” będzie maksymalizowanie zysków własnego przedsiębiorstwa w sposób uczciwy, „złym” zaś – w sposób, co do którego przedsiębiorca wie, że jest nieuczciwe. Egzemplifikacją powyższego niech będzie stosowanie cen poniżej kosztów zmiennych w celu wyeliminowania konkurentów z rynku i promocyjne albo wyprzedażowe stosowanie cen poniżej kosztów celem zmaksymalizowania swojego zysku albo ograniczenia start. W pierwszym przypadku, przedsiębiorca niezależnie od wielkości swoich bieżących strat i wbrew nim stosuje ceny niskie po to, aby – kiedy konkurent zostanie już z rynku wyeliminowany – podnieść ceny. W drugim przypadku, przedsiębiorca obniża ceny nie bacząc na konkurentów i czyni to do obranego poziomu, tak, aby jego bieżące starty stanowiły jedynie założony poziom kosztów „marketingowych”, których celem jest przyciągnięcie klientów. Wynika z powyższego, że rolę w ocenie zachowań rynkowych może mieć – oprócz innych okoliczności – również intencja (wola) przedsiębiorcy; intencja jest z kolei bardzo trudna do zbadania. W przypadku kontroli koncentracji, kryteria oceny zachowań przedsiębiorców daleko mniej zależą od parametru, jakim jest wola przedsiębiorcy. Kryteria te nadal jednak cechują się niejednoznacznościami ich zastosowania i odczytów w konkretnych przypadkach.

III. Koncentracyjne istotne ograniczenia konkurencji

Kontrola koncentracji przedsiębiorców jest kompetencją *ex ante*, co w praktyce oznacza, że ocena skutku koncentracji ma charakter jedynie potencjalny. Stanowi to niebagatelną trudność dla organów zobowiązanych do dokonania ewaluacji, zmuszone są bowiem do antycypacji skutków planowanej koncentracji zarówno na rynkach, które są im znane lub relatywnie znane, jak i na takich, które nie były wcześniej przedmiotem badań organu. Zaznaczyć przy tym należy, że organy antymonopolowe nie mogą też bezkrytycznie przyjąć twierdzeń uczestników koncentracji z uwagi na „sprzeczność” interesów; uczestnicy są zainteresowani uzyskaniem zgody na koncentrację, stąd wątpliwe stanowisko organu wobec, w szczególności ocennych stanowisk stron jest

wręcz wskazane. Oczywiście nie powinno być to tożsame z całkowitym odrzuceniem argumentów uczestników koncentracji i (tym bardziej) bezkrytycznym przyjęciem argumentów rynkowych przeciwników koncentracji.

Odnosząc się do czystej statystyki, w znakomitej większości decyzji Prezes UOKiK wyraża zgodę na planowane koncentracje. Co więcej, większość z tych decyzji, to decyzje wydane z wykorzystaniem dyspozycji art. 107 § 4 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego, czyli decyzje niezawierające uzasadnienia jako uwzględniające w całości żądanie strony. Utrudnia to prześledzenie argumentacji organu antymonopolowego, co do uzyskania przekonania, że dana koncentracja nie ogranicza konkurencji. Można jedynie założyć, że są to decyzje dotyczące takich stanów faktycznych transakcji, które nie wpływają na rynek w układzie horyzontalnym, wertykalnym ani konglomeratowym, czyli koncentracji „nieproblematycznych”. Zdecydowana mniejszość orzeczeń organu to decyzje, które zakazują koncentracji albo które je dopuszczają po spełnieniu oznaczonych warunków. Te decyzje pozwalają na poznanie toku rozumowania Prezesa UOKiK, co wpływa nie tylko na możliwość rozpoznania obowiązującej linii orzeczniczej dotyczącej określonych rynków właściwych, lecz także na możliwość oszacowania szans na uzyskanie zgody na ewentualną przyszłą, podobną koncentrację. Prezes UOKiK przedstawia też swoje stanowiska odnośnie do rynków właściwych i ewentualnych zauważonych ograniczeń, jakie niosą za sobą planowane transakcje w zastrzeżeniach, które – zgodnie ze znowelizowaną w 2016 r. ustawą – może wyrazić względem zgłoszonej koncentracji. Tu jednak możliwości poznawcze są bardzo ograniczone, sama treść zastrzeżeń jest bowiem znana tylko stronom postępowania, a inni uczestnicy rynku mają możliwość uzyskania odnośnej wiedzy z daleko okrojonych streszczeń zawartych w komunikatach prasowych.

Od początku obowiązywania ustawy, niezmiennie organ antymonopolowy ocenia koncentracje w kontekście przesłanki istotnego ograniczenia, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Przyjęło się wiązanie przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji z wpływami koncentracji na rynek w układzie horyzontalnym, wertykalnym lub konglomeratowym. W praktyce oznacza to, że im uczestnicy koncentracji posiadają wyższe udziały w rynkach właściwych, które brane są pod uwagę do oznaczania tych wpływów, tym bardziej prawdopodobne, że koncentracja istotnie ograniczy konkurencję. Należy jednak zauważyć, że z formalnego punktu widzenia nie dość, że sama przesłanka istotnego ograniczenia konkurencji nie limituje jej odczytywania w kontekście tych trzech wpływów, to jeszcze cała dyspozycja art. 20 ustawy zawiera otwarty katalog przykładów istotnego ograniczenia konkurencji (w szczególności). Wynika z tego, że Prezes UOKiK ma zasadniczo nieograniczone możliwości orzekania w zakresie przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji.

Na marginesie jedynie i mając na względzie pragmatyzm, można by przyjąć, że organ antymonopolowy nie musi w sposób tak doskonały i jednoznaczny prowadzić dowodzenia przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji na użytek postępowań w sprawach koncentracji, jak w przypadku dowodzenia w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Podstawą postawionej wyżej tezy jest fakt, że – z uwagi na czasowo sensytywny charakter koncentracji – negatywne decyzje Prezesa UOKiK są rzadko skarżone, stąd (co należy podkreślić) ewentualne nieprawidłowe argumentowanie nie podlega z reguły kontroli sądowej, inaczej niż w przypadku decyzji dotyczących praktyk ograniczających konkurencję.

Dokonując analizy konstatacji Prezesa UOKiK zawartych w decyzjach, a dotyczących przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji, nie można nie dostrzec, że w znakomitej większości przypadków są one logiczne, choć zdarzają się przypadki pewnych niespójności argumentacji zawartych w decyzjach i orzeczeniach sądowych. W decyzji z dnia 4 maja 2006 r.⁵, którą zakazano dokonania koncentracji, Prezes UOKiK stwierdził, że „wyodrębnienie rynku wódki czystej i rynku wódki gatunkowej jest uzasadnione przede wszystkim z uwagi na różnice w recepturze i technologii produkcji. Wódki te różnią się w istotny sposób jakością fizykochemiczną oraz właściwościami organoleptycznymi”. Dalej organ antymonopolowy argumentuje, że „technologia wytwarzania wódek czystych jest dużo prostsza niż wódek gatunkowych. Wódki gatunkowe po zestawieniu (w zależności od rodzaju i składu) leżakują kilka miesięcy, aby nabrały odpowiednich walorów smakowych. Z tego też względu koszt wyprodukowania wódki gatunkowej jest wyższy, co znajduje odzwierciedlenie w cenie gotowego wyrobu”. Z kolei w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 19 grudnia 2005 r.⁶, w której wydano zgodę na koncentrację odnajdujemy argumentację przedstawioną przez stronę postępowania, którą podzielił Prezes UOKiK, iż „konsumenci pomimo znaczących różnic w cenach słonych przekąsek, sięgających nawet 285%, uznają, iż możliwe jest zdefiniowanie jednolitego rynku słonych przekąsek [chipsy, chrupki, paluszki, precle, orzeszki, słone ciastka, kukurydza prażona – dop. aut.]”. W tej samej decyzji stwierdza się, że od strony podaźowej każdy rodzaj słonej przekąski stanowi odrębny rynek produktowy ze względu na istotne różnice w procesach produkcji. Pomimo to, Prezes UOKiK konstatuje, że „teza ta [że są to odrębne rynki właściwe – dop. aut.] nie znajduje uzasadnienia w kontekście całości analizy rynku produktowego (...). Zdaniem Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie istotna jest analiza substytucyjności popytowej”. Powyższe wskazuje, że w różnych stanach faktycznych koncentracji te same przesłanki wynikające bezpośrednio z przepisu (art. 4 pkt 10 uokik) ocenione są całkiem odmiennie. W pierwszym przypadku, różnice w cenach i proces produkcji miał znaczenie i wpłynął na ustalenie, że wódka czysta i wódka gatunkowa to odrębne rynki właściwe, co przyczyniło się do wydania zakazu dokonania koncentracji. W drugim przypadku różnica w cenie na poziomie 285% oraz różne procesy produkcji słonych przekąsek zostały pominięte i w konsekwencji została wydana decyzja o zgodzie na koncentrację. Powyższe dwa przykłady, odnoszące się wprost do procesu produkcji oraz konsumpcji dóbr, wskazują na daleko idący poziom ekonomizacji prawa ochrony konkurencji, co prowadzi do uzależniania ocen, w tym oznaczeń rynków właściwych i stwierdzeń ograniczeń konkurencji, w szczególności od badanego produktu. Uzasadnienia obu cytowanych decyzji Prezesa UOKiK wskazują, że podjęte rozstrzygnięcia były słuszne. Pokazują też, jak duża ilość zmiennych, danych i okoliczności brana jest pod uwagę przy ocenie badanych koncentracji.

W decyzji z dnia 4 maja 2006 r.⁷ Prezes UOKiK dowodził, że planowana koncentracja nie może dojść do skutku z uwagi na fakt, że w jej wyniku doszłoby do uzyskania silnie dominującej pozycji na krajowym rynku wódek gatunkowych, przy jednoczesnej bardzo silnej pozycji jednego z uczestników koncentracji na rynku hurtowej dystrybucji napojów alkoholowych o wartości alkoholu powyżej 18%. Prezes UOKiK dostrzegł niebezpieczeństwo zamknięcia rynku

⁵ Nr DOK-41/06.

⁶ Nr DOK-170/05.

⁷ Nr DOK-41/06.

wskutek ograniczenia dostępu do produkowanych przez grupę kapitałową alkoholi innym, niezależnym hurtowniom, co mogłoby wpłynąć na pogorszenie ich oferty. Powyższe wpłynęło na wydanie decyzji zakazującej dokonania planowanej transakcji. Strona postępowania zaskarżyła wprawdzie przedmiotową decyzję, jednak – najprawdopodobniej na skutek wycofania odwołania – postępowanie sądowe zostało umorzone⁸, a tym samym nie doszło do sądowej weryfikacji rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK. Jednocześnie w decyzji z dnia 29 grudnia 2006 r.⁹ Prezes UOKiK stwierdził zawarcie nielegalnego porozumienia dystrybucyjnego na rynku drożdży piekarniczych, które polegało na ustaleniu, że hurtowi dystrybutorzy tego produktu będą nabywać drożdże wyłącznie od jednego producenta. Zobowiązanie takie wpisano wprost do umowy dystrybucyjnej. Jak wynika z decyzji producent posiadał powyżej 30% udziału w rynku i zawarł zakwestionowane porozumienie z 46 dystrybutorami. Prezes UOKiK w decyzji dowodził zamknięcie rynku zbytu skutkujące tym, że pozostali producenci i importerzy mają istotnie ograniczony dostęp do rynku dystrybucji. Choć naruszenie wydawałoby się oczywiste, sądy kolejnych instancji nie podzieliły stanowiska Prezesa UOKiK, uznawszy, że ograniczenie dostępu do rynku nie zostało właściwie wykazane¹⁰.

Orzeczenia w przedmiocie istotnego ograniczenia konkurencji wskutek dokonania koncentracji powinny uwzględniać charakter rynku właściwego, którego dotyczy transakcja. Kumulacja udziałów rynkowych i osiągnięcie nawet wysokiego poziomu udziału łącznego nie musi mieć zawsze identycznych skutków ograniczających. W przypadkach, gdy koncentracja ma miejsce na rynku z niskimi barierami wejścia, to nawet relatywnie wysoki udział w rynku nie powinien być podstawą do zidentyfikowania istotnego ograniczenia konkurencji i przeciwnie, wysokie bariery wejścia na rynek, w tym wysokie koszty utopione powinny stanowić okoliczności ostrożnościowego orzekania nawet, jeśli połączone udziały uczestników koncentracji są relatywnie niskie. Kolejną okolicznością, którą należy uwzględniać, oceniając przesłankę istotnego ograniczenia konkurencji, to istnienie niedoskonałej presji konkurencyjnej wywieranej na rynek właściwy, który jest zaangażowany w koncentrację. W takich sytuacjach możliwe i zasadne jest w szczególności obniżenie progu dominacji rynkowej przyjętej jako domniemanie w obowiązujących przepisach. W decyzji z dnia 21 stycznia 2014 r.¹¹ Prezes UOKiK stwierdził, że jako okoliczność wskazującą na istotne ograniczenie konkurencji należy przyjąć przekroczenie w wyniku planowanej koncentracji progu 50% udziału w rynku właściwym. Prezes UOKiK skonstatował, że „próg ten jest wyższy niż wielkość udziału rynkowego stwarzająca ustawowe domniemanie posiadania pozycji dominującej [40% – dop. aut.], ponieważ uwzględnia wskazywany (...) pewien zakres presji konkurencyjnej wywieranej ze strony innych niż hipermarkety formatów (supermarkety i dyskonty), który jakkolwiek nie pozwala na zaliczenie ich do tego samego co hipermarkety rynku właściwego, jednak winien, w ocenie Prezesa Urzędu, być brany pod uwagę przy ocenie wpływu niniejszej koncentracji na konkurencję”. Prezes UOKiK zauważył, że „supermarkety i dyskonty – mimo że wobec hipermarketów pełnią rolę głównie uzupełniającą – oferują pewien zakres produktów, w odniesieniu do których mogą z hipermarketami konkurować, wpływając tym samym – w ograniczonym zakresie – na siłę rynkową

⁸ Postanowienie SOKiK z 15.11.2005 r., XVII Ama 74/06.

⁹ Nr DOK-164/06.

¹⁰ Wyr. SOKiK z 18.08.2008 r., XVII AmA 83/07 oraz wyrok SA w Warszawie z 25.02.2010 r., VI ACa 61/09.

¹¹ Nr DKK-4/2014.

tych ostatnich”. Cytowana decyzja stanowi egzemplifikację ekonomicznego podejścia do oceny przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji, uwzględnia bowiem okoliczności rynkowe towarzyszące konkretnej koncentracji występujące w danym czasie. Jednakże Prezes UOKiK, orzekając w tej decyzji w przedmiocie rynków właściwych, zmienił ich zakres w stosunku do wyznaczanych w decyzjach wcześniejszych. W decyzji z dnia 1 kwietnia 2005 r.¹² Prezes UOKiK stwierdza, że „rynek sprzedaży detalicznej AKCU [artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku – dop. aut.] charakteryzuje się znaczną konkurencyjnością. Jego uczestnikami od strony popytowej są indywidualni klienci, którzy mogą dokonywać zakupów w obiektach handlowych o różnej skali działania, począwszy od małych sklepików i bazarów, poprzez duże sklepy, supermarkety, a skończywszy na hipermarketach. Wszystkie te formy sprzedaży detalicznej artykułów codziennego użytku stanowią dla siebie konkurencję, jednak znaczenie handlu nowoczesnego, tzn. realizowanego w obiektach wielkopowierzchniowych (hiper – i supermarkety oraz sklepy dyskontowe), stale rośnie w porównaniu z handlem tradycyjnym”. Jak należy wnioskować, w czasie wydawania tej decyzji organ stał na stanowisku, że nie tylko sklepy wielkopowierzchniowe stanowią względem siebie konkurencję, lecz do podmiotów konkurujących zaliczyć należy także małe obiekty handlowe, a nawet bazy, przy czym Prezes UOKiK zadaje się sygnalizować konieczność wyodrębnienia tzw. nowoczesnego kanału sprzedaży. W decyzji z dnia 21 listopada 2006 r.¹³ Prezes UOKiK już jednoznacznie przesądza, że „z uwagi na rosnące znaczenie sprzedaży realizowanej w obiektach wielkopowierzchniowych, tj. hiper– i supermarketach oraz sklepach dyskontowych (dalej: rynek HSD) w porównaniu z handlem tradycyjnym organ antymonopolowy uznał, że tę formę sprzedaży należy wskazać jako odrębny rynek właściwy dla przedmiotowej koncentracji”. Późniejszą zmianę linii orzeczniczej w tym zakresie należy uznać za w pełni zasadną. Z uwagi na różne cele konsumpcyjne realizowane przez nabywców towarów w HSD i w małych obiektach konieczne stało się ograniczenie rynku właściwego jedynie do HSD (hipermarkety, supermarkety i dyskonty). W powołanej decyzji z dnia 21 stycznia 2014 r.¹⁴ Prezes UOKiK wyłączył z rynku HSD hipermarkety, uznając tym samym, że należą one do odrębnego (od supermarketów i dyskontów) rynku właściwego. Oczywiście ma to swoje znaczące konsekwencje w odniesieniu do oceny przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji w przypadkach koncentracji sieci hipermarketów. Ocena ta jest o tyle surowa, że nie uwzględnia pełnej konkurencji supermarketów i dyskontów dla hipermarketów. Dziwi to o tyle, że we wcześniejszym orzecznictwie organu, HSD traktowano jeden rynek właściwy, pomimo że dyskonty oferowały wówczas znacznie mniej zróżnicowany i luksusowy asortyment niż obecnie. Obecnie bowiem oferta dyskontów pod względem jakości (nie ilości) zasadniczo nie różni się od oferty hipermarketów i supermarketów. Wydaje się zatem, że orzecznictwo winno być odwrócone kolejnością. O ile z powyższym stanowiskiem organu antymonopolowego można dyskutować, o tyle z pewnością nie można się zgodzić z uznaniem przez Prezesa UOKiK spełnienia przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji na rynku detalicznej sprzedaży książek niespecjalistycznych w kanale internetowym w decyzji z dnia 3 lutego 2011 r.¹⁵. Stwierdzenie istotnego ograniczenia konkurencji w tej sprawie było konsekwencją uznania, że sprzedaż książek kanałem

¹² Nr DOK-30/2005.

¹³ Nr DOK-143/06.

¹⁴ Nr DKK-4/2014.

¹⁵ Nr DKK-12/11.

internetowym i kanałem tradycyjnym to dwa odrębne rynki właściwe. Jak podnosi Prezes UOKiK w decyzji, „istnieje szereg cech, które powodują, że część konsumentów nie decyduje się na zakupy w Internecie. Podstawową jest brak kontaktu z produktem i sprzedawcą”. O ile w przypadku innych niż książki towarów, ta podstawowa cecha może mieć znaczenie (realny wygląd, rozmiar butów, odzieży), o tyle w przypadku książki liczy się jej treść, a nie wygląd; z reguły konsument wie jaką książkę chce nabyć i nie potrzebuje do tego sprzedawcy. Argument Prezesa UOKiK, że w przypadku sprzedaży kanałem tradycyjnym, na miejscu można przeczytać dowolny fragment książki jest o tyle chybiony, że przy zakupie internetowym konsument ma prawo zwrócić towar w ciągu 14 dni bez podania przyczyny, czyli tym bardziej może na próbę przeczytać wybrany fragment książki. Podstawowym jest jednak odpowiedź na pytanie, czy w przypadku, gdyby sklepy internetowe dyktowały niekorzystne warunki zakupu książek (ceny, jakość, dostawę i inne), to nabywcy książek rzeczywiście byłiby na te sklepy „skazani”, czy jednak dokonaliby zakupów w księgarni stacjonarnej. Odpowiedź wydaje się oczywista. Skonstatować należy, że w decyzji tej Prezes UOKiK jednak zbyt ostrożnie podszedł do oznaczania rynków właściwych, a tym samym do stwierdzenia istotnego ograniczenia konkurencji.

Jak wynika z powyżej wskazanych przykładów, Prezes UOKiK w celu ustalenia czy przesłanka istotnego ograniczenia konkurencji jest spełniona przeprowadza często bardzo precyzyjne i skomplikowane badania rynku. Badania te dotyczą w szczególności oznaczenia rynków właściwych, co dla przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji ma bezpośrednie przełożenie. Konkluzje badania są często pochodną statystycznej większości odpowiedzi respondentów objętych badaniem rynku. Metoda ta, daleka od doskonałej, zdaje się być jedyną możliwą, choć czasami może prowadzić do istotnych uproszczeń w procesie orzekania. W decyzji z dnia 15 marca 2016 r.¹⁶ Prezes UOKiK przeprowadził badanie rynku produkcji i sprzedaży pasz dla drobiu trzody i bydła. Zasadniczym było oznaczenie geografii rynku każdej z tych pasz. Wynik badania miał swoje źródło w opiniach producentów pasz, którzy określali liczbą kilometrów odległości, na które pasze „się wozi” oraz w analizie Prezesa UOKiK opartej na tych opiniach. W decyzji stwierdzono, że „decydujący dla określenia rynku sprzedaży pasz jest faktyczny zasięg działania wytwórni, na którym koncentruje się większość ich sprzedaży (ponad 80%). W niniejszym postępowaniu organ antymonopolowy uznał, iż wynosi on w przypadku:

- a) pasz dla trzody – 160 km,
- b) pasz dla drobiu – 120 km,
- c) pasz dla bydła – 210 km

i został wyliczony jako średnia ważona zasięgów oddziaływania, na których koncentruje się większość sprzedaży poszczególnych wytwórni, gdzie wagami były wolumeny sprzedaży (w tys. zł) poszczególnych zakładów produkcyjnych na rzecz odbiorców. Średnią ważoną obliczono na podstawie informacji pochodzących zarówno od uczestników koncentracji, jak i ich konkurentów”. Uwagę zwraca „precyzja” liczby kilometrów zakreślająca geografie rynku. Oczywistym jest, że w rzeczywistości żaden nabywca pasz nie ogranicza się do tak zakreślonych „kręgów kilometrowych”, co powoduje, że takie oznaczenie rynków jest obarczone błędem. Niemniej przeprowadzenie badania doskonałego wymagałoby uwzględnienia zachowań wszystkich nabywców pasz, co jest w oczywisty sposób niemożliwe.

¹⁶ Nr DKK-41/2016.

W kontekście przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji, na uwagę zasługują decyzja Prezesa UOKiK z dnia 18 października 2010 r.¹⁷, którą organ wydał zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu przez Kompanię Węglową S.A. kontroli nad Hutą Łabędy S.A. pod warunkiem sprzedaży przez Kompanię Węglową S.A. nabytych akcji Huty Łabędy S.A. w terminie nie dłuższym niż 2 lata od dnia ich nabycia, na rzecz niezależnego inwestora oraz niewykonywania praw z tych akcji do czasu ich sprzedaży. Prezes UOKiK w tej sprawie przesądził jednoznacznie, że przesłanka istotnego ograniczenia jest spełniona wskutek ograniczeń wertykalnych na kilku rynkach właściwych. Uczestnicy koncentracji posiadali wysokie udziały rynkowe odpowiednio na rynkach zakupu i rynkach sprzedaży towarów. Znamienne jest, że Prezes UOKiK nie znalazł innego sposobu na zniwelowanie skutków istotnego ograniczenia konkurencji, niż tylko konieczność sprzedaży zakupionych aktywów po upływie 2 lat od ich nabycia; tym sposobem ta koncentracja *de facto* trwale nie nastąpiła.

IV. Podsumowanie

W postępowaniach dotyczących kontroli koncentracji zawsze dochodzi do oceny przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji. Jest ona podstawą merytoryczną orzekania. Przykładem istotnego ograniczenia konkurencji jest powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. W tym zakresie orzecznictwo Prezesa UOKiK jest obszerne. Relatywnie rzadziej zdarzają się przypadki, w których organ stwierdza istotne ograniczenie konkurencji z powodu wpływu koncentracji na rynek w układzie wertykalnym i w tym zakresie orzecznictwo nie jest jeszcze w pełni ukształtowane. Należy też zauważyć, że konstrukcja przepisów formułujących przesłanki wydawania decyzji w sprawach koncentracji pozwala na identyfikowanie istotnych ograniczeń konkurencji nawet zupełnie spoza aksjologii prawa kontroli koncentracji przedsiębiorców.

Bibliografia

Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

¹⁷ Nr DKK-105/2010.